جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في القانون الخاص
تخصص: قانون الأسرة المقارن

من إعداد الطالب:
بوزيان هواري بومدين

إشراف الأستاذ الدكتور
بوغرارة الصالح

أمام لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
شامي احمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	رئيسا
بوغرارة الصالح	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	مشرفا ومقررا
بن عطية بوعبد الله	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا
طفياني مختارية	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	ممتحنا
جقبوبي حمزة	أستاذ محاضر –أ-	جامعة بومرداس	ممتحنا
بن قايد محمد أمين	أستاذ محاضر –أ-	جامعة بومرداس	ممتحنا

السنة الجامعية 2022-2023

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾

سورة النساء الآية 114

شكر وتقدير

بسم الله الرحمان الرحيم

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبفضله تتنزل الخيرات والبركات وبتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات وأزكى صلوات الله وتسليماته على المبعوث رحمة للعالمين نبي الرحمة وإمام الهدى سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

بمناسبة انجازي لهذا البحث المتواضع وعرفانا لأصحاب الفضل أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ الدكتور **بوغرارة صالح** الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة، ومنحني الوقت ورغبني في إتمامها ناصحا ومرشدا وكان له الفضل في ذلك، فله مني جزيل الشكر والامتنان.

كما يتوجب علي أن أتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة الموقرة كل باسمه ومقامه الأستاذ شامي احمد، الأستاذ بوغرارة الصالح، الاستاذ بن عطية بوعبد الله، الأستاذة طفياني مخطارية، الأستاذ جقبوبي حمزة، الأستاذ بن قايد علي محمد الأمين لتفضلهم قبول مناقشة الأطروحة رغم التزاماتهم العملية والعلمية وعلى المجهودات التي بذلوها لإثراء البحث بالتوجيه والتصويب لإخراجها في أبهى حلة، بارك الله فيهم.

كما لا يفوتني بان أتقدم بموفور الشكر والامتنان إلى كل من مد لي يد العون إلى كل أساتذة الحقوق بجامعة تيارت كل باسمه واخص بالذكر الأستاذة الدكاترة **بوسماحة الشيخ، عليان بوزيان،شامي احمد وحمر العين لمقدم**،كما لا أنسى أصحاب الفضل أخي الأستاذ الدكتور **بوزيان احمد** وكذا الأستاذ الدكتور **تشوار الجيلالي** الذين قدموا لي النصح والإرشاد جازاكم الله خير الجزاء، كما لا يفوتوني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى زملائي طلبة الدكتوراه الذين ساهمو بمساعدتي وكذا القضاة الذين مدو يد العون واخص بالذكر المرحومة **بن بارة سعيدة، كانون كريم، رحمون محمد، مغيث جمال** جازهم الله كل خير

الإهـــداء

إلى والديا العزيزين حفظهما الله ورعاهما

إلى إخوتي وأخواتي وأولادهم كل باسمه والى جميع أسرتي الكبيرة كل باسمه.

إلى زوجتي رفيقة دربي

إلى أبنائي الأعزاء

إلى زملائي في المهنة وزملائي في الجامعة

إلى كل طالب علم وكل من قدم لي يد العون من قريب ومن بعيد اهدي إليهم جميعا جهدي المتواضع

الطالب بوزيان هواري بومدين

قائمة المختصرات

صفحة	ص
دون بلد النشر	د.ب.ن
دون دار النشر	د.د.ن
دون سنة النشر	د.س.ن
دون طبعة	د.ط
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.إ
قانون الأسرة الجزائري	ق.أ
قانون العقوبات الجزائري	ق.ع.ج
الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية	ج.ر.ج.ج

مقدمة

مقدمة.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ اشرف الخلق والمرسلين.المبعوث رحمة للعالمين وعلى اله وصحبه أجمعين وعلى من اقتدى به إلى يوم الدين أما بعد:

خلق الله عز وجل البشر وجعل الرجل والمرأة ولم يتركهم إلى ما تميل عليهم طبيعتهم في أمر التزاوج مثل بقية المخلوقات، قال تعالى في محكم كتابه ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾[1] وشرع لهم الزواج إذ هو عقد يبنى على الرضائية وأساسه المودة والرحمة والإحصان للمحافظة على الأنساب والجنس البشري، وسبيله تكوين الأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية لبناء المجتمعات وهي النواة الأساسية لقيام الكيانات.

فأولت الشرائع السماوية المختومة بالشريعة الإسلامية أهمية بالغة للأسرة من اجل سلامة المجتمع الذي يكون بوجود أسرة سليمة باعتبارها نظاما محكما، ويتحقق بالمودة والرحمة والسلم باعتباره أمرا لازما بين البشر ويعتبر من مقتضيات العيش الجماعي، ونبذ العداوة والاختصام والأحقاد بين الناس على وجه العموم وبين الزوجين على وجه الخصوص باعتبارها خطر يهدد الكيان الأسري وبالتالي يهدد المجتمع.

لكن الاستقرار داخل الأسرة وبين الزوجين لا يسلم من التوترات والخلافات الزوجية التي تعكر صفوا العلاقة الزوجية، والتي لا تسلم منها أي أسرة، فقد تكون هذه الخلافات بسيطة مألوفة عند عامة المجتمعات يمكن للزوجين تجاوزها ويسود الاستقرار وتستمر الرابطة الزوجية، غير انه يمكن أن تؤدي الخلافات إلى تعكير جو الحياة الزوجية وتسوء معه العشرة وتتعاكس معه مفاهيم الحياة بين الزوجين ويحدث الشقاق بينهما ويستفحل الخلاف، مما قد يؤدي حل الرابطة الزوجية، والذي أباحه الله عز وجل وجعله علاجا وتريقا يستوجب القيام به للضرورة الشرعية، وهو الذي قال فيه رسول الله ﷺ" ابغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق"[2].

وانطلاق من حرص الشرائع السماوية في الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفاديا لانحلالها سعت إلى إرساء وسائل للحفاظ على امن واستقرار الأسرة، وتجلى ذلك في الصلح من اجل محاولة تسوية بشكل

---

1 سورة الروم، الآية 21.

2الإمام الحافظ ابي داود سليمان بن الاشعث السجستاني المتوفى 275 هـ، سنن ابي داود، تحقيق محمد عبد العزيز الخالدي، الجزء الثاني دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة 1996، الجزء 2، ص120.

ودي الخلافات التي قد تنشئ داخل الأسرة وبين الزوجين على وجه الخصوص،وهو ما حثت عليه الشريعة الإسلامية،ومن بين الآيات الكريمة قوله سبحانه وتعالى﴿**لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا**﴾[3]، فالآية الكريمة تدعو إلى الصلح بين الناس وتحث عليه حتى يعود إلى ما كانوا عليه من الألفة والإخاء، وفيها بيان على أن أفضل الأعمال الخيرية واجلها إلى الله تعالى الإصلاح ويدخل ضمنها الإصلاح بين الزوجين.وفي قوله سبحانه وتعالى﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا**﴾[4]، وفي الآية دلالة واضحة على جواز الصلح بين الزوجين لما قد يؤدي إلى الحفاظ على الأسرة ودوام الألفة والمحبة وصفاء النفوس.

وما لبثت الأنظمة الوضعية هي الأخر بأن تنبهت لعظيم شان الأسرة ودورها في تحقيق الأمن الاجتماعي، فاستلهمت أنظمة الصلح باعتباره وسيلة تضمن دوام العلاقات على وجه العموم والعلاقات الأسرية على وجه الخصوص، ذلك أن ما يثور من خلافات داخل الأسرة لا يفصل فيه بصفة قطعية قضاء، ولا بد من طريق أخر يتمثل في الصلح، فنصت جل القوانين العربية الإسلامية على الصلح بل نصت أيضا على وجوبيته كالقانون المغربي في مدونة الأسرة المغربية والقانون المصري في القانون الخاص بإجراءات التقاضي، وكذا القانون التونسي ضمن قانون الأحوال الشخصية.

والقضاء الجزائري كغيره من الأنظمة القضائية الوضعية، ومنذ القدم اعتمد على الصلح كوسيلة لتسوية وحل المنازعات، وهو التوجه الذي سار عليه التشريع الجزائري الذي عمل على إرساء قواعده من خلال تنظيمه ووضع قواعده بمقتضى النصوص القانونية، الموضوعية منها والإجرائية، وازدادت أهمية المشرع الجزائري اللجوء إلى الصلح ويتجلى ذلك من خلال التعديلات التي مست القوانين الموضوعية والإجرائية منها على وجه الخصوص من اجل إعطاء الفعالية له من اجل حل المنازعات وديا، وخصوصا المنازعات الأسرية منها لما تكتسيه هذه المنازعات من خصوصية كونها تتعلق بعلاقات ذات طابع حساس وخاص.

3سورة النساء، الآية 114.

4سورة النساء، الآية 28.

وبطبيعة الحال فان إجراء الصلح بين المتنازعين والزوجين في القضايا الأسرية أمر منحته التشريعات من بينها المشرع الجزائري إلى القاضي الفاصل في النزاع، والتي يتولاه بنفسه وهو ما أطلقنا عليه مصطلح صلح القاضي كما انه يمكن أن يقوم بالصلح عن طريق الغير ويكون تحت إشرافه، وبالمقابل منح له المشرع الجزائري السلطة الواسعة في ذلك، والسبب في ذلك أن المسائل المتعلقة بالعلاقة الزوجية من زواج وطلاق وأثارهما بطبيعتها لا تقبل الحسم التشريعي كونها عرضة للتغيير تبعا لاختلاف الأشخاص والزمان والأعراف، فضلا عن عدم استيعاب النص القانوني لجميع الأحكام وما يطرأ عليها من مستجدات فكان من الضروري أن يمنح للقاضي دور فعال وايجابي لحسم المنازعات المتعلقة بهذه المسائل.

والمنازعات الأسرية متعددة ومتنوعة بتعدد مراحل وجود الكيان الأسري بدءا من الخطبة وانعقاد الزواج والآثار الناتجة عنهما، وانحلاله وكذا الآثار الناتجة عنهما وبالتالي فان المنازعات التي يمكن أن تثور لا يمكن حصرها، غير أن أهم المنازعات تلك التي تؤدي إلى حل الرابطة الزوجية باعتبارها تؤدي إلى تفكك الكيان الأسري.

فنص المشرع الجزائري في المادة 47 من قانون الأسرة[5] على "**تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**"، والتي بين من خلالها طرق انحلال الرابطة الزوجية، ونص في المادة 48 على طرق انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق إذ نصت على "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**"، ومن خلال هذه النصوص يمكن الاستخلاص أن الدعاوى التي ترمي إلى حل الرابطة الزوجية بالطلاق؛إما أن تكون بالإرادة سواء للزوج باعتباره يملك العصمة الزوجية، أو عن طريق اتحاد إرادتي كل من الزوجين في الطلاق بالتراضي، في هذه الحالة يكون حكم القاضي كاشفا للإرادة، على عكس الدعاوى التي تكون بطلب من الزوجة باعتباره حق يقابل العصمة الزوجية غير أن الحكم يكون منشأ للطلاق، فللزوجة الحق في طلب التفريق عن طريق التطليق إذا ما توفرت احد الأسباب المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة أو عن طريق الخلع بموجب نص المادة 54 من قانون الأسرة.

5قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، ممضي في 09 يونيو 1984، ج.ر.ج.ج ، عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، ممضي في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج، عدد، 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.

وحضت هذه المنازعات بالعناية سواء من قبل الشرائع السماوية لاسيما الشريعة الإسلامية، أو من قبل التشريعات الوضعية وحتى من قبل الفقهاء والباحثين سعيا منهم وضع الحلول للحد منها، وهو ما يجعل بنا حصر بحثنا على المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، نظرا لطبيعة هذه المنازعات وأهميتها البالغة، دون التطرق إلى المنازعات الأسرية الأخرى، و لأهمية هذه المنازعات جعل المشرع الجزائري الصلح وجوبي وهو ما جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين وذلك بقولها "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"،وأكد على وجوبية إجرائها في نص المادة 439قانون الإجراءات المدنية والإدارية[6] منه بنصها على "**محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية**". وخصه بإجراءات مفصلة وجعل الصلح يتم تحت إشرافه.

فدور قاضي شؤون الأسرة من خلال إجراءات الصلح التي يحاول من خلالها محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين، التي يقوم بها بنفسه كما له أن يفوض طرف أخر للقيام به وما يطلق عليه بالتحكيم المستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، والذي يتم بتفويض شخصين احدهما من أهل الزوج والأخر من أهل الزوجة. وتتم محاولة الصلح تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة.

كما أن الدور الذي يؤديه قاضي شؤون الأسرة، يختلف تماما عن الدور المنوط بالقضاة الآخرين من قضاة الأقسام الأخرى كالقسم الاجتماعي أو القسم المدني أو القسم التجاري فحل المنازعات الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل والمنازعات الأخرى، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور لها صلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية والعقائدية، وبالتالي فإن وظيفة القاضي يغلب عليها الطابع الاجتماعي إذ يعتبر مصلحا اجتماعيا بالدرجة الأولى أكثر منه قاضي مكلف بالفصل في الملفات وإصدار الأحكام القضائية، فهو يؤدي دور الأب ويؤدي دور المصلح ويؤدي دور الإمام، على اعتبار أن إجراءات الصلح ومحاولة التوفيق بين الزوجين وإصلاح ذات البين بينهما ومحاولة إنجاح الصلح تؤدي حتما إلى إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع ككل، وعلى هذا جاء عنوان الدراسة موسما بـ**"دورقاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية"**

6قانون رقم 08-09 ممضي في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.، ج.ر.ج.ج، عدد 21 مؤرخة في 23 أبريل 2008، المعدل والمتممبالقانون رقم 22-13 ، المؤرخ في 12 يوليو2022، ج.ر.ج.ج، العدد 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022

ونظر لأهمية الموضوع فإن اختياره له كان عن قناعة وإصرار لما له من أهمية بالغة ولعل تعلق الموضوع بالمحافظة على الكيان الأسري كاف لوحده من حيث الأهمية، ويمكن إجمال أهمية الموضوع فيما يلي:

يكتنف الغموض حول المصطلحات القانونية المتعلقة بالموضوع بالإضافة إلى الفراغ القانوني في العديد من المسائل الأمر الذي أدى تباين الآراء حول العديد من المسائل كتعلق الصلح بقواعد النظام العام والعديد من المسائل الأخرى، جعل بنا تناول الموضوع من اجل الإلمام بأهم الآراء، وأضفيت عليها شيء من التحديث.

أهمية وسائل الصلح بين الزوجين لحل المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية سوءا من قبل الشرائع السماوية، أو القوانين الوضعية، والسعي إلى تطويرها ومنح القاضي دور ايجابي وفعال من اجل الحد من المنازعات الأسرية،وبالنتيجة الحد من ظاهرة التفكك الأسري، وما ينجم عنها من مخاطر تهدد المجتمعات ككل، وهو ما جعل ببعض التشريعات إنشاء أجهزة تهتم بالإرشاد الأسري والوساطة، لمرافقة الأسرة قبل إنشائها أثناء فترة الخطبة، وأثناء قيام العلاقة الزوجية، بل حتى بعد انتهاء العلاقة الزوجية خصوصا في حالة وجود أولاد من اجل ممارسة الحقوق المترتبة عن الطلاق بطريقة سلسة بعيدا عن المشاكل.

وأسباب اختيار الموضوع تتنوع بين الذاتية والموضوعية، فالأسباب الذاتية ترجع إلى أن الباحث ممارس لمهنة المحاماة التي على أساسها عايشنا مختلف المنازعات المطروحة أمام قسم شؤون الأسرة، وجعلتنا نقف على اغلب المشاكل التي تعيشها الأسرة الجزائرية، وكذا الإشكالات التي أثيرت حول قسم شؤون الأسرة عموما والمنازعات الرامية إلى حل الرابطة الزوجية خصوصا والتي حدت من فاعلية دور قاضي شؤون الأسرة في الحد منها، بالإضافة إلى الحجم الكبير لهذه المنازعات مقارنة بالمنازعات المدنية الأخرى، وهو ما نتج عنه التفكك الأسري الذي أصبح هاجسا على كافة المستويات.

بالإضافة إلى التساؤل المستمر حول الوسائل التي أدرجها المشرع التي تمكن قاضي شؤون الأسرة من إصلاح ذات البين بين الزوجين، ومدى نجاحها في تحقيق الهدف المنشود منها والمتمثلة أساسا في الصلح سواء من قبل القاضي أو عن طريق الحكمين، ناهيك عن الفضول العلمي للبحث عن أسباب استثناء آلية الوساطة من قبل المشرع الجزائري للمنازعات الأسرية، الأمر الذي دفعني إلى البحث عن

الحلول التي من شانها جعل قاضي شؤون الأسرةأكثر فاعلية للحد من المنازعات بين الزوجين لما يحققه من نتائج بتخفيف العبء على مرفق القضاء وتحقق الاستقرار الأسري.

كما أن موضوع البحث له بالأهمية بما كان ولا يمكن حصرها وهو ما حفز فينا روح البحث فأهمية الموضوع احد أهم الأسباب لاختيارنا للموضوع بالإضافة إلى عدة أسباب أخرى متعددة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

تعلق الموضوع بأهم فروع القانون ألا وهو قانون الأسرة الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال الاستغناء عليه، ولا يمكن أن يتصور أن يكون شخصا غير خاضع له، فكل فرد في المجتمع إماأن يكون أبا أو أما أو زوج أو ابن فهو قانون ينظم العلاقات بين أفراد الأسرة.

الأرقام المخيفة التي كشفت عنها الجهات الرسمية المتمثلة في وزارة العدل على وجه الخصوص، وكذا الأبحاث ذات الصلة بموضوع الطلاق، إذ أصبح الطلاق من الظواهر المخيفة فعلا والتي تهدد الكيان الأسري وما نتج عنها من تفكك والآثار الناتجة عنه لاسيما منه تفشي الجريمة بشتى أنوعها، وهو ما جعل المختصين في كل النواحي سوءا كانوا قانونين أو نفسانيين أو اجتماعيين أو غيرهم، دراسة أسباب ارتفاع الطلاق في المجتمع الجزائري بشكل ملفت للانتباه ويدعو إلى دق ناقوس الخطر وهو ما اكتشفناه أثناء الممارسة العملية، من خلال جلسات النطق بالأحكام بقسم شؤون الأسرة الغالب فيها الحكم بحل الرابطة الزوجية، وصادفنا نطق بـ76 ستة وسبعون حكم قضى بحل الرابطة الزوجية بجلسة واحدة بأحد المحاكم المتواجدة بمقر الولاية.

وبخصوص الدراسات السابقة للموضوع يوجد العديد من الدراسات التي لها صلة بالموضوع ونذكر منها :

1. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2018، وهو بحث رسالة ماجستير في الأصل تناول فيها الباحث ماهية الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية وتطرق إلى الدور الوقائي أثناء الصلح في مختلف دعاوى حل الرابطة الزوجية من الناحية النظرية والتطبيقية،بالإضافة إلى الآثار المترتبة عليه واثر الطعن بالنقض.
2. شامي أحمد السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعةأبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2213 - 2214حيث تناول فيه الباحث موضوع السلطة التقديرية

لقاضي شؤون الأسرة في مسائل الزواج والطلاق وأثارهما ومقارنتها بما جاء في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة.

3.بن كعبة عمارية، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين في القانونين الجزائري و المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية2020-2021، تناولت الباحثة في الباب الأول الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين، ثم في الباب الثاني التحكيم للشقاق بين الزوجين ورهانات استحداث الوساطة كطريق لحلال نزاعات بين الزوجين وكزت الدراسة المقارنة على القانون المغربي مع التعريج على بعض التشريعات الأخرى.

4. عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الأحوال الشخصية-دراسة فقهية قانونية مقارنة-، أطروحة لنيل دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية، تخصص: التفسير والتشريع المقارن، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الدراسية 2019-2020، تناول الباحث من خلاله في الفصل التمهيدي الأسباب التي تؤدي إلى النزاع داخل الأسرة، فيما ابرز في الفصل الأول مفهوم الصلح والوساطة ومشروعيتهما، أماالفصل الثاني تناول فيه تطبيقات الصلح والوساطة في المنازعات الأسرية.

بالإضافة إلى عدد من الدراسات الأخرى التي تناولت بعض الجوانب من الموضوع والتي ركزت في الأساس على تحليل النصوص القانونية واهم ما ذهب إليه الفقه الإسلامي لسد النقص التشريعي، وما رست عليه المحكمة العليا من خلال القرارات الصادرة بهذا الشأن، غير أن يميز بحثنا عن البحوث السابقة طريقة تناول الموضوع بالتركيز على الجانب العملي بصفة أكثر شمولية، من خلال الممارسة العملية والمقابلات العلمية مع القضاة الممارسين وكل من له صلة بالموضوع،مع الإضافة إلى الدراسات السابقة من حيث التحليل والتعليل.

إن الدراسات و الإحصائيات حول عدد المنازعات الأسرية تشير إلى أنها تأخذالحصة الأكثر مقارنة بالمنازعات الأخرى عند جل دول العالم والجزائر بوجه خاص، وبمقارنة عدد القضايا التي يتم الصلح فيها بعدد القضايا المفصول فيها بحل الرابطة الزوجية فانه عدد قليل وضعيف جدا، وهو ما يوحي إلى محدودية مردود إجراءات الصلح القضائي في تسوية المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية والأرقام المصرح بها اكبر دليل على ذلك مما جعل طرح العديد من التساؤلات حول دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات من خلال الوسائل المتاحة، وهل هي كفيلة لوحدها وفقا لما هو متاح من نصوص موضوعية وإجرائية لتفعيل دور قاضي شؤون الأسرة للحد منها عن طريق الصلح الذي يجريه بنفسه، أو عن طريق الحكمين؟، وهل يمكن تعديل النصوص القانونية لإدراج الوساطة كطريق لإصلاح ذات البين

بين الزوجين؟ وهل يمكن الاستناد على بعض النصوص الموجودة لتفعيل الوساطة الأسرية بطريقة غير مباشرة؟ فكل هذه التساؤلات تطرح وترسم حدود الدراسة ومنه فان إشكالية الموضوع تتعلق بإشكالية جوهرية:

هل يمكن لقاضي شؤون الاسرة من خلال النصوص الموضوعية والإجرائية دور في الحد من المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية؟

وفي كل الأحوال فان الإجابة على الإشكالية الرئيسة والتساؤلات الفرعية لا بد من الاستعانة بالمناهج المعتمدة علميا، من اجل توضيح الأفكار وإيصالها بطريقة سهلة وسلسة، ومما لا شك فيه أن دراسة الموضوع يتحتم لزوما الاعتماد على أكثر من منهج، فالمنهج التحليلي لا غنى عنه في بحثنا كون أن قاضي شؤون الأسرة في عمله القضائي في الفصل في المنازعات محدد بموجب نصوص موضوعية وأخرى إجرائية، مما يتعين تحليل النصوص القانونية لاستخلاص المفاهيم والعناصر والشروط المكونة لوسائل المنازعات الأسرية، وكذا وسائل حلها والحد منها، كما اعتمدنا على المنهج المقارن من اجل التعرف على أوجه الشبه والاختلاف للأحكام المتعلقة بحل المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، في التشريعات المقارنة بالتركيز على التشريع المصري والمغربي والتونسي،كونها أنظمة تتشابه في وسائل حل المنازعات الأسرية، مع الاستئناس ببعض التشريعات الأخرى العربية والغربية.

ولمعالجة البحث اعتمدنا الطريقة الثنائية في التقسيم التي رأينها الأنسب للبحث كما أنها الطريقة الأنسب والمفضلة للبحوث القانونية، وتناولناها في بابين، جاء الباء الأول تحت عنوان دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية عن طريق الصلح، وهو بدوره قسمناه إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول إجراءات الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية عن طريق القاضي، أما الفصل الثاني تناولنا دور قاضي شؤون الأسرة في مختلف صور دعاوى حل الرابطة الزوجية، فيما جاء الباب الثاني بعنوان دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين وسبل تفعيل الوساطة الأسرية ، وقسمناه هو الأخر إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين، أما الفصل الثاني تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة عن طريق إجراءات الصلح بالوساطة الأسرية، وختما الموضوع بحوصلة للبحث وأدرجنا أهم النتائج المتوصل إليها مع التوصيات في شكل اقتراحات رأينها كفيلة بإصلاح وتدارك النقص لإعطاء قاضي شؤون الأسرة دورا فعالا وإيجابيا للحد من المنازعات الأسرية المتعلقة بحل الرابطة الزوجية كل من اجل الحفاظ أكثر على الكيان الأسري من التفكك والانحلال.

الباب الأول

دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية عن طريق إجراءات صلح القاضي

الباب الأول

دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية عن طريق إجراءات صلح القاضي

منحت القوانين الموضوعية والإجرائية أهمية بالغة للصلح بين الخصوم وعلى وجه الخصوص تلك الخصومات أو المنازعات التي تثار بين الزوجين نظرا لخصوصية وتعلق المنازعة بكيان المجتمعات المتمثل في الأسرة، وما يجسد ذلك حرص التشريعات الوضعية إلى خص هذه المنازعات بأحكام موضوعية وإجرائية، والتي بموجبها منحت للقاضي الفاصل فيها سلطات واسعة في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين التي تهدف إلى محاولة التوفيق بين الزوجين للحفاظ على استمرار العلاقة الزوجية.

وذهب المشرع الجزائري إلى تجسيد أحكام الصلح في المنازعات الأسرية المتعلقة بحل الرابطة الزوجية من خلال نصوص قانون الأسرة، والنص على وجوبية إجراء محاولة الصلح من خلال نص المادة 49 منه، في جميع صور حل الرابطة الزوجية سواء بإرادة الزوج أو تراضيا بين الزوجين أو بطلب من الزوجة، وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب الأمر 08-09 أدرج المشرع الأحكام الإجرائية لسير العديد من الأحكام الخاصة بقسم شؤون الأسرة لاسيما تلك المتعلقة بسير جلسات الصلح.

وبنص المشرع الجزائري على وجوبية الصلح بين الزوجين قبل الفصل في الموضوع جعل منه إجراء إلزامي للقاضي ويعتبر من الإجراءات الجوهرية وأطلقنا عليه مصطلح "**صلح القاضي**" من باب التفرقة بينه وبين الصلح الذي يقوم به عن طريق الحكمان.

لقاضي شؤون الأسرة دور كبير في تسيير إجراءات الصلح من حيث الجوانب الإجرائية وهو ما سنتناوله في الفصل الأول، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان صور المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية تختلف من صورة إلى أخرى، مما يجعل بنا التفصيل في دور قاضي شؤون الأسرة في محاولة الصلح بين الزوجين في كل صورة على حدا لاختلاف الأحكام الخاصة بكل صورة وهو ما سنتناوله في الفصل الثاني.

الفصل الأول

إجراءات الصلح في قضايا شؤون الأسرة عن طريق القاضي

نص المشرع في المادة 47 من ق.أ.ج على " **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة**"، والتي بيّن من خلالها طرق انحلال الرابطة الزوجية، ونص في المادة 48 على طرق انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق إذ نصت على "**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين او بطلب الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**"

كما نص المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين وذلك بقولها "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى** "، ويتضح انه على الزوج الذي يرغب في حل الرابطة الزوجية بالطلاق لا بد له من رفع دعوى قضائية حتى يمكن له ذلك، وجاءت أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتنظيم الإجراءات التي يتخذها قاضي شؤون الأسرة لاسيما ما تعلق منها بإجراءات محاولة الصلح بين الزوجين في الدعاوى الرامية إلى حل الرابطة الزوجية، وأكد على وجوبية إجرائها في نص المادة 439 منه بنصها على "**محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية**".

ومن خلال مقاربة هذه النصوص بعضها البعض تتضح لنا أهمية الصلح بين الزوجين في الدعاوى التي ترمي إلى حل الرابطة الزوجية، خاصة أن المشرع الجزائري أضفى عليها الطابع الوجوبي، ومنه فلا مناص من القول أن لقاضي شؤون الأسرة دور هام في إصلاح ذات البين بين الزوجين عن طريق الصلح في مختلف صور الدعاوى الرامية لحل الرابطة الزوجية ، وقبل التطرق إلى هذا الموضوع فحري بنا التطرق إلى ماهية محاولات الصلح وهو ما سنتناوله في المبحث الأول، وذلك قبل الخوض في الإجراءات المتعلقة بجلسات الصلح وهو عنوان المبحث الثاني.

المبحث الأول

ماهية الصلح في دعاوى حل الر ابطة الزوجية.

لدراسة ماهية إجراءات محاولة الصلح بين الزوجين في الدعاوى الرامية لحل الرابطة الزوجية يتوجب التطرق إلى مفهومه وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، وتبيان خصائص جلسة الصلح ومدى تعلقها بالنظام العام في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم الصلح في دعاوى حل الر ابطة الزوجية.

للإحاطة بمفهوم الصلح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية لابد من تعريف الصلح وهو عنوان الفرع الأول، ثم نحاول تبيان مشروعية الصلح وتمييزه عن بعض المصطلحات المشابه له في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف الصلح

يقتضي تعريف الصلح عموما بتعريفه من الناحية اللغوية، ثم تعريف الصلح اصطلاحا إلى أن يتم استخلاص تعريف الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية.

أولا: تعريف الصلح لغة:

الصلح لغة: اسم من الصلاح ضد الفساد، والإصلاح نقيض الفساد، إذ (الصاد، واللام، والحاء) أصل واحد يدل على خلاف الفساد، والإصلاح نقيض الإفساد، وأصلح الشيء يصلحه إصلاحا: أي أزال الفساد عنه وأرجعه إلى أصله الصحيح السليم[1].

وله معنى أخر في اللغة بان الصلح: **من مصدر أصلح، وهو الإصلاح، وقد يكون بمعنى المصالحة فهو اسم مصدر صالح بفتح اللام، والحاء الذي هو المصالحة عند العامة التوفيق بين**

1 محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، الطبعة 5، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، ص 178.

الغرماء، بان يترك هذا شيئا مما له ويزيد هذا شيئا في ما عليه، فيقع الرضا فيما بينهما، وقد يرد بمعنى الاستقامة، وقيل هو استقامة الحال إلى ما يدعو إليه العقل و الشرع[1].

ويقصد به أيضا: **بمعنى السلم، سواء بكسر السين أو بفتحها، حيث يقال السلم بالفتح، والسلم بالكسر حيث يفيد كلا المصطلحين الصلح، كما يوصف حسب أهل اللغة بالمصدر فيقال: هو صلح لي، وهم لنا صلح: أي مصالحون، ويقال أصلح في عمله أو في أمره، بمعنى أتى بما هو صالح ونافع، وأصلح بينهما أو ذات بينهما أو ما بينهما: أي أزال ما بينهما من عداوة وشقاق**[2].

ثانيا: الصلح اصطلاحا:

وردت عدة تعريفات لمصطلح الصلح، فهناك تعريفات أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية والتي هي الأخرى تعددت بتعدد المذاهب الفقهية، بالإضافة إلى التعريفات التي وضعها فقهاء القانون المعاصرين.

1- تعريف الصلح في الفقه الإسلامي:

عرف الصلح في الفقه الإسلامي حسب ما ورد في المذاهب الأربعة المشهورة على النحو الأتي[3]:

تعريف المذهب الحنفي: يرى الأحناف بان الصلح عبارة عن " عقد وضع لرفع المنازعة"

تعريف المذهب الحنبلي: ذهب الحنابلة إلى تعريف الصلح بأنه" معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين".

تعريف المذهب الشافعي: يرى الشافعية بان الصلح بأنه" عقد يحصل به قطع النزاع "

تعريف المذهب المالكي: ذهب المالكية إلى تعريف الصلح بأنه" انتقال حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو الوقع مستقبلا".

---

1 بطرس البستاني، محيط المحيط، قاموس مطول اللغة العربية، د.ط، مكتبة لبنان، بيروت لبنان، سنة 1997، ص515.

2 شتوان بلقاسم، **الصلح في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص19.

3 عبد العالي قزي، **الصلح والوساطة في الأحوال الشخصية-دراسة فقهية قانونية مقارنة-**، أطروحة لنيل دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية، تخصص: التفسير والتشريع المقارن، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الدراسية 2019-2020، ص50،49.

وتعريف المذهب المالكي فيه إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة ولكنها محتملة الوقوع مستقبلا، أي انه أعطى للصلح دورا جديدا لم يورد في التعريفات الفقهية السابقة، وذلك بتبيان الدور الوقائي للصلح وعد من أحسن التعريفات للصلح[1].

واعتبر تعريف المذهب المالكي تعريفا جامعا لكل أنواع الصلح المعروفة في الفقه الإسلامي، من حيث إمكانية اللجوء إليه في المنازعات القائمة أو المتوقعة، فيتسم الصلح بذلك بخاصية وقائية تجعله متميزا عن معنى الصلح في بقية المذاهب، ناهيك عن تميزه عن غيره من العقود، في مثل تلك المسائل ينبغي المسارعة إلى دفعه وقطع دابره، إذ الدفع أيسر من الرفع، ويعتبر التعريف الأنسب للاعتماد عليه في مادة الأحوال الشخصية[2]، وهو ما نتفق معه كونه يتوافق مع طبيعة الصلح بين الزوجين.

2- تعريف الصلح قانونا

تعددت تعريفات الصلح عند فقهاء القانون، كما تعددت تعريفاته أيضا في القوانين الوضعية وهو ما سنتعرض إليه:

أ- تعريف الصلح في الفقه القانوني:

عرفه السنهوري عبد الرزاق **"بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يبذل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"**[3]

وعرفته الأستاذة القرام ابتسام بأنه" **عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل لكلا الطرفان عن ادعاءاته"**[4]

1 بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، د.ط، دار هومة للنشر والتوزيع،الجزائر، جوان 2018، ص16.

2 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص53،52.

3 عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني،الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، د.ط، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ن، ص 507.

4 القرام ابتسام، المصطلحات في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسة، د.ط، قصر الكتاب، د.س.ن، ص 140.

وعرفه الأستاذ إبراهيم النجار أنه " **اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشئة بينهم وديا**"[1]

ب- تعريف الصلح في بعض القوانين:

عرف المشرع الفرنسي الصلح في المادة 2044 بأنه " **عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا**"، وعرفه التشريع الأردني في نص المادة 647 من القانون المدني بأنه " **عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي**".[2]

وعرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني[3] بأنه "**الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**"، ويلاحظ على التعريفات التي جاءت بها القوانين الوضعية أنها وسعت من دائرة الصلح وجعلته يحتمل النزاعات المتوقعة والمحتملة، واتفقت على اعتبار الصلح انه عقد يحسم به الطرفان النزاع أو يتوقيان به نزاعا متوقعا، وأضاف المشرع الجزائري بأنه يكون بموجب تنازلات من الطرفين.

ثالثا: تعريف الصلح بين الزوجين

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري نص على وجوب إجراء محاولة الصلح بين الزوجين من قبل قاضي شؤون الأسرة، كما نص ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الصلح في مادة شؤون الأسرة كسائر التشريعات الأخرى في مسائل الأحوال الشخصية[4]، تاركا بذلك المجال مفتوحا للفقه.

واعتبر الفقهاء الصلح في مادة الأحوال الشخصية انه إجراء قضائي واطلقو عليه الصلح القضائي، وعرف **احمد زكي بدوي إبراهيم** بأنه " **الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم الحضور أمام القاضي ، ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق**".[5]

---

1 قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة لحل النزاعات-في الصلح القضائي،الوساطة القضائية- ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013، ص18.

2 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص 52،53.

3 الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج.ر.ج.ج، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

4 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص56.

5 احمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس القانوني فرنسي عربي، مكتبة لبنان، د.س.ن، ص67.

وقاربه الأستاذ **معوض عبد التواب** في التعريف بأنه " **إجراء قضائي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم الحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق، فهو طريقة من الطرق الودية لإنهاء النزاع ويجب تثبيته في محضر،ومن ثمة محاولة الصلح من طرف القاضي في قضايا الطلاق عموما، القصد منه محاولة إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معاشرة**"[1]

وعرفه الأستاذ **لحسين بن الشيخ أث ملويا** بأنه"**المصالحة هي تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق، وإرجاع الزوجين إلى بعضهما وهو السبيل المنشود، ويكون للزوج حق مراجعة زوجته قبل الحكم بالطلاق، أي أثناء عملية المصالحة**"[2].

وذهب الأستاذ **عمر زودة** إلى تعريف الصلح بين الزوجين بأنه" **محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلب الطلاق**"[3].

وعرفها الأستاذ **لمطاعي نور الدين** " **محاولة الصلح في قانون الأسرة هي عبارة عن إجراء يهدف إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج، حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى المبتغى والهدف المنشود ألا وهو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية، واستعمال الحق في الرجعة لا غير، وذلك لا يتأتى إلا إذا تم استعمال هذا الحق من خلال مدة عدة الطلاق الرجعي دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد ودفع مهر جديد بحيث لا يكون الهدف من الصلح إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق، ولنما من اجل مواصلة واستمرار الحياة الزوجية، طالما أن مدة عدة الطلاق الرجعي لم تنقضي بعد، وعلى القاضي اغتنام الفرصة السانحة وعدم تفويتها**"[4]، ونرى أن التعريف الأخير واسع كما انه مخصوص بمحاولة الصلح في حالة وقوع الطلاق من الزوج، في حين أن المشرع الجزائري لم يقصر محاولة الصلح في حالة وحيدة، بل يشمل الصلح كافة

1 معوض عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية مصر،د.س.ن، ص365 .

2 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011، ص 255،254.

3 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص19.

4 لمطاعي نور الدين، **عدة الطلاق الرجعي و أثرهما على الأحكام القضائية**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007، ص 142،141.

المنازعات الرامية إلى حل الرابطة الزوجية بكافة صورها، ومثال ذلك الدعاوى التي ترفعها الزوجة لحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع أو التطليق، والتي لا يكون فيها الطلاق واقعا.

وذهب **بن هبري عبد الحكيم** إلى تعريف الصلح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية إلى القول بأنه"**الصلح في مادة شؤون الأسرة يعد إجراء وقائي وليس عقدا، يسعى قاضي شؤون الأسرة من خلاله إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين ووضع حد للنزاع القائم من اجل استمرار الحياة الزوجية، يقوم به القاضي وجوبا للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية او من اجل استمرارها**"[1].

وعرف من خلال فهم معناه اللفظي من النصوص القانونية بأنه إجراء يسعى من خلاله القاضي أو الحكمين إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين ووضع حد للنزاع القائم بينهما من اجل استمرار الحياة الزوجية، فهو إجراء وقائي يقوم به القاضي وجوبا تحت طائلة بطلان الحكم، للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية، عملا بمبدأ الصلح خير ووجوبية الإجراء يستشف من قراءة المادة 49 من قانون الأسرة وبصراحة المادة 439 من ق.إ.م.إ ، والهدف الأسمى منه المحافظة على الرابطة الأسرية[2].

ومن خلال التعريفات الفقهية السابقة للصلح بين الزوجين نجد التباين الواضح بينها مما يجعل صعوبة وضع تعريف جامع شامل لمفهوم الصلح بين الزوجين يتسع لجميع المسائل الموضوعية والإجرائية له.

وما يمكن استخلاصه من خلال التعريفات السابقة والنصوص القانونية، وفي محاولة منا لتعريف الصلح بين الزوجين يمكننا تعريف محاولة الصلح بين الزوجين " **بأنها إجراء قضائي وجوبي، يتولاها قاضي شؤون الأسرة بنفسه أو بتفويض منه تحت إشر افه، ويتم بالاستماع إلى الزوجين في جلسة سرية، لمحاولة معرفة أسباب النزاع، ومحاولة التوفيق بين الزوجين وإصلاح ذات البين بينهما، لإقناع الزوجين العدول عن حل الر ابطة الزوجية**".

ومؤدى التعريف المتوصل إليه، أن الصلح عبارة عن إجراء وهو ما نصت عليه المواد ذات الصلة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأكدت على وجوبيته المنصوص عنها في المادة 49 من

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص19.

2 بوشيبان خديجة، **صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، المدرسة العليا للقضاء، الفترة التكوينية 2007 2010، ص7.

قانون الأسرة، كما انه يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يجري الصلح عن طريق الحكمين وهو ما نص عليه في المادة 56 من نفس القانون، وجاء نص المادة 446 من ق.إ.م.إ لتؤكد ن مهمة الحكمين هي محاولة الصلح بين الزوجين بنصها على" **إذ لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة**" ، وجاءت النصوص اللاحقة لنص المادة السابقة لتبين الأحكام المتعلقة بمحاولة الصلح عن طريق الحكمين، التي تفيد أحكامها بأنها تكون تحت سلطة وإشراف قاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثاني

مشروعية الصلح وتفريقه عن بعض الإجراءات المشابه.

بعد أن تطرقنا إلى تعريف الصلح بصفة عامة والصلح بين الزوجين بصفة خاصة، وحتى يتضح مفهومه وتماشيا مع ما تم ذكره وللإلمام بمفهومه سنتطرق إلى مشروعية الصلح وهو ما سنتناوله أولا، وحتى يتضح مفهومه بشكل أدق نتطرق إلى تميز الصلح عن بعض الإجراءات المشابهة له ثانيا.

أولا: مشروعية الصلح.

ثبتت وتضافرت مشروعية الصلح بصفة عامة، وبين الزوجين بصفة خاصة بالقران والسنة النبوية وفي الأثر والإجماع.

1- مشروعية الصلح في القران الكريم.

أمر الله سبحانه وتعالى بالصلح في العديد من الآيات من القرآن الكريم ، والتي تبين أهميته في تسير حياة الناس، وانه السبيل الوحيد لحل الأزمات والخلافات[1]، ومن بين الآيات الكريمة قوله سبحانه وتعالى﴿ **لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا**﴾[2]، فالآية الكريمة تدعو إلى الصلح بين الناس وتحث عليه حتى يعود والى ما كانوا عليه من الألفة والإخاء، وفيها بيان على أن أفضل الأعمال الخيرية واجلها إلى الله تعالى الإصلاح ويدخل ضمنها الإصلاح بين الزوجين.

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص24.

2 سورة النساء، الآية 114.

وقال سبحانه وتعالى ﴿**وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَ أَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ (9)إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ**﴾[1]، يبين الله تعالى في هذه الآية قاعدة علمية من قواعد الإسلام العامة وذلك بنصرة الطائفة التي اعتدي عليها من الطائفة الباغية، وذلك حماية للمجتمع من الانحلال، ويستدل من الآية أن الله سبحانه وتعالى قد أمر ووجه عباده المؤمنين-من غير الطائفتين- أن يقوموا بالإصلاح بين الجماعتين المتقاتلتين، فان بغت أحداهما ولم تقبل الرجوع إلى الحق، أي رفضت أن تفئ إلى أمر الله عز وجل أي رفضت أن ترجع إلى الصلح الذي أمر الله عز وجل، كما أمر الله سبحانه وتعالى بالصلح بقوله ﴿**فَأَصْلِحُوا**﴾ حين وقوع النزاع مما يدل على مشروعيته وجوازه بل بوجوبه في بعض الحالات كما في حالة الاقتتال بين طائفتين[2]

وفي قوله سبحانه وتعالى﴿ **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا**﴾[3]، وسبب نزول الآية انه عن عائشة ﷺ قالت: أنزلت في المرأة؛ تكون عند الرجل فتطول صحبتها، فيريد طلاقها فتقول: لا تطلقني وامسكني وأنت في حل مني فنزلت هذه الآية[4] .

وفي الآية الكريمة دلالة على مشروعية الصلح وجوازه، فقد وضعه الله سبحانه وتعالى بقوله عز وجل ﴿**وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**﴾ ولا يوصف بالخيرية إلا ما كان مشروعا ومأذونا في فعله، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص إلا ما خص بدليل؛ أي فلا حرج عليهما؛ يعني على المرأة الخائفة نشوز بعلها أو إعراضه عنها أن يصلحا بينهما صلحا، وهو أن تترك له يومها أو

1 سورة الحجرات، الآية 9،10.

2 أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القران، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا، القسم الرابع، د.ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن، ص 128.

3سورة النساء، الآية 128.

4 احمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2010، ص51.

تضع عنه بعض الواجب لها حق عليهما، تستعطفه بذلك وتستديم المقام في حياته والتمسك بالعقد الذي بينهما وبينه من النكاح خير من الفرقة والطلاق[1].

والأصح أن الصلح خير عام مطلق في جميع الأشياء، ويدخل في هذا المعنى جميع ما يقع عليه الصلح بين الرجل وامرأته في مال أو وطء، أو غير ذلك لان الصلح خير من الفرقة، والتمادي على الخلاف والشحناء والمباغضة هي قواعد الشر[2].

وقال عز وجل﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنفَالِ ۖ قُلِ الْأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ ۖ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ ۖ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ**﴾[3]، وفي هذه الآية أمر الله سبحانه وتعالى بالتقوى وإصلاح ذات البين وأمر بطاعة الله ورسوله والتسليم لأمرهما وترك الخلاف والنزاع بين المسلمين، فدل على فعل الأمر ﴿ **أَصْلِحُوا**﴾ على وجوب إصلاح ذات البين وخصوصا أن الله قد عطف عليهما جملة فعلية ﴿ **وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ**﴾، فيجعل إصلاح ذات البين من طاعة الله تعالى فدل ذلك على مشروعية الصلح[4]، ويدل على أهمية الإصلاح الذي يخلق المودة والإخاء والمصافاة والألفة وترك أسباب الاختلاف والتنازع والشقاق[5]

وقال الله تعالى ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾[6]، ويستدل من الآية انه إذا خيف وقوع الشقاق والاختلاف بين الزوج وزوجته، أمر الله عز وجل بالشروع في الصلح لإزالة الشقاق محافظة على استمرار الحياة الزوجية عن طريق الحكمان، إذا أرادا الإصلاح وفق الله بينهما، لان الله سبحانه وتعالى أمرهما وبتوفيقه أصلح أمرهما وأمر الزوجين، ويتضح من الآية الكريمة وعد الحكمين والزوجين بالتوفيق، بشرط إرادة الإصلاح، وهو دليل على محبة الله للإصلاح وعلى إلزامية ومشروعية الصلح[7].

---

1 خالد إبراهيم المسيعديين، **أحكام الصلح بين الزوجين(دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني)**، رسالة ماجستير في الشريعة، قسم أصول الفقه، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2006، ص9.

2 احمد محمود أبو هشهش، مرجع سابق، ص52

3 سورة الأنفال، الآية 1.

4 خالد إبراهيم المسيعديين، مرجع سابق، ص11.

5 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص24.

6 سورة النساء، الآية 35.

7خالد إبراهيم المسيعديين، مرجع سابق، ص11.

2- مشروعية الصلح من السنة النبوية.

يوجد العديد من الأحاديث النبوية سواء قوليه أو فعلية، التي تجيز الصلح بين الناس، أشهرها عن كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول ﷺ قال" **الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو احل حراما والمسلمون على شروطهم، إلا شرط حرم حلال أو احل حراما**"[1] وفي الحديث دلالة واضحة على مشروعية الصلح كما قرر العلماء، ولا يوصف بالجواز إلا ما كان مشروعا في أصله، فما دام الصلح بالتراضي ولا يظلم فيه احد الطرفين ولا يحل حراما ولا يحرم حلالا فهو جائز[2].

فالصلح بين الخصمين هو منتهى وقمة العدل واقرب إلى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة وصلاح المجتمع ككل.

وفي حديث أخر[3] عن سعيد بن ابي مريم حدثنا أبو غسان قال حدثني أبو حازم عن سهيل بن سعد ﷺ: **أنَّ أُنَاسًا مِن بَنِي عَمْرِو بنِ عَوْفٍ كانَ بيْنَهُمْ شيءٌ، فَخَرَجَ إلَيْهِمُ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ في أُنَاسٍ مِن أصْحَابِهِ يُصْلِحُ بيْنَهُمْ، فَحَضَرَتِ الصَّلَاةُ، ولَمْ يَأْتِ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ، فَجَاءَ بلَالٌ، فأذَّنَ بلَالٌ بالصَّلَاةِ، ولَمْ يَأْتِ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ، فَجَاءَ إلى أبِي بَكْرٍ، فَقالَ: إنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ حُبِسَ وقدْ حَضَرَتِ الصَّلَاةُ، فَهلْ لكَ أنْ تَؤُمَّ النَّاسَ؟ فَقالَ: نَعَمْ، إنْ شِئْتَ، فأقَامَ الصَّلَاةَ فَتَقَدَّمَ أبو بَكْرٍ، ثُمَّ جَاءَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ، يَمْشِي في الصُّفُوفِ حتَّى قَامَ في الصَّفِّ الأوَّلِ، فأخَذَ النَّاسُ بالتَّصْفِيحِ حتَّى أكْثَرُوا، وكانَ أبو بَكْرٍ لا يَكَادُ يَلْتَفِتُ في الصَّلَاةِ، فَالْتَفَتَ فَإِذَا هو بالنبيِّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ ورَاءَهُ، فأشَارَ إلَيْهِ بيَدِهِ فأمَرَهُ أنْ يُصَلِّيَ كما هُوَ، فَرَفَعَ أبو بَكْرٍ يَدَهُ، فَحَمِدَ اللَّهَ وأَثْنَى عليه، ثُمَّ رَجَعَ القَهْقَرَى ورَاءَهُ حتَّى دَخَلَ في الصَّفِّ، وتَقَدَّمَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ، فَصَلَّى بالنَّاسِ، فَلَمَّا فَرَغَ أقْبَلَ علَى النَّاسِ، فَقالَ: يا أيُّها النَّاسُ إذَا نَابَكُمْ شيءٌ في صَلَاتِكُمْ أخَذْتُمْ بالتَّصْفِيحِ، إنَّما التَّصْفِيحُ لِلنِّسَاءِ، مَن نَابَهُ شيءٌ في صَلَاتِهِ، فَلْيَقُلْ: سُبْحَانَ اللَّهِ، فإنَّه لا يَسْمَعُهُ أحَدٌ إلَّا التَفَتَ، يا أبَا بَكْرٍ، ما مَنَعَكَ حِينَ أشَرْتُ إلَيْكَ لَمْ تُصَلِّ بالنَّاسِ، فَقالَ: ما كانَ يَنْبَغِي لِابْنِ أبِي قُحَافَةَ أنْ يُصَلِّيَ بيْنَ يَدَيِ النبيِّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ.**

---

1 أخرجه الترميذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق وشرح احمد شاكر، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن، ص635.

2 احمد محمود ابو هشهش، مرجع سابق، ص53،54.

3 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، تقديم العلامة احمد محمد شاكر، ترقيم وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة جديدة ومنقحة في مجلد واحد، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، سنة 2009، ص 318. الحديث رقم 2690.

ودل الحديث بظاهره على الإصلاح بين الناس وخصوصا في قوله "**كان بينهم شيء**" أي شيء من الخصومة وكذلك قوله "**حبس**" أي جعل التوقف بسبب الإصلاح وفي الحديث: ذهاب الإمام للإصلاح بين رعاياه، وتقديم ذلك على مصلحة الإمامة بنفسه؛ لأن في ذلك دفع المفسدة، وهو أولى من الإمامة بنفسه[1].فالنبي ﷺ فعل ذلك وفعله تشريع لنا فدل ذلك على مشروعية الصلح،بما فيها الصلح بين الأزواج.

وفي حديث أخر[2] عن قتيبة بن سعيد حدثنا سفيان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة ﷺ " **وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا** "، قالت هو الرجل يرى من امرأته ما لا يعجبه كبرا أو غيره فيريد فراقها فتقول أمسكني واقسم لي ما شئت قالت فلا بأس إذا تراضيا.

3- مشروعية الصلح في الأثر والإجماع.

اجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز الصلح بين الناس وحرصوا على الصلح بين المتخاصمين :**قال عمر ﷺ : ردّوا الخصوم حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يورث الضغائن بين الناس، فإن عادوا بصلح يتفق مع شرع الله أمضاه القاضي وإن كان صلحهم لا يتفق مع أحكام الشريعة نقضه القاضي: قال عمر: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرّم حلالاً، وعلى القاضي أن يحرص على الصلح خاصة بين المتخاصمين إذا لم يتبين له الحق، فقد كتب عمر إلى معاوية: احرص على الصلح بين الناس ما لم يستبن لك القضاء، أو كانت بينهم قرابة، فإن فصل القضاء يورث الشنآن**[3]

كما انه ما ورد من أدلة ثابتة من الكتاب والسنة النبوية –التي سبق تبيانها- اجمع فقهاء الأمة وعلماؤها على طليعتهم أئمة المذاهب المشهورة على مشروعية الصلح، والصلح في مسائل الأحوال الشخصية ما هو إلا صورة من جملة ما اجمع عليه الفقهاء[4].

1 أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، ص 318

2 المرجع نفسه .

3 المرجع نفسه.

4 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص82.

بعد أن تطرقنا إلى تعريف الصلح ومشروعيته وحتى يتضح مفهوم الصلح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية، نرى انه من الواجب تمييز الصلح بين الزوجين عن بعض النظم القانونية المشابهة له وهو ما سنتناوله.

ثانيا: تمييز الصلح بين الزوجين عن النظم القانونية المشابهة.

أدرج المشرع الجزائري إجراء الصلح في جميع القضايا المدنية، وخص الصلح في قضايا شؤون الأسرة وتحديدا في دعاوى حل الرابطة الزوجية بنصوص خاصة وجعله ذو طابع وجوبي ميزه عن الصلح في الدعاوى المدنية الأخرى في العديد من النصوص، بل جعله كطريق بديل لحل المنازعات المدنية الأخرى، كما جعل الوساطة طريق بديل لحل المنازعات مما يجعله يتشابه مع الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمين وهو ما يتعين علينا التفرقة بينهما.

1- تمييز الصلح في دعاوى حل الر ابطة الزوجية عن الصلح كطريق بديل.

نص المشرع الجزائري على إجراء الصلح في ق.إ.م.إ واعتبره كطريق بديل لحل المنازعات في كافة المواد المدنية بموجب نصوص المواد من 990 الى 993، كما نص على الصلح بين الزوجين في المواد الأسرية، فيشتركان في بعض النقاط ويختلفان في نقاط أخرى.

أ_أوجه التشابه:

- الصلح في المواد الأسرية والمتمثل في الصلح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية، والصلح كطريق بديل في المواد المدنية الأخرى، يشتركان في نفس الغاية والهدف، حيث أن كل منهما يرمي إلى فض المنازعات وتسوية الخلافات والخصومات بطريقة ودية، بانقضاء الحقوق والادعاءات المتنازل عنها، كما أنه منصوص على الإجراءات في قانون واحد إجرائي يتمثل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- كل منهما يثبت في محضر ويتم توقيعه من قبل القاضي والخصوم وأمين الضبط للمحكمة ويتم إيداعه بأمانة ضبط الجهة القضائية[1]، واعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح الذي يتم بين الزوجين والمحضر الذي يتم بين الخصوم سندا تنفيذيا[2].

1 نصت المادة 992 من ق.إ.م.إ على **"يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية"**

2 نصت المادة 993 من ق.إ.م.إ على**"يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط"**

ب_أوجه الاختلاف.

فرغم أوجه التشابه بين الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية والصلح كطرق بديل إلا انه يوجد أوجه اختلاف بينهما ويتمثل ذلك في:

- الصلح كطريق بديل لحل المنازعات بين الخصوم إجراء جوازي في جميع المواد ما عدا المواد التجارية الذي أصبح إجراءا وجوبيا بعد أن عدل المشرع الجزائري قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 22-13[1] وذلك في نص المادة 536 مكرر4 المستحدثة، ورغم ذلك فانه يختلف عن الصلح بين الزوجين كونه يكون سابقا لقيد الدعوى ويتم بطلب من احد الخصوم، كما أن المشرع الجزائري رتب على عدم وجود محضر عدم الصلح جزاء يتمثل في عدم قبول الدعوى شكلا [2]، على عكس الصلح الذي يتم بين الزوجين الذي يكون أثناء سير الدعوى وأثناء سير الخصومة ودون حاجة لطلبه من الخصوم .

الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية يغلب عليه الطابع الوجوبي الإجرائي المسبق بعد رفع الخصومة والسير فيها، فهو يختلف عن الصلح في المواد المدنية إذ يعتبر طريق تعويضي للخصومة القضائية يلتجئ إليها المتقاضي بصفة اختيارية متخليا بذلك كقاعدة عامة عن الكثير من إجراءاتها[3].

- يتميز الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية في عدد المحاولات ، فيتم عرضه على الزوجين عدة مرات ويكرر القاضي محاولات الصلح متى رأى فائدة من ذلك، على أن تكون تلك المحاولات في حدود اجل معين، وهذا ما اتجهت إليه غالبية التشريعات العربية والإسلامية، أما الصلح كطريق بديل لحل

---

1 قانون رقم 22-13 المعدل والمتمم للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 12 يوليو2022، ج.ر.ج.ج، العدد 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022.

2 نصت المادة 536 مكرر 4 على "يسبق قيد الدعوى إجراء الصلح الذي يتم بطلب من احد الخصوم ويقدم إلى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة الذي يعين خلال مدة خمسة (5أيام) ، بموجب أمر على عريضة، أحد القضاة للقيام بإجراء الصلح في أجل لا يتجاوز ثلاثة (3) أشهر، ويبلغ طالب الصلح باقي أطراف النزاع بتاريخ جلسة الصلح

يمكن القاضي المعين لهذا الغرض الاستعانة بأي شخص يراه مناسبا لمساعدته لإجراء الصلح الذي ينتهي بتحرير محضر يوقع من القاضي وأطراف النزاع وأمين الضبط، ويخضع للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون.

في حالة فشل محاولة الصلح، ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون مرفقة، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، بمحضر عدم الصلح"

3 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص43،44.

المنازعات فانه يعرض مرة واحدة مهما كانت مرحلة إجراءات الخصومة القضائية وهو غير مرتبط بأجل محدد حيث انه يبقى مفتوحا ما لم يتم الفصل في النزاع[1].

- الصلح كطريق بديل لحل المنازعات –عدا المواد التجارية- إجراء جوازي للقاضي ولم يرتب المشرع الجزائري جزاء على إغفاله، فالقاضي غير مجبر على عرضه كما أن الخصوم غير مجبرين على الصلح المعروض عليهم، على خلاف الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية الذي يكون وجوبيا على الأطراف و القاضي الذي يتعين إجراءه وإثباته في محضر وينهي الخصومة برمتها.

- الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية يتعلق بحالة الأشخاص بذاتهم مما جعل المشرع الجزائري إجراءها تتم في جلسة سرية لخصوصية العلاقة بين الزوجين، على خلاف الصلح كطريق بديل فهي تتعلق بالأموال سوا كانت منقولة أو عقارية فالمشرع لم ينص إجرائها في سرية.

ثانيا: تمييز الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان عن الوساطة كطريق بديل.

نص المشرع الجزائري على محاولة الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان ووضع النصوص الإجرائية الخاصة بها ضمن المواد من 444 إلى غاية نص المادة 449 من ق.إ.م.إ، كما افرد المشرع الجزائري كتابا خاصا بالطرق البديلة لحل النزاعات ضمن ق،إ.م.إ بما فيها الوساطة والتي جاءت أحكامها ضمن المواد من 994 إلى غاية المادة 1005، فرغم أن المشرع الجزائري استثني الوساطة من قضايا شؤون الأسرة إلا الطريقين يشتركان في العديد من الإجراءات و الشروط التي جعلت من الباحثين القول إن الصلح بين الزوجين يعتبر بمثابة وساطة بين الطرفين[2]، نظرا للتشابه الكبير بين الطريقين إلا انه يوجد اختلاف بينهما.

1_أوجه التشابه

- يعتبر كل من الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان والوساطة طريق بديل لحل النزاعات في المسائل المدنية، إذ أن كلاهما يعتبر طريق لحل المنازعات بطرق ودية خارج القضاء.

1 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص 51.

2 مرجع نفسه، ص 101.

- يتفق الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان مع الوساطة كطريق بديل في أن كلاهما يكون تحت إشراف القاضي، وكلاهما يكون بتدخل طرف ثالث؛ فالصلح بين الزوجين تسند مهامه للحكمين، أما الوساطة تسند مهامها للوسيط.

- يشترك الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان والوساطة في انه كلاهما محدد المدة، ويتفقان من حيث الإجراءات ففي كلا الطريقين يقوم القاضي بالتعيين سواء الحكمان أو الوسيط، أما بخصوص سير الإجراءات يخضعان لنفس الأحكام ففي حالة ظهور صعوبات للحكمين أثناء الصلح بين الزوجين، أو للوسيط أثناء القيام بمهمة الوساطة يتم إخطار القاضي ليتدخل برفع الإشكالات التي يمكن قد تحدث، كما انه إذا ما تبين استحالة للقيام بمهمة الإصلاح أو الوساطة فان المشرع أدرج نفس الحكم إذ أجاز للقاضي إنهاء مهام الحكمان ونفس الشيء بالنسبة للوسيط.

- يتفق الصلح عن طريق الحكمان مع الوساطة من حيث الآثار؛ ذلك انه إذا تم الصلح بين الزوجين من قبل الحكمان فانه يتم تحرير محضر بذلك ويتم توقيعه من قبل الزوجان والقاضي وأمين الضبط طبقا لأحكام المادة 443 من ق.إ.م.إ، ويتم إيداعه بأمانة الضبط، واعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سندا تنفيذا، وهي نفس الأحكام التي اقرها المشرع الجزائري بالنسبة للوساطة فإذا ما توصل الوسيط إلى التوفيق بين الخصوم يتم تحرير محضر يتضمن محتوى الاتفاق ويتم توقيعه من قبل الخصوم والوسيط ويتم المصادقة عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا[1].

رغم أوجه التشابه بين الصلح الذي يتم بين الزوجين عن طريق الحكمان والوساطة باعتباره طريق بديل في المواد المدنية إلا انه يوجد اختلاف بينهما.

2_أوجه الاختلاف.

- الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان يتفق مع الوساطة باعتباره طريق بديل في المواد المدنية فكلاهما طريقان لحل المنازعات، غير أن الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان إجراء جوازي للقاضي طبقا لنص المادة 446 من ق.إ.م.إ دون الإغفال أن المشرع الجزائري نص على وجوبيته في قانون الأسرة بموجب نص المادة 56 وسنتناول هذا بالتفصيل في الفصل الأول من الباب الثاني، غير أن عرض

1 نصت المادة 1004 من ق.إ.م.إ على "يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب امر غير قابل لايطعن، ويعد محضر الاتفاق سندا تنفيذيا"

الوساطة من قبل القاضي على الخصوم يكون وجوبيا ويخضع لموافقة الأطراف في الأصل العام واستثناءا في المواد التجارية بموجب نص المادة 534 المعدلة بموجب القانون 13-22 وأصبحت الوساطة لا تخضع لموافقة الأطراف.

- رغم أن الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان والوساطة كطريق بديل يتدخل فيهما طرف ثالث إلا أنهما يختلفان في أن الحكمان يكونان شخصين طبيعيين ومن أهل الزوجين، أما بالنسبة للوساطة فإنها تسند لشخص طبيعي ويمكن أن تسند إلى شخص معنوي جمعية، وأدرج المشرع الجزائري بعض الشروط التي يجب أن تتوفر في شخص الوسيط على عكس الحكمان الذي لم يدرج أي شروط سوى أن يكونا من أهل الزوجين،

- يختلف الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان والوساطة من حيث شروط اللجوء إليهما، فالصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان يكون في حالة عدم توصل قاضي شؤون الأسرة للصلح بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر[1]، بينما الوساطة القضائية لم يدرج المشرع الجزائري أي شروط لإمكانية اللجوء إليها، سوى انه استثنى إجراءات الوساطة لقضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية، والقضايا التي تمس بالنظام العام حسب مقتضيات نص المادة 994 من ق.إ.م.إ .

- الصلح عن طريق الحكمان في دعوى حل الرابطة الزوجية يكون بين المتخاصمين المتمثل في الزوجين، ويكون موضوعه متعلق بحالة الأشخاص، أي يسعى الحكمان إلى المحافظة على الرابطة الزوجية من خلال معرفة الأسباب التي أدت إلى النفور بين الزوجين، ومحاولة إصلاح ذات البين بينهما، دون أن يتعدى ذلك إلى الأمور المادية، بينما الوساطة فإنها متعلقة أساسا بالأمور المادية ويحاول فيها الوسيط تقريب وجهات النظر ومحاولة إيجاد حل للنزاع القائم بين المتخاصمين.

المطلب الثاني

النظام العام وجلسات الصلح.

اختلف كل من الفقه القانوني والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حول علاقة النظام العام بجلسات الصلح، وذلك منذ صدور قانون الأسرة وإدراج إجراءات الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتعديلات التي طرأت عليهما، غير أن الجدل والاختلاف لازال قائما بين الجانب المتمسك

1 نصت المادة 56 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على "**ذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرروجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما**"

بتعلق الصلح بالنظام العام، والجانب الذي يرى انه لا علاقة للصلح بالنظام العام، مما يتعين علينا إبراز أهم الاختلافات حول الموضوع.

الفرع الأول

إجراء الصلح بين الزوجين من النظام العام.

يذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول أن إجراءات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة، المقررة قانونا ضمن قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية من صميم النظام العام، وهو نفس الاتجاه الذي سايرته المحكمة العليا في العديد من القرارات، وسنتناول رائي الفقه القانوني أولا، ثم موفق الاجتهاد القضائي ثانيا، وما ذهبت إليه التشريعات المقارنة باعتبار أن المشرع الجزائري يتجه في سياسته التشريعية إلى مسايرة قوانين الدول المجاورة والمقارنة ثالثا.

أولا: تعلق الصلح بالنظام العام من جانب الفقه.

اعتبر جانب من الفقه القانوني والباحثين أن إجراء الصلح من قبل القاضي في القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة والمتعلقة أساسا في الصلح بين الزوجين في مختلف دعاوى حل الرابطة الزوجية وجوبي وإلزامي، والغاية من وجوبيته تكمن في أن القانون لما اوجب على القاضي ذلك إنما كان هدفه تبصير الزوجين بما يمكن أن يترتب عن الطلاق من عواقب وخيمة وأثار سيئة عليهما وعلى الأولاد إن وجدوا، فضلا عن هذا قد تنجح مساعي الصلح في عدول الزوجين عن حل الرابطة الزوجية مما يؤدي إلى الحفاظ على الرابطة الزوجية، بالإضافة إلى اتسام جلسات الصلح بالسرية وهذا في حد ذاته حفاظ على الخصوصية الأسرية[1].

و ما يؤكد أن إجراءات الصلح من النظام العام اتسامها بالوجوبية في المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على " **محاولات الصلح وجوبية**" وهو تأكيد لما جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة لكونها من متعلقات النظام العام التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها أو التغاضي

1 العيفاوي القايد، **التدابير القانونية للحد من التعسف في فك الر ابطة الزوجية**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر01، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020، ص 251.

عنها، وذلك تحت طائلة بطلان الحكم الصادر في موضوع النزاع، لما في ذلك من مس بحق من حقوق الدفاع التي حرص المشرع على أن يمارس من طرف القضاء لمصلحة طرفي النزاع[1].

وترى الأستاذة **كريمة محروق** أن اكتسمماب جلسة الصلح صفة الإلزام يجعلها من النظام العام، وان الحكم الصادر بالطلاق يعتبر باطلا متى تخلف فيه الإجراء الجوهري المتمثل في الصلح ويثيره القاضي من تلقاء نفسه ولو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا[2]، ووجه الدلالة أن نص المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في إجراء الصلح من عدمه[3]، وان الحكم بالطلاق لا يثبت إلا بعد محاولات صلح، باعتباره إجراء جوهري، وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من القرارات، واعتبرت قرارات المحكمة العليا التي اتجهت إلى القول أن محاولة الصلح بين الزوجين ليست من الإجراءات الجوهرية خروجا عن نص المادة 49 من ق.أ.ج الذي يعتبر نصا صريحا واضح المعالم لا يحتاج أي تفسير[4].

ويرى الأستاذ **شامي احمد** أن إجراء الصلح من صميم النظام العام مستندا على الصياغة الآمرة في نص المادة 49 من قانون الأسرة، وتعتبر قيد على الطلاق وأنها واجبة[5]، ويرى الأستاذ **عبد الفتاح تقية** أن إرادة الزوج عاجزة وحدها في ترتيب الأثر القانوني واعتبر جلسة الصلح الشكل

1جنادي نبيلة، ازدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة وخارجها مقاربة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مجلة القانون، المجلد 7، العدد 1،معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي احمد زبانة، غليزان الجزائر،سنة 2018، ص 277.

-أيضا مرمول موسى، محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديلات التي أدخلت عليه، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الرابعة حقوق، دون تاريخ، ص 84.

2 كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، الطبعة الأولى، منشورات ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ص196.

3 لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول،الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011، ص 197.

4 كريمة محروق، مرجع سابق، ص 198.

5 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، **دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الدراسية 2013-2014، ص 99،100.

القانوني للإرادة أمام الجهة القضائية[1]، ومؤدى ذلك هو سياسة المشرع الجزائري المتجه نحو تقييد حق الزوج في الطلاق[2].

ويستند الأستاذ **بلحاج العربي** على نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري واعتبره نصا واضحا في إلزامية و وجوبية محاولة الصلح، لما لها من أهمية كبيرة رغم غموض النص وعموميته، و يستشف وجه الوجوب والإلزام من دلالته[3].

تعتبر إجراءات الصلح في دعاوى الطلاق ذات أهمية وضرورة وتتعلق بالنظام العام ذلك انه لا يجوز للقاضي مخالفتها أو التغاضي عنها، وإلا أصبح الحكم تحت طائلة البطلان، كما انه يمس بحق الدفاع الذي يمارسه القضاء لما يحقق مصلحة طرفي النزاع[4].

وذهبت الأستاذة **قويدري خيرة** إلى تأييد هذا الاتجاه والقول أن الأمر أصبح محسوم بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأزيل التناقض الذي وقع فيه القضاة، وأصبحت الأحكام موحدة وهذا بناء على نص المادة 439 من ق.إ.م.إ التي تنص على أن محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، وهذه المادة جاءت بصيغة الأمر، لان استعمال لفظ وجوبية من شانه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح باعتباره إجراء من الإجراءات الجوهرية.[5]

ومن خلال ما سبق يرى هذا الجانب من الفقه أن الصلح إجراءا جوهريا وليس إجراء شكلي إذ لابد للقاضي القيام به دون الحاجة إلى طلبه من قبل الأطراف وهو من صميم النظام العام[6].

---

1 عبد الفتاح تقية، **الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الدراسية 2006-2007، ص 239.

2 سعدي لعلى، **الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الدراسية 2014-2015، ص433.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة الخطبة ، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 358.

4 سوالم سفيان، الصلح بين الزوجين في دعوى الطلاق صعوبات تطبيقية واليات تفعيلية، الملتقى الوطني الثامن، حماية الأسرة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، الجزائر يومي 04،05 نوفمبر 2015، ص5.

5 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص211.

6 حواس فتيحة، السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، عدد خاص بقانون الأسرة،المجلد 53 العدد 5،سنة 2016، ص 376.

ثانيا:موقف الاجتهاد القضائي المؤيد لإلزامية الصلح وتعلقه بالنظام العام.

أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات حول موضوع الصلح في مادة شؤون الأسرة،قبل صدور قانون الأسرة وبعد صدوره وحتى بعد تعديله، اختلف موقفها في كل مرة، ويرجع السبب في ذلك إلى التطور التاريخي لقانون الأسرة والتعديلات التي طرأت عليه، وحتى التعديلات التي تمس النصوص ذات الصلة خاصة منها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

واتجهت المحكمة العليا في العديد من القرارات على أن الصلح وجوبي وإلزامي، فاعتبرت أن عدم إجراء محاولة الصلح مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات مثال ذلك القرار رقم 82143 الصادر بتاريخ 1992/05/12 **القاضي في مبدئه أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح، طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة.... يتوجب على القاضي أن يطبق المادة 49 من قانون الأسرة التي نصت على انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، الشيء الذي لم يحصل أي شيء منه وبالتالي فان أحكام المادة 49 من قانون الأسرة لم تطبق ووقعت مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات وان الحكم المستأنف والقرار المؤيد له لم نجد فيهما أي اثر للصلح المطلوب قانونا وبالتالي وقع خرق لإجراء جوهري مما ستوجب نقض القرار المطعون فيه**[1].

وفي قرارات أخرى اعتبرت المحكمة العليا عدم إجراء محاولة الصلح يعتبر خطا في تطبيق القانون كالقرار رقم 75141 الصادر بتاريخ 1991/06/18 القاضي في مبدئه " **طلاق- الحكم بدون إجراء محاولة الصلح- خطا في تطبيق القانون**[2]"، وقضت المحكمة العليا في قرارات أخرى أن إجراء محاولة الصلح إجبارية على القاضي، كالقرار رقم 474956 الصادر بتاريخ 2009/01/14 والذي جاء في تسبيبه **"أن المادة 49 من قانون الأسرة تجبر القاضي على إجراء عدة محاولات صلح لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل إصدار حكمه بالطلاق"**.

رغم الاختلاف في الأساس القانوني للمحكمة العليا حول إجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة التي اعتبرت الصلح إجراء جوهري، ففي قرارات اعتبرت عدم قيام القاضي بالصلح على انه إغفال لقاعد جوهرية للإجراءات طبقا لأحكام المادة 358 فقرة1، وفي قرارات أخرى اعتبرت انه مخالفة

1 سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص447.

2 المرجع نفسه، ص 367.

للقانون طبقا لأحكام المادة 358 فقرة 5، وبالتالي فان جزاء عدم إجراء الصلح بين الزوجين في قضايا شؤون الأسرة هو البطلان.

وفي قرار الصادر بتاريخ 1991/06/18[1] والذي جاء في تسبيه النص صراحة أن الصلح بين الزوجين يتعلق بالنظام العام إذ جاء في حيثياته" ... **بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة التي اغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سلمية وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق، دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك ولم يتعرض له بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، أن المادة 49 تنص صراحة انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، إذن فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام ..."**

واستدل الجانب المؤيد بان الصلح بين الزوجين من النظام العام على اتجاه المحكمة العليا ونحن بدورنا نؤيد هذا الجانب، وما يدعم رأينا في أن الصلح من النظام العام في الاجتهاد القضائي هو استقراره - في حدود القرارات المنشورة- على أن الصلح وجوبي وإلزامي بعد صدور ق.إ.م.إ ، وإدراج كلمة الصلح وجوبي في نص المادة 439، والتي جاء بها تعديل سنة 2008 ويعتبر تأكيد[2] للصلح من جهة وإضفاء الوجوبية في قضايا شؤون الأسرة من جهة أخرى، وتوضيح للنص المادة 49 من قانون الأسرة وسدا للفراغ.

بل حتى قبل دخول قانون الإجراءات المدنية حيز التطبيق استند المحكمة العليا على أحكام المادة 49 من قانون الأسرة مثال ذلك القرار رقم 477546 المؤرخ في 2009/01/14[3] والذي قضى في مبدئه "**أن القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين الطرفين مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة**"، وجاء في تسبيب القرار "**عن الوجه المثار.... حيث أن الخلع وسيلة من وسائل**

1 قرار رقم 75141 بتاريخ 1991/06/18، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المحكمة العليا، المجلة القضائية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1993، ص67،68

2 يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة 2009، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر،سنة 2008 ص 36.

3 قرار رقم 477546 المؤرخ في 2009/01/14 غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، ، العدد الثاني، سنة 2009، ص 279.

الطلاق وفك الرابطة الزوجية وبالتالي يتعين إصدار حكم بشأنه وقبله يتوجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين.

ولما قضى قاضي أول درجة لمحكمة الاغواط بالتطليق خلعا في قضية الحال دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، فان قضاءه جاء مخالفا للقانون المادة 49 من قانون الأسرة....".

فمن خلال هذا القرار يتضح استقرار المحكمة العليا على وجوبية الصلح وعدم إجرائه يعد مخالفة للقانون.

كما أن نص المادة 49 من قانون الأسرة نصت على أن " **لا يثبت الطلاق**" وبالتالي فان دور القاضي هو البحث عن تاريخ وقوع الطلاق ويتضح أن القاضي لا يوقع الطلاق، فلو أخذنا بالرأي القائل أن القضاء قيد مطلق للطلاق لكان نص المادة على النحو التي " **لا يقع الطلاق إلا بحكم..**" وبالتالي يمكن القول أن الصلح إلزامي على القاضي و وجوبي للتأكد من وقوع الطلاق وإثباته، حتى أن العمل القضائي للمحكمة العليا أكدت على وجوبية حضور الزوج للتأكد من إرادته في إيقاع الطلاق وعريضة الدعوى تعتبر غير كافية للتعبير عن الإرادة، كما جاء في القرار المؤرخ في2021/07/07[1] والذي جاء فيه "**وحيث إنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض أن المحكمة عاينت أنّ المطعون ضده - بصفته مدعياً في دعوى الطلاق- تغيب عن جلسات محاولة الصلح، ومع ذلك استندت إلى عريضة افتتاح دعواه واعتبرت ذلك تعبيراً عن الإرادة وإصراراً على الطلاق، مع أن هناك فرقاً كبيراً بين رفع الدعوى . أي دعوى الطلاق . وبين إجراءات الصلح، وقد استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث، على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولات الصلح، وإلاّ أصبح الوجوب المنصوص عليه في المواد المشار إليها أعلاه بدون جدوى وعليه فإن هذا الوجه مؤسس ويترتب عليه نقض الحكم محل الطعن بالنقض**".

إذا أردنا تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة، واعتماد طرق التفسير الداخلية واستنادا على مشروع تعديل قانون الأسرة المعد من قبل اللجنة المكلفة، والتي جاء فيه **أن كل ما يتعلق بقواعد قانون الأسرة تتعلق بالنظام العام**، وان إدراج النيابة العامة كطرف أصلي الغرض منه السهر على تطبيق قانون الأسرة وحماية الأسرة من التفكك، بالإضافة انه في تلاوة نص المشروع[2] تم التأكيد على

1 قرار رقم 1477236 مؤرخ في 2021/07/07، متاح على موقع المحكمة العليا الرابط/https://www.coursupreme.dz

2 الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الشعبي الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثالثة، رقم 146، المؤرخة في 28 مارس 2005، ص 08.

إلزامية الصلح للقاضي، وبالتالي يتضح من خلال روح النص والغرض منه، أن الصلح من النظام العام وذو طابع إلزامي.

ومن جهة أخرى فان تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 له عدة أسباب من بينها أن يكون التعديل متوافق مع التشريعات المقارنة في مجال الأحوال الشخصية للدول الإسلامية في المنطقة، ومن اجل أيضا إزالة أسباب الاختلاف بين الدولة الجزائرية والدول الإسلامية في المنطقة[1]، هذا الأمر يجعلنا نتطرق إلى مدى إلزامية محاولة الصلح في بعض القوانين المقارنة على سبيل المثال لا الحصر.

ثالثا:إلزامية الصلح وتعلقه بالنظام العام في القو انين المقارنة.

بالرجوع إلى القانون المغربي على سبيل المثال في مدونة الأسرة[2] نصت المادة 94 من على "**إذا طلب الزوجان أو احدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف الشقاق منه وجب عليها أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه**"، ويتضح من خلال النص أن القانون المغربي يعتبر إجراء الصلح ضروري قبل الفصل في دعوى الطلاق[3]، ويذهب الأستاذ **محمد ابن معجوز** إلى القول انه على القاضي إجراء محاولة الصلح في أول جلسة[4]، والمشرع المغربي أيضا عدل مدونة الأحوال الشخصية، وتم توسيع نطاق اللجوء إلى الصلح بعد أن كان مقصورا على التطليق للضرر وشمل كافة صور الطلاق الأخرى، ماعدا التطليق للغيبة[5]، ويجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح بين الزوجين قبل البت في الدعوى المتعلقة بإنهاء الرابطة الزوجية، ووصف الصلح بالإجراء الجوهري والإلزامي ويرتبط بالنظام العام[6]، كما أن القضاء المغربي أكد على ضرورة القيام بإجراء محاولة الصلح، إذ نص

1 الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الشعبي الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثالثة، رقم 146، مصدر سابق، ص 6.

2 مدونة الأسرة المغربية، القانون 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 3 فيفري 2004، الموافق 12 ذي الحجة 1424،الجريد الرسمية عدد رقم 5184 الصادرة بتاريخ 5 فيفري 2004 الموفق ل 14 ذي الحجة 1424 .

3 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص105.

4 محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الخطبة، الزواج: أركانه وأثاره، طرق انحلال ميثاق الزواج والآثار المترتبة على ذلك، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 1998، ص321.

5 إدريس الفاخوري،واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، مركز ادريس الفاخوري للدراسات والأبحاث القانونية وجدة، متاح على على الرابط : http://cieersjo.com/2017/07/11/، تاريخ الاطلاع عليه 2019/08/17، الساعة 23:00

6- محمد شيلخ، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق والتطليق، مجلة القضاء المدني، الجزء الأول، قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربة متعددة، الرباط، المملكة المغربية، ص20.

المجلس الأعلى المغربي في احد قراراته على " ... **فيما يتعلق بمحاولة الإصلاح بين الزوجين فان المشرع يعتبره إجراء جوهريا ...."**[1].

يتضح من خلال المقارنة أن التشريع الجزائري يتفق مع التشريع المغربي في وجوبية محاولات الصلح، كما أن هذا الأخير اعتبر الصلح في قضايا الأحوال الشخصية من النظام العام[2]، بل حتى القضاء المغربي اتجه إلى أن الصلح يعتبر إجراء أولي وجوهري ويتعلق بالنظام العام[3].

بالإضافة إلى التشريع الجزائري والتشريع المغربي ذهب المشرع المصري في نفس الاتجاه، إذ اعتمد على نظام الصلح من خلال نص المادة 18 من قانون 01 لسنة 2000 الخاص بإجراءات التقاضي، فالقاضي ملزم بعرض الصلح كما أن محكمة النقض المصرية أكدت بان يلتزم القاضي بعرض الصلح [4].

وبصدور قانون إنشاء محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 تم إنشاء محاكم الأسرة وإنشاء مكاتب التسوية ومنح للمحكمة إمكانية إما عدم قبول الدعوى أو إحالتها على المكتب المختص للقيام بمهام التسوية وهو ما أقرته المادة 08 من القانون 10 لسنة 2004.

وبالرجوع إلى المشرع التونسي نص في الفصل 32 من قانون الأحوال الشخصية التونسي على **"... لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك"**[5].

فالمشرع التونسي أدرج الصلح بين الزوجين في قانون الأحوال الشخصية، ويتولاها قاضي متخصص وهو قاضي من الدرجة الثانية، ذلك انه له من الخبرة والسن ما يؤهله للتعامل مع

1 إدريس الفاخوري، واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، مرجع سابق.

2 عبد الواحد الرحماني، **مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي**، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المملكة المغربية، السنة الدراسية 2005-2006، ص 29.

3 المرجع نفسه، ص 30،29.

4 شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص105 . أيضا سعدي لعلى، مرجع سابق، ص 436.

5 أمر مؤرخ في 13 أوت 1965، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956 المنقح والمتمم.

الإشكاليات الأسرية بنضج وتروي وأوكلت له مهمة المصالحة بين الزوجين في قضايا الطلاق[1]، غير أن المشرع التونسي نص على أن المحكمة هي التي توقع الطلاق إذ نص الفصل 30 على " **لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة** " وبالتالي فالمشرع التونسي جعل السلطة القضائية الوحيدة في إيقاع الطلاق، بل وتنطق به بقصر العدالة [2].

وجعل المشرع التونسي إجراءات الطلاق طويلة [3] في حالة وجود ولد أو أكثر من القصر، كما كرس تكرار محاولات الصلح ثلاث مرات في ظرف ثلاثة أشهر كما احدث فترة سميت بفترة التأمل التي تدوم شهرين كاملين قبل طور المرافعة.

كما أن القضاء التونسي اتجه إلى انه لا يعتد بالطلاق دون محاولة الصلح، التي يبذل الحاكم وسعه في البحث عن أسباب الشقاق بين الزوجين ويعتبر الحكم دون محاولة الصلحية غير مرتكز على أساس قانوني واعتبرت محكمة التعقيب التونسية أن جلسات الصلح إجراء وجوبي لتعلقه مقتضيات الأحوال الشخصية بالنظام العام العائلي باعتباره قانونا استثنائيا واجب التطبيق ولو دون طلب الخصوم[4].

الفرع الثاني

إجراء محاولة الصلح ليس إجراء جوهري ولا يتعلق بالنظام العام

على عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن إجراء محاولة الصلح ليس لها أي علاقة بالنظام العام وهو ما سنتناوله أولا، واستند أصحاب هذا الرأي على عدت أسانيد من بينها قرارات المحكمة العليا باعتبارها اجتهاد قضائي وهو ما سنتناوله ثانيا.

1 عائدة اليرماني غربال، **مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية** ، رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصصة في حقوق الطفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2005_2006، لبنان، ص21.

2 مجلة الأحوال الشخصية، جمع وتعليق محمد الحبيب الشرين، سلسلة الميزان التشريعي طبعة جوان 2004، دار الميزان للنشر، سوسة تونس، ص92.

3 المرجع نفسه، 138.

4 قرار تعقيبي مدني، عدد 7013 صادر بتاريخ 2001/06/07، مجلة الأحوال الشخصية، جمع وتعليق محمد الحبيب الشرين، مرجع سابق ص150.

أولا:إجراء محاولة الصلح ليس جوهريا ولا يتعلق بالنظام العام من جانب الفقه.

يرى بعض الفقه القانوني أن الصلح في قضايا شؤون الأسرة لا يتعلق بالنظام العام، ومن بينهم الأستاذ **عمر زودة** الذي يرى أن المشرع الجزائري لم يقرر البطلان كجزاء لتخلف القاضي عن إجراء الصلح، كون أن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ " **لا بطلان إلا بنص**"، لكن هذا المبدأ لا يستثني الأشكال الجوهرية للإجراءات وما يبرر ذلك هو نص المادة 358 فقرة 1 و2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اعتبار أن أي مخالفة لقاعدة جوهرية أو إغفال الأشكال في الإجراءات يعد سبب من أسباب البطلان التي يبنى عليها الطعن بالنقض[1].

وذهب هذا الاتجاه إلى القول أن المشرع الجزائري لايعترف بالبطلان إلا في الحالات التي ورد النص عليها صراحة، فإذ لم ينص القانون على البطلان فلا يحكم به مهما كانت المخالفة للشكل جسيمة، ولو تعلقت بالشكل الجوهري أو المتعلق بالنظام العام مخالفا بذلك المشرع الفرنسي الذي استثني الأشكال الجوهرية والنظام العام[2].

وذهب الأستاذ **بوضياف عادل** إلى القول أن نص المادة 49 من ق.أ.ج ونص المادة 439 من ق.إ.م.إ لا يظهر جليا أن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي، مما يبقي الخصم أن يدفع بتخلف هذا الإجراء عبر درجتي التقاضي ولكون الإجراء في حد ذاته لا يترتب تخلفه إضرارا بمصلحة الطرف الأخر، لأنه لا ينسب للشخص اتفاقا لم يعقده أو إضرارا بالخصم كان يمكن أن لا يحدث ذلك الضرر في حالة قيام القاضي بمحاولة الصلح، والصلح في حد ذاته محاولة لتقريب وجهات النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق، ولا يترتب على تخلف الصلح كإجراء وجوبي بطلان العمل القضائي أو الحكم، وسرية جلسة الصلح شرعت من المشرع القصد منها الحفاظ على الأسرار الأسرية وضمانا لاستقرار ها[3].

وذهب الأستاذ **زيدان عبد النور** إلى نفس الاتجاه مستندا على ما ذهبت إليه المحكمة العليا الذي اتجه إلى إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، ورغم وجود هذه القرارات توجد أيضا

---

1 عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الثاني، قسم الدراسات، سنة 2012، ص 21،22.

2 المرجع نفسه،ص22.

3 عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 444.

بعض القرارات التي تفيد عكس ذلك تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري، الغاية منه الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي ولا يترتب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائي المترتب على مخالفته[1].

كما يستند أصحاب هذا الرأي على المدة المقررة لإجراءات الصلح في تبرير فكرة محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، فيرى الأستاذ **لمطاعي نور الدين** أن المشرع قيدها بمدة ثلاثة أشهر كون أن هذه المدة هي مدة العدة وله علاقة بالطلاق الرجعي وجعل المشرع الجزائري إمكانية المراجعة أثناء محاولة الصلح، التي لا يحتاج فيه الزوج إلى إبرام عقد زواج جديد، لان الطلاق الذي أوقعه الزوج يكون طلاقا رجعيا ويبقى كذلك إلى غاية انتهاء وانقضاء مدة الصلح المقابلة لمدة عدة الطلاق الرجعي ويتحول الطلاق من طلاق رجعي إلى طلاق بائن بينونة صغرى[2].

لو أخذنا بهذا الرأي الأخير أن مدة الصلح هي مدة عدة فالمشرع الجزائري لم يرتب أيضا لها جزاء في حالة تجاوز المدة، فإذا تجاوز القاضي مدة ثلاثة أشهر فما هو جزاء تجاوز المدة المقررة قانونا؟، مما يوحي أن المدة ليس لها علاقة بالعدة، كما أن المدة المقررة هي مدة عمل قضائي، وليست مدة زمنية مستمرة غير منقطعة، ذلك أن المعمول به في الجهات القضائية الجزائرية تمنح عطلة قضائية محددة في الأحوال العادية بمدة شهرين طبقا لنص المادة 9 من القانون رقم 22-10 المتعلق بالتنظيم القضائي[3].

فخلال العطلة القضائية والمحددة بمدة شهرين متتالين، يتم خلالها توقيف العمل القضائي العادي في الأقسام المدنية، والتي من بينها جلسات قسم شؤون الأسرة العادية، والمقصود الجلسات العادية انه استثني منها القضايا الاستعجالية، فلو فرضنا أن الدعوى قيدت قبل العطلة القضائية وبالتالي فان أول جلسة يكون على الأقل عشرين يوم قبل أول جلسة وقد يصادف آخر يوم قبل العطلة القضائية، وقد يأمر القاضي بتأجيل جلسة الصلح للجلسة القادمة وتكون بعد العطلة

1 زيدان عبد النور، **الصلح في الطلاق**، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007، ص118.

2 لمطاعي نور الدين ، مرجع سابق،ص65.

3 قانون عضوي رقم 10-22 متعلق بالتنظيم القضائي،مؤرخ في 9 جوان سنة 2022، ج.ر.ج.ج، العدد 41، المؤرخة في 16 جوان 2022.

القضائية المحددة بشهرين، وبالتالي فان المدة ما بين قيد الدعوى وإجراء أول محاولة صلح تتجاوز ثلاثة أشهر ومنه يتضح جليا أن مدة ثلاثة أشهر هي مدة تنظيمية لا غير [1].

وما يعزز رأينا في أن المدة تنظيمية لا غير ما كرسه المشرع الجزائري في القانون رقم 22_13 المعدل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي حدد مدة إجراء الصلح في المواد التجارية في نص المادة 536 مكرر 4 بثلاثة أشهر وهي نفس المدة المقررة للصلح بين الزوجين المتخاصمين في دعوى حل الرابطة الزوجية، ومنه نرى أن المشرع الجزائري يأخذ بمدة ثلاثة أشهر على أساس أنها مدة لإجراءات الوسائل البديلة لحل المنازعات لا غير.

كما يعتبر أصحاب هذا الرأي أن الصلح في حد ذاته محاولة لتقريب وجهات النظر وإصلاح ذات البين وليس لترتيب الحقوق، وهو ما ذهب إليه الأستاذ بن **هبري عبد الحكيم** والاستناد في ذلك على القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري والتي يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي ولا يترتب عن مخالفته البطلان[2]، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ **نجيمي جمال** إذ ذهب إلى القول إذا كان إنهاء العلاقة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة فهو طلاق ويثبت بحكم، وأما إن كان إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي بناء على طلب احد الزوجين فهو ما يعرف اصطلاحا بالتفريق بين الزوجين، ومحاولة الصلح إجبارية في كل الأحوال وتفيد في حالة كون الطلاق رجعيا، فان كان الطلاق بائنا بينونة كبرى لا فائدة ترجى من محاولة الصلح، و أصبحت محاولة الصلح سبيلا لمعرفة حقيقة ومواقف الطرفين وما يترتب من أثار[3].

واستندت الأستاذة بن **قوية سامية** على قرارات المحكمة العليا التي تعتبر الصلح من الإجراءات الشكلية وليس بالجوهري ولا ينتج عن إغفال الصلح بطلان العمل القضائي، واعتبرت ذلك تراجعا من المحكمة العليا عن موقفها، كون أن إبطال الحكم القضائي بحجة عدم مراعاة إجراءات معينة أمر غير مقبول، خاصة انه في حالة الطلاق أو الخلع يكون قد مر من الوقت ما يجعل الزوجين أجنبيين عن بعضهما البعض بعد انقضاء فترة العدة، ومنه ما الفائدة من هذا الإبطال، وكيف يتصور

1 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، د ط،مصر، سنة2014، ص104.

2 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 61.

3 نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة، على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016، ص127،112.

عودة الزوجين إلى حالتهما الأولى قبل صدور الحكم مع أن الطلاق قد وقع شرعا بوقت طويل ورتب أثاره الشرعية وأصبح الزوجين أجنبيين عن بعضهما، وبالتالي فانه لا يمكن إلزام القاضي الأخذ به قبل الحكم بالطلاق مما يفيد أنها غير ملزمة أصلا ولا تتعلق بالنظام العام ولا يترتب على إغفاله جزاء[1]، بل يعتبر إجراء محاولة الصلح في حد ذاتها مخالفة للنظام العام[2].

إن الاستناد على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في موقفها بان الصلح ليس من النظام العام، وكذا القول انه لا جدوى ولا فائدة من إبطال الحكم لا يستقيم مع المبادئ العامة للهدف من إقرار النظام العام، كون هذا الأخير يشكل حماية للمصالح وفي دعوى حل الرابطة الزوجية وجعل الصلح إلزامي ووجوبي للقاضي والزوجين معا حماية للحقوق والرابطة الزوجية، والقول أن القاضي غير ملزم بإجراء الصلح يفتح المجال إلى عدم إجرائه أصلا وبالتالي يتم الفصل في دعاوى حل الرابطة الزوجية دون محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين، كما أن تعلق إجراء الصلح بالنظام العام له فائدة وتتمثل في حماية للزوجين بحقهم في إجراء الصلح وحماية العلاقة الأسرية حتى وان تم إبطال الحكم بسبب عدم إجرائه.

وتمسك أصحاب هذا الرأي بموقفه حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، واستندوا على أن المشرع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ذكر الصلح على شكل قاعدة آمرة لكن لم يرتب عنها جزاء وهو دلالة قاطعة على أن اثر تخلف الصلح لا يترتب عليه اثر، ولا يمكن تفسير النص أكثر مما يحتمل[3]، وبالتالي يكون الصلح أمر مندوب من اجل حث وإقناع الزوجين على العدول عن حل الرابطة الزوجية ومواصلة الحياة الزوجية.

ثانيا: الصلح ليس إجراء جوهري من جانب الاجتهاد القضائي.

أصدرت المحكمة العليا بعض القرارات مؤداها أن الصلح إجراء جوازي إذ نجد قرارات قبل صدور قانون الأسرة 84-11، وفي تسبيبهم للقرار أن قضاة الموضوع يتمتعون بسلطة تقديرية مطلقة

1 بن قوية سامية، الصلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص335،336

2 العيفاوي القايد، **التدابير القانونية للحد من التعسف في فك الرابطة الزوجية**، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق سعيد حمدين،جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2019_2020، ص 252.

3 عادل بوضياف ، مرجع سابق ، الجزء الأول، ص441.

فيما يتعلق بمصالحة الزوجين مثل ما جاء به القرار المؤرخ في 1968/10/16[1]، أما بعد صدور قانون الأسرة نجد بعض القرارات للمحكمة العليا تفيد أن محاولة الصلح بين الطرفين ليست من الإجراءات الجوهرية مثل القرار رقم 200148 الصادر بتاريخ 1998/07/21[2] والذي جاء في حيثياته" **حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه اتضح أن عدم محاولة الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية ..**" وكذا القرار رقم 36962 المؤرخ في 1985/06/03 والذي يقضي في "**من المقرر قانونا انه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء ما لا يفرضه عليهم القانون و انه لا يسوغ لخصم انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة قواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيس على أن محاولة الصلح لم تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله ويستوجب رده**"[3].

وفي قرار أخر[4] جاء في حيثياته" .. **لكن حيث أن الطاعن لم يبين مصلحته في إثارة تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة وعند حضوره جلسة الصلح مع المطعون ضدها لتغيبها، ما دام انه هو كان مدعيا وطالب بالطلاق وتحميل المطعون ضدها مسؤولية ذلك، ولم يقدم ما يثبت تراجع عن طلب الطلاق، وبالتالي فان المحكمة لم تخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الذكورة عندما عقدت عدة جلسات لإجراء محاولات الصلح والتي لم تتم بسبب تغيب الطرفين وعليه فان الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ورفض الطعن**".

بالإضافة إلى القرارات السابقة يوجد القرار رقم 216850 الصادر بتاريخ 1999/02/16[5] والذي استند عليه العديد من الباحثين في تبريرهم بان إجراء الصلح لا يتعلق بالنظام العام والذي جاء في "**حيثياته لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تطبق على مستو المجلس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إذ أن محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعضة**"، وبالرجوع إلى مقتضات القرار الأخير فانه لم يكن أصلا بمناسبة دعوى طلاق بل دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية أمام المحكمة ولما ثبت

1 بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 12010، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2017، ص 217.

2 سايس جمال مرجع سابق، الجزء الثاني، ص503.

3المرجع نفسة، الجزء الأول، ص 262.

4 قرار بتاريخ 2010/12/09 تحت رقم 0597294 ، نقلا عن بن هبري عبد الحكيم مرجع سابق، ص58،59.

5

لقضاة المجلس انه وقع طلاق من قبل الزوج أصبحت دعوى الرجوع بدون جدوى بعدما تم النظر في صحة وقوع الطلاق والحكم بتثبته، والحكم للزوجة بتوابع حل الرابطة الزوجية، وهو حسب اعتقادنا ما جعل المحكمة العليا تذهب إلى تسبيب القرار بهذا الشكل ونعتقد أن المحكمة العليا لم تحسن الصياغة فقط، وربما قصدت من أن إجراء الصلح شكلي أنه أصبح بدون جدوى طالما ثبت وجود الطلاق العرفي.

أن وجود قرارات للمحكمة العليا تؤيد الفكرة بأن محاولة الصلح بين الزوجين ليست إجراءا جوهريا والاستناد عليها في تبرير الرائي، يكون معقولا قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أنها لم تستقر في قراراتها بل وقعت في تناقض، لكن بعد ذلك لا يمكن ذلك كون أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا متطور بتطور القواعد القانونية، خاصة أن محاولة الصلح بين الزوجين ذو طبيعة إجرائية وليس موضوعية وهو ما تداركه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية، وأصبحت قرارات المحكمة العليا تساير القواعد القانونية وأخذت بفكرة إلزامية الصلح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية.

واستقرت قرارات المحكمة العليا باعتبار أن الصلح بين الزوجين من الإجراءات الجوهرية وحسمت الأمر بخصوص ذلك وأزالت الغموض[1]، وما يؤكد ذلك أن القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية استقرت على أن الصلح إجراء وجوبي، كما أن القضاة عبر المحاكم استقروا على ذلك تماشيا مع النصوص القانونية والاجتهاد القضائي، فمن خلال الممارسة العملية اتضح لنا جليا أن الأحكام القضائية أصبحت موحدة[2] بناءا على نص المادة 439 من ق.إ.م.إ

كما أن الاستناد على إن وجوبية وإلزامية إجراء الصلح من قبل القاضي واعتبارها قاعدة آمرة لم يرتب المشرع الجزائري عنها جزاء، كون أن المشرع الجزائري يرتب جزاءات على عدم مراعاة الأحكام واعتباره دليل قاطع على أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري، تطبيقا لمبدأ لا بطلان إلا بنص نرى انه هذا الرأي يستقيم قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن بعد ذلك لا يتضح جليا أن المشرع الجزائري تبنى النظرية الحديثة للبطلان التي تعتمد على معيار الغاية وهو ما جاء في معرض

1 بن جناحي أمينة، **دور القاضي في الخلع –دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي-** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، بتاريخ 2014/05/21، ص111.

2 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 211.

تقديم مشرع قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وفي نفس الوقت نص المشرع الجزائري في المادة 60 منه نصت على " **لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه** ".

ويتضح أن المشرع الجزائري تبنى نظام هجين بخصوص بطلان الإجراءات مما جعل الفقه التوصل إلى حل وسط بين النظريتين، أي أن فكرة تحقق الغاية من الإجراء أو فكرة تحقق الضرر هما فكرتان تعودان على صاحبها بنفس النتيجة، لان دور القاضي في إقراره للبطلان يبحث عن تحقق المصلحة من عدمها وليس هناك فارق بين تقرير أن الإجراء قد تحققت منه المصلحة أو الغاية، وان تخلف الإجراء من ذلك لم يحقق أي ضرر [2]، كما أن البطلان المقرر بنص المادتين 60 و63 من ق.إ.م.إ يتعلق بالبطلان النسبي وليس البطلان المطلق وطالما أن الغاية من الصلح بين الزوجين منه المحافظة على الروابط الأسرية وجعل الطلاق تحت سلطة القضاء فان تخلف إجراء الصلح يترتب عنه البطلان ويجعل منه إجراء جوهري ويتعلق بالنظام العام.

المبحث الثاني

دور قاضي شؤون الأسرة في تسيير جلسات الصلح

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري سعى من خلال الإصلاحات التي اقرها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إعطاء الأهمية البالغة لقسم شؤون الأسرة، ويتجسد ذلك من خلال إدراج فصل خاص بالإجراءات الخاصة به في المواد من 423 إلى 499 من أي بمجموع 76 مادة وهو يعكس أهمية المسائل التي يفصل فيها لتعلقها بالخلية الأساسية للمجتمع وهي الأسرة[3].

بعد أن تطرقنا لتعريف الصلح وعلاقته بالنظام العام واهم الآراء الفقهية وموقف الاجتهاد القضائي، وكذا في بعض القوانين المقارنة، فالصلح في مادة شؤون الأسرة تحكمه نصوص خاصة سنت في القانون الموضوعي المتمثل أساسا في ق.أ.ج وكذا في القانون الإجرائي المتمثل في ق.إ.م.إ، التي تحدد

1 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الفترة التشريعية السادسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 6 يناير 2008، ص10.

2 عبد الحكيم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة 3، دار الفكر والقانون ،الإسكندرية مصر،سنة 1999، ص240.

3 حمليل صالح، صديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، العدد 28 جامعة إدرار،الجزائر ، ص22.

شروط وتتميز بخصائص وهو ما نتناوله في المطلب الأول، وتتم محاولة الصلح وفق إجراءات وقواعد يتعين القيام بها حتى يمكن تحرير محضر الصلح والذي يترتب عنه أثار وهو ما نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

شروط وخصائص جلسة الصلح

تتميز جلسة الصلح التي يباشرها قاضي شؤون الأسرة و يحاول من خلالها إصلاح ذات البين بين الزوجين بشروط لا بد من توفرها وبغيبها لا يمكن تصور وجود جلسة صلح وهذه الشروط أوجبها المشرع الجزائري وهي ما سنتناولها في الفرع الأول، كما تتميز جلسة الصلح بين الزوجين ببعض الخصائص عن باقي جلسات الصلح الأخرى وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

شروط إجراءات جلسة الصلح

ومما لا شك فيه انه قبل أن يأمر قاضي شؤون الأسرة بإجراء محاولة الصلح لا بد أن تكون هناك دعوى قضائية مسجلة أمام المحكمة والتي تخضع لشروط مقررة قانونا (أولا)، كما انه لا يمكن أن نتصور وجود دعوى قضائية ترمي من خلالها حل الرابطة الزوجية دون وجود علاقة زوجية قائمة (ثانيا).

أولا: قيد دعوى حل الر ابطة الزوجية

حتى تنعقد جلسة الصلح يجب أن تسبقها دعوى قضائية مرفوعة أمام جهة قضائية مختصة للفصل في طلب حل الرابطة الزوجية بأحد الصور المنصوص عنها في المادة 48 من قانون الأسرة .

فالدعوى القضائية هي الوسيلة الوحيدة الإجرائية [1] التي يتم من خلالها الإفصاح عن رغبة الزوجين أو احدهما في إثبات الطلاق أمام القضاء أو إيقاعه.

1 عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء وأحكام القضاء، د.ط، ENCYCLOPEDIA EDITION COMMUNICATION، بن عكنون الجزائر، د.س.ن، ص31.

وفي كل الأحوال فان قاضي شؤون الأسرة لا يمكنه مباشرة إجراءات الصلح إلا بعد انعقاد الخصومة القضائية، والتي لا تكون إلا بعد تبليغ الخصم بالعريضة الافتتاحية لدعوى حل الرابطة الزوجية[1]، ماعدا في حالة الطلاق بالتراضي الذي خصه المشرع الجزائري بإجراءات خاصة تضمنتها المواد من 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية، ذلك انه عند تسجيل وقيد العريضة الوحيدة يتم تسليم استدعاء للزوجين للحضور للجلسة المحددة لإجراء محاولة الصلح، وهو ما يجعل بنا القول أن المشرع الجزائري اعتبر الخصومة القضائية منعقدة بمجرد تسلم الزوجين الاستدعاء.

و إجراءات رفع دعوى حل الرابطة الزوجية تكون إما بطلب من احد الزوجين بمختلف صورها والتي تخضع لنفس الشروط والإجراءات لرفعها، أو تكون تراضيا بين الزوجين والتي خصها المشرع الجزائري بإجراءات خاصة، ولذلك ينبغي عليا التطرق إلى كل صورة على حدا.

1- شروط وإجراءات رفع دعوى حل الر ابطة الزوجية بطلب من احد الزوجين.

سبق وان اشرنا إلى أن حل الرابطة الزوجية يتخذ عدة صور فإما أن يكون بطلب من الزوج ويطلق عليه بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وإما أن يكون بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و54 من قانون الأسرة أي حالة التطليق والخلع، وفي جميع الحالات أخضعها المشرع الجزائري لنفس المراحل الإجرائية.

فترفع الدعوى من احد الزوجين بعريضة افتتاح الدعوى التي يجب أن تتوفر على كافة البيانات والشروط[2]، وتخضع لتسديد الرسوم[3]، وتسجل أمام أمانة ضبط المحكمة المختصة[4]، وبصفة عامة يجب أن تكون محترمة لجميع الأشكال والإجراءات المقررة لرفع الدعوى، كما يجب التنويه إلى ذكر النيابة العامة كطرف في النزاع تطبيقا لما جاء به نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة.

و يجب أن تتوفر لرافع الدعوى أهلية التقاضي بتمام سن 19 سنة كاملة ولا يكون محجور عليه أي بمفهوم واسع لا يكون ناقص الأهلية، وفي حالة نقص الأهلية فان الطلب القضائي لحل

---

1 المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على **"الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"**

2 حمليل صالح، صديقي الأخضر، مرجع سابق، ص32.

3 نصوص المواد 15،14،13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

4 المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مصدر سابق.

الرابطة الزوجية يقدم من طرف وليه أو المقدم حسب الحالة[1] وهو ما نصت عليه المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على " **عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة** " وهو النص الذي جاء تحت عنوان في طلب الطلاق من احد الزوجين، ويستفاد من النص أن ناقص الأهلية لا يمكنه مباشرة رفع دعوى حل الرابطة الزوجية رغم انه طرف في العلاقة الزوجية.

أثار النص السابق تساؤلات في مدى مباشرة الولي أو المقدم باقي إجراءات الدعوى ذات الصلة من الحضور لجلسة الصلح وتأكيد إيقاع الطلاق والآثار الناجمة عنها كالنفقة والحضانة ....[2].

ذهب الاستاذ **كاملي مراد** إلى القول أن النص انتكاسا[3] من المشرع الجزائري على اعتبار انه يتناقض مع نص المادة 07 فقرة 2 من قانون الأسرة الدرجة بموجب الأمر 05-02 التي نصت على "**يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات**"، ذلك أن المشرع منح لأحد الزوجين ناقص الأهلية مباشرة أي دعوى ترمي إلى تطبيق أثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، ثم يحد منه بإخراج حق طلب الطلاق رغم انه يهدف إلى إنهاء العقد في حد ذاته، وبمعنى أخر كيف للزوجة مثلا الحق في رفع دعوى المطالبة بالنفقة باعتبارها حقا ناشئا عن عقد الزواج وحرمانها من أن ترفع دعوى طلب التطليق لعدم الإنفاق في حالة امتناع الزوج عن الإنفاق[4].

ونرى إن المشرع الجزائري بنصه على الحد من مباشرة ناقص الأهلية لطلب التقاضي هو حرصه للحفاظ على الكيان الأسري وذلك بإسناده للمتمتع بالأهلية الكاملة، في حين اعتبر جانب من الفقه انه إجحاف في حق الزوج ناقص الأهلية ومنعه من ممارسة حقه في طلب الطلاق كون الزوج هو الأدرى بمصلحته حتى وان كان ناقص الأهلية، وقد يكون في أمس الحاجة إلى طلب الطلاق، كأن تتحقق حالة من حالات التطليق المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة مثل عدم الإنفاق مثلا.

1 كاملي مراد، قراءة في الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة المقررة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مجلة الإحياء، العدد الثالث عشر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية،جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، سنة 2008.ص286.

2 سائح سنقوقة، الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيق، وما أل إليه، الجزء الأول، (المواد من 1 إلى 583)، دار الهدى، عين ميلة الجزائر، د ط، 2011، ص601.

3 كاملي مراد ، مرجع سابق، ص286.

4 المرجع نفسه، ص286.

وما يجدر بنا الإشارة إليه انه يمكن للولي أو المقدم الامتناع عن تقديم طلب الطلاق، وتصبح الأسرة في خطر أكثر مما هو عليه في إبقاء العلاقة الزوجية قائمة، وهو ما يثير إشكال فبدل المحافظة على الأسرة بالحد من رفع الدعوى من ناقص الأهلية تصبح الأسرة أكثر عرضة للخطر.

بالإضافة إلى ما سبق يطرح التساؤل حول ما إذا كان الزوج مقدما على الزوج الأخر فكيف يمكن رفع دعوى حل الرابطة الزوجية في هذه الحالة ؟، كما أن المشرع الجزائري لم ينص على الحالة العكسية، كأن يكون الزوج ناقص الأهلية مدعى عليه في الدعوى ذلك أن نص المادة 437 من ق.ا.م.ا نصت على "**عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه...**" وبالتالي النص يخاطب الزوج المدعي في الدعوى دون الزوج المدعى عليه، عكس ما نصت عليه المادة 2/07 من قانون الأسرة التي أكسبت الزوج ناقص الأهلية سوءا أكان مدعيا أو مدعى عليه في الدعوى أهلية التقاضي .

وفي المقابل من ذلك أن نص المادة 437 من ق.إ.م.إ يفهم منها أن الطلب القضائي وحده الإجراء الذي يتم من قبل الولي أو المقدم، أما باقي الإجراءات الأخرى كمحاولة الصلح تكون من قبل ناقص الأهلية، كون أن المشرع الجزائري يشترط الحضور الشخصي لأطراف الدعوى في جلسات الصلح وهما الزوج والزوجة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في العديد من القرارات من بينها القرار الصادر بتاريخ 2017/04/05 [1]، والذي قضى في مبدئه "**يصبح الزوج المحكوم عليه بالحجر، غير أهل لإيقاع الطلاق، ولا يمكن للمقدم القيام بذلك نيابة عنه، لأنه حق شخصي**

أما إذا رأى المقدم أن المصلحة والضرورة تقتضيان إنهاء الرابطة الزوجية، فيجوز له رفع دعوى أمام قاضي شؤون الأسرة، وللمحكمة السلطة التقديرية في إيقاع الطلاق، بعد الإثبات، بناء على المصلحة والضرورة وليس إرادة المحجور عليه"

وتعتبر الأحكام المتعلقة بالحد من أهلية تقاضي ناقص الأهلية فيما يخص حل الرابطة الزوجية من صلب الشريعة الإسلامية، فجمهور الفقهاء ذهب إلى أن طلاق الصبي وإن كان مميزا لا يقع [2] ، لأنه لا يدرك المصلحة على تمامها على أساس أنه تصرف يجلب إليه الضرر فلا يقع [3]، كما إتفق

1 قرار رقم 1195456، صادر بتاريخ 2017/04/05، غرفة شؤون الأسرة والمواريث،المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأول، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية ،الجزائر، سنة 2017، ص171.

2 الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، د.س.ن، ص289.

3 المصري مبروك، مرجع سابق، ص 183.

الفقهاء جميعا على أن طلاق المجنون لا يقع[1]، وهو ما أخذت به القوانين المقارنة وكذا فقه القضاء المقارن اخذ بنفس الحكم مثال ما اتجه إليه القضاء المصري في إقراره أن طلاق المجنون لا يقع كما أن طلاق غير البالغ لا يقع[2]، وسنتناول ذلك بأكثر تفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب.

2 إجراءات رفع دعوى حل الر ابطة الزوجية في الطلاق بالتراضي.

لقد خص المشرع الجزائري إجراءات الطلاق بالتراضي بنصوص من المواد 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيقدم طلب حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي في شكل عريضة وتكون وحيدة، ويعتبر ذلك خروجا عن القواعد العامة التي تكون فيها العريضة بعدد الأطراف وتكون موقعة من قبل الطرفين معا أي الزوجين.

بالإضافة إلى الشكليات المقررة في القواعد العامة فيتم ذكر البيانات التالية وذلك حسب نص المادة 429 من ق.إ.م.إ تتمثل فيما يلي:

- جنسية الزوجين.
- موطن الزوجين.
- تاريخ ومكان ميلاد لكل من الزوجين.
- تاريخ ومكان زواجهما.
- عدد الأولاد القصر عند الاقتضاء.
- عرض موجز يتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق.

بالإضافة إلى أن وثائق الدعوى يجب أن تودع بأمانة ضبط المحكمة عند قيد العريضة، إذ لا يمكن قيد العريضة إلا بعد تقديم الوثائق والمتمثلة في:

- شهادة عائلية
- مستخرج من عقد زاوج الزوجين

1 المصري مبروك، مرجع سابق، ص 183.

2 عبد الحكيم سيد سالمان، الطلاق والخلع في ضوء الفقه والقضاء(طبقا لأحدث تعديلات القانون(1) لسنة 2000، والقانون(10)لسنة 2004، الطبعة الثانية، دار عماد للنشر والتوزيع، مصر 2009، ص125.

وتعد هذه الإجراءات من قبيل الخروج عن القواعد العامة في الدعاوى العادية[1]، لاسيما المتعلقة منها بحل الرابطة الزوجية، إذ لا تطبق أحكام تبليغ العريضة، وتمكين الخصم من المستندات ولا يستوجب التكليف بالحضور ولا تبليغه.

وبالرجوع إلى نص المادة 432 من ق.إ.م.إ فإن المشرع لم يتطرق إلى ناقص الأهلية ومدى إمكانية رفع الدعوى من قبل الولي أو المقدم، فيرى جانب من الباحثين أن ناقص الأهلية لا يمكنه مباشرة دعوى الطلاق بالتراضي إلا من قبل نائبه القانوني[2]، وحجتهم في ذلك نص المادة 437 من ق.إ.م.إ، غير أننا نرى عكس ذلك، والسبب يرجع إلى أن النص المستند عليه جاء في الفرع تحت عنوان **" في طلب الطلاق من احد الزوجين"** وبالتالي لا يمكن إسقاطه على أحكام الطلاق بالتراضي المنصوص عنها في الفرع الأول تحت عنوان " **في الطلاق بالتراضي"** ومؤدى ذلك أن المشرع الجزائري خص كل واحد منهما بأحكام خاصة.

وما يعزز رأينا أن المشرع في نص المادة 432[3] من ق.إ.م.إ لا تجيز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان احد الزوجين تحت وضع التقديم، ومنه يتضح أن إسقاط أحكام نص المادة 437 من ق.إ.م.إ على أحكام الطلاق بالتراضي يتعارض مع أحكام المادة 432 من نفس القانون.

نص المشرع الجزائري في المادة 432 السالفة الذكر انه لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي في حالتين إذا وجد مانع في التعبير عن الإرادة من احد الزوجين :

الحالة الأولى: إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم.

الحالة الثانية: إذا ظهر اختلال في القدرات الذهنية.

---

1 رابح وهيبة، الإجراءات الخاصة المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر،المجلد الأول، العدد الثاني ، جويلية 2014، ص44.

2 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 131.

3 نصت المادة 432 من ق.إ.م.إ على "**لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته.**

يجب إثبات اختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص."

يتضح من خلال النص أن المخاطب هما الزوجان أطراف الدعوى، غير أن مراقبة وجود الحالتين المنصوص عنهما يتولاه قاضي شؤون الأسرة أثناء سير الدعوى، فأمين ضبط المحكمة أثناء قيد الدعوى وتسجيلها لا يمكنه معرفة وجود وضع التقديم إذ لم يقدم له ما يثبت ذلك، كما لا يمكنه معرفة وجود الاختلال في القدرات الذهنية، لكن التساؤل المطروح في الحالة العكسية، أي إذ ما ثبت لأمين ضبط المحكمة المكلف بتسجيل عريضة الطلاق بالتراضي أن احد الزوجين في وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في القدرات الذهنية هل يمكنه قيد العريضة أم يمتنع عن ذلك؟.

وللإجابة على التساؤل إذا استندنا على ظاهر النص فان كاتب الضبط يمكنه الامتناع عن قيد العريضة المشتركة لطب الطلاق بالتراضي ويستشف ذلك من خلال عبارة " **لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي**" حسب نص المادة 432 من ق.إ.م.إ. في إذا ما ظهر على احد الزوجين اختلال في القدرات الذهنية فإنه يمكنه الامتناع عند قيد العريضة.

وإذا ما إستندا إلى روح النص وتحديدا الفقرة الثانية منه فأن إثبات الاختلال الذهني يجب أن يثبت من قبل طبيب مختص والنص جاء بصيغة الوجوب من خلال عبارة " **يجب**"، وإجرائيا لا يمكن لأمين الضبط أن يقوم بأي إجراء لتعين الطبيب، وبالتالي فان قاضي شؤون الأسرة هو الذي يملك صلاحية تعيين طبيب مختص من اجل إثبات الاختلال الذهني ولا يكون ذلك إلا أثناء سير الدعوى وتحديدا أثناء محاولة الصلح.

إن مسالة اكتشاف الاختلال الذهني تصعب أحيانا خاصة إذا كانت غير واضحة[1]، كما يمكن أن تكون على شكل نوبات أو مؤقتة ويتم إخفاؤها من قبل الأطراف، فإذا ظهر للقاضي ما يوحي بوجود اختلال في القدرات الذهنية قد تحول دون التعبير عن إرادة احد الطرفين في إيقاع الطلاق فهنا وجب على القاضي إن يعين طبيب مختص للتأكد من السلامة الذهنية.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في ادراجه مصطلح " **طبيب مختص**" كان بعد عرض المناقشات[2] للمادة 432 من ق.إ.م.إ اذا كان بالصياغة التالية "**إثبات اختلال القدرات الذهنية طبيا**"، وبالتالي لم يعبر عن المعنى المقصود، لهذا تم تعديل النص من قبل اللجنة وتم إضافة مصطلح"**مختص**" وذلك من اجل تفادي تعيين طبيب عام في الحالات التي تتطلب طبيبا مختصا.

1 سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزء الأول، مرجع سابق، ص593.

2 الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، مصدر سابق ، ص86.

ثانيا: ثبوت العلاقة الزوجية.

لا يمكن تصور وجود منازعة بين زوجين دون أن تكون هناك علاقة زوجية قائمة بينهما، وتعتبر العلاقة الزوجية محلا للصلح[1]، كما انه لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة مباشرة إجراءات الصلح دون وجود عقد زواج قائم يربط الزوجين، وعرفت المادة 04 من الأمر 05-02 عقد الزواج بأنه " **الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي...**"، وهو تعريف مستمد من الفقه الإسلامي، والتي من بينها " **الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتطلبه الطبع الإنساني**"[2].

ويتم إثبات العلاقة الزوجية في التشريع الجزائري بموجب مستخرج من سجلات الحالة المدنية، كما يمكن إثبات الزواج غير المسجل بموجب حكم قضائي، وهو ما نصت عليه المادة 22 من الأمر 05-02 التي نصت على " **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي.**

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"

وحدد قانون الحالة المدنية[3] في المواد 39 و40 إجراءات تسجيل عقود الزواج غير المقيدة، أما إذا حصل الدخول بالزوجة تعتبر واقعة مادية يجب أن يصدر بناءا عليه حكم يعتبر تلك الواقعة زواجا متى توافرت أركانه وشروطه[4] والتي يطلق عليها في الواقع العملي بمصطلح "**الزواج العرفي**".

ويثور الإشكال في حالة وجود حكم قضائي يثبت واقعة الزواج دون أن يكون مقيد بسجلات الحالة المدنية، وبالموازاة وجود منازعة أمام القضاء لحل الرابطة الزوجية، فهل يعتبر في هذه الحالة الحكم القاضي كاف لإثبات العلاقة الزوجية، أم يجب قيده في سجل الحالة المدنية واستخراج نسخة منه لإثبات العلاقة الزوجية؟.

---

1 بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق، ص208.

2 محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص17.

3 أمر رقم 70-20 ، يتعلق بالحالة المدنية.،مؤرخ في 19 فبراير 1970، ج.ر.ج.ج، عدد 21، مؤرخة في 27 فبراير 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08، ممضي في 09 غشت 2014، ج.ر.ج.ج، عدد 49 المؤرخة في 20 غشت 2014، القانون رقم 17-03 ممضي في 10 يناير 2017، ج.ر.ج.ج، عدد 2 المؤرخة في 11 يناير 2017.

4 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص139.

هذا التساؤل كشف عنه الجانب العملي في المنازعات الأسرية لحل الرابطة الزوجية، ذلك انه في اغلب الحالات يتم رفض دعوى حل الرابطة الزوجية، لعدم إرفاق نسخة من عقد الزواج رغم إرفاق نسخة عادية أو حتى نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية من الحكم القاضي بثبوت العلاقة الزوجية ويكون الإشكال أكثر شدة في حالة الزواج المتنازع فيه مع وجود نسخة عادية من الحكم.

وما تجدر الإشارة إليه أن الحكم القاضي بتثبيت الزواج يجب أن يستنفذ كل طرق الطعن العادية بما فيها الطعن بالنقض، وهو الاستثناء الوارد على القواعد العامة الذي أقرته المادة 361 من ق.إ.م.إ والتي نصت على" **لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وفي دعاوى التزوير**"، ويعتبر الزواج من المواد المتعلقة بحالة الأشخاص.

كما يمكن لأحد الطرفين التمسك بعدم إرفاق نسخة من عقد الزواج صادرة عن الحالة المدنية، سواء لعدم استنفاذ طرق الطعن أو عدم قيده في سجلات الحالة المدنية بعد صدور النسخة التنفيذية.

وهنا ظهر اختلاف فقهي وفي الاجتهاد القضائي وحتى الجانب العملي في الاكتفاء أو عدم الاكتفاء بالحكم القضائي لإثبات العلاقة الزوجية.

الاتجاه الأول: الحكم القضائي المثبت للزواج كاف لإثبات العلاقة الزوجية.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الحكم القضائي المثبت للزواج دون قيده في سجلات الحالة المدنية كاف لإثبات العلاقة الزوجية، على أن يتم إثبات الزواج أولا ثم النظر في قضية حل الرابطة الزوجية[1]، والحجة في ذلك هو نص المادة 22 من قانون الأسرة وما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1995/10/24 القاضي في مبدئه " **إذا تو افرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وان يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي، فيمكن للقاضي الفصل في الزواج والطلاق في حكم واحد**".

1 بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق، ص208.

وساير هذا الاتجاه بعض القضاة في الجانب العملي وإن كان بعدد ضئيل جدا بوجود أحكام قضائية فاصلة في منازعات أسرية لحل الرابطة الزوجية، تم الاكتفاء بالحكم القضائي المثبت للزواج، وفي تسبيبهم للأحكام أن نص المادة 22 من قانون الأسرة تقتضي أن الزواج يثبت بموجب نسخة مستخرجة من عقد الزواج كما يمكن إثباته بحكم في حالة عدم تسجيله.

الاتجاه الثاني: الحكم القضائي المثبت للزواج غيركاف لإثبات العلاقة الزوجية.

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الزواج غير المسجل بسجلات الحالة المدنية من بين الإشكالات التي طغت على مستوى الجهات القضائية في المجال العملي، على أساس أن القانون الجزائري إعترف بوجود الزواج غير المسجل أو غير الموثق ورتب عليه أثار كاملة، وان المعمول به في الجهات القضائية انه يتم إثبات الزواج والطلاق العرفيين في نفس الوقت وبحكم واحد[1].

فيرى أصحاب هذا الرأي انه من باب أولى عدم جواز رفع الدعويين بموجب عريضة واحدة، وأساس ذلك اختلاف موضوع الدعويين، فالواجب رفع دعوى تسجيل الزواج العرفي وإلحاق النسب في حالة وجود أبناء أولا، ثم ترفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، كما أن الحكم بالطلاق يكون نهائيا لكن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا ويمكن الطعن فيه بالاستئناف ويحتمل إلغاؤه وبالتالي نكون أمام حالة وجود طلاق دون زواج، يترتب عنه إشكالات مستقبلا[2].

وأمام هاذين الرأيين فإننا نرجح الرأي الثاني أي أن الحكم القضائي المثبت لواقعة الزواج غير كاف لإثبات العلاقة الزوجية، ما لم يتم استنفاذ كافة طرق الطعن وقيده في سجلات الحالة المدنية، حتى وان كان حجة في إثبات العلاقة الزوجية، فلا يمكن الاستشهاد به في دعاوى حل الرابطة الزوجية، والأساس في ذلك الإشكالات التي يثيرها مستقبلا خاصة في حالة الزواج المتنازع فيه، أو إحتمال إلغاء الحكم أمام جهة الاستئناف أو الطعن بالنقض، وبالتالي نكون أمام طلاق دون زواج، فالوثيقة الوحيدة التي تثبت العلاقة الزوجية هي النسخة المستخرجة من سجل الحالة المدنية[3].

1 محمد حجاري، أحكام الإثبات في انحلال الرابطة الزوجية ومدى كفالتها في حماية العلاقات الأسرية، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2015، ص185.

2 محمد حجاري، مرجع سابق، ص 185،186.

3 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2018، ص22.

وفي هذا الصدد سايرت هذا الموقف المحكمة العليا في العديد من قراراتها والتي تؤكد أن عقد الزواج يثبت بمستخرج من سجلات الحالة المدنية والتي من بينها[1] القرار رقم 12529 الصادر بتاريخ 1975/04/21 وكذا القرار رقم 20805 الصادر بتاريخ 1980/03/17.

وبالرجوع إلى الجانب العملي نجد العديد من الأحكام صادر في دعاوى حل الرابطة الزوجية تقضي برفض الدعوى لعدم وجود نسخة من عقد الزواج مستخرجة من الحالة المدنية، رغم وجود حكم قضائي يثبت الزواج، وتسبيبهم في ذلك أن نص المادة 22 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى تعترف بثبوت العلاقة الزوجية بموجب حكم قضائي لكن الفقرة الثانية منها أوجبت تسجيل الحكم بالحالة المدنية كونها نصت على " **يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية...**"، والنص جاء بصيغة الوجوب.

وأمام هذا التباين في الآراء نجد في الجانب العملي، أن بعض القضاة وتفعيلا لدورهم الايجابي يمنحون أجلا من اجل قيد الحكم إذا ما تبين لهم من خلال الاطلاع على الملف أن الزواج غير متنازع فيه، ومضى على صدوره مدة أكثر من ثلاثة أشهر وانه مبلغ لأحد الأطراف واستنفذ أجال الاستئناف والطعن بالنقض، وبالتالي إمكانية الحصول على النسخة التنفيذية وقيده بسجلات الحالة المدنية، وبالتالي تعتبر فرصة للزوجين وللقاضي للفصل في المنازعة وعدم إرهاقهم برفض الدعوى وقيدها من جديد[2].

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة كالقانون المغربي مثلا نجده سار بنفس النهج الذي سايره القانون الجزائري، إذ نصت المادة 16 من مدونة الأسرة المغربية على " **تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة الوحيدة المقبولة لإثبات الزواج...**"، كما أن القانون المغربي هو الأخر أجاز توثيق عقد الزواج عن طريق المحكمة بموجب حكم قضائي[3] في حالة عدم توثيقه، غير انه حدد لها شروط وإجراءات عكس القانون الجزائري، إذ نصت المادة السالفة الذكر في فقرتها الثانية على " **إذا حالت أسباب قاهرة دون**

1 بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال الأربع وأربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ص102.

2 مقابلة أجريت مع قاضي شؤون الأسرة لمحكمة قصر الشلالة ، بتاريخ 10 افريل 2018، بالإضافة إلى المقابلات الأخرى التي أجريت مع بعض القضاة لجهات قضائية مختلفة.

3 محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزوجية)، الطبعة الثالثة، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء المملكة المغربية، سنة 2015، ص453.

توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائروسائل الإثبات وكذا الخبرة..." وبالتالي فانه يجب أولا إثبات السبب القاهر ثم بعد ذلك إثبات العلاقة الزوجية التي تخضع لجميع وسائل الإثبات، ويعتبر الحكم القضائي حجة قاطعة على الكافة ويمكن أن يكون محلا لطرق الطعن[1].

أما بالنسبة للقانون المصري فنجده يتخذ اتجاها أخر يختلف عما إتجه إليه كل من التشريع الجزائري والمغربي، ففي ظل التعديلات التي مست قانون الأحوال الشخصية المصري، فانه أجاز للمرأة المتزوجة عرفيا رفع دعوى التطليق في حالة عدم وجود نسخة من عقد الزواج وحتى في حالة عدم وجود حكم، غير انه اشترط إثبات الزواج بأي كتابة[2]، والغرض من وراء إقرار الطلاق في الزواج العرفي رفع الغبن عن الزوجات اللاتي وقعن في مشكلة الزواج العرفي[3].

الفرع الثاني

خصائص جلسة الصلح

بعد أن يرفع الزوجين أو احدهما دعوى قضائية يكون الطلب فيها راميا إلى حل الرابطة الزوجية، تنشأ عنها خصومة قضائية تتوالى فيها الإجراءات إلى أن تصل إلى جلسة الصلح التي يأمر بها قاضي شؤون الأسرة، ونتيجة لذلك تنعقد جلسة الصلح التي تتميز بخصائص معينة نجملها فيما يلي:

أولا: انعقاد جلسة الصلح.

تنشأ عن رفع دعوى حل الرابطة الزوجية التي تبتدئ تسجيلها أمام أمانة الضبط المحكمة خصومة قضائية، ثم تتوالى الإجراءات الواحدة تلوى الأخرى[4]، والتي من بينها إجراء الصلح وجوبيا بين الزوجين، ولا يمكن مباشرته إلا بعد انعقاد الخصومة بتكليف وتبليغ المدعى عليه بعريضة الدعوى من قبل المدعي كقاعدة عامة، وتقديمها في أول جلسة أو جلسة لاحقة حال تعذر دلك، أو حضور المدعى عليه اختياريا دون تكليفه وتبليغه[5]، أي بمفهوم المخالفة انه في حال عدم وجود التكليف أو عدم

1 محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة ،ص467.

2 حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تأصيلية مقارنة،د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر سنة 2011،ص 203،202.

3 مرجع نفسه، ص203.

4 عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص288،287.

5 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص60.

أيضا: شامي ياسين، التبليغ الرسمي لتكريس حق الدفاع في الخصومة القضائية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، المجلد 05، عدد01، ديسمبر 2018،ص231،230.

حضور المدعى عليه فإنه تترتب عنه عدم انعقاد الخصومة القضائية[1]، وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من القرارات.

والاستثناء في دعاوى حل الرابطة الزوجية على القاعدة العامة يتمثل في دعوى الطلاق بالتراضي، ذلك أن المشرع الجزائري ادرج له إجراءات خاصة كما سبق بيانه والذي أشرنا فيه إلى أن الخصومة القضائية تعتبر في نظر المشرع منعقدة بمجرد قيد العريضة وتسليم الزوجين الاستدعاء، كونه لا يخضع إلى إجراءات التكليف بالحضور.

ومنه يمكننا القول أن انعقاد جلسة الصلح مرتبط بانعقاد الخصومة القضائية، فلأمر محسوم بالنسبة لدعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي واعتبارا لذلك فان تاريخ انعقاد جلسة الصلح يتحدد أثناء قيد الدعوى ويتمثل في تاريخ أول جلسة والذي يتم الإشارة إليه في الاستدعاء حسب ما هو معمول به.

غير أن ما يثر التساؤل هو تحديد جلسة الصلح في الصور الأخرى لحل الرابطة الزوجية، أي بصفة عامة إذا كانت الدعوى بطلب من احد الزوجين، كون أن المشرع الجزائري نص في المادة 440 من ق.إ.م.إ على "**في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد وثم معا**"، فهل اعتبر المشرع بموجب هذا النص تاريخ أول جلسة هو التاريخ المحدد لإجراء الصلح؟ أم انه يتم تحديدها من قبل القاضي بعد انعقاد الخصومة؟.

أمام انعدام النص الذي بموجبه يتم تحديد تاريخ انعقاد جلسة الصلح وبالتالي فان المشرع ترك الحرية المطلقة والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تحديد التاريخ المناسب لإجراء محاولة الصلح[2]، وعلى أساس ذلك فإنه يمكن لقاضي شؤون الأسرة إجراء محاولة الصلح في أول جلسة إذا ما تأكد من حضور الزوجين، كما يمكنه تحديد جلسة الصلح بتاريخ لاحق، وكلتا الطريقتين معمول بهما في الجانب العملي.

1 يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة ثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2009، ص30.

2 سفيان سوالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقية واليات تفعيلية، الملتقى الوطني الثامن، حماية الأسرة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحى فارس المدية الجزائر، يومي 04و05 نوفمبر 2015، ص 7.

وما ينبغي بنا الإشارة إليه أن التعديل الذي أدرج على المادة 440 من ق.إ.م.إ المتمثل في استبدال مصطلح **"يوم"** بمصطلح **"تاريخ"** ، أمر مستحسن وان كان الغرض منه انسجام النص، لكننا نرى أن إدراج مصطلح تاريخ له مدلول أوسع، على أساس انه لا يتحدد باليوم المحدد لانعقاد الجلسة، ومثال ذلك كأن يكون تاريخ انعقاد جلسة قسم ما لشؤون الأسرة بمحكمة ما هو يوم الثلاثاء، فإنه يمكن لقاضي شؤون الأسرة تحديد تاريخ جلسة الصلح لليوم الموالي أي يوم الأربعاء، وهذا الأمر معمول به في العديد من المحاكم، خاصة إذا ما تأكد القاضي من إقامة الزوجين بمكان مقر المحكمة وإمكانية حضورهم لليوم الموالي، وذلك من أجل إتاحة الوقت الكافي لإجراء محاولة الصلح، لاسيما أن الملفات التي تكون بالجدول والتي تتضمن صلح أو تحقيق في الغالب من المحاكم يكون بشكل كبير مما يقلص وجود وقت كافي لمحاولة الصلح.

وبخصوص إجراء الصلح في أول جلسة تتحكم فيه عدة ظروف، فقد يصادف قاضي شؤون الأسرة أن يكون بالجلسة عدد قليل من الملفات التي يكون فيها الصلح أو التحقيق وبالتالي تتيح له الفرصة في إجراء الصلح بنفس اليوم، فيتم إخطار الزوجين بموجب أمر شفهي من القاضي أمام الزوجين ويشير إليه في الملف ويكون ذلك بعبارة " الصلح بعد حين".

أما عن طريقة تحديد جلسة الصلح بتاريخ لاحق، فرغم أن القاضي يتمتع بالحرية تحديد جلسة الصلح، وتتدخل ظروف أخرى في تحديدها ويتمثل أساسا في سير الجلسات حسب كل جهة قضائية من جهة، وحسب سير الجلسات في الجهة القضائية الواحدة، بالإضافة إلى عدد الملفات في الجلسة خاصة منها التي يكون فيها عدد معتبر لإجراء الصلح أو التحقيق، أو تغيب احد الزوجين، وكذا الوقت المتاح لإجراء الصلح، فإنه يأمر بإجراء الصلح في تاريخ لاحق، ويراعي في ذلك المدة الزمنية المحدد قانونا بثلاثة أشهر من تاريخ قيد العريضة.

كما أن عامل تراكم الملفات أمر فرضه الواقع العملي[1] من خلال العدد الكبير لقضايا الأسرة وقضايا حل الرابطة الزوجية على وجه الخصوص، والذي يحدث بصفة دائمة بعد العطلة القضائية والمحدد في الظروف العادية بمدة شهرين، تسري من تاريخ 15 جويلية إلى غاية 15 سبتمبر من نفس السنة، كما يحدث استثناءا أن يتخلل السير العادي للجلسات انقطاع لعدة أسباب كمقاطعة العمل

1 عمليا يتم تأجيل القضايا المقيدة قبل العطلة القضائية إلى تاريخ الجلسات بشهر سبتمر وحتى اكتوبر، بالإضافة إلى أنه أثناء العطلة القضائية يتم قيد الدعوى وبالتالي يحدث تراكم للملفات ويزيد عددها بالجلسة الواحدة ما بين القضايا الجديدة والمؤجلة.

القضائي من قبل المحامين، أو مقاطعته من قبل القضاة[1] أو قوة قاهرة[2] وهذه الأسباب تؤدي إلى تراكم الملفات بالجلسة الواحدة الناتج عن التأجيل الآلي للقضايا دون سيرها والقيام بالإجراءات لاسيما إجراء الصلح.

ثانيا: مدة الصلح وتاريخ سريانها.

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على المدة المحددة لمحاولة الصلح وتاريخ بدأ سريانه بعد تعديلها بموجب الأمر 05-02، بعد أن أثار النص القديم جدلا واسعا ونقد، إذ يرى جانب من الفقه أن نص المادة لم تحدد تاريخ سريان مدة ثلاثة أشهر، ورغم ذلك بقي الجدل قائما في تاريخ بداية الثلاثة أشهر، وطرحت حوله تساؤلات[3]، فيحين يرى جانب أخر من الفقه أن الأمر محسوم بموجب نص المادة ولا يحتاج إلى تفسير[4]، و التعليل الذي جاء به الرأي الأخير أن بدأ سريان مدة الثلاثة أشهر يكون من الجلسة الأولى التي يحضرها الطرفان أمام القاضي، كون أن القاضي لا يمكنه إجراء الصلح إلا في أول جلسة بغض النظر عن حضور أطراف الدعوى.

وحسب رأينا فإننا نساند الرأي الأخير مبدئيا في أن الأمر محسوم، لكن نخالفه الرأي في تاريخ بداية حساب مدة الثلاثة أشهر، الذي يكون بداية حسابها من تاريخ قيد العريضة وليس من تاريخ أول جلسة، فالأمر في ذلك أيضا محسوم ولا يحتاج إلى تأويل أو تفسير لوضوح نص المادة 49 من قانون الأسرة بنصها على " ... **ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..**" ، بالإضافة إلى نص المادة 442 من ق.إ.م.إ بنصها على " **... من تاريخ رفع الدعوى..**"، وتاريخ رفع الدعوى هو تاريخ قيدها طبقا للقواعد العامة في رفع الدعوى المنصوص عنها في المواد 14 وما يليها من ق.إ.م.إ وكذا القواعد الخاصة برفع الدعوى في دعاوى حل الرابطة الزوجية المنصوص عنها في المواد 428 و 436 وما يليهما من ق.إ.م.إ.

---

1 لم يحدث في القضاء الجزائري وان تم مقاطعة العمل القضائي من قبل القضاة، والسبب في ذلك يرجع إلى وجود المانع القانوني، غير أنه في السنة القضائية 2020 حدث ولأول مرة أن تم مقاطعة العمل القضائي برمته من قبل القضاة، وشلت اغلب الجهات القضائية وتوقف السير العادي للجلسات مما أدي إلى تأجيل الملفات بصفة آلية وتسبب في تراكم الملفات بالجلسة الواحدة.

2 حدث سنة 2019 وامتد أثرها لسنة 2020 قوة قاهرة متمثلة في انتشار وباء كورونا (كوفيد 19) والذي انتشر في جل دول العالم والتي من بينها الجزائر، وتسبب الوباء في تعطيل الكثير من القطاعات بما فيها الجهاز القضائي، وتم وفق سير الجلسات ومنع حضور المتقاضين إلى الجهات القضائية لدواعي صحية، لفترة دامت لأكثر من ثلاثة أشهر، كما أن سير الجلسات بعد تلك الفترة لم يسير بالشكل عادي وإنما تدريجيا.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص358.

4 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مرجع سابق، ص260،259.

ميز المشرع الجزائري الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية بخصائص تختلف عنها في الدعاوى الأخرى، إذ أقر بأن تكون جلسة الصلح بين الزوجين سرية، كما أنه نص ضمن ق.إ.م.إ على جلسات الصلح أي بصيغة الجمع والتي يرمي من ورائها بأن تكون متكررة.

ثالثا:سرية جلسة الصلح.

بالرجوع إلى قانون الأسرة فانه لا يوجد ما ينص على سرية جلسة الصلح، وهو الأمر الذي تداركه المشرع في تعديل ق.إ.م.إ بموجب الأمر 05-02 إذ نصت المادة 493 على " **محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية**" ويعد هذا النص استثناء على القواعد العامة المقررة لعلنية الجلسات المنصوص عنها في المادة 7 من نفس القانون، ويرجع السبب في ذلك لخصوصية الصلح وتعلقه بالأسرة وحرمتها، وحفاظا على الأسرار الزوجية[1]، ومراعاة لخصوصية وحساسية الموضوع، وكذا مراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية كما جاء في معرض مناقشات ق.إ.م.إ.

ويتم سماع الزوجين في الجانب العملي في مكتب القاضي أو المكتب المخصص للقضاة حسب كل جهة قضائية ومدى توفر مكتب خاص لكل قاضي، أو يتم تحديد مكتب أو قاعة تكون مهيأة لإجراء محاولة الصلح خاصة في المحاكم التي تفتقر إلى عدد كافي من المكاتب والقاعات.

ويتم الاستماع إلى الزوجين فقط بحضور أمين الضبط أو حضور أحد أفراد العائلة اقتضاء كما سبق الإشارة إليه سابقا، غير انه أثير تساؤل في مدى حضور محامي الزوجين لجلسة الصلح، فهناك من يرى أن سرية الجلسة لا تمنع من حضور المحامي[2] دون تقديم أي مبرر لذلك، غير أننا نرى عكس ذلك بموجب النصوص القانونية لاسيما نصوص المواد 431، 439، 440 من ق.إ.م.إ كون أن جلسة الصلح جلسة استثنائية تخرج عن القواعد العامة لعلنية الجلسة هذا من جهة، ومن جهة ثانية من باب تفسير النص إذ أن النص واضح ولا يحتمل تفسير، كما أن رغبة المشرع الجزائري تتجه إلى عدم حضور محامي الزوجين جلسة الصلح، وإستبدال حضور المحامي بأحد أفراد العائلة، ويتضح

1 بن قوية سامية، الصلح في قانون الأسرة إشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، مجلد 53، عدد 05، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، سبتمبر 2016، ص 330.

2 عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص149

ذلك من خلال المناقشات التي أجريت تعديل نص المادة 440 من ق.إ.م.إ، وبمفهوم المخالفة عدم إمكانية حضور المحامي لجلسة الصلح[1].

رابعا: تكرار جلسة الصلح.

بعد تعديل المادة 49 من قانون الأسرة تم إستبدال مصطلح **"محاولة"** بمصطلح **"محاولات"** أي أن محاولة الصلح أصبحت بصيغة التعدد، كما أنه تم تأكيد ذلك بموجب نص المادة 439 من ق.إ.م.إ والتي جاءت تحت عنوان " **في الصلح**" والذي يشمل كافة صور حل الرابطة الزوجية، ويفهم من النصين من خلال القراءة السطحية أنه على قاضي شؤون الأسرة أن يعقد جلستين فأكثر مع مراعاة مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

ومن خلال التعديل والنص على تكرار جلسات الصلح يتضح إرادة المشرع في الحفاظ على بقاء الكيان السري، ومنح قاضي شؤون الأسرة سلطة أوسع، وإتاحة فرص أكثر، ومزيدا من الوقت لبذل الجهد[2]، من أجل أن يكون له دور في الحد من منازعات حل الرابطة الزوجية وإصلاح ذات البين، كما جاء في مبررات تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة في المشروع التمهيدي أن الهدف من تكرار محاولة الصلح الحفاظ على الأسرة وإعطاء فرصة للتراجع عن حل الرابطة الزوجية وتجاوز الخلافات[3].

فمبدأ تكرار جلسات الصلح أخذت به التشريعات المقارنة كالمشرع التونسي بعد تنقيح مجلة الأحوال الشخصية التونسي فأوجب التنقيح تكرار جلسة الصلح[4]، وهو المبدأ الذي يرد عليه استثناءات تتمثل في حالة عدم وجود قاصر أو الطلاق بالتراضي[5]، كما أن التشريع المغربي نص هو الأخر على مبدأ تكرار جلسة الصلح بإجراء محاولتين للصلح حالة وجود أطفال بموجب نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية .

1 احمد خرطة، الصلح في الطلاق والتطليق بين جوهرية الإجراء ونبل الغايات، مجلة الفقه والقانون، العدد3، المملكة المغربية، يناير 2013، ص12.

2 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص224، 225.

3 كريمة محروق، مرجع سابق، ص200.

4 محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص138.

5 حسين عز الدين دياب، الصلح وسيلة لفض النزاعات، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 06و07 ماي 2014، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، جامعة الجزائر العدد 03، سنة 2014، ص214.

إضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد محاولات الصلح وحدها الأقصى وترك الحرية في ذلك لقاضي شؤون الأسرة عكس ما جاء به كل من المشرع التونسي والمغربي، فنص الفصل 32 من مجلة الأحول الشخصية التونسي على " ...**وعند وجود ابن قاصر أو أكثر تتكرر جلسة الصلح ثلاث مرات على أن تعقد الواحدة منها 30يوما بعد سابقتها على الأقل...**" وبالتالي نجده حدد عددها بثلاث مرات في حال وجود أولاد قصر، أما المشرع المغربي نص على إجراء محاولتين للصلح حالة وجود أطفال، وكلا المشرعين المغربي والتونسي جعل المدة بين الجلستين لا تقل عن ثلاثين يوما تفصل بين كل جلسة صلح.

يتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري منح قاضي شؤون الأسرة سلطة واسعة في إجراء جلسات الصلح وتكرارها للحفاظ على الأسرة حتى في حالة عدم وجود أطفال مما يتيح فرصة أكثر لتفعيل دوره في الحد من المنازعات الرامية لحل الرابطة الزوجية، عكس ما جاء به كل من المشرعين المغربي والتونسي.

إن مسالة تكرار محاولة الصلح أثارت جدلا فقهيا، ويرجع السبب في ذلك إلى تفسير النصوص القانونية، فذهب جانب من الفقه إلى تفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة كما سبق الإشارة إليه أن محاولات الصلح يجب أن لا تقل عن محاولتين[1] ، في حين ذهب جانب أخر من الفقه إلى تفسير نص المادة الاعتماد بمقاربته بنص المادة 442 من ق.إ.م.إ التي تنص على" **يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة التفكير لإجراء محاولة صلح جديدة ....**" فان إعادة جلسة الصلح مبني على رغبة الزوجين في إجراء محاولة صلح ثانية[2]، وترك الحرية للقاضي في ذلك.

وفي نظرنا أن الرأي الثاني أقرب منه للصواب إلا أن إعادة جلسة الصلح لا يخضع إلى رغبة الزوجين فقط، بل حتى إذا ما إتضح للقاضي وجود تردد في حل الرابطة، أو أن السبب الذي أدى إلى نشوء المنازعة ليس سببا جديا، فانه يجوز له منح مهلة لإجراء محاولة صلح أخرى، كما أن نص المادة 442 ق.إ.م.إ جاء بصيغة الجواز من خلال استعمال المشرع مصطلح "**يمكن**" ، كما أن المادة لم تنص على جلسة صلح ثانية وإنما محاولة صلح جديدة، بمعنى أنه يمكن أن تسبق محاولة الصلح أكثر من جلسة واحدة.

1 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص136.

2 بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول،مرجع سابق، ص447.

و ما يدعم رأينا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى أن تكرار محاولة الصلح تخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، إذ جاء في القرار الصادر بتاريخ 2014/03/13[1] قضى في مبدئه أن تقدير جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه.

و المحكمة العليا لا تمانع في إجراء محاولة صلح واحدة والاكتفاء بها كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2011/01/14[2] في الرد على الوجه المثار من قبل الطاعن بان قاضي أول درجة أجرى محاولة صلح واحد بدلا من محاولات ، وجاء في القرار " ...**لكن حيث انه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فان الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاذه ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات أخرى...**".

المطلب الثاني

أطراف جلسة الصلح وخطوات الاستماع إلى الزوجين

اقر المشرع الجزائري أن محاولة الصلح بين الزوجين التي يتولاها في الأصل قاضي شؤون الأسرة، فمن البديهي أن يكون أطراف جلسة الصلح الزوجين المتنازعين والقاضي وأمين الضبط الذي يتولى تحرير محضر الصلح، وأجاز المشرع الجزائري حضور أحد أفراد العائلة للمساعدة في تقريب وجهات النظر والصلح، وهؤلاء الأشخاص هم أطراف جلسة الصلح وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، ومن الضروري حضور الزوجين لجلسة الصلح فتخلف أحدهما يحول دون تحقيق الهدف منه، لذلك وضع المشرع الجزائري إجراءات يتخذها القاضي لضمان حضور الزوجين ورتب عنها أثار وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

1 قرار رقم 0870291،صادر بتاريخ 2014/03/13، غرفة شؤون الأسرة والمواريث المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، سنة 2014، ص268.

2 قرار رقم 620084،صادر بتاريخ 2011/04/14، غرفة شؤون الأسرة والمواريث المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد الأول، سنة 2012، ص299.

الفرع الأول

أطراف جلسة الصلح

من خلال استقراء نصوص المواد من 439 إلى 449 من ق.إ.م.إ التي جاءت في فرع تحت عنوان "**في الصلح**" يتضح أن أطراف الصلح يكمن في :

- الزوجين
- القاضي
- أمين الضبط.
- احد أفراد العائلة

أولا: الأطراف الأصلية لجلسة الصلح.

1- الزوجين

يعتبر الزوجين أهم أطراف جلسة الصلح ذلك أن الأصل وجود نزاع قائم بين الزوجين مرفوع أمام جهة قضائية لحل الرابطة الزوجية للفصل فيه بموجب حكم، غير أن ما يجب الإشارة إليه هو مدى إمكانية الزوج ناقص الأهلية حضور لجلسة الصلح والاستماع إليه، كون أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 437 من ق.إ.م.إ لم يمنح ناقص الأهلية أهلية التقاضي في دعوى حل الرابطة الزوجية كما سبق تبيانه في شروط رفع دعوى حل الرابطة الزوجية.

غير أن الإشكال يزول بنص المادة 431 و 440 من نفس القانون كون أن المادتين نصتا على أن القاضي يستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، وبالتالي فان الحضور الشخصي للزوج ضروري وإلزامي من اجل إيقاع الطلاق أمام القاضي أو الامتناع عنه، فلا يمكن سماع الولي أو المقدم في جلسة الصلح، فالنصوص القانونية في مادة شؤون الأسرة كلها تلزم الحضور الشخصي لحضور محاولة الصلح، وذلك من خلال النص[1] على " **يستمع إلى الزوجين**"، " **يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا**" وبالتالي فان النصين لما يتركا مجالا للتفسير أو التأويل.

1 نص المادتين 431 و339 من ق ا م ا.

وأكدت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على وجوب الحضور الشخصي كما جاء مثلا في القرار المؤرخ في2021/07/07[1] والدي جاء فيه "**وحيث إنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم محل الطعن بالنقض أن المحكمة عاينت أنّ المطعون ضده - بصفته مدعياً في دعوى الطلاق- تغيب عن جلسات محاولة الصلح، ومع ذلك استندت إلى عريضة افتتاح دعواه واعتبرت ذلك تعبيراً عن الإرادة وإصراراً على الطلاق، مع أن هناك فرقاً كبيراً بين رفع الدعوى . أي دعوى الطلاق . وبين إجراءات الصلح، وقد استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث، على وجوب حضور طالب فك الر ابطة الزوجية لمحاولات الصلح، وإلاّ أصبح الوجوب المنصوص عليه في المواد المشار إليها أعلاه بدون جدوى وعليه فإن هذا الوجه مؤسس ويترتب عليه نقض الحكم محل الطعن بالنقض**"

ما يثير التساؤل هو نص المادة 431 في فقرتها الثانية كون أن المشرع الجزائري أتاح للقاضي النظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق، فما هو المقصود بمصطلح وكلائهما في الاتفاق؟ وهل يعتبر ذلك جواز الوكالة في الصلح؟ أو انه استثناء في حالة الطلاق بالتراضي؟.

2 -الوكالة في الصلح.

أثار مصطلح وكلائهما الكثير من النقاش الفقهي، وذهب جانب منه إلى القول بجواز الوكالة في الصلح بموجب مصطلح وكلائهما على أساس أنه نص قانوني واضح ولا يحتاج إلى تفسير، ومن بينهم الأستاذ **زودة عمر** إذ ذهب إلى القول أن الوكلاء ينظرون في كل شيء في محاولة الصلح، ويستغرب ذهاب الاجتهاد القضائي عكس ذلك[2]، لكن نرى عكس ذلك فإذا سلمنا بجواز الوكالة في الصلح نكون أمام تناقض ذلك أن نص المادة 432 من ق.إ.م.إ لا تجيز تقديم طلب الطلاق بالتراضي من كان تحت وضع التقديم وظهر عليه اختلال، كما أنها لا تجيز رفع الدعوى باسم الولي أو المقدم أو الوكيل، وبالتالي فلا مجال لجواز الوكالة أصلا في الصلح طالما أنه لا يجوز الوكالة في رفع الدعوى.

وحتى وإن سلمنا بجواز الوكالة في الطلاق بالتراضي فإن تفسير النص على هذا المنوال لا يجوز ولا يستقيم، كون أن نص المادة 431 من ق.إ.م.إ متكونة من فقرتين، الفقرة الأولى لم يرد فيها مصطلح

1 قرار رقم 1477236 مؤرخ في 2021/07/07، متاح على موقع المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الرابط https://www.coursupreme.dz/

2 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص141.

الوكالة وهي الفقرة التي نصت على إجراءات الصلح، بينما الفقرة الثانية التي ورد فيها مصطلح الوكلاء فإنها تتعلق بالاتفاق وليس الصلح.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية لا يوجد نص قانوني يجيز الوكالة في الطلاق، كما لا يمكن في نظرنا الاستناد على نص المادة 222 من قانون الأسرة والرجوع إلى الشريعة الإسلامية كون أن النص موجود حسب رأينا.

وأكدت المحكمة العليا في الكثير من القرارات والتي من بينها على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 2008/01/16[1] الذي قضى في مبدئه "**لا يجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح**" وكذا القرار الصادر بتاريخ 2009/01/14[2] والذي قضى بـ" **يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا، تحت طائلة رفض دعواه**".

ويستشف من خلال ما سبق أن مصطلح "وكلائهما" وضع بدون جدوى[3]، و ليس له مبرر[4] كون أن قانون الأسرة لا يحتوي على مصطلح الوكيل بعد إلغاء نص المادة 20 بموجب الأمر 05-02 الذي كان يجيز الوكالة في الزواج، وهو الرأي الصائب في نظرنا والذي نؤيده وبالتالي فان مصطلح "وكلائهما" لا مكان له في النص، وجب على المشرع حذفه حتى يستقيم النص من حيث الصياغة والفحوى وينسجم مع النصوص ذات الصلة.

وبالرجوع إلى القانون المغربي، حيث سكت هو الأخر على جواز الوكالة في الصلح، وأوجب على ضرورة الحضور الشخصي للزوجين وعدم جواز الوكالة.[5]

1 قرار رقم 417622 الصادر بتاريخ 2008/01/16، غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا، العدد الأول، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، قسم الوثائق، سنة 2009،ص302.

2 قرار رقم 474956 الصادر بتاريخ 2009/01/14، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، العدد الثاني، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،قسم الوثائق، سنة 2009،ص271.

3 بن هبر ي عبد الحكيم، مرجع سابق، ص142.

4 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص591.

5 عبد الواحد الرحماني، مرجع سابق، ص39.

أما بالنسبة للجانب العملي لم نصادف قبول الوكالة في جلسة الصلح[1]، ولا حتى القابلية في إمكانية قبولها[2]، كون أن الحضور الشخصي للزوجين وجوبي ولا تجوز الوكالة فيه، وأساس ذلك النصوص القانونية التي تلزم الحضور الشخصي هذا من جهة، ومن جهة أخرى خصوصية الطلاق وتعلقه بحالة الأشخاص وما يترتب عنه من أثار لا يمكن تداركها مستقبلا[3].

3 القاضي.

منح المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة صلاحية إجراء الصلح في منازعات حل الرابطة الزوجية، فتولي وظيفة القضاء في القانون الجزائري يجب أن يتوفر على شروط حددها القانون العضوي 04-11 [4] والمراسيم التنفيذية اللاحقة لاسيما منها المرسوم التنفيذي 05-303[5].

فبالإضافة إلى الشروط المنصوص عنها بموجب القوانين فإن قاضي شؤون الأسرة يجب يتحلى بصفات أكثر مما هو منصوص عنها قانونا، والسبب في ذلك هو طبيعة المهام المسندة إليه التي تختلف عن مهام قضاة الأقسام الأخرى، كونه مكلف بمهام المحافظة على الكيان الأسري الذي يعتبر أساس بناء المجتمعات.

إضافة إلى العمل القضائي العادي فقاضي شؤون الأسرة يعتبر مصلح اجتماعي بالدرجة الأولى[6] أن صح القول أكثر منه قاضي مكلف بالفصل في الملفات وإصدار الأحكام القضائية، فهو يقوم بإجراءات الصلح ومحاولة التوفيق بين الزوجين وإصلاح ذات البين بينهما ومحاولة إنجاح الصلح، والتي يراعى فيها جوانب عدة كالجانب النفسي والتوافق الاجتماعي والاقتصادي وغيرها من الجوانب الأخرى.

1 على الأقل خلال مدة عشر (12) سنوات ممارسة لمهنة المحاماة، وفي حدود الملفات التي عالجناها بالمكتب أو حتى الملفات التي عالجنها عن طريق الإنابة القضائية.

2 مقابلة أجريت مع قاضي شؤون الأسرة لمحكمة مهدية اختصاص مجلس قضاء تيسمسيلت، بتاريخ 6مارس 2019، بالإضافة إلى المقابلات التي أجريت مع مجموعة من القضاة، اكدو لنا خلال فترة تولهم قسم شؤون الأسرة عدم قبولهم الوكالة في الصلح، و بعض القضاة لم يصادفوا الوكالة في الصلح و حال مصادفتهم لملف به وكالة فإنه لا يتم قبولها.

3 بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص39.

4 قانون رقم 04-11، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، مؤرخ في 06 سبتمبر 2004، ج.ر.ج.ج، عدد 57 مؤرخة في 08 سبتمبر 2004.

5 مرسوم تنفيذي رقم 05-303، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، ج.ر.ج.ج، عدد 58 المؤرخة في 25 غشت 2005، الصفحة 15.

6 ادريس الفاخوري،واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، مرجع سابق.

كما أنه بعد صدور ق.إ.م.إ أصبح للقاضي دور في الخصومة القضائية، وبصفة خاصة قاضي شؤون الأسرة، من حيث إثارة المسائل القانونية أو من حيث إجراءات التحقيق[1].

ومنه يتضح أن لقاضي شؤون الأسرة دور كبير سواء من حيث الوقائع والقانون وإصدار الأحكام، ودوره كمصلح اجتماعي في محاولة بقاء الكيان الأسري والمحافظة عليه، خاصة عند وجود منازعات لحل الرابطة الزوجية كونها تكتسي طابعا خاصا وحساسا[2]، وسنتناول دوره في محاولة الصلح بكل صورها بالتفصيل لاحقا.

ثانيا: الأطراف المشاركة في الصلح.

1 أمين الضبط.

يساعد قاضي شؤون الأسرة عبر كافة مراحل سير الدعوى أمين الضبط بما فيها جلسات الصلح، فهو موظف يخضع للقانون الأساسي للوظيفة العامة وكذا المرسوم التنفيذي 08-409 الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية[3]، الذي يحدد حقوقهم وواجباتهم، كما أن أمين الضبط يؤدي اليمين القانونية حتى يمكنه مباشرة مهامه وفقا لنص المادة الرابعة من المرسوم السابق الذكر.

رغم أن أمين الضبط لا يعتبر طرف في الصلح إلا أن له دور في ذلك، فهو أول من يستقبل ملف الدعوى وأخر من يسلم الحكم القضائي، ودوره لا يقتصر على حضور جلسة الصلح وتحرير المحضر وتوقيعه، فهو الذي ينادي للزوجين لحضور الجلسة ويتأكد مع القاضي من هوية الأطراف ويدون تصريحاتهم في المحضر بما تمليه عليه القوانين ويعتبر شاهدا على ما جرى في الجلسة العلنية وجلسة الصلح.

وبالرجوع إلى الجانب العملي فإن قاضي شؤون الأسرة في بعض الأحيان يستعين بأمين الضبط في محاولة الصلح، ويرجع السبب في ذلك أن اغلب أمناء الضبط يقيمون ضمن إختصاص المحكمة،

1 لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 49، العدد 3، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، مارس 2002، ص 331.

2 كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة، مرجع سابق، ص185.

3 مرسوم تنفيذي رقم 08-409، يتضمن القانون الأساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية، مؤرخ في 24 ديسمبر 2008 ،ج.ر.ج.ج، عدد 73 مؤرخة في 28 ديسمبر 2008.

كما أنه في أحيان كثيرة يكون الزوجين يقيمون أيضا في اختصاص المحكمة، عكس قاضي شؤون الأسرة الذي لا يمكنه ممارسة وظيفته ضمن اختصاص المحكمة أو المجلس، وبالتالي فإن أمين الضبط أكثر دراية بالعادات والتقاليد وقد يكون اعلم بوضعية الزوجين إذا كانا من نفس المنطقة ، فقد يلجا قاضي شؤون الأسرة إلى الاستعانة بأمين الضبط لمعرفة سبل الإصلاح بين الزوجين ويكون ذلك بطريقة غير مباشرة حفاظا على خصوصية العلاقة وسرية الصلح[1].

2 إشراك احد أفراد العائلة في محاولة الصلح.

من خلال نص المادة 440 من ق.إ.م.إ تتضح الأهمية البالغة للمشرع الجزائري للأسرة وإرساء سبل الإصلاح بين الزوجين، فبموجب هذا النص في الفقرة الثانية أقر المشرع الجزائري إمكانية إشراك الغير[2] في محاولة الصلح، وجاء في عرض المناقشات للمجلس الشعبي الوطني حول ق.إ.م.إ ،أن المادة 440 منه قبل التعديل من قبل اللجنة كانت تنص على إشراك محامي الزوجين، لكن اقترحت لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات تعديل المادة، واستبدال المحامين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية الموضوع المتعلق بشؤون العائلة وسريتها وحساسيتها، ومراعاة التقاليد للأسرة الجزائرية[3].

واستحسن الباحثين في قانون الأسرة ما استحدثه المشرع الجزائري، من خلال إشراك الغير في محاولة الصلح بين الزوجين، غير أن التساؤل الذي يثار في هذه المسالة حول مصطلح "العائلة" فبالرجوع إلى المناقشات التي أثيرت حول هذه المادة فنجد أنها تارة تستعمل مصطلح "الأسرة" وتارة أخرى تستعمل مصطلح "العائلة" فهل تعتبر في نظر القانون الأسرة هي العائلة أم أنهما يختلفان عن بعضهما البعض؟

1 مقابلة أجريت مع أمين ضبط قسم شؤون الأسرة لمحكمة قصر الشلالة، مجلس قضاء تيارت، بتاريخ 2018/12/06، بالإضافة إلى مقابلات أخرى أجريت مع بعض أمناء الضبط وكذا القضاة لقسم شؤون الأسرة، جاء في مجملها انه في بعض الأحيان يتم الاستعانة بهم لمعرفة عادات وتقاليد المنطقة خاصة إذا كانت هذه الأخيرة سببا في المنازعة، في حين أن البعض الأخر أكدوا لنا أنهم لا يتدخلون أصلا في جلسة الصلح بل يتحاشون ذلك لحساسية الصلح من جهة ومن جهة أخرى قد يصادف معرفتهم بأحد الطرفين أو كلاهما سوءا لوجود صلة القرابة أو أنهم احد معارفهم بحكم الإقامة.

2 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص336.

3 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، مصدر سابق، ص86.

واختلف الباحثين في القانون في تحديد مصطلح العائلة والمقصود في المادة 440 من ق.إ.م.إ، فذهب **الاستاذ بن هبري عبد الحكيم** إلى القول أن العائلة تشمل أهل الزوج وأهل الزوجة[1]، بينما يرى **الأستاذ فريجة** حسين على أن المقصود بها عائلة الزوج أو عائلة الزوجة[2] ، في حين يرى **الأستاذ عبد السلام ذيب** بأن العائلة يشمل أحد الأقارب[3].

ومن خلال نصوص قانون الأسرة فلا نجد مصطلح العائلة بينما مصطلح الأسرة تم تعريفها حسب نص المادة 2 منه على أنها" **الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة**"، فمن خلال التعريف فإن مجموعة الأشخاص التي تربطهم صلة زوجية وصلة قرابة معا يشكلون أسرة، أو أنها المجموعة التي يرتبط ركناها بالزواج الشرعي، والتزمتْ بالحقوق والواجبات بين طرفيها، وما ينتج عنها من ذرية، وما يتصل بها من أقاربَ[4]، وبمعنى نراه أكثر دقة الأسرة [5] هي الجماعة المعتبرة نواة المجتمع، والتي تنشا برابطة زوجية بين رجل وامرأة ثم يتفرع عنها أولاد، وتظل ذات صلة وثيقة بأصول الزوجين من أجداد وجدات، وبالحواشي من إخوة وأخوات، وبالقرابة القريبة الأحفاد (أولاد الأولاد) والأسباط (أولاد البنات) والأعمام والعمات، والأخوال والخالات وأولادهم، ونعتقد أن المشرع الجزائري قصد بمصطلح العائلة الأسرة بمدلولها الواسع وذلك من باب التفرقة بينها وبين الأسرة المكونة للزوجين والأولاد فقط.

أن إدراج احد أفراد العائلة من قبل المشرع الجزائري نابع من صميم تقاليد وأعراف الأسرة الجزائرية لما يمثله من دور في التأثير على احد الزوجين أو كلاهما ومساعدة قاضي شؤون الأسرة في إصلاح ذات البين و العدول عن حل الرابطة الزوجية والحد من المنازعة.

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص245.

2 فريجة حسين، مرجع سابق، ص 172،173.

3 عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، دار نوفم للنشر،الجزائر، 2009، ص283. أيضا: رابح وهيبة، الإجراءات الخاصة المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، مرجع سابق ، ص 46. أيضا: حبار أمال، مرجع سابق، ص445.

4 علي بن عبده بن شاكر أبو حميدي، التربية الاسرية في ضوء سورة النساء،بتاريخ 2013/04/14، شبكة الالوكة: الرابط : https://www.alukah.net/sharia/0/53025/#ixzz6VDuTmGg3، تاريخ الاطلاع 2019/06/15

5 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، الطبعة الخامسة، دار الفكر، دمشق سورية، سنة 2009، ص20.

أما في الجانب العملي يتم الاستعانة بأحد أفراد العائلة لكن بنسبة ضئيلة مقارنة بعدد المنازعات لحل الرابطة الزوجية، إلا أنها أثبتت نجاعتها أحيانا في الصلح والعدول عن حل الرابطة الزوجية[1].

وما يجدر بنا الإشارة إليه أن في الجانب العملي إختلف في طريقة إشراك أفراد العائلة عما هو مقرر قانونا، إذ كان بناء على طلب قاضي شؤون الأسرة في بعض المرات بعد تيقنهم بان تدخله له دور في الصلح، رغم أن النص اقر بتدخل أفراد العائلة يكون بطلب من الزوجين.

إستنادا على ما سبق فان مشاركة أحد أفراد العائلة في الصلح بين الزوجين له دور كبير لمساعدة قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية، كما أن الواقع اثبت أن تدخل أشخاص لا يعدون من أفراد العائلة له اثر كبير في عدول الزوجين عن حل الرابطة الزوجية، لما يملكونه من مكانة في المجتمع، وسبيل مثال ذلك أئمة المساجد[2]، وان كان تدخل هذه الفئة خارج الجهة القضائية غير أن له فائدة في الحد من المنازعة الرامية إلى حل الرابطة الزوجية.

ومنه نرى انه يجب توسيع دائرة تدخل الغير في جلسة الصلح على أن يكون تحت أشراف ورقابة قاضي شؤون الأسرة، للأسباب السابقة، إضافة إلى ما ذهب إليه القانون المقارن كالقانون المغربي في نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية التي أقرت إمكانية الاستعانة بأي شخص أخر تراه المحكمة له فائدة، ومنه نستشف أن القانون المغربي وسع من دائرة الأشخاص الذين يمكن الاستعانة بهم في جلسة الصلح، للتأثير على الزوجين في العدول عن الطلاق، وسنتناول هذا الطرح بأكثر تفصيل في الباب الثاني.

1 مقابلة أجريت مع قاضي شؤون الأسرة.ك.ك، تولى هذا القسم في كل من محكمة مهدية ومحكمة باب الواد، محكمة باب الواد، بتاريخ 2020/10/22، وإجابة للسؤال حول إشراك احد أفراد العائلة أكد لنا نجاعة ذلك خاصة عند إشراك والدي الزوجين ويتم ذلك بسماع احد أفراد العائلة منفردا دون حضور الزوجين ويتبن أن له دور كبير في عدول طالب الطلاق عن طلبه .

2 من خلال الممارسة العملية في بعض منازعات حل الرابطة الزوجية وأثناء سير الدعوى، يتم التنازل عن الخصومة القضائية بطلب الموكل، بعد أن يتم الصلح خارج المحكمة بتدخل احد أفراد العائلة أو أشخاص ليسو من أفراد العائلة لهم مكانة في العائلة.

كما أن بعض المنازعات بعد تدخل أئمة المساجد لما يملكونه من مكانه مرموقة في المجتمع ناتجة عن أعراف وتقاليد المجتمع الجزائري، وأجريت مقابلات مع مجموعة من أئمة مساجد اكدو لنا انه يتم الاستعانة بهم من اجل إصلاح ذات البين بين الزوجين في حالة وجود منازعة مطروحة أمام المحكمة، بل الأكثر من ذلك يتم تحرير محاضر صلح كونهم رؤساء جمعيات للمساجد.

كما أن المشرع المغربي اقر أيضا إمكانية تدخل العائلة في الصلح بعد إحداث مجلس العائلة[1] في المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية، غير أن المشرع المغربي حدد له تشكيلة وشروط خاصة، وهو الأمر الذي حد من فعاليته[2]، رغم أهميته في مساعدة القضاء في إيجاد سبل ناجعة لحل المنازعات في الجانب العملي، نظرا للصعوبات التي تعترضه والتعقيدات في ظل الظروف التي يعمل بها الجهاز القضائي بل يعد أمر يصعب تحقيقه[3]، بالإضافة إلى أن عدد أعضائه قد يؤثر سلبا على الصلح كما أن له مهام استشارية فقط[4].

من خلال ما سبق فان المشرع الجزائري في إقراره إشراك احد أفراد اثبت فاعليته عكس المشرع المغربي من خلال الجانب العملي، غير أن المشرع المغربي وسع من دائرة الأشخاص المساعدين في الصلح، عكس المشرع الجزائري إلا أن الواقع اثبت مدى مساهمة أشخاص غير أفراد العائلة في الصلح بين الزوجين، ومنه نرى أن تعديل المادة 440 من ق.إ.م.إ كما يلي "....**ويمكن بناء على طلب الزوجين أو بطلب من القاضي بعد موافقة الزوجين حضور احد أفراد العائلة، أو أي شخص للمشاركة في محاولة الصلح**" ، وبهذا يكون الترتيب مساعد العائلة أولا لتدعيم أواصر القرابة التي تربط أفراده وبقائه في إطار الأسرة، ثم يليها أشخاص خارج العائلة لما يملكونه من مكانة ودور في إصلاح ذات البين، بهذه الصيغة يكون للنص دور أكبر في مساعد قاضي شؤون الأسرة في الحد من منازعات حل الرابطة الزوجية.

الفرع الثاني

ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح وإجراءات الاستماع

بعد الإلمام بالجوانب الشكلية والموضوعية لدعوى حل الرابطة الزوجية بصفة عامة، باعتبارها نقطة انطلاق إجراءات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة، وكذا التطرق إلى أطراف جلسة الصلح والتي موكلة لقاضي شؤون الأسرة والتي تهدف إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين، فحريا

1 المرسوم المتعلق بمقتضيات مجلس العائلة وتكوينه رقم 2.4.88 الصادر بتاريخ 45 ربيع الثاني 1425 الموافق ل 14 يونيو 2004م، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ جمادى الأولى 1425 الموافق ل 21 يونيو 2004م، ص: 2671 و 2672.

2 عبد الواحد الرحماني، مرجع سابق، ص46.

3 إدريس الفاخوري،واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، مرجع سابق.

4 مرجع نفسه.

بنا التطرق بعد ذلك كيفية سير جلسة الصلح بالاستماع إلى الزوجين التي نتناولها ثانيا، بعد أن نتطرق إلى ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح واثر غياب احدهما أولا.

أولا: ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح و اثر تخلف احدهما عن الحضور.

1- ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح.

سبق وان اشرنا إلى أن جلسة الصلح تنعقد بعد انعقاد الخصومة القضائية، ويكون ذلك أما بالتبليغ الرسمي أو الحضور اختياريا للجلسة، فالمشرع الجزائري لم يضع قواعد لكيفية إستدعاء الأطراف لعقد جلسة الصلح، وبالتالي فان الاستدعاء لجلسة الصلح ينبثق من التكليف بالحضور بموجب التبليغ الرسمي لعريضة الدعوى، غير أن هذا الأخير يطرح العديد من الإشكالات في الجانب العملي لاسيما في حالة التبليغ غير الشخصي لعريضة افتتاح دعوى حل الرابطة الزوجية من قبل المحضر القضائي.

فالمشرع الجزائري أدرج قواعد تخص التبليغ الرسمي للعقود القضائية وغير القضائية، والتي يكون تبليغها فيها الأصل شخصيا، واستثناءا يكون التبليغ غير شخصي طبقا لنصوص المواد 406 وما يليها من ق.إ.م.إ ، إذ يمكن للمحضر القضائي في حالة استحالة التبليغ الشخصي أن يبلغ احد أفراد العائلة أو في الموطن المختار إذا ما كان الشخص المطلوب تبليغه لا يملك موطن معروف، وتتم الإجراءات عن طريق التعليق، واعتبره المشرع الجزائري بمثابة تبليغ شخصي.

وفي بعض الحالات في دعاوى حل الرابطة الزوجية يكون فيها التبليغ غير شخصي، وتسير إجراءات الدعوى دون السعي للبحث عن المطلوب تبليغه، خاصة أن المطلوب تبليغه أحد الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية.

فمن خلال ما سبق فان المشرع الجزائري لم يضع ضمانات كافية تخص تبليغ احد الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية، عكس ما اخذ به المشرع المغربي و أحاط التبليغ في المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية ضمانات خاصة ويتجسد ذلك من خلال إشراك النيابة العامة[1] لتفعيلها، بل ذهب إلى ابعد من ذلك أدرج نصوص جزائية في حال الإخلال بهذه الضمانات، كما نجده حرص اشد

1 عبد الواحد الرحماني، مرجع سابق، ص33.

الحرص على إستدعاء الزوجة بسعي من النيابة العامة لتقديم ملاحظاتها الكتابية، ولو كان التبليغ شخصيا [1].

فكل من المشرعين المغربي والتونسي ينصان على ضمان تبليغ المدعى عليه في دعوى حل الرابطة الزوجية التي يكون أطرافها الزوجين، وذلك من خلال وضع إجراءات خاصة لتبليغ المدعى عليه، وان كان المشرع التونسي[2] وسع من دائرة الأشخاص عكس المشرع المغربي الذي حصرها في النيابة العامة التي تملك صلاحيات واسعة وتعتبر من أهم الضمانات.

وعلى هذا الأساس فانه من المستحسن أن يسلك المشرع الجزائري ما سلك به المشرع المغربي والتونسي، وإدراج نصوص قانونية خاصة بتبليغ المدعى عليه في دعاوى حل الرابطة الزوجية ومنح سلطة واسعة لقاضي شؤون الأسرة في ذلك بالاستعانة بالنيابة العامة لما تملكه من سلطات واسعة في البحث والتحري عن حقيقة عدم التبليغ الشخصي، خاصة بعد إدراجها طرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة برمتها، ونرى أن ذلك يكون بتعديل نص المادة 441 من ق.إ.م.إ ويكون النص على النحو الأتي " **إذا تغيب المدعى عليه عن جلسة الصلح المحددة رغم صحة تكليفه، أو إذا كان التبليغ غير شخصي، يمكن للقاضي أن يستعين بالنيابة العامة لاستدعائه لحضور جلسة الصلح التي يأمر بتحديدها**".

ومنه يتم منح ضمانات أكثر لحضور المدعى عليه وتحقيق مبدأ الوجاهية، كما يضمن تفعيل إجراءات الصلح وتحقيق الغاية منه من خلال حضور الزوجين معا ومحاولة إصلاح ذات البين بينهما وتحقيق الهدف منه، والتي قد تؤدي إلى نتائج ايجابية وبالتالي مساعدة قاضي شؤون الأسرة في المحافظة على الكيان الأسري من التفكك.

2- أثر تخلف احد الزوجين عن جلسة الصلح.

اوجب المشرع الجزائري من خلال ق.إ.م.إ ضرورة حضور أطراف دعوى حل الرابطة الزوجية المتمثل في الزوجين شخصيا أمام قاضي شؤون الأسرة لإجراء محاولة الصلح بينهما، كما نظم إجراءات

---

1 نصت المادة 81 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الثانية على"**إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذ لم تحضر فسيتم البت في الملف...**"

2 نصت المادة 33 من مجلة الأحوال الشخصية التونسي في فقرتها الثانية على "**وإذا لم يحضر المدعى عليه ولم يبلغ الاستدعاء لشخصه فان قاضي الأسرة يؤجل النظر في القضية ويستعين بمن يراه لاستدعاء المعني بالأمر شخصيا أو لمعرفة مقره الحقيقي واستدعائه منه**".

الحضور والغياب ويختلف الأمر في غياب المدعى الذي طالب بحل الرابطة الزوجية، عن غياب المدعى عليه وذلك من حيث الأثر.

فمن خلال استقراء نصوص المواد 441،442 من ق.إ.م.إ نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين حضور المدعي والمدعى عليه في دعوى حل الرابطة الزوجية، وإنما خصها بقواعد موحدة وهو ما سنتناوله أولا، وهذا الفراغ أدى بالقضاة في الجانب العملي يتخذون إجراءات لسد الفراغ، و فتح المجال للمحكمة العليا الاجتهاد في ذلك وهو ما سنتناوله في ثانيا.

أ- اثر تخلف الأطراف من حيث النصوص القانونية.

قد يحدث أن يتغيب احد أطراف الدعوى لجلسة الصلح المحددة، لإستحالة الحضور أو وجود مانع يحول دون الحضور، كأن يكون الطرف المتغيب متواجد بالمؤسسة العقابية أو بالخارج أو مريض مثلا، نجد أن المشرع الجزائري نص على الإجراءات التي يتخذها قاضي شؤون الأسرة من خلال نص المادة 441 من ق.إ.م.إ ، كما انه منح لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في اتخاذ الإجراء المناسب، ويتضح ذلك من خلال مصطلح "جاز" وحدد المشرع إجراءان يمكن لقاضي شؤون الأسرة اتخاذهما، إذ يمكن له أن يحدد تاريخ لاحق، أو سماع الطرف المتغيب عن طريق الإنابة القضائية.

وحسب رأينا فان المادة 441 من ق.إ.م.إ لم تكن مرتبة بالشكل الصحيح، الذي يسمح بتطبيقها بالشكل المناسب، ذلك أن مصطلح الاستحالة يفيد عدم إمكانية الحضور إطلاقا لجلسة الصلح، حتى ولو تم تحديد جلسة لاحقة، كأن يكون الطرف المتغيب متواجد بالمستشفى خارج اختصاص المحكمة وتكون مدة مكوثه طويلة تتعدى المدة المقررة للصلح، وبالتالي فان غيابه محقق الوقوع في هذه الحالة، ومنه فالإجراء الذي يمكن لقاضي شؤون الأسرة اتخاذه ليس تحديد تاريخ لاحق، بل المناسب هو ندب قاضي أخر لسماع الطرف المتغيب[1].

أما مصطلح **"مانع"** فإنه يفيد التأقيت وليس الاستحالة، أي بمعنى أخر أن سبب الغياب يكون لفترة قصيرة مع إمكانية الحضور للجلسة القادمة، كأن يكون الزوج موظف مثلا ولم يتم منحة ترخيص لحضور جلسة الصلح، فهنا الإجراء المناسب الذي يتخذه قاضي شؤون الأسرة هو تحديد تاريخ لاحق، ومنه نرى أنه على المشرع الجزائري إعادة صياغة نص المادة 441 من ق.إ.م.إ وإعادة ترتيبها على النحو الأتي "**إذا حدث مانع لأحد الزوجين حال دون حضوره في التاريخ المحدد، أو استحال عليه**

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 609.

الحضور جاز للقاضي حسب الحالة أما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض أخر لسماعة بموجب إنابة قضائية".

كما نصت الفقرة الثانية من نص المادة 441 من ق.إ.م.إ على **"إذا تخلف أحد الزوجين عن الحضور للجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم صحة تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك"**، وهذه الفقرة وجه لها نقد بخصوص عدم إدراج الإجراء الذي يتعين على القاضي إتباعه[1]، كونها لم تحدد الطرف المتغيب خاصة إذا كان الطرف المتغيب هو المدعي، والرأي الذي نسانده ذلك أن النص جاء غامضا، كون أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالتبليغ الشخصي فهل يقصد به التبليغ الشخصي لعريضة الدعوى، أم التبليغ الشخصي لتاريخ جلسة الصلح؟.

من خلال النص يتضح أن المقصود به هو التبليغ الشخصي لجلسة الصلح على أساس أن النص تحدد عباراته التاريخ المحدد لجلسة الصلح، أي يمكن أن يحضر أحد الزوجين -بغض النظر عن مركزه القانوني سوءا أكان مدعي أو مدعى عليه في الدعوى- للجلسة العلنية ويتم تبليغه بتاريخ إجراء محاولة الصلح، ويتخلف عن الحضور في الجلسة المحدد للصلح دون تقديم أي عذر .

كما نصت المادة السالفة الذكر على أنه في حال تخلف احد الزوجين عن الحضور لجلسة الصلح فإن قاضي شؤون الأسرة يحرر محضرا بذلك، والمقصود به تحرير محضر غياب أو محضر عدم حضور[2]، وبعد ذلك يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى، ويعتبر في نظر القانون بمثابة عدم صلح كما جاء في نص المادة 443 من ق.إ.م.إ وذلك بنصها في الفقرة الرابعة منها على " **في حالة عدم الصلح أو تخلف احد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".**

ب- اثر تخلف احد الزوجين من حيث الممارسة العملية والاجتهاد القضائي.

من خلال تطرقنا إلى أثر تخلف أحد أطراف دعوى حل الرابطة الزوجية من حيث النصوص القانونية فالمشرع الجزائري لم يفرق بين حضور المدعى والمدعى عليه، رغم أنها نصوص إجرائية، إلا أنها تخاطب الزوجين وكان من الأجدر أن تكون المصطلحات دقيقة تخاطب الزوجين بمراكزهم القانونية كأطراف في الدعوى.

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق ، ص609.

2 بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص10.

وبالرجوع إلى القوانين المقارنة كالقانون المغربي الذي نجده يفرق بين غياب الزوج الذي يطالب بحل الرابطة الزوجية، وبين غياب الزوجة بصفتها مدعى عليها، وذلك من خلال الأثر الناتج عن الدعوى، إذ اعتبرت المادة 82[1] من مدونة الأسرة غياب الزوج الذي يقدم طلب الإشهاد بالطلاق تراجعا منه، إما إذا تخلفت الزوجة بصفتها مدعى عليها يتم الفصل في الملف.

أما القانون التونسي فانه هو الأخر لم يفرق بين حضور المدعى والمدعى عليه في دعوى حل الرابطة الزوجية، وأثر غياب أحدهما عن جلسة الصلح، فهو بذلك ساير ما أخذ به القانون الجزائري.

وبخصوص الجانب العملي وما أخذت به المحكمة العليا فإن ما جرى به العمل القضائي الذي يفرق بين غياب الزوج الذي يطالب بحل الرابطة الزوجية أي المدعي في الدعوى، وبين غياب الزوج الذي يكون مركزه القانوني مدعى عليه في الدعوى، وهو ما يتم التطرق إليه.

- غياب الزوج المدعي في دعوى حل الر ابطة الزوجية.

إن المدعى في دعوى حل الرابطة الزوجية؛ قد يكون الزوج في حالة الطلاق بالإرادة المنفرة، أو الزوجة في حالة التطليق أو الخلع، دون الإغفال عن الإجراءات الخاصة بالطلاق بالتراضي، وفي كل الأحوال فان المدعي في الدعوى يحدد الطلب القضائي بحل الرابطة الزوجية، وهو الذي يقوم بإجراءات قيد العريضة؛ سواء بنفسه أو بواسطة محاميه وبالتالي يكون عالما بتاريخ أول جلسة وكذا جلسات الصلح التي يحددها القاضي ومنه فإن علم الزوج المدعي بتاريخ جلسة الصلح لا مناص منه وعليه الحضور لتأكيد طلبه، كون أن الجانب العملي والاجتهاد القضائي أوجب الحضور الشخصي لجلسة الصلح.

و لا يكفي الطلب القضائي المحدد في العريضة الافتتاحية لوحد مباشرة قاضي شؤون الأسرة لمناقشة موضوع الدعوى، فما جرى به العمل القضائي في حال تغيب المدعي عن جلسة الصلح فإنه يتم تحديد تاريخ لاحق، ويمكن أن يتكرر تحديد التاريخ لعدة مرات في حدود مدة ثلاثة أشهر المقررة

1 نصت المادة 81 من مدونة الأسرة المغربية على" **تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح.**

إذا توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر، اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه.

إذا توصلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها إذا لم تحضر فسيتم البت في الملف...."

قانونا التي تسري من تاريخ قيد العريضة، وفي حال تأكد القاضي من عدم حضور المدعى لجلسة الصلح[1] أو استنفاذ مدة ثلاثة أشهر بعد تحديد تاريخ أو تواريخ لاحقة للصلح، ففي هذه الحالة اختلفت المواقف القضائية للفصل فيها وانقسمت إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يتخذ هذا الجانب من القضاة طريق الفصل فيها بموجب الأمر بالشطب من الجدول وهو الجانب الغالب، وأساس ذلك أن القاضي يأمر بالحضور الشخصي لجلسة الصلح، والمدعي لم يقم أو لم يمتثل إن صح التعبير للإجراء الذي أمر به، فيتم شطب القضية من الجدول، تأسيسا على نص المادة 216 من ق.إ.م.إ [2].

الاتجاه الثاني: يذهب هذا الاتجاه من القضاة إلى إصدار حكم يقضي برفض الدعوى، وتأسيس ذلك أن المشرع الجزائري أوجب الحضور الشخصي للمدعى لتأكيد طلبه ورغبته في حل الرابطة الزوجية، وبالتالي فان غيابه يعتبر تنازلا عن طلبه في حل الرابطة الزوجية.

وبالرجوع إلى اجتهاد المحكمة العليا أخذت الاتجاه الثاني وهو ما يتجسد في القرار المؤرخ في 2009/01/14[3] والذي جاء فيه " **... حيث أن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طلب بفك الرابطة الزوجية جلسة الصلح، وإبداء طلباته وفي حالة غيابه ترفض دعواه...**"وهناك من يرى أن القرار ورد به خطا[4]، كون أن القرار يقصد برفض الدعوى عدم قبولها والأصح هو إدراج عبارة " **تحت طائلة الشطب**"، غير أننا نرى عكس ذلك أي أن القرار سليم ولا يوجد به خطا من حيث الصياغة والفحوى، ومرد ذلك أن المحكمة العليا تعتبر حضور طالب حل الرابطة الزوجية شخصيا لجلسة الصلح لتأكيد طلبه، وعدم حضوره يعتبر تراجعا منه، وبالتالي يكون مآل الدعوى الرفض وليس الشطب.

1 محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص140.

2 تنص المادة 216 من ق.ا.م.ا على" **يمكن للقاضي أن يأمر بشطب القضية ، بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون ، او تلك التي أمر بها** "

3 قرار رقم 474956،بتاريخ 2009/01/14، غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الثاني، قسم الوثائق، سنة 2009، ص271.

4 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص231.

وبالموازاة يذهب الاجتهاد القضائي المقارن في نفس الاتجاه كما جاء في الاجتهاد القضائي التونسي في القرار التعقيبي الصادر بتاريخ 08 فيفري1973[1] والذي جاء فيه " **إذ لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصلحية رفضت دعواه...**".

وبخصوص الخلاف حول الفصل في دعوى حل الرابطة الزوجية حالة غياب المدعي فإن الغالب من القضاة كما سبق بيانه يتجه إلى إصدار أمر يقضي بالشطب، وهو الاتجاه الذي نسانده، ويرجع ذلك إلى سببين:

السبب الأول: أن تحديد جلسة الصلح يكون بموجب أمر من قاضي شؤون الأسرة وبالتالي فإن عدم القيام به من قبل المدعى يعتبر تخلفا عن القيام بالإجراء، فأجاز المشرع للقاضي شطب القضية من الجدول بموجب أمر طبقا لنص المادة 216 من ق.إ.م.إ.

السبب الثاني: أن الشطب من الأوامر الولائية طبقا لنص المادة 219 من ق.إ.م.إ ،التي تتيح للمدعي إمكانية رفع الدعوى من جديد أمام المحكمة ويحقق مبدأ التقاضي على درجتين ويتيح للقاضي فرصة إجراء محاولة الصلح في حال إعادة رفع الدعوى من جديد، بالإضافة إلى ذلك فان الشطب سهل من حيث الإجراء ويخفف العبء عن القاضي.

- غياب الزوج المدعى عليه في دعوى حل الر ابطة الزوجية.

يكون في دعوى حل الرابطة الزوجية المركز القانوني للمدعى عليه إما الزوج أو الزوجة، وقد يتعذر على المدعى عليه الحضور لجلسة الصلح لسبب ما، فإن المشرع الجزائري لم يوضح كيفية تبليغ الخصم المتخلف عن حضور جلسة الصلح[2] ، ورغم ذلك منح قاضي شؤون الأسرة سلطة تحديد تاريخ أخر للصلح رغم صحة تكليفه بالحضور أو استدعائه، فقد يحدث أن يتخلف عن الحضور رغم تحديد تاريخ أو تواريخ أخرى لجلسة الصلح، ففي هذه الحالة يقوم قاضي شؤون الأسرة بإجراء الصلح، إذ يتم سماع المدعى وتحرير محضر بذلك، وفي الوقت نفسه يقوم بتحرير محضر بعدم حضور المدعى عليه، يثبت فيه تغيب هذا الأخير عن جلسة الصلح، وذلك طبقا لنص المادة 441 من ق.إ.م.إ.

1 محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص140.

2 بوضياف عادل، مرجع سابق، ص445.

وقد ظهر خلاف حول الصلح الذي يجريه القاضي في غياب المدعى عليه، فإعتبر جانب من الفقه أن الصلح الذي يجريه القاضي في غياب أحد أطرافه خرقا لنص المادة49 من قانون الأسرة، في حين إتجه الجانب الأخر إلى أن الصلح الذي يجريه القاضي لا يعد خرقا في حالة تخلف المدعى عليه دون تقديم العذر، ويعتبر تغيبه عدم رغبة في إجراء الصلح ضمنيا، ولا يمكن تعليق مصير احد الزوجين بضرورة حضور الزوج الأخر[1].

أما عن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أخذت بالاتجاه الثاني إذ أكدت في العديد من القرارات أن تخلف المدعى عليه لجلسة الصلح لا يعد خرقا لأحكام المادة 49 من ق.أ في حال إصرار المدعي على حل الربطة الزوجية والتطرق إلى موضوع الدعوى، ويعتبر محضر سماع المدعي كافيا لاحترام إجراء الصلح.

و المحكمة العليا سارت على هذا الاتجاه قبل صدور ق.إ.م.إ ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1997/10/23[2] واستقر الاجتهاد القضائي بعد صدور ق.إ.م.إ على نفس النهج في العديد من القرارات وعلى سبيل المثال القرار الصادر في 2014/10/15[3] وكذا القرار الصادر بتاريخ 2015/01/25[4]، وكذا القرار الصادر بتاريخ 2011/09/15[5]، فكل هذه القرارات تؤكد أن تخلف المدعى عليه رغم صحة استدعائه أو تكليفه لا يمنع القاضي من الفصل في موضوع دعوى حل الرابطة الزوجية.

ثانيا: خطوات الاستماع للزوجين.

سبق وأن أشرنا إلى أن قاضي شؤون الأسرة يأمر بإجراء محاولة الصلح؛ سواء من أول جلسة يحضرها الزوجين أو يتم تحديده في تاريخ لاحق، وفي كل الأحوال فان المعمول به في الجانب العملي حال حضور الزوجين للجلسة العلنية المحددة لانعقاد جلسة الصلح، يأمر القاضي بإجراء الصلح بعد أن يتأكد من حضور الزوجين سواء بالتقدم أمامه، أو تأكيد حضورهما من قبل محاميهم في حال تمثيلهم بمحام، وتتم إجراءات الاستماع إلى الزوجين وفق مراحل وفقا لما يلي تبيانه.

1 بوضياف عادل، مرجع سابق، ص446.

2 سايس جمال، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص500.

3 نقلا عن بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص233.

4 مرجع نفسه، ص233.

5 قرار رقم 654972، صادر بتاريخ 2011/09/15، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الثاني، قسم الوثائق،سنة 2011، ص294.

1- التأكد من هوية الزوجين.

إن التأكد من هوية الزوجين مسألة جد مهمة رغم أن المشرع الجزائري لم يشر إليها وعن كيفية التحقق منها، كما لم يشر إلى الوثائق التي يمكن الاعتماد عليها في إثبات الهوية، خاصة أن أنها تتعلق بإثبات الصفة، وكذا التأكيد على الحضور الشخصي.

بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالوثائق التي تثبت الهوية، نجد وثيقتين وحيدتين تثبتان الهوية؛ تتمثل الوثيقة الأولى في بطاقة التعريف الوطنية وذلك بموجب نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي 17-143[1] التي نصت على **"بطاقة التعريف الوطنية وثيقة هوية..."**، أما الوثيقة الثانية هي جواز السفر إذ نصت المادة 6 في فقرتها الثانية من القانون 14-03[2] على " **يثبت جواز السفر في نفس الوقت هوية وجنسية حامله"**، والمعمول به من قبل القضاة أنه يتم التأكد من الهوية الزوجين بواسطة هاتين الوثيقتين.

غير أن ما أثار الإشكال في الجانب العملي هو مدى إعتبار رخصة السياقة وثيقة هوية، فبعض القضاة لم يقبلوا برخصة السياقة كوثيقة هوية على إعتبار انعدام النص القانوني هذا من جهة، و من جهة ثانية تأكيد وزارة الداخلية أن الوثيقتين المثبتتين للهوية هما بطاقة التعريف وجواز السفر[3].

أما البعض الأخر من القضاة وهو الغالب يعتبر رخصة السياقة وثيقة هوية في حالة عدم تقديم بطاقة التعريف الوطني أو جواز السفر، على أساس أنها تحمل صورة حاملها ورقم تعريفي وكافة البيانات الشخصية وصدورها من جهة إدارية عمومية تمثل الدولة، وبالتالي فان رخصة السياقة لا تثير أي إشكال بالنسبة لهم.

كما انه في حالات وان كانت قليلة الحدوث لا يحضر أحد الزوجين أي وثيقة تثبت هويته، هنا جرى العمل على منح أجل لإحضار بطاقة تثبت هويته، وحالات أخرى تصادف أن احد الزوجين لا يحوز أصلا وثيقة تثبت الهوية، فهنا يضطر قاضي شؤون الأسرة إلى الامتناع عن السماع واعتباره متغيبا وكأنه لم يحضر.

---

1 مرسوم رئاسي رقم 17-143 ،يحدد كيفيات إعداد بطاقة التعريف الوطنية وتسليمها وتجديدها، مؤرخ في 18 أبريل 2017، ج.ر.ج.ج، عدد 25 مؤرخة في 19 أبريل 2017.

2 قانون رقم 14-03،يتعلق بسندات ووثائق السفر،ممضي في 24 فبراير 2014،ج.ر.ج.ج، عدد 16 مؤرخة في 23 مارس 2014.

3 يتبين ذلك من خلال صفحة وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية على صفحتها الرسمية على الرابط: https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/

من خلال النصوص القانونية المتعلق بالصلح المدرجة في قانون الأسرة باعتباره القانون الموضوعي، وكذا النصوص القانونية المتعلقة بالصلح المدرجة ضمن ق.إ.م.إ لاسيما نصي المادتين 431 و 440 منه يتضح أن لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة الاستماع إلى الزوجين إلا في حالة حضورهما معا، أو حضور الزوج الذي طالب بحل الرابطة الزوجية، ويتم الاستماع للزوجين على انفراد ثم مجتمعين.

أما من خلال ما جرى به العمل القضائي إذا ما تأكد لقاضي شؤون الأسرة حضور الأطراف أي الزوجين معا لجلسة الصلح في الجلسة العلنية، يتم وضع ملف الدعوى ضمن الملفات التي يتم إجراء الصلح فيها، وبعد الانتهاء من الجلسة العلنية ورفعها، يشرع في عقد جلسات الصلح، سواء بمكتبه أو بالقاعة المخصصة لذلك بحضور أمين الضبط، إذ يتم في الغالب الاستماع إلى الزوج المدعى أولا ثم يتم الاستماع إلى الزوج المدعى عليه ثانيا، وبعدها يتم الاستماع إليهما مجتمعين، وهو ما سنوضحه.

2- سماع المدعي في جلسة الصلح.

يتم في الغالب المناداة على الزوج المدعي على إنفراد أولا وإستقباله دون حضور أي طرف أخر، وبعد التأكد من الهوية، يقوم بالاستفسار منه عن السبب[1] أو الدافع إلى رفع الدعوى، وهنا يكمن الدور الأساسي والهام لقاضي شؤون الأسرة.

إن حضور المدعى في دعوى حال الرابطة الزوجية له دور هام وفعال في محاولة الصلح، إذ يتيح لقاضي شؤون الأسرة الإحاطة بأسباب النازع، ومعرفة ذلك ليس بالأمر الهين، كون أن الكثير من الأزواج يمتنعون عن ذكر الأسباب والدوافع التي أدت به إلى اتخاذ قرار حل الرابطة الزوجية، والتي تختلف بإختلاف الطرف الذي يطالب بحل الرابطة الزوجية، فأسباب الزوج غيرها أسباب الزوجة بالإضافة إلى الاختلافات الأخرى، كما أن العلاقة الزوجة تتسم بالخصوصية مما يؤدي إلى عدم البوح بالأسباب الحقيقة التي أدت إلى نشوء المنازعة.

إن محاولة معرفة الأسباب الحقيقية لرفع الدعوى يفرضه الجانب العملي، كون أنه في أغلب العرائض الافتتاحية لدعاوى حل الرابطة الزوجية، لا يتم ذكر الأسباب بالتفصيل، و يتم ذكرها بوجه العموم[2]، كما يمكن أن تكون الأسباب المدرجة بالعريضة الافتتاحية غير تلك التي يدلي بها المدعى في

1 بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص09.

2 من خلال الممارسة العملية نجد أن اغلب العرائض الافتتاحية لدعوى حل الرابطة الزوجية تكون مختصرة، ويتم عرض الوقائع بتبيان العلاقة الزوجية والحالة العائلية، أما عرض أسباب المنازعة يكون على سبيل المثال بالعبارات التالية" بعد أن تيقن المدعى من استحالة مواصلة العشرة الزوجية قرر رفع دعوى الحال لحل الرابطة الزوجية" دون أن يتم عرض الأسباب بالتفصيل.

جلسة الصلح، فيحاول قاضي شؤون الأسرة تهدئة المدعي بأسلوب لين يتضمن الوعظ من أجل المحافظة على الرابط الأسرية[1].

إن معرفة الأسباب الحقيقية للنزاع الناشئ في دعوى حل الرابطة الزوجية، لا ينحصر دوره على إصلاح ذات البين فقط، بل يتعدى ذلك من خلال أثار توابع حل الرابطة الزوجية، فإذا ما كانت الأسباب جدية وشرعية، أم أنها طائشة غير حقيقية وغير شرعية[2] ولا مبرر لها، ويكمن أثرها في تقدير توابع حل الرابطة الزوجية.

بعد الاستماع إلى المدعي حول الأسباب الحقيقية للنزاع، يتحقق قاضي شؤون الأسرة من مدى تمسك المدعي بحل الرابطة الزوجية أو إمكانية استئنافها، ويقوم القاضي بتوضيح النتائج المترتبة عن حل الرابطة الزوجية والتفكك الأسري، خاصة في حالة وجود أولاد، وبعد ذلك يتم تدوين تصريحات المدعي بالمحضر ويوقع عليه ويقوم بالبصم عليه[3].

3- سماع المدعى عليه.

بعد سماع المدعي وتحرير المحضر وبعد خروجه من المكتب أو القاعة المخصصة للصلح، ينادي أمين الضبط على المدعى عليه، ويتأكد من هويته، يستمع القاضي إليه ويحاول التقصي ومعرفة السبب الحقيقي الذي جعل من المدعي رفع الدعوى، وقد يستند قاضي شؤون الأسرة على العريضة الافتتاحية ومحضر سماع المدعي، وكذا المذكرات الجوابية، لمعرفة سبب النزاع، ويحاول تهدئة الأوضاع وتوضيح الأمور الغامضة أو المتناقضة، كما يحاول أن يعيد الأمور إلى نصابها خاصة إذا ما تبين للقاضي أن السبب في رفع الدعوى مجرد سوء تفاهم، كما أن على القاضي التأكد من طلبات المدعى عليه والتي تكون في الغالب التمسك بمواصلة الحياة الزوجية، وأن تكون المعاملة بالحسنى، وبعد ذلك يحرر محضر سماع تدون فيه تصريحات المدعى عليه ويوقعها مع وضع البصمة.

4 -سماع الزوجين معا.

بعد أن تتضح لقاضي شؤون الأسرة أسباب ودوافع المنازعة، تتكون لدى القاضي فكرة عن المنازعة من كل جوانبها، يتم المناداة للطرفين أي الزوجين معا من قبل أمين الضبط والدخول إلى

1 بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص9.

2 عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 135.

3 بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص9.

مكتب الذي يجرى فيه الصلح، وهنا يحاول قاضي شؤون الأسرة التوفيق بينهما ويبذل كل جهده لإصلاح ذات البين خاصة إذا ما تبين له أن سبب المنازعة مجرد سوء تفاهم وان الدافع إلى رفع الدعوى غير جدي، ويستعمل قاضي شؤون الأسرة كافة إمكاناته للوعظ وتهدئة النفوس وتقريب وجهات النظر محاولا بذلك دفع الزوجين إلى التراجع عن الدعوى.

وما تجدر الإشارة إليه انه في الجانب العملي[1] قد نجد محضر استماع للزوجين دون أن يحدث سماع لهما مجتمعين، فقد يحدث أن يحضر مثلا الزوج وتتغيب الزوجة، بغض النظر عن مركزهما القانوني، ثم يتم تحديد تاريخ أخر لإجراء محاولة الصلح أخرى، وتحضر الزوجة ويتخلف عنها الزوج، ففي هذه الحالة يكون بملف الدعوى محضري سماع للزوجين منفردين دون وجود محضر سماعهما مجتمعين، وهذا الأمر يحد من عمل قاضي شؤون الأسرة في محاولة إصلاح ذات البين، كون أن سماع الزوجين معا يفيد كثيرا في محاولة مقاربة وجهات النظر بين الزوجين مما يساعد في تحقيق الغرض من محاولة الصلح المتمثل أساسا في المحافظة على الكيان الأسري.

قد يحدث أن يتغيب أحد طرفي منازعة حل الرابطة الزوجية عن الحضور إلى جلسة الصلح المحددة، لتعذر ذلك لأي سبب، فان المشرع الجزائري أتاح للقاضي إمكانية السماع إليه عن طريق إجراءات الإنابة القضائية وهو ما نتناوله في العنوان التالي.

5-السماع عن طريق الإنابة القضائية.

تضمن ق.إ.م.إ الصادر بموجب القانون 08-09 أحكام الإنابة القضائية من المواد 108 إلى 125، تحقيقا لمبدأ حسن سير العدالة[2]، وتم إدراج نص خاص فيما يخص إجراءات الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية بموجب نص المادة 441 في فقرتها الثانية من ق.إ.م.إ، فسمحت بموجبها السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة إمكانية اللجوء إلى إجراءات الإنابة القضائية متى تبين له استحالة حضور احد الأطراف جلسة الصلح، وترك حرية تقدير استحالة الحضور لقاضي شؤون الأسرة.

فالأصل أن قاضي شؤون الأسرة المطروح أمامه المنازعة الرامية إلى حل الرابطة الزوجية، الاستماع إلى الزوجين غير انه قد تعترض ذلك ظروف تحول دون قيامه بسماع أحد الأطراف في جلسة

1 وذلك من خلال الملفات التي تم معالجتها بالمكتب بمناسبة ممارستنا لمهنة المحاماة.

2 كمال سمية، الإنابة القضائية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، جوان 2015، ص284.

الصلح، كوجود الزوج رافع الدعوى بالمؤسسة العقابية على سبيل المثال، فإن إجراءات استخراج المحبوس من المؤسسة العقابية إذا كان خارج اختصاص المجلس لا يتم إلا في حالة وجود دعوى جزائية، ولا يتم استخراجه في القضايا المدنية والتي من بينها قضايا الأسرة وهو الأمر الذي أثبتته الممارسة والجانب العملي[1]، فيمكن لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى إجراءات الإنابة القضائية.

فبموجب الإنابة القضائية يمكن للقاضي النظر في دعوى حل الرابطة الزوجية، وذلك بانتداب جهة قضائية أخرى يتواجد في دائرة اختصاصها احد الزوجين المراد الاستماع إليه.

أما في الجانب العملي تبين لنا انه تم اللجوء والعمل بإجراءات الإنابة القضائية الداخلية وان كان العمل بها قليل الحدوث، متى توفرت شروطها المتمثلة أساسا في استحالة الحضور احد الزوجين المنتج في الدعوى[2]، للتأكد من إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية، فيتم تحرير إنابة قضائية مرفقة بملف الدعوى، وتحديد الغرض منها ألا وهو الاستماع، كما انه عمليا في حال إصدار الإنابة القضائية فانه يتم تحديد قاضي شؤون الأسرة بالجهة المتواجد بها الزوج لمراد الاستماع إليه، كون إن النص جاء بصيغة لعموم هذا من جهة، ومن جهة ثانية تتمثل في اختصاص قاضي شؤون الأسرة الاستماع إلى الزوجين في الصلح.

كما نرى انه على المشرع الجزائري إتاحة الاستماع إلى الزوج المحبوس عن طريق الوسائل الحديثة كما هو عليه الحال في المحاكمة عن بعد، التي تم استحدثت من قبل المشرع الجزائري في القضايا الجزائية، فنرى انه لا مانع من استغلال هذه الطريقة في القضايا المدنية والأسرية خصوصا بإمكانية الاستماع إلى الزوج المحبوس عن بعد.

وبعد الإلمام بكافة الجوانب المفاهيمية والفقهية لإجراءات الصلح بين الزوجين وعن دور قاضي شؤون الأسرة في الجانب الإجرائي والموضوعي لدعاوى حل الرابطة الزوجية، ومن أجل الإحاطة بدوره

1 من خلال الممارسة العملية اتضح لنا انه في بعض الحالات التي يكون فيها أحد أطراف دعوى حل الرابطة الزوجية بالمؤسسة العقابية، كوجود الزوج مثلا ويتم رفع دعوى طلاق من قبل محاميه وبالتالي فان على قاضي شؤون الأسرة التأكد من طلبه والاستماع إليه، فيتم تقديم طلب من قبل المحامي أو من القاضي إلى النيابة العامة التي تكون حاضرة، فانه لا يتم الاستجابة إلى الطلب واستخراج الزوج، حتى ولو كان محبوس ضمن المؤسسة العقابية بذات اختصاص المحكمة.

2 بن حليمة يمينة، **خصوصية إجراءات لتقاضي في دعاوى شؤون الأسرة –دراسة مقارنة-** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، السنة الدراسية 2011-2012، ص46.

لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين سنتناول في الفصل الثاني بأكثر تفصيل في مختلف صور حل الرابطة الزوجية بالتطرق إلى كل صورة على حدا.

الفصل الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في مختلف صوردعاوى حل الر ابطة الزوجية

إن محاولة الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية تختلف من صورة إلى أخرى، باختلاف الطرف الذي يقدم طلب حل الرابطة الزوجية، ومنه فان محاولة الصلح ودور القاضي يختلف باختلاف صور الدعوى، فحق المطالبة بحل الرابطة الزوجة نابع أساسا من الإرادة كما هو عليه الحال في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي، ضف أن للزوجة الحق في طلب حل الرابطة الزوجية سوءا عن طريق الخلع والذي اعتبر حق إرادي يقابل حق الزوج في الطلاق، أو عن طريق طلب التطليق، وعليه فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين الأول تحت عنوان دور قاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية بالإرادة، أما المبحث الثاني تحت عنوان دور قاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

المبحث الأول

دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الر ابطة الزوجية بالإرادة.

نصت المادة 48 من ق.ا على"... **ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين...**"، كما نصت المادة 427 من ق.ا.م.ا على "**الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الر ابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة**"،وقام المشرع الجزائري بموجب تعديل المادة 54 من قانون الأسرة بمنح الزوجة الحق في مخالعتها لنفسها مقابل بدل ولو بدون موافقة الزوج؛ مما يجعل الخلع طلاقا بالإرادة المنفردة للزوجة يكرس مبدأ المساواة بين الزوجين ويتضح أن حل الرابطة الزوجية تخضع في حلها إلى الإرادة في الأساس سوءا من قبل الزوج بإرادته المنفردة باعتباره يملك حق العصمة الزوجية،أو الخلع بالنسبة للزوجة هو ما نتناوله في المطلب الأول،كما يمكن أن تتحد إرادة الزوجين معا وتشترك لحل الرابطة وهو ما نتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الر ابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج والخلع

نصت المادة 48 من قانون الأسرة لجزائري على" ... **ينحل الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."** وهي الصورة الأولى من صور حل الرابطة الزوجية، وهي صورة نابعة عن الشريعة الإسلامية التي تقر أن الزواج بيد الرجل والطلاق يقع بيده، وهو حق أصيل له[1] وأساس ذلك أن العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، وطالما انه حق إرادي فان الإرادة يجب أن تكون خالية من العيوب، وإذا ما كانت إرادته سليمة فانه يجوز له أن يوقع الطلاق في أي وقت كان، وفي حال رفع الزوج دعوى حل الرابطة الزوجية فانه على القاضي التأكد من الإرادة أثناء محاولة الصلح وهو ما نتناوله في الفرع الأول، كما انه على القاضي التحري عن تاريخ إيقاع الطلاق وتحديد تاريخه وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الر ابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج

ساير المشرع الجزائري ما أخذت به التشريعات العربية والإسلامية في جعل الطلاق حق إرادي أصيل للزوج في إحداث الأثر القانوني[2]، وعليه قبل التطرق إلى الصلح في حل الرابطة الزوجية يتعين علينا تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أولا قبل التطرق إلى دوره في التأكد من الإرادة .

أولا: تعريف الطلاق

للإلمام بتعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يتعين علينا تعريف الطلاق مفردا، من جانب الفقه، وبعد ذلك تعريفه قانونا.

1 باديس ديابي، صور واثأر فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر، سنة 2012، ص17.

2مرجع نفسه، ص 17.

1-تعريف الطلاق فقها.

تعددت التعريفات الفقهية للطلاق من حيث التعبير، إلا أنها اتفقت من حيث المضمون، فالمتفق عليه فقها في تعريف الطلاق بأنه" **رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مخصوص**"[1] ويعرف أيضا بأنه" **رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو في ما معناها**"[2] فكان التعريف على النحو السالف الذكر جامع ذلك أن القصد من الطلاق في الحال الطلاق البائن، والقصد من الطلاق في المال الطلاق الرجعي[3]، كما جاء مانعا يخرج منه الفسخ[4].

2- تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج قانونا.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فانه لم يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، غير انه يمكن استنباط تعريفه من نص المادة 48 من قانون الأسرة، بأنه حل عقد الزواج، وبالتالي فهو تعريف تضمنه الفقه الإسلامي الذي عرفه بأنه"**حل قيد النكاح**"[5]، رغم أن المشرع في استعماله لاصطلاح "**حل**" التي شملت طرق انحلال الزواج وصوره[6].

أما في التشريعات المقارنة فهي الأخرى سارت على ما انتهجه المشرع الجزائري، إذ عرفه القانون المغربي في نص المادة 71 من مدونة الأسرة المغربية على انه "**ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق...**" وكذا نص المادة 78 من نفس المدونة إذ نصت على" **حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة**"، كما عرفه القانون التونسي في الفصل 29 من قانون الأحوال الشخصية الذي ينص على"**الطلاق هو حل عقدة الزواج**" أما في الفصل 31 نص على "..**بناءا على رغبة الزوج إنشاء الطلاق...**".

1المحمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تصنيف محمد زيد الابياني، تحقيق محمد العزازي،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2017 ، ص283.

2 أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص279.

3أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية،د.ط، مصر، سنة 2014، ص100.

4المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دراسة فقهية مقارنة، مرجع سابق، ص 193.

5 موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة، المغنى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، سنة 1997، ص323.

6 سعدى لعلى، مرجع سابق، ص221.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية قرأننا وسنة فإنها تؤكد مشروعية[1] الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج كونه حق أصيل له مصدقا لقوله تعالى وقوله عز وجل ﴿**لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾[2] وقوله تعالى﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ ۖ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ۚ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا**﴾[3]

ثانيا:دورقاضي شؤون الأسرة في التأكد من شروط إيقاع طلاق الزوج.

أن المرجع في إثبات الطلاق هو القضاء عند جل الدول التي تحكم بالقوانين الوضعية[4]، وهو الأمر الذي يدل على أن الأحكام الشرعية موكلة للقاضي، ومن مسؤولياته، وما وجود النصوص القانونية إلا من اجل تنظيم إجرائي،وللقاضي دور في إجراء الصلح في منازعات حل الرابطة الزوجية، وله دور أخر يتمثل في التأكد من وقوع طلاق الزوج من حيث الإرادة، ومن حيث تاريخ وقوعه من جهة أخرى.

1-دورقاضي شؤون الأسرة في التأكد من إرادة الزوج.

نصت المادة 450 من ق.إ.م.إ على " **يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك**"،من خلال القراءة الأولية للنص يمكننا القول أنها جاءت بصيغة العموم ليشمل كافة صور دعاوى حل الرابطة الزوجة، والتي من بينها الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، غير أن قراءة النص مقاربة بالنصوص اللاحقة به يتضح أن النص مخصوص[5] بالطلاق بالإرادة بالإرادة المنفردة للزوج، كون أن نص المادة 451 من ق.إ.م.إ يخص الطلاق بطلب من الزوجة مرتبة التطليق ثم الخلع، وفي كل الأحوال فان النص جاء ليؤكد ما ورد في نص المادة 48 من ق.ا.

1أحمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقاربة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثانية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2017، ص30.

2 سورة البقرة، الآية 236.

3سورة الطلاق، الآية 1

4سليمان بن إبراهيم الاصقه،دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل، العدد27، المملكة العربية السعودية،سنة 1426هـ،ص66،

5 بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 455،451.

ويتضح أيضا من نص المادة 450 من ق.إ.م.إ أن المشرع الجزائري منح قاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية الواسعة في اتخاذ ما يراه مناسبا من إجراءات للتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، كما يفهم منه أن الإرادة شرط لوقوع الطلاق[1].

وأعيب على النص أنها لم تكن واضحة من حيث الصياغة لرفع اللبس والتأويل والتفسير؛ كون أن النص لم يحدد دور القاضي في التأكد من سلامة الإرادة، كما انه لم يبين الآثار المترتبة عن ذلك، وحسب رأينا فان مدلول النص من خلال روحه يقصد به انه على القاضي التأكد من سلامة الإرادة من خلال السلطات الواسعة التي منحها المشرع، فإذا ما اتضح للقاضي أن الإرادة معيبة له إن يرفض الطلب أي رفض دعوى حل الرابطة الزوجية، ليس من الناحية الشكلية وإنما من الناحية الموضوعية.

رغم أن نص المادة 450 من ق.إ.م.إ نص إجرائي، يعتبر في الوقت نفسه نص موضوعي يستند إليه مع نص المادة 48 من ق.ا، فأمام عدم تحديد طبيعة إرادة الزوج في حل الرابطة الزوجية، كونها من طبيعة خاصة تختلف عنها في القانون المدني، ذلك أن مصدرها العصمة الزوجية، المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية[2]، وعليه فانه على قاضي شؤون الأسرة الاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية فيما ذهب إليه الفقهاء من أحكام فقهية فيما يخص من يقع طلاقه تطبيقا لنص المادة 222 من ق.ا وهو ما يجب علينا توضيحه.

أ- طلاق المكره.

يعرف الإكراه على انه حمل الغير على أمر لا يريد مباشرته بتخويف يقدر الحامل علي إيقاعه ويصير الغير خائفا[3]، فيصبح الشخص مكرها غير قادر ولا مختار في تصرفه.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد فيه اختلاف في وقوع طلاق المكره، فذهب الحنفية إلى أن طلاق المكره واقع لما روي عن بعض التابعين والحجة في ذلك قياسا على طلاق الهازل، ويوجد تشريعات تعتمد على المذهب الحنفي في قوانينها للأحوال الشخصية[4]، واختلف معهم الأئمة الثلاث ومعهم[1] الشيعية الإمامية والظاهرية والزيدية إلى أن طلاق المكره لا يقع.

---

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص116.

2 باديس دياب،صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص25-27.

3 الشيخ على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، سنة 2008، ص62.

4 تانيا خليفة، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لقدري باشا، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2014، ص43.

أما عن الجانب العملي نجد انه في بعض الأحيان يلجأ الزوج إلى رفع دعوى حل الرابطة الزوجية مكرها خائفا من العواقب التي قد تترتب على بقاء العلاقة الزوجية، ومثال ذلك أن الزوجة تهدد الزوج أن لم يطلقها ستقوم بالانتحار، أو أنها تهرب من بيت إلى وجهة غير معلومة[2].

فعلى قاضي شؤون الأسرة في حال ما تأكد من وجود الإكراه والخوف في نفس الزوج الذي طالب بحل الرابطة الزوجية، أن يأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعدم وقوع طلاق المكره، على أساس أن المشرع الجزائري لم يقيد قاضي شؤون الأسرة بمذهب معين هذا من جهة، ومن جهة أخرى هو المحافظة على بقاء الكيان الأسري، كما يمكن أن يتبين لقاضي شؤون الأسرة أن الإكراه الواقع على الزوج يمكن زواله كان تكون الزوجة مصابة بمرض نفسي أو عصبي بعد إجراء الخبرة، ويمكن علاجه، أو يتضح أن سبب الإكراه يشكل جريمة وله أن يخطر وكيل الجمهورية ويتخذ إجراءات المتابعة والتي قد تفيد في إزالة الإكراه خصوصا أن النيابة طرف في الدعوى.

أما في القوانين المقارنة للأحوال الشخصية نجد أنها أخذت بالرأي الراجح لجمهور الفقهاء، إذ نصت في قوانينه على أن طلاق الزوج المكره لايقع[3]ومثال ذلك مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 90 منه إذ نصت على" **لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره...**" وكذا القانون المصري اخذ بذلك منذ سنة 1929 في القانون 25 سنة 1929 إذ نصت المادة الأولى منه على" **لا يقع طلاق السكران والمكره**"، حيث قبل ذلك كان العمل في المحاكم المصرية يأخذ بوقوع طلاق المكره[4]، كما أن دار الإفتاء المصرية أفتت بان طلاق المكره لا يقع، بالإضافة إلى أن القانون المغربي الموحد للأحوال الشخصية

1 رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، القسم الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006، ص14.

2 من خلال المقابلات التي أجريت مع عينة من الأزواج وكذا من خلال الممارسة العملية يدلي بعض الأزواج عن سبب رفع الدعوى أنهم تحت وطأة التهديد من قبل الزوجة، سواء بالانتحار أو الهروب من بيت الزوجية، وحتى من قبل الغير كأهل الزوجة، فيزرع التهديد في نفوس الأزواج الخوف و الذي يكون شديدا في بعض الأحيان، ويحملهم إلى رفع دعوى الطلاق.

3 جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الخامسة، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، سنة2013ن ص173.

4 عبد الواحد خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، سنة 1990، ص132.

ينص صراحة على عدم وقوع طلاق المكره إذ نصت المادة 86 منه على "**لا يقع طلاق المجنون والمعتوه والسكران والمكره ومن كان فاقد التمييز بغضب أو غيره**"[1]

ب- طلاق السكران

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن طلاق السكران لا يقع إذا كان نتيجة تناوله شيء مباح نتيجة تخمرها وهو لا يدري[2]، أما عن طريق تناوله دواء أو سكر يذهب العقل وصفه الطبيب لتداوي[3]،أو عن طريق التخدير العلاجي، يتسبب عنه زوال الإدراك وزوال العقل وينتفي عنه التكليف، لان السكر كان بسبب خارج عن إرادته.

غير أن فقهاء الشريعة اختلفوا في طلاق السكران بمحرم وفيه رأيان:

الرأي الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[4] على أن طلاق السكران بمحرم يقع، وذلك أن عقل السكران زال بمعصية، والمحرم لا يسقط المسؤولية[5].

الرأي الثاني: ذهب إليه بعض الصحابة منهم عثمان بن عفان ﷺ وجماعة من التابعين[6]بان طلاق السكران بمحرم لا يقع.

والراجح أن طلاق السكران ولو بمحرم لا يقع، والحجة في ذلك أن العقل مناط التكليف وبالتالي لا يكلف السكران[7]، وهو ما أخذت به التشريعات المقارنة بعدم وقوع طلاق السكران من خلال خلال نصها في قوانينها للأحوال الشخصية على ذلك، كالقانون المصري 25 لسنة 1929 وكذا القانون المغربي في نص المادة 90 من مدونة الأسرة المغربية.

---

1 جامعة الدول العربية، الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، معتمد بموجب مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادة بالقرار 105-63 بتاريخ 1988/04/04. متاح على الرابط: https://www.carjj.org

2 جميل فخري محمد ناجم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، مرجع سابق، ص162.

3مرجع نفسه، ص162.

4مرجع نفسه، ص162.

5 المصري مبروك، مرجع سابق، ص190.

6 محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، صححها وقابلها نخبة من العلماء، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، د.ط،د.س.ن، دار شريفة،د.ب.ن ص83.

7 المصري مبروك، مرجع سابق، ص191.

ج- طلاق غير الواعي لما صدر منه.

والقصد من الوعي أن لا يكون نائما أو مغمى عليه[1]، فجمهور الفقهاء اتفقوا أن النائم أو المغمى عليه لا يقع، كذلك الغضبان غضب شديد الذي لا يعي ما يصدر منه من أقوال[2]، وكذلك المجنون والمعتوه ومن اختل عقله بسبب من الأسباب سوءا لكبر السن أو مرض لأنه لا يملك أهلية التصرف بالعقل، أما بخصوص الهازل الذي ينطق بالطلاق على أساس اللعب واللهو ذهب جمهور الفقهاء إلى وقوع طلاقه[3]، بخصوص القوانين المقارنة نجد أن بعضها ينص على الحالات التي تفقد الوعي كالقانون المغربي في مدونة الأسرة المغربية ضمن نص المادة 90 منه.

د- طلاق ناقص الأهلية.

نصت المادة 43 من ق.م على"**كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون**" وسن التمييز هو 13 سنه وفقا لنص المادة 42 من ق.م وسن الرشد 19 سنة حسب نص المادة 40 فقرة 2 من ق.م.

وبالرجوع إلى نص المادة 437 من ق.إ.م.إ فإنها تجيز رفع دعوى حل الرابطة الزوجية لناقص الأهلية وذلك بنصها على "**عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه، من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة**"، وكما سبق وان تطرقنا إليه سابقا في ما يخص أهليه التقاضي، أن النص يجيز رفع الدعوى دون الإجراءات اللاحقة خاصة الصلح.

أما عن الفقه الإسلامي بخصوص طلاق القاصر نجد فيه اختلاف حتى في المذهب الواحد، فالاتجاه الأول ذهب إليه جمهور الفقهاء في عدم وقوع طلاق الصبي المميز على أساس أن الطلاق من التصرفات الخطيرة التي تحتاج إلى الإدراك الكامل[4]، أما الاتجاه الثاني[5]ذهب إليه الإمام احمد في الكثير الكثير من الروايات، على أن طلاق الصبي يقعإذا عقله ويعلم أن زوجته تبين وتحرم، أما الذي لا يعقل فلا طلاق له.

1جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ، ص169.

2 المصري مبروك، مرجع سابق، ص193-199.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص229.

4 جميل فخري محمد جانم،مرجع سابق، ص156.

5 أبي محمد عبد الله بن احمد بم محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، على مختصر ابي القاسم عمر بن حين بن عبد الله بن احمد الخرفي، تحقيق محمود عبد لوهاب قايد، عبد القادر احمد عط، الجزء السابع، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، مصر، ص380.

أما في القوانين المقارنة نجد أن بعضها يشترط البلوغ لوقوع الطلاق مثل[1] التشريع الأردني والسوداني والسوري الذي جعل طلاق ما دون سن البلوغ 18 سنة بيد القاضي، أما القانون المغربي لم يشر إلى طلاق الصبي، غير أن جانب من الفقه المغربي[2] يشترط البلوغ لإيقاع الطلاق قياسا على اشتراط البلوغ في سن الزواج.

من خلال ما سبق تبيانه حول الإرادة في إيقاع الطلاق وما تناوله الفقه الإسلامي وأبرز الاختلافات في ذلك، نجد أن بعض التشريعات المقارنة نصت في قوانينها للأحوال الشخصية حول شرط المطلق، عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص على ذلك في قانون الأسرة، بينما نص على بعض المسائل المتعلقة برفع دعوى حل الرابطة الزوجية، فرغم ذلك فان الأمر يوجد به تعتيم وغموض.

فعلى قاضي شؤون الأسرة أمام الفراغ القانوني أن يفعل إن صح التعبير نص المادة 222 من ق.ا، وله أن يأخذ بما اتجه إليه الفقه الإسلامي بخصوص إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، دون أن يتقيد بذهب معين أو رأي معين، عكس ما يراه جانب من الفقه القانوني، الذي يرى انه على قاضي شؤون الأسرة أن يتقيد بالمذهب المالكي وجوبا[3]، ونرى أن ما فعله المشرع بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من ق.ا دون التقييد بمذهب معين أمر مستحسن؛ ذلك أن الغرض منه هو انفتاح قانون الأسرة على كل المذاهب هذا من جهة، ومن جهة أخرى ترك الحرية والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الأخذ والاسترشاد بالآراء الفقهية التي يراها مناسبة للحفاظ على الكيان الأسري والحد من المنازعة الرامية إلى حل الرابطة الزوجية، والتي تعتبر من صميم عمل قاضي شؤون الأسرة، ذلك أن كل منازعة لها ظروف خاصة تحكمها، وفي حال تقييد القاضي بمذهب معين قد لا يجد حلا مناسبا لها.

وعلى إثر ما سبق تبيانه نرى انه على المشرع الجزائري ضرورة التنصيص على شروط الإرادة للزوج في إيقاع الطلاق،أو ما يصطلح عليه فقه شروط المطلق أسوة بما أخذت به التشريعات المقارنة حتى يتجلى الوضوح والبيان هذا من جهة ومن جهة أخر أن الأصل هو التنصيص القانوني بما يتناسب والتقنين.

1 جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق، ص156،157.

2 محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، طرق انحلال ميثاق الزواج والآثار المترتبة على ذلك، مطبعة النجاح الجديدة، المملكة المغربية، سنة 1998، ص179.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص230.

2-دورقاضي شؤون الأسرة في تحديد تاريخ وقوع الطلاق.

من خلال نص المادة 49 من ق.ا يتضح انه على قاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج أن يتحقق من تاريخ وقوع الطلاق من قبل الزوج، فالنص يؤكد على إثبات الطلاق، فأول ما يبحث عنه قاضي شؤون الأسرة عند الاستماع للزوج هو تاريخ إيقاع الطلاق منه، لأنه أمر جد مهم يترتب عنه عدة أثار خاصة فيما يتعلق بالعدة.

واستنادا إلى نصوص المواد 58 و59و60 من ق.ا المتعلقة بآثار الطلاق الخاصة بالعدة، نجدها تضع أحكام العدة بناءا على تاريخ التصريح به من قبل الزوج، إذ نصت المادة 58 من ق.ا على" ...**من تاريخ التصريح بالطلاق...**" في حين نصت المادة 60 على "**... من تاريخ الطلاق...**"، يتضح من النصين أن المشرع الجزائري قد حدد تاريخ بداية سريان حساب العدة من تاريخ التصريح من قبل الزوج وهو الذي يقصده المشرع، وليس من تاريخ التصريح به من قبل القاضي[1].

فلقاضي شؤون الأسرة السلطة الواسعة في البحث عن تاريخ وقوع الطلاق من قبل الزوج، لاسيما منها إقرار الزوج، أو شهادة الشهود ولو كانوا أقارب للزوجين،إذ يمكنه الاستعانة بهم في تحديد تاريخ وقوع الطلاق طبقا لأحكام المادة 153 في فقرتها 4 من ق.إ.م.إ والتي نصت على" **غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق**".

كما أن المادة 50 من قانون الأسرة نصت على"**من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد**"، ويتضح من النص أن المشرع الجزائري يقر بوجود الطلاق الرجعي، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي جاءت بأحكام الطلاق الرجعي، إذ يمكن للزوج أن يراجع زوجته خلال فترة العدة، غير أن المشرع الجزائري ربط المراجعة بمدة الصلح، وهو الأمر الذي أثار الكثير من الجدل الفقهي، وبالتالي حسب اعتقادنا فان المشرع الجزائري وقع في تناقض وسوء تقدير وترتيب للنصوص القانونية، فكان على المشرع الجزائري أن ينص على المراجعة في مدة العدة وليس في مدة الصلح، ذلك أن العدة تختلف أحكامها ومدتها حسب كل حالة فيمكن أن تتعدى أو تقل عن مدة الصلح.

1 نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، طبعة ثانية، دار فسيلة، الجزائر، سنة 2009، ص81،80.

ويجب أن ينسجم نص المادة 50 من ق.ا مع الأحكام المنصوص عنها في النصوص الأخرى خاصة نص المادة 49 من نفس القانون التي نصت على إثبات الطلاق وليس إيقاعه، فمن الأحرى أن يكون نص المادة على النحو الأتي " **من راجع زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد فترة العدة يحتاج إلى عقد جديد، مع مراعاة أحكام المادة 51 أدناه**"، وبهذه الصيغة ينسجم النص صياغة ومضمونا ويرفع اللبس والجدل الفقهي القائم.

وإذا ما رفع الزوج دعوى حل الرابطة الزوجية فإننا نكون أمام ثلاث حالات؛فإما أن يكون الزوج قد أوقع الطلاق قبل قيد العريضة، أو أثناء قيدها أو بعدها وهو ما سنتناوله.

أ-حالة إيقاع الطلاق من قبل الزوج قبل قيد العريضة.

في بعض الأحيان كثيرة الحدوث يكتشف قاضي شؤون الأسرة من خلال جلسة الصلح والاستماع إلى الزوجين أن الزوج أوقع الطلاق قبل قيد العريضة، رغم أن اغلب الأزواج يجهل أحكام الطلاق ولا يفرقون بين الحلال والسنة والبدعة والمعصية[1]، وهو أمر واقعي ويتجلى ذلك من خلال التساؤلات التي يطرحها الأزواج قبل وأثناء سير الدعوى، وهنا يتجلى دور القاضي في البحث عن إرادة الزوج في الطلاق من جهة، ومن جهة أخرى عن كيفية وقوع الطلاق وظروفه، كما أن لقاضي شؤون الأسرة دور في توضيح ذلك للزوج وهذا من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر[2]، ومحاولة المحافظة على الأسرة.

وكشف الجانب العملي أن بعض الأزواج يوقعون الطلاق قبل قيد العريضة، غير انه يتم المنازعة فيه، فهنا على قاضي شؤون الأسرة التحقق من ذلك لما يملكه من سلطات واسعة، خاصة انه أصبح للقاضي دور ايجابي وفعال في الخصومة.

وكما سبق قوله فان تحقق القاضي من وقوع الطلاق أثناء الصلح، أو أثناء سير الدعوى،أمر مهم كونه يتعلق بالعدة، وهناك من يرى أن الصلح يصبح دون فائدة[3]، على أساس أن إجراء الصلح مرتبط بفترة العدة وتبين الزوجة ولا تكون هناك رجعة كون الزوجة تكون من المعتدات بالحيض أو

1 سليمان بن إبراهيم الاصقه، مرجع سابق، ص 165.

2مرجع نفسه، ص 168.

3 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق،97.

الأشهر[1]، غير أننا نرى عكس ذلك وهذا لسببين؛ الأول أن الزوجة لا تكون دائما من المعتدات بالأشهر أو الحيض فقد تكون حاملا وعدتها وضع حملها، أما السبب الثاني فرغم بينونة الزوجة وعدم إمكانية المراجعة فلقاضي شؤون الأسرة دور أخر يمكنه القيام به ألا وهو إعادة بناء الأسرة من جديد- خاصة في حالة وجود أولاد قصر –في حالة الطلاق البائ نبينونة صغرى، وله أن يسعى إلى حث الزوجين باستئناف الحياة الزوجية بعقد جديد، وهو ما ثبته الجانب العملي، ففي بعض الأحيان يكون الطلاق بائنا بينونة صغرى وتكون هناك رغبة للزوجين في مواصلة الحياة الزوجية، فيقوم القاضي فيه هذه الحالة بإثبات الطلاق وليس الصلح المتمثل في إصلاح ذات البين، ويوجه الزوجين إلى إمكانية إبرام عقد جديد بعد صدور الحكم.

ب-وقوع الطلاق بتاريخ قيد عريضة الدعوى أو بعدها.

بعد أن تطرقنا إلى إمكانية إيقاع الطلاق من قبل الزوج قبل تاريخ قيد عريضة دعوى حل الرابطة الزوجية، غير انه يمكن أن يوقع الزوج الطلاق أثناء تاريخ قيد العريضة، وقد يكون ذلك بصريح العبارة قولا، كما يمكن أن يكون ذلك كتابة من خلال العريضة الافتتاحية للدعوى وترد فيها عبارات توحي بان الزوج يوقع الطلاق، وان كان في الجانب العملي قليل الحدوث كون أن الغالب في عرائض افتتاح دعوى حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج، نجدها لا توحي انه تم إيقاع الطلاق[2].

وفي هذا الصدد ذهب بعض فقه قانون الأسرة إلى اعتبار أن مدة الصلح تتطابق مع مدة الطلاق الرجعي، وان المشرع حدد مدة الصلح بثلاثة أشهر تسري من تاريخ قيد العريضة وهو بحد ذاته تاريخ التصريح بالطلاق، وفقا لأحكام المادة 49 من ق.ا وهي نفسها المدة المقررة في نص المادة 58 من ق.ا، واعتبارا تاريخ قيد العريضة هو تاريخ التصريح بالطلاق، وعدة المطلقة المدخول بها هي ثلاثة أشهر[3]، والمشرع الجزائري وضعها عن قصد وليس عفويا، وان نص المادة 50 من ق.ا تؤكد ذلك[4].

1أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص107.

2 من خلال الممارسة العملية تبين لنا أن اغلب عرائض افتتاح دعوى حل الرابطة الزوجية تكون حيثيتها أن الزوج له رغبة في حل الرابطة الزوجية، ومثال ذلك نجد حيثيات العريضة بعد عرض الوقائع والأسباب الدافعة إلى حل الرابطة الزوجية تكون بالعبارة التالية" **بعد أن تيقن المدعى – الزوج- من استحالة العشرة الزوجية رفع دعوى الحال من اجل حل الر ابطة الزوجية**"، ويكون الطلب القضائي على النحو الأتي" ...في الموضوع: **الحكم بحل الر ابطة الزوجية بين المدعي.... والمدعى عليها...**"

3 لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص96،97.

4مرجع نفسه، ص98.

وعن موقفنا اتجاه الرأي السابق فإننا لا نسانده، ذلك أن نص المادة 49 المستند عليها ألزمت القاضي بإجراء محاولة الصلح في كل صور الطلاق، والمسلم به أن العدة تختلف مدتها باختلاف حالة الطلاق، والتي تزيد مدتها أو تقل عن مدة الصلح كما سبق بيانه، وبالرجوع إلى نص المادة 58 من ق.ا قرنت المراجعة بمدة الصلح وهو الحكم الذي يعاب على المشرع الجزائري، ومنه يمكن القول أن مدة الصلح ليس لها علاقة بمدة العدة، كما أن الطرح السابق يؤكد أن يصلح في حالة واحد فقط وهي حالة إيقاع الزوج الطلاق بتاريخ رفع الدعوى[1].

بالإضافة إلى ما سبق يمكن للزوج أن يوقع الطلاق بعد قيد العريضة، أي خلال فترة الصلح، وهو الأمر الذي يمكن للقاضي أن يكتشفه من خلال الاستماع إلى الزوجين أو من خلال التحقق في الأمر أثناء محاولة الصلح الذي يجريه، كما يمكن أن يحدث وان يوقع الزوج بالطلاق صراحة أمام القاضي وأمين الضبط ويتم التلفظ به[2].

كما يمكن أن لا يتضح للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق وهو الأمر الذي يتم إغفاله في بعض الأحيان أو اغلبها إن صح التعبير، وفي أحيان أخرى يلجا بعض من القضاة إلى دعوة الزوج التلفظ به، حتى يكون الطلاق موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أو في حالة الطلاق الصوري[3].

وفي كل الأحوال فانه يتعين على قاضي شؤون الأسرة أن يتحرى عن تاريخ إيقاع الزوج للطلاق سواء بإقرار الزوجين، عن طريق التحقيق من خلال سماع الشهود، حتى يمكن معه حساب مدة العدة وإمكانية المراجعة أثنائها، بل حتى بعد انقضاء مدة المراجعة يمكن للقاضي بذل جهد في حالة ما تبين انه لا يمكن المراجعة إلا بناءا على عقد جديد.

وقد يتصادف أن يكون الزوج قد أوقع الطلاق بإرادته المنفردة، قبل الدعوى المطروحة ولمرتين وتمت المراجعة خلالهما دون أن يكون هناك حكم يثبت ذلك، وهو ما يجب على القاضي أن يتحرى عنه،والتأكد منه أثناء الاستماع إلى الزوجين عند محاولة الصلح، وله إن يتخذ كل التدابير اللازمة لذلك طبقا للأحكام المقررة ضمن ق.إ.م.إ.

1لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص101.

2 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص99.

3بوغرارة صالح، بوزيان هواري بومدين، دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية الصورية،مجلة أفاق علمية، المجلد 13، العدد2، المركز الجامعي تامنغست الجزائر ص 554-573.

ويثور الأشكال من الناحية الشرعية في حالة ما إذا تأكد القاضي من أن الزوج سبق وان طلق مرتين دون وجود أحكام، وتم إيقاع الطلاق في الدعوى المطروحة أمامه وتم استنفاذ مدة العدة، وبالتالي أصبح الطلاق بائن بينونة كبرى ولا يمكن المراجعة إطلاقا حتى بموجب عقد جديد، فهنا يقع القاضي في تناقض بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام القانون، وفي هذه الحالة يكون الصلح دون فائدة من الناحية الشرعية لعدم إمكانية المراجعة وإصلاح ذات البين، لكنه من الناحية القانونية على القاضي أن يجري محاولة الصلح خلال المدة المقررة للصلح، خاصة انه لا يوجد أحكام قضائية للطلاقين السابقين،فيكون القاضي أمام نظرة مزدوجة للعلاقة بين الزوجين، إذ تكون محرمة وغير شرعية بالنسبة للشريعة الإسلامية، بينما تكيف طبقا لقواعد القانون على أنها علاقة شرعية[1]، وهو ما على المشرع الجزائري تداركه.

يتضح أن الإشكالات التي تطرح أمام قاضي شؤون الأسرة هي الأصعب والأكثر خطورة من الناحية العملية،خاصة أنها تتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية و بالكيان الأسري الذي يعتبر أساس بناء المجتمعات، وهو ما جعل من القضاة الاحتكام إلى والشريعة الإسلامية للفصل في القضايا المطروحة أمامهم، ومثال ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/05/09[2] والذي جاء في حيثياته ما يلي"... **ما دامت العصمة بيده-الزوج- وان الطلاق الذي صدر منه رجعي ما دام انه تراجع عن ذلك وسعى إلىإرجاع من خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا...**" ويتضح أن المحكمة العليا استندت في المراجعة على " **مدة العدة شرعا**" وليس مدة الصلح.

وفي قرار أخر صادر بتاريخ 1998/02/17 [3] جاء في مبدئه " **من المقرر شرعا انه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء**" وجاء في حيثيات القرار "**... أن الطاعن(الزوج) صرح أمامهم بأنه طلق زوجته المطعون ضدها ثلاث و انه لهذا السبب تحرم عليه إرجاعها...الطاعن هو الذي صمم على الطلاق...**" ، ويتجلى من

1 بوجاني عبد الحكيم، **إشكالات انعقاد وانحلال الزواج**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية2013-2014، ص164.

2 قرار رقم 395557 الصادر بتاريخ 2007/05/09، غرفة الأحوال الشخصية المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الثاني، قسم الوثائق،سنة 2008، ص299.

3 قرار رقم 176551 الصادر بتاريخ 1998/02/17، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،الديوان الوطني للأشغال التربوية، ص123.

القرار أن المحكمة العليا استندت إلى عدم إمكانية المراجعة طالما أن الزوج طلق ثلاث مرات، ولم يستند قضاة المحكمة العليا على مدة الصلح المقررة قانونا.

وما يؤكد لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى الاحتكام إلى قواعد الشريعة الإسلامية، في أحد القضايا المطروحة في احد الجهات القضائية بعد أن رفع الزوج دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية وردت الزوجة بأنه سبق وان طلقها ثلاث مرات غير متتالية وأصبح الطلاق بائنا بينونة كبرى ولا يمكن المراجعة، لجأ قاضي شؤون الأسرة إلى إجراء تحقيق مدني وسماع الزوجين، وذهب الى ابعد من ذلك، إذ سعى إلى دعوة أئمة المساجد المتواجدين بالمدينة والذي كان عددهم ثلاثة أئمة من أجل إبداء الرأي الشرعي في الدعوى، وحرصا منه على الحفاظ على الكيان الأسري وبعد الاستماع إلى الزوجة التي صرحت في محضر سماعها أن الطلقة الأخيرة كانت في فترة حيض، واستنادا على فتوى من مديرية الشؤون الدينية لمدينة تلمسان التي تستند هي الأخرى على جانب من الفقه المالكي بأن الطلاق في فترة الحيض لا يقع، ومنه تم الاستنتاج بوجود طلقتين وإمكانية المراجعة.[1]

ومنه يمكننا القول انه على قاضي شؤون الأسرة في كل الأحوال أن يتحرى من عدد الطلقات حتى وإن لم يصدر بشأنها أحكام، كما عليه أن يتحرى ويتأكد من تاريخ وقوع الطلاق من قبل الزوج، حتى يتمكن من إصدار الحكم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، كون أن نص المادة 49 من ق.ا نصت على حكم إثبات الطلاق وليس إيقاعه.

الفرع الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الخلع

نصت المادة 54 من ق.أ.ج على **" يجوزللزوجة دون مو افقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.**

إذ لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدورالحكم"، ما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة عدل بالأمر 05-02 وتم إضافة عدم موافقة الزوج، وحسم المشرع الجزائري بذلك الجدل القائم حول موافقة الزوج على الخلع، وأسباب التعديل

1 كان ذلك بمناسبة معالجتنا لملف على مستوى محكمة قصر الشلالة والذي نعتبره سابقة وبعد إجراء مقابلة مع قاضي شؤون الأسرة أكد لنا انه يحرص على لم شمل الأسرة خاصة أن الزواج نتج عنه أولاد قصر وإصرار كل منهما عن حل الرابطة الزوجية.

عديدة من بينها تأثير الاجتهاد القضائي الذي غير موقفه[1] وأصبح لا يسير مع نفس الاتجاه الفقهي[2]، بالإضافة سبب أخر اعتبر بأنه السبب الرئيسي[3] المتمثل في مصادقة الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المسماة اتفاقية سيداو CEDAW التي انضمت لها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-51[4].

أولا: الطبيعة القانونية للخلع.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في العديد من المسائل المتعلقة بالخلع وطبيعته، ومدى اعتباره طلاقا أو فسخا، وهل يعتبر عقد رضائي بين الزوجين أم تصرف إرادي، وغيرها من المسائل الأخرى غير أن ما يهنا أن الخلع رغم اعتباره من قبل جمهور الفقهاء أنه عقد رضائي إلا أن جانب من الفقه يرى أنه حق إرادي للزوجة يقابل حق الزوج في الطلاق، رغم أن هذا الاتجاه لقي انتقاد كبير[5]، إلا أن قانون الأسرة الجزائري والعمل القضائي إعتبره حق إرادي للزوجة.

أخذت جل القوانين المقارنة بالخلع، ويعتبر الخلع حق أصيل للزوجة، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2011/07/13[6] والذي جاء في مبدئه" **الخلع حق أصيل إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج"**، وبالتالي أصبحت الزوجة تملك حق حل الرابطة الزوجية وتتمتع به بصفة مطلقة[7]، بل ذهبت المحكمة العليا في العديد من القرارات واستقرت في

1 العيفاوي القايد، دراسة فقهية للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة الجزائر، المجلد الأول، العدد الثاني، جوان 2017، ص104.

2 تشوار حميدو زكية، الدور الايجابي في تغيير المادة 54 من قانون الأسرة، مرجع سابق، ص22

3 بن جناحي أمينة، **انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، شعبة العلوم القانونية والإدارية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2021-2022، ص176.

4مرسوم رئاسي رقم 96-51 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979،ممضي في 22 يناير 1996 الجريدة الرسمية عدد 6 مؤرخة في 24 يناير 1996،

5 بن جناحي أمينة، مرجع سابق،ص 168.

6 قرار رقم 656259، صادر بتاريخ2011/09/15، المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد الأول، سنة2012، ص318.

7 عاشور سهيلة، سعيد خنوش، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، المجلد12، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، افريل 2010، ص489.

اجتهادها بموجب مذكرة المتعلقة بتوحيد الاجتهاد[1] إذ جاء في الموضوع الحادي عشر، ونص المبدأ على أن الخلع حق إرادي للزوجة يقابل حق العصمة للزوج وموافقته ليست شرطا للحكم به.

ومصدر الخلع الشريعة الإسلامية في قوله تعالى ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾، وأدلة مشروعيته كثيرة، غير أن الفقه اختلف في بعض المسائل منها تكييف الخلع في مدى اعتباره يمينا أم معاوضة.

غير أن ما نركز عليه في بحثنا هو دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية، وكيف يمكنه الحد منها حفاظا على الأسرة من التفكك، خاصة أنه بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 سجل ارتفاعا تصاعديا لعدد دعاوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بشكل كبير[2]، بعد إدراج صراحة عدم موافقة الزوج، وهذا لا ينفي أبدا الدور الايجابي للقاضي في معالجة طلب الخلع لما يملكه من سلطات أثناء جلسة الصلح.

وفى دعوى حل الرابطة الزوجية عن طرق الخلع منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة سلطات واسعة خاصة ما تعلق بالتكييف القانوني للوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، وهو ما جاءت به نص المادة 451 من ق.إ.م.إ إذ نصت في فقرتها 5 على "**... يعاين أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة...**".

ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في تكييف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع.

نصت المادة 29 من ق.إ.م.إ على "**يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم .يفصل في النزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه**"، ونص المادة 451 المذكور أعلاه ما هو إلا تأكيد على أن مسالة التكييف موكلة للقاضي الفاصل في الموضوع، يتضح جليا الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع عكس ما يراه الكثير من الباحثين،فإذا ما اتضح للقاضي أن الزوجة طالبت الخلع

1 المحكمة العليا، الرئاسة الأولى،مذكرة متعلقة بتوحيد الاجتهاد القضائي، تحت رقم 2022/491 ، مؤرخة في 12 جويلية 2022، ص10.

2 لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، مرجع سابق ص 327.

مستندة على دفوعات تتعلق بالتطليق و تبين له أن شروط التطليق متوفرة كان عليه أن يعطي التكييف الصحيح ويحكم بالتطليق بدلا من الخلع، كما أن العكس صحيح بموجب نفس نص المادة أي المادة 451 من ق.إ.م.إ. ويتضح أنه للقاضي الحق في دراسة ومعاينة الفصل في مدى تأسيس الطلب في الخلع[1]، من أجل إعطاء التكييف الصحيح وإسناد النصوص القانونية على الدعوى.

ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في تحديد مقابل الخلع.

نص المشرع على أن للزوجة الحق في طلب حل الرابطة الزوجية غير أنه يكون بعوض وذلك بقوله"**بمقابل مالي**" والمال قد يكون نقودا أو عقارات أو منقولات، وهو كل شيء يقوم نقدا، أو بعبارة أدق أن كل ما يصلح أن يكون صداقا يصح أن يكون مقابلا للخلع[2].

وبالرجوع إلى الجانب العملي فإنه يتم عرض مقابل الخلع نقدا في الأغلب ويكون في عريضة افتتاح الدعوى الرامية من خلالها الزوجة حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، والإشكال لا يثور في حالة ما إذا قبل الزوج المبلغ المقترح من الزوجة، سواء في مذكرات الرد أو أثناء جلسة الصلح، لكن الإشكال يثور في حالة ما إذا لم يتفق الزوجان على مقابل الخلع، ويرفض الزوج المبلغ المقترح، ويطلب أكثر مما قدم، فهنا المشرع الجزائري منح للقاضي صلاحية تقدير مقابل الخلع، وذلك بنصه في المادة 54 من ق.أ.ج في الفقرة الثانية أن القاضي يحكم بما لا يتجاوز قيمة الصداق وقت صدور الحكم.

فقد يكون مقدار الصداق مدونا في عقد الزواج وتعرض الزوجة المبلغ المحدد في العقد ويمكن أن يرفضه الزوج ويطلب أكثر منه، ففي هذه الحالة ذهب جانب من الفقه إلى القول أن قاضي شؤون الأسرة مقيد وعليه أن يحكم بالخلع مقابل ذلك الصداق[3]، أما إذ لم يحدد الصداق فان المشرع ترك تقديره لقاضي شؤون الأسرة.

أن تحديد مقابل الخلع من قبل القاضي ليس على إطلاقه، بل وضع المشرع ضوابط بأن يكون مالا، وأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وحسب نظرنا فان مقابل الخلع محسوم سواء من حيث طبيعته، إذ حدده بالمال دون غيره من الأمور الأخرى، كما أن المشرع وضع له حد أقصى

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص188.

2 رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، المجلد الرابع، العدد السابع، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، مارس2004، ص82.

3 لحسين بن الشيخ اث ملويا، سلسلة دراسات قانونية، رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، طبعة 2015-2016، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2015، ص174.

بأن لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، وبالتالي فإن قيمته محصورة والأمر واضح لا يحتاج إلى التأويل والتفسير والنقد[1].

غير أن ما يثير الأشكال حسب ما أفرزه الجانب العملي هو قيمة صداق المثل، ذلك أن صداق المثل يختلف من منطقة إلى أخرى، ضف أنه في الأغلب يكون قاضي شؤون الأسرة من منطقة تختلف من حيث عاداتها وتقاليدها عن مكان ممارسة عمله، وبالتالي فان الأمر يصعب على القاضي في تحديد صداق المثل.

وأمام هذا الوضع ومن خلال ممارستنا وكذا المقابلات[2] التي أجريت مع بعض القضاة لجهات قضائية مختلفة، وجدنا تباين في طريقة تحديد مقابل الخلع، فيذهب جانب من القضاة إلى الإستناد على ملف الدعوى وحال الطرفين أثناء جلسة الصلح في تحديد مقابل الخلع، ويتم تحديده بما ويتناسب وظروف الطرفين، وهذا الاتجاه يتوافق مع ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت على" **إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة"**

ويتضح أن المشرع المغربي كان أكثر وضوحا واتساعا في وضع الضوابط لتقدير مبلغ مقابل الخلع، ويعتبر ذلك من قبيل القيود لحق اللجوء إلى الخلع، وضمانات لحماية الزوج من تعسف الزوجة في استعمال حقها فيه[3].

ويذهب جانب أخر من القضاة[4] إلى الاستعانة بمديرية الشؤون الدينية للولاية التابع لها اختصاص المحكمة، من أجل تحديد صداق المثل، وأساسهم في ذلك أن مديرية شؤون الدينية أقرب

1 عبد العزيز سمية، مرجع سابق، ص170.

2 مقابلة أجريت مع قاضي شؤون الأسرة لمحكمة سفيزف اختصاص مجلس قضاء سيدي بلعباس بتاريخ 2019/10/22، الساعة 10:30،بالإضافة إلى مقابلات أخرى مع قضاة سبق لهم تولي قسم شؤون الأسرة.

3 بن حمودة مختار، الخلع، شروطه وأثاره بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد الثاني، جامعة غارداية الجزائر 2020، ص

4 مقابلة أجريت مع قاضي تولى رئاسة قسم شؤون الأسرة، بكل من محكمة باب الواد اختصاص مجلس قضاء الجزائر العاصمة ومحكمة المهدية اختصاص مجلس قضاء تيسمسيلت، بتاريخ 2021/04/17، الساعة 11:30.

إلى تحديد صداق المثل، ويتم تزويد القاضي بمراسلة رسمية مدون بها الصداق المتعارف عليه في عرف المنطقة، وعلى أساسه يتم تحديد مقابل الخلع.

بينا يذهب جانب أخر[1] إلى الاستعانة بأئمة المساجد المتواجد بها محكمة مقر عملهم، على أساس أن الأئمة يتولون عقد الزواج الشرعي، وعادة ما يتم ذكر الصداق أمامهم، وبالتالي فان الإمام هو الادرى بصداق المثل ويتم تحديد مقابل الخلع بناءا عليه.

ويثور الإشكال حالة ماذا لم تعرض الزوجة مقابل الخلع، ولم يناقشه الزوج في مذكرته الجوابية، أو إذا غاب عن جلسات الصلح أو تنازل عنه، فهل قاضي شؤون الأسرة ملزم بتحديده؟

من خلال الممارسة العملية وكذا المقابلات التي أجريت مع القضاة بهذا الشأن وجدنا اتجاهين:

الاتجاه الأول: يذهب إلى الحكم بالخلع دون تحديد مقابل الخلع، وأساسهم في ذلك أنه يمكن القضاء بالخلع دون عوض، مستندين على الفقه الإسلامي الذي اجاز إمكانية التفريق بين الزوجين قطعا دون عوض هذا من جهة، ومن جهة أخرى أنه لا يجوز القضاء بأكثر مما طلب، غير أن هذا الاتجاه لم يصمد طويلا وتراجع أصحابه عن ذلك ووجدوا نفسهم ملزمون بتحديد مقابل الخلع، كون أن جهات الاستئناف عدلت أحكامهم وقضت بتحديد مقابل الخلع، تماشيا مع اجتهاد المحكمة العليا وهو ما سنعرضه في الاتجاه الثاني.

الاتجاه الثاني: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن قاضي شؤون الأسرة ملزم بتحديد مقابل الخلع، وأساسهم في ذلك أن مقابل الخلع يعتبر شرطا للحكم بالخلع، إذ لا يمكن الحكم بحل الرابطة الزوجية دون تحديده في منطوق الحكم، وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في العديد من القرارات من بينها القرار الصادر بتاريخ2006/10/11[2]، والذي جاء في حيثياته "**... أن كل إمرأة تطالب بالخلع عليها وجوبا عرض مبلغ مالي مقابله، وتبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ بدل**

1 مقابلة أجريت مع قاضي شؤون الأسرة لمحكمة قصر الشلالة اختصاص مجلس قضاء تيارت، وبمناسبة ملف مطروح على نفس الجهة تم معالجته بالمكتب، بتاريخ 06افريل 2020.

2 قرار رقم 365244، صادر بتاريخ 2006/10/11، المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة، مجلة المحكمة العليا،للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأول، سنة 2007، ص467.

الخلع سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلف طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة..."، ويساند بعض[1] الفقه القانوني هذا الاتجاه ويعتبرون أن تحديد مقابل الخلع أمر وجوبي.

ويرجع السبب في وجود الاختلاف أن المشرع الجزائري لم ينص على إلزامية تحديد مقابل الخلع لا صراحة ولا ضمنا، وأمام هذا الفراغ فإنه يتعين اللجوء إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ونجد أن الفقه الإسلامي اختلف في ذلك، فالمالكية يجيزون الخلع دون عوض ويكون الطلاق بائنا[2]، أما الشافعية والحنفية فلا يجيزون الخلع دون عوض[3]، ونجد أن ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في القرار السالف الذكر أنه يأخذ بالمذهب الشافعي، رغم أن القرار لم يذكر صراحة الأخذ به.

وحسب وجهة نظرنا فإننا نساند أصحاب الرأي القائل بوجوب تحديد مقابل الخلع للاعتبارات السابقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن تحديد مقابل الخلع يحقق مبدأ المساواة بين حق الرجل في الطلاق وللمرأة الحق في التعويض[4] والمتعة، ونعتبر أن بدل الخلع يرفع الضرر عن الزوج، كما أن الخلع بعوض يعتبر الأنسب للتقليل من حق اللجوء إليه[5].

رابعا: دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الخلع.

لقاضي شؤون الأسرة دور كبير في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع عكس ما يراه بعض الباحثين بأن دوره سلبي، فعلى القاضي يبحث في أسباب لجوء الزوجة في طلب الخلع خاصة أثناء جلسة الصلح والاستماع إلى الزوجة،فالغاية من محاولة الصلح معرفة المشاكل التي تحول دون إستقرار الحياة الزوجية، وله أن يحاول أن يجمع الزوجين معا من أجل تقريب وجهات النظر،فقد يتضح له أن الأسباب غير مقنعة في طلبها وغير جدية، لاسيما أن طبيعة المرأة البيولوجية التي تجعل

1 شامي أحمد، بوراس عبد القادر، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد الأول، جامعة تيسمسيلت الجزائر، ماي 2020، ص1423.

أيضا: لحسين بن شيخ اث ملويا، رسالة في الطلاق، مرجع سابق، ص181.

2 ابي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،مرجع سابق، ص399.

3 ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، ض338.

4لحسين بن شيخ اث ملويا، رسالة في الطلاق، مرجع سابق، ص148.

5 المصري مبروك، مرجع سابق، ص273.

منها كثيرة الانفعال، يجعل منها تتعسف في استعمل حقها وهو ما أثبته الجانب العملي والإحصائي، إذ أن دعاوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في تزايد بشكل ملفت للانتباه، ويكمن دور القاضي في تهدئة النفوس ونصح الزوجة وتذكيرها بمكروهية وحرمة الخلع في بعض الحالات، وعليه أن يذكرها بالأحاديث النبوية الشريفة بهذا الشأن، وقد يؤثر ذلك على الزوجة ويجعلها تتراجع عن طلبها.

وليس لقاضي شؤون الأسرة البحث في بغض الزوجة لزوجها، لأنه لا يشترط من الزوجة تقديم أي سبب للخلع كما هو الحال عليه في طلب التطليق، بل يكفي انه تدعي كرهها لزوجها[1]، بل يكفي فقط المطالبة بحل الرابطة الزوجية دون أن تقدم سببا ولو لم تكن متضررة من زوجها، ذلك أن الكراهية وبغض الزوج من الأمور الباطنية و النفسية التي لا يمكن معها تقديم دليل مادي مع العلم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يحث القاضي على تعميق التحري بالإجراءات المخولة قانونا حتى يكون الحكم صائبا، إذ نصت المادة451الفقرة 5منق.إ.م.إ "**يعاين القاضي أيضا ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة** "فالمعاينة تقتضي البحث والتحري في طلب الخلع، وذلك بالبحث في الوقائع التي عززتها الزوجة في عريضتها لطلب الخلع، ويجب أن يتأكد من أ ن هذه الأسباب من شأنها أن تجعل العشرة الزوجية مستحيلة

فالبحث والتحري على أسباب رفع دعوى الخلع يساهم في محاولة إصلاح ذات البين ذلك أنه إذ عرف سبب الطلب فإنه يمكن أن يتم التوصل إلى حل وبالتالي الصلح بين الزوجين، كما أن في حالة فشل الصلح فإن حكمه يكون مسببا تسبيبا مسايرا للشريعة الإسلامية[2]، وهو الأمر الذي نفتقده في الجانب العملي إذ أن أغلب القضاة لا يتحرون عن الأسباب التي تؤدي إلى طلب الخلع ويتم التأكد من تمسك الزوجة في طلب الخلع فقط وأصبح طريقا سهلا عن التطليق الذي يكلف عناء للزوجة.

المطلب الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي.

اعتمدت التشريعات العربية في تقسيم صور حل الرابطة الزوجية على ما أخذت به الشريعة الإسلامية، ألا وهي الطلاق بإرادة الزوج، والتطليق بطلب من الزوجة، وكذا الخلع، على غرار المشرع

1 لحسين بن شيخ اث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، مرجع سابق،ص 148،147،

2 نعوم مراد، مرجع سابق ص125.

الجزائري، إلا انه أضاف صورة رابعة نصت عليها المادة 48 من ق.ا تتمثل في الطلاق بالتراضي، أو يطلق عليه بالطلاق الإتفاقي.

وعرفت هذه الصورة أعلى نسبة من الصور الأخرى في الكثير من الدراسات[1]الإحصائية وتعددت أسباب اللجوء إلى هذه الصورة نذكر منها على سبيل المثال:

- المحافظة على أسرار الأسرة خاصة في حالة وجود صلة قرابة بين الزوجين.
- تحكم الأعراف والتقاليد في العلاقات الزوجية، وتعتبر صورة الطلاق بالتراضي نوع من عدم وجود مخاصمة إذ يتم تدخل في بعض الأحيان أشخاص لهم تأثير في محاولة تقريب وجهات النظر وإيجاد اتفاق لحل الرابطة الزوجية.
- يتم اللجوء إلى هذه الصورة كونها أسرع صورة مقارنة بالصور الأخرى، للحصول على حكم يقضي بالطلاق في حالة الطلاق الصوري المنتشر في الآونة الأخيرة في العديد من المجتمعات العربية من بينها الجزائر.

نصت المادة 48 من ق.ا على"**... ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين...**"، كما نصت المادة 427 من ق.ا.م.ا على "**الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الر ابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة**"، ومن خلال النصين يتضح أن الطلاق بالتراضي هو أحد صور حل الرابطة الزوجية، والذي يكون بناءا على الرغبة المشتركة[2]، وخصه المشرع الجزائري بإجراءات خاصة تضمنتها المواد من 427 إلى 435 من ق.إ.م.إ.

أعاب الكثير من الفقه والباحثين نص المادة427 من ق.إ.م.إ، وأعتبره تعريف زائد[3]، لا ينسجم مع تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، على أساس أنه تعريف ويعد من مشتملات قانون الأسرة كونه القانون الموضوعي[4]، في حين ذهب جانب أخر إلى القول أن النص خليط بين الموضوع والإجراء[5]، مجاله قانون الأسرة، وأنه يمكن الاستغناء عن نص المادة والاكتفاء بنص المادة 428 من ق.إ.م.إ باعتباره النص الإجرائي بعينه.

1 سفيان هشام، مرجع سابق، ص 46.

2 فريجة حسين، مرجع سابق، ص171.

3 عبد الله مسعودي، مرجع سابق، ص147.

4 بوضياف عادل، مرجع سابق، ص434.

5 سائح سنقوقة، مرجع سابق،ص586،585.

وحسب وجهة نظرنا من خلال المقاربة بين نصي المادة 48 من ق.ا ونص المادة 427 من ق.إ.م.إ يمكننا القول أن نص المادة 427 من ق.إ.م.إ ليس تكرار بمعناها الدقيق لما ورد في نص المادة 48 من ق.ا، ذلك أنها جاءت توضيحا لتعريف الطلاق بالتراضي المنصوص عنه في قانون الأسرة، خاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار تاريخ صدور ق.إ.م.إ الذي صدر بتاريخ لاحق لصدور تعديل قانون الأسرة، فالغاية من المشرع الجزائري هي تدارك النقائص الموجودة في القوانين الموضوعية إن صح القول، لاسيما منها قانون الأسرة، ويتضح ذلك من خلال الإضافة التي أدرجت بنص المادة 427 من ق.إ.م.إ إذأكد ووضح المشرع من خلالها أن الطلاق بالتراضي له إجراءات خاصة غير تلك المتعلقة بالدعاوى العادية[1]، والذي يتضح من خلال إدراج مصطلح **"إجراء"**، كما أن نص المادة أدرج مبدأ سلطان الإرادة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، الذي لم يكن ضمن نص المادة 48 من ق.ا، على أن تكون الإرادة مشتركة بين الزوجين وليس من طرف واحد، كون أن السبب القانوني للطلاق بالتراضي هو الإرادة المشتركة للزوجين[2].

وحتى يتسنى لنا معرفة دور قاضي شؤون الأسرة في حل الرابطة الزوجية، من حيث الموضوع والإجراءات المتبعة في ذلك، يجب علينا التطرق إلى مفهوم الطلاق بالتراضي وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني نتناول خصوصية محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية في الطلاق بالتراضي.

الفرع الأول

مفهوم الطلاق بالتراضي

خول المشرع الجزائري للزوج الحق في حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، كما منح في المقابل الحق للزوجة حل الرابطة الزوجية بطلب منها، والطلاق بالتراضي يعتبر صورة وسطية[3] لهما،فأباح بموجبها اتفاق الزوجين على حل الرابطة الزوجية، فينتهي العقد الأول المتمثل في الزواج بعقد ثاني لا

1 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص331.

2 لحسين الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص336.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص259.

ظلم فيه ويفترقا بالمعروف والإحسان[1]، فلا يجوز للقاضي مراقبة سبب الطلاق، وعليه أن يشهر ويعلن على الطلاق[2].

أولا: تعريف الطلاق بالتراضي.

عرف الأستاذ **باديس ديابي** الطلاق بالتراضي أنه " **ذلك الاتفاق ما بين الزوجين على حل الرابطة الزوجية بقناعة كاملة على أن استمرارهما بالحياة الزوجية أصبح مستحيلا لأي سبب من الأسباب، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحدة من أجل إحداث الأثر القانوني وهو الطلاق**"[3].

وذهب الأستاذ **بن شويح الرشيد** إلى القول أن الطلاق بالتراضي نظام يقترب من الأنظمة البديلة لحل النزاعات نظرا لما يتميز به من خصائص خاصة منها السرعة، كون أن الطلاق بالتراضي من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا، حالة اشتداد الخصام بينهما ولم يتمكنا من الانسجام فيتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي[4].

وعرف أيضا الطلاق بالتراضي أو الطلاق الإتفاقي على أنه " **توافق إرادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح الذي يجمعهما، ووضع حد لعلاقتهما دون تشنجات أو مزايدات، وكذا الاتفاق على الآثار المترتبة عنها، غير أن مجرد اتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية، بل أنالأثر يظل رهين صدورحكم من المحكمة**"[5]

ويتضح من خلال التعريفات السابقة أنها تتفق إلى حد كبير فيما بينها، ومحاولة منا لتعريف الطلاق بالتراضي على انه " **هو اتفاق إرادة الزوجين المشتركة على حل الرابطة الزوجية تراضيا بينهما، بشروط أو بدونها على أن تتفق الشروط مع قانون الأسرة ومصلحة الأولاد إن وجدو، ويكون تحت إشراف القضاء، وفقا لإجراءات محددة قانونا، يتم بموجبها الإشهاد والمصادقة علية بموجب حكم قضائي**".

1 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986، ص86

2بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص259.

3 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص28.

4 بن شويح الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص176.

5 هجيرة بن عزي، **الطلاق الإتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي**، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، سنة الجامعية 2008-2009، ص 10،11.

اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للطلاق بالتراضي وكذا حول طبيعة الحكم الصادر في الدعوى مما يتعين علينا توضيحة وذلك بالتطرق إلى الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة، ثم بعد ذلك نتطرق إلى طبيعة الحكم الصادر في الطلاق بالتراضي.

ثانيا: الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة.

أثارت صورة حل الرابطة الزوجية بالتراضي جدلا في الفقه القانوني، إذ يرى جانب منه أن الطلاق بالتراضي من صلب الشريعة الإسلامية، واختلف أصحاب هذا الرائي في الإسناد وتكييفه.

استند البعض على الأحكام والقرارات الصادر من الجهات القضائية، والتي جاء في تسبيب أحد الأحكام القضائية[1]، أن الطلاق بالتراضي أصله الشريعة الإسلامية[2] في قوله تعالى ﴿**وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِهِ عَلِيمًا**﴾[3]و قوله تعالى﴿**وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾[4] ووجه الدلالة في الآيتين أن كلمة الصلح جاءت بالتعريف بالألف واللام والتي تفيد العموم، أي أن كل صلح فهو خير إلا إذا أدى إلى حرام[5].

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الطلاق بالتراضي لا يصطدم بأحكام الشريعة الإسلامية ويجد سنده الشرعي في الكثير من الأسانيد[6].

في حين يرى جانب أخر أن الطلاق بالتراضي يشمل التفويض في الطلاق؛ رغم أن المشرع الجزائري لم ينص على التفويض، واعتبر قانون الأسرة أخذ بما ذهب إليه رأي جمهور الفقهاء من اعتبار الطلاق بالتفويض للمرأة سواء عن طريق الوكالة أو التمليك أو التخيير أو بمشيئتها[7].

---

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق، ص206.

2 عبد الحميد عيدوني، **دورالإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2013-2013، ص146.

3 سورة النساء، الآية 127.

4 سورة النساء، الآية 129.

5 عبد الحميد عيدوني، مرجع سابق، ص147.

6 لطيفة الشدادي، التراضي على الطلاق بين الإجراءات القانونية وواقع الممارسة العملية، جريدة القانونية الالكترونية، بتاريخ 2016/02/16، تاريخ الاطلاع 2020/10/17، الرابط https://www.alkanonia.com/2018/02/blog-post_16.html

7 المصري مبروك، الطلاق وأثاره من قانون الأسرة الجزائرية، مرجع سابق، ص 210.

في حين يرى جانب أخر أن الطلاق بالتراضي لا وجود له في الشريعة الإسلامية، المشرع الجزائري جاء بها من التشريعات الغربية[1]، نتيجة تأثره بها[2]، ويقصد بالتشريعات الغربية القانون الفرنسي من خلال مشروع قانون الأسرة لسنة 1958، وأساسهم في ذلك أنه لا يوجد تطابق لإرادتين في الطلاق، وأن الزوج يملك الحق في الطلاق كون العصمة بيده، والاتفاق يتعلق بتوابع فك الرابطة الزوجية كالحضانة والسكن والنفقة.

وأمام هاذين الرأيين فإننا نساند الرأي الأول الذي يرى أن الطلاق بالتراضي يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، وإن كانت حجتهم في ذلك غير مقنعة إلى حد ما، لكن على الأقل الطلاق بالتراضي بين الزوجين لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى أن الرأي المنكر لوجود الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية لم يبين الأحكام التي تتعارض مع الشريعة الإسلامية.

كما أن الرأي المنكر لوجود صورة الطلاق بالتراضي متناقض في الحجة، فهو ينكر وجود الطلاق بالتراضي ضمن أحكام الشريعة الإسلامية، وفي الوقت نفسه اعتبره طلاق بالإرادة المنفردة للزوج كونه يملك العصمة والذي يدخل في صميم الشريعة الإسلامية.

بالإضافة إلى أن الطلاق بالتراضي لا يمكن معه إهمال إرادة الزوجة، والاكتفاء بإرادة الزوج، إذ على القاضي التأكد وجود الإرادتين معا لإحداث الأثر القانوني المتمثل في حل الرابطة الزوجية حتى في حالة ما إذا طلبت الزوجة الطلاق ووافق عليها الزوج.

ثالثا: الطلاق بالتراضي في التشريعات المقارنة.

نصت بعض التشريعات المقارنة على الطلاق بالتراضي، إذ نجد نص المادة 114 من مدونة الأسرة المغربية على " **يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال.**

عند وقوع هذا الاتفاق يقدم الطرفان أو احدهما طلب التحقيق للمحكمة مرفقا بالإذن بتوثيقه.

1 عبد الرحيم مقداش، **انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، سنة 2013، ص34.

2 زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، مرجع سابق، 114.

تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".
يتضح[1] من خلال النص أن المشرع المغربي كان صريحا وواضحا في إطار تحديد الطلاق بالتراضي.

أما في التشريع التونسي اخذ هو الأخر بالطلاق بالتراضي إذ نص الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية على " **يحكم بالطلاق: 1- بتراضي الزوجين..."** ونص الفصل 32 على " **يجوز للقاضي اختصار هذه الإجراءات في حالة الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء"** والمقصود بالإجراءات في النص محاولة الصلح، ويتضح من خلال النصين أن المشرع التونسي قد جسد هو الأخر الطلاق بالتراضي وترك الحرية للقاضي في اختصار الجلسات الصلحية[2].

إن صورة الطلاق بالتراضي لم تقتصر على التشريعات العربية والإسلامية فقط، إذ نجد التشريعات الغربية أخذت أيضا به، على أساس أن أصل العلاقة الزوجية هو الرضائية، و الرضا جوهر عقد الزواج، وبالتالي فإن إنهائها يكون على نفس الأساس وهو الرضا، وعلى سبيل المثل نجد كل من التشريع الفرنسي والايطالي والروسي يأخذ بصورة الطلاق بالتراضي[3].

الفرع الثاني

خصوصية محاولة الصلح لدعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي

بالرجوع إلى نصوص المواد من 427 إلى 435 من ق.إ.م.إ نجد المشرع الجزائري خص الدعوى الرامية إلى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي بإجراءات خاصة تختلف عنها في الصور الأخرى، سواء من حيث إجراءات رفعها، أو من حيث إجراءات سير الخصومة، والتي بموجبها منح المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة سلطات واسعة في مراقبتها، وتتمثل في مراعاة قبول العريضة من الناحية الشكلية، كما له أن يجري الصلح بين الزوجين، ضف إلى سلطته في مراقبة الاتفاق ومدى مراعاته للنظام العام، حتى يتسنى له بعد ذلك إصدار الحكم.

1 يوسفات علي هشام، **الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة ، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص83.

2 محمد الحبيب الشريف، مرجع سابق، ص138.

3مرجع نفسه ، ص55، 56.

أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في مراقبة العريضة.

نصت المادة 431 من ق.إ.م.إ على "**يتأكد القاضي من التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة...**" يتضح من خلال النص أن المشرع الجزائري منح لقاضي شؤون الأسرة صلاحية مراقبة مراعاة العريضة الافتتاحية للشكليات المستوجبة قانونا، والمحددة بموجب نصوص المواد ذات الصلة، المقررة في القواعد العامة لرفع الدعوى، أو بموجب النصوص الخاصة، والمتمثلة أساسا في نصوص المواد 428 و429، 430 من ق.إ.م.إ.

فنصت المادة 428 من ق.إ.م.إ على" **في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط**" ويتضح من النص أن رفع دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي يكون بموجب طلب يرمي من خلاله الزوجين حل الرابطة الزوجية، ويكون في شكل عريضة وحيدة، كون الطلاق بالتراضي في أصله ليس بمنازعة قضائية بمعناها الحقيقي، ذلك أن أطراف النزاع في هذه الحالة يتمتعان بكافة الامتيازات التي يتمتع بها من يسلك الطريق البديل لحل نزاعه[1].

ولا يغني عن تقديم عريضة وحيدة التعبير عن المركز القانوني واستعمال مصطلح المدعى والمدعى عليه ضمن العريضة الافتتاحية[2]، غير أن الجانب العملي في حال توكيل المحامي من قبل الزوجين معا أثار تساؤل في مدى إمكانية التوكيل عن الزوجين معا أو في حق احدهما دون الأخر؟، فظهر اختلاف في المواقف من قبل المحامين تبعا للتعليمات الموجهة بهذا الخصوص[3]، على أساس أنها منازعة قضائية ولا يمكن للمحامي أن يتأسس في حق طرفين متعارضين، غير أننا نرى عكس ذلك كون أن دعوى حل الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي ليست منازعة بمعناها الحقيقي، بل تعتبر استثناء عن القواعد العامة لتميزها بأحكام خاصة، كما أن الطرفين غير متعارضين بل متفقين.

1 بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، جامعة الجزائر1، العدد 03، الملتقى الدولي، الطرق البديلة لحل النزاعات ، يومي06،07 ماي 2014، الجزائر، ص63.

2 بوضياف عادل، مرجع سابق، الجزء الأول،ص434.

3 من خلال الجانب العملي تم توجيه تعليمات شفوية إلى المحامين بخصوص التأسيس في دعاوى الطلاق بالتراضي، مفادها انه لا يمكن للمحامي أن يتأسس في حق الزوجين معا، على اعتبار أن دعوى الطلاق بالتراضي خصومة ومنازعة، وبالتالي تتعارض مع أحكام قانون المحاماة، الذي لا يجيز للمحامي أن يتأسس في حق طرفين متعارضين في الوقت نفسه.

يكمن دور قاضي شؤون الأسرة أساسا في مراقبة عريضة الطلاق بالتراضي في جانبها الإجرائي والشكلي[1]، أي تلك المقررة بموجب نصي المادتين 428و429 من ق.إ.م.إ ، والتي بمقتضاهما يجب أن تكون العريضة موقعة من قبل الزوجين، وعلى القاضي أن يتأكد من وجوده، رغم أن المشرع الجزائري لم يبين الجزاء المترتب عن تخلف التوقيع.

وعمليا يتم توقيع العريضة في أسفلها بعد الإشارة إلى الطرف الموقع، كما يتم وضع بصمة إصبع السبابة الأيسر بجانب التوقيع، وفي بعض الأحيان يتم إغفال التوقيع ويتنبه به القاضي أثناء سير الدعوى، وأثناء حضور الطرف غير الموقع سواء في الجلسة العلنية أو أثناء جلسة الصلح، فيدعو الطرف غير الموقع إلى استدراك الأمر بتوقيعها واستكمال العريضة في جانبها الشكلي[2].

أما بخصوص الاجتهاد القضائي حول إغفال التوقيع، نجد أن المحكمة ذهبت في رأيها إلى أن عدم وجود التوقيع على العريضة، لا يترتب عنه أي جزاء، كون أن العبرة في التوقيع على محاضر الصلح وهو ما أقرته في القرار الصادر بتاريخ 2014/12/11 والذي جاء في تسبيبه" **لكن حيث أن قيام المحكمة بإجراء محاولة الصلح بين الطاعنة والمطعون ضده، وتحرير محضر بذلك يوم 2013/12/15 وتوقيع الطاعنة على ذلك المحضر مع المطعون ضده والقاضي وأمين الضبط، وإصرارها في ذلك المحضر وتمسكها بالطلاق بالتراضي، يغني عن توقيع عريضة الطلاق بالتراضي من قبل الطاعنة والمطعون ضدها، مادامت العريضة قدمت باسم محاميهما...**".[3]يتضح من خلال القرار أن الاجتهاد القضائي يعتبر التوقيع على العريضة مجرد شكل للتعبير عن إرادة الطرفين، والعبرة في التمسك بالطلاق بالتراضي هو الإرادة الصادرة من الطرفين وليس التوقيع.

إضافة إلى مراقبة التوقيع فانه على قاضي شؤون الأسرة مراقبة العريضة من حيث البيانات التي أوجبتها المادة 429 من ق.ا.م.ا التي نصت على" **يجب أن تتضمن العريضة الوحيدة ما يأتي:**

1- **بيان الجهة القضائية المرفوع أمامها الطلب.**
2- **اسم ولقب وجنسية كلا الزوجين وموطن وتاريخ ومكان ميلادهما.**
3- **تاريخ ومكان زواجهما، وعند الاقتضاء عدد الأولاد القصر.**

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص590.

2 بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة، الجزء الأول، العدد 4، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزائر، سنة 2009، ص355.

3 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، 132.

4- عرض موجزيتضمن جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول تو ابع الطلاق.

يجب ان يرفق مع العريضة، شهادة عائلية ومستخرج من عقد زواج المعنيين".

يتضح من خلال النص أنه جاء بصيغة الوجوب، إذ على قاضي شؤون الأسرة مراقبة مدى توفر العريضة على البيانات المقررة بموجب النص، والوجوبية لا تعني البطلان كما سبق تبيانه حول البطلان وما تبناه المشرع الجزائري في ذلك، ومنه يمكن القول أنه حالة إغفال أحد البيانات على القاضي منح فرصة للطرفين لتصحيح العريضة من الناحية الشكلية[1]، وإستدراك ما غفل فيها من بيانات.

وبالرجوع إلى البيانات يتضح أنه لها أهمية كبيرة، وتكمن في إعطاء صورة من حيث هوية الطرفين، والقانون الواجب التطبيق[2]، وتوضح للقاضي موجزا للحياة الزوجية ، أما بالنسبة لتحديد عدد الأولاد القصر والاتفاق الحاصل يمنح للقاضي صلاحية مراقبة مدى توافق الاتفاق الحاصل مع النظام العام ومصلحة الأولاد .

ثانيا: الاستماع إلى الزوجين أثناء محاولة الصلح.

قبل مباشرة قاضي شؤون الاستماع إلى الزوجين، فإنه يتعين عليه قبل ذلك التأكد من هوية الطرفين كونه إجراء جد مهم، كما سبق الإشارة إلية في كيفية سير جلسات الصلح، فبعد التأكد من الهوية يستمع القاضي للزوجين على إنفراد ثم مجتمعين، وفي الجانب العملي يتم الاستماع إلى الزوجين مجتمعين مباشرة، أي دون سماعهما منفردين، على أساس أن الطرفين متفقان ولا حاجة إلى الاستماع إليهما منفردين، ونرى أن هذه الطريقة مخالفة لأحكام نص المادة 431 ق.إ.م.إ ولا مجال لتطبيق السلطة التقديرية للقاضي في ذلك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن الاستماع إلى الزوجين مجتمعين مباشرة قد يؤدي إلى عدم التأكد من الإرادة في طلب الطلاق بالتراضي، خاصة أنه في بعض الأحيان يكون أحد الزوجين مرغما عليهأو وقع في غلط لتوقيع العريضة، ويؤدي حضور الزوجين ووجودهما معا أمام القاضي إلى عدم الإفصاح عن عدم رغبة أحد الأطراف أو عدم رضاه في طلب الطلاق.

1 بوضياف عادل، مرجع سابق،الجزء الاول، ص435.

2 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص587.

ونرى أن المشرع الجزائري بنصه على الاستماع إلى الزوجين في نص المادة 431 منق.إ.م.إ لم يكن على سبيل التكرار لنفس الإجراء المنصوص عليه في نص المادة 440 من نفس القانون، ذلك أن النصين يختلفان من حيث ترتيب المصطلحات ويترتب عليه اختلاف في الغرض المقصود، فنص المادة 440 من ق.إ.م.إ سبق مصطلح محاولة الصلح على الاستماع، كأن المشرع أراد أن يوضح أن الصلح يتم عن طريق الاستماع، بينما في نص المادة 431 من نفس القانون نص على إجراء الاستماع ثم تلاه بعبارة "**ويتأكد من رضائهما**" يفهم منه أن الاستماع إلى الزوجين الغرض منه التأكد من إرادة كل من الزوجين في الطلاق بالتراضي، ضف أن محاولة الصلح نص عليها المشرع كأخر إجراء.

وما يجدر الإشارة إليه أن المشرع جعل محاولة الصلح في الطلاق بالتراضي مسألة جوازيه للقاضي تستشف من نص المادة 431 من ق.إ.م.إ بنصها على" ... **ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا...**" وبالتالي للقاضي السلطة التقديرية في الصلح لا في الاستماع إلى الزوجين.

وما يمكن قوله في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، أن إجراء الاستماع للزوجين له دور مزدوج إن صح التعبير، إذ من خلاله يمكن للقاضي أن يتأكد من إرادة الزوجين في طلب الطلاق، كما له دور في محاولة الصلح بين الزوجين.

ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في التأكد من الإرادة.

يتمثل أساس الطلاق بالتراضي في الإرادة، إي أن تتجه إرادة الزوجين معا ومتحدة في إحداث الأثر المتمثل في حل الرابطة الزوجية، على قاضي شؤون الأسرة التأكد من سلامتها من العيوب، ويكمن دوره في البحث والتدقيق حول صدور التعبير عن إرادة واعية جديرة بالاعتبار[1]، كون العريضة الوحيدة لا تكفي لوحدها لإحداث الأثر، بل يجب التعبير عنها صراحة أمام القاضي أثناء الاستماع إلى الطرفين، ويجب أن تكون الإرادة معبرة على الاتفاق لإيقاع الطلاق بالتراضي، كما يجب أن لا تعتريها عوارض تؤثر على توجهاتها كالإكراه مثلا[2]، وهو ما أكده المشرع الجزائري في نص المادة 431 من ق.إ.م.إ بنصها على "**... ويتأكد من رضائهما...**".

فالمشرع الجزائري بنصه على التحقق من الإرادة، كان القصد منه حماية الطرف الذي تكون إرادته مشوبة بأحد العيوب، ويستغلها الطرف الأخر، وهو ما أثبته الجانب العملي، إذ في بعض الأحيان

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص134.

2 بن عزي هجيرة، مرجع سابق، ص44.

نجد دعاوى طلاق بالتراضي دون شروط، أو يتضمن شروط تضر بمصلحة الأولاد ويتم الاشتراط على التنازل على نفقة الأولاد، أو نجد مبلغ النفقة زهيد، كما يمكن أن يكتشف القاضي أثناء الاستماع إلى الزوجة إنها مكرهة على الطلاق بالتراضي.

وليس بالأمر الهين للقاضي التحقق من الإرادة إذ يصعب في أحيان كثيرة، لعدم الإفصاح عن الإكراه من طرف الزوج المكره، إذ الجانب العملي أثبت العديد من الأحكام الصادرة عن جهات قضائية مختلفة تصدر دون شروط، وهو ما يؤكد أن اللجوء إلى صورة الطلاق بالتراضي طريقة سهلة للتملص من تبعات حل الرابطة الزوجية، ويعتبر من أحد الأسباب التي أدت إلى ارتفاع نسبة الطلاق بالتراضي في الجزائر[1].

وما يفيد أن الإرادة أساس الطلاق بالتراضي بالإضافة إلى ما سبق، نص المادة 432 من ق.إ.م.إ والذي بمقتضاه لا تجيز صراحة تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه إختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير عن إرادته في الطلاق.

رابعا: دورقاضي شؤون الأسرة في محاولة الصلح.

سبق الإشارة إلى أن محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، تعتبر استثناء من حيث الإلزامية لقاضي شؤون الأسرة، ومنح المشرع الجزائري السلطة التقديرية في ذلك لقاضي شؤون الأسرة من حيث إجرائها و تحديد عدد الجلسات، ويستشف من نص المادة 431 من ق.إ.م.إ.

وذهب الباحثين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى القول أن محاولة قاضي شؤون الأسرة في إصلاح ذات البين بين الزوجين لا تعتبر محاولة صلح بمعناها الحقيقي بل تعتبر عقد صلح[2]، استنادا على الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/04/19[3] إعتبرت فيه المحكمة العليا الطلاق بالتراضي عقد صلح ينهي نزاعا قائما بين الطرفين ويكون دور القاضي مراقبة صحته،

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص261.

2 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص590.

3 بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، مرجع سابق، ص220،219.

وسلامته[1]، وأسست حكمها بناءا على أحكام المواد 459 و462 من ق.موتم إسقاطها على الحقوق والادعاءات في الطلاق بالتراضي[2].

إن الاستناد على القرار السابق الذكر لوحده في القول أن محاولة الصلح في الطلاق بالتراضي وإعتباره عقد صلح في غير محله، كون المحكمة العليا لم توفق في التسبيب والإسناد على قواعد الصلح المقررة في القانون المدني، للاختلاف الكبير في المفهوم القانوني والآثار المترتبة[3]، كما أن المحكمة العليا تراجعت في قرارها وتسبيبها للصلح في الطلاق بالتراضي، ويتجسد ذلك في القرار الصادر بتاريخ 2000/05/23[4] والذي كان مبنيا على نص المادة 48 من قانون الأسرة واستبعد نصوص القانون المدني، إذ جاء في القرار" **... من المقرر قانونا أن الطلاق بالتراضي هو إشهاد من المحكمة على رغبة الطرفين في الطلاق، لا يوصف بالابتدائية أو النهائية، ولا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير**".

في حين ذهب جانب أخر إلى نفس الاتجاه إلا أنه ميز بين محاولة الصلح في شقها المتعلق بالطلاق، وبين الشق المتعلق بالاتفاق، فالصلح الذي يقوم به القاضي من القصد منه إصلاح ذات البين بين الزوجين للعدول عن حل الرابطة الزوجية يكون في شكل محادثة[5]، بينما ما يتفق عليه الزوجان في الجانب المتعلق بالمسائل المادية المرتبطة بالطلاق يكون أمام عقد صلح، والذي يخضع لأحكام عقد الصلح المقررة في القانون المدني.

رغم أن المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية في إجراء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي، لا يمكن اعتبار ذلك تخلي منه عن إمكانية إصلاح ذات البين بين الطرفين، فالجانب العملي في أحيان عديدة توصل القاضي إلى الصلح ويتم تحرير محضر بذلك، كما أنه على القاضي تكرار محاولة الصلح إذا ما تبين له إمكانية عدول الزوجين عن قرار حل الرابطة الزوجية، وعليه أن يسعى لذلك وأن يبذل ما في وسعه للحفاظ على الكيان الأسري.

1 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص30.

2 بوزيد وردة، مرجع سابق، ص42.

3 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص31.

4قرار رقم 243943، بتاريخ 2000/05/23 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبيةعدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001، ص112.

5 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص252،251.

خامسا: دورقاضي شؤون الأسرة النظرفي الاتفاق.

في حالة فشل قاضي شؤون الأسرة الصلح بين الزوجين،فعليه بعد ذلك أن يباشر مع الزوجين بتفحص الاتفاق، والتحقق من مدى مراعاته لأحكام النظام العام، ومدى مراعاته لمصلحة الأولاد، كون أن دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي تتميز عن باقي الصور الأخرى لتضمنها شقين، الأول يتعلق بالرابطة الزوجية ، والثاني يتعلق بالاتفاق حول توابع حل الرابطة الزوجية.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وأحكام ق.إ.م.إ لاسيما نصوص المواد من 427 إلى 435، نجد المشرع الجزائري ينص على أن الاتفاق الذي يتم بين الزوجين، يجب تحديده في عريضة الدعوى، وأن يتضمن جميع الشروط حول توابع الطلاق، غير أن المشرع أغفل عن ذكر حالة الطلاق بالتراضي دون شروط، عكس ما أخذ به المشرع المغربي ضمن أحكام مدونة الأسرة، إذ نصت المادة 114 منه على" **يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال...**"، كما أن الجانب العملي نجد بعض دعاوى حال الرابطة الزوجية دون اتفاق أو شروط، وعلى هذا الأساس قسم الفقه الطلاق بالتراضي إلى نوعين[1]أو صورتين[2]

الصورة الأولى:أطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي المجرد؛ وهو الذي يلجأ إليه الزوجان للاتفاق على حل الرابطة الزوجية دون أن يعلقاه على شروط ويسند فيه الأمر لقاضي شؤون الأسرة لتحديد توابع حل الرابطة وفقا لأحكام قانون الأسرة والسلطة التقديرية للقاضي.

الصورة الثانية:أطلق عليه تسمية الطلاق بالتراضي المقيد؛ وهو والذي يتفق عليه الزوجان في حل الرابطة الزوجية، مع تقييده بشروط والتي يجب أن لا تتنافى مع النظام العام، ومصلحة الأولاد.

كلا النوعين أو الصورتين يخضعان لمراقبة قاضي شؤون الأسرة سوءا فيما تعلق بإنهاء الرابطة الزوجية أو الاتفاق.

وما يجب التنويه إليه أن المشرع الجزائري لم يورد عبارة النظام العام في أحكام المواد الإجرائية المتعلقة بالصلح، ونص عليها في أحكام الاتفاق على الطلاق بالتراضي[3]،و أثارت العبارة الكثير من

1 بن ناصر يوسف، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات مدونة الأسرة، مدينة الدخلة، المغرب، يوم10مارس 2004، ص40.

2 بن عزي هجيرة، مرجع سابق، ص13.

3 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص144.

التساؤلات حول القصد منها ضمن النص، ذلك أن مفهوم النظام العام واسع ومتغير، مما جعل بعض الباحثين في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يذهبون إلى القول أن المقصود هو مبادئ الشريعة الإسلامية[1].

وفي هذا الصدد لنا وجه نظر أخرى أن المقصود بالنظام العام في نص المادة 431 من ق.ا.م.ا هو قانون الأسرة، ذلك أن تفسير النص يجب أن يكون مرتبط بالنصوص ذات الصلة، فالمشرع نص في المادة 429 من ق.ا.م.ا في فقرتها الرابعة على"... **جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق**" ويتضح من النص أن الاتفاق يجب أن ينصب على توابع حل الرابطة الزوجية، والتي نجد الأحكام المنظمة لها ضمن نصوص قانون الأسرة، كونه يتضمن النصوص الموضوعية بالإضافة إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة.

ونتيجة لما سبق نرى أنه يجب تعديل النص حتى يستقيم من حيث القصد منه وذلك بإستبدال عبارة "**النظام العام**" بعبارة " **أحكام قانون الأسرة**"، وبالتالي ينسجم النص من حيث المضمون والهدف المقصود منه، كما ينسجم مع باقي النصوص الأخرى ذات الصلة، كما فعل المشرع المغربي في نص المادة 114 من مدونة الأسرة.

منح المشرع الجزائري الحرية للزوجين في صورة الطلاق بالتراضي، من حيث حل الرابطة الزوجية، ومن حيث وضح الشروط ضمن الاتفاق، ولا يمكن بأي حال اعتبار قاضي شؤون الأسرة مقيدا ولا يملك أي دور سوى المصادقة عليه، بل له دور ايجابي سوءا فيما تعلق بإنهاء الرابطة الزوجية من خلال محاولة الصلح والسعي إلى التوفيق بين الزوجين للعدول عن طلبهما، أو من حيث مراقبة الاتفاق كونه مقيد بقيدين متمثلان في عدم مخالفته للنظام العام، أو بعبارة أخرى عدم مخالفته لأحكام قانون الأسرة، وكذا عدم تعارضه مع مصلحة الأولاد.

بخصوص القيد الأول يتمثل في تلك الشروط التي تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، أو تلك التي أقرتهاأحكام الشريعة الإسلامية، سوءا تعلقت الشروط بحق الزوجين أوبأحد الحقوق المشتركة بينهما[2]، كأن يتفق الزوجان عدم التوارث بينهما بعد الطلاق أو يشترط الزوج على زوجته بعدم السفر إلابإذنه، أو غيرها من الشروط التي تتنافى مع أحكام الأسرة.

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق،ص592.

2 بن عزي هجيرة، مرجع سابق، ص47.

ويتمثل القيد الثاني في عدم تعارض الشروط مع مصلحة الأولاد، على قاضي شؤون الأسرة مراقبة وتفحص الشروط التي يجب أن لا تمس بحقوق الأولاد ومصالحهم، و يجب أن لا تكون محل مساومة من قبل الزوجين[1]، وعلى سبيل المثال وضع شرط عدم الإنفاق على الأولاد أو عدم زيارتهم أو غيرها من الشروط التي تضر بمصلحة الأولاد، والتي تعتبر شروط باطلة، ويتجلى دور القاضي في إلغائها أو تعديلها بما ويتلاءم مع مصلحة الأولاد.

كما يحدث وان يغفل الزوجان في الاتفاق على إسناد الحضانة أو النفقة، فهنا على القاضي التدخل من أجل البت فيها كونها تتعلق بمصلحة الأولاد، ويرجع تقديرها و تنظيمها إلى القاضي.

من خلال ما سبق يمكننا القول أن قاضي شؤون الأسرة في صورة الطلاق بالتراضي يضل محتفظا بدوره الايجابي[2] والفعال وله أن يسعى في محاولة الصلح إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين، كما له دور في مراقبة وتفحص الشروط المتفق عليها ومدى توافقها مع أحكام قانون الأسرة وعدم مخالفتها لمصلحة الأولاد.

المبحث الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الر ابطة الزوجية بطلب من الزوجة

أجاز المشرع الجزائري بموجب نص المادة 53 من ق.أ.ج للزوجة أن تطلب من القاضي حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، ومصدر ذلك الشريعة الإسلامية ويعتبر التطليق أحد الردود على منتقدي مشروعية الطلاق بيد الرجل في الإسلام[3]، فحق الطلاق مقرر لكلا الزوجين معا إذ يجوز للزوجة طلب حل الرابطة الزوجية من القاضي متى تيقنت من عدم إمكانية استمرار الحياة الزوجية مع زوجها[4].

ويعتبر التطليق من حقوق الزوجة فلها أن ترفع دعوى وتطالب فيها التطليق بناءا على أحد الأسباب الواردة في نص المادة 53 من ق.أ.ج، والذي يتضح منه أن المشرع الجزائري وسع من دائرة

1بن عزي هجيرة، مرجع سابق ، ص48.

2 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص332.

3 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص332.

4 بن شويتح الرشيد، مرجع سابق، ص179.

الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق وأصبحت عشرة أسباب بعدما كانت ستة أسباب في القانون 84-11 ويرجع السبب في ذلك محاولة المشرع التوفيق[1] بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بطلب من الزوجة، عملا بمبدأ المساواة في الطلاق حسب اتفاقية سيداو.

وفي هذا الصدد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة التكييف في مدى تأسيس السبب المدعم لطلب التطليق، وهو ما جاءت به أحكام المادة 451 من ق.إ.م.إ ، فللقاضي دور إيجابي في الخصومة القضائية، وأصبح يتمتع بسلطات من بينها التكييف القانوني، وهو غير مقيد بتكييف الخصوم، إذ عليه إعطاء التكييف القانوني الصحيح دون الإلتفاف إلى القواعد القانونية التي يرتكز عليها الخصوم وبذلك تتحقق الحماية القانونية[2]، دون الإغفال على إجراء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، كونه إجراء وجوبي وإلزامي وفقا لأحكام المادة 49 من ق.أ.ج.

وباستقراء الأسباب الواردة في نص المادة 53 من ق.أ.ج فهي ناشئة من الإخلال بالالتزامات الزوجية والعائلية، وكنتيجة حتمية ينشأ حق إرادي للزوجة في طلب التطليق[3]، ويصبح الحكم القضائي المصدر المباشر للحق والإخلال بالالتزام مصدر غير مباشر للحكم القضائي المنشئ للطلاق[4]، وهو ما نتناوله في المطلب الأول، كما يمكن للزوج أن يرتكب أفعال تسبب ضررا للزوجة أو يخالف الأحكام والشروط الاتفاقية التي بموجبها يحق للزوجة طلب التطليق وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لمخالفة الالتزامات الزوجية والعيوب.

الحياة الأسرية تترتب عليها حقوق والتزامات زوجية، وإخلال أحد الزوجين بالتزاماته سوف يؤدي حتما إلى الإضرار بكيان الأسرة، وإذا كان الإخلال من طرف الزوجة جاز للزوج أن يطلقها على اعتبار أن العصمة بيده، أما إذا تخلى الزوج عن القيام بواجباته والتزاماته الزوجية دون سبب شرعي، بامتناعه عن النفقة الزوجية، أو هجره لزوجه في المضجع أو غيبته لأهله،فهنا يكون للزوجة الحق في رفع أمرها للقاضي لأجل طلب التطليق لرفع الضرر وهو ما نتناوله في الفرع الأول، كما يمكن أن يكون

1 بوكايس سمية، مرجع سابق، ص 97.

2 لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع،مرجع سابق، ص332.

3 العربي بختي، مرجع سابق، ص100.

4 زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص120.

بالزوج عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو يرتكب جريمة تجعل من استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا وهو عنوان الفرع الثاني.

الفرع الأول

دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لمخالفة الالتزامات الزوجية

باستقراء نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري يتضح أن المشرع الجزائري أباح للزوجة طلب التطليق من القاضي إذا ما أخل الزوج بواجبه في الإنفاق (أولا) أو ما إذا هجرها (ثانيا)،أو غاب عنها (ثالثا).

أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لعدم الإنفاق.

أوجبت الشريعة الإسلامية على الزوج نفقة زوجته سواء كانت فقيرة أم غنية، وذلك بإجماع جمهور أهل العلم[1]، وهو الحكم الذي أخذ به المشرع الجزائري إذا جعل النفقة حق من الحقوق الزوجية، يثبت للزوجة بعقد الزواج الصحيح والدخول بها أو دعوتها إليه، وهو ما جاء به نص المادة 47 من ق.أ.ج وتسقط بالنشوز، وتنتهي بانتهاء العلاقة الزوجية[2].

وحددت نص المادة 48 من ق.أ.ج مشتملات النفقة إذ نصت على"**تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة**"، ومن خلال ما سبق يطرح التساؤل حول ما إذا امتنع الزوج عن أداء الالتزام بالنفقة المقررة شرعا وقانونا، وحق الزوجة في طلب التطليق؟، للإجابة على التساؤل يجدر بنا التطرق إلى ما جاء به الفقه الإسلامي.

1- التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي.

انقسم الفقه الإسلامي إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها، وأصحاب هذا الرائي هم الأحناف إذ لا يجيزون تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى ولو لم يكن له مال ظاهر[3]، واستدلوا بالعديد من الأدلة من القرآن والسنة من بينها قوله تعالى ﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ**

1 المصري مبروك، مرجع سابق، ص453.

2 منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2002،ص21.

3منصوري نورة، مرجع سابق، ص22،21.

مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾[1]

أما أصحاب الرأي الثاني: ذهب إليه المالكية، والشافعية والحنابلة فهم يجيزون التفريق للإعسار مطلقا[2]، وللزوجة أن تطلب التطليق من القاضي إذا امتنع الزوج عن الإنفاق وأمسكه لها مع الامتناع فهو ضرر بالغ بها[3]،واستدلوا بأدلة من القرآن والسنة من بينها قوله تعالى ﴿**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾[4] ووجهة الدلالة في الآية أنه ليس من الإمساك بمعروف إجبار الزوجة على العيش مع رجل ترك الإنفاق ولا يوفر شروط العيش.

بالإضافة إلى الرأيين السابقين هناك رأي يرجحهما وهو ما ذهب إليه ابن القيم إذا يرى أن أصول الشريعة وقواعدها تقتضي بأنه يجوز التفريق للإعسار في حالتين وهما: إذا ما غر الرجل بالمرأة بأنه ذو مال فتزوجته على ذلك فظهر لها معدوما لا شيء له، أو إذا كان ذا مال وترك الإنفاق[5].

والمشرع الجزائري أخذ بالرأي الذي يجيز التطليق بشروط نبينها فيما يلي .

2- شروط التطليق لعدم الإنفاق.

أ- شرط عدم الإنفاق بعد صدورحكم يوجبه.

اشترط المشرع الجزائري لقبول دعوى حل الزوجية عن طريق التطليق لعدم الإنفاق حسب الفقرة الأولى من نص المادة 53 من ق.أ.ج إرفاق نسخة من حكم يلزم الزوج بالإنفاق، وأثار هذا الشرط جدلا فقهيا، إذ يرى جانب من الفقه أنه لا ضرورة من الحكم، لأن النفقة واجبة في الأصل وبحكم الشرع والقانون[6]، وإثبات الامتناع بيد القاضي الفاصل في الدعوى ويتم ذلك عن طريق منح أجل للزوج

1 سورة الطلاق، الاية7.

2 المصري مبروك، مرجع سابق، ص287.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص274.

4 سورة البقرة ، الآية 229.

5 إبن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، حقق و أخرج أحاديثه وعلق عليها: شعيب الارنؤوط، عبد القادر الارنؤوط الجزء الخامس ،الطبعة السابعة والعشرون،مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان،سنة 1994، ص 465.

6 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص276..

بالإنفاق ويمتنع عنه عمدا بعد فوات الأجل الممنوح[1]، ويتم إثبات عدم الإنفاق بكل الطرق لمدة معقولة[2]، وبعد ذلك يمكن للقاضي التفريق بين الزوجين.

واعتبر الاتجاه السابق عبارة"**بعد صدور حكم يوجبه**" لا حاجة منها وعلى المشرع حذفها من النص حتى يستقيم التعبير والمفهوم[3]، و اشتراط الحكم استهلاك للجهد والوقت والمال بشكل غير مرغوب فيه، يجعل من الزوجة تتراجع عن حقها في التطليق لعدم الإنفاق[4]، ويستند أصحاب هذا الرأي على ما أخذت به المحكمة العليا في بعض القرارات واستنادها على أن شرط وجود حكم يقضي بإلزام الزوج بالنفقة ليس وجوبيا، كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2000/07/18[5]،

وما يثير التساؤل أيضا مصطلح" الحكم" فهل قصد به المشرع المفهوم الفقهي الواسع الذي يشمل كل من الحكم والقرار والأمر، أم أن المقصود به الحكم بمفهومه القانوني أي الحكم الذي تصدر المحكمة باعتبارها جهة قضائية ابتدائية.

حسب رأينا فان المقصود بالحكم في النص هو المفهوم الفقهي فقد يكون أمرا أو حكما أو قرار، فالمهم في نظر المشرع أن يكون الحكم به التزام للزوج بدفع النفقة و يمتنع عن دفعها، وهذا ما جعل أصحاب الرأي الثاني من الفقه إلى القول أنه يجب على الزوجة أن ترفع قبل دعوى حل الرابطة الزوجية دعوى مستقلة تطالب فيها بإلزام الزوج بالإنفاق، ويصدر فيها حكم يلزمه بذلك، بل ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك واعتبروا الحكم لوحده غير كاف بل يجب على الزوجة أن تسعى إلى تنفيذ الحكم ويمتنع الزوج عن تنفيذ الالتزام المتجسد في الإنفاق، حينها فقط يمكن إعتبار الزوج متعمدا على عدم الإنفاق[6]، وفي هذه الحالة فقط يتم الاستجابة لطلبها.

1 بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص189.

2 قويدري خيرة، **حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص19.

3 المصري مبروك، مرجع سابق،ص 297.

4 عبد الله عابدي، حق الزوجة في التطليق لعدم الإنفاق، مجلة المعيار، العدد الثاني، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، ديسمبر 2010، ص231.

5قويدري خيرة، مرجع سابق، ص19.

6 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص276.

أما بخصوص موقفنا اتجاه الرأيين فإننا نساند أصحاب الرأي الثاني، كون المشرع الجزائري بإدراجه شرط وجود حكم يقضي بإلزام الزوج بالنفقة هو التأكد من استحقاق النفقة[1]، والامتناع عن الإنفاق بعد صدور الحكم هو المبرر لطلب التطليق، وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا في في القرار الصادر بتاريخ 1995/05/08 [2] الذي جاء في مبدئه "**لايمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم الإنفاق ، إلا إذا صدرحكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك**".

وما يجدر بنا الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة زمنية التي تمنح للزوج بعد صدور الحكم والامتناع عن الإنفاق و رفع الدعوى[3]، مما جعل الفقه يختلف حول المدة الزمنية، فهناك من يرى أنه على قاضي شؤون الأسرة منح الزوج مهلة شهرين قياسا[4]وإستنتاجا[5]من نص المادة 331 من ق.ع.ج[6]،وسايرت المحكمة العليا هذا الاتجاه غير أنه لم يستند على نص المادة 331 من ق.ع.ج بل على الفقه الإسلامي وهو ما يتجلى في القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19[7] والذي جاء فيه " **متى كان من المقررفقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على الشهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه "ابن عاصم" بقوله الزوج أن عجزعن الإنفاق في أجل شهرين أستحق بعدها الطلاق ، وأن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية**".

من خلال ما سبق يتضح أن كل من الفقه القانوني والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا قد اختلف، سواء من حيث اشتراط حكم سابق بقضي بالنفقة، أو من حيث المدة التي يجب على القاضي

---

1 احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص114.

2سايس جمال، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص461.

3 منصوري نورة، مرجع سابق، ص29.

4 مرجع نفسه، ص 29. ايضا:بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق، ص157. ،

5 شامي أحمد، الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري، مجلة المعيار، مجلد 6 ، العدد الأول، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2015، ص271.

6تنص المادة 331 من قانون العقوبات فقرة اولى على "**يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 300.000 دج كل من امتنع عمدا، ولمدة تتجاوز الشهرين (2) عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدورحكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم**".

7 قرار رقم 34791 بتاريخ 1984/11/19، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، المجلس الأعلى، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر والنشر للمحكمة العليا الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 3 سنة 1989، ص76.

مراعاتها حتى يمكن معه القول أن الزوج امتنع عن الإنفاق، ويرجع السبب في ذلك إلى عدم صياغة النص بالأسلوب الذي يفي بالغرض ويرفع اللبس.

وعن موقفنا اتجاه ذلك نرى أن المشرع الجزائري في إدراجه لشرط وجود حكم يقضي بالنفقة قصد منه إثبات عدم الإنفاق، رغم أن النص أغفل عنصر العمد الذي يكون بعدم تنفيذ الحكم القاضي بالنفقة، أما بخصوص المدة التي يجب مراعاتها نراها ممنوحة بموجب إجراءات التنفيذ، وبالتالي فالحكم القضائي الملزم بالإنفاق وإتباع إجراءات تنفيذه وتحرير محضر امتناع يحقق شروط تتمثل في:

- إثبات استحقاق النفقة.
- أن الزوج منحت له مدة للإنفاق بموجب إجراءات التنفيذ.
- إثبات الامتناع بموجب محضر عدم تنفيذ المحرر من قبل المحضر القضائي.

ب- شرط أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج وقت الزواج.

وهو شرط أخر اقره المشرع الجزائري بموجب نص المادة 53 من ق.ا.ج في فقرتها الأولى، إذ على قاضي شؤون الأسرة التحقق منه، ويفهم من النص بمفهوم المخالفة انه لا يحق للزوجة المطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق إذا كانت تعلم أن زوجها معسر، وبإدراج المشرع الجزائري هذا الشرط يكون قد ساير ما اخذ به الفقه الإسلامي في المذهب المالكي، الذي يشترط أن لا تكون الزوجة عالمة بإعساره، فان كانت عالمة بإعساره ورضيت به فلا يحق لها طلب التطليق[1].

وذهب الباحثين في قانون الأسرة في تفسير النص انه يحق أيضا للزوجة المطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق إذا طرأ العسر أثناء العشرة الزوجية[2]، ويقع عبئ إثبات علم الزوجة بالعسر أثناء الزواج على عاتق الزوج ويكون بكافة وسائل الإثبات[3]، بالإضافة انه يمكن للزوجة أن تثبت ذلك حالة تغرير الزوج أثناء العقد، إذا ما تظاهر بالغنى أثناء الزواج والحال انه فقير، وان عسره جاء بعد الزواج وتعمد الزوج في ذلك كان يمتنع عن العمل مثلا.

1 المصري مبروك، مرجع سابق،ص295.

2 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص20.

3بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص277.

بعد أن تطرقنا إلى الشرطين السابقين، يتبادر إلى الذهن تساؤل حول دور القاضي في الفصل في طلب الزوجة بالتطليق، حال ما إذا توفر الشرطين السابقين، فهل يستجيب لطلبها ويقضي بالتطليق لعدم الإنفاق أم أن له دور ايجابي أثناء محاولة الصلح.

3- دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى التطليق لعدم الإنفاق.

نصت المادة 49 من ق.أ .ج على إلزامية الصلح في جميع صور دعاوى حل الرابطة الزوجية بما فيها دعوى التطليق لعدم، ومنه يمكن القول أن لقاضي شؤون الأسرة دور ايجابي أثناء محاولة الصلح، وقبل الخوض في ذلك تجدر بنا الإشارة إلى أن نص المادة 53 من ق.أ.ج لم تفصل في العديد من المسائل، إذ لم تفرق بين حالة الزوج الممتنع عن الإنفاق مع يسرة، وحالة الزوج الممتنع مع عسره وعدم قدرته، كما أنها لم تنص على حالة وجود متبرع بالنفقة.

وأمام هذا النقص يمكننا القول انه على قاضي شؤون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تجيز التطليق لعدم الإنفاق، وهنا يتجلى الدور الكبير لقاضي شؤون الأسرة، بالإضافة إلى دوره في التحقق من الشرطين السابقين، فله دور في التحقق من الإنفاق، وهو ليس بالأمر الهين كما يعتقد البعض، بل يصعب في بعض الأحيان معرفة الحقيقة[1]، فقد يحدث أن يقدم الزوج ما يثبت دفع النفقة في حساب الزوجة، لكن الوصولات وحدها غير كافية لإثبات الإنفاق، بل يجب إثبات أن مبالغ النفقة تم دفعها فعلا في حساب الزوجة، وان الزوجة سحبت المبالغ، وما يعزز ذلك أن الجانب العملي كشف عن الكثير من الحالات التي يرسل الزوج النفقة، لكن الزوجة لم تتمكن منها، لسحبها من قبل أشخاص لهم علاقة بالزوجة ودون علمها، كأب الزوجة مثلا[2]، ففي مثل هذه الحالات على القاضي توضيح الأمر للزوجة بان الزوج لم يقصر في واجباته ويحاول معرفة الحقيقة بكل الطرق المتاحة، و له أن يحاول أن يصلح بين الزوجين وتقريب وجهات النظر بان الأمر لا يشكل تقصير من الزوج، ويحاول إقناع الزوجة بالتراجع عن طلبها.

1غضبان مبروكة، **النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي**، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص45.

2 بمناسبة معالجة ملف بالمكتب في احد القضايا المطروحة لدعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق لعدم الإنفاق في حق الزوج الذي اثبت انه كان يدفع مبالغ النفقة المحكوم بها بموجب حكم يلزمه بإرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية مع نفقة، وكان يدفع المبالغ في حساب بريدي للزوجة وتبين أثناء سير الدعوى أن والد الزوجة كان يسحبها دون علمها.

وفي المقابل أثبت الجانب العملي كثيرا ما يحاول الأزواج تبرير عدم الإنفاق للإعسار بتقديم شهادات تثبت بأنه دون عمل، أو أن دخله معدوم أو انه في حالة احتياج، ففي كل الأحوال الزوج ملزم بالنفقة على زوجته وأولاده ولا يؤخذ بالشهادات السالفة الذكر كذريعة لعدم الإنفاق، وذلك مراعاة لمصلحة الزوجة والأولاد[1]، وهو ما جرى عليه العمل القضائي، كما أن هذا لا يعفي قاضي شؤون الأسرة من محاولة إقناع الزوج بالعمل من أجل توفير النفقة للزوجة والأولاد إن وجدو، كما له أن يسعى إلى إقناع الزوجة بمرعاه ظروف الزوج إذا كان معسرا مصداقا لقوله تعالى﴿**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ ۖ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ**﴾[2]

ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للهجر.

نص المشرع الجزائري في نص المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها 3 على" **الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر**" من خلال النص يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن ترفع دعوى حل الرابطة الزوجية إذا ما هجرها الزوج في المضجع لمد تزيد عن أربعة أشهر.

ويقصد بالهجر في المضجع بأن يمتنع الزوج المبيت مع زوجته في الفراش[3]، وأن يدير ظهره لها وعدم مجامعتها ومعاشرتها معاشرة الأزواج، كونه حق من الحقوق الزوجية بأن يعاشر الزوج زوجته بمجامعتها.

ويرجع مصدر حق الزوجة في طلب التفريق للهجر في المضجع الشريعة الإسلامية التي جاءت بالتفصيل في الهجر وتبيان أحكامه، فالمشرع الجزائري جاء في النص بصيغة العموم ولم يوضح كافة الشروط والأحكام الخاصة به، فعلى قاضي شؤون الأسرة أن يتأكد من الشروط المنصوص ضمن قانون الأسرة،بالإضافة إلى بقية الشروط والأحكام الخاصة بالهجر في المضجع المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية.

1- شروط التطليق للهجر في المضجع وفقا للتشريع الجز ائري.

وتتمثل هذه الشروط في شرطين:

1 غضبان مبروكة، مرجع سابق، ص45.

2 سورة البقرة ، الآية 208.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق،ض 288.

أ- أن يكون الهجر في المضجع عمدا ومقصودا.

جاءت صياغة نص الفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أ.ج بالنص على "الهجر في المضجع" والتي نجدها مستوحاة من القران الكريم بقوله تعالى﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**﴾[1].

وفي تفسير الآية[2] أن الهجر يتحقق بأن لا يضاجع الزوج زوجته ويوليها ظهره ولا يجامعها، والخطاب موجه للأزواج الذين يعانون ظاهرة نشوز زوجاتهن بإعراضهن وتكبرهن عليهم وعدم طاعتهم في الحقوق الشرعية، وهو طريقة أو وسيلة لتأديب الزوجة ولا يحق للزوج الإساءة في استعمال حقه في التأديب عن طريق الهجر في المضجع بان تزيد مدته عن أربعة أشهر، وإلا أصبح للزوجة الحق في طلب التطليق.

أن يكون الهجر عمديا، أي أن يكون الهجر مقصودا لذاته ولا يوجد ما يبرره من الناحية الشرعية والقانونية[3]، كأن يكون الزوج مسافرا أو يقوم بوظيفة بعيدة عن مسكن الزوجية، أو مريض بالمستشفى، أو أي سبب أخر مقبول، رغم أن المشرع لم ينص صراحة على العمد والقصد في المهجر، ونرى أن الهجر الذي قصده المشرع الجزائري هو الهجر في المضجع لحد ذاته أي أن يمتنع الزوج معاشرة الزوجة معاشرة الأزواج، بالإعراض عنها وعدم قربانه، دون أن يكون له مبرر.

على قاضي شؤون الأسرة التأكد من واقعة الهجر، وما يميز دعوى التطليق للهجر في المضجع هو صعوبة الإثبات كونها تتعلق بأسرار الزوجية وحساسية هذه الصورة، وهو ما جعل اللجوء إليها نادرا إذ لم نصادف أي اجتهاد قضائي منشور عالج صراحة موضوع التطليق للهجر[4]، كما أن الجانب العملي لم نجد أي حكم في حدود ممارستنا العملية وفي حدود المقابلات، والسبب في ذلك يرجع إلى صعوبة الإثبات كسبب رئيسي والى أسباب أخرى تتعلق بطبيعة المرأة الجزائرية وحاجز الحياء الذي

1 سورة النساء، الآية 34.

2 ابي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تاويل آي القرآن، هذبه وحققه وضبط نصه وعلق عليه بشار عواد معروف عصام فارس الحرشاني، المجلد الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان،سنة 1994،

3بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق،ص 288.

4 باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص48.

يمنعها من طلب التطليق لسبب الهجر في المضجع كأساس وحيد لحل الرابطة الزوجية رغم حقها في ذلك[1]، بالإضافة إلى أن قاضي شؤون الأسرة ليس له البحث عن الضرر الناتج بسبب الهجر في المضجع، أو عن نية الزوج الإضرار، كون أن المشرع الجزائري إعتبر عنصر الضرر متوفر متى تحقق شرط الهجر وشرط تجاوز المدة أربعة أشهر.

ب- أن يتجاوز الهجر أربعة أشهر.

إشترط المشرع الجزائري في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للهجر في المضجع مدة زمنية للهجر محددة في نص الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج بأربعة أشهر، ويرجع أصل هذه المدة إلى الشريعة الإسلامية، والتي فيها قصة إذ أن عمر ابن الخطاب ﷺ سمع امرأة تقول شعرا في غياب زوجها في سبيل الله، وبعد أن دخل على ابنته حفصة سألها عن كم تصبر المرأة على زوجا وقدرت بأربعة أشهر[2]. وجاء في قوله تعالى ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾.

ويكمن دور قاضي شؤون الأسرة في التحقق من مرور مدة أربعة أشهر والتي يبدأ تاريخ سريانها من تاريخ الهجر إلى غاية المطالبة القضائية بقيد الدعوى، ويستشف ذلك من نص المادة، فيجب أن تفوق المدة أربعة أشهر ولو بيوم واحد، وان لا يقع أي اتصال بينهما خلال المدة[3]، إي بمفهوم أخر أن تكون المدة غير متقطعة، وأثير تساؤل في مدى إمكانية منح قاضي شؤون الأسرة مدة للزوج حتى يعاشر زوجته، أم أنه يقضي بالتطليق لمجرد توفر الشروط المنصوص عنها؟.

وللإجابة على التساؤل، إذا ما أخذنا بظاهر النص فإنه على قاضي شؤون الأسرة أن يحكم بالتطليق بمجرد توفر الشروط، على الوجه الذي سبق تبيانه، دون أن يمنح أجلا للزوج، كون انه بمرور المدة يتحقق الضرر، وهو الصحيح في المذهب المالكي، أن يطلق القاضي دون ضرب الأجل[4] ، ويتضح أن المشرع الجزائري يتفق مع المذهب المالكي بعدم ذكره هذا الحكم أو الشرط[5].

1 ايت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص194.

2 الامام ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي(701 774هـ)،تفسير القران العظيم ، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 2000، ص284.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق،ص 289.

4 المصري مبروك، مرجع سابق، ص327.

5 عبد الله عابدي، **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، سنة2006، ص82.

أما إذا ما أخذنا بروح النص ومقاربته بنص المادة 49 من ق.أ.ج على القاضي أن يسعى إلى الصلح ولو توفرت كافة شروط التطليق للهجر في المضجع، وله أن يحاول مع الزوج إقناعه بالمعاشرة الزوجية على الفراش كونه حق من حقوق الزوجية، وهنا يكمن الدور الايجابي للقاضي للحد من دعوى حل الرابطة الزوجية، من خلال السلطات الممنوحة له أثناء جلسة الصلح، وله أن يمنح الزوجين أجلا من أجل إصلاح ذات البين والمعاشرة، وله أن يحدد تاريخ جلسة أخر لمحاولة الصلح، فإذا ما تبين له أنه تم المعاشرة والصلح، فله أن يحرر محضر بذلك، أما إذا ما لم يقم الزوج بالمعاشرة بسبب منه فله في هذه الحالة أن يحكم بالتطليق للهجر متى توفرت شروطه وتمسكت به الزوجة.

2- الهجر في المضجع في الشريعة الإسلامية.

أعاب فقهاء قانون الأسرة على المشرع الجزائري بعدم نصه على الإيلاء والظهار، ووجه له النقد بأن التطليق للهجر في المضجع يختلف عنه في الإيلاء والظهار من حيث الأحكام، وجاء في قولهم أن المشرع الجزائري تكلم عن الفرع وترك الأصل[1]، عكس ما جاء به المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 112 منه إذ نصت على "**إذا ألى الزوج عن زوجته أو هجرها فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجلها أربعة أشهر، فان لم يفئ بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة**"وبتفحص النص فان المشرع المغربي جمع بين الهجر دون شرط اليمين والهجر المقترن باليمين.

ويقصد بالايلاء الحلف بالله أو بصفة من صفاته على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا[2]، والأصل في الايلاء قوله تعالى ﴿ **لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ۖ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾ .

أما الظهار يقصد به تشبيه الرجل امرأته بعضو يحرم النظر إليه من أمه، أو من غيرها ممن تحرم عليه على التأبيد، قاصدا حرمانها من متعة الزوجية أبدا[3] وأصل الظهار قوله تعالى﴿ **قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ (1)الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُو غَفُورٌ (2)وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (3)فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ**

1 المصري مبروك، مرجع سابق، ص342.

2 ابو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص342.

3 المصري مبروك، مرجع سابق، ص325.

مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾[1]

وعلى عكس الرأي الأول يرى أصحاب الرأي الثاني أن المشرع الجزائري أهمل الايلاء واستبعده عن قصد حتى يضيق من نسبة الطلاق في المجتمع[2]، بل أعتبر انه رأي صائب ويجد أصله في الفقه الإسلامي، الذي اعتبره بدعة تأخذ حكم الحلف بالطلاق والطلاق بثلاث بلفظ واحد[3].

بينما يذهب جانب أخر إلى القول انه لا فائدة أصلا من التنصيص على صورة التطليق للهجر[4]، ومرد ذلك أن الجانب العملي توجد ندرة لدعاوى حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق للهجر في المضجع، كما أن المحكمة العليا في تسبيبها للقرارات تعتبره من حالات الضرر، وبالتالي فليس له أي أهمية في الجانب العملي، وتظهر أهميته في الجانب النظري فقط.

وأمام هذه الآراء الفقهية فإننا نميل إلى الرأي الأخير الذي يدعو إلى إلغاء الفقرة الثالثة من نص المادة 53 من ق.أ.ج، التي نراها ولدت ميتة، للأسباب التي سبق تبينها، وكذا الجانب العملي لم يثبت وجود دعاوى للتطليق للهجر، كما أن لقاضي شؤون الأسرة السلطة التقديرية في تقدير الضرر ومنحه المشرع سلطة تكييف الوقائع كما سبق الإشارة إليه، وأجاز له القانون اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات وبالتالي المشرع الجزائري خفف عبئ الإثبات على الأطراف[5]،و يتم الاكتفاء بنص الفقرة 10 من نفس المادة، ضف أن بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري لم يفرد أي مادة قانونية مستقلة بالهجر في المضجع وأعتبره حالة من حالات الضرر.

ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للغيبة والفقدان.

نص المشرع الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج على "**التطليق للغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**" ويستشف من النص أن المشرع الجزائري أخذ بالغيبة كسبب من الأسباب التي يحق للزوجة المطالبة بالتطليق، مسايرا لما أخذت به جل التشريعات العربية كالتشريع

1 سورة المجادلة، الآية 1 -4.

2 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986، ص280.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق،ص 288.

4 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 91،92.

5 بن حليمة يمينة، **خصوصية التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة-دراسة مقارنة-** مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الاجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، السنة الجامعية، 2011-2012، ص176.

المصري في المادة 12 من القانون رقم 25 لسنة 1925، وكذا التشريع المغربي في نص المادة 104 و105 من مدونة الأسرة المغربية، ويرجع الأصل إلى الفقه الإسلامي إذ أخذ به المالكية والحنابلة[1] الذين أجازوا التطليق لغياب الزوج لمدة طويلة.

ونجد أيضا نص المادة 112 من نفس القانون تحيل إلى نص الفقرة 5 من المادة 53 من ق.أ.ج في حق الزوجة في طلب التطليق لغياب الزوج التي نصت على" **لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"**، ويتضح من خلال النصين أن المشرع أخذ بالغيبة والفقد كسبب من الأسباب التي يحق للزوجة رفع دعوى حل الرابطة الزوجية.

من خلال استقراء نص الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج يتضح أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا يجب أن تتوفر في دعوى التطليق بسبب الغيبة والفقد، غير أنه قبل الحديث عن هذه الشروط وجب علينا أن نوضح المقصود بالغائب والمفقود.

1- مفهوم الغائب والمفقود.

عرفته المادة 110 من ق.أ.ج بقولها" **الغائب الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود**".

أما المفقود فقد عرفته المادة 109 من ق.أ.ج بنصها على" **المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته من موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم**".

ومن خلال النصين يتضح أن المشرع الجزائري فرق بين الغائب والمفقود، فالغائب هو الشخص الذي غاب عن أهله وبلده ومنعته جبرا قوة قاهرة وهي الحادث الذي يستحيل دفعه وغير ممكن التوقع، وسبب غيابه ضررا، وبالنسبة للحياة الزوجية فإن غياب الزوج يسبب ضرر للزوجة فهو يفوت عنها أغراض الزواج ومقاصده.

أما المفقود فهو الشخص الذي غاب ولا يعرف مكانه ولا حياته من موته ولا يمكن إعتبار الشخص مفقودا إلا إذا صدر حكم يقضي بفقده طبقا لأحكام المادة 109 من ق.أ.ج، والفقد بدوره يسبب ضررا للزوجة ويفوت عنها أغراض الزواج ومقاصده، وحتى يمكن الاستجابة لطلب الزوجة في دعوى التطليق للفقدان والغيبة توفر شروط وهو ما نتناوله.

1 قويدري خيرة، مرجع سابق، 71،72.

2-شروط التطليق للغيبة والفقدان

أ- أن يغيب الزوج سنة فأكثر.

حدد المشرع الجزائري مدة من الزمن حتى يمكن للزوجة رفع الدعوى وهي مدة سنة، ويرجع أصلها إلى الفقه المالكي الذي حدده من سنة إلى ثلاث سنوات[1]، وهي نفس المدة التي أخذت بها جل التشريعات العربية،ويقصد بالسنة السنة الميلادية ويبدأ حساب مدة السنة من تاريخ الغياب إلى غاية رفع دعوى التطليق، ويجب إن تزيد المدة عن سنة ولو بيوم واحد، وإلا أعتبر هذا الشرط غير متوفر، كما يجب أن تكون الغيبة مستمرة غير متقطعة، أما إذا كان الشخص مفقودا فان مدة السنة تسري من تاريخ الحكم بالفقد[2].

ولم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالغيبة فهل يقصد بها أن يكون الزوج بنفس البلد أم خارجه، وهذا الأمر جعل من الباحثين في قانون الأسرة القول أن المقصود بالغيبة هو وجود الزوج في بلد غير البلد الذي يتواجد فيه مسكن الزوجية[3]، خاصة أن المشرع استعمل مصطلح "**محل الإقامة**"، وفي كل الأحوال نه على قاضي شؤون الأسرة البحث والتحري عن المدة وأسباب الغيبة من خلال سلطته التقديرية والمكنة التي منحها إياه المشرع الجزائري بواسطة وسائل الإثبات المقررة قانونا.

ب- أن تكون الغيبة بدون عذر.

أضاف المشرع الجزائري هذا الشرط وأصله أيضا الفقه الإسلامي، والذي أخذ به المذهب الحنبلي دون المذهب المالكي الذي لا يفرق بين الغيبة بعذر والغيبة بدون عذر[4]، وبوضع المشرع الجزائري لهذا الشرط جعل بعض الباحثين إلى القول أن المشرع الجزائري لفق بين المذهبين المالكي

1الشرح الكبير لأبي البركات احمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، هامشه وتقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش ، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، ص431،430.

2 نجية زينوني، **دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجز ائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون**، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، تاريخ المناقشة 2000/07/08، ص40.

3بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الاول، الزواج والطلاق، ص300.

4وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص66.

والحنبلي وأخذ بأصعب الشرطين[1]، وسبب ذلك اتجاه إرادة المشرع إلى التضييق من أسباب التطليق وهو أمر مستحسن[2].

وفي الوقت نفسه أعاب الباحثين التناقض[3] بين أحكام نصوص المواد الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج والمواد 109 و110 و112 من نفس القانون، ويكمن وجه التناقض في أن المادة 53 أعطت الحق للزوجة في طلب التطليق لغياب الزوج دون عذر، وفي نفس الوقت أعطت لها الحق في طلب التطليق بناءا على نص المادة 112 الذي اعتبر الغائب كالمفقود طبقا لنص المادة 110 الذي اعتبر الغائب الذي منعته ظروف قاهرة وتعتبر هذه الأخيرة عذر مقبول.

ونحن بدورنا نساند هذا الرأي، وعليه فإنه يجدر بالمشرع الجزائري حذف مصطلح "**أو الغائب**" من نص المادة 112 حتى تستقيم النصوص القانونية وتتجانس مع بعضها البعض.

وفي كل الأحوال لقاضي شؤون الأسرة دور في التأكد من سبب غياب الزوج ، كأن يكون من أجل الدراسة أو العمل أو لسبب قاهر كعدم إمكانية رجوعه إلى البلد الذي يقيم فيه لأحد الأسباب كتوقف وسائل النقل مثل ما حدث في الآونة الأخيرة بسبب تفشي الوباء، فإن مثل هذه الأسباب تعد عذرا مقبولا لا يمكن معه الاستجابة إلى طلب الزوجة بالتطليق.

ولم يعرف المشرع الجزائري المقصود "**بالعذر**"، كما أن الفقهاء لم يحددوا الأعذار الشرعية على سبيل الحصر، عكس ما جاء به المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية وأعطى أمثلة عن الأعذار كطلب العلم أو التجارة أو انقطاع المواصلات[4]، وأمام عدم تعريف أو توضيح من المشرع الجزائري للعذر نرى أن الأمر موكول لقاضي شؤون الأسرة في تحديد الأعذار والذي يمكن استخلاصه من ملف الدعوى، ويقع إثبات عدم وجود العذر على عاتق الزوجة ولو عن طريق الرد على الحجج المقدمة من الزوج[5]، كأن يحتج الزوج بوجوده بالخارج من أجل العمل، وترد الزوجة بأنه كان عاملا أو موظفا قبل غيابه، فيعتبر في هذه الحالة غياب الزوج غير مبرر.

---

1 قويدري خيرة مرجع سابق، ص80.

2 المصري مبروك، مرجع سابق، ص359.

3قويدري خيرة مرجع سابق، ص80.

4أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثرهما، مرجع سابق، ص331.

5 مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وأثاره، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، ليبيا، سنة 2006، ص85.

ج- أن تكون الغيبة دون نفقة.

لا يكفي توفر الشرطين السابقين للحكم بالتطليق بسبب الغيبة، بل يجب أن يتوفر شرط عدم الإنفاق حسب نص الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج والتي نصت على " **الغيبة بدون عذر ولا نفقة**" ، وما يجدر بنا الإشارة إليه قبل التفصيل في هذا الشرط، هو اختلاف صياغة النص باللغة العربية والفرنسية، وما أثاره من جدل، كون أن النص باللغة الفرنسية نص **على " sans excuse ou sans pension d'entretien**" وترجمته "**بدون عذر أو نفقة**" ويظهر وجه الاختلاف أن النص باللغة الفرنسية إشترط أن تكون الغيبة بدون عذر أو تكون الغيبة بدون نفقة، وأثير التساؤل حول أي النصين يعتمده القاضي[1].

وحسب وجه نظرنا فانه لا يوجد مبرر أصلا في الاعتماد على النص باللغة الفرنسية، كونه مجرد ترجمة لا غير، ولا يمكن اعتباره نص أصلي ومقارنته بالنص باللغة العربية، ولا يمكن اعتبار نص اللغة الفرنسية مصدرا لتفسير النص الصادر باللغة العربية.

أما بخصوص الشرط فإنه على القاضي أن يتحرى من توفر شرط عدم الإنفاق، ويكون ذلك بكل السبل المتاحة لتعلقها بواقعة مادية[2]، وأثير تساؤل حول إمكانية منح قاضي شؤون الأسرة أجل للزوج إذا ما علم مكان تواجده للالتحاق بمكان الزوجية .

للإجابة على التساؤل استنادا على النص فإن المشرع الجزائري لم ينص على منح أجل للزوج، على خلاف بعض التشريعات العربية كالتشريع المغربي في نص المادة 104 من مدونة الأسرة المغربية، والذي يرجع أصله إلى الفقه الإسلامي بل اعتبره شرط ويكون الإرسال إلى الزوج إن علم محله وأمكن الوصول إليه.[3]

وحسب رأينا فان المشرع الجزائري بعدم نصه على منح الزوج أجل كان قاصدا ذلك، كونه حدد الشروط التي سبق شرحها والمتمثلة في الغيبة ولمدة سنة وبدون عذر ولا نفقة، فهذه الشروط لوحدها كافية لتحقق الضرر ولا مجال لمنح الزوج مدة زمنية، بالإضافة إلى أن الشروط التي أدرجها المشرع يصعب إثباتها من الناحية العملية، فلا يمكن إرهاق الزوجة أكثر ومنح أجل يضاف إلى مدة الغيبة.

1 كريمة محروق، مرجع سابق، ص85.

2 لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص230،229.

3 حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ص431.

الفرع الثاني

التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والحكم على الزوج بجريمة

يمكن أن يصاب الزوج بمرض يحول دون التحقيق من الهدف المنشود من الزواج وقد يكون مستعصيا ولا يمكن الشفاء منه، ولهذا السبب يمكن للزوجة المطالبة بحل الرابطة الزوجية وهو ما نتناوله أولا، كما يمكن أن يرتكب الزوج فعلا مجرم قانونا ويتم متابعته والحكم عليه مما يعكر صفوة الحياة الزوجية ويصل الحد إلى استحالة مواصلة العشرة الزوجية فيتولد عنها حق للزوجة للمطالبة بحل الرابطة الزوجية وهم ما نتناوله ثانيا.

أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للعيوب.

نصت المادة 4 من ق.أ.ج على" **الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**" ويتضح من خلال النص أن المشرع ذكر على سبيل المثال أهداف الزواج وهو تكوين أسرة والتي يكون أساسها المودة والرحمة والسكينة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وبالتالي فإن أي عيب في الزوج يحول دون تحقيق ما تم ذكره أو غيرها من ألوان التمتع الزوجي[1] يخول للزوجة حق المطالبة بالتطليق.

ونجد حق الزوجة في المطالبة بالتطليق في نص المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الثانية إذ نصت على" **العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج**"، ذلك انه أثناء قيام الحياة الزوجية قد تظهر على أحد الزوجين عيوب من شأنها أن تؤثر في مقصد الزواج وتمنع تحقيق الهدف منه[2]، وتمنع الزوجين من مواصلة الحياة الزوجية، وقد يكون هذا العيب مرضا مستحكما يصعب شفاؤه أو عيبا مانعا من تحقيق الهدف الذي شرع من أجله الزواج كالاستمتاع أو الإنجاب[3]، إذا ما توفر أحد العيوب في الزوج يمكن للزوجة أن تطالب بحل الرابطة الزوجية.

1 مصطفى ابراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص160.

2 العربي بختي، مرجع سابق، ص105.

3 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص35.

وحق الزوجة في التفريق للعيوب مصدره الشريعة الإسلامية وذهب إليه جمهور الفقهاء[1]، من المالكية والشافعية والجعفرية وجمهور الزيدية والاباضية[2]، مع اختلافهم في بعض التفاصيل كتحديد العلل.

ويتضح أن المشرع الجزائري وافق جمهور الفقهاء بحق الزوجة المطالبة بالتفريق للعيب، واعتبره حق للزوجة دون الزوج، وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفية[3]، وما يلاحظ على نص الفقرة الثانية من المادة 53 من ق.أ.ج أن المشرع الجزائري لم يحصر العيوب، كما أنه لم يذكر بعض العيوب على سبيل المثال، وهو ما جعل بعض الفقه يتساءل حول نوع العيوب التي تجيز للزوجة الحق في طلب التطليق[4]، واكتفى بمعيار موضوعي لتحديدها يتمثل في أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[5]، فالمشرع بذلك أخذ بما ذهب إليه بعض الحنابلة وابن القيم في عدم حصر العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو أمر مستحسن من المشرع الجزائري على أساس أن العيوب متنوعة ومتعددة، وهو الرأي المرجوح حسب الفقه الحديث كونه يتفق مع مقاصد ومقتضى عقد الزواج[6]، وبالتالي فان المشرع الجزائري ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في تحديد العيب على أساس موضوعي وهو العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

يمكن الاستخلاص إلى أن لقاضي شؤون الأسرة دور كبير في التحقق من شروط التطليق للعيوب وهو ما سنتناوله بالتفصيل.

1- دورالقاضي في إثبات وجود العيب.

لم يورد المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة عن كيفية إثبات العيب الذي يمكن على أساسه مطالبة الزوجة بالتطليق، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 451 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثالثة والرابعة التي نصت على" **يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أوالانتقال للمعاينة.**

1 المصري مبروك، مرجع سابق، ص333.

2 مصطفى ابراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص152.

3 المصري مبروك، مرجع سابق، ص343

4 محروق كريمة، مرجع سابق، ص79.

5 رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، القسم الثاني، ص125.

6المصري مبروك، مرجع سابق، ص343.

يتعين على القاضي تسبيب الإجراء المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية" ويتضح أن المشرع الجزائري حاول من خلال النص سد الفراغ في مسالة التطليق، خاصة المتعلقة منها بالإجراءات، فبموجب النص منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة صلاحية الاستعانة بالتحقيق والخبرة والانتقال للمعاينة، ويستخلص منها أنه يمكن لقاضي شؤون الأسرة الإثبات بكافة الوسائل القانونية كإجراء تحقيق وسماع الشهود والاعتماد على الشهادات الطبية [1] المرفقة بالملف، كأن تقدم الزوجة شهادات طبية تفيد عدم إزالة بكارتها.

فإذا ما تبين للقاضي أن الزوجة لم تقدم أي إثبات على وجود العيب بالزوج، أوإذا لم يكن هناك إقرار من الزوج بأنه مصاب بأحد الأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، فإنه يمكن للقاضي أن يستعين بالخبرة الطبية والاستعانة بالأطباء المختصين في معرفة العيب[2]، وتعتبر الخبرة الطبية من أفضل[3] طرق إثبات العيب أو خطورته على الحياة الزوجية وعلى الزوجة نفسها خاصة أمام وجود العديد من العيوب وتنوعها، وظهور عيوب لم تكن في السابق معروفة، كما أنتقدم وسائل العلاج الطبي ساهم في التفريق بين العيب القابل للشفاء والعيب المستحكم[4].

2- دور القاضي في تقدير العيوب.

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري اخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد العيوب التي تجيز للزوجة طلب التطليق، وحددها بتلك العيوب التي تحول دون تحقيق أهداف الزواج، غير أنه لم يميز بين العيوب المستحكمة أي تلك التي لا يمكن علاجها وبين تلك العيوب القابلة للعلاج، عكس ما أخذتبه بعض القوانين العربية كالقانون المغربي في نص المادة 107 من مدونة الأسرة المغربية إذ نصت على"... **الأمراض الخطيرة على حياة الأخر أو على صحته والتي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة**"، وأمام هذا النقص يطرح التساؤل عن مدى سلطة القاضي في منح مدة للزوج المصاب بعيب يرجى شفاؤه.

1 ولد عمار نسيم، **التطليق**، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، 2007-2010، الجزائر، ص17.

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص286.

3 كريمة محروق، مرجع سابق، ص81.

4 محمد حجاري، مرجع سابق، ص343.

وللإجابة على التساؤل فإنه على قاضي شؤون الأسرة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية والأخذ بما هو راجح ويستقيم مع المحافظة على الكيان الأسري دون الإضرار بالزوجة وهنا نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى : عندما يتأكد القاضي من خلال ملف الدعوى أن عيب الزوج لا يمكن شفاؤه، سواء بالإقرار أو عن طريق الخبرة أو بأي طريق من طرق الإثبات، فإنه على القاضي الفصل في موضوع التطليق دون منح الزوج مدة زمنية، ذلك أن التأجيل لا فائدة منه، وهو ما ذهب إليها لأحناف، أو إذا كان المرض يحتاج إلى مدة زمنية طويلة وأضر بالزوجة وتمسكت بالتطليق.

الحالة الثانية:إذا كان العيب الذي أصيب به الزوج من العيوب التي يرجى شفاؤه فان الفقه الإسلامي أجاز للقاضي منح مدة زمنية للزوج لإمكان البرء منه، وهذا باتفاق الفقهاء، إلا أنهماختلفوا فيما يوجب التأجيل من العيوب[1]، و اتفقوا في العنة[2]، وهو ما أثبتته العلوم الطبية الحديثة بإمكانية العلاج عن طريق المستحضرات الطبية أو الأجهزة بنسبة كبيرة تصل إلى 90% في بعض الحالات[3]، ومنه يمكننا القول أنه يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يمنح أجل للزوج دون أن يتعدى سنة من أجل العلاج فإذا ما تم الشفاء أثناء المدة الممنوحة يزول سبب التطليق.

والسند في ذلك هو الشريعة الإسلامية وما سار عليه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 [4] والذي جاء في مبدئه" **متى كان من المقررفي الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء انه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له اجل سنة كاملة من اجل العلاج، وان الاجتهاد القضائي استقرعلى أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها فان لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق...".**

3- دورقاضي شؤون الأسرة في تحديد وقت حدوث العيب ومدى علم الزوجة به.

لم يفرق المشرع الجزائري بين العيب الذي يكون قبل عقد الزواج والعيب الذي يطرأ أثناء الحياة الزوجية، كما أنه لم يفرق بين علم الزوجة به وعدم علمها بوجود العيب، عكس ما أخذت به

1 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص57.

2 العنة ويقصد بها فقها عدم قدرة الرجل على الوطء، ويعرف طبيا بأنه عجز الرجل عن الجماع.

3 ميلود ليفة، اثر المستجدات الطبية على حق الزوجة في فسخ عقد الزواج (دراسة فقهية مقارنة)، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، جامعة الوادي، الجزائر، يومي24و25 أكتوبر 2018، ص12.

4 سايس جمال، مرجع سابق، الجزء الأول، ص2011.

بعض القوانين العربية كالقانون المغربي في نص المادة 108 من مدونة الأسرة المغربية، وكذا نص المادة 09 من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1929، وأمام هذا الفراغ القانوني في هذه المسألة يتوجب على قاضي شؤون الأسرة الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لسد الفراغ الذي وضع شروط تتمثل في:

- ألا تعلم الزوجة بالعيب قبل العقد، وألا ترضى به بعد العقد[1].
- أن لا يكون بالزوجة عيب يمنع الجماع، إذا كان سبب التطليق أنه لم يجامعها.[2]

ومنه فعلى قاضي شؤون الأسرة التحقق من وجود الشرطين، وإلا رفض دعوى التطليق للعيوب مستندا في ذلك على ما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

بعد أن يتحقق القاضي من توافر كافة الشروط المتعلقة بالتطليق للعيوب لا يمكن القول أنه مقيد في إصدار الحكم، بل يبقى محتفظا دائما بدوره الأساسي المتمثل في محاولة الصلح، فله أن يسعى من خلال جلسات الصلح التي يأمر باجراها للمحافظة على لم شمل الأسرة وإقناع الزوجة في العدول عن طلب التطليق، خاصة إذا ما تبين أن عيب الزوج من العيوب التي يمكن الشفاء منها، لاسيما أن التطور الطبي مكن من إيجاد الحلول العلاجية للعديد من الأمراض التناسلية، وله أن يبذل قصارى جهده حالة وجود أولاد وإصابة الزوج بعد ذلك، وهو ما لمسناه في الجانب العملي إذأن العديد من العيوب طرأت على الزوج بعد عشرة زوجية والإنجاب.

ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للحكم على الزوج بجريمة

نصت المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها 4 على سبب أخر للتطليق وهي متابعة الزوج عن جرائم فيها مساس بشرف الأسرة وصدور حكم بذلك وذلك بنصها على "**الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية والحياة الزوجية**"، وما يجب الإشارة إليه ذي بدأ أن نص الفقرة عدل بموجب الأمر 05-02 ومنه نرى أنه يتعين تبيان مبررات التعديل قبل التفصيل في الموضوع .

1 احمد نصر الجندي الطلاق والتطليق وأثارهما، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2004، ص189.

2 المصري مبروك، مرجع سابق، ص340.

1- مبررات تعديل الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة

نصت سابقا على "**الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية**"،فالفقرة قبل التعديل كانت تنص على الفرقة بسبب الحبس على غرار التشريعات العربية كالتشريع المصري في المادة 14 من القانون 1925 وكذا مدونة الأسرة المغربية في المادة 120 وقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 109 وغيرها من التشريعات العربية الأخرى[1].

ويتضح جليا أن المشرع الجزائري من خلال التعديل استبداله مصطلح "**عقوبة شائنة**" بمصطلح "**جريمة**" ويرجع السبب في ذلك للانتقاد الذي وجه للمصطلح من حيث الصياغة[2]، على أساس انه لا يوجد ما يصطلح عليه بعقوبة شائنة وإنما الوصف يلحق بالأفعال[3]، كما أن المشرع الجزائري تخلى عن شرط الحبس، ونعتقد أن المشرع الجزائري لما حذف مدة الحبس أنه أدرج هذا السبب في الفقرة 10 من نص المادة 53 من ق.أ.ج اعتباره ضرر معتبر شرعا، فإذا صدر حكم على الزوج قضى بعقوبة سالبة للحرية ويكون الحكم نهائي منفذ عليه أي يتواجد بالمؤسسة العقابية وكانت مدة مكوثه بالحبس مدة طويلة فإنه يحق للزوجة رفع دعوى التطليق للضرر.

وعلى العموم فالمشرع الجزائري منح للزوجة الحق في المطالبة بالتطليق ووضع له شروط حتى يمكن الاستجابة لطلب الزوجة بسبب الحكم على الزوج بجريمة بها مساس بشرف الأسرة وعلى قاضي شؤون الأسرة أن يتأكد من الشروط وهو ما سنوضحه بالتفصيل.

2- شروط التطليق بالحكم على الزوج بجريمة

أ-صدورحكم بسبب ارتكاب الزوج جريمة.

لا يكفي إرتكاب الزوج جريمة حتى يمكن معه تقديم طلب التطليق، إذ يجب أن يصدر حكم قضائي يدين الزوج، وما يلاحظ على النص أن المشرع الجزائري لم يحدد صنف الجريمة وأقسامها حسب التقسيم الذي جاء به في نص المادة 27 من ق.ع.ج إلى جنايات وجنح ومخالفات، كما أن المشرع

1 تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2009، ص332-344.

2 قويدري خيرة، مرجع سابق،ض136.

3 فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص289.

الجزائري لم يلحق أي وصف للحكم، فهل يجب أن يكون الحكم يقضي بعقوبة سالبة للحرية أم لا؟، خاصة أن المشرع بعد التعديل حذف شرط العقوبة المقررة للجريمة، ومنه نرى أنه طالما تخلى المشرع عن العقوبة المقررة، فإنه لا يهم أن يكون الحكم قاضيا بعقوبة سالبة للحرية، كون المشرع الجزائري لم ينص على ذلك ولا يوجد ما يوحي به، كما أعتمد على معيار موضوعي يتمثل في أن تمس الجريمة بشرف الأسرة، فللزوجة طلب التطليق بمجرد إدانة الجهة القضائية للزوج بالحبس حتى مع وقف التنفيذ[1]، عكس ما يراه جانب من الباحثين في قانون الأسرة، الذي يذهب إلى القول أنه يجب أن يكون الحكم قاض بعقوبة مقيدة للحرية، وأن تكون نافذة باعتباره الحبس غيبة للزوج، وإلا أعتبر سبب التطليق لا مبرر له[2].

بالإضافة لما سبق فإن المشرع الجزائري لم ينص على نوع الحكم من حيث القطعية، أي بمعنى أخر هل يشترط أن يكون الحكم القضائي حائزا لقوة الشيء المقضي به، فبالرجوع إلى ظاهر النص فان المشرع لم يشترط ذلك، غير أن جانب من الباحثين ذهب إلى اشتراط حكم حائز لقوة الشيء المقضي به[3]، ويقصد بقوة الشيء المقضي به أن يكون الحكم غير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادية، وعلى الزوجة أن تسعى إلى تقديم ما يثبت ذلك، نحن بدورنا نؤيد هذا الرأي، ذلك أنه على قاضي شؤون الأسرة التحقق من الحكم بأنه أصبح باتا، كون أن الحكم القضائي وحده غير كاف كان حاز على الحجية فيما قضى به، إلا أنه يحتمل إلغاؤه إذا ما تم الطعن فيه وقد يستفيد الزوج من البراءة ويصبح الحكم المحتج به في حكم العدم.

ب- أن تكون وقائع الجريمة ماسة بشرف الأسرة.

اشترط المشرع الجزائري وفقا لنص الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج أن تكون الجريمة ماسة بشرف الأسرة، وأثار مصطلح **"شرف الأسرة"** الكثير من الجدل والتأويل كون أن المصطلح واسع المدلول والمعنى[4].

1بلعبيد نصيرة، **اثر الاتفاقيات الدولية على إنشاء الر ابطة الزوجية و انحلالها من خلال قانون الأسرة الجز ائري**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة البليدة 02 علي لونيسي، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2019، ص 172.

2 نبيلة عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية"التطليق"، مجلة تحولات، العدد الأول، المجلد الأول، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، سنة 2018، ص27.

3 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص155.

4 قويدري خيرة مرجع سابق، ص140.

فذهب جانب من الباحثين في تفسير المصلح متوسعا فيه، بأن المقصود به أن يكون الفعل الذي يرتكبه الزوج وصمة عار على الأسرة[1]، دون توضيح للمقصود بوصمة العار مكتفيا هذا الرأي بإعطاء أمثلة عن ذلك، في حين ذهب اتجاه أخر أكثر اتسعا من الاتجاه الأول إذ يرى أن المقصود به كل الجرائم المنافية للأخلاق والآداب العامة والنظام العام والأمثلة كثيرة في ذلك[2]، بل يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك ويرى أن المفهوم يزيد اتساعا إذا ما تم الاستناد على نص المادة الثانية من قانون الأسرة، ويدخل ضمن المفهوم كافة الجرائم الواقعة على الأشخاص والأموال[3].

ويذهب اتجاه أخر إلى القول أن المقصود بالمفهوم هو أن يكون الفعل الماس بشرف الأسرة يعتمد على معيار الأخلاق من وجهة نظر القانون والتشريع الإسلامي[4]، وأعطى أمثلة عن ذلك كجريمة الزنا والاغتصاب، وأن المقصود بالأسرة هو أسرة الزوجين وأقاربهما طبقا لنص المادة 2 من ق.أ.ج.

ونجد أيضا رأي أخر يضيق في دائرة الجرائم التي تمس بشرف الأسرة وحصرها في جريمة وحيدة تتمثل في جريمة الزنا المنصوص والمعاقب عنها بنص المادة 339 من ق.ع.ج[5]، ونرى أن التضييق للمفهوم بهذا الشكل لا يستقيم وروح النص، ذلك أن المشرع الجزائري لو كان يقصد بالجريمة الماسة بشرف الأسرة الزنا لنص عليها وحصرها دون الإشارة إليها فقط.

وأمام هذه الآراء المتعددة نرى أن التوسع في المفهوم والمدلول يخرج النص من المقصود منه، وبخصوص وجه نظرنا فإن المقصود بالجرائم الماسة بشرف الأسرة تلك الجرائم المنصوص عنها في الفصل الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثالث من ق.ع.ج الذي جاء بعنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، على اعتبار أن هذا الباب هو الوحيد الذي نص فيه المشرع الجزائري على الجرائم التي تمس بالأسرة والآداب العامة، ويدخل ضمنها جرائم تمس بأسرة الزوجين كالزنا وترك

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص156.

2 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص140.

3 مولود مغمولي، **ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية والأحوال الشخصية**، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في الشريعة والقانون، تخصص شريعة، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص311.

4 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، ص295.

5 رفيقة حجايلية، قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية سنة 2018 مع بعض التعليقات والنصوص القانونية ذات الصلة، طبعة جديدة ومحسنة، بارتي للنشر، سنة 2019، ص43.

الأسرة، كما أنها تمس الأسرة بصفة عامة، ونعتقد أن هذه الجرائم هي المقصود في نص الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج.

ج- أن تصبح العشرة الزوجية والحياة الزوجية أمرا مستحيلا.

نص المشرع صراحة على أن صدور الحكم يؤدي إلى استحالة العشرة والحياة الزوجية، دون أي توضيح وبذلك ترك المشرع الجزائري مجالا واسعا لتفسيرها، مما جعل بعض الباحثين في قانون الأسرة ينتقد اصطلاح **"الاستحالة"** ووصفه بالمبالغة[1]، كون أن صدور حكم على الزوج بجريمة تمس شرف الأسرة لا يؤدي حتما إلى استحالة العشرة الزوجية، بل يؤدي إلى خلق جو من التوتر يصعب معه استمرار الحياة الزوجية، فيولد البغض والكراهية ينشأ عنها خلافات زوجية وخصومات وتصبح الحياة الزوجية كلها جحيم لا يطاق[2].

ونرى أن المشرع الجزائري قصد من خلال إدراجه لمصطلح الاستحالة أن الجرائم التي تمس بشرف الأسرة كما سبق تبيانه أعلاه أغلبها يؤدي إلى استحالة العشرة كجريمة الإجهاض وترك الأطفال وبيع الأطفال والفعل المخل بالحياء وغيرها، ذلك أن اغلب هذه الجرائم تمس الأسرة وأسرة الزوجين خصوصا، فقد يؤدي ارتكاب أحد هذه الجرائم إلى استحالة العشرة والحياة الزوجية، كونها تولد الخوف والنفرة من الزوج.

المطلب الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في دعاوى التطليق للضرروصوره.

وضع المشرع الجزائر أحكاما للحياة الزوجية لاسيما منها المادة 8 من ق.أ.ج المتعلقة بتعدد الزوجات، وإذا خالف الزوج لهذه الأحكام يترتب عنا حق للزوجة في المطالبة بالتطليق، وكذا الأحكام المتعلقة بالاشتراط في عقد الزواج ورتب عنها هي الأخرى في حالة مخالفة الزوج لها حق للزوجة في المطالبة بحل الرابطة الزوجية وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، كما أن أغلب الأسباب التي يحق للزوجة المطالبة بحل الرابطة ناتجة عن ضرر، غير أن الشقاق وارتكاب الزوج لفاحشة أهم الأسباب بالإضافة إلى صور أخرى لا يمكن حصرها وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني..

---

1 منصوري نورة ، مرجع سابق، ص58.

2 مسعودة نعيمة الياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق** ، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تمسان الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص220.

الفرع الأول

دورقاضي شؤون الأسرة في دعاوى التطليق لمخالفة الأحكام والشروط

أقر المشرع الجزائري للزوجة حق في المطالبة بحل الرابطة الزوجية إذا ما أخل بالأحكام المقررة قانونا (أولا) أو إذا خالف الشروط المتفق عليها (ثانيا).

أولا:دورقاضي شؤون الأسرة في دعاوى التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق.ا.

نصت المادة 53 في فقرتها السادسة على"**مخالفة الأحكام الواردة في نص المادة 8 أعلاه**"، ونصت المادة 8 من ق.أ.ج على" **يسمح الزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.**

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزواج بها وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موفقتهما و اثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

ما يجب الإشارة إليه أن المشرع جعل أمر التأكد من توفر شروط التعدد لقاضي شؤون الأسرة،في حين منح سلطة إعطاء الترخيص لرئيس المحكمة، وكان على المشرع أن يمنحها لقاضي شؤون الأسرة، وحري بنا قبل الخوض في موضع طلب التطليق الحديث عن تعدد الزوجات باعتبار مخالفة الأحكام المتعلقة به سببا في طلب التطليق.

1-تعدد الزوجات في التشريع الجز ائري

يرجع أصل تعدد الزوجات إلى العصور القديمة ولا يخص المجتمع الإسلامي فقط، فقد كان معمولا به من طرف العبريين والاثنيين وكذا العرب في الجاهلية[1]، بل ونادى به العديد من المفكرين

1 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص92.

الغربيين[1] بضرورة إباحة التعدد[2]، والشريعة الإسلامية أباحته في حدود خاصة وبقيود خاصة وألغت الأعراف والتقاليد التي كانت موجودة في الجاهلية التي تقلل من مكانه المرأة وتمس بكرامتها.

ولا يزال نظام تعدد الزوجات محل مسائل خلافية فقهية بين من يمنعه وبين مقيد له، والمشرع الجزائري بأخذ بالاتجاه المقيد، ولا يعتبر هذا التقييد خروجا عن مقاصد الشريعة الإسلامية بل يدخل ضمن **"تقييد المباح"**، واضعا له ضوابط وقواعد تتجلى في نص المادة 8 من ق.أ.ج وفي حال مخالفتها أجاز للزوجة أن تطلب من القاضي التطليق، وعلى القاضي التأكد من توفر شروط طلب التطليق لمخالفة المادة 8 من ق.أ.ج، كما أنه أضاف أسباب أخرى يجوز للزوجة المطالبة بالتطليق بموجب نص الماد 8 مكرر من ق.أ.ج إذ نصت على " **في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"**، ويستشف من خلال النص أن للزوجة سواء السابقة أو اللاحقة الحق في المطالبة بالتطليق إذ لم يخبر الزوج الزوجة الأولى أنه تزوج بثانية، أو لم يخبر الزوجة الثانية أنه متزوج قبله.وحق الزوجة في التطليق ليس على إطلاقه بل وضع المشرع شروطا تتمثل فيما يلي تبيانه.

2- شروط التطليق لمخالفة احكام المادة 8 من ق.ا

أ- وجود المبرر الشرعي.

إن تقدير المبرر الشرعي أمر موكل للقاضي الذي يقدم أمامه طلب الترخيص، وفي الغالب قاضي شؤون الأسرة هو القاضي المكلف به، كمسالة تنظيمية، خاصة بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 08-09، وأصبح كل قسم له صلاحيات إصدارا لأوامر، وقاضي شؤون الأسرة له صلاحية إصدار الأوامر الخاصة بشؤون الأسرة بما فيها منح الترخيص بالزواج.

والمشرع الجزائري نص على المبرر الشرعي في نص المادة 8 من ق.أ.ج، على غرار المشرع المغربي في نص المادة 48 من مدونة الأسرة[3]، والذي أطلق عليه **"المبرر الموضوعي الاستثنائي"**، غير أن المشرع

1 مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة الرابعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، سنة 2010، ص52.

2 الصادق بن لخضر جدي، تعدد الزوجات بين الإباحة والمنع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد الرابع، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، عدد جوان 2017، ص699.

3 خدام هجيرة، **حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة**،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص540.

الجزائري لم يكن واضحا في المقصود بالمبرر الشرعي ولم يحدد المعنى من المصطلح، كما أنه لم يقدم أمثلة عنه، مما يجعل بنا القول أن المشرع الغرض منه إعطاء سلطة واسعة للقاضي في تقديره

وبهذا الخصوص أصدرت وزارة العدل الجزائرية منشورين بهذا الخصوص الأول84-102[1]، والذي بموجبه حصر المبرر الشرعي في عقم الزوجة والمرض العضال، ولكن سرعان ما تراجع المشرع في الحصر وذلك بموجب المنشور الوزاري 85-14[2]، ومنح السلطة التقديرية للقاضي في تقدير المبرر الشرعي كما هو الحال عليه في نص المادة 8 من ق.أ.ج.

إن تقدير المبرر الشرعي للترخيص بالزواج ليس بالأمر اليسير خاصة كما سبق الإشارة إليه أن المشرع لم يضع له ضوابط[3]، وأغلب الفقه يحصر المبرر الشرعي في المرض العضال والمستعصي، غير أن جانب أخر يرى عكس ذلك إذ يوسع منه ويضيف الشهوة الجامحة أو وجود الزوج في بلد أجنبي للعمل فيه[4].

أما بخصوص ما هو معمول به فالأمر يختلف عن النص تماما كون أن اغلب القضاة[5]إن صح القول لا يبحثون في مسالة المبرر الشرعي، فبمجرد تصرح الزوجة والمرأة المقبل الزواج بها بالقبول يتم منح الترخيص، وهذا الأخير عبارة عن نموذج معد مسبقا على مستوى التطبيقة ويتم إدراج البيانات فقط، والتي لا يوجد بها خانة للمبرر الشرعي ويتم استنساخه والتوقيع عليه من قبل أطرافه.

ب- شرط نية العدل .

نصت المادة 8 من ق.أج " **... وتوفرت شروط ونية العدل**"، ويتضح أن المشرع وضع شرط أخر يتمثل في العدل بين الزوجات، وما يلاحظ على صياغة النص أن المشرع اشترط العدل مقترنا بالنية

1 المنشور الوزاري رقم 84-102، المؤرخ في 1984/12/23، المتضمن كيفية تطبيق المادة 8 من قانون الأسرة

2 المنشور الوزاري 85-14، المؤرخ في 22 أوت 1985.

3 عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص88.

4 سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية، دراسة مقارنة ، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد الأول، ص472،471.

أيضا: عبد الهادي لهزيل، فاروق خلف، التطليق للتعدد والضرر في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد الأول، جامعة الوادي الجزائر، ص794.

5 في حدود المقابلات التي أجريت مع بعض قضاة يترأسون قسم شؤون الأسرة لجهات قضائية مختلفة منها مجلس قضاء تيارت وتيسمسيلت والجزائر العاصمة.

فيه، وهو ما جعل جانب من الفقه ينتقد الصياغة والقول[1] أن المشرع كان عليه الاكتفاء بالعدل دون إقرانه بشرط النية، ومردهم في ذلك أن النية أمر داخلي يصعب الاطلاع عليه ولا مجال لإثباته في ظل غياب الزوجة الثانية.

ولنا وجهة نظر مغايرة لهذا الرأي ونرى عكسه كون أن المشرع أحسن صنعا وصياغة بإدراج مصطلح النية، وأساسنا في ذلك أن نص المادة 08 من ق.أ.ج موضوعها الترخيص بالزواج أي قبل إبرام العقد، ويجب على الزوج إثبات نيته في العدل وليس العدل بحد ذاته، كون أن الزواج الثاني لم يبرم بعد، كما أن النية وان كانت أمر داخلي يمكن إثباتها كوجود دخل معتبر أو دخلين للزوج يكفي للإنفاق على الزوجتين، ووجود مسكنين وغيرها من الوسائل الأخرى، كما أن الفقرة الأخيرة أشار فيها المشرع إلى القدرة على العدل وهو ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

والمقصود بالعدل بين الزوجات هو القسم في المبيت والنفقة وما يملكه الزوج، دون تكليف بالميل القلبي والمحبة، وهو من الأمور التعبدية قبل أن تكون قضائية، كما أن المشرع لم يركز في توفير العدل على النفقة فقط بل ترك المجال واسعا في ذلك، وهو ما جاء في نص المادة 8 الفقرة3 والتي نصت على"... **الشروط الضرورية للحياة الزوجية** " فعبارة الشروط الضرورية للحياة تجد لها متسعا وتشمل أمور عدة كالنفقة والسكن والعلاج والمكوث بالبيت وغيرها[2]، ولعل المشرع الجزائري قصد من ترك المجال واسعا حتى تساير تطور المجتمع فقد تستحدث أمور قد تكون من ضروريات الحياة الزوجية.

في دعوى التطليق لعدم العدل بين الزوجات يقع عبء الإثبات على الزوجة التي تطلب التطليق، وعلى قاضي شؤون الأسرة أن يكون على قدر من الحنكة والفطنة للبحث في ذلك، ويكون بكافة الطرق المتاحة إجراء التحقيق المدني، وسماع الشهود كأبناء الزوج إن وجدوا أو والدي الزوج إذا ما كانا يقيمان مع إحدى الزوجات، وتبقى مسالة الإثبات من أصعب المسائل التي تثار سواء على الزوجة أو على القاضي.

1 عمرو خليل، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، العدد 19، ص59.

2 عبد الرحمان البنا الرباني لترتيب مسند الإمام احمد بن حنبل السيباني، ج16، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ط، ص231.

ج-إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل الزوج بها واستصدار الترخيص.

جاء نص المادة 8 من ق.أ.ج بصيغة الوجوب إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل الزواج بها، وعلى الزوج استصدار الترخيص بذلك، ويفهم منها أنها قاعدة آمرة، في حين جاء نص المادتين 8 مكرر و8 مكرر 1 من نفس القانون بالجزاء المترتب على مخالفة الترخيص والإخبار، وهو إقرار حق للزوجة في المطالبة بالتطليق واعتبره المشرع تدليسا.

وما يعاب على النص انه تحدث على الزوجة السابقة بصيغة الفرد "**الزوجة**"، وتغاضى عن حالة وجود زوجتين أو ثلاث[1]، بالإضافة إلى أن النص أثار الكثير من التساؤلات حول الكيفية التي يتم بها إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، فهل يكون ذلك شفاهة أم عن طريق البريد أو عن طريق المحضر القضائي أو غيرها، هذا بالنسبة للفقرة 2 من المادة 8 من ق.أ.ج.

أما بالنسبة للفقرة 3 من نفس المادة استعمل المشرع مصطلح "**المو افقة**" بدلا من "**إخبار**" وهذا ما يعد تناقضا من قبل المشرع، ذلك أن الفقرة 3 تمنح لرئيس المحكمة صلاحية التأكد من الموافقة، وبالتالي فإن العلم أو الإخبار يكون قد توفر، كما أن المشرع استعمل مصطلح "**يمكن**" أي انه منح السلطة للقاضي في منح الترخيص وفي نفس الوقت اقرنها بشرط بقوله "**إذا تأكد**"، وهنا يثار التساؤل حول ما إذا توفرت كافة الشروط المنصوص عنها وتأكد القاضي منها واعترضت الزوجة السابقة عن الموافقة فهل يمتنع القاضي أم انه يمنح الترخيص؟.

وللإجابة على التساؤل من خلال الجانب العملي قمنا بالعديد من المقابلات مع رؤساء محاكم وقضاة قسم شون الأسرة- في حدود المقابلات- تبين لنا انه في هذه الحالة لا يتم منح الترخيص في حالة عدم الموافقة، والأساس في ذ لكأن نص المادة 8 من ق.أ.ج صريح ولا يحتمل التفسير أو التأويل، فالفقرة الثالثة منه وضعت شروط لمنح الترخيص من بينها أن يتأكد القاضي من الموافقة وبالتالي في حالة رفض الزوجة لا يمكن بأي حال من الأحوال منح الترخيص.

سبق القول أن المشرع الجزائري اعتبر مخالفة أحكام المادة 8 من ق.أ.ج من قبل الزوج تدليسا، ويقصد بالتدليس استخدام الوسائل الاحتيالية قصد تمويه الحقيقة وتضليل الطرف الأخر،

1 تشوار جيلالي، مقياس قانون الأسرة الجزائري، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الدراسية 2014-2015، ص38.

الأمر الذي يحمله على التعاقد..."[1]، ومنه يمكن القول أن الزوج قد يلجأ إلى استخدام وسائل احتيالية من أجل تضليل الزوجة السابقة والمرأة المقبل الزواج بها من اجل الموافقة على الزواج واستصدار الترخيص، ويكتشف فيما بعد أن الحقيقة غير ذلك.

وكشف الجانب العملي العديد من الحالات،فالنسبة لتوفير شرط الإخبار الأمثلة عديدة منها أن يوهم الزوج المرأة المقبل الزواج بها بان زوجته مريضة ويستعصى علاجها وتكتشف بعد ذلك أن الزوجة الأولى بحالة صحية جيدة وليست بالمريضة، أو يوهم الزوجة السابقة بأنه وقع في الزنا مع المرأة المقبل الزواج بها وعليها أن توفق على الترخيص بالزواج، ويعدها بالطلاق بعد ذلك غير أن الحقيقة غير ذلك ولا يقوم بالطلاق بعد الزواج.

أما بالنسبة لتوفير شرط العدل أن يوهم الزوج انه يملك سكنات ولديه دخل معتبر وبعد ذلك انه قد تم لتصرف في السكنات بالبيع مثلا، وان الدخل مترتب عن عقد عمل محدد المدة وانتهى بسبب ما وأصبح الزوج دون عمل وليس لديه دخل.

ويتضح من خلال الأمثلة السابقة أن الزوج يستعمل التدليس، وبالتالي فإن المشرع منح للزوجات كما جاء في عبارة النص"**لكل زوجة**" الحق في المطالبة بالتطليق، ويمكن للزوج أن يبرم عقد الزواج الثاني دون استصدار الترخيص وذلك بطريقتين حسب ما توصلنا إليه من خلال الممارسة العملية.

الطريقة الأولى:أن يوهم الزوج المرأة المقبل الزواج بها بأنه غير متزوج، ويكون ذلك بتقديم شهادة ميلاد لم يتم التأشير بالزواج السابق[2]، في البيانات الهامشية من قبل مصالح الحالة المدنية والإغفال عنه، ويتم إبرام عقد الزواج الثاني أمام الموثق بعد تقديم الملف المتكون من[3]:

- مستخرج مؤرخ بأقل من ثلاثة (03) أشهر ، إما لشهادة الميلاد و إما لتسجيل الحكم الفردي او الجماعي المثبت للولادة
- شهادة إقامة أحد الزوجين.

1 بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016، 410.

2 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص396.

3 وهي الوثائق المطلوبة حسب موقع وزارة الداخلية الرابط: https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar/

- شهادة طبية للزوجين.
- و يجب على الشاهدين تقديم بطاقات تعريفهما الوطنية أو أية وثيقة تثبت هويتهما.

فإذا ما تقدم الزوج بشهادة ميلاد غير مؤشر على هامشها الزواج يعتبر بالنسبة للموثق غير متزوج ويمكنه إبرام عقد الزواج، وفي هذا الصدد نرى أنه من الأحسن أن يتم إضافة وثيقة أخرى كما فعل المشرع المصري في المادة 11 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 والتي تفيد بأنه على الزوج تقديم وثيقة يقر فيها بحالته الاجتماعية، على أن يترتب عنها جزاء جزائي في حالة ما إذا قدم الزوج إقرار كاذبا.

أما الحالة الثانية: يتم قيد الزواج الثاني عن طرق حكم قضائي في ما إذا رفضت الزوجة الأولى الموافقة على التعدد ورفضت الترخيص وهو ما يطلق عليه ب"**الحكم المثبت للزواج العرفي** " ، ويعتبر الزواج العرفي دافعا للزوج للتخلص من القيود[1] التي فرضتها المادة 8 من ق.أ.ج ،و ظاهرة انتشرت في المجتمع الجزائري والذي يرجع سببها الأكبر إلى القيود المفروضة، وليس المجتمع الجزائري فقط بل حتى المجتمعات العربية الأخرى كمصر مثلا للتهرب من الزواج الرسمي لما سببه من مشكلات إبرام عقد الزواج الرسمي للتعدد[2].

وانتقد بعض الفقه المشرع الجزائري في عدم ترتيبه أي جزاء على الزوج في حالة مخالفة مضمون أحكام المادة 8 من ق.أ ج إذ لم يرتب عقوبات مدنية أو جزائية[3]، ولنا رأي مخالف في ذلك كون أن المادة 8 مكرر كما سبق القول جاءت بالجزاء في منحها الحق لكل زوجة أن تطلب بالتطليق في حالة ما إذا تم الدخول، والحق في الفسخ إذ لم يتم الدخول وأحسن المشرع صنعا في ذلك، ومرد ذلك أن نص المادة 8 من ق.أ.ج لا يتماشى مع القواعد العامة لنظرية العقد بان التدليس يعيب الإرادة وجزائه هو طلب إبطال العقد وليس التطليق، وبالتالي فان هذا الرأي ساوى بين عقد الزواج وسائر العقود الأخرى، غير أن عقد الزواج عقد له أحكام خاصة لا تخضع للقواعد العامة.

1 صفية حسين، محمد ادير مشنان، الزواج العرفي بين الضوابط الشرعية والإجراءات القانونية، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، يومي 24 و25 أكتوبر 2018، ص987.

2 حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية مصر، سنة 2011، ص129.

3 زغودي عمر، عبد الحكيم بوجاني، الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، جامعة عمار ثليجي، الاغواط الجزائر، بتاريخ 2015/01/15، ص262.

وما يجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة زمنية لرفع دعوى التطليق وترك المجال مفتوحا، وهو أمر غير مستحسن حسب وجهة نظرنا، فإذا ما علمت الزوجة بالتدليس وتم السكوت عنه لمدة، فان ذلك يعتبر رضا وبالتالي لا يحق لها رفع دعوى التطليق،لذا نرى ضرورة لتعديل نص المادة 8 مكرر من ق.أ. بإضافة فقرة تحدد فيه آجال لرفع دعوى التطليق على أن تكون مثلا سنة من يوم العلم.

ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

إن تطور نظام المشارطات في العقود عامة وعقد الزواج خاصة أصبحت تلعب دورا أساسيا في استقرار الأسرة[1]، خاصة منها شرط تعدد الزوجات وعمل الزوجة والذمة المالية، وهو ما جعل المشرع الجزائري ينص على احد أهم الاشتراطات والتي افرزها الجانب العملي، ونص عليها على سبيل المثال لا الحصر ويستشف ذلك من عبارة **"لاسيما"** في نص المادة 19 من ق.أ.ج ونص على الاشتراط في استقلال الذمة المالية في نص المادة 37 من نفس القانون.

1-أحكام الاشتراط في عقد الزواج في التشريع الجز ائري

جعل المشرع الجزائري للزوجين الحق في وضع شروط للحياة الزوجية، سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق به، بشرط أن لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة وهو ما نص عليه ضمن أحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من ق.أ.ج إذ نصت على "... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..."، فإذا ما اشترطت الزوجة في عقد الزواج أو في عقد لاحق لا يخل بمقصود الزواج، واخل الزوج بهذا الشرط، منح المشرع الحق للزوجة في المطالبة بحل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق.

وتم نقد المشرع الجزائري في صياغته لنص المادة رغم انه عدلت، كونها نصت على مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج دون ذكر عبارة "**أو العقد اللاحق**"، وذهب جانب أخر من الفقه إلى نقد المشرع الجزائري بأن نصوص مواده متناقضة فيما بينها، أي بين نص الفقرة 9 من المادة 53 من ق.أ.ج

1 سي ناصر بوعلام، **الاشتراط في عقد النكاح و اثره بين الشريعة والقانون**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران الجزائر، السنة الدراسية 2011-2012، ص70.

والمادة 32 و35 من نفس القانون، إذ لم يفصل المشرع بين الشروط التي يصبح عقد الزواج باطلا والشروط التي تؤدي إلى بطلان الشرط دون العقد[1]، كما أثيرت التساؤل حول الإثبات في غير الكتابة[2].

كل هذا التناقض والغموض في النصوص القانونية أثاره الفقه، وطالما أن أمر تقدير شروط التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج خاضع لسلطة قاضي شؤون الأسرة سنحاول تناوله بالتفصيل.

2- شروط التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها.

أ-وجود الشرط .

أباح المشرع الجزائري للزوجين الحرية في وضع الشروط ضمن عقد الزواج أو في عقد لاحق، والتي يكون مصدرها إرادة الزوجين وغايتها تحقيق مصلحة معتبرة، وأطلق عليها عند فقهاء الشريعة "**الشروط الجعلية**"، أو "**الشروط المقترنة بالعقد**" لدى الفقه القانوني[3]، وقد تكون هذه الشروط ضمن عقد الزواج أو في عقد لاحق، غير أن حرية الزوجين في الاشتراط ليست على إطلاقها بل تضبطها قيود، وهي عدم مخالفتها لأحكام قانون الأسرة كما ورد في نص المادة 19 من ق.أ.ج بقولها **"ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون.."**.

والمقصود بها الشروط التي تدخل ضمن مقتضيات العقد ومقاصده[4]، ومثال ذلك أن تشترط المرأة أن يكون لها سكن لائق، كما يجب أن لا تكون هذه الشروط منافية للعقد وقانون الأسرة كأن تشترط الزوجة عدم الاستمتاع بها أو عدم ثبوت النسب إليها، ضف إلى أن المشرع الجزائري رتب على وجود مثل هكذا شرط البطلان، وذلك بمقتضى نص المادة 36 من ق.أ.ج إذ نصت على" **اذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح..."**

1 بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص129.

2 مرجع نفسه، ص125.

3أبو القاسم بن الزين، **عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الدراسية2014-2015، ص131.

4 خليل عمر، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، مجلد 52، العدد الثاني، جويلية 2014، ص418.

ويثور التساؤل في الإثبات، فإذا ما كان الشرط مستوفيا لكافة الشروط السابقة، فهل يجوز إثبات وجود الشرط بكافة الوسائل أم بالكتابة دون سواها؟.

وإجابة على التساؤل أختلف فقه قانون الأسرة حول المسالة، فهناك[1] من يرى أنه يتم الاشتراط في الزواج وبسبب المانع الأدبي لا يتم كتابة وتوثيق الشروط ضمن العقد ، فالإثبات يكون بكافة الوسائل على أساس نص المادة 336 من ق.م.ج، في حين ذهب جانب آخر غير إلى القول أنه لا يجوز الإثبات بغير الكتابة الرسمية[2].

وبخصوص موقفنا اتجاه الرأيين فإننا نؤيد الرأي الثاني والأساس في ذلك أن المشرع الجزائري نص في كل من المادة 19 و37 من ق.أ.ج على **"..في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق..."** فمن خلال عبارات النص يتضح جليا تأكيد المشرع الجزائري على توثيق الشرط وذلك باستعماله عبارة "**في عقد رسمي لاحق**"، وفي عقد الزواج فإنه أيضا يكتسي الشرط طابع الكتابة والرسمية، كون أن المادة 18 من ق.أ.ج تقضي أحكامها أن عقد الزواج يتم أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، وهذا الأخير يتمثل في ضابط الحالة المدنية أو الموظفين المكلفين بها، ويعتبر ما يدون في السجلات أو النسخ المستخرجة منها وثائق رسمية والتي لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير.

كما أن المشرع الجزائري يتجه في مجال العقود إلى إضفاء الكتابة والرسمية، ويمكننا القول أن المشرع فرض الكتابة والرسمية في إدراج الشروط الاتفاقية بين الزوجين، على الزوجة تقديم ما يفيد كتابة وجود الشرط حتى يمكن قبوله من قبل قاضي شؤون الأسرة، هذا من جهة ومن جهة أخرى يمكن للقاضي بسط الرقابة على الشرط، وما يعزز رأينا اتجاه المحكمة العليا في مجال الإثبات القرار الصادر بتاريخ 2006/04/12[3] إذ جاء في حيثياته" **حيث أن في دعوى الحال الطاعنة تدعي وأنها اشترطت على المطعون ضده أن يكون مقر الزوجية بفرنسا، غير أنها عجزت عن تقديم البينة على ذلك...".**

1 بن الشويخ الرشيد، مرجع سابق، ص133.

2 سعيد خنوش، **المشارطات العقدية في الزواج**، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، الجزائر، سنة 2008، ص85.

3 قرار رقم 358665،بتاريخ 2006/04/12، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأول، سنة 2006، ص494.

ب- أن يخالف الزوج الشرط.

تمنح الشروط المتفق عليها ضمن العقد القوة الملزمة لتنفيذها، وقاضي شؤون الأسرة ملزم في التحقق من وقوع الإخلال بالشرط[1]، فإذا عمد الزوج إلى الإخلال بالشرط جاز للزوجة المطالبة بالتطليق جزاءا لذلك، والمشرع لم ينص على دور الإرادة في الإخلال بالشرط، ونرى أن الإخلال يجب أن يكون إراديا، أما إذا كان الإخلال بالشرط ناتجا عن ظروف خارجة عن إرادة الزوج لا يمكن معه القول أن الزوج قد خالف الشروط، ويجب أن لا تكون الزوجة قد رضيت بإخلال الشرط، فإذا رضيت به سقط حقها في المطالبة بالتطليق، ويجب أيضا أن لا يكون الشرط قد زال سببه آو إستحال تنفيذه[2]، مثال ذلك أن تشترط الزوجة السكن مع والديها ثم يتوفي هذين الأخيرين.

إن تقدير السبب الذي أدى بالزوج إلى مخالفة الشرط ليس بالأمر الهين بالنسبة للقاضي، ففي حالة وجود الشرط في عقد الزواج أو العقد اللاحق الأمر مفصول فيه بالنسبة لوجود الشرط، غير انه يصعب إثبات المتسبب في مخالفته، ومثال ذلك أن تشترط الزوجة إكمال دراستها أو العمل، فتدعي الزوجة أن الزوج منعها في حين ينكر الزوج ذلك ويدعي أن الزوجة هي التي لم ترغب في ذلك، فهنا عبئ الإثبات يقع على الزوجة ويمكن للقاضي اللجوء إلى كافة الوسائل في إثبات السبب .

ويمكن أن يتضح للقاضي أن تنفيذ الشرط أصبح مرهقا للزوج فيثور التساؤل حول إمكانية تدخل القاضي في تعديل الشرط أو نقضه؟

3- سلطة قاضي شؤون الأسرة في تعديل الشروط المتفق عليها.

إذا ما إستندنا على قانون الأسرة الجزائري فإنه لم ينص لا صراحة ولا ضمنا على سلطة قاضي شؤون الأسرة في تعديل الشروط المتفق عليها، حالة ما إذا حدثت ظروف استثنائية، أو أصبح الشرط مرهقا، عكس ما جاء به القانون المغربي الذي يعتبر القانون الوحيد[3] الذي نص على إمكانية تعديل الشرط ضمن مدونة الأسرة، وهي الأحكام التي جاءت بها نص المادة 48 منه في فقرتها الثانية بنصها على

1 خدام هجيرة، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد السادس، العدد الأول، جوان 2015، ص350.

2 صافية بولحارس، **سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص116.

3 سي ناصر بوعلام، مرجع سابق، ص152.

"... إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف او الوقائع قائمة مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه...".

وأمام هذا الفراغ في عدم التنصيص في القانون الجزائري، ذهب بعض الفقه القانوني إلى القول بإمكانية تعديل الشروط وسندهم في ذلك نص المادة 107[1] من ق.م.ج وعلى أساسها يمكن للقاضي رد الالتزامات المرهقة في عقد الزواج إلى الحد المعقول، أو الاستناد على نص الماد 110[2] من ق.م.ج إذا كان الشرط تعسفي واعتبار النص سند قانوني لإعادة التوازن ورفع الغبن مع إمكانية التعويض[3]، أما من وجهة نظرنا فإننا نخالفه ويرجع ذلك لسببين:

السبب الأول: الاستناد على أحكام القانون المدني في غير محله، كون أن أحكام القانون المدني لا تعتبر مصدرا أصليا لقضايا الأسرة، فمن باب أولى الاستناد على أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها مصدرا أصليا بعد قانون الأسرة، والتي تزخر بالعديد من الآراء الفقهية.

السبب الثاني: أن أصحاب هذا الرأي لم يبينوا في رأيهم كيفية تعديل الشروط المتفق عليها، فهل يكون بموجب دعوى مستقلة؟ أو يتم أثناء سير الخصومة في دعوى حل الرابطة الزوجية؟ وهل يعتبر الحكم كافيا أم يجب إفراغه في عقد أخر؟.

ونرى أنه حالة ما إذا اتضح للقاضي أن الإخلال بالشرط يرهق الزوج له إعمالا بدوره الايجابي في الصلح إقناع الزوجة بالتنازل عن طلبها في التطليق، وله أن يرشد بمنح ضمانة أكثر بأن يوجه الزوجين؛ إما إلى التنازل عن الشرط أو تعديله، حسب ما يتوافق مع إرادتهما وإمكانية الوفاء به، وله في هذا

---

1 نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على"**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.**

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

2نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على" **إذ تم العقد بطريقة الاذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط ا وان يعفي الطرف المذعن منها،ى وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"**

3خدام هجيرة، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص353.

الصدد أن يوجه الزوجين إلى توثيق ذلك لدى الموثق حتى يكون ضمانة لهما، أو له أن يدرجه في محاضر الصلح باعتبارها سندا تنفيذا.

أما إذا توفرت شروط التطليق من وجود الشرط والإخلال به بإرادة الزوج وتمسكت الزوجة بطلبها ففي هذه الحالة لا يمكن للقاضي سوى الاستجابة لطلب الزوجة والحكم بحل الرابطة الزوجية وله أن يحكم بالتعويض إذا ما ثبت تضرر الزوجة.

الفرع الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لارتكاب فاحشة والضرر

قد يصدر من الزوج أثناء وجود العشرة الزوجة من الأفعال، وقد تكون من قبيل الأفعال التي تتصف بالفاحشة وهو ما سنتناوله أولا، كما أن الإخلال بالالتزامات والأفعال التي قد تسبب عدم الاستقرار في الحياة الزوجية ويصبح كل زوج في شق ويصيب الزوجة ضرر وهو ما نتناوله ثانيا، بالإضافة إلى صور أخرى لا يمكن حصرها تسبب لزوجة ضررا وهو ما سنتناوله ثالثا، وهي أسباب ينتج عنها حق للزوجة في طلب حل الرابطة الزوجية.

أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.

نصت المادة 53 من ق.أ.ج في مادته السابعة على "**... ارتكاب فاحشة مبينة**"، وبهذا النص يمنح المشرع الجزائري الحق للزوجة أن ترفع طلب التطليق من أجل حل الرابطة الزوجية بسبب ارتكاب الزوج فاحشة مبينة، وأثار النص الكثير من الجدل الفقهي ويرجع السبب إلى استعمال المشرع مصطلح فضفاض إن صح التعبير، يجعل من مدلول الفاحشة واسع جدا لا يمكن حصره في أفعال معينة، ولتوضيح الأمر يتعين علينا تحديد المفهوم قبلا.

1- مفهوم الفاحشة المبينة.

اختلف الفقه في تحديد المقصود بالفاحشة المبينة، وذهب جانب إلى القول أنها الخيانة الزوجية[1]،أو الجرائم الأخلاقية[2]، غير أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية فان مصطلح الخيانة

1 بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، مرجع سابق، ص205.

2 باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص53.

الزوجية في التشريع الجزائري غير وارد على الإطلاق، بل هو مصطلح متداول وعامي، كما أن اعتبار الفاحشة جريمة أخلاقية لا يفسرها.

ويذهب جانب أخر إلى القول بأن المقصود بالفاحشة من خلال مدلولها اللغوي والشرعي، بالاعتماد على العديد من معاجم اللغة وكتب الفقه الإسلامي، وانقسم أصحاب هذا الجانب بين موسع للمفهوم على أن المقصود بها كل فعل شنيع وقبيح وأمثلة ذلك الزنا والقتل والسرقة وتعاطي الخمر[1]، أو الشرك أو الردة[2]، بينما يذهب القسم الثاني إلى تضييق المفهوم وحصرها في جريمة الزنا على اعتبار أنها تمس بالأمانة الزوجية بكرامة الزوجة[3]، أوأنها[4] جريمة الفواحش بين ذوي الحارم الأفعال المنصوص والمعاقب عنها بموجب نص المادة 337 من ق.ع.ج وهو النص الوحيد الذي ذكر مصطلح الفواحش، أما عن وجهة نظرنا فانه لنا رائي يتوسط الرأيين السابقين لا هو موسع لنطاق الفاحشة إلى ابعد الحدود، ولا هو مضيق وسنبين ذلك من خلال العنوان الأتي.

2- دورقاضي شؤون الأسرة في تقدير طلب التطليق لفاحشة مبينة.

قبل التكلم عن هذا الموضوع يجب بنا الإشارة إليه أن نص الفقرة 7 من المادة 53 من ق.ا.ج كانت موجودة قبل التعديل، ويستشف منه أن المشرع الجزائري كان قاصدا في إبقائها دون إلغائها أو تعديلها، كما أن أحكام هذه الفقرة إنفرد بها المشرع الجزائري دون سواه من القوانين العربية المقارنة، وبموجبها منح المشرع قاضي شؤون الأسرة سلطة واسعة في تقدير سلوك الزوج الذي يعتبر فاحشة مبينة، كما يلاحظ أن النص جاء بصيغة النكرة[5] في إدراجه مصطلح الفاحشة المبينة، دون التعريف بالألف واللام، ويفهم منه أن المقصود به غير محدد ولا يمكن حصره في سلوك واحد كجريمة الزنا أو جريمة الفواحش بين ذوي الأرحام، وبالتالي منح المشرع السلطة الواسعة في تقديرها لقاضي شؤون الأسرة، غير أن ذلك ليس على إطلاقه بل يجب مراعاة اعتبارات وتتمثل في:

---

1 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص144.

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص305.

3 صالح حسيني، **انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص59.

4 سي بوعزة ايمان، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير حالات الطلاق، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد السادس، مرجع سابق، ص293.

5 ايت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص224.

أ- اعتبارات قانونية:حسب رأينا فان المقصود بالفاحشة المبينة هي بعض الأفعال المجرمة والتي تمس بشرف الأسرة والآداب العامة المنصوص عنها في المواد 304 إلى غاية المادة 449 مكرر من قانون العقوبات، وهي الجرائم المقصودة كما سبق تبيانه في معرض تحليل الفقرة 4 من المادة 53 من ق.أ.ج، وقد يطرح التساؤل ما الفائدة في إدراج الفقرة 7 وكان من الأجدر الاكتفاء بالفقرة 4 من نفس المادة ؟

وإجابة على التساؤل انه يوجد اختلاف بين أحكام الفقرتين كون أن أحكام الفقرة 4 اشترط المشرع وجود حكم قضائي كما سبق التفصيل فيه في عنوان التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة، فالجرائم الواردة في المواد السالف ذكرها أعلاه حتى وإن ثبت ارتكاب وقوع الأفعال المجرمة قد لا يصدر بشأنها حكم بالإدانة، ذلك انه يوجد ضمنها جرائم مقيدة لتحريكها بالشكوى كجريمة الزنا المنصوص عنها في المادة 339 من ق.ع.ج[1]، فقد ترتكب جريمة الزنا من قبل الزوج ولا تتقدم الزوجة بشكوى لإعتبارات اجتماعية وأسرية[2]، فلو تم الاكتفاء بالفقرة 4 من المادة 53من ق.أ.ج فإن الزوجة تفقد حقها في طلب التطليق، لهذا حسب رأينا فان المشرع بإقراره أحكام الفقرة 7 من المادة53 من ق.أ.ج منح إمكانية للزوجة حق المطالبة بالتطليق للفاحشة متى أثبتت ذلك واقتنع بها القاضي.

ب- اعتبارات دينية:سبق لنا القول أنه يمكن التوسع في مدلول الفاحشة المبينة، استنادا إلى اعتبارات دينية، كون أن الزوج يمكن أن يرتكب أفعالا تعتبر فاحشة مبينة، خاصة إذا ما علمنا أن مصدر قانون الأسرة هو الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك أن يكون الزوج مدمنا على شرب الخمر، أو ما يصطلح عليه في القانون " **بالمشروبات الكحولية أو الروحية**"، فالمشرع الجزائري لا يعاقب على شرب الخمر، إلا في حالتين:

الحالة الأول أن يكون شرب الخمر مؤدي إلى سكر سافر مذهب للعقل، وأن يتواجد الشخص في الشوارع أو المقاهي أو الأماكن العمومية وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في الأمر 75-26[3].

1 نصت المادة 339 من ق.ع.ج على"**يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة.**

2 ايت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص226.

3الأمر رقم 75-26، يتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، مؤرخ في 09 ماي 1975ج.ر.ج.ج، عدد 37 مؤرخة في 29 افريل 1975، ص498.

أما الحالة الثانية أن يكون شارب الخمر في حالة سكر ويقود مركبة وذلك ما نص عليه أحكام القانون 01-14 المعدل والمتمم[1]

ولا يوجد أي نص يعاقب على شرب الخمر والإدمان عليه، فقد يكون الزوج مدمنا على شرب الخمر مما يولد عند الزوجة النفرة والكراهية، وتخاف على تربية أولادها مع زوج غير سوي، مما يؤثر على الحياة الزوجية سلبا، فهنا يمكن اعتبار استهلاك الزوج للمشروبات الكحولية من قبيل الفاحشة، خاصة أن شرب الخمر يؤدي إلى السكر الذي يذهب العقل ويحتمل أن يقوم الزوج بأفعال لا يتقبلها الشرع فهنا يمكن القول انه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لهذا السبب.

وما يمكن استخلاصه في هذا الصدد أن المشرع الجزائري جعل الفقرة 7 من المادة 53 من ق.أ.ج واسعة المدلول وتحتمل عدة تأويلات دون إعطاء أمثلة عن المقصود بالفاحشة المبينة أو حصرها، ضف إلى أنه حتى وان إتسع مدلولها فإن مسألة الإثبات فيها تكاد تنعدم ودليل ذلك انه لم نجد أي اجتهاد قضائي في حدود دراستنا تطرق للتطليق بسبب فاحشة مبينة، كما أننا لم نصادف أي قضية طرحت لذات السبب في حدود ممارستنا.

ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

الأساس في بناء الأسرة هو المودة والرحمة والتعاون والذي أكده المشرع الجزائري في المادة 4 من ق.أ.ج بل جعل المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمحافظة على الروابط الزوجية من الحقوق والواجبات المشتركة للزوجين في نص المادة 37 من نفس القانون.

فإذا ما أخل أحد الزوجين أو كلاهما بما سبق ذكره تصبح الحياة الزوجية غير مستقرة، ويؤدي استمرارها إلى النفرة بين الزوجين، ويجعل استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا وهو ما يطلق عليه "**بالشقاق**"، والذي نص عليه المشرع الجزائري وجعله سببا يحق للزوجة المطالبة بالتطليق، وذلك بموجب نص المادة 53 في فقرتها الثامنة بنصها على" **الشقاق المستمر بين الزوجين**" والتي استحدثت بموجب الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة.

1 قانون 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها، مؤرخ في 19 أوت 2001، ج.ر.ج.ج، عدد 46، مؤرخة في 19 أوت 2001، المعدل والمتمم .

1- مبررات استحداث الفقرة 8 في المادة 53 من قانون الأسرة

يجمع غالبية الباحثين في قانون الأسرة أن الدافع في وضع الفقرة 8 من المادة 53 من ق.أ.ج هو تأثير[1] الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، ومن ابرز القرارات القرار الأول الصادر بتاريخ 1966/09/24[2] والذي جاء في حيثياته "... **من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فان القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي...".**

أما القرار الثاني صادر بتاريخ 1999/08/15 [3] والذي جاء في حيثاته " **من المستقر عليه قضاءا انه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج، وان الزوج هو المسئول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض...".**

ونحن بدورنا نساند إجماع الباحثين في قانون الأسرة في أن سبب وضع النص هو الاجتهاد القضائي خاصة أن السياسة التشريعية اتجهت إرادتها إلى تكريس الاجتهاد القضائي الوطني المتواتر، تماشيا مع ما استقر عليه.

وقبل التفصيل في الموضوع يتعين علينا التطرق إلى تعريف الشقاق.

2- تعريف الشقاق.

الشقاق لغة: شِقاق(اسم)مصدر شاقَّ اختلاف وانقسام، خصومة وعدم اتِّفاق، عداوة [4]

الشقاق اصطلاحا:وهو النزاع المستحكم بين الزوجين الذي يتعذر منه دوام العشرة بينهما[5].

1 صغيري سمية، مرجع سابق، ص66.

2 جمال سايس، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص822.

3مرجع نفسه، ص1051.

4 ابن منظور،لسان العرب،تحقيق عبد الله على الكبير ومن معه،دار المعارف، القاهرة مصر،د.س.ن، ص2301

5 مرجع نفسه.

وهو كل خلاف عميق ومستمر بين الزوجين يتعذر منه استمرار العلاقة الزوجية بحيث يصبح دوام العشرة بينهما غير ممكن.

الشقاق في الفقه الإسلامي

اختلف الفقه الإسلامي في اعتبار الشقاق سبب من الأسباب المبيحة للزوجة طلب الطلاق وانقسم إلى قسمين، وما يهمنا هو الرأي الذي يجيز التطليق للشقاق وهو رأي المالكية والحنابلة ويرى أصحاب هذا الرأي[1] أنه يجوز التطليق للشقاق أو الضرر منعا للنزاع المستمر بين الزوجين حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما، فيجوز للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي إذا ما ثبت تعدي الزوج وسبب ضررا للزوجة وأثبتت صحة دعواها، وللقاضي أن يطلقها إذ لم ترضى البقاء معه، وإذا ادعت الضرر وعجزت عن إثباته رفضت دعواها، وان كررت الادعاء والشكوى عين لها القاضي حكما من أهلها وحكما من أهله يسعيان للإصلاح، ويتضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري اخذ بهذا الرأي في جميع أحكامه، إذ اعتبر الشقاق سبب للتطليق متى ثبت الشقاق والضرر

3- شروط التطليق للشقاق المستمر

من خلال نص الفقرة السابعة من المادة 53 ق.أ.ج يتبين لنا ان المشرع الجزائري وضع شروطا حتى يمكن الاستجابة لطلب الزوجة وتتمثل في:

أ- شرط الشقاق بسبب الزوج.

خص المشرع الجزائري الشقاق كسبب من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق بعد ان كان قبل التعديل يدخل ضمن الضرر المعتبر شرعا، وأدرج أحكامها ضمن المادة 53 فق الفقرة 7، وحسب رأينا فان المشرع راعى الترتيب في أحكام المادة عنصر الضرر، بالرجوع إلى الفقرات التي تسبق الفقرة 7 فكلها أسباب تسبب ضررا للزوجة وتولد النفرة وتجعل الحياة الزوجية غير مستقرة، وبالتالي فان الأسباب التي تؤدي إلى الشقاق المقصود من قبل المشرع هي تلك الأسباب التي لا تتضمنها أحكام الفقرات السابقة، وسبيل مثال ذلك أن يكون هجرا أقل من أربعة أشهر لكنه متكرر،أو أن يعنف الزوج زوجته ويضربها وتتم متابعته ويصدر حكم بشأنه، لكنه سبق وان قلنا أن انه ليس من الجرائم الماسة بشرف الأسرة، وان يغيب لمدة زمنية طويلة ومتكررة ويكون الزوج ينفق على زوجته، والأمثلة

1 شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص175.

متعددة التي تؤدي إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية وليست مجرد خلافات أو تباين أراء بين الزوجين.

وما يؤخذ على نص الفقرة 7 من المادة 53 من ق.أ.ج أن المشرع الجزائري انه لم يحدد المتسبب في الشقاق هل الزوج أم الزوجة؟

وللإجابة على التساؤل نرى أن الشقاق الموجب لطلب التطليق من قبل الزوجة هو الشقاق الذي يكون سببه الزوج، أما إذا كان من الزوجة لا يستجاب لطلبها طالما انه لم يصدر منه ما يسئ لها هذا من جهة، ومن جهة أخر أن التمعن في نص المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتها الأولى إلى غاية الفقرة 9 فإنها تخاطب الزوج لا الزوجة، والذي كان تلميحا عدا الفقرة 4 التي خاطبت الزوج صراحة، بالإضافة إلى انه حق مقرر للزوجة في طلب التطليق وليس للزوج.

وعلى خلاف ما أخذ به المشرع الجزائري في إقراره لحق الزوجة في طلب التطليق للشقاق دون الزوج، نجد أن المشرع المغربي جعله حق لكل منهما وذلك بموجب نص المادة 94[1] من مدونة الأسرة المغربية، ورغم إقرار المشرع المغربي لحق كل من الزوجين تطبيق مسطرة الشقاق إلا أن الجانب العملي اثبت أن اغلب طلبات المقدمة بخصوص الشقاق كان مصدرها الزوجات أما الأزواج نادرا ما يتقدمون بتلك الطلبات[2].

ب- شرط الاستمرارية.

سبقا وان قلنا أن المشرع الجزائري الحق الشقاق بوصف المستمر، غير أنه لم يحدد أي مدة زمنية للاستمرارية[3]، وهو ما جعل شراح قانون الأسرة يعطونه أكثر من تفسير، فهناك من يرى أن المقصود بالاستمرارية الخلاف الدائم وتطول مدته ويؤثر على الحياة الزوجية بطريقة تجعل استمرارها أمرا

---

1 نصت على " **إذا طلب الزوجان أو احدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه**"وأضافت المادة 97 " **في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق وبالمستحقات طبقا للمواد 83و84و85 أعلاه مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الأخر...**".

2 عبد الواحد الرحماني، مرجع سابق، ص13.

3 نبيلة بن عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية (التطليق)، مجلة تحولات، المجلد الأول، العدد الأول، جامعة قاصدي مرباح ورقلة الجزائر، جانفي 2018، ص30

مستحيلا[1]، في حين يرى جانب أخر أن استمرار الشقاق يقصد به استمرار الخلاف الذي يكون بتكرار الدعاوى بين الزوجين[2]، وان تصبح الحياة الزوجية مستحيلة[3].

وفي نظرنا أن المشرع الجزائري قصد بوصف الاستمرارية أن تكون الحياة الزوجية لا يسودها الاستقرار ووجود خلاف دائم، ولا تكون هناك معاشرة زوجية، ونجد الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في بعض القرارات من بينها القرار الصادر بتاريخ 2011/07/14[4] الذي جاء في حيثياته " **أن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما...**"، ومنه على قاضي شؤون الأسرة أن يتحقق من أن الشقاق سبب انقطاع في العشرة الزوجية والتي يستنبطها من خلال ملف الدعوى وأثناء جلسة الصلح التي يأمر بها.

ج-شرط الضرر

لم ينص المشرع الجزائري على الضرر كشرط يجب إثباته من الزوجة في دعوى حل الرابطة الزوجية للتطليق بسبب الشقاق المستمر، غير أن الفقه القانوني بذهب إلى اعتباره شرطا[5]، وأساسهم في ذلك أن أصل الفقرة اشتق أن صح التعبير من الفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ.ج قبل التعديل، التي تضمنت طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، واعتبرت الشقاق صورة من صور الضرر،كما أن الاجتهاد القضائي قبل التعديل اثر على التشريع الذي جعل المشرع الجزائري يفرد نصا خاصا بالتطليق للشقاق، وقرارات المحكمة العليا ذكرت وجوب إثبات الضرر.

فالتطليق للشقاق إنما يكون بسبب ضرر ناشئ عن الشقاق وسوء العشرة وبسببه يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية[6]، فان لم يوجد ضرر لا يعتبر في الأصل شقاق.

كما أن المحكمة العليا أكدت في القرار الصادر بتاريخ 2011/07/14 المشار إليه أعلاه انه على قاضي شؤون الأسرة أن يبذل جهدا في التحقق من شروط الشقاق إذ جاء في حيثياته" **...حيث أن هذا**

1 يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008، ص60.

2 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص103.

3 صالح حسيني، مرجع سابق، ص 56.

4 قرار رقم 624622، بتاريخ 2011/07/14، ، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الثاني، سنة 2011، ص227.

5 الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص108، 109.

6 محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص244.

التسبيب قاصر ولا يفيد احترام نص المادة 8/53 من ق.أ.ج التي تنص على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها، وكان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى حالة الشقاق المستمر، ولا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش وخلاف بين الطاعن وبين المطعون ضدها، للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر لان الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما...".

ويتضح من خلال القرار أن المحكمة العليا لا تأخذ بأي إثبات سوى الخصومات القضائية، أي انه على القاضي أن يتحرى الشقاق المستمر بما يظهر من خلافات أثناء قيام الحياة الزوجية والتي تثبت من خلال وجود دعاوى قبل دعوى التطليق والتي تثبت بأحكام قضائية.

ويجب على القاضي أن لا يهمل دوره في أن يصلح بين الزوجين بنصح الزوجين لاحترام قدسية عقد الزواج ويحاول أن يصلح بينهما بمعالجة الأسباب التي أدت إلى الشقاق.

ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا.

إن الأسس التي تبنى بها الأسرة هي حسن المعاشرة وان يكون الزوجان ذو خلق حسن، وهو ما جاءت به الشريعة الإسلامية وأكده قانون الأسرة في نص المادة 4 منه، كما جعل القانون المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة من واجبات الزوجين في نص المادة 37.

غير انه قد تسوء العشرة بين الزوجين ولأسباب لا يمكن حصرها وتظهر خلافات، وقد تكون هذه الأخيرة بسيطة والتي لا تخلو منها أي أسرة في وقتنا الحاضر ويمكن تجاوزها، غير انه يمكن أن تبلغ قدرا من الجسامة وتسبب نفورا وضررا لأحدهما إذا ما تسبب فيه الطرف الأخر، وقد تؤدي إلى رفع دعوى يراد منها حل الرابطة الزوجية، وجعله المشرع الجزائري حقا للزوجة في المطالبة بالتطليق طبقا للفقرة العاشرة والأخيرة من المادة 53 من ق.أ.ج وذلك بنصها على "**...كل ضرر معتبر شرعا...**".

وبالرجوع إلى النص يتضح جليا أن المشرع الجزائري جاء بمفهوم واسع للضرر ولم يحصره في حالات محددة[1]، ويفهم من ذلك أن المشرع منح السلطة الواسعة لقاضي شؤون الأسرة في تقدير

1 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص168.

الضرر، كما منح الزوجة حرية إثبات الضرر بكافة الوسائل عكس ما جاء به في الفقرات السابقة لأسباب التطليق.

سبق وان شرحنا كافة الأسباب التي تجيز للزوجة طلب حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، وبينا فيها أسباب تسبب ضررا للزوجة، والتي لايشترط فيها أن تثبت الزوجة الضرر، وسبق القول أن المشرع الجزائري انه جاء بمفهوم واسع لها، ذلك انه قد يصدر من الزوج تصرفات لا تندرج أسبابها في الفقرات من 1 إلى 9 من المادة 53 من ق.أ.ج لكنها تسبب ضررا للزوجة، بل ويجعل من استمرار الحياة الزوجية أمرا مستحيلا، ويملك القاضي السلطة في تقدير ذلك، ومنه يمكننا القول انه على قاضي شؤون الأسرة التحقق من شروط التطليق للضرر والتي تكمن في وجود الضرر وهو الشرط الأول، ويجب أن يكون مصدره ناشئ عن الزوج وهو الشرط الثاني.

1-شرط وجود الضرر المعتبر شرعا.

عرف الضرر الموجب للتطليق بأنه" **إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل، كالشتم الفاحش والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه**"[1]، وعرفته المحكمة العليا في بعض القرارات بأنه إساءة الزوج لزوجته[2]،ولم يحدد المشرع الجزائري في إقراره للفقرة العاشرة من نص المادة 53 من ق.أ.ج تعريفا أو معيارا محددا لما يعتبر ضررا، غير انه ألحقه بوصفين؛الأول أن يكون معتبرا أما الثاني أن يكون شرعا.

وان يكون الضرر **"معتبرا"** ذهب الفقه القانوني إلى القول انه ذلك الضرر الذي لا تستطيع الزوجة معه دوام العشرة مع زوجها[3]، وضرب أمثلة عن ذلك من بينها إساءة معاشرة الزوجة عن طريق إهانات خطيرة وجسيمة، أو قساوة المعاملة.

أما عن وصف **"شرعا"** فان المقصود به الضرر الذي يعتبره الشرع الإسلامي ضررا[1]، ومصدر التطليق للضرر الشريعة الإسلامية واخذ به المذهب المالكي سواء أكان ماديا أم معنويا، وهو كل ما

1 وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، مرجع سابق، ص334.

2قويدري خيرة، مرجع سابق، ص171.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص301.

يصدر عن الزوج من قول أو فعل أو ترك أو سلوك يضر بالزوجة ويكون بقصد وتعمد وبدون وجه حق، حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة وضارة تشكو منها المرأة ولا تطيق الصبر عليها[2].

كما أن التشريعات المقارنة كالتشريع التونسي مثلا في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي جاء فيها" **يحكم بالطلاق...2- بناءا على طلب احد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر...**"، أما المشرع المغربي كان أكثر وضوحا ودقة مقارنة بالتشريع الجزائري والتونسي، كونه أكد على عدم القدرة في استمرار العلاقة ، كما بين طرق الإثبات بأن يكون بكافة طرق الإثبات، إذ نصت المادة 100 من مدونة الأسرة في فقرتها 2 على" **يعتبر ضررا مبررا للتطليق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة، يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية**" ونصت نفس المادة في الفقرة الأولى على"**تثبت وقائع الضرر بكافة وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة**".

وحتى يستجيب قاضي شؤون الأسرة لطلب الزوجة لحل الرابطة الزوجية يجب أن تتوفر فيه شروط أخرى مستنبطة من القانون وأخرى من الاجتهاد القضائي.

2- أن يكون الضرر بسبب الزوج.

ومفاد ذلك أن يصدر من الزوج ما يسبب إساءة ويستشف هذا الشرط من نص المادة 53 من ق.أ.ج والتي تخاطب الزوج لا الزوجة، بالإضافة إلى أن الحق المقرر في النص للزوجة، ويعتبر حق الزوجة في التطليق جزاءا لمخالفة الزوج، وذهبت المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1985/02/25[3] والذي جاء في مبدئه " **من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بكل الوسائل الشرعية، ولا يعد رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه**".

---

1 براهامي العيد، **سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي**، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، ص 224،225.

2 البكري محمد عزمي،مرجع سابق، ص299.

3 سايس جمال، مرجع سابق، الجزء الاول، ص159.

وقد يكون سلوك الزوج ايجابيا كضرب الزوجة كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/01/16[1] والذي جاء في مبدئه "**إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب نص الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب**"، كما يمكن أن يكون سلوك الزوج سلبيا كان يمتنع عن توفير سكن كما جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/06/15[2] والذي جاء في حيثياته "**أن الزوجة تضررت لطول مدة الخصام مع الزوج وان الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجين مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها**".

كما يجب أن يكون الضرر قائما وليس محتملا أو مفترض وقوعه، وأن يكون متعمد من الزوج وبإرادته دون أن تتدخل ظروف أخرى قاهرة.

وقاضي شؤون الأسرة دور كبير في دعوى التطليق للضرر لاسيما في تقدير الضرر خاصة أن المشرع لم يحدد معيار للتفرقة بل ترك الحرية في ذلك للقاضي، وهو أمر ليس بالهين كون أن تقدير الضرر مرن ويتغير من مكان إلى أخر ومن زمن لأخر، وبالتالي على القاضي اعتماد المعيار الشخصي[3] في تقديره، انطلاقا من المعطيات الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة.

كما له دور أخر يتجلى في التحقق من وجود الضرر كونه أساس الحكم بالتطليق، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة فهو لم يحدد وسائل إثبات الضرر عكس المشرع المغربي كما تم الإشارة إليه سابقا، وهو ما جعل المشرع الجزائري يتدارك الأمر ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومنح لقاضي شؤون الأسرة الحرية في الإثبات، إذ نصت المادة 451 منه في الفقرة 3 على " **يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة ، لا سيما الأمر بالتحقيق أو إجراء خبرة طبية أو الانتقال أو المعاينة**".

ويتضح من النص أن المشرع منح للقاضي السلطة الواسعة في اتخاذ الإجراء المناسب للإثبات، وحسب رأينا فان المشرع الجزائري لم يحسن صياغة المادة بالشكل الصحيح، ذلك انه استعمل

1سايس جمال، مرجع سابق، الجزء الاول ، ص489

2 قرار رقم 224655، صادر بتاريخ 1999/06/15، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأول، سنة 2001، ص275.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص303.

مصطلح **"التدابير"**، ثم بعد ذلك ذكر على سبيل المثال باستعماله كلمة **"لاسيما"** وذكر التحقيق والخبرة الطبية و الانتقال والمعاينة، والتي يجب أن تكون بموجب أمر، والأمثلة تعتبر بمفهومها القانوني إجراء وليس تدبير، خاصة أن المادة واردة ضمن القانون الإجرائي، كما أن المشرع في الباب الرابع من الكتاب الأول من ق.إ.م.إ المتعلق بوسائل الإثبات استعمل مصطلح إجراء وليس تدبير .

بالإضافة انه على قاضي شؤون الأسرة ورغم تحققه من وجود كافة الشروط في طلب الزوجة للتطليق للضرر أن لا يهمل دوره في إصلاح ذات البين وله أن يسعى إلى معرفة الأسباب التي جعلت من الزوج يسلك السلوك المسبب للضرر للزوجة، وله في ذلك أن يعض الزوج بالاستقامة مع زوجته، وفي المقابل له يحاول إقناع الزوجة بالتخلي عن طلبها متى اتضح له من الملف أن الزوج يبدي رغبة في تغيير سلوكه أن تعدل الزوجة عن طلبها، وان فشل في ذلك ما عليه سوى الحكم بحل الرابطة الزوجية.

وبهذا نكون قد الممنا دراسة دور قاضي شؤون الأسرة بالنسبة للأسباب التي يمكن للزوجة المطالبة بحل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق وفقا لأحكام المادة 53 من ق.أ.ج، فمتى توفر سبب أو أكثر فانه يمكن لقاضي شؤون الأسرة بعد فشل محاولة الصلح أن يحكم بحل الرابطة الزوجية، كما انه يمكن أن يمنح للزوجة تعويضا عن الضرر اللاحق بها وهو ما جاءت به أحكام المادة 53 مكرر من ق.أ.ج التي نصت على" **يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

وبعد أن تطرقنا إلى الصلح الذي يقوم به القاضي غير انه يمكن أن يفوض الغير للقيام بجلسة الصلح ومحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 56 من ق.أ، إذا ما لم يتبين له من المتسبب في نشوء المنازعة بينهما ولم يتبين له المضرور، والذي وصفه المشرع الجزائري باشتداد الخصام، وبموجبه يقوم القاضي بتعيين حكمين من أهل الزوجين وحدد له المشرع الجزائري بعض الأحكام ضمن قانون الأسرة، ونظم إجراءات أخرى ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بالإضافة إلى الصلح عن طريق الحكمين ذهبت بعض التشريعات الإسلامية والغربية إلى اعتماد وسيلة أخرى لتعزيز الإصلاح بين الزوجين والذي يتجسد في وسيلة الوساطة الأسرية، والتي

استثناه المشرع الجزائري في القضايا الأسرية رغم انه متجذرة في أعرافه ولها أرضية ومطالبة من قبل الباحثين لتجسيدها ضمن الآليات لحل المنازعات الأسرية.

وعليه فان الباب الثاني من البحث سنتناول فيه وسيلة الصلح عن طريق الحكمين وكيفية تفعيل دور قاضى شؤون الأسرة عن طريق الوساطة الأسرية.

الباب الثاني

دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين وسبل تفعيل الوساطة الأسرية

الباب الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين وسبل تفعيل الوساطة الأسرية.

تناولت التشريعات وسائل فض المنازعات ضمن قوانينها والتي من بينها الصلح والتحكيم والوساطة، ومن بين هذه التشريعات التشريع الجزائري، وهذا الأخير جعل الصلح وسيلة من الوسائل التي يعتمد عليها في حل المنازعات الأسرية وأدرج لها أحكام خاصة وجعله وجوبيا على القاضي والأطراف، و يمكن أن يستعصي الأمر على القاضي في إصلاح ذات البين بين الزوجين لاسيما إذا ادعى كل منها ظلم الأخر ولم يتبن له من المتضرر، لذلك أدرج المشرع الجزائري طريق أخر للصلح بين الزوجين، والذي بموجبه يفوض القاضي طرف أخر على أن يكون حل النزاع داخل الأسرة يسمى حكما، ويجب أن يكونا اثنين احدهما من أهل الزوج والأخر من أهل الزوجة وتضمنته أحكام المادة 56 من قانون الأسرة بالإضافة إلى نصوص تنظيمية ضمن ق.إ.م.إ، وهو ما سنتناوله في الفصل الأول.

وبعد تقييم نظام الصلح سوءا الذي يقوم به القاضي بنفسه أو عن طريق الحكمين ومن خلال الإحصائيات وما هو موجود في الجانب العملي الذي اثبت عدم نجاعته نظام الصلح ودعوة الباحثين إلى إدراج نظام الوساطة الأسرية كوسيلة لحل المنازعات الأسرية أسوة بما ذهبت إليه العديد من الدول ووجود بوادر لتعميم الوساطة كطريق لحل جميع النزاعات، وهذا ما نسانده بدورنا مما يجعل بنا للإلمام بذلك ضمن الفصل الثاني من هذا الباب

الفصل الأول

دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين

نصت المادة 56 من ق.أ.ج على "**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرروجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.**

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هاذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين."

من خلال النص يتضح أن المشرع الجزائري أدرج إجراءات الصلح عن طريق الحكمين أو ما يعرف بالتحكيم،كوسيلة لإصلاح ذات البين بين الزوجين، وما يلاحظ على النص أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "**اشتد الخصام**" بينما استعمل مصطلح الشقاق في نص المادة 53 الفقرة 8 من ق.أ.ج ومنه يمكن طرح التساؤل هل اعتبر المشرع الجزائري الخصام شقاق؟ أم انه يوجد اختلاف بينهما من حيث الأحكام ؟.

وحسب اعتقادنا أن المشرع الجزائري قصد باشتداد الخصام وجود منازعات وخصومات القضائية بين الزوجين عند نشوز الزوجين معا أو عند نشوز احدهما وعدم إثبات المتسبب فيه، وتبريرنا في ذلك تفسير النصوص القانونية حسب موقعها في التقنين وترتيبها، كون أن نص المادة 56 جاء مباشرة بعد نص المادة 55 التي نصت على النشوز وذلك بقولها" **عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**"، ويفهم من نص المادة انه حالة عدم إثبات الضرر في الخصومة سواء رفعت من قبل الزوج أو الزوجة الرامية إلى حل الرابطة الزوجية، فانه تطبق أحكام المادة 56 بلجوء قاضي شؤون الأسرة إلى إجراءات التحكيم هذا من جهة.

ومن جهة أخرى اعتبار أن الاجتهاد القضائي له أثر كبير في وجود القواعد القانونية، لاسيما في قانون الأسرة، واستنادا على القرار الصادر 2011/07/14 [1]الذي جاء في حيثياته " **أن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما...**".ويستنبط من القرار أن القضاء يعتبر الخصومات المطروحة أمام القضاء هي السند الوحيد لإثبات وجود

1 قرار رقم 624622، بتاريخ 2011/07/14، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2011، ص227.

الخصام، المقصود حسب نص المادة 56 من ق.أ وبالتالي يتضح أن نص المادة 65 ليس لها ارتباط بالفقرة 8 من ق.أ.ج من حيث الأحكام.

ونصت المادة 446 من قانون الإجراءات المدينة والإدارية على"**إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة**." فمن خلال النص يتضح جليا أن المشرع الجزائري نصه الصريح على أن تعيين الحكمين مهمتهم محاولة الصلح، ونفس المصطلحات استعملها المشرع الجزائري في الصلح الذي يقوم به القاضي بنفسه في دعاوى حل الرابطة الزوجية، ويفهم من خلال ذلك أن القاضي يقوم بتفويض الحكمين لإجراء محاولة الصلح بدلا عنه، ولتوضيح ذلك سيتم التطرق إلى أحكام الصلح عن طريق الحكمين في المبحث الأول ثم نطرق في المبحث الثاني دور قاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين.

المبحث الأول

أحكام النشوزوالصلح عن طريق الحكمين-التحكيم-

سبق لنا القول أن إجراءات الصلح عن طريق الحكمين يتم اللجوء إليها حالة وجود دعوى لحل الرابطة الزوجية ويدعي فيها كلا الزوجين نشوز الأخر ولم يثبت الضرر فيها، ويعجز القاضي في محاولة الصلح، فالنشوز يعتبر سببا لرفع الدعوى حل الرابطة الزوجية، وليس صورة من صور الطلاق، وعليه فانه يتعين علينا قبل الخوض في أحكام الصلح عن طريق الحكمين تبيان أحكام النشوز هذا من جهة، ومن جهة أخرى حتى يستقيم البحث من حيث تحليل النصوص القانونية من حيث ترتيبها، ومنه سنتناول في المطلب الأول أحكام النشوز باعتباره سببا للصلح عن طريق الحكمين، فيما يكون المطلب الثاني تحت عنوان مفهوم الصلح عن طريق الحكمين.

المطلب الأول

أحكام النشوز

سبق لنا الإشارة إلى أن إجراءات الصلح عن طريق الحكمين يتم اللجوء إليها حالة وجود دعوى لحل الرابطة الزوجية ويدعي فيها كلا الزوجين نشوز الأخر ولم يثبت الضرر فيها،ومنه نرى انه من الأجدر التطرق إلى أحكام النشوز في الشريعة الإسلامية وما تناوله الفقه في ذلك، ومنه يكون عنوان الفرع الأول أحكام النشوز، ثم بعد ذلك نتناول أحكام النشوز في القانون الجزائري وما جرى عليه العمل القضائي وهو عنوان الفرع الثاني.

الفرع الأول

مفهوم النشوز

إن مجرد معرفة الزوجين للحقوق والواجبات المترتبة على كل طرف، لا يغني عن وجود انتهاك لها وتعدي احد الزوجين عليها، مما يؤدي إلى وجود النفرة من الطرف الأخر، ويسمى الطرف الذي يتخلى عن واجباته الزوجية ناشزا ولتوضيح أحكام النشوز علينا التطرق إلى مفهومه(أولا)، وحالات النشوز (ثانيا).

أولا:تعريف النشوز

يتحدد مفهوم النشوز بتعريفه لغة واصطلاحا.

1- تعريف النشوزلغة.

وهو المكان المرتفع عن الأرض وعلى حواف الوادي المرتفعة، والجمع أنشاز ونشوز[1] وهو الاستعصاء والامتناع والترفع، من النشز وهو ما ارتفع وظهر

وباستعراض مادة نشز في كتب اللغة يجد أنها تطلق ويراد بها عدة معان:

منها: الاستعلاء، ومنها العصيان.

ومنها: الامتناع والخروج عن الطاعة، والتمرد، والتعدي، والأذى، والكراهية، والبغض، والمخالفة، والخلاف، والترك، والتقصير، والإساءة، والتجافي، والاعوجاج، والاستخفاف، والنفور، والتكبر، والتباعد، والميل والانحراف[2].

2- تعريف النشوزفي الفقه الإسلامي.

النشوز هو **عصيان احد الزوجين والترفع عن مطاوعة الزوج للأخر ومتابعته، وعدم القيام بواجباته**

و عرفه المالكية على أنه:**" خروج الزوجة عن الطاعة الواجبة و منع لزوج التمتع بها، و أن يتعدى الزوج على زوجته و يضارها بالهجر و الضرب لغير موجب شرعي و الأذى و الشتم وغيره."**
عرفه الشافعية بأنه: **" مخالفة كل منهما صاحبه"**[3].

عرفه الحنابلة بقولهم: "**هو كراهية كل واحد من الزوجين صاحبه و سوء عشرته**[4]."

1 ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق، الجزء 14، ص285.

2 صالح بن غانم السدلان، النشوز ضوابطه، حالاته، اسبابه ، طرق الوقاية منه وسائل علاجه في ضوء القران والسنة، الطبعة الرابعة، دار بلنسية للنشر والتوزيع،الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1417هـ 1996 م، ص16.

3 صالح عبد السميع الأبي الأزهري: جوهر الإكليل شرح مختصر خليل، د ط، د.س.ن، مطابع دار الفكر، لبنان، ص 318

4 موفق الدين بن احمد بن قدامة، شمس الدين بن احمد بن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير عل متن المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل، الطبعة الاولى، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ب.ن، 1984، ص 296.

ويقول الإمام القرطبي رحمه الله في تفسيره لقوله تعالى "نشوزهن" فانه يعني **استعلاءهن على أزواجهن، وارتفاعهن عن فرشهم بالمعصية منهن، والخلاف عليهم فيما لزمهن من طاعتهم فيه، بغضا منهن وإعراضا عنهم**[1]،والمرأة الناشز هي المترفعة على زوجها، التاركة لأمره المعرضة عنه[2]، والنشوز لا يقتصر على الزوجة فقط فقد يكون الزوج ناشزا.

وعلى ذلك:[3] فإن النشوز يكون من الزوجة، أو من الزوج، أو منهما معاً، فنشوز الزوجين هو: كراهية كل منهما صاحبه: وهو المسمى بالشقاق. وهذا النوع من النشوز أشارت إليه الآية الكريمة: **﴿وَإِنْ خفتم شقاق بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾**[4].

وبالنظر إلى هذه التعريفات يتضح أنها متقاربة وتدل على أن النشوز يكون من كلا الزوجين سواء بعصيان أو بالكراهية أو بالمخالفة أو بالنفور والجفاء أو بالتعدي من احدهما أو بالإضرار وغير ذلك، هذا بالنسبة إلى التعريفات التي جاء بهاء فقهاء الشريعة الإسلامية.

3 -تعريف النشوزفي الفقه القانوني.

تعددت أيضا تعريفات النشوز بالنسبة للفقه القانوني فعرف الأستاذ **بن الشيخ اث ملويا** النشوز على انه "**عدم امتثال احد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة بذلك**[5]، **مثل عدم التحاق الزوجة لبيت الزوجية أو مغادرتها دون سبب مشروع ودون إذن من الزوج، وكذا مغادرة الزوج لبيت الزوجية أو عدم توفير سكن لممارسة الحياة الزوجية أو التماطل في إرجاع زوجته بعد الحكم عليه بذلك، فهنا لأي من الزوجين أن يطلب التطليق مع التعويض عن الضرر اللاحق به**"[6].

1 القرطبي محمد بن احمد الأنصاري، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقوسي، الجامع لأحكام القران، الطبعة الأولى، الجز الخامس ،بيروت لبنان، سنة 2006، ص 112.

2 ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء 7 ، ص318.

3 معتصم عبد الرحمان محمد منصور، **أحكام النشوزفي الشريعة الإسلامية**، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين،سنة 2007، ص40.

4 سورة النساء، الآية 35.

5 سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص140.

6 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص183.

وذهب الأستاذ **بلحاج العربي** إلى إعطاء أمثلة في محاولة تعريفه لنشوز الزوجة على أنها"**الزوجة الناشرة هي التي تترك بيت الزوجية بلا مسوغ شرعي، أو تخرج عن بيت الزوجية بغير وجه حق، أو لا تطيع زوجها بالأمور التي اوجب الشارع عليها طاعته، أو امتنعت الانتقال إلى بيت الزوج بدون سبب شرعي، أو منعته من الدخول إلى البيت الزوجي الذي يقيمان فيه معا، أو التي سجنت بسبب جريمة، أو المسافرة دون إذن زوجها..."**[1]

والمشرع الجزائري لم يعرف النشوز على غرار بعض التشريعات العربية على سبيل المثال نجد المشرع الفلسطيني في قانون الأحوال الشخصية في المادة 171 منه على " **الناشزة وهي التي خالفت زوجها أو خرجت من بيته بلا إذنه بغيروجه شرعي... وتكون ناشزة اذا كان البيت المقيمان به ملكا لها ومنعته من الدخول عليها ما لم تكن سألته النقلة منه**"[2]

قد يكون النشوز من الزوجة كما يمكن أن يكون من الزوج أيضا، ويمكن أن يكون من الزوجين معا. وهذا ما سنتطرق إليه.

ثانيا: حالات النشوز

1- نشوز الزوجة.

يرجع أصل النشوز إلى الشريعة الإسلامية في قوله تعالى ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ۚ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ۚ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا**﴾[3]، وحكم النشوز التحريم باتفاق المذاهب الأربعة[4].

فمن الحقوق المترتبة شرعا للزوج على زوجته طاعته بالمعروف، فان تعالت وترفعت عن زوجها أو عصته فيما أوجبه الله له عليها عدت ناشزا، وقدمت الآية الكريمة علاج نشوز الزوجة والذي يكون بالطرق الآتية ترتيبا:

---

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ص310،309.

2 نقلا عن وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص39.

3 سورة النساء، الآية 34.

4 الامام العلامة تقي الدين ابن تيمية(661-728)،الفتاوى الكبرى، تحقيق وتعليق وتقديم محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، المجلد السادس،الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1987، ص315.

الوعظ: ان يذكر الزوج زوجته ما أوجب الله عليها من حسن الصحبة وجميل العشرة للزوج، وتذكيرها ما اوجب الله عليها من الحقوق وما يلحقها من الإثم بالمخالفة.

الهجر: ان يهجر الرجل امرأته الناشر ينام معها في الفراش في الحدود الشرعية، كما يمكن أن يكون الهجر في الكلام على أن لا يزيد عن الثلاثة أيام وهو ما جاء به الشافعية والحنابلة[1].

الضرب:إذا ما إستمرت الزوجة في النشوز بعد الوعظ والهجر فلزوج أن يضرب ضربا غير مبرح، لا يكسر عظما ويشين بارحة، إن ضن إفادته[2].

2- نشوز الزوج

لا يقتصر النشوز على الزوجة فقد يكون من الزوج أيضا وجاء في قوله تعالى﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا**﴾[3] وصور نشوز الزوج متعددة كأن يميل الزوج إلى زوجة أخرى، أو إن يمتنع عن الإنفاق أو ضربها دون مبرر[4]، أو وان يسئ المعاشرة ويعاملها بالجفاء وأهانتها وإثارة غيرتها، أو التضييق عليها بسبب عملها أو بسبب راتبها أو غيرها من الصور الأخرى، وفي كل الحالات فان نشوز الزوج لأي سبب من الأسباب فانه يعتبر مبررا لطلب الزوجة التطليق.

وعلاج نشوز الزوج جاء في نص الآية 128 من سورة النساء ويكون ذلك بسعي من الزوجة لمعرفة أسباب النشوز، ومحاولة جلب سبل التسامح والعفو والإصلاح، ويكون ذلك بمحاولة معرفة الدوافع والسبب وراء نشوز زوجها، وبالموعظة الحسنة ومحاولة إصلاح أمرها مع زوجها، ولم يعطها الإسلام حق العلاج بالهجر والضرب كما أعطى للزوج، وذلك باختلاف طبيعتها عن الرجل وضعف سلطتها وقواميتها عليه[5]

1 الامام العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، تحقيق محمد امين الصناوي، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 1997، ص209.

2 المصري مبروك، مرجع سابق، ص247.

3 سورة النساء الآية 128.

4المصري مبروك، مرجع سابق، ص 249.

5أحكام القران تفسير الطبري، مرجع سابق، الجزء 9 ص 268.

والزوجة تستطيع أن تستنفر كل طاقاتها قولا وفعلا لتعيد زوجها إلى طبيعة حالته ويكون كما يأتي[1]:

أولا: على الزوجة أن تستجمع كل حيلها وذكائها وحنكتها لتكشف سر فتور زوجها، ولتدرس أسباب نفوره في تلطف وكياسة.

ثانيا: وعظ الزوج، بأن تذكره بما أوجب الله تعالى عليه لها حسن العشرة والمعاملة بالمعروف...الخ

ثالثا: مصالحة الزوجة زوجها، ينبغي أن تتحرى الزوجة مرضاة زوجها، وان تبحث عن مدخل في نفسه، ولها من الطرق ما يمكنها أن تحسن التصرف وتدرك النجاح وهو ما أشار إليه القران الكريم في قوله تعالى ﴿**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ**﴾[2]، أي أن المرأة التي تخاف من زوجها نشوزا وترفعا عليها وإعراضا وانصراف بان تثبت لها ذلك وتحقق كان رأته مشغولا بالأمور الدنيوية بان تصبر الى غاية زواله، وان كان النشوز كرها لها ورغبة عنها بان تسمح ببعض حقها عليه والأحاديث كثيرة بجواز الصلح بإسقاط بعض حقوقها

3- نشوز الزوجين معا.

بعد أن تطرقنا إلى نشوز الزوجة ونشوز الزوج غير انه يمكن أن يكون النشوز من الزوجين معا، وهو ما يؤدي إلى النفور المتبادل بين الزوجين[3]، ويشترك الزوجين في التعدي والتباعد فيصير كلاهما في شق ويحصل الاختلاف وعدم الاجتماع[4]، ثم يدعي كل واحد منهما ظلم الأخر ويتخاصمان[5]، فيبلغ الخلاف ذروته ويجتهد كل زوج في فعل ما يشق على الأخر ويصبح كل زوج في شق، وهو ما يدل على دقة

1 صالح بن غانم السدلان، مرجع سابق، ص49.

2 سورة النساء الآية 128.

3 المصري مبروك، مرجع سابق، ص251.

4 وائل طلال سكيك، **التحكيم للشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2007، ص38.

5 سعيد بن محمد هراوة، حماية الأسرة في ظل الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، سامي للطباعة والنشر والتوزيع،الوادي، الجزائر، 2022، ص248.

وبلاغة النص القرآني "**شقاق بينهما**" ويجعل من العشرة الزوجية أمر مستحيل[1]،وهو من اشد المنازعات الأسرية خطورة على الأسرة كون انه يصبح حل الرابطة الزوجية وشيكا.

فكما يوجد علاج في الشريعة الإسلامية لنشوز الزوج أو الزوجة، فانه يوجد أيضا سبيل علاج لنشوز الزوجين معا، ويكون ذلك بالإصلاح عن طريق الحكمين أو ما يعرف "**بالتحكيم**" كما جاء في الآية الكريمة ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[2]، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج بنصها على" **إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرروجب تعيين حكمين للتوفيق بينها...**".

والمشرع الجزائري اخذ بالرأي الراجح في الشقاق الذي يعتبر محلا للصلح عن طريق الحكمين، والذي ذهب إليه اغلب فقهاء الشريعة الإسلامية، والذي مؤداه أن حالة بعث الحكمين هي الحالة التي يختلف فيها الزوجان، كأن يدعي الزوج نشوز زوجته وترد الزوجة بأنه اعتدى عليها وقصر في حقوقها وتدعي نشوزه[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه لم يعرف النشوز ولم يبين ويفرق بين الحالات التي ذكرنها مما صعب على العمل القضائي في رسم حدود النشوز[4] وهو ما سنتناوله

الفرع الثاني

النشوز في القانون الجزائري والعمل القضائي.

ذكر المشرع الجزائري النشوز في مادة وحيدة تضمنتها المادة 55 من ق.أ.ج التي نصت على "**عند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر**" ، وهذه المادة لم تعرف

1 اندخوشي إبراهيم، التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القضاء، جامعة المدينة العالمية، كلية العلوم الإسلامية، قسم القضاء والسياسة الشرعية، ماليزيا، 2012، ص68.

2سورة النساء ،الآية 35.

3 عبدو احمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، المجلد الأول، العدد الأول، 2011/01/01، ص158.

4 داود نضيرة، **النشوزوالآثار المترتبة عليه**، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الدراسية 2000-2001

النشوز ولم تفرق بين حالاته، وهذا الأمر يجعل بنا استنباط الأحكام المتعلقة به من تحليل النصوص القانونية (أولا)،وأمام هذا الفراغ القانوني اتجه العمل القضائي إلى سد الفراغ (ثانيا).

أولا: النشوز في القانون الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري النشوز سواء أكان من الزوجة أم من الزوج، ولم يبين نص المادة 55 من ق.أ.ج صوره، رغم أن النص باللغة الفرنسة جاء بعبارة غياب احد الزوجين عن البيت الزوجية والتي تعتبر ترجمة ركيكة غير موفقة في النص الفرنسي[1]، ويعتبر النص باللغة العربية أوسع من النص باللغة الفرنسية ويقبل التفسير خاصة أن النشوز يحتمل جميع الحالات التي يتخلى فيها احد الزوجين عن واجباته المنبثقة عن عقد الزواج[2].

وأمام هذا الفراغ يمكننا استنباط أسباب النشوز من خلال نصوص مواد قانون الأسرة لاسيما نص المادة 36 و 37 التي جاءت تحت عنوان حقوق وواجبات الزوجين، فإذا ما اخل احد الزوجين بها يعتبر ناشزا، أو عند الإخلال بأحكام المادة 74 و76 التي تقتضي أحكامها بوجوب النفقة، وهذا حسب رأينا ويمكن استنباط بعض أسباب النشوز من هذه المواد كما يلي:

أ- عدم المحافظة على الروابط الأسرية والإخلال بالحقوق والواجبات الزوجية،كان يمتنع الزوج عن توفير سكن لممارسة الحياة الزوجية، أو امتناع الزوجة الالتحاق بالسكن الذي يوفره الزوج دون أي مبرر، أو امتناع احد الزوجين المعاشرة في الفراش دون أي سبب.

ب- عدم المعاشرة بالمعروف، فأساس الاستقرار الأسري معاشرة كل زوج للأخر بالمعروف، بان يعطي كل زوج للأخر حقه وان تتلفظا بالقول الحسن وان لا يعتدي احدهما على الأخر بالفعل.

ت-عدم تنظيم الولادات كان يفرض احد الزوجين عدم احترام التباعد في الإنجاب، وكذا الإخلال بتربية ورعاية الأولاد وهي مسؤولية مشتركة لكل من الزوجين، والمشرع الجزائري جاء بمفهوم واسع

1 بن داود عبد القادر، الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، المجلد 8، العدد 9،جانفي 2004، ص224.

2 مسعودة نعيمة الياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية2009-2010، ص230

للرعاية يدخل ضمنه العديد من الالتزامات كالرضاعة قدر الاستطلاع، وتربية الأبناء على دين الأبوين وتعليمهم والحفاظ على صحتهم وحمايتهم.

ث- الانفراد بتسيير شؤون الأسرة، ومثال ذلك أن ينفرد احد الزوجين بتسمية الأبناء دون أن يستشير الزوج الأخر في ذلك.

ج- عدم معاملة احد الزوجين لأهل الزوج الأخر معاملة حسنة وعدم إحترامهم وزيارتهم، كأن يمنع احد الزوجين زيارة أهل الزوج الأخر لمرات منطقية ومعقولة عرفا وشرعا[1] أو الامتناع عن إستضافتهم، أو عدم معاملة أقارب أحد الزوجين بالحسنى.

خ- عدم الإنفاق فالنفقة واجبة على الزوج اتجاه زوجته و أولاده وهو ما نصت عليه أحكام المادة 74 و75 من ق.أ.ج، كما انه قد تجب نفقة الزوجة على الزوج والأولاد في حالة عجز الزوج وقدرة الزوجة على ذلك وهو ما جاء به المشرع الجزائري في أحكام المادة 76من ق.أ.ج

د- محافظة احد الزوجين على مال الطرف الأخر، خاصة أن المشرع الجزائري نص على استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين، فاستقلال الذمة المالية يقصد به منع التصرف إلا بإذن، فتدخل احد الزوجين في الذمة المالية للزوج الأخر وعدم المحافظة عليه يعتبر إخلالا، وهو كثير الحدوث خاصة إذا ما كانت الزوجة عاملة أو موظفة

وأمام النقص التشريعي في أحكام النشوز وجه الباحثين النقد للمشرع الجزائري، وذهب الأستاذ **المصري مبروك** إلى القول "**أن المشرع الجزائري لم يراعي الإصلاح أولا فان عجز عنه كان له حسب الضرر المترتب على النشوز أن يطلق بعوض على أساس أن نص المادة 55 من ق.أ.ج لم تنص على الصلح واعتبر أحكامها قاصرة و متناقضة مع أحكام المادة 49 من نفس القانون**"[2].

ونحن بدورنا نساند هذا الرأي بالنسبة للقصور في الأحكام، غير أننا نرى انه لا يوجد أي تناقض بين أحكام النصين 55 و49 من ق.أ.ج كون أن نص المادة 48 من ق.أ.ج بينت صور الطلاق والمادة 49 جعلت الصلح وجوبي كما سبق تبيانه، وبالتالي فانه لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة الامتناع عن إجراء الصلح مهما كانت صورة الطلب القضائي، أما بخصوص نص المادة 55 فإنها تكون بمناسبة

1 داود نضيرة، مرجع سابق، ص23.

2 المصري مبروك، مرجع سابق، ص 258،259.

دعوى لحل الرابطة الزوجية ويدعى احدهما نشوز الأخر، لتحميله مسؤولية حل الرابطة مع إثبات الضرر الحاصل من النشوز للحصول على تعويض، فالطلاق للنشوز لا يعتبر صورة من صور الطلاق، بل يعتبر سبب له يستوجب معه التعويض في حالة إثبات النشوز والضرر، وبمعنى أدق انه إذا كان النشوز من الزوجة يحكم القاضي بالطلاق ويصبح طلاق الزوج مبرر شرعا، ولا يعتبر متعسفا في استعمال حقه في الطلاق وللقاضي أن يحكم له بالتعويض، أما إذا كان النشوز من الزوج فانه يمنح للزوجة الحق في طلب التطليق مع التعويض عن الضرر.

ثانيا: النشوز في العمل القضائي.

سبق لنا القول أن المشرع الجزائري لم ينص على النشوز، وحدد له مادة وحيدة المتمثلة في نص المادة 55 من ق.أ.ج كما انه لم يبين أحكامه ولا صوره ولا كيفية إثباته، وهو ما يفيد انه منح السلطة التقديرية في ذلك لقاضي شؤون الأسرة لإثبات النشوز والضرر، وهذا حسب وجهة نظرنا، غير أن العمل القضائي اتخذ موقفا مغايرا تماما في ذلك ويستشف ذلك من خلال الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية، لاسيما منها القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، والتي ذهبت إلى أن إثبات النشوز يكون بعد صدور حكم يقضي برجوع احد الزوجين إلى بيت الزوجية ويتم مباشرة إجراءات تنفيذه ومنحه مهلة لتنفيذ الحكم، ثم يليها تحرير محضر امتناع عن التنفيذ،بعد ذلك يعتبر حينها الزوج المنفذ عليه في حكم الناشز .

وهناك العديد من قرارات المحكمة العليا نذكر منها على سبيل المثال القرار الصادر بتاريخ 2009/01/14[1] والذي جاء في تسبيبه "**حيث أن القرار المنتقد مؤسس وسليم وطبق صحيح القانون، ذلك لأنه كان على الطاعن قبل كل شيء العمل على تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع، وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع لهذا الحكم اختياريا، وبعد مرور المدة الاختيارية هذه ينتقل المحضر القضائي إلى مكان إقامة المحكوم عليها ويخبرها بالحكم الصادر ضدها بالرجوع إلى منزل الزوجية، وفي هذه الحالة إذا صرحت أمامه بأنها ترفض الرجوع وبالتالي فهي ترفض ما قضى به الحكم القضائي النهائي، ففي هذه الحالة فقط تعد المطعون ضدها ناشزا**"

1 قرار رقم 476387، الصادر بتاريخ 2009/01/14، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قسم الوثائق والدراسات القانونية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأول، سنة 2009، ص263.

وفي قرارات أخرى ذهبت المحكمة العليا إلى ابعد من ذلك واعتبرت محضر عدم الامتثال للحكم غير كافي لإثبات النشوز، بل على قاضي شؤون الأسرة أن يمارس سلطته التقديرية في تمحص ملف الدعوى، والتأكد من أسباب عدم الامتثال مثل ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2012/12/13[1]،كما ذهبت المحكمة العليا إلى وجوب انتقال الزوج إلى مكان إقامة الزوجة مع المحضر القضائي حتى يمكن معه القول أن الزوجة ناشزا، وهو ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2021/02/03[2] القاضي في مبدئه "**يثبت النشوز، إذا انتقل الزوج إلى مكان إقامة الزوجة، رفقة المحضر القضائي، لتبليغها بالحكم القاضي برجوعها إلى مسكن الزوجية، وصرحت برفضها الانصياع للحكم**"

وحسب رأينا للأسباب التي أدت العمل القضائي في إثبات النشوز بوجوب رفع دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية يرجع إلي:

السبب الأول: يتمثل في أن اغلب حالات النشوز تكون من الزوجة وهذه الأخيرة غالبا ما تخرج من بيت الزوجية وتذهب إلى بيت أهلها -غضبانة[3]- وهو الحال الذي عليه الأسرة الجزائرية، وتعتبر الزوجة في حكم العصيان، مما يتعين رفع دعوى قضائية – بعد أن تسد السبل الودية في إرجاعها- لاستصدار حكم يلزمها بالرجوع إلى بيت الزوجية واستئناف الحياة الزوجية.

أما السبب الثاني: يكمن في تأثر العمل القضائي بالقوانين المقارنة إذ أن بعض من قوانين الأحوال الشخصية والعمل القضائي لبعض الدول العربية، التي تلزم بوجوب رفع دعوى لاستئناف الحياة الزوجية مع اختلاف المصطلحات، مثل القضاء المصري فيذهب إلى اعتبار الزوجة ناشزا ويسقط حقها في النفقة بتحقق أربعة شروط[4]:

1 -أن يكون بيد الزوج حكم طاعة نهائيا.

2 –أن يكون الزوج قد حاول تنفيذ حكم الطاعة بغير إكراه بدني وأخفق

1 لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 191،190.

2 قرار رقم 1389211، بتاريخ 2021/02/03، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث،قسم الوثائق والدراسات القانونية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الأول، سنة 2021، ص70.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة مرجع سابق، ص345.

4مسعودة نعيمة الياس،**التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق- دراسة مقارنة-**، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 203.

3–أن تكون الزوجة هاربة من الامتثال لتنفيذ حكم الطاعة بغير مسوغ، ولا تعتبر الزوجة ناشزا لمجرد الحكم بالطاعة، بل لا بد من طلبها إلى المنزل بعد الحكم بالطرق الودية.

4 –أن يتضمن حكم الطاعة النهائي التأشير من القاضي، أو من رئيس المحكمة، يحث الزوجة على الامتثال لطاعة زوجها حتى لا يترتب على امتناعها سقوط نفقتها، وإذا كان المسكن غير مهيأ للسكن لا تعتبر الزوجة ناشزا بالامتناع عن طاعة زوجها فيه.

السبب الثالث: كما نعتقد أن العمل القضائي إعتمد على النص بترجمته باللغة الفرنسية بقولها غياب احد الزوجين عن البيت الزوجية، ولا يمكن إثبات الغياب إلا بوجود حكم يقضي برجوعه. وهو ما جعل ببعض الباحثين – رغم أن النص باللغة الفرنسية مجرد ترجمة ولا يمكن الاعتماد عليه في التفسير- يعتبر أن النص العربي أوسع من الفرنسي ويتقبل التفسير، خاصة وأن النشوز يشتمل جميع الحالات التي يتخلى فيها أحد الزوجين عن واجباته المنبثقة عن عقد الزواج[1].

لعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز- خصوصا إذا كان من الزوجة -إلا ما كان خارج البيت هو مقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا، ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق[2].

ثالثا:إثبات النشوزعن طريق دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية.

يعتبر مسكن الزوجية المستقل من حقوق الزوجة الواجبة على الزوج، ولها أن تستقل بالسكن عن أقارب الزوج، كما جاء به الفقه الإسلامي، ويعتبر السكن المستقل من أهم الأسباب التي تؤدي إلى وجود النزاعات في وقتنا الحاضر ودليل ذلك هو العدد المعتبر المسجل لهذه الدعوى في الجهات القضائية[3]، وترمي دعوى الرجوع في اغلبها الرجوع إلى بيت الزوجية على أن يكون مستقلا.

1 مسعودة نعيمة الياس،مرجع سابق، ص 203. أيضا: لحسين بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 313.

2أمينة مساعدية،**دورالإثبات في حل النزاعات الأسرية (الزواج والطلاق)**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل.م.د، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة لونيسي علي البليدة 2، الجزائر ، السنة الجامعية 2021،2022.ص295.

3 وهو ما التمستاه من خلال الممارسة العملية في ظل غياب الإحصائيات

من خلال ما سبق يتضح أن العمل القضائي اتجه في إثبات النشوز يكون عن طريق إجراءات معينة وتتمثل في وجود حكم قضائي يقضي برجوع احد الزوجين (أولا) ، ويتم الامتناع عن تنفيذ الحكم (ثانيا).

1- دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية.

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، ولم يبين الأحكام المتعلقة بها، وتم تدارك الإغفال ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتم الإشارة إليها في نص المادة 40 في فقرتها الثانية المتعلقة بالاختصاص الإقليمي بمصطلح الرجوع بنصها على"...2- **في مواد الميراث ودعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة...**"، وفي المادة 423 التي نصت على المصطلح الكامل لهذه الدعوى وذلك بنصها على "**ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:**

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية ..."،

ولم يبين المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بهذه الدعوى، وعن أثار الحكم الصادر عنها في إثبات النشوز، وتخضع دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية إلى القواعد العامة لرفع الدعوى، وترفع أمام قسم شؤون الأسرة، ويمكن القول أنها تخضع لنفس شروط رفع دعوى حل الرابطة الزوجية، غير أن الاختلاف يكون في الطلب القضائي، والذي يتحدد في دعوى الرجوع بإلزام الزوج الناشز الرجوع إلى بيت الزوجية، وقد يكون بيت الزوجية عند أهل الزوج كما قد يكون منفردا، وإذا كانت الدعوى مرفوعة من قبل الزوج ووجود بيت الزوجية عند أهله، فالغالب يتم الدفع من قبل الزوجة بتوفير سكن منفرد لممارسة الحياة الزوجية.

ومن خلال الجانب العملي[1] نجد اختلاف في إثبات ترك الزوجة لمسكن الزوجية؛فإتجه بعض القضاة إلى إضافة شرط أخر، ويتمثل هذا الشرط في إثبات عدم وجود الزوجة بمسكن الزوجية، ويتم ذلك باستصدار أمر معاينة واستجواب للزوجة المتواجدة ببيت أهلها، في حين يكتفي البعض الأخر بالعريضة الافتتاحية والتي تتضمن محل إقامة الزوجة الأخير عند وجودها ببيت أهلها، وتبليغها عن طريق المحضر القضائي ويعتبر دليلا على ترك الزوجة لمسكن الزوجية.

1 من خلال ممارستنا لمهنة المحاماة ومعالجة ملفات متعلقة بدعاوى الرجوع الى بيت الزوجية تباينت الاتجاهات القضائية حول إثبات مغادرة الزوجة لمسكن الزوجية

ويتضمن الحكم الصادر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية التزاما ضد الزوج بإرجاع الزوجة، سواء إلى البيت الزوجية المعتاد،أو توفير سكن مستقل لممارسة الحياة الزوجية، كمايتضمن الحكم تحديد مستحقات النفقة للزوجة والأولاد في حالة وجودهم وهو الغالب في العمل القضائي،ويتم بعد ذلك مباشرة إجراءات تنفيذه عن طريق المحضر القضائي بعد استصدار النسخة التنفيذية منه، والذي أخضعه العمل القضائي إلى شروط معينة وهو ما سنتناوله.

2- تحرير محضر الامتناع عن تنفيذ الحكم.

بعد أن يتم استصدار النسخة التنفيذية يتم مباشرة إجراءات تنفيذ الالتزام بموجب الحكم الصادر في دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية عن طريق المحضر القضائي وفقا لإجراءات التنفيذ المنصوص عنها في المواد 612[1] وما يليها من ق.إ.م.إ، بأن يتم تبليغ السند التنفيذي المتمثل في الحكم الممهور بالصيغة التنفيذية القاضي بالرجوع، ويتم منح مهلة 15 يوما للمنفذ عليه المتمثل في احد الزوجين، ويتم تحرير محضر تكليف بالوفاء.

والعمل القضائي من خلال القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص النشوز يتضح جليا انه سعت إلى وضع شروط إثبات النشوز تدريجيا وفقا للتسلسل الزمني لصدور القرارات، كما سبق الإشارة إليه أعلاه، وأقر بذلك إلى وضع شروط خاصة بتنفيذ الحكم لقاضي بالرجوع وهو ما سنتناوله دون الإغفال إلى أن اغلب الأحكام المتعلقة بالنشوز إن لم نقل جلها تخص حالة نشوز الزوجة.

3- إثبات وجود السكن لممارسة الحياة الزوجية.

يتضمن منطوق الحكم الصادر بعد الفصل في موضوع دعوى الرجوع إلي بيت الزوجية التزاما على عاتق الزوج، وقد يكون هذا الالتزام بتوفير سكن مستقل وعادة ما يكون منطوق الحكم في موضوع الدعوى بالشكل التالي"**إلزام المدعى عليه بان يسعى إلى إرجاع المدعية إلى يبت الزوجية على أن يكون مستقلا ومعد أثاثا ومعاشا وبعيد عن أهل الزوج...**"، ولتنفيذ الحكم يجب أن يثبت أولا وجود

[1] تنص المادة 612 من ق.إ.م.إ على **"يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء، بما تضمنه السند التنفيذي في أجل خمسة عشر(15) يوما"**.

السكن والذي يكون عن طريق محضر يعده المحضر القضائي، بعد الانتقال إلى السكن ومعاينته ووصفه وصفا دقيقا، بأن يكون متوفر على الغاز والكهرباء والماء ويليق بالسكن.

وبخصوص ما ذهبت إليه المحكمة العليا نجد القرار الصادر بتاريخ 2008/10/15[1] في تسبيبها "**حيث أن نشوز الزوجة يقتضي امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي الموفر لها مسبقا من قبل الزوج والمحكوم عليها بالرجوع إليه**"، ويتضح من خلال القرار انه يتعين إثبات توفير السكن مسبقا، وجاء في تسبيب قرار أخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/11/10[2] "**لكن حيث بالرجوع إلى محضر الامتناع المشار إليه المؤرخ في 2008/04/19 لا يتبين منه أن الطاعن قد وفر لزوجته المسكن المستقل أثاثا ومضجعا ومعاشا عن أهل الزوج وفق مقتضيات القرار المؤرخ في 2008/02/27 ، وان استخلاص حالة النشوز من عدمها من هذا المحضر يؤول للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع...**"، ويستنبط من هذا القرار أن محضر تنفيذ الحكم يجب أن يتضمن ما يثبت توفير السكن أو الإشارة إليه.

4- سعي الزوج إلى تنفيذ الحكم.

ذهب العمل القضائي بخصوص تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع إلى بيت الزوجية إلى أن يكون بسعي من الزوج، وكون ذلك بانتقال الزوج الملزم بتوفير السكن مع المحضر القضائي إلى مكان إقامة الزوجة، وعلى الزوجة أن تصرح بعدم امتثالها لتنفيذ الحكم حتى يمكن في هذه الحالة اعتبارها ناشزا.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من القرارات، ومثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 2021/02/03[3] "أن النشوز **يثبت، إذا انتقل الطاعن –الزوج- إلى مكان إقامة المطعون ضدها - الزوجة-، رفقة المحضر القضائي، وإخطارها بالحكم الصادر ضدها، فإذا ما رفضت تعتبر ناشزا وهذا ما استقر عليه قضاء غرفة شؤون الأسرة..** " واعتبرت هذه المبادئ أو الشروط من قبيل المستقر علية قضاء، كما أن المحكمة العليا جعلت إثبات حالة النشوز خاضع للسلطة التقديرية

1 قرار رقم 448305، بتاريخ 2008/10/15، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم الوثائق، العدد 2، سنة2010، ص251.

2قرار رقم 653323، بتاريخ 2011/11/10، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث،قسم الوثائق والدراسات القانونية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 2، سنة 2012، ص233.

3 قرار رقم 1389211، بتاريخ 2021/02/03، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث،قسم الوثائق والدراسات القانونية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2021، ص70.

للقاضي كما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2011/11/10 المشار إليه أعلاه، وعليه فان يتعين علينا البحث عن دور قاضي شؤون الأسرة دعوى حل الرابطة الزوجية للنشوز.

رابعا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية للنشوز.

يكون النشوز سببا من الأسباب التي تؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين، وتؤدي حتما إلى ظهور الخلافات، ونتيجة لذلك يمكن لأحد الزوجين رفع دعوى من اجل حل الرابطة الزوجية بعدما يتضح عدم إمكانية استمرارها، وما يجدر بنا الإشارة إليه كما قلنا سابقا أن دعوى الطلاق للنشوز ليست بدعوى طلاق خاصة، بل هي دعوى يكون فيها الطلب القضائي حل الرابطة الزوجية، وتخضع لنفس الأحكام لاسيما نصي المادتين 48 و 49 من ق.أ.ج، غير أن الاختلاف يكون في سبب الدعوى ألا وهو النشوز، والذي على أساسه يتم تحميل الطرف الناشز مسؤولية الطلاق والتعويض.

فقد يرفع الزوج دعوى يطالب من خلالها حل الرابطة الزوجية مسببا طلبه على نشوز الزوجة، كما يمكن للزوجة أن ترفع دعوى أيضا مستندة على الأسباب التي جاءت بها المادة 53 من ق.أ.ج تطالب من خلالها حل الرابطة الزوجية، كما يمكن أن يحدث وان يرفع كل من الزوجين في الوقت ذاته دعوى لحل الرابطة الزوجية، ويكون أمام نفس الجهة القضائية على اعتبار أن الاختصاص الإقليمي لدعاوى حل الرابطة يتحدد بمكان الزوجية طبقا لأحكام المادة 40 من ق.إ.م.إ، وفي هذه الحالة يتم ضم المخصومتين تطبيقا لأحكام المادة 207من ق.إ.م.إ[1]، إذا كانت الدعويين مطروحتين أمام نفس القاضي، أما إذا كانت كل دعوى مطروحة أمام قسمين مختلفين فتطبق أحكام المواد 53 وما يليها من ق.إ.م.إ، وفي كلتا الحالتين يتم ضم الخصومتين للفصل فيهما بحكم واحد، وفي هذه الحالة نكون بعد الضم أمام دعوى واحدة وبطلب واحد ألا وهو حل الرابطة الزوجية غير أن هذا الطلب مقدم من قبل كلا الزوجين.

ولقاضي شؤون الأسرة دور كبير في هذه الحالة، ذلك انه عليه معرفة الأسباب التي أدت إلى نشوز احد الزوجين أو كلاهما، ويكون ذلك من خلال تفحص ملف الدعوى إذا ما تم تقديم ما يثبت النشوز، كأن تقدم الزوجة مثلا حكم نهائي يقضي بإلزام الزوج بتوفير سكن، وامتنع الزوج عن تنفيذه.

1 تنص المادة 207 من من ق.إ.م.إ على" **إذا وجد ارتباط بين مخصومتين أو أكثر، معروضة أمام نفس القاضي، جاز له ولحسن سير العدالة ضمها من تلقاء نفسه، أو بطلب من الخصوم والفصل فيها بحكم واحد**"

فلا يكفي وجود الحكم القضائي الملزم بتوفير السكن، ومحضر الامتناع الذي يحرره المحضر القضائي للقول أن الزوج ناشزا، بل عليه أن يعرف الأسباب ويمكن له معرفتها من خلال جلسات الصلح التي يجريها مع الزوجين، وله أن يتفحص الدفوع المقدمة من قبل الزوجة فقد تكون جدية تثبت العكس ولا تعتبر بذلك ناشزا.

وله في ذلك إعمال سلطته التقديرية في تفحص ملف الدعوى خصوصا محضر الامتناع، بأن يبحث في الدافع الذي أدى إلى الامتناع الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون كافيا، فقد يمكن إثبات أن الامتناع بسبب من الزوج .

كما له أثناء جلسات الصلح بعد معرفة الأسباب محاولة تقريب وجهات النظر بين الزوجين، ومحاولة معالجة الأسباب التي أدت إلى النشوز، بأن ينصح الزوجة مثلا وترغيبها في زوجها وتخويفها من إثم النشوز، وعقوبته في الدنيا والآخرة ونحو ذلك مما يراه القاضي[1]، ويكون ذلك من خلال ما استمع إليه من الزوجين، ويجب أن لا يهمل دوره في إصلاح ذات البين، حتى وان ثبت الضرر محاولا رفعه وإعادة الحياة الزوجية إلى الاستقرار.

ونرى في هذا الصدد أن لا يكتفي قاضي شؤون الأسرة في البحث عن أسباب النشوز ونتائجه عن طريق جلسات الصلح، بل عليه أن يستعمل كافة الوسائل المتاحة لذلك استنادا على نص المادة 451من ق.إ.م.إ والاستعانة بإجراءات التحقيق والخبرة والمعاينة من اجل معرفة حقيقة وجود النزاع في الأسرة ومحاولة إيجاد سبل لعلاجه.

أما إذا أصر احد الزوجين أو كلاهما وتعذر الإصلاح، عليه أن يبحث المتسبب في رفع دعوى حل الرابطة الزوجية، وان يثبت الضرر لتحميل مسؤولية الطلاق للمتسبب فيه، وإلزامه بالتعويض الذي يدفع للطرف المتضرر، تطبيقا لأحكام المادة 55 و56 من ق.أ.ج.

أماإذا ادعى كل من الزوجين نشوز الأخر ولم يتبين لقاضي شؤون الأسرة من خلال الإجراءات التي يقوم بها في البحث عن أسبابه ولم يثبت الطرف المتضرر، فان المشرع الجزائري اوجد سبيل أخر لمحاولة الإصلاح بين الزوجين كما جاء في نص المادة 56 من ق.أ.ج، والذي يتمثل في الصلح عن طريق

1 عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، التحكيم العام والتحكيم عند الشقاق الزوجي، دراسة فقهية موازنة مع دراسة نظام التحكيم وقرار هيئة كبار العلماء المتعلق بالتحكيم عن الشقاق الزوجي بالمملكة العربية السعودية والتعليق عليهما، الطبعة الأولى،د.د.ن، سنة 1420 هجري، ص29.

الحكمين، وهذا ما أخذت به جل التشريعات العربية والإسلامية، وما يجدر بنا الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن مصطلح "**التحكيم**"سواء في نص المادة 56 من ق.أ.ج أو في النصوص الإجرائية المتمثلة في المواد من 446 الى غاية المادة 449 من ق.إ.م.إ رغم أن هذه المواد تنص على من يتولى إجراءات الصلح بين الزوجين "**حكمان**" ، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى الأخذ بأصل الصلح عن طريق الحكمان ألا وهو الشريعة الإسلامية في قوله تعالى ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾[1]

بعد الإلمام بأحكام النشوز والقول انه يمكن لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى الصلح بطريقة أخرى يفوض فيها طرفا أخر للقيام بإصلاح ذات البين بين الزوجين ومنه عن طريق الحكمين أو ما يصطلح عليه بالتحكيم الذي يكون فيه دور كبير لقاضي من خلال تسيير الإجراءات الخاصة به، وهو ما يتعين علينا تناوله، بعد التطرق إلى مفهومه بصفة عامة وبصفة خاصة في الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري في ذلك.

المطلب الثاني

الصلح عن طريق الحكمين _التحكيم_ في الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري

إن الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمين أطلق عليه بالتحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والفقه المعاصر، وأدرج له أحكام خاصة مما يتعين إبراز مفهوم الصلح عن طريق الحكمين وهو ما نتناوله في الفرع الأول، وباعتباره من صلب الشريعة الإسلامية يجب التطرق إليه وموقف المشرع الجزائري منه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الإطار المفاهيمي للصلح عن طريق الحكمين –التحكيم-.

للإلمام بمفهوم الصلح عن طريق الحكمين نتطرق إلى تعريف التحكيم (اولا)، مع ابراز أهميته (ثانيا)، وكما سبق الإشارة أن اللجوء إليه يكون وفق شروط (ثالثا)

1 سورة النساء ، الآية 35.

أولا: تعريف التحكيم

لتحديد مفهوم التحكيم يتعين تعريفه من الناحية اللغوية واهم التعريفات الفقهية ثم تعريفه من الناحية القانونية.

1- التحكيم لغة:

حكم (الحُكم) القضاء وقد (حكم) بينهم بالضم (حكما) و (حكم) له وحكم عليه والحكم بالفتحتين الحاكم، وحكمه في ماله (تحكيما)أي جعله إليه الحكم فيه (المحاكمة) المخاصمة إلى الحاكم[1].

ويعرف أيضا: **مصدر حكم، فالحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع، والحكم القضاء واصله المنع، يقال حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه، فلم يقدر على الخروج من ذلك، وحكموه بينهم أمروه أن يحكم بينهم، حيث جعلوه حاكما ورضوا بحكمه**[2].

2- تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:

تعدد تعاريف التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية وذلك بتعدد المذاهب واختلافها وعليه سوف نذكر أهم التعريفات التي جاء بها فقهاء المذاهب الأربعة المشهورة والتي نوجزها؛

حيث عرفها الحنفية "**بأنه تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الطرف الأخر**"[3]

عرفه الشافعية بأنه"**يحكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه**"[4].

وعرفه الحنابلة بأنه"**تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما**"[5].

فيما عرفه المالكية **بأنه تولية الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما**"[1].

1 الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، د.ط، بيروت، لبنان، 1986، ص148.

2 ابن منظور ، لسان العرب، الجزء 2، ص952.

3 زيد الدين بن محمد الماوردي، مرجع سابق،ص24.

4 ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، سنة 1979، المجلد الأول، ص148.

5 ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، الجزء11، ص483.

وبالرجوع إلى التعريفات السابقة نجد أن فقه المذاهب الأربعة يتفق في تعريفه للتحكيم مع التعريف اللغوي رغم اختلاف المصطلحات المستعملة، غير أنهم يتفقون على أن التحكيم يتم بإرادة الأطراف المتخاصمة وبرضاها على توليه شخص ثالث يشترط فيه الصلاح يتمتع بسلطة خاصة وحكمه كحكم القاضي[2]

3- تعريف التحكيم في الفقه القانوني:

تعددت تعريفات التحكيم عند فقهاء القانون فعرف الأستاذ **احمد أبو الوفا** بأنه" **الاتفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو إحالة نزاع ينشأ بينهم بالفعل، على احد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين، ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختص**"[3].

وعرف أيضا بأنه" **اتفاق طرفين على التحاكم إلى ثالث ليحكم فيما شجر بينهما مما يسوغ فيه ذلك**"[4].

وعرف أيضا"**بأنه نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها عن طريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار ملزم لهم**"[5]

وعرف كذلك بأنه"**اتفاق على طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة**"[6]، وانه أيضا"**إجراء قانوني يهدف الى حل النزاعات يوكل بموجبه الفرقاء**

---

1 محمد علاء الدين بن عبد الرحمان، المعروف بالحصكفي، الدر المختار شرح توير الابصار، الجزء 2، بهامش حاشية ابن عابدين، ط2، دار الفكر، بيروت لبنان، 1947، ص150.

2 بوزيد وردة، مرجع سابق،ص 103.

3 احمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974، ص17.

4 عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، مرجع سابق، ص29

5 سيد عبد النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيقية، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة مصر، سنة 2019، ص 6.

6 عبد العزيز منعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، طبعة 2002، ص12.

هذه المهمة إلى أشخاص ثالثين لهم صفة المحكمين الذين هم عادة أهل الخبرة والاختصاص بهدف الحصول على قرار تحكيمي قابل للتنفيذ"[1].

من خلال التعريفات السابق ذكرها يلاحظ أنها جاءت متقاربة في المفهوم والمعنى **على ان التحكيم عقد او اتفاق يتم بإرادة الأطراف المتخاصمة، يختارون شخصا ثالث يتولى مهمة الفصل في منازعاتهم، وذهب البعض إلى تغليب صفة العقد على التحكيم في حين ذهب البعض الأخر إلى تغليب صفة التعاقد و اتفقوا على أن حكم المحكم ملزم لأطر افه ومنهي للنزاع[2]**

4- تعريف التحكيم قانونا

أما بخصوص تعريف التحكيم في القانون الجزائري فانه لم يعرف التحكيم، سواء في قانون الأسرة باعتباره وسيلة للصلح بين الزوجين، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الخامس منه بعنوان الطرق البديلة لحل النزاعات، على عكس المشرع المصري مثلا الذي عرفه في المادة 10 من قانون التحكيم على "**1 _ اتفاق التحكيم هو اتفاق طرفين في الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.**

2_ يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقبلا بذاته أو ورد في عقد معين بشان كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شانه دعوى أمام جهة قضائية".

وعرفه القانون الفرنسي في قانون المرافعات بالمادة 1442[3]"**بأنه اتفاق تعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشا بينهم في المستقبل للتحكيم".**

---

1 جعفر مشيمش، التحكيم في العقود المدنية والتجارية –دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص34

2 حمزة علي الشباهي، **التحكيم في المنازعات –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية ، ماليزيا، سنة 2016، ص 15.

3Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2

La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.

ومن خلال التعريفات السابقة وما ذهبت إليه معظم التشريعات نجدها لا تعرف التحكيم مكتفية بتحديد الإجراءات والإطار العام له تاركة مسألة التعريف للفقه.

4-تعريف التحكيم بين الزوجين.

أطلق على الصلح عن طريق الحكمان بين الزوجين بالصلح الأهلي[1] وعرف بأنه" **سعي الحكمان من أهل الزوجين خاصة، ومن الصلحاء عامة، لإزالة أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين وزرع روح الإصلاح بينهما بحكمة وروية، عن طريق الوعظ والإرشاد إلى التسامح والتذكير بالحسنات وغض الطرف عن الهفوات**"

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن تعريف التحكيم بين الزوجين بأنه"**إجراء بموجبه يولي الزوجين المتخاصمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، يعينهما القاضي للبحث عن أسباب الشقاق ومحاولة الإصلاح بين الزوجين فيما تنازعا فيه**".

ويعتبر التحكيم من خلال التعريف انه تفويض الأمر للغير وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين[2]، وبالنسبة للتحكيم بين الزوجين نرى انه تفويض من قاضي شؤون الأسرة أو الزوجين لأهل الزوجين بمحاولة الصلح بينهما في حالة الشقاق.

وما يجب الإشارة إليه أن الفقه القانوني اختلف في تكييف التحكيم في المادة الأسرية بين من يرى انه عقد وبين من يرى انه إجراء قضائي؛ فيذهب أصحاب الرأي أن التحكيم مصدره الأفراد في حل نزاعاتهم وديا باختيار محكمين هم أفراد وليس قضاة، تكمن مهمتهم في تنفيذ الاتفاق مستمدين سلطتهم منه[3]، خاصة أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على إمكانية تعيين الحكمين من طرف

1 سعيد خنوش، الإطار التنظيمي لتفعيل دور الحكمين في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة شرعية قانونية مقارنة، مجلة الصراط، العدد السادس وثلاثون، السنة التاسعة عشر، كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، جامعة الجزائر، سنة 2017، ص 352.

2 شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص110.

3 فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، سنة 2010، ص 35

الزوجين المتخاصمين، سواء في قانون الأسرة أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات المقارنة مثال ذلك المشرع المصري في المادة 19[1] من قانون رقم 1 لسنة 2000.

في حين يذهب جانب أخر من الفقه إلى أن إجراءات التحكيم تعتبر من الأعمال القضائية، كما أن أعمال المحكم من أعمال القاضي واللجوء إلى الأشخاص ليس فيه إنقاص من قيمة القضاء[2]، بالإضافة إلى أن العملية التحكيمية تخضع ككل لرقابة القضاء وإرادة الزوجين وحدها غير كافية لتفعيل التحكيم كقضاء موازي .

وحسب وجهة نظرنا أن التحكيم في المادة الأسرية يتميز بنوع خاص ذلك أن مهمة الحكمين هي محاولة الصلح بين الزوجين ويساهمان في مساعدة القاضي لحل النزاع.

ثانيا: أهمية الصلح عن طريق الحكمين.

للصلح عن طريق الحكمين أهمية بالغة في إصلاح ذات البين بين الزوجين ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- أن أصل الصلح عن طريق الحكمين بين الزوجين الشريعة الإسلامية، والراجح في الفقه الإسلامي لاسيما المعاصر منه أن اللجوء إليه وجوبي، ويحقق العدل الذي يعتبر من مقاصد العليا للشريعة الإسلامية، ورغم أن اللجوء إليه أساسه الوجوبية بالنسبة للقاضي غير انه يقوم على الرضائية بالنسبة للزوجين الذين لهما الحق في تعيين الحكمين

2_ أن اللجوء إلى إجراءات الصلح عن طريق الحكمين يعزز دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، ويعتبر وسيلة ثانية بعد إجراءات الصلح التي يتولاها القاضي بنفسه.

3_ أن تعيين الحكمين من أهل الزوجين يفترض علمهما بحال الزوجين، ويبقي النزاع والخصومة في بين العائلة مما يضفي رغبة على الزوجين في الإصلاح، مما يجعل إمكانية الصلح بينهما محتملة، كما أن

1نصت المادة 19 على "في دعاوى التطليق التي يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب علي المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله – قدرالإمكان – في الجلسة التالية علي الأكثر – فان تقاعس أيهما عن تعيين حكمة أو تخلف عن حضورهذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه. "

2 بوزيد وردة ، مرجع سابق، ص126.

تعيين الحكمين وتحديد مهلة لأدائهما مهمة الصلح في حدود الشهرين يمنح للزوجين متسع من الوقت للتفكير ومحاولة العدول عن حل الرابطة الزوجية، كما يمنح في الوقت نفسه متسع للقاضي ويخفف العبء عليه.

4- عادة ما يكون الحكمين متفرغين للصلح وليس لديهم خصومات أخرى[1]،مم يتيح بإعطاء الوقت الكافي للزوجين والاستماع إليهما ومحاولة معرفة أسباب الشقاق، وعلى عكس الصلح الذي يجريه القاضي الذي لا يجد في الغالب متسع من الوقت للاستماع إلى الزوجين والذي لا يمكنه من معرفة أسباب الخصام ولا كيفية الإصلاح.

5- اللجوء إلى التحكيم يخلص المتخاصمين من إجراءات طويلة ومعقدة تتطلبها الإجراءات الشكلية في المحاكم، كما فيه تيسير المتخاصمين حيث لا يتكبدون عناء الذهاب والإياب إلى المحاكم[2]، وإجراءات التقاضي الطويلة.

6- يوفر التحكيم جو ملائم ومناسب لمحاولة الصلح بين الزوجين من ناحيتين؛الأولى ارتياح كل من الزوجين للمحكم خاصة أن كل منها يعين المحكم الذي يراه مناسبا لثقتهم فيه ويولد راحة نفسية ورغبة في الكلام، كما أن المكان الذي يتم فيه الصلح عن طريق الحكمين يكون عادة في بيت أهل الزوجين مما يتيح الجو المناسب، عكس الصلح الذي يجريه القاضي الذي يكون في المحكمة الذي في الغالب ما يولد ضغط نفسي لا يمكن معه للزوجين بالبوح بكافة الأسباب التي أدت إلى النزاع والشقاق ويضفي طابع السرية على كافة إجراءاته.

7- حفظ العلاقة الطيبة بين الخصوم وتلافي العداوة والبغضاء بينهم، حيث أن اللجوء إلى القضاء العادي قد يؤثر سلبًا على علاقات أطراف النزاع بعضهم ببعض، وقد يؤدي ذلك إلى تعميق روح الخلاف بينهم ،ومن هنا كان اللجوء إلى التحكيم يمثل بديلاً عادلًا يعين على تحصيل الحقوق ويراعي علاقات الأطراف المستقبلية بشكل أفضل مما عليه الأمر في القضاء العادي[3].

1 وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص 31.

2شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، مرجع سابق، ص 115.

3محمد صعابنة، سهيل الأحمد، نطاق التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، المجلد 10، العدد 17 سبتمبر 2018، ص176.

ثالثا: شروط اللجوء إلى التحكيم

سبق وان تطرقنا إلى مفهوم الشقاق الذي يبيح للزوجة رفع دعوى لحل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، كما اشرنا إلى الاختلاف بيه وبين الشقاق الذي يحدث بين الزوجين والذي سماه المشرع الجزائري بالخصام المشتد، الذي بموجبه يتم اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين متى وجد ولم يثبت الضرر ،وهو ما سنتاوله.

الشرط الأول: وجود الشقاق (الخصام المشتد).

قال الجصاص "**فإذا اختلف وادعى النشوز وادعت هي عليه ظلمه وتقصيره في حقوقها، حينئذ بعث الحاكم حكما من أهله وحكما من أهلها**"[1]

وعرف الشقاق: بأنه المجادلة والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشق وهو الجانب، فكان كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل أنه مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب، فكان كل واحد من الزوجين يحرص على ما يشق على صاحبه، فصار كل واحد منهما في شق بالعداوة والمباينة[2].

كون أن الزوجين التحما بالزواج وصارا شيئا واحدا، فأي شيء يبعد بين الاثنين يكون شقاقا[3]، وذلك في قوله تعالى ﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا (34) وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[4]

وهو دليل على قوة الترابط بين الزوجين ومنة من الله عليهما بالمودة، والرحمة، فإذا وجد شقاق ضاعت هذه المودة والرحمة، ولذلك لما ارتفع احدهما على الأخر دون صاحبه مختصا باسم النشوز،

1أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، المجلد3، الحديث 1772ص155.

2 ابي الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي ﷺ، تحقيق على محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، طبعة 1، الجزء 12، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1994، ص 245.

3 احمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي، راجع أصله الأستاذ احمد عمر هاشم، الجزء4، مطابع دار أخبار اليوم، د.ط، سنة 1991، ص2203.

4 سورة النساء، الآية 34،35.

وان يخص التعدي من كل منهما باسم الشقاق؛لأنهما تشاركا في التعدي، والتباعد، فكأن كلاهما صار في شق، أي جانب غير جانب الأخر، وقيل هو الاختلاف وعدم الاجتماع على رأي واحد[1].

ومن خلال ما ذهب إليه الفقهاء يتضح أن الالتجاء إلى الصلح عن طريق الحكمين في الشريعة الإسلامية، يكون عند حالة يشتد فيها الخلاف والعداوة بين الزوجين، وادعاء كل منهما إضرار الأخر به دون أن يعلم أيهما المضر بصاحبه[2].

وبخصوص المشرع فانه لم يعرف الشقاق وأورد مصطلح "**اشتد الخصام**"، ولم يعرف المقصود به، وربما يرجع السبب في ذلك أن أدق الأمور وأصعبها وضع التعريفات، نظرا لما يتطلبه وضع التعريف الإلمام بجميع العناصر، كما أن وضع التعريفات من اختصاص الفقه وليس المشرع.

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي، غير أنه حاول تعريفه من خلال الدليل العلمي وتقريب مدلوله إلى الفهم واعتباره "**الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية**"[3].

وحاول الباحثين إعطاء مدلول ومفهوم للخصام المشتد على انه"**تفاقم النزاع والخلاف، ويقابله في الشريعة الإسلامية مصطلح الشقاق، وهما تعبيران يؤديان نفس المقصود، فإذا: اشتد الشقاق بين الزوجين أو اضر احدهما بالأخر، واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين**"[4].

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ **وائل طلال سكيك**"**إذا نسب كل واحد من الزوجين إلى الأخر التعدي، ولم يعرف الحاكم المعتدي منهما... يبعث الحاكم الحكمين مباشرة بمجرد ادعاء كل من الزوجين ظلم الأخر له.**

1 ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، ص 2346.

2 عبد الله حاج احمد، التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين –دراسة مقارنة-، مجلة الشهاب، المجلد1، العدد 1، جامعة الوادي الجزائر، سنة 2015، ص160.

3 اندخوشي ابراهيم، مرجع سابق،ص59.

4 عبد الله حاج احمد، مرجع سابق، ص 160.

وهذا القول ذهب إليه الحنفية، والظاهرية، والإمامية، وبعض المالكية وبعض الحنابلة، و ابن تيمية، والطبري"[1]

ونرى أن المشرع الجزائري قد راع في إدراج نصوص المادتين 55 و56 من قانون الأسرة الترتيب في الأحكام، فنص المادة 55 جاءت بأحكام النشوز ولم يقل المشرع الجزائري أو**"كلاهما"**، وبالتالي يفهم أن أحكامها تتعلق بنشوز أحد الزوجين دون أن يكون النشوز من كلا الزوجين، وهذا الحكم جاءت به نص المادة 65 التي يفهم منها انه حالة إذا ادعى كل من الزوجين ظلم الأخر أو نشوزه، وهو يقصد به الخصام المشتد.

كما أن أحكام النشوز لم يتطرق إليها المشرع الجزائري، والعمل القضائي قام بسد الفراغ القانوني أن صح التعبير، مما يجعل بنا القول أن المقصود بالخصام المشتد، وجود خصومات يطالب فيها كل من الزوجين حل الرابطة الزوجية، ويتعذر الصلح عن طريق القاضي، ونكون أمام هذه الحالة؛إذا ما رفع كل من الزوجين دعوى مستقلة لحل الرابطة الزوجية، وبمعنى أدق أن يرفع الزوج دعوى لحل الرابطة الزوجية يطالب من خلالها حل الرابطة الزوجية ويدعي فيها نشوز الزوجة وظلمها، وفي نفس الوقت ترفع الزوجة دعوى لحل الرابطة الزوجية تدعي فيها نشوزه وظلمه، وهنا نكون أمام خصومات، ويتم ضم الخصومتين، للفصل فيهما بحكم واحد، وهنا يكون قاضي شؤون الأسرة أمام دعوى يطالب فيها كل من الزوجين حل الرابطة ويدعي فيها كل منها نشوز وظلم الأخر، وفي هذه الحالة يصعب عليه معرفة المتسبب في النزاع والطرف المتضرر، ويتم اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين، باعتبار أن عدم ثبوت الضرر شرط للجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين.

الشرط الثاني: عدم ثبوت الضرر

الضرر لغة: بفتح الضاد أو ضمها كل ما هو ضد النفع، والضرُّ بالضم الهزال وسوء الحال ومن هنا أتت المَضرَّة، وهي خلاف المنفعة ، ويرد الضرر أيضاً بمعنى الضيق والنقصان يدخل في الشيء[2]

والضرر اصطلاحا: سعى الفقهاء القدامى والمعاصرين إلى تعريفه ومن بينها:

1 وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص 47،48.

2 ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، الجزء 4، ص482.

"انه كل ما كان سوء حال وفقروشدة فى بدن فهو ضربالضم، وما كان ضد النفع فهو بفتحها"[1]

وعرف بأنه"انه كل أذى يصيب الإنسان سواء كان ماديا أو معنويا، بغيروجه حق"[2]

وعرف أيضا انه "الأذى الذي يلحقه احد الزوجين بالآخر بحيث يتعذّر معه دوام العشرة بينهما. (قانونية)[3]"

وعرفه الأستاذ **وهبة الزحيلي** بأنه" **إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع والتقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض والهجر من غير سبب يبيحه ونحوه[4]"**

اشترط المشرع الجزائري من خلال نصي المادتين 56 من ق.أ.ج والمادة 446 من ق.إ.م.إ شرط ثاني حتى يمكن لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين، والمتمثل في عدم إثبات الضرر، فإذا ادعى كل من الزوجين الضرر وعجزا عن إثباته فهنا لقاضي تعيين الحكمين.

ولم يحصر المشرع الجزائري صور الضرر وجعله مصطلح مرن، دون تحديد درجته من حيث الشدة والخفة أو من حيث وقوع الضرر مرة واحد أو بشكل متكرر[5]، وبذلك منح سلطة تقدير الضرر لقاضي شؤون الأسرة والذي له دور كبير في تقدير ما هو ضرر، والذي يستنبطه من خلال ملف الدعوى، و عن طريق الوسائل المتاحة لذلك، فإذا ما وجد خصام مشتد وعجز الزوجان والقاضي عن إثبات الضرر فله اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين أو ما يصطلح عليه بالتحكيم.

1 ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق، ص2573.

2 نين عمارة، **سلطة القاضي التقديرية في التعويض الضرر عن الطلاق**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي الجزائر، السنة الجامعية 2014 -2015، ص 26.

3 ابن منظور، لسان العرب ، مرجع سابق،2574.

4 وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية و الآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة 2، سنة 1985، ص527.

5 دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الإجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب، المجلد 1، العدد1، سنة 2011، ص213.

الفرع الثاني

الصلح عن طريق الحكمين في الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري.

يعتبر التحكيم من أقدم وأعرق الطرق والأدوات الصلحية والتي تجد جذورها في الشريعة الإسلامية، ويعتبر من أهم الوسائل لحل المنازعات بين الزوجين خوفا من وقوع الشقاق بين الزوجين واحتدام الخلاف بينهما ومنه نرى انه من المستحسن إبراز أهم الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية بخصوص التحكيم بين الزوجين وهو ما سنتناوله ، وباعتبار المشرع الجزائري استمد أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية سنبين موقف المشرع الجزائري من التحكيم.

أولا: مشروعية الصلح عن طريق الحكمين.

إن التحكيم كوسيلة لحل النزاعات بين المتخاصمين من الأنظمة المعروفة منذ القدم، وتطورت عبر العصور، وأقرته الشريعة الإسلامية الغراء لاسيما ما تعلق بالإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، أدلة جواز الصلح عن طريق الحكمان متعددة نوجزها كما يلي:

1- من القران: ويتجسد ذلك في قوله تعالى ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[1]، وهي أيه صريحة في الدلالة على جواز ومشروعية الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمين عند حدوث الشقاق، وفي الآية أمر سبحانه وتعالى بإرسال حكم من أهل الزوج وحكم من هل الزوجة عند خوف الشقاق بينهما ليصلحا ما أمكن ذلك حفاظا على سلامة الأسرة[2] واستقرارها.

2- من السنة النبوية فهناك العديد من المواقف والروايات التي تفيد جواز ومشروعية الصلح عن طريق الحكمين، كتحكيم النبي ﷺ في حديث عَائِشَةُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ : " أَنَّهُ كَانَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَلامٌ ، فَقَالَ لَهَا : مَنْ تَرْضَيْنَ بَيْنِي وَبَيْنَكِ ؟ أَتَرْضَيْنَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ؟ ، " قَالَتْ : لا أَرْضَاهُ ؛ عُمَرُ غَلِيظٌ ، فَقَالَ : أَتَرْضَيْنَ بِأَبِيكِ بَيْنِي وَبَيْنِكِ؟ ، قَالَتْ : نَعَمْ ، قَالَ : فَبَعَثَ إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ

1 سورة النساء ، الآية 35.

2 وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص19

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَجَاءَ ، فَقَالَ : وَإِنَّ هَذِهِ مِنْ أَمْرِهَا كَذَا، وَمِنْ أَمْرِهَا كَذَا)[1]، كما أن الصحابة رضي الله عنهم احتكموا إلى الصلح بين الزوجين في العديد من المواقف[2].

3- وبخصوص فقهاء الشريعة الإسلامية ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التحكيم الحنفية والمالكية والحنابلة وأكثر الشافعية، في حين ذهب بعض فقهاء الشافعية إلى جوازه بشرط عدم وجود قاض في البلدة، وهو رائي ابن حزم كما يفهم من كلامه[3].

ونظرا لحاجة التحكيم أو الصلح عن طريق الحكمين، سعت جل الدول العربية والإسلامية إلى صياغة أحكامه ضمن قوانينها للأحوال الشخصية[4] كالمشرع العراقي في نص المادة 41 من قانون الأحوال الشخصية الذي اعتبر أن مهمة الحكمين هو اجتهاد منهما من اجل تحقيق النتيجة المراد الوصول إليها وهي الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، في حين ذهب المشرع الغربي في نص المادة 95 إلى إقرار التحكيم كوسيلة للإصلاح بين الزوجين أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بذل الجهد مدونة الأسرة المغربية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 56 من ق.أ.ج وكذا نص المادة 446 من ق.إ.م.إ، وبالرجوع إلى هاذين النصين رغما أنهما الأول موضوعي والثاني إجرائي إلا أنهما متناقضان في مدى وجوب وجواز اللجوء إليه وهو ما سنتناوله لاحقا.

ثانيا: حكم بعث الحكمين

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكم بعث الحكمين بين الوجوب والجواز إلى قولين:

القول الأول: الوجوب في بعث الحكمين.

ذهب إليه بعض فقهاء الشافعية والمالكية[5]، فيريان انه إذا اشتد الشقاق أي الخلاف الواقع بين الزوجين، بعث القاضي وجوبا وهو من الفروض العامة على القاضي، وان مهمة الحكمين إيجاد

1 أبي القاسم بن احمد الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، منشورات دار الحرمين، القاهرة مصر، د.ط، د.س.ن، الجزء 5، ص135.

2 المرجع نفسه، ص135

3 ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى، تحقيق عبد الغفار سليمان البداري، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان الطبعة الثالثة، سنة2003،ص 435.

4 الند صلاح الدين تمر، بلقاسم عقيلة ،الإجراءات التبعة أثناء التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، مجلة البحوث العلمية الدراسات الإسلامية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر المجلد 14، العدد 5 ،2022/12/31، ص229.

5 ابن العربي، مرجع سابق، الجزء 1، ص427.

حل للشقاق الواقع بين الزوجين، فيقول ابن العربي "**على الحاكم بعث الحكمين إذا علم بالشقاق بين الزوجين حتى ولو لم يترافعا إليه؛ لان ما يضيع من حقوق لله أثناء ما ينتظر رفعهما إليه لا جبر له**"[1]

ودليل القائلين بالوجوب قوله تعالى في الآية 35 من سورة النساء ﴿**فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ﴾، ووجه الدلالة ظاهر الآية"فابعثوا"بأمر يدل على الوجوب، لعدم وجود قرينة تصرفه على الوجوب إلى الاستحباب[2].

أما الدليل الثاني انه من واجب القاضي دفع المظالم، ولا يحل للقاضي أن يترك الزوجان على ما هما عليه من المأثم والمفاسد.

القول الثاني: استحباب بعث الحكمين.

وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية وكثير من المعتزلة[3]، ودليلهم في ذلك أن ظهور الأمر في الآية للإرشاد، كما أن بعث الحكمين من الأمور الدنيوية التي لا يظهر إرادة الوجوب منه سبحانه وتعالى فيها.

وأمام هذا الاختلاف الفقهي في بعث الحكمين ظهر الاختلاف في الأخذ به من قبل التشريعات العربية والإسلامية، على اعتباران مصدر قوانين الأحوال الشخصية لهذه الدول الشريعة الإسلامية.

وعل سبيل المثال أدرج المشرع المصري النص على الشقاق بين الزوجين مع نفس النص الذي يتحدث عن الضرر، لأن الشقاق واستمراره من شأنه الإضرار بالزوجين وهو صورة من صور الضرر. لكن هذا الضرر ليس بالضرورة مرتكب من طرف الزوج على الزوجة كما أنّه وإذا ثبت الضرر الذي تشتكي منه الزوجة فإن القاضي يطلّق حتما. أما إذا لم يثبت الضرر وتكررت الشكوى فهذا هو الشقاق الذي يستدعي من القاضي إتّباع إجراءات معينة[4].

---

1 ياسر محمد جابر ، مرجع سابق، ص44.

2لرجع نفسه،ص46.

3مرجع نفسه،ص46.

4 ايت شاوش دليلة، **إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر، تاريخ المناقشة 2014/06/26، ص235.

وأدرجت هذه الأحكام في المواد 11، 10، 9، 8، 7،6من القانون رقم 25لسنة 1929م المعدل بالقانون رقم 100لسنة 1985 إذ نصت المادة 6 على 6: "**إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ طلقها القاضي طلقة بائنة.**

إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد11 " ويتضح من خلال النص والنصوص ذات الصلة أن المشرع المصري أدرج أحكام اللجوء إلى التحكيم والذي يكون في حالة استحكام الخلاف وعدم ثبوت الضرر .

أما بالرجوع إلى التشريع المغربي نجده نص على الشقاق وجعله سببا لكلا الزوجين حقا في طلب التطليق وهو ما جاء به في نصوص المواد من94 إلى 97 مدونة الأسرة المغربية، كما أن حالات اللجوء إلى تطبيق مسطرة الشقاق لا يقتصر على أحكام النصوص السابقة بل توجد خمس حالات أخرى منصوص عنها في المواد45، 100،52،124،120.

نصت المادة 94 على"**إذا طلب الزوجين أو احدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82**"،ونصت المادة 95 على "**يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع.**

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه، وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة". ومن خلال النصين يتضح أن المشرع المغربي خول للقاضي قبل اللجوء إلى التحكيم السعي للصلح بين الزوجين قبل اللجوء إلى التحكيم.،فوضح المشرع المغربي أحكام الصلح عن طريق الحكمين وجعل السلطة للقاضي في تفعليها، وحدد مهام الحكمين في استقصاء أسباب الخلاف وبذل الجهد في إيجاد حل للنزاع.

ومن خلال ما سبق وبالنظر إلى التشريعات العربية والإسلامية الأخرى يتضح التباين والاختلاف في أحكام الصلح عن طريق التحكيم، بل ظهر اختلاف حتى في التشريع الواحد كما هو الحال عليه في التشريع الجزائري والذي سنتناوله.

ثالثا: الصلح عن طريق الحكمان بين الوجوب والجوازفي القانون الجز ائري.

ورد في نص المادة 57 من ق.أ.ج **"...وجب على القاضي..."** فمن خلال استقراء النص فان لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى إجراءات الصلح عن طريق الحكمان إجراء وجوبي وملزم له بانتداب الحكمين[1]، أي انه في حالة وجود خصومة قضائية لحل الرابطة الزوجية مطروحة أمام قاضي شؤون الأسرة ولم يثبت الضرر والمتسبب فيه، فانه يتعين عليه وجوبا تعيين الحكمين لإصلاح ذات البين.

وباعتبار أن نصوص قانون الأسرة الجزائري مستمدة من الشريعة الإسلامية، فإن المشرع الجزائري في إدراجه للنص أخذ بالرأي المرجح في الفقه الإسلامي في وجوب بعث الحكمين كما سبق تبيانه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25[2] والذي جاء في تسبيبه **"... إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرروجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثمة فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون... "**، مما يوحي أن كل من المشرع الجزائري والعمل القضائي اتجه إلى وجوبية اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمان.

أما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما نص المادة 446 من التي نصت على**"إذا لم يثبت أي ضررأثناء الخصومة، جازللقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"**، ويتضح من خلال قراءة النص أن المشرع الجزائري غير موقفه وأخذ بجوازية لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى تعيين الحكمين إن صح القول.

وأمام هذا التباين والتناقض بين النصين جعل من الباحثين توجيه النقد للمشرع الجزائري الذي قضى بوجوبية اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين وجوازيته في الوقت نفسه، فذهبت الأستاذة **ايت شاوش دليلة**[3]إلى القول أن الوجوب يقيد القاضي وينفي السلطة التقديرية له، أما

1 شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ، مرجع سابق، ص 121.

2 قرار رقم 75812، بتاريخ 1989/12/25، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، العدد 3 سنة 1991، ص71.

3ايت شاوش دليلة،مرجع سابق،ص 253،254.

الجواز يجعل اللجوء إلى التحكيم خاضع لتقدير القاضي، وفي محاولة منها للتوفيق بين النصين رجحت نصت المادة 56 من ق.أ.ج على نص المادة 446 من ق.إ.م.إ كون أن هذا الأخير جاء في آخره حسب مقتضيات قانون الأسرة ،خاصة في غياب قرارات صادرة عن المحكمة العليا في ذلك تحسم الأمر.

واتفقت الأستاذة **أمينة بن جناحي** الرأي غير أنها ترى أنه فعلا المشرع الجزائري وقع في تناقض غير أن الأمر محسوم بموجب أخر ما جاء في نص المادة 446 من قانون الأسرة بنصها على حسب مقتضيات قانون الأسرة ويعتبر إحالة على نص المادة 56 من ق.أ.ج التي تقضي بالوجوب في تعيين الحكمين[1].

في حين يرى الأستاذ **علي بن عوالي** أن المشرع الجزائري كان عليه أن يراعي ما جاء في قانون الأسرة عند تشريعه وإعداده لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وصياغة النص الإجرائي بصيغة الجواز لا يفي بالغرض الذي شرع من اجله، حيث يدفع القاضي إلى التغاضي والتهاون في تعيين الحكمين وإهمال دورهما الذي جاء به القران الكريم، لما فيه من فوائد كثير فالأصح والأجدر ان يكون النص الإجرائي بصيغة الإلزام توحيدا للنصوص القانونية الخاضعة لدستور واحد[2].

ونحن بدورنا نساند النقد الذي وجه للمشرع الجزائري ذلك أنه إذا ما أردنا تحليل نص المادة 446 من ق.إ.م.إ ومقاربتها بنص المادة 56 من ق.أ.ج فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري وقع في تناقض بين النصين، فالنص المدرج في القانون الموضوعي المتمثل في نص المادة 56من ق.أ.ج يقضي بوجوبية لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى تعيين الحكمين، أما النص المدرج في القانون الإجرائي المتمثل في نص المادة446 من ق.إ.م.إ فانه يقضي بجوازية تعيين الحكمين، خاصة أن النصوص الإجرائية لا تعتبر مكملة للنصوص الموضوعية بل جاءت لتنظيم القواعد الشكلية والتي تسمح بتطبيق القواعد الموضوعية، كما جاء في محضر المناقشات لمشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، بل أكثر من ذلك المشرع الجزائري في نص المادة446 من ق.إ.م.إ أحال تطبيق النص على قانون الأسرة والتي جاء فيها **"... حسب مقتضيات قانون الأسرة..."**.

1 أمينة بن جناحي ، مرجع سابق، ص125.

2 علي بن عوالى مرجع سابق ص 180،181

3المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى رقم 47، مرجع سابق، ص6.

وأمام هذا التناقض في الأحكام نرى انه يجب على المشرع الجزائري رفعا للتناقض تعديل نص المادة 446 من ق.إ.م.إ، بان يكون اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمان وجوبيا حتى يستقيم النص الإجرائي مع النص الموضوعي.

وتبريرنا في ذلك أنه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتجه الجانب العملي[1] إلى إعمال النص الإجرائي في اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين أي اعتباره جوازيا، وسندهم في ذلك أنق.إ.م.إ في نص المادة 446 منه قانون لاحق على ق.أ، وبالتالي يعتبر تعديلا للنص المادة 56 من ق.أ.ج والتي تعتبر نصا إجرائيا أكثر منه نص موضوعي، وبالتالي فان النص الإجرائي أولى بالتطبيق، وهذا الأمر جعل اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين نادرا، مما حد من فاعلية هذا الطريق لإصلاح ذات البين بين الزوجين.

رابعا: صفة الحكمين.

اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد صفة الحكمين بين من يعتبرهما حاكمين لهم سلطة الفرقة، وبين من يعتبرهما وكيلين، أو رسولين وانقسم إلى ثلاثة أراء:

الرأي الأول: يرى أن المبعوثان في الشقاق بين الزوجين حاكمان يقضيان بين الزوجين بجمع او فرقة، بعوض أو بغير عوض، من غير توكيل من الزوجين أو رضا منهما ببعثهما او بحكمهما[2].

ذهب إليه أكثر المالكية[3]، وبعض من فقهاء الشافعية[4]، ودليل هذا الرأي قوله تعالى في الآية﴿**فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴾، سماهما الله عز وجل حكمين ونصبهما للحكم بين الزوجين ومكنهما منه، وللحكم في الشريعة الإسلامية اسم ومعنى، وللوكيل اسم ومعنى، والخطاب الوارد بالأحكام وتنفيذها ينصرف إلى الحكام والأئمة دون أهل الخصومات[5].

1من خلال المقابلات التي أجريت مع عدد من القضاة.

2 عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، مرجع سابق، ص 191.

3 ابن العربي، مرجع سابق، القسم 2، ص539.

4 شمس الدين محمد الدين محمد بن الخطيب الشربيني، على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، تحقيق محمد خليل عيتاني، الجزء3، د.ط،د.س.ن، دار المعرفة، بيروت لبنان، ص261.

5 ابن العربي، مرجع سابق، القسم 2، ص539.

وعللو أيضا؛ انه إذا وقع الشقاق بين الزوجين فلا بد من ولي لهما يتولى أمرهما، لتعذر اختصاص احدهما بالحكم على الأخر، والحكمان يفعلان بالأصلح من جمع أو فرقة بعوض او بغير عوض، ولهما الطلاق بدون إذن الزوج.

الرأي الثاني: يرى أن الحكمين وكيلان عن الزوجين، فلا يجوز بعثهما إلا برضاهما وموافقتهما، وليس لهما التفريق إلا برضاهما وتوكيلهما، ويفعل الحكمان الأصلح من صلح أو تفريق.

وذهب إليه مذهب الحنفية وبعض المالكية وبعض الشافعية وفي رواية عن الحنابلة[1]، واستدلوا بقوله ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا** ﴾ بان الله عز وجل أمر بان يكون احد المبعوثين من أهل الزوجة والأخر من أهل الزوج، فالذي من أهله وكيل عنه والذي من أهلها وكيل عنها، وتسمية حكمين لا يعارض كونهما وكيلين؛ لان الأصل قبول قولهما على الزوجين ونفاذه عليهما بموجب توكيلهما، فكان لزوم قول الحكمين للزوجين بمثابة الحكم، فسميا حكمين من هذا الوجه.

والدليل الثاني أن ما ورد في الآية في قوله ﴿ **إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾ فلم يجعل الله عز وجل للحكمين سوى الإصلاح وهو حقيقة الوكيل.

الرأي الثالث: يرى هذا الرأي أن الحكمان رسولان وشاهدان، يرسلهما الحاكم ليصلحا بين الزوجين، وليعرفا حالهما: من الظالم ومن المظلوم؟ ويخبرا الحاكم بما اطلعا عليه، ويشهدا بما ظهر لهما، وليس لهما الفرقة بين الزوجين، وهو قول ابن حزم وبعض المالكية[2].

ووجه الدلالة في قوله تعالى ﴿**فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾أن الإصلاح هو قطع الشر بين الزوجين، وقد رده الله عز وجل إلى اختيار الزوجين، ولا يعرف في اللغة ولا في الشريعة الإسلامية أن من الإصلاح بين الزوجين تطليق الزوجة عن زوجها، وليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا وهذا شان الشاهد.

1عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، مرجع سابق، ص 193،194.

2 المرجع نفسه، ص 192.

وأمام هذا التباين في الآراء الفقهية حول مهام الحكمين بين من يجيز الفرقة ومن يرى أن مهامهما لا تتعدى الإصلاح بين الزوجين ومن يملك الفرقة هو القاضي، اختلفت أيضا التشريعات العربية والإسلامية في الأخذ بالآراء الفقهية حول مهام الحكمين.

فذهبت العديد من التشريعات إلى الأخذ بالرأي القائل بأن مهمة الحكمين الإصلاح وحال إخفاقهما لهما أن يفرقا بين الزوجين، ومثال ذلك المشرع الأردني من قانون الأحوال الشخصية[1] في نص المادة 132 " ...**هـ . إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه على أن لا يقل عن المهر وتو ابعه وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه**

و إذا ظهر للحكمين أن الإساءة من الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنسبة إساءة كل منهما وإن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الإساءة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من أيهما"..

بينما ذهبت التشريعات الأخرى إلى الأخذ بالرائي القائل بأن الحكمين وكيلان ورسولان، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج بنصها على"... **يعين حكمين للتوفيق بينهما...**" ويستشف من النص أن مهمة الحكمين تقتصر على محاولة تقريب وجهات النظر بين الزوجين، وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت المادة 446 منه على " ... **جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما...**" وبهذا النص فصل المشرع الجزائري بان مهمة الحكمين تنحصر في الصلح بين الزوجين، دون أن يكون لهما سلطة حل الرابطة الزوجية، كما انه أكد ذلك في نص المادة 449 من ق.إ.م.إ بنصها "**يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة**" يفهم منها أن القاضي له سلطة الفصل في الخصومة، وهذه الأخيرة متمثلة في حل الرابطة الزوجية.

1 قانون الاحوال الشخصية الاردني، مصدر سابق.

المبحث الثاني

دورقاضي شؤون الأسرة في الإشراف على إجراءات الصلح عن طريق الحكمين.

أدرج المشرع الجزائري أحكام تتعلق بإجراءات الصلح عن طريق الحكمين، ومنح لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة في تسييرها ويعتبر الحكمين مفوضين من قبل القاضي لإصلاح ذات البين بين الزوجين وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، ولا يقتصر دوره على سير إجراءات الصلح بل له دور بعد انتهاء هذا الأخير سواء إذا نجح الحكمين في إصلاح أو في حالة فشلهما لأي سبب من الأسباب وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني

المطلب الأول

دورقاضي شؤون الأسرة في سير إجراءات الصلح عن طريق الحكمين.

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتضح جليا النقص بخصوص الأحكام الإجرائية المتعلقة بطريقة تعيين الحكمين، والأساليب وطريقة عمل الحكمين، وكذا طبيعة وشكل ومضمون المحضر الذي يعده الحكمين، كما انه لم يتعرض للإشكالات التي قد تعترض مهمة الصلح، وكما سبق الإشارة إلى أن الصلح عن طريق الحكمين يعتبر من قبيل التفويض، وبالتالي فلقاضي شؤون الأسرة دور في تعيين الحكمين وهو ما نتناوله في الفرع الأول الحكمين، وكذا دوره والحكمان في محاولة الصلح في الفرع الثاني.

الفرع الأول

دورقاضي شؤون الأسرة في تعيين الحكمين.

من خلال استقراء النصوص القانونية فإنها لم تحدد الإجراءات والشروط المتبعة في تعيين الحكمين، سوى شرطين المتمثلين في وجود خصام شديد، وعدمإثبات الضرر، ولم تحدد من له السلطة في تعيينهما.

غير انه بتحليل نص المادة 56 من ق.أ.ج التي تخاطب القاضي وذلك بنصها في الفقرة الثانية على "**يعين القاضي**"،وأكدتها المادة 446 من ق.إ.م.إ بنصها على "**يجوزللقاضي أن يعين**"، وبالتالي فان

من يملك سلطة تعيين الحكمين هو القاضي متى توفرت الشروط، والذي يكون تلقائيا من القاضي، ويذهب بعض الفقه انه يمكن للقاضي ان يعين الحكمين، بناءا على طلب احد الزوجين أو كلاهما[1]، من خلال ملف الدعوى والعرائض والمذكرات الجوابية، أو عند الاستماع إلى الزوجين أثناء مرحلة الصلح.

واثبر تساؤل حول أي مرحلة من الدعوى يتم تعيين فيها الحكمين (اولا)، والذي يتم وفق شروط شكلية(ثانيا)، بعد أن تتوفر شروط في الحكمين (ثانيا)،

أولا:مرحلة تعيين الحكمين.

أثارت مرحلة تعيين الحكمين جدلا لدى الباحثين، وطرح التساؤل حول المرحلة التي يتم فيها تعيين الحكمين، فهل يتم تعيينهما قبل محاولة الصلح، أم أثناء مرحلة الصلح أو بعدها[2]؟.

حسب رأينا فان المرحلة التي يتم فيها تعيين الحكمين يكون بعد إجراء الصلح الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة، وتبريرنا في ذلك روح النصوص القانونية ويمكن إجمالها في ما يلي:

- بتحليل نص المادة 56 من ق.أ.ج فان معرفة شروط تعيين الحكمين؛أيوجود خصام شديد، وعدم إثبات الضرر لا يمكن تصوره إلا أثناء سير الدعوى و الخصومة القضائية والذي يستنبطه القاضي من خلال ملف الدعوى والعرائض والمذكرات.
- نص المادة 446 من ق.إ.م.إ أن اللجوء إلي تعيين الحكمين يكون أثناء سير الدعوى وانعقاد الخصومة وذلك بنصها على"...**إذ لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة...**"، وأكدت أيضا نص المادة 449 من ق.إ.م.إ التي يفهم منها أن مهمة الحكمين تكون أثناء سير الخصومة، كون أنه في حالة صعوبة إصلاح ذات البين من قبل الحكمين، ينهي القاضي مهامهما ويستمر في الفصل في الدعوى وذلك بنصها على "**... يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة...**"
- اعتبار إجراءات الصلح وجوبي وإلزامي في دعاوى حل الرابطة الزوجية، ومنه فقاضي شؤون الأسرة ملزم بإجراء جلسات الصلح للتوفيق بين الزوجين، فان توصل إلى إصلاح ذات البين بين

1ابن كعبة عمارية، **الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين في القانونين الجزائري و المغربي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق واللوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية2020-2021،ص 219.

2 مرجع نفسه، ص219.

الزوجين فبذلك يكون قد أنهى المنازعة وبالتالي لا فائدة من اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين، أما إذا اخفق في ذلك وتوفرت شروط اللجوء إلى الحكمين يتم تعيينهما لمحاولة الصلح.

ويعتبر تعين الحكمين تفويضا لإجراء محاولة الصلح، ويستشف ذلك من نص المادة 446 من ق.إ.م.إ بنصها على " ...**يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح...**"، كما أن نص المادة 448من ق.إ.م.إ أكدت ذلك بنصها على" ... **إذا تم الصلح من طرف الحكمين** ..."أيأن مهمة الحكمين محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين.

ثالثا:الشروط الشكلية لتعيين الحكمين.

لم يبين المشرع الجزائري الطريقة والشكليات التي يتم بها تعيين الحكمين وطرحت عدت تساؤلات بخصوصها، فهل يكون بموجب أمر شفهي أو مكتوب؟ وإذا كان التعيين مكتوبا فهل يكون بموجب أمرأو حكم؟ ، ويرجع السبب في طرح التساؤلات إلى النقص في الأحكام الإجرائية.

وأمام هذا الفراغ وللإجابة على التساؤلات كان لابد من الاستعانة بما هو معمول به في الجانب العملي، من خلال مقابلات عديدة أجريت مع قضاة قسم شؤون الأسرة لجهات قضائية متنوعة، رغم أن اللجوء إلى الصلح عن طريق لحكمين ينعدم اللجوء إليه عند اغلب قضاة شؤون الأسرة رغم توليهم رئاسة قسم شؤون الأسرة لعدة سنوات، ونادرا عند البعض الأخر بمعدل لا يتعدى المرتين.

وعلى كل فان الجانب العملي[1] انقسم إلى اتجاهين مختلفين في الإجراءات الشكلية لتعيين الحكمين:

الاتجاه الأول: ذهب في تعيين الحكمين يكون بموجب أمر شفهي، وأساسهم في ذلك أن الأصل في القواعد الإجرائية النص القانوني، ولا يمكن الاجتهاد فيه وطالما انه لا يوجد أي نص قانوني يقضي بأن يكون تعيين الحكمين مكتوبا، فإنه يتم تعيين الحكمين بموجب أمر شفهي، ويكون ذلك إما؛ بعد جلسة الصلح مباشرة حالة حضور الحكمين برفقة الزوجين، أما إذا كنا غائبين يطلب القاضي من الزوجين أن يعينا أحد الأشخاص من أهل الزوج وشخص من أهل الزوجة، للتقرب من المحكمة

1 من خلال المقابلات التي أجريت مع القضاة الذين قاموا بإجراء الصلح عن طريق الحكمين.

لتعينهما شفاهة، ويدلى قاضي شؤون الأسرة على الحكمان المهام المسندة والمتمثلة في محاولة الصلح بين الزوجين، والمدة التي يتم خلالها انجاز المهام.

الاتجاه الثاني: ذهب هذا الاتجاه إلى عكس ما اتجه إليه الاتجاه الأول، ويتم تعيين الحكمين بموجب محضر تعيين مكتوب، وأساسهم في ذلك انه لا يمكن تعيين الحكمان شفاهة، كون أنه يجب تحديد هوية الحكمين والمهام المسندة إليهم، والمدة الزمنية لذلك والتي لا يجب ان تتعدى الشهرين، بالإضافة إلى نص المادة 56 من ق.أ.ج والمادة 446 من ق.إ.م.إ تقتضيان ذلك بنصهما على مصطلح "**يعين**"والتعيين يجب أن يكون مكتوبا.

وقبل إبداء رأينا حول الاتجاهين، لا بد من الإشارة إلى ما ذهب إليه بعض الباحثين، في إمكانية تعيين الحكمين عن طريق حكم تحضيري قبل الفصل في موضوع دعوى حل الرابطة الزوجية، ونرى أنه أمر مستبعد تماما، كون أن الحكم التحضيري يجب أن يستخرج منه نسخة تنفيذية وأن يسعى أحد الطرفين لتنفيذه، وبالتالي فإن التعيين بموجب حكم يصعب عمل الحكمين هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يجب أن يقوم أحد الطرفين بإعادة السير في الدعوى بعد إنجاز الحكمين للمهام المسندة والذي يكون بموجب إجراءات قيد الدعوى، وبالتالي نرى أن تعيين الحكمين بموجب حكم أمر مستحيل.

كما أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 449 من ق.إ.م.إ نجده فصل في الأمر والذي يفهم من محتواها انه في حالة وجود صعوبة في تنفيذ مهمة الحكمين يعيد القاضي القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة[1]،فالقاضي هو الذي يعيد القضية إلى الجلسة وليس الخصوم، وبالتالي لا يمكن أن يكون تعيين الحكمين بموجب حكم.

وبخصوص موقفنا لما اتجه إليه الجانب العملي و وجود الفراغ القانوني في كيفية تعيين الحكمين، فإننا نميل إلى الاتجاه الثاني، الذي ذهب إلى تعيين الحكمين كتابة، لما تعززه الكتابة من مزايا كتحديد هوية الحكمين والمهام الموكلة إليهما، والمدة الزمنية لإجراء الصلح، كما نرى ان التعيين يجب أن يكون بموجب أمر مما يضمن المصداقية لتعيين الحكمان وتماشيا مع النصوص القانونية ذات الصلة كنص المادة 425 منق.إ.م.إ التي تقضي أحكامه بان التعيين في إطار التحقيق كالمساعدة

1 نصت المادة 449 من ق.إ.م.إ على " **يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة، وتستمر الخصومة**"

الاجتماعية أو الطبيب أو الخبير يكون بموجب أمر، وكذا نص المادة 999 من ق.إ.م.إ الخاصة بتعيين الوسيط الذي يكون هو الأخر بموجب أمر .

بالإضافة إلى تعيين الحكمان بموجب أمر نرى انه من الوجوب تأدية الحكمان اليمين أمام القاضي حتى تطمئن المحكمة[1]لعمل الحكمين هذا من جهة، ومن جهة أخرى مثل ما هو عليه الحال في تعيين الوسطاء الذين يقومون بنفس مهام الحكمين، فالوسيط القضائي يتم تعيينهم بموجب أمر مكتوب ويقوم بتأدية اليمين القانونية المنصوص عنها في المرسوم التنفيذي 09-100[2]، بالإضافة إلى اعتبار مهمة الحكمين تتمثل في الصلح بين الزوجين واعتبار ذلك تفويض من القاضي، وهذا الأخير يقوم أيضا بتأدية اليمين لممارسته مهامه، كما يجب أن تتوفر في الحكمين شروط معينة وهو ما سنتناوله.

رابعا:الشروط المستوجبة في الحكمين.

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري لا نجد أي نص قانوني يحدد الشروط المستوجبة في الحكمين، وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يحدد هو الأخر الشروط واعتبر تكرار لما ورد في قانون الأسرة، بل أحال المشرع الجزائري بموجب نص المادة 446 من ق.إ.م.إ لتطبيق الأحكام إلى قانون الأسرة، وأمام هذا الفراغ القانوني فانه يتعين على قاضي شؤون الأسرة الاستناد على أحكام الشريعة الإسلامية وما أخذت به في الشروط المستوجبة في الحكمين، فاشترط الفقه الإسلامي جملة من الشروط في الحكمين.

1- شرط الأهلية.

اتفق جمهور الفقهاء في انه يجب أن يكون الحكم بالغا وعاقلا، لان البلوغ والعقل يتعلق به التكليف وكمال الرأي، ولا يتم التحكيم إلا بذلك[3]، وقانونا المقصود به تمتع الحكم بالأهلية وهي صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية.

1 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص217.

2 المرسوم التنفيذي 09-100 المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، المؤرخ في 10 مارس 2009، لجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، المؤرخة في 15 مارس 2009.

3 عبد الله بن محمد بن سعد أل خنين، مرجع سابق، ص206،205.

و الأهلية في القانون الجزائري تكتمل ببلوغ الإنسان سند الرشد وهي تسعة عشرة سنة كاملة، كما جاء في نص المادة 40 من ق.م.ج، كما أنها لا تكتمل ببلوغ السن فقط بل يجب ان تكون خالية من العيوب كما نصت عليه المواد 42 و43 من ق.م.ج، ويذهب الأستاذ **احمد محمود أبو هشهش** إلى القول أن ما يشترط في القاضي يشترط في الحكم[1]، لان الحكم دوره الإصلاح بين الزوجين كما هو منصوص عليه في المادة 446 من ق.إ.م.إ.

ويتأكد قاضي شؤون الأسرة من سن وأهليه الحكمين من خلال الاطلاع على وثائق الهوية، وله أن يستخرج نسخة من شهادة ميلاد الحكمين من المحكمة لاسيما انه يمكنه ذلك في الحين من خلال التطبيقة للحالة المدنية المتوفرة في المحكمة من خلال ربط جهاز القضاء بالحالة المدنية عبر التراب الوطني.

أما بخصوص شرط الذكورة في الحكمين اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب المالكية وبعض الشافعية والحنابلة[2]إلى اشتراط الذكورة، أما الحنفية وبعض المالكية[3]فإنهمأجازوا تحكيم المرأة وسندهم في ذلك أن أهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة فما يقبل فيه شهادة المرأة يقبل فيه تولية القضاء والعكس صحيح، أما بخصوص موقف المشرع الجزائري فانه لم ينص على اشتراط الذكورة في الحكم وجاء النص بصيغة العموم.

وحسب رأينا فانه لا يشترط في المحكم الذكورة، ذلك أن ما يشترط في القاضي يشترط في المحكم، وفي القانون الجزائري يجوز للمرأة تولي منصب القضاء وهو المعمول به، ونجد في العديد من أقسام شؤون الأسرة يتولاها نساء، فكيف يعقل اشتراط الذكورة في الحكمين ومن يعينهما امرأة، ومنه لا يمكن القول انه يشترط في الحكم الذكورة، ناهيك انه ذلك يعتبر من صلب الفقه الإسلامي[4] كما اشرنا إليه سابقا.

1 احمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص153.

2 المدونة الكبرى، الجزء 5، ص 367.

3وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص372.

4 مرجع نفسه، ص73.

2- شرط العدل.

لم ينص المشرع الجزائري على شرط العدل في الحكمين، ونفس الشيء بالنسبة للقانون المغربي على عكس المشرع المصري في نص المادة 7 من قانون الأحوال الشخصية المغربي بنصها على "... **يشترط في الحكمين العدل...**"، ويرجع أصل شرط العدل إلى الفقه الإسلاميإذأن جمهور الفقهاء اتفقوا على شرط العدالة في الحكمين[1]، واختلف فيه بعض المالكية[2]، ويقول الأستاذ**عبد الله بن محمد بن سعد أل خنين** "**الحكمان المبعوثان إذكان سوف يرسمها القاضي من غير اختيار الزوجين ورضاهما فلا بد أن يكون عدليين بمعرفة القاضي، أو أن يثبت ذلك عنده، وأما إذا اختارهما الزوجان أو بعثهما فلا يشترط فيهما العدالة، بل يكفي رضا الزوجين معا**"[3]، والمقصود بالعدل في شخص المحكم إن يكون تقيا سويا مستقيما في أحوال دينه ودنياه المتصف بالمروءة والخصال الحميدة[4].

أما في الجانب العملي من خلال المقابلات التي أجريت مع القضاة فانه لم نجد لهذا الشرط تطبيق، ومرد ذلك انه لا يمكن التحقق منه لاسيما انه تتعلق بصفات باطنية.

وبخصوص هذا الشرط فإننا نرى انه وتطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية وما ذهب إليه الفقه الإسلامي انه يشترط في شخص المحكم العدالة، وبخصوص إثبات ذلك على النحو الذي تم تعريف به شرط العدالة، أن يستند قاضي شؤون الأسرة على صحيفة السوابق القضائية، والتي يمكن استخراجها في الحين من المحكمة عن طريق النيابة العامة، لاسيما أن هذه الأخيرة طرف في دعاوى شؤون الأسرة، فإذا ما تبين أن احد الحكمين محكوم عليه بجرائم تتنافى مع صفة الحكم كان يكون مثلا محكوم عليه بجريمة شهادة الزور آو اليمين الكاذبة الأفعال المنصوص والمعاقب عنها بموجب المواد من 232 وما يليها من ق.ع.ج، فانه لا يجوز تعيينه، وهذا لا يعني أن الحكمان يتسمان بصفة العدل لكن على الأقل تعتبر قرينة بوجودها.

1 عبد الله بن محمد بن سعد أل خنين، مرجع سابق، ص204.

2 ابن العربي، أحكام القران، الجزء الأول، مرجع سابق، ص205.

3 عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، مرجع سابق، ص205.

4 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص 204.

كم نرى انه من الأجدر على المشرع الجزائري النص على تتوفر في الحكمان بعض الشروط التي استوجبها المشرع الجزائري في الوسيط القضائي بموجب المرسوم التنفيذي 09-100 في المادة 2[1] منه، باعتبار أنهما يشتركان في نفس المهام المتمثلة في محاولة التوفيق بين الطرفين.

3- أن يكون الحكمين من أهل الزوجين

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج على تعيين حكمين في حال الخصام المشتد بين الزوجين، وان يكون حكما من أهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وجاء نص المادة 446 من ق.إ.م.إ لتأكيد ذلك بقولها "... **يعين حكمين اثنين...**"، وذلك أنهما أعلمان بحال الزوجين واقدر من غيرهما على تفهم أسباب الشقاق، ووجود الثقة بهما أكثر من غيرهما بحكم القرابة[2]، كما أن الأهل لهم القدرة في معرفة أسباب الشقاق، وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا، إذ جاء في القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25[3] والذي أكدت من خلاله أن يكون حكم من أهل الزوج ومن أهل الزوجة لعلمها بحال الطرفين وظروف الزوجين المتخاصمين، فهما الأقرب والأعلم بخلفيات النزاع، وعلى هذا الأساس يمكنهما التدخل لتهدئة الزوجين عكس ما إذا كان الحكم أجنبي.

ولم ينص المشرع الجزائري على تعيين الحكمين من غير أهل الزوجين في حال تعذر ذلك، واستحسن بعض الباحثين قي قانون الأسرة ذلك، على عكس ما أخذت به التشريعات المقارنة التي وسعت من دائرة اختيار الحكمين[4]، ومثال ذلك ما جاء به المشرع المغربي في مدونة الأسرة في نص المادة95[5] والتشريع المغربي في قانون الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1929 المعدل بموجب القانون 100 لسنة 1985 في نص المادة 07[6].

---

1 نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 09-100 على"... **-قد حكم عليه بسبب جناية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية قد حكم عليه كمسير من أجل جنحة الإفلاس ولم يرد اعتباره.**

-ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب اسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي"

2 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص2016.

3 قرار رقم 57812، مؤرخ في 1989/12/25، غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 3، ص71.

4 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص210.

5 نصت المادة 95 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الأولى على "**يقوم الحكمان او من في حكمهما، باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وبذل جهدهما لإنهاء النزاع**"

6 نصت المادة 7 على" **يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالها وقدرة على الإصلاح بينهما.**"

ونرى عكس ما ذهب إليه بعض الباحثين في عدم تعيين حكمين من غير أهل الزوجين، فاستنادا على نص المادة 56 من ق.أ.ج والمواد ذات الصلة قي ق.إ.م.إ فان القاضي ملزم بتعيين الحكمين من أهل الزوجين وفي حال عدم وجودهما لا يمكن للقاضي أن يعين حكمين من غير أهلهما، ويعتبر ذلك من باب التضييق على القصد من النصوص المتمثل في الصلح والحد من آلياته، فمن باب أولى التوسيع في دائرة الحكمين كما فعل المشرعين المغربي والمصري، وان يكون في حال تعذر تعيين الحكمين من أهل الزوجين، خاصة انه في العديد من الحالات يكون مقر مسكن الزوجية- الذي يتحدد على أساسه الاختصاص الإقليمي لدعوى حل الرابطة الزوجية- بعيد عن مقر إقامةأهل الزوج أو الزوجة أو الزوجين معا، ويصعب تعيين الحكمين من أهلهما خاصة إذا كانت المسافة بعيدة، ونرى بذلك أن المشرع المصري قد أحسن صنعا في نصه على حالة تعذر تعيين الحكمين من أهل الزوجين، بشرط وجود الخبرة بحال الزوجين والقدرة على الإصلاح.

بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامي يجيز أن يكون الحكمين من غير أهل الزوجين وهو ما ذهب إليه بعض المالكية وأكثر الشافعية وأكثر الحنابلة[1]، واستدلوا بقوله تعالى﴿**إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[2]، ووجه الدلالة أن الآية لا تدل على الوجوب بل هو للاستحباب والإرشاد،وان القرابة أشفق بالحال واعلم.

الفرع الثاني

دور قاضي شؤون الأسرة والحكمان في محاولة الصلح

بعد أن يعين قاضي شؤون الأسرة الحكمين وفقا للشروط التي سبق تبيانها، يباشر الحكمين المهام المسندة إليهما المتمثل أساسا في الصلح بين الزوجين، والتي تكون تحت إشرافه، وبهذا الصدد نرى انه على قاضي شؤون الأسرة أن يجتمع مع الحكمين قبل الشروع في المهمة، والسبب في ذلك يرجع إلى ندرة اللجوء إلى هذه الوسيلة، وعدم علم غالبية المجتمع بالدور الحكمين، وهذا ما التمسنها من خلال المقابلات التي أجريت مع عدد من القضاة، بالإضافة إلى أن اجتماع الحكمين مع القاضي يمكن هذا الأخير من إعلام الحكمين بالمهام المسندة إليهما والمتمثلة في معرفة أسباب الشقاق ومحاولة

1 عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص214،213.

2 سورة النساء، الآية 35.

الوصول الى الحلول من خلال إجراء الصلح بينهما، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل، لكن قبل ذلك على قاضي شؤون الأسرة أن يذكر الحكمين بالآداب التي يجب أن يتحليا بها.

أولا:آداب الحكمين

حتى يتمكن قاضي شؤون الأسرة من إنجاح الصلح عن طريق الحكمين، فانه يتعين عليه أن يذكرهما بالمنزلة التي عينا من اجلها، وأنهما يقومان مقام القاضي في الإصلاح، والثواب الذي يجزيان به، وانه عليهما إن يتحلون بصفات يمكن حصرها فيما يلي:

- إخلاص النية لله عز وجل في الأصلح بين الزوجين[1].
- أن يلطفا القول مع الزوجين فطيب الكلام سبب لين القلوب وتقاربه وترك تجافيها[2]، وعليهما أن يحتملا كلام الزوجين ذلك أن الحياة الزوجية بينهما أصبحت في شقاق وكل واحد منهما يحمل المسؤولية للطرف الأخر، والأكيد يكون كلامهما في حالة غضب ونرفزة.
- الإنصاف وعدم الميل ونصرة الحكم لأحد الزوجين، فيجب على الحكم أن لا يتأثر بما استمع إليه من الزوجين، وعليه ان يتذكر انه مكلف بمهمة الإصلاح لا لنصرة من عين لأجله، أو عكس ذلك كان يميل للطرف الأخر كأن يكون الحكم خصما لأحد الزوجين في دعوى ما.

ثانيا:مهام الحكمين.

جاء في نص المادة 56 من ق.أ.ج **"... يعين حكمين للتوفيق بينهما..."** ويستشف من خلالها أن مهمة الحكمين هو إصلاح ما بين الزوجين المتخاصمين، ويتضح أن النص لم يكن دقيقا وصريحا في أن مهمة الحكمين هي الصلح بمعناه القانوني، مما جعل المشرع الجزائري يتدارك ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونص صراحة أن مهمة الحكمين تتمثل في **"محاولة الصلح"**، كما جاء في نص المادة 446 منه.

1أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، راجع أصوله وأحاديثه وعلق عليها محمد عبد القادر عطا، القسم الأول من الفاتحة لأخر سور النساء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د؟ط، د.س.ن، ص539.

2عبد الله بن محمد بن سعد ال خنين، مرجع سابق، ص248.

ولم ينص المشرع الجزائري علي كيفية إجراء محاولة الصلح من قبل الحكمين، ولا عن مكان وعدد الجلسات، بل ترك السلطة التقديرية في ذلك للحكمين، كونه نفس الصلح الذي يجريه القاضي، والذي سبق وان وضحناه سابقا.

وحتى يتمكن الحكمين من إصلاح ذات البين عند وجود الشقاق بين الزوجين عليهما أن يبحثا في أسباب الشقاق، وأحسن المشرع المغربي صنعا في النص صراحة على ذلك في المادة 95 من مدونة الأسرة المغربية بنصها على "... **يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين...**"،وكذلك المشرع الأردني في المادة 132[1] الفقرة 3 بنصها على "... **يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين...**" وحتى يتمكن الحكمان من محاولة الإصلاح يتعين أن تمر بمراحل يمكن إجمالها فيما يلي:

1- التقصي على أصل النزاع والشقاق.

لم يحدد المشرع الجزائري كيفيات عمل الحكمين في الصلح، مما يستشف منه انه ترك الحرية في ذلك إلى كل من قاضي شؤون الأسرة في توجيه الحكمين، وكذا الحكمين بإعمال سلطتهم حتى يتمكنا من إصلاح ذات البين بين الزوجين، إذ يجب عليهما قبل ذلك معرفة الأسباب التي أدت إلى ظهور المنازعة بينهما، أو بمعنى أدق التقصي على أسباب الشقاق كما نصت عليه وثيقة الكويت للقانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 105 منه[2]، ويكون ذلك بكافة الوسائل التي يرونها مناسبة، خاصة من خلال استماع الحكم إلى الزوج الذي عين من اجله، دون الإخلال بالخلوة الشرعية بالنسبة للزوجة، وان يكون في حدود الشريعة الإسلامية.

كما يجب على الحكمين يبذلا الجهد[3]، ويكون ذلك بإعطاء الوقت الكافي وتكرار جلسات الاستماع، كما يمكن للحكمين الاستعانة بأقوال الأقارب وحتى الجيران إذا أمكن ذلك، مثل ما ذهب إليه المشرع الأردني في نص المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية بنصها على "... **يبحث الحكمان أسباب**

1 قانون رقم 15 لعام 2019، قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، فهرس العدد 5578، بتاريخ 2019/06/02.

2 نصت المادة 105 الفقرة أ على " ... **على الحكمين تقصي أسباب الشقاق...**"

3 سهيل الأحمد، التحكيم بين الزوجين حال النزاع والشقاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواثيق الدولية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث، البحوث والدراسات الأمنية، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الاستقلال اريحا، فلسطين، المجلد5، العدد الأول، حزيران 2020، ص260.

الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة منه..."،وأحسن المشرع الأردني صنعا في نصه على الوسائل التي يمكن للحكمين الاستعانة بها من اجل معرفة أسباب الشقاق.

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على كيفية عمل الحكمان وترك الحرية في ذلك لهما، فهنا نرى انه يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يوضح للحكمين طريقة وأساليب الصلح، وانه يمكن لهما الاستعانة بأقارب الزوجين كالاستماع إلى الأولاد في حال وجودهم أو غيرهم من الأقارب، أو الاستعانة بالجيران أو أصدقاء الزوجين متى رأيا فائدة من ذلك، فبقدر معرفة أسباب الخصام والشقاق بقدر ما استطاعا الإصلاح[1].

كما انه على الحكمين تهدئة النفوس ولهما في ذلك أن يرغبا في لم الشمل واستمرار الحياة الزوجية، وان يخوفا من الفرقة أو الطلاق وعن الآثار المترتبة عنه وما يؤديه من تفكك الأسرة.

2- محاولة الصلح بين الزوجين.

طالما أن مهمة الحكمين هي الصلح بين الزوجين فعليهما أن يسعيا إلى تهدئة النفوس، ولهما في ذلك أن يرغبا في لم الشمل والمنفعة في استمرار الحياة الزوجية، وعليهما في سبيل ذلك الاستماع إلى الزوجين والاجتماع معا من اجل مناقشة ما توصلا إليه من معرفة الأسباب التي أدت إلى الخصام، ولهما أن يقترحا الحلول وان يجتمعا مع الزوجين متى أمكن ذلك، كما انه على الحكمان تدوين تصريحات وتاريخ الاستماع وهو ما نصت عليه المادة 56 فقرة 2 من ق.أ.ج من اجل إعداد التقرير عن المهمة الموكلة إليهما.

3- عوارض إجراءات الصلح عن طريق الحكمان.

وقد يعترض عمل الحكمان بعض الإشكالات تعرقل السير الحسن للصلح، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 447 من ق.إ.م.إ ويعتبر هذا النص سدا للفراغ القانوني في قانون الأسرة وتنظيما للعمل الإجرائي إذ نصت على **" يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة"**

1 علي بن عوالي، مرجع سابق، ص177.

والمشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالإشكالات أو تبيان صورها أو أمثلة عنها مما جعل الباحثين يختلفون في تحديد مفهومها، فيرى الأستاذ **سائح سنقوقة** بأنها العراقيل[1] دون التدقيق والتفصيل فيها، بينما يرى الأستاذ **بوضياف عادل** بأنها"**الطارئ أو العقبة التي تحول دون مباشرة أو القيام بالمهمة الموكلة لهما على أكمل وجه**"[2].

ولتحديد المقصود بالإشكالات في نص المادة 447 من ق.إ.م.إ نرى انه يتعين مقاربتها بما ورد في نص المادة 449 من نفس القانون، والتي نصت على "**... إذا ثبت له صعوبة تنفيذ المهمة...**"، ويتضح أن المشرع الجزائري أدرج مصطلحين مختلفين لكل مصطلح مدلوله في النص، فيتضح أن تعريف الإشكال كما جاء به الأستاذ بوضياف عادل، ويمكن تعريفه على الوجه المقصود من المشرع بأنه"**العارض أو العقبة أو الطارئ الذي يحد من مباشرة أو القيام بإجراء الصلح، والذي يمكن إزالته بعد تدخل قاضي شؤون الأسرة لمواصلة مهام الحكمين**".

فنص المادة 447من ق.إ.م.إ يفهم منه انه يمكن لقاضي شؤون الأسرة بعد أن يطلع على ما يقدمه الحكمان من إشكالات يمكن التدخل من اجل إزالته، على عكس ما جاءت به المادة 449من ق.إ.م.إ بنصها على مصطلح "**صعوبة**"، والذي يفهم من روح وفحوى النص انه لا يمكن للقاضي التدخل لإزالتها بل يستحيل معها موصلة إجراء الصلح.

ويمكننا لتوضيح أكثر المقصود من مصطلح الإشكالات إعطاء أمثلة على ذلك، كان يرفض احد الزوجين الحكم الذي عين له بعد مباشرة الصلح ويقترح حكما أخر، فهنا يمكن للقاضي أن يستبدل الحكم لمواصلة إجراءات الصلح – رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ذلك- ونعتقد أن المشرع الجزائري في عدم تحديده لمفهوم الإشكالات كان قاصدا لذلك، رغبة منه ترك السلطة التقديرية في ذلك لقاضي شؤون الأسرة خاصة انه لا يمكن حصر الإشكالات التي قد تنشا أثناء محاولة الصلح بين الزوجين التي يقوم بها الحكمان.

ونرى أن المشرع الجزائري لم يوفق في صياغة المادة 449من ق.إ.م.إ واختيار المصطلحات الدقيقة التي تفيد المغزى من النص ونوجز ذلك في نقطتين:

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق، الجزء الأول، ص617.

2 بوضياف عادل، مرجع سابق، الجزء الأول، ص450.

- أن مصطلح صعوبة لا يفيد المقصود بالنص بحد ذاته فالمصطلح الذي نرى انه يستقيم معه النص هو الاستحالة، أي انه حالة استحالة تنفيذ المهمة من قبل الحكمين لأي سبب من الأسباب، والتي تؤدي حتما إلى إنهاء إجراءات الصلح وإرجاع القضية إلى الجلسة للفصل في الخصومة.
- إن صياغة نصي المادتين 447 و449 من ق.إ.م.إ يجعلهما متعارضتين ويكمن ذلك في أننص المادة 447[1] أدرج مصطلح الإشكالات التي تعترض الحكمان، والإشكال ينتج عنه صعوبة، وبالتالي فالمشرع أدرج حكمين لنفس الأمر، رغم أن المشرع لم يبين الإجراء الذي يمكن للقاضي أن يتخذه في حالة ظهور الإشكالات، على عكس ما جاء به في نص المادة 449 التي تجيز للقاضي إنهاء المهام ومواصلة السير في الخصومة.

ونرى انه كان على المشرع الجزائري لتوضيح أكثر وإدراج المصطلحات الدقيقة التي تفيد الهدف من النص وتستقيم النصوص القانونية فيما بينها، عليه إضافة فقرة ثانية للمادة 447 وتكون مثلا على الشكل الأتي"... **على القاضي أن يتخذ كافة التدابير لإزالة الإشكالات لمواصلة مهمة الحكمين**".

أما بالنسبة لنص المادة 449 نعتقد كما سبق تناوله أن مصطلح الاستحالة أدق من الصعوبة، ومنه يكون إنهاء مهام الحكمان وجوبيا وليس جوازايا، فبعد فشل الحكمان في الصلح وأصبح أمرا مستبعدا[2] ونتيجة لذلك فان مهامهم بدون جدوى يتعين إنهاؤها ويكون بنفس الشكل الذي تم تعيينهم تطبيقا لمبدأ توازي الإشكال.

ثالثا: دور قاضي شؤون الأسرة في الآثار الناجمة عن مهمة الحكمان.

أن لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى تعيين الحكمان الغرض منه الصلح، ومهامهم تكمن في معرفة الأسباب التي أدت إلى الشقاق، ولهما أن يحاولا إصلاح ذات البين بين الزوجين، ونتيجة ذلك إما أن يوفقا في إصلاح ذات البين، أو يخفقا في ذلك، وفي كلتا الحالتين نظم المشرع الجزائري الإجراءات التي يتعين على قاضي شؤون الأسرة اتخاذها في كل حالة

1نصت المادة 447 من ق.إ.م.إ "على يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من اشكالات اثناء تنفيذ المهمة".

2 بوضياف عادل، مرجع سابق، الجزء الأول، ص451.

1-دورقاضي شؤون الأسرة في حالة الصلح عن طريق الحكمان.

نصت المادة 56 من ق.أ.ج في فقرتها الثانية "**يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين**"، ويتضح من النص انه على الحكمان إعداد تقرير عن كافة الإجراءات التي قاما بها أثناء تنفيذ مهمة الصلح بين الزوجين، تدون فيه كافة المعلومات وما توصلا إليه.

في حين نص المشرع الجزائري في المادة 448 من ق.إ.م.إ على"**إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن**" وكما سبق أن قلنا أن بعض نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت لتسد الفراغ في قانون الأسرة، ورغم ذلك ظلت الأحكام قاصرة لاسيما ما تعلق بالإجراءات المتخذة في حالة الصلح عن طريق الحكمان،وطرح التساؤل حول نص المادة 448 لعدم تحديدها من يتولى تحرير المحضر؟[1]، وعن كيفية المصادقة على المحضر؟.

وإجابة للتساؤل من خلال القراءة السطحية للنص فان من يتولى تحرير المحضر هو الحكمان، و القاضي له سلطة المصادقة فقط بموجب أمر، غير أن المشرع لم يحدد شكل ومضمون المحضر، كما انه يكمن أن لا يحسن الحكمان القراءة والكتابة[2].

ونساند النقد الموجه لنص المادة 448من ق.إ.م.إ فالمشرع الجزائري جانب الصواب في ذلك ولم يحسن التقدير، وتبريرنا في ذلك انه سبق لنا القول أن قاضي شؤون الأسرة له سلطة تعيين الحكمان من اجل إجراء محاولة الصلح فقط دون الإجراءات الأخرى، وبالتالي فان الإجراءات اللاحقة يتولاها القاضي، وباعتبار أيضا أن الصلح لذي يجريه الحكمان تفويضا من القاضي، ومنه فان من يتولى إعداد المحضر هو أمين الضبط ويكون تحت إشراف القاضي طبقا لأحكام المادة 443 من ق.إ.م.إ التي نصت على "**يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي...**".

ويكون ذلك بأن يودع الحكمان التقرير عن كافة الإجراءات والمعومات وما توصلا إليه، ويتم إيداع التقرير لدى أمانة الضبط القسم، ويتم تحرير محضر الصلح من قبل أمين الضبط تحت إشراف

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق الجزء الأول،ص 618.

2 المرجع نفسه، ص619.

القاضي ويتم توقيعه من قبل الزوجين والقاضي وأمين الضبط،وجعل المشرع الجزائري محضر الصلح الذي يعده الحكمان غير قابل لأي طعن.

ونرى أن المشرع الجزائري قد جانب الصواب أيضا في التنصيص على أن محضر الصلح الذي يتم المصادقة عليه من قبل القاضي المنجز من قبل الحكمان، وجعله غير قابل لأي طعن في حين أن محضر الصلح الذي يقوم به أثناء جعل منه سندا تنفيذا، رغم أنهما يخضعان لنفس الإجراءات ويحققان نفس الغاية، فكان من باب أولى أن يضفي عليهما نفس الحكم، وكان على المشرع الجزائري أن يضع إحالة في نص المادة 448 إلى نص المادة 443 [1]من ق.إ.م.إ، وبذلك تستقيم الأحكام ويزول الغموض ويتضح الإجراء المعمول في حال الصلح عن طريق الحكمان.

بالإضافة إلى أن المحضر الذي يعده الحكمان قد يتضمن بعض الشروط أو اتفاق بين الزوجين، فحفاظا على استقرار ما توصل إليه الزوجان أن يضفي على المحضر صبغة السند التنفيذي، حتى يتمكن الزوج بإلزام الطرف الأخر بتنفيذ محتواه، ويكون له نفس الأثر للمحضر الذي يعده القاضي في حالة الصلح بين الزوجين وكذا محاضر الصلح والوساطة طبقا لأحكام المادتين 993 و1003 فقرة 2 من ق.إ.م.إ.

فبالرغم من عدم التنصيص على أن محضر الصلح في المادة 448من ق.إ.م.إ يعتبر سندا تنفيذيا فهذا لا يعني ذلك بل يعد سندا تنفيذا طبقا لأحكام المادة 600 من ق.إ.م.إ والتي نصت في فقرتها 8 على **"السندات التنفيذية هي:...8- محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط".**

2-دورقاضي شؤون الأسرة في حالة عدم الصلح عن طريق الحكمان.

قد يخفق الحكمان في المهمة المسندة إليهما والمتمثلة في محاولة الصلح بين الزوجين، والتي ترجع لأسباب متعددة، ففي هذه الحالة اختلفت التشريعات العربية في صلاحية الحكمان للتفريق بين الزوجين، ويرجع السبب في الاختلاف إلى اختلاف الفقه الإسلامي في ذلك، أما بخصوص المشرع الجزائري فانه جاء واضحا في الأخذ بالموقف الذي لايجيز للحكمين الفرقة، ويتضح ذلك من نص المادة 56 من ق.أ.ج التي جعلت مهمة الحكمين تنحصر في محاولة الصلح دون سواها، وأكدت المادة 449من

1 نصت الماد 443 من ق.إ.م.إ على **"يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي .يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا."**

ق.إ.م.إ بأنه في حالة عدم الصلح يعيد القاضي القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة، أيأن قاضي شؤون الأسرة له الحق في الفصل في الدعوى والمتمثلة في حال الرابطة الزوجية.

وأسباب انقضاء الإجراءات بعدم الصلح عن طريق الحكمان لا تنحصر في عدم توصل الحكمان إلىإصلاح ذات البين بل تتعدد ويمكن إجمالها فيما يلي:

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج على الآجال لانجاز الحكمان المهمة وحددها بشهرين، وتسري هذه المدة ابتداء من تاريخ تعيين الحكمان حسب ما يستنبط من النص رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ذلك.

ونعتقد أن المشرع الجزائري في تحديده لمدة شهرين يرجع السبب في ذلك إلى مراعاته للمدة المقررة للصلح التي يقوم بها القاضي في دعاوى حل الرابطة الزوجية والمحددة بثلاثة أشهر، التي تسري من تاريخ رفع الدعوى، فإذا ما تم احتساب المدة التي تستنفذ من تاريخ رفع الدعوى وفشل قاضي شؤون الأسرة في محاولة الإصلاح لا يمكن أن تقل عن الشهر، وبالتالي يتبقى على الأكثر مدة شهرين لمحاولة الصلح وهي المدة المقررة في النص التي يمكن للحكمين انجاز مهمة الصلح خلالها.

أما بخصوص الجانب العملي فانه يتم تحديد مدة تقل عن الشهرين، ونرى انه كان على المشرع الجزائري عدم تحديد مدة للصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان، وكان عليه أن يترك تقدير ذلك لقاضي شؤون الأسرة، في حدود ما تبقى من المدة المقررة لمحاولة الصلح التي قام بها، كون أن كل قضية تختلف عن الأخرى من حيث استغراق عدد الجلسات، والذي يؤدي إلى اختلاف في المدة التي يستغرقها القاضي في محاولة الصلح، وكان على المشرع أن يحيل الأمر على أحكام المادة 49 من ق.أ.ج، وبذلك يتم التناسق من حيث الآجال المقررة لمحاولة الصلح كأن يكون نص المادة على النحو الذي نراه مناسبا **"...يحدد القاضي الآجل بتقديم الحكمان للتقرير في حدود ما نصت علية المادة 49 .."**.

وفي كل الأحوال فان قاضي شؤون الأسرة يحدد الآجال التي يتعين أن يقدم خلالها الحكمان تقريرهما، وقد تستنفذ هذه المدة دون أن يتوصل الحكمان إلى محاولة الصلح لعدة أسباب نذكر منها على سبيل المثال:

- الرفض المطلق لإجراء الصلح من قبل احد الزوجين أو كلاهما[1]، بعد تعيين الحكمين

1 سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص619.

- تمسك احد الزوجين بشروط تعجيزية، أو يتم رفض الشروط من قبل الزوج الأخر.
- إصرار احد الزوجين أو كلاهما على حل الرابطة الزوجية.
- امتناع احد الزوجين او كلاهما حضور جلسات الاستماع من قبل الحكم.

والأمثلة كثيرة ومتعددة لا يمكن حصرها التي تحول دون تحديد الهدف من الصلح عن طريق الحكمان.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري انه جاء قاصرا جدا في التنصيص لأحكام محاولة الصلح عن طريق الحكمان كما سبق تفصيله، بالإضافة إلى انه لم يدرج بعض الأحكام التي تفعل أكثر محاولة الصلح وعلى سبيل المثال انه لم يدرج أحكام إجرائية في حالة وفاة احد الحكمان وامتناعه عن تنفيذ المهمة الموكلة إليه أو حالة مرضه أو سفره، وهل يعتبر ذلك من قبيل الإشكالات أم الصعوبات؟ ولم ينص المشرع على إمكانية تعيين حكم أخر، فهذه النقائص تعتبر من أهما لأسباب التي أدت إلى الحد من اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمان في الجانب العملي.

3- دور قاضي شؤون الأسرة في تسيير الخصومة بعد عدم الصلح.

نصت المادة 449من ق.أ.على "**يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا ما ثبت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة** "، يتضح من خلال النص انه إذا لم يتوصل الحكمان إلى الصلح بين الزوجين لأي سبب أدى إلى صعوبة واستحالة إصلاح ذات البين، فان المشرع الجزائري أجاز للقاضي إنهاء مهام الحكمين، أو ما يسمى بالعزل فقها، والإجراء الذي يتخذه قاضي شؤون الأسرة هو إعادة القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة، ويتبادر للذهن عدة تساؤلات من بينها هل يمكن للقاضي إجراء محاولة الصلح بعد فشل الحكمان في الصلح؟ أم انه يكتفي بالتقرير الذي أعده الحكمان للفصل في الموضوع؟ وما هو دور التقرير في الخصومة؟.

وإجابة على للتساؤلات التي أثيرت، بخصوص إمكانية إجراء محاولة الصلح مرة أخرى من قبل قاضي شؤون الأسرة، نرى انه يمكن ذلك إذ لا يوجد أي مانع لإعادة محاولة الصلح بين الزوجين، خاصة إذا ما تبين للقاضي أن المدة المقررة لإجرائها لم تنقضي بعد، فعلى القاضي أن يبذل ما في وسعه لإصلاح ذات البين بين الزوجين، تفعيلا لدوره الايجابي في المحافظة على الكيان الأسري خاصة إذا ما تبين له من خلال التقرير الذي أعده الحكمان أن محاولة الصلح التي قاما بها لم تكن جدية كان

يتخاذل الحكمان في انجاز المهمة، كما أن محاولة الصلح لها دور أخر يتمثل في البحث عن المتسبب في حل الرابطة الزوجية ومعرفة الطرف المتضرر الذي يتحدد على أساسه المسؤولية والتعويض.

أما بالنسبة للتقرير الذي يعده الحكمان فلم يحدد المشرع الجزائري قيمته القانونية ودوره في الدعوى، فيرى الأستاذ **فضيل العيش"أن التقرير الذي يعده الحكمين مثله مثل أيوسيلة أووثيقة من وسائل،التي يمكن أن تساعد القاضي دون أن يكون ملزما بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم"**[1]، ونحن بدورنا نساند هذا الرأي فالتقرير الذي يعده الحكمان يمكن للقاضي الاستئناس به،ضف إلىأن المشرع منح القيمة القانونية للمحضر الذي يحررانه في حالة الصلح.

بعد تعرضنا لأحكام الصلح بين الزوجين في حالة الخصام المشتد عن طريق الحكمان، من خلال تحليل النصوص القانونية يتضح جليا أن المشرع الجزائري اغفل العديد من الأحكام سواء الموضوعية أو الإجرائية، ويعتبر ذلك من أهم الأسباب التي حدت تفعيله من قبل القضاة، فلم نجد أي حكم في حدود دراستنا للموضوع أو من خلال المقابلات التي أجريت مع بعض القضاة والمحامين،كما أن اللجوء إليه كان نادرا جدا،مما أدى بالباحثين الذين نساندهم في ذلك، إلى القول بفشل هذا النظام أو الإجراء أو الوسيلة بمعنى الكلمة، ومنه ارتأينا التطرق لأهم الأسباب التي حدت من الصلح عن طريق الحكمان والتي نتناولها في المطلب الثاني

1 فضيل العيش،مرجع سابق، ص153.

المطلب الثاني

معوقات الصلح عن طريق الحكمان.

من خلال بحثنا لوسيلة الصلح عن طريق الحكمين اتضح لنا كما سبق الإشارة إليه ومن خلال الجانب العملي ندرة أو انعدام إن صح القول لمحاولة الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمين ويرجع ذلك لأسباب متعددة حالت دون فاعليته ويمكننا أن نوجز هذه الأسباب في أسباب قانونية الفرع الأول، وأسباب تتعلق بأطرافه الفرع الثاني

الفرع الأول

الأسباب القانونية.

جاءت الأحكام المتعلق بالصلح عن طريق الحكمين قاصرة منها ما هو موضوعي (أولا) ومنها ما هو إجرائي (ثانيا).

أولا: النقص التشريعي في الأحكام الموضوعية.

اتصفت أحكام الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان بالقصور، فالمشرع الجزائري لم يدرج إلا مادة وحيدة بخصوص الصلح عن طريق الحكمان في قانون الأسرة المتمثل في نص المادة 65، والتي اعتبرت مادة يتيمة[1]، وتحتوي هذه المادة على فقرتين، وأدرج المشرع هذه المادة ضمن الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان الطلاق، وتعتبر قاصرة جدا في الإلمام بأحكام الصلح عن طريق الحكمين، كما أن الأحكام المنصوص عنها في المادة جاءت موجزة تخل بالوضوح والشمولية[2]، وهذا يعكس عدم اهتمام المشرع الجزائري بوسيلة الصلح عن طريق الحكمين كوسيلة قانونية تفعل دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية.

1 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص 285.

2 قويدري خيرة، مرجع سابق، ص220.

ويذهب العديد من الباحثين وفقهاء القانون إلى أن الأصل التقنين والنص الموضوعي، كون أن تقنين الأحكام الشرعية، يعتبر صورة معاصرة لما يعرف بإلزام القاضي بمذهب معين[1]، كما انه يمنع تضارب الأحكام واختلافها في معالجة المسائل المتماثلة، لأن ترك المسالة للاجتهاد القاضي ينتج عنه صدور أحكام قضائية وفق ما يؤدي إلى اجتهاد القاضي في المسالة المعروضة عليه والمتنازع فيها، وهذا لا يمنع قاضي أخر أن يحكم بخلافه في مسالة شبيه أو مطابقة[2]، بل والأكثر من ذلك فان عدم تقنين الأحكام حتى في ظل وجود النص الذي يحيل القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نتج عنه عدم تطبيقها مثل ما هو عليه الحال في الصلح عن طريق الحكمين في التشريع الجزائري الذي لا نجد له وجود، رغم انه يساهم في حل العديد من المنازعات بين الزوجين الرامية لحل الرابطة الزوجية.

واتضح من خلال الممارسة والمقابلات التي أجريت مع القضاة أن إجراءات الصلح عن طريق الحكمين بالطريقة والشروط المنصوص عنها لا يمكن أن تؤدي دورها، كون أن النزاع يكون على أشده بين الزوجين وطرحه أمام المحكمة يزيد من تعصب الزوجين ويستفحل الشقاق، ويكونا قد اتخذا قرارهما بحل الرابطة الزوجية ويصبح الصلح بينهما من الأمور المستحيلة نوعا ما[3].

كما انه سبق وان قلنا أن قاضي شؤون الأسرة يجري الصلح بين الزوجين قبل اللجوء إليه عن طريق الحكمان، وبالتالي فان إجراءات الصلح استنفذت قبل الصلح الذي يجريه الحكمان، فالصلح عن طريق الحكمان لم يدرجه المشرع الجزائري بالشكل المناسب أي أن يكون في مرحلة قبل تفاقم الشقاق وهو ما جاءت به الشريعة الإسلامية في قوله تعالى﴿**إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[4]، و أخذت به بعض التشريعات العربية كالتشريع المغربي في نص المادة 94 من مدونة الأسرة التي تفيد أحكامها بان اللجوء إلى التحكيم يكون بموجب طلب يتقدم به احد الزوجين، وكذا المشرع الأردني.

وأمام هذا الفراغ في التشريع الجزائري نجد أن التشريعات العربية والإسلامية المقارنة كانت أكثر دقة ووضوح وشمولية مقارنة بالتشريع الجزائري، وعلى سبيل المثال ما جاء به المشرع المصري في قانون

1 كاملي مراد، تقنين الأحكام الشرعية مصلحة شرعية وضرورة حضارية، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، العدد الثاني عشر، سنة 2008، ص489.

2 المرجع نفسه، 489.

3 من خلال عدد من المقابلات التي أجريت مع قضاة شؤون الأسرة.

4 سورة النساء، الآية 35.

الأحوال الشخصية[1]، إذ أدرج للصلح عن طرق الحكمان عنوان خاص بذلك **"الحكمين وإجراءات عملهم"** وأدرج له المواد من المادة 7 إلى غاية المادة 11، وكذا التشريع الأردني في قانون الأحوال الشخصية وأدرج له هو الأخر عنوان "**التفريق للشقاق والنزاع**" ونظمه في المواد من 126 إلى 128 وجاءت مواده أكثر تفصيل وتضمنت عدة فقرات.

وما حد من فاعلية الصلح عن طريق الحكمان وبالنتيجة الحد من دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الرامية لحل الرابطة الزوجية، عدم تحديد المصطلحات فالمشرع الجزائري قصر لجوء قاضي شؤون الأسرة للصلح عن طريق الحكمان حالة اشتداد الخصام، والذي سبق وان وضحا عدم التحديد الدقيق للمصطلح، والتشابه بينه وبين الشقاق المنصوص عليه ضمن نص المادة 53 من ق.أ.ج.

كما أن حصر وتضييق[2] إجراء الصلح عن طريق الحكمين في حالة اشتداد الخصام حد من فاعليته على خلاف الفقه الإسلامي الذي وسع من دائرته، كما أن اشتراط عدم ثبوت الضرر زاد من حدة عدم فاعليته كون أن إثبات الضرر يصعب في غالبية الأحيان، ويعتبر المشرع الجزائري من أكثر التشريعات تضييقا مقارنة بالتشريعات المقارنة.

كان على المشرع الجزائري في باب الصلح عن طريق الحكمين وضع الأحكام بالتفصيل رفعا للبس والتأويل والتفسير، والفصل بين أحكام الصلح عن طريق الحكمين والأحكام التي جاء بها ضمن المادة 53 من قانون الأسرة المتعلقة بطلب التطليق للشقاق، ومنه على المشرع ولتفعيل آلية الصلح عن طريق الحكمين وضع نص ضمن قانون الأسرة يكون واضحا يجعل منه مكنة لقاضي شؤون الأسرة ثانية بعد الصلح الذي يجريه بنفسه، مما يعزز دوره في الحد من المنازعات بين الزوجين المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، ومن المستحسن توسيع دائرة التحكيم لتشمل منازعات أخرى كما هو الحال عليه في الفقه الإسلامي الذي وسع من مجال التحكيم ليشمل كل ما يصح فيه الصلح في منازعات الأحوال الشخصية[3].

1 قانون الأحوال الشخصية المصري، رقم 25 لسنة 1929 ، المعدل بالقانون 100 لسنة 1985، مصدر سابق.

2 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص 192.

3 ، مرجع نفسه، ص206.

إضافة إلى ما سبق وكما سبق التفصيل فيه سابقا أدراج المشرع الجزائري نصوص قانونية متناقضة الأحكام والمتمثلة في التناقض بين القانون الموضوعي المتمثل في قانون الأسرة الذي ينص على وجوبية الصلح عن طريق الحكمين، وبين القانون الإجرائي المتمثل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الناص على جواز اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين، وهذا التعارض لا يؤدي حتما الغرض الذي أدرج من اجله التحكيم فالأمر يتطلب تعديل فحوى المواد لتتناسق مع بعضها البعض، ونرى انه على المشرع الجزائري النص على وجوبيته خصوصا بعد فشل قاضي شؤون الأسرة في محاولة الصلح،كون انهبصدد التعامل مع حالات نزاع لها خصوصيتها[1]، ولها آثار وتبعات وخيمة لا فقط على الزوجين وإنما على الأطفال، والعائلة، والمجتمع ككل.

ثانيا: من حيث شروط اللجوء إلى التحكيم

علاوة على ما سبق فالمشرع الجزائري وضع شرطين المتمثل في اشتداد الخصام وثبوت الضرر وهذان الشرطان يعتبران من أهم معوقات تطبيق الصلح وتفعيله من الناحية العملية لان اشتداد الخصام لا يتصور دون حدوث الضرر[2]، وهذان الشرطان مهمان من حيث الأحكام التفصيلة كون أن المشرع الجزائري لم يحصر الحالات المقصود بها اشتد الخصام ولم يقدم أي صور أو أمثلة عنه، ضف إلى انه لم يحدد من يقع عليه إثبات الضرر وعن كيفية إثباته وان كان المشرع أجاز الإثبات بكافة الطرق.

1- بالنسبة لشرط وجود الخصام المشتد.

نص المشرع الجزائري في المادة 56 من ق.أ.ج على شرطين حتى يمكن لقاضي شؤون الأسرة تعيين حكمين لمحاولة الصلح بين الزوجين وهما وجود خصام مشتد وعدم ثبوت الضرر، وسبق وان حاولنا شرح المقصود بالخصام المشتد من خلال إبراز أهم ما جاء به الفقه القانوني، والذي تباينت حوله الآراء والمفاهيم خصوصا بوجود نص الفقرة 8 من المادة 53 من نفس القانون، فمنهم من يرى

1 بياض عبد الله، التحكيم بين الزوجين في دعاوى الطلاق من خلال النوازل الفقهية والقانون الوضع، مجلة المدونة، العدد 14، المغرب، أكتوبر 2017، ص385.

2 عبد الحق حنان، مرجع سابق، ص138.

أنهما مصطلحان يؤديان مفهوم واحد وان اشتداد الخصام يعتبر تعريفا للشقاق[1]، في حين ذهب جانب أخر إلى طرح التساؤلات حول علاقة النصين في مدى اتفاقهما أو تعارضهما مع بعضهما[2].

وبخصوص وجهة نظرنا كان لنا رائي أخر بوجود تفرقة الشقاق والخصام المشتد بأنه يكون في حالة وجود دعويين لحل الرابطة الزوجية، يدعي كل من احد الزوجين ظلم الأخر ويطالب من خلالها حل الرابطة الزوجية، وأمام هذا الفراغ التشريعي من قبل المشرع الجزائري وعدم وجود مذكرات إيضاحية لتحديد المفاهيم وجود تفرقة بينها، امتد أثره إلى الواقع العملي وطرح التساؤلات مما اثر سلبا آلية تفعيل الصلح عن طريق الحكمين.

أن عدم تحديد المفهوم للخصام المشتد نتج عنه إشكال أخر متمثل في عدم تحديد وسائل إثباته، فإذا أخذنا بالرأي الذي يعتبر الشقاق خصاما مشتدا فان الأمر يعتبر واضح المعالم نوعا ما في وسيلة الإثبات، و ذلك بوجود قرارات صادرة عن المحكمة العليا حددت بعض الحالات لإثبات الشقاق، ورغم ذلك فانه يصعب أحيانا لعدم استطاعة احد الزوجين إثباته لأسباب متعددة.

أما اعتمدنا إلى ما توصلنا إليه من خلال تحديد الخصام المشتد فان الأمر يعتبر محسوما، فإذا ما وجد قاضي شؤون الأسرة أمامه خصومتين تم ضمهما وكل من الزوجين يطالب حال الرابطة الزوجية ولم يتسنى له معرفة من المتسبب فيها، فهنا يعتبر خصاما مشتدا ولا يستدعي إثباته، وتفاديا للتأويل والتفسير وتضارب للأحكام فانه على المشرع الجزائري تعديل النصوص وإثرائها بخصوص المقصود بالخصام المشتد والشقاق والتفرقة بينهما.

2- شرط عدم ثبوت الضرر

وهو الشرط الثاني لبعث الحكمين، وهذا الشرط يطرح العديد من الإشكالات القانونية والعملية، فالاستناد على هذا الشرط يفهم منه أن الطرف الذي تسبب في الضرر مجهول حتى يقوم القاضي باللجوء إلى تعيين حكمين، وبمفهوم المخالفة انه إذا ثبت الضرر ولم يتوصل القاضي

1 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص 186.

2 بوزيد وردة، مرجع سابق، ص 133-135.

إلىإصلاح ذات البين بين الزوجين فإنه يفصل في موضوع النزاع بحل الرابطة، وليس له أن يلجئ إلى صلح الحكمين[1].

والمشرع الجزائري لم يضع معيارا للتمييز بين الأفعال التي تصدر من الزوجين التي تشكل ضررا أم لا، وهو ما جعل القول أن المشرع ترك السلطة التقديرية في ذلك لقاضي شؤون الأسرة، وهذا الشرط أخذت به العديد من التشريعات التي تبنت وسيلة التحكيم بين الزوجين مثل المشرع المصري الذي كان أكثر وضوحا من المشرع الجزائري إذ نص في المادة 6 من القانون رقم 100 لسنة 1985 بنصها "**على إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينها فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين** وقضى على الوجه المبين بالمواد 11,10,9,8,7" .، ومنه نرى انه على المشرع الجزائري تحديد مواضع عدم ثبوت الضرر حتى يؤدي النص التشريعي الهدف منه ويزيل الغموض.

ثانيا: النقص التشريعي في الأحكام الإجرائية.

رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاحق بقانون الأسرة إلا انه جاء قاصرا جدا في سد الفراغ القانوني لوسيلة الصلح عن طريق الحكمان المدرجة في قانون الأسرة، ورغم ما وجه من نقد من قبل الباحثين للمشرع الجزائري والإلحاح على ضرورة إثراء النصوص القانونية خصوصا منها الإجرائية ويمكن أن نجملها في ما يلي:

1-بخصوص الإجراءات المتعلقة بتعيين الحكمين.

سبق لنا في بحثنا التطرق حول من له سلطة تعيين الحكمين والتي بينا فيها من خلال النصوص القانونية انه لقاضي شؤون الأسرة السلطة الوحيدة في تعيين الحكمين، على اعتبار انه هو من يتولى تسيير الخصومة بين الزوجين، ولم يدرج المشرع الجزائري أي نص صريح حول إمكانية طلب احد الزوجين أو كلاهما اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين، ففي هذه الحالة يجد قاضي شؤون الأسرة نفسه أمام فراغ قانوني إجرائي.

1 ياسر محمد مصطفى جابر، **التحكيم بين الزوجين، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة بقانون الأسرة القطري**، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، يونيو2018. ص51.

وأمام هذا الغموض ذهب البعض[1] من الباحثين إلى القول انه يمكن للزوجين طلب اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمان استنادا على قانون الأسرة الذي يغيب فيه النص ويتعين معه تطبيق أحكام المادة 222[2] منه التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذه الأخيرة تجيز التحكيم بين الزوجين بطلب من الزوجين.

ونرى في هذا الصدد أن المشرع الجزائري كان واضحا في من له سلطة التعيين إلا وهو القاضي، غير انه لم يوسع في آليات اللجوء إليه كما هو الحال إذا ما طلب احد الزوجين أو كلاهما من القاضي تعيين حكمين يتفقان عليهما، ومنه فإنه كان على المشرع الجزائري النص صراحة على إمكانية طلب احد الزوجين أو كلهما إجراء الصلح عن طريق الحكمين من اجل تفعيل آلية صلح الحكمين.

زيادة على ذلك لم يتطرق المشرع الجزائري عن الشروط الشكلية وكيفية تعيين الحكمين، فهل يكون شفاهة أم كتابة؟، وهل هما ملزمان بأداء اليمين بأداء المهمة بأمانة وعدل والتزام الموضوعية؟ والعديد من الأسئلة بخصوص تعيين الحكمين بقيت بدون إجابة وبدون نصوص قانونية واضحة خاصة أنها متعلقة بجوانب إجرائية بحتة، وهذا ما اثر سلبا على فاعلية الصلح عن طريق الحكمين، نتج عنه محدودية لدور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات المتعلقة بين الزوجين.

كما يجب على المشرع الجزائري إدراج نصوص واضحة لكيفية تعيين الحكمين وذلك بعدم التضييق من دائرة المحكمين وحصرها في أهل الزوجين، كما ذهبت إليه العديد من التشريعات المقارنة وهو ما نجد أصوله في الفقه الإسلامي[3]،الذي يجيز تعيين حكمين من غير أهل الزوجين، ضف إلى أن المشرع الجزائري لم يدرج أحكام بخصوص حالة رفض احد الزوجين الحكم سواء قبل أو بعد تعيينه، أو في حالة رفض الحكم المهام المسندة إليه.

إذا ما اعتمدنا على تعيين الحكمين وحصرها في أهل الزوجين فان هذا الأمر ليس بالسهل، فقد يرى الزوجان حرج في ذلك، كما قد يمتنع الحكمان لقبول الصلح بين الزوجين نظرا لعدم معرفة المجتمع بأحكامه وعدم درايته به، وحتى وان تم تعيين الحكمان ففي الغالب تكون لديهم ارتباطات

1بوزيد وردة، مرجع سابق ص146.

2 تنص المادة 222 من قانون الأسرة على"**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"

3 بوزيد وردة، مرجع سابق ص146.

شخصية، مما يجعل التفرغ إلى محاولة الصلح بين الزوجين خلال المدة التي لا تتعدى الشهرين أمر صعب في الغالب.

بالإضافة لما سبق على المشرع وضع نصوص تحدد الشكليات المتعلقة بتعيين الحكمين بأن تكون مكتوبة في شكل محضر أو بموجب أمر كما هو عليه الحال في تعيين الوسيط بموجب نص المادة 999 من ق.إ.م.إ، مع تحديد مضمونه بخصوص هوية الحكمين وتأدية اليمين القانونية وعن المهام المسندة إليهما، وتحديد الآجال وتحديد شكل ومضمون التقرير حتى يسهل من عمل الحكمين ويسهل أكثر عمل قاضي شؤون الأسرة في اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمين، كما أن المشرع اغفل إجراء تبليغ الحكمان بأمر التعيين، كما ذهبت اليه بعض التشريعات كالتشريع الأردني باعتباره عمل قضائي[1]

2- بخصوص شروط وصفات الحكمين.

لم يحدد المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية الشروط المتعلقة بالحكمين، وأمام هذا الفراغ دعا الفقه إلى ضرورة الأخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية كما سبق تفصيله، والشريعة الإسلامية اختلفت في بعض الشروط كالذكورة والقرابة والعدالة[2]، والأخذ بحرفية النص يجعل من الصلح عن طريق الحكمين مقصورا على أهل الزوجين، غير انه في الوقت الراهن يصعب عمليا تعيين حكمين من أهل الزوجين، وهذا الأمر يصعب ويعيق تعيين الحكمين، رغم أن الشريعة الإسلامية كما ذهب إليه جانب من الفقه تجيز تعيين حكمين من غير أهل الزوجين.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على تقاضي الحكمين لمقابل مالي لأدائهم مهام الصلح بين الزوجين وهذا قد يشكل عائقا في تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة عن طريق الحكمان.

ومن خلال المقابلات التي أجريت مع عدد من القضاة الذين ترأسون قسم شؤون الأسرة، تبين لنا أن السبب الرئيسي لعدم لجوئهم للصلح عن طريق الحكمين يرجع إلى قصور النصوص القانونية خصوصا الإجرائية منها، المتعلقة بكيفية تعيين الحكمين والشروط الواجب توفرها فيهما، والشكليات المستوجبة في قرار التعيين والتقرير الذي يعدانه، مما أثار تساؤلات لدى القضاة في كيفية التعامل مع إجراء الصلح عن طريق الحكمان.

1خالد ابراهيم المسيعديين، مرجع سابق، ص 83.

2 بوزيد وردة، مرجع سابق ص146.

كما أن المدة المحددة من قبل المشرع الجزائري لانجاز المهمة من قبل الحكمان تعتبر مدة غير كافية، على غرار ما أخذت به بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والمغربي واللذان يحددانه بمدة ستة أشهر.

ورغم كل ما سبق تبيانه من قصور تشريعي خصوصا الأحكام الإجرائية وما أثبته الواقع العملي بفشل إجراء الصلح عن طريق الحكمين، جعل الباحثين وحتى الممارسين إلى ضرورة إعادة النظر في ذلك،إلا أن إرادة المشرع في تفعيله لا نجد لها اثر في الوقت الحاضر ولا في المستقبل القريب من خلال عدم وجود أي مقترح تعديل لأحكام الصلح عن طريق الحكمين في مشروع تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2023، وهو ما يطرح العديد من التساؤلات، غير أن ما يلفت الانتباه في مشروع التعديل إضافة قسم ثاني في باب الوساطة تحت عنوان الوساطة الاتفاقية، والتي بموجبهاتكون الوساطة الاتفاقية إلزامية في القضايا القائمة بين أفراد الأسرة الواحدة مهما كانت طبيعتها، والتي نرى انه يمكن يدرج ضمنها الصلح عن طريق الحكمين وهو ما سيتم التطرق إليه في الفصل الثاني من هذا الباب.

بخصوص مهام الحكمين و أثارها

أتاح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة تفويض الغير لإجراء محاولة الصلح عن طريق الحكمين، ويستشف ذلك من خلال نص المادة 56 من ق.أ.ج، ولم يكن دقيقا إلى حد بعيد في تحديد مهام الحكمين كما هو عليه الحال في مشروع التعديل لقانون ا.م.إ في نص المادة المقترحة 1005 مكرر 1 بنصها على "**يقوم الوسيط بكل المساعي الضرورية لتقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع لإيجاد حل له، وله في ذلك أن يستعين بأي شخص يرى ضرورة الاستعانة به، وعليه أن يلتزم في جميع الأحوال بالحياد وحفظ السر**".

ويتضح جليا أن المشرع الجزائري كان أكثر وضوح في عمل الوسيط، رغم أن كل منهما يشتركان في المهام، فكان على المشرع الجزائري النص على أن عمل الحكمين وكيفياته باعتباره عمل قضائي[1]، يكون بالاستماع للزوجين ومحاولة معرفة الأسباب التي أدت إلى نشوب النزاع، ومحاولة الصلح بينهما بجمع الزوجين معا، ومحاولة التوفيق وإصلاح ذات البين، كما أن المشرع لم ينص على إمكانية الاستعانة بأي شخص يمكن أن يساهم في محاولة الصلح بين الزوجين كالأبناء مثلا أو الأقارب، وهو ما

1 خالد ابراهيم المسيعديين، مرجع سابق، ص 83.

نراه أمر مستحسن ويمكن أن يساهم في محاولة الصلح أو على الأقل معرفة أسباب الخلاف وتحديد الطرف المتضرر.

كما أن المشرع الجزائري، وبما أنّه لم يتحدث عن الحكم بحل الرابطة الزوجية من قبل الحكمين، فإنّه كذلك لم يحدد ضمن مهمة الحكمين محاولة معرفة من المتسبب في الشقاق لكي يتمكن القاضي من الأخذ به أثناء حكمه بالتطليق أو حتى أثناء رفضه لدعوى التطليق.[1]

ويثور الإشكال أيضا في عدم وجود نصوص فاصلة في حالة تحرير الحكمين لتقريرهما حول ما توصلا إليهفي حالة وجود اختلاف في الرأي، فهل يمكن له أن يستبدل الحكمين أو تعيين حكم ثالث يرجح الآراء؟ وهو ما على المشرع تداركه كونها صعوبات إجرائية تعتري الجانب الرقابي للصلح والذي اثر سلبا على إلية الصلح عن طريق الحكمين.

كما أن المشرع الجزائري لم يدرج أحكام بخصوص واجبات الحكمين في حفظ السر، باعتبار أن مهمة الحكمين تفويض من القاضي لمحاولة الصلح بين الزوجين، والتي جعلها المشرع سرية، ضف إلى أنه لم يوضح شكل و مضمون التقرير الذي يعده الحكمين ومن يقوم بتحريره، وهو ما نرى انه على المشرع توضيحه والفصل فيه بنصوص قانونية واضحة.

الفرع الثاني

المعوقات المتعلقة بأطراف الصلح عن طريق الحكمين.

أولا: أسباب تتعلق بالزوجين.

ويكمن ذلك في عدم رغبة الزوجين اللجوء إلى الصلح عن طريق الحكمان،لتعنت كل طرف على موقفه، أو لعدم ثقة الزوجين في الحكمين والخوف من الميل للطرف الأخر، كما انه في غالب الأحيان في حالة وجود الخصام تكون الزوجة تاركة لبيت الزوجية، وقد يكون مقر إقامتها بعيد عن المحكمة مقر دعوى حل الرابطة الزوجية، مما يجعل تعيين الحكمين وإجراءات الصلح أمر صعب لبعد المسافة، وبالتالي يحد من فاعليته، وهو ما نرى انه على المشرع الجزائري إتاحة إجراء التحكيم عن بعد، خصوصا أن المشرع الجزائري يسعى إلى عصرنه قطاع العدالة بما فيها إجراءات التقاضي، خصوصا

1 ايت شاوش دليلة، مرجع سابق، ص256.

المحاكمة عن بعد، ومنه نرى انه على المشرع إتاحة إجراء محاولة الصلح عن طريق الحكمين عن طريق البعد مما يسهل على الحكمين والقاضي والزوجين الإجراءات ويزيد من فرص اللجوء إلى التحكيم، ويفعل أكثر دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات بين الزوجين.

وجهل الزوجين بوجود آلية الصلح عن طريق الحكمين من احد أهم الأسباب التي تضاف إلى الأسباب السابقة، فعدم معرفة الأزواج لفوائد التحكيم وعدالته؛ كالكشف عن الطرف الظالم من المظلوم عند تسلّط الزوج على زوجته أو تسلّط الزوجة على زوجها[1]،وهذا من خلال ما التمستاه من خلال الممارسة العملية، لهذا يعتبر الإرشاد الأسري من أهم الوسائل التي تتيح للزوجين معرفة أهمية وسائل الصلح بين الزوجين -بما فيها الصلح عن طريق الحكمين-والإلمام بأهم جوانبها ويزيد من فرص اللجوء إليها وينتج عنه بالضرورة فرص حل المنازعات بطريقة ودية.

كما انه وفي حال تعيين حكمين قد يتم رفضه من قبل الزوجين أو احدهما، سواءا قبل مباشرة الصلح أو أثناء محاولة إصلاح ذات البين، مما يحول دون تحقيق الهدف منه، خصوصا أن المشرع الجزائري لم يدرج احكاما بخصوص ذلك.

ثانيا: أسباب تتعلق بقاضي شؤون الأسرة.

يرجع بعض القضاة[2] عدم لجوئهم إلى وسيلة الصلح عن طريق الحكمين يرجع بالأساس إلى القصور التشريعي في الأحكام، الذي حال دون تفعيله، بالإضافة إلى أن الصلح عن طريق الحكمين أدرج بعد الصلح الذي يجريه القاضي بنفسه، والذي من خلاله يتضح تمسك احد الزوجين أو كلاهما بحل الرابطة الزوجية ونتيجة لذلك فان الصلح عن طريق الحكمين ليس منه فائدة مرجوة، وبهذا رسخت فكرة عدم فاعليه هذا الإجراء في ذهن قضاة شؤون الأسرة، خصوصا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والنص على جوازية اللجوء إليه، ضف إلى نقص التكوين المتخصص للقضاء في مجال الوسائل البديلة لحل المنازعات وكيفية الإشراف عليها.

لا يمنع القول أن القصور التشريعي يعتبر من أهم الأسباب التي حدت من فاعلية الصلح عن طريق الحكمين، لكن على القضاة المحاولة في تفعيله على الأقل يكون بطرح الفكرة على الزوجين مما

1 وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص129.

2 مقابلة أجريت مع قاضي شؤون الأسرة لمحكمة سيدي أمحمد، محكمة سيدي أمحمد الجزائر العاصمة بتاريخ 6 افريل 2022.

أيضا مقابلة اجريت مع قاضي شؤون الأسرة لمحكمة قصر الشلالة، محكمة قصر الشلالة، ولاية تيارت، بتاريخ 6 افريل 2019.

يمكن معه قبوله من قبل الزوجين، وبذلك يمكن أن تجد هذه الوسيلة دفعا وبعد التكرار فقد نجد له اثر في الواقع العملي.

ثالثا: أسباب تتعلق بالحكمين.

لا تقتصر أسباب عدم وجود الصلح عن طريق الحكمين على القاضي والزوجين فحتى ولو فرضنا انه تم تفعيل هذه الوسيلة فان عدم معرفة أهل الزوجين بدوره في محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين، ينتج عنه لا محالة صعوبة في سير مهمة الصلح ذلك ان عدم معرفة هذه الوسيلة وفضلها ودورها في إصلاح ذات البين بين الزوجين في المجتمع، ومنه يجب التوعية والإرشاد من قبل كافة الشرائح خصوصا الأطراف الفاعلة كالمحامين والقضاة والمجتمع المدني، وحتى في الجانب الأكاديمي من خلال الملتقيات والأبحاث التي تساهم في وضع الحلول.

ولا يستطيع أحد أن يوجه انتقادات لنظام التحكيم[1] من حيث كونه نظام شرعه الله لضبط المودة وإزالة الشقاق من بين الأسرة الواحدة ؛ لأن أساسة عقدي ينبع من قوله تعالى ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾[2] وقد يطرأ الانتقاد على نظام تطبيقه بما يتلاءم مع الواقع فإن الإجراءات التي تضبطه اليوم قد تحتاج إلى إعادة نظر في وقت قادم.

تعتبر الأسباب التي قدمناها أعلاه من أهم الأسباب التي حدت من فاعلية الصلح عن طريق الحكمان وأصبح طريقا فاشلا لم يحقق الغاية المرجوة منه،وبالتالي حدت من دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية المتعلقة بحل الرابطة الزوجية والحفاظ على الكيان الأسري، وبالتالي نرى انه على المشرع الجزائري تدارك النقائص بخصوص الصلح عن طريق الحكمان بوضع نصوص قانونية موضوعية وإجرائية تكون أكثر وضوحا، تفعل أكثر دور قاضي شؤون الأسرة.

كما أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة بنفسه بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية، تبين لنا من خلال دراستنا وممارستنا أن إمكانية الصلح بين الزوجين تعتبر نسبة ضئيلة جدا مقارنة بعدد القضايا التي يفشل فيها، وبزيادة نسبة الطلاق في المجتمع الجزائري فانه لا بد من إعادة النظر في نظام الصلح سواء عن طريق القاضي أو عن طريق الحكمان هذا من جهة.

1 وائل طلال سكيك، مرجع سابق، ص 130.

2 سورة النساء، الآية 35.

من جهة أخرى وسبق أن قلنا أن مجرد طرح النزاع أمام المحكمة يعتبر في حد ذاته احد الأسباب التي تحد من فاعلية الصلح، كما أن المشرع الجزائري في إدراجه لأحكام الصلح عن طريق الحكمان يكون بعد استفحال الشقاق بين الزوجين، كما انه حصره في أهل الزوجين وفي الغالب يكون الحكمان يفتقران للكفاءة في أسلوب الصلح.

ومن هذا المنطلق فانه لابد من إعادة النظر في طرق الإصلاح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية والذي يكون حتما للأسباب التي ذكرنها سابقا بإدراج طريقة أخرى تكون تحت اشرف القضاء – كون أن المشرع جعل الطلاق تحت إشراف القضاء كما سبق قوله- من اجل تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة، وان تسند مهمة الإصلاح لمن لهم الكفاءة في ذلك، وان تكون قبل تفاقم المنازعة أو بعدها وحتى بعد صدور الحكم، وهذه الصفات تجتمع في طريق **"الوساطة"** وهو ما سنتناوله، في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة للحد من المنازعات الأسرية عن طريق الوساطة

نظرا لما يتطلبه المجال الأسري من الأهمية في حل المنازعات لاسيما ما تعلق منها بحل الرابطة الزوجية، وسعيا لاستقرارها، أمام فشل نضام الصلح بين الزوجين، سواء الذي يقوم به القاضي بنفسه، أو عن طريق الحكمين، خاصة أن هذا النظام وضعت إجراءاته عند نشوء النزاع، ويكون أمام الجهات القضائية، أدى بالباحثين وجهاز العدالة في الجزائر إلى التفكير في بدائل له، على أن تكون تحت إشراف القضاء، وتمثلت هذه الوسيلة أو النظام في الوساطة على غرار ما تم إدراجه في المسائل المدنية والجزائية.

فالوساطة تعتبر من الوسائل التي لها من الفائدة بما كان، والتي ساهمت إلى حد بعيد في حل المنازعات الأسرية وسميت بالوساطة الأسرية، وأصبحت لها أهمية كبرى في الآونة الأخيرة لما تتمتع به من مميزات تختلف عن نظام الصلح، واللجوء إليها يفعل بقدر كبير دور القاضي في الحد من المنازعات وتسويتها، رغم أن المشرع الجزائري أدرج الوساطة كبديل لحل المنازعات ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا انه استثنى منها المنازعات الأسرية، في حين نجد بعض التشريعات تأخذ بنظام الوساطة في المنازعات الأسرية، وتسعى تشريعات أخرى إلى إدراجها ضمن قوانينها.

وللإلمام بنظام الوساطة الأسرية ودور قاضي شؤون الأسرة نرى انه من باب الأولى إبراز مبررات إدراج الوساطة الأسرية وهو ما سنتناوله في المبحث الأول، أما المبحث الثاني نتناول سبل واليات إ دراج الوساطة الأسرة في التشريع الجزائري.

المبحث الأول

مبررات إدراج الوساطة الأسرية

تعتبر الوساطة من أهم الوسائل لحل وفض المنازعات نظرا لما تمتاز به من خصائص وصفات تميزها عن باقي الطرق الأخرى وهو ما يجعلها مبررا لتفعيلها وإدراجها كطريقة لحل المنازعات الأسرية ونرى انه من الضروري التطرق إلى مفهوم الوساطة الأسرة واهم خصائصها التي تجعل منها مبررا لإدراجها في حل المنازعات الأسرية وهو ما نتناوله في المطلب الأول، كما أن توسع أدراج طريق الوساطة

باعتبارها طريق ودي لحل المنازعات إلى أن شملت اغلب المجالات بما فيها المنازعات المتعلقة بالأسرة، واستثناء المشرع الجزائري للوساطة[1] كوسيلة لحل المنازعات لا يعني عدم وجودها قانونا بل نجد جذورها قانونا من خلال إدراجها لحل العديد من المنازعات، كما أنها متأصلة في العرف الجزائري كنظام شبه قضائي في العديد من مناطق الوطن ومنه يكون عنوان الطلب الثاني الوساطة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة.

المطلب الأول

مفهوم الوساطة الأسرية وخصائصها

للوقوف على مدلول الوساطة الأسرية من حيث دلالة المصطلحات لابد من تعريف المصطلحات المكونة له منفردة وتعريفها قانونا ليتم الوصول إلى تعريفها مركبا وهو ما نتناوله في الفرع الأول، فيما نتناول في الفرع الثاني الخصائص التي تتميز بها الوساطة وتنفرد بها كطريق لحل المنازعات والأسرية على وجه الخصوص.

الفرع الأول

تعريف الوساطة و أنواعها

حتى يتسنى لنا الإلمام بتعريف الوساطة يتعين تعريفها من الناحية اللغوية أولا، ثم تعريفها اصطلاحا ثانيا، وذلك لتسهيل تعريفها من الناحية القانونية ثالثا، ومن خلال التعريفات السابقة يتسنى لنا تعريف الوساطة الأسرية كمصطلح مركب رابعا

أولا: تعريف الوساطة لغة

وهي مشتقة من الفعل وسط؛ إذ الواو والسين والطاء بناء صحيح يدل على العدل والنصف والوسط: المتوسط بين المتخاصمين. و وسطه توسيطاً: قطعه نصفين، أو جعله في الوسط، وتوسط

1 المادة 994 من ق.إ.م.إ تنص على **"يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام"**

بينهم: عمل الوساطة، وأخذَ الوسط بين الجيد والرديء[1].الوسط بالسكون فهو بمعنى بين نحو جلست وسط القوم أي بينهم ويقال وسطت القوم والمكان، ووسط الرجل قومه وفيهم وساطة، توسط في الحق والعدل، وفي التنزيل " قال أوسطهم " أي أقصدهم إلى الحق فالوسط شيء عزيز يحتاج إلى جهد وعلم وصبر حتى ينتزع من طرفيه ما يكون بينهما من شنآن بطلب شرعي لمصلحة راجحة، وهذا هو الوسيط الذي يتوسط بين المتخاصمين والمعتدل بين شيئين وهي وساطة وهم وسطاء[2]، فالوساطة لغة تعني الاعتدال والتوسط بين طرفين متخاصمين.

ونجد مصطلح الوساطة في اللغة الفرنسية يقابله مصطلح " **la médiation** "وهي تدخل شخص أو عدة أشخاص بين طرفين متنازعين لأجل الوصول إلى اتفاق، وهو نفس المعنى الذي يرجع فيه الأصل التاريخي إلى اللغة العربية وتعني "مدياتوس"[3]

ثانيا:تعريف الوساطة اصطلاحا:

عرفت الوساطة في معاجم اللغة بأنها"**دخول طرف ثالث بين طرفين متخاصمين لإنهاء الخصومة بينهما صلحا**"[4] وفي تعريف أخر أنها "**اللجوء إلى طريق مستقل للمساهمة في إيجاد حل لنزاع بين طرفين آخرين**".

وعرفت أيضا"**بأنها عملية يساعد من خلالها طرف ثالث شخصين او اكثر على التوصل الى حل نابع منهم بشان قضية أو أكثر من القضايا**"[5].

1 لفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط ،8مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 2005، ص692

2مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الإدارة العامة للعجميات وإحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط،2004،ص1031.

3 فيليب ابي فاضل، قاموس المصطلحات القانونية (فرنسي عربي) قاموس موسع في القانون والتشريع والاقتصاد، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان،ط1، سنة 2004، ص75.

4 ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص4733،

5 كارل سيلييو، الوساطة في حل النزاعات ترجمة علاء عبد المنعم، مراجعة فايزة حكيم، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 1999،ص21

كما عرفت الوساطة"**بأنها أسلوب للتدخل في مفاوضات أو في نزاع من قبل طرف ثالث مقبول من الطرفين، ولا يملك سلطة أو يملك سلطة محدودة في اتخاذ القرار، ويعمل على مساعدة الأطراف المعنية على الوصول طوعا إلى تسوية مقبولة من الطرفين**"[1]

وعرف الفقه الأردني الوساطة"**بأنها عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث يتسم بالحيادية والاستقلالية والكفاءة، بهدف مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل للنزاع القائم بينهم وذلك من خلال استخدام أساليب متنوعة في الحوار، لتقريب وجهات النظر بين الأطراف تحت غطاء من السرية**"[2]

وعرفها الأستاذ **بوضياف عادل** بأنها "**وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل الخصومة القضائية للوصول لحلول مناسبة للنزاع**"[3]، وعرفها الأستاذ **بربارة عبد الراحمان** بأنها "**أسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات، تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع خارج أروقة القضاء، عن طريق الحواروتقريب وجهات النظربمساعدة شخص محايد**"[4]

ثالثا:التعريف القانوني للوساطة.

اختلفت تعريفات الوساطة باختلاف التشريعات وسنحاول إبراز أهم التعريفات القانونية في بعض التشريعات المقارنة.

عرف المشرع الفرنسي الوساطة في المادة 1530 من قانون المرافعات بأنها كل عملية منظمة يحاول من خلالها طرفان أو أكثر الوصول إلى اتفاق بعيد عن كل إجراء قضائي، من اجل التسوية الودية لمنازعاتهم، وذلك بمساعدة شخص يختارونه والذي يؤدي مهمته بالحياد والاهتمام[5].

1 كريستوف ومور، عملية الوساطة، استراتجيات عملية حل النزاعات، ترجمة فؤاد سروجي، مراجعة عماد عمر، دار الأهلية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط1، 2007، ض38.

2 رولا تقي سليم الأحمد، الوساطة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، الأردن، سنة 2008، ص15

3 بوضياف عادل، مرجع سابق، الجزء2، ص360.

4 بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص523.

5 المادة 1530 من القانون 1804 المعدل بالمرسوم رقم 2016- 131، المؤرخ في 10 فيفري 2016، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والاثبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 35، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 2016.

أما بالنسبة للمشرع المصري حاول مسايرة الركب بإدراج الوساطة وقامت اللجنة التشريعية بمجلس النواب سنة 2018 بمناقشة مشروع قانون الوساطة المصري وقد تم اعتماده إلا أنه مازال حبيس الأدراج رغم الموافقة عليه وهو ما نراه أمراً غريباً من المشرع المصري[1].

تُعرف الوساطة **بأنها اتفاق بين الأطراف على إسناد مهمة التفاوض بينهما لطرف ثالث محايد وبشكل سري ليقوم بمساعدة الأطراف بطريقة مرنة للوصول إلى تسوية النزاع وهو عادةً رضائي إلا أنه من الممكن أن يكون قضائياً أو وارداً بنص في القانون، يُلزم الأطراف باللجوء إليه وهو طريق لتسوية النزاع يقوم فيه الوسيط بالمساعدة في عملية التفاوض دون إبداء رأيه الشخصي في النزاع ولا يصدر توصيات أو تقارير لكون الأطراف هم المسئولين عن تحديد طبيعة وشكل اتفاق التسوية النهائي الناتج عن الوساطة لكون الوسيط حيادى، وتقوم مهمته على تسهيل عملية التفاوض من خلال التواصل مع أطراف النزاع سواءً كان تعاقدياً أو استند لأي مصدر آخر، وعقد اجتماعات مشتركة ومنفردة بأطرافه لعرض أفكار حول التفاوض لحل النزاع**[2].

في حين ذهب المشرع القطري إلى تعريف الوساطة في تسوية المنازعات المدنية والتجارية في المادة الأولى من قانون رقم (20) لسنة 2021 بإصدار قانون الوساطة في تسوية المنازعات المدنية والتجارية[3] وذلك بنصها على:

الوساطة: وسيلة ودّية لتسوية النزاع، يتم الالتجاء إليها بالاتفاق بين الأطراف، أو بناءً على طلب من المحكمة.

الوسيط: شخص أو أكثر يتولى مباشرة الوساطة بين الأطراف.

1محمد طرفاوى محمد ،الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات، نقابة المحامين المصريين، متاح على الرابط https://egyls.com ، بتاريخ 2022/03/04، اطلع عليه بتاريخ 2022/11/26، على الساعة 11:00.

2 مرجع نفسه.

3قانون رقم (20) لسنة 2021 بإصدار قانون الوساطة في تسوية المنازعات المدنية والتجارية، المؤرخ في 2021/10/18، الجريدة الرسمية، عدد15، مؤرخة في 2021/11/04.

الأطراف: أطراف النزاع الذين اتفقوا على تسويته بطريق الوساطة، سواء كانوا من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد.

اتفاق الوساطة: اتفاق مكتوب بين الأطراف، على الالتجاء إلى الوساطة، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي قد تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية مُحددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق الوساطة مستقلاً بذاته أو في صورة شرط وارد في عقد.

اتفاق التسوية: الاتفاق الذي تم التوصل إليه بناءً على الوساطة، سواء نتج عن هذا الاتفاق حل النزاع بين الأطراف بصورة كُلية أو جزئية.

أما بخصوص المشرع الجزائري واستنادا على النصوص القانونية لاسيما منها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه لم يورد أي تعريف للوساطة، غير انه بالرجوع إلى موقع وزارة العدل على الشبكة العنكبوتية أعطت تعريف للوساطة في القضايا المدنية بمناسبة تعريف مهنة الوسيط القضائي، بأنها **"الوساطة من بين الطرق البديلة لحل النزاعات وهي إجراء يهدف إلى تسوية النزاعات المدنية بطريقة ودية، تسند هذه المهنة للوسيط القضائي بموجب أمر صادر عن القاضي يتضمن موافقة الخصوم وتحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة و يبلغ عن طريق أمانة الضبط للوسيط والخصوم، يكون الوسيط المعين شخص طبيعي أو جمعية، وعندما يكون جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك"**[1]..

ومن خلال التعريفات السابقة لإبراز معنى الوساطة ونظرا لأهميتها كوسيلة ودية لتسوية المنازعات، فقد تبنتها العديد من الأنظمة القانونية حول العالم عن طريق تنظيم قواعدها وإجراءات سيرها عبر تشريعاتها المختلفة، وإدراجها كوسيلة لحل العديد من المنازعات المختلفة من بينها المنازعات الأسرية، وسارع الفقه إلى ضبط مفهومها عبر تعريف جامع مانع يضبط أركانها وشروطها وعناصرها ومنه سنحاول تعريف الوساطة الأسرية كمصطلح مركب.

1 التعريف جاء في موقع وزارة العدل الجزائرية متاح على الرابط https://www.mjustice.dz/ar/

رابعا: تعريف الوساطة الأسرية.

تعددت التعريفات الفقهية للوساطة الأسرية، فعرفت على أنها"**وسيلة اختيارية لفض النزاعات الأسرية، تتميز بالسرية والمرونة والسرعة وأكثر من ذلك بأقل التكاليف، كما أنها تحافظ على الأمن والاستقرار داخل الأسرة بمساعدة شخص محايد يسمى الوسيط**"[1]، وفي تعريف أخر "**أنها مؤسسة اختيارية غير قضائية لحل جميع النزاعات الأسرية يقوم فيها طرف ثالث محايد وكفء بمساعدة الأطراف بطلب منهم أو بإحالة من قضاء الأسرة، للتوصل إلى حل رضائي تو افقي لا يتعارض مع القانون ومع النظام العام في إطار إجراءات سرية لا يطلع عليها إلا الأطراف أو الجهة القضائية الآمرة بانجازها ولا يحتج بنتائجها ولا بما أولى فيها من نزاع أخر**"[2]

وعرفت الوساطة الأسرية بأنها "**عملية يسترشد بها أحد الأشخاص لمساعدة الزوجين لحل المشاكل العائلية، والتوصل إلى اتفاق وتسوية قضايا الأسرة**

أو هي الجهود التي يبذلها طرف محايد في التقريب بين أفراد الأسرة المتنازعين بهدف الصلح بينهم"[3].

وعرفت أيضا بأنها عمليه استماع، وتفاوض وتبادل الحوارات بهدف بناء الروابط العائلية بين الأفراد بتدخل شخص ثالث وهو الوسيط بشرط كونه مؤهل ونزيه ومحايد، والذي لا يملك سلطة اتخاذ القرار، وذلك عن طريق تنظيم اجتماعات سرية، وإدارة الصراع بغرض استعادة التواصل وخلق مناخ من الثقة بين الأفراد للوصول إلى اتفاق حول خلافاتهم الأسرية، ومعالجة القضايا المتصلة بنزاعاتهم الشخصية مع الأخذ بعين الاعتبار الاحتياجات الحقيقية لجميع الأطراف بمن فيهم الأطفال[4]

وعرف المجلس الاستشاري الوطني الوساطة الأسرية بأنها"**مسار من اجل بناء أو إعادة بناء الروابط العائلية اثر حدوث الفرقة أو الخصام فيها، على أساس رغبة وحرية واستقلال الأشخاص**

1أمال علال، الوساطة كوسيلة لحل النزاعات الأسرية بين الموروث الثقافي والواقع القانوني، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 6، العدد 2، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، سنة 2021، ص 246.

2 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص246.

3 جيهان عبد الحليم، مرجع سابق، ص 932

4 عبد الله مرزوق مانع الفهادي، دور الوساطة في حل المنازعات الأسرية وتحقيق الأمن الإنساني بالمجتمع السعودي، دراسة ميدانية على الأسر السعودية بالمدينة المنورة، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الملك خالد بابها، المملكة العربية السعودية، سنة 2022، ص993.

محل النزاع في الأسرة، وذلك يكون تحت إشراف شخص ثالث من خارج النزاع يسمى وسيطا، مؤهل ذو كفاءة ومتصف بالنزاهة والحياد والاستقلالية، متكتم على أسرار البيوت، ولا يملك سلطة القرار، بحيث يتكفل بتنظيم لقاءات تواصلية وحوارية بين الفرقاء لأجل إدارة وتسيير النزاع العائلي بطريقة ودية، ثم التوصل إلى حلول مرضية للجميع"[1].

وجاء تعريف الوساطة الأسرية ضمن ميثاق الوساطة الأسرية الدولية بأنها**"عملية هيكلية منظمة يقوم خلالها وسيط محايد بتمكين أفراد الأسرة الذين يعيشون في حالة أزمة، الأبوين عموماً، من الحديث بطريقة بناءة حول نزاعهما. فالهدف هو حل النزاع عبر التواصل وتبادل الآراء ومن خلال التو افق على أفضل السبل التي سيتبعانها في تربية أطفالهما في المستقبل بغية الوصول إلى حلول تلاءم جميع أطراف الأسرة الذين يطالهم النزاع"**[2].

وبعد الإلمام بتعريف الوساطة وحتى يتضح مفهوما بأكثر تفصيل فمن الأحرى التطرق إلى أنواع الوساطة.

خامسا: أنواع الوساطة

تتعدد وتتنوع الوساطة بتعدد معايير تقسيمها، فإذا ما تم اعتماد المعيار القانوني للوساطة فانه تنقسم إلى وساطة قانونية ووساطة غير قانونية أو حرة، أما إذا نظرنا إلى موضوع النزاع فتقسم إلى وساطة تجارية وإدارية وجزائية...[3]، وهو ما سنتطرق إليه لاحقا في موضوع الوساطة في التشريع

---

1 جاء بهذا التعريف المجلس الاستشاري الوطني للوساطة الأسرية، نقلا عن إبراهيم بودوخة، أمال بلمولود، القواعد العلمية للوساطة ودورها في حل النزاعات الأسرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، المجلد 12، العدد 03، سنة2021، ص926.

2 ميثاق الوساطة الأسرية الدولية، متاح على الرابط https://www.ifm-mfi.org وهي فرع عن منظمة الخدمات الاجتماعية الدولية ،الموقع الإلكتروني المتخصص في معلومات عن ممارسات الوساطة الأسرية الدولية حول العالم بعدة لغات، وهو يستهدف كافة الأسر التي تعاني من مسائل متعلقة بالنزاعات العابرة للحدود في جميع أنحاء العالم بغض النظر عن أصولها ودينها وتركيبتها، حيث يعمل هذا الموقع كوسيلة لنشر المعلومات الموثوقة على نطاق أوسع لتستفيد منها الأسر والمختصون في جميع أنحاء العالم. وهو يقدم معلومات عمليّة عن الوساطة الأسرية الدولية وعن الأطر القانونية الدولية الخاصة بكل دولة. ويؤكد الموقع على أن مصلحة الأطفال الفضلى هي جوهر عملية الوساطة ومحورها حيث يضع بين يدي المعنيين كافة المعلومات والشهادات والدراسات والتجارب المختلفة التي تبيّن المزايا التي تتمتع بها عملية الوساطة الأسرية العابرة للحدود وتبيّن في ذات الوقت حدودها .

3 ماجري يوسف، مرجع سابق، ص 89-101.

الجزائري، وتفاديا للتكرار والإطناب نحاول التطرق إلى أنواع الوساطة من حيث شخص الوسيط لعلاقتها بموضوع الدراسة.

وتقسم الوساطة من حيث شخص الوسيط إلى وساطة قضائية ووساطة خصوصية ووساطة اتفاقية ونتناولها كما يلي[1]:

-**الوساطة القضائية**: فالوساطة القضائية هي طريق بديل لحل المنازعات تكون داخل مرفق القضاء بمناسبة قيد الدعوى لدى أمانة ضبط المحكمة وانعقاد الخصومة القضائية فيها، والتي يلزم القاضي الناظر في ملف الدعوى المعرض أمامه من عرضها على الأطراف المتنازعة، وهو ما أدرجه المشرع الجزائري بموجب ق.إ.م.إ.

الوساطة الخصوصية:هذا النوع من الوساطة يتم من خلال تعيين القضاة المتقاعدين والمحامين والمهنيين من ذوي الاختصاصات أو من ذوي الكفاءات والخبرات اللازمة، والتي تؤهلهم للقيام بأعمال الوساطة وإيجاد حلول للنازع بما يرضي المتخاصمين، يطلق عليهم لقب الوسطاء الخصوصيون.

الوساطة الاتفاقية:يسمى هذا النوع من الوساطة بالوساطة الاتفاقية، عندما تسند محاولة حل النزاع من قبل أطرافه إلى وسيط يتفق عليه الأطراف من خارج إطار القضاء، وذلك من خلال شرط مسبق في العقد محل النزاع أو من خلال اتفاق مستقل بين الأطراف.

وإذا كان بالإمكان اللجوء إلى الوساطة الاتفاقية سواء كانت حرة أو مؤسساتية قبل عرض النزاع أمام القضاء، فإنه يمكن اللجوء إليها بعد عرض النزاع أمام القضاء، وهذا النوع رغم أن المشرع الجزائري لا ينص عليه إلا انه لا يمنعه بموجب نص، ويتضح من خلال مشروع تعديل ق.إ.م.إ انه سيتم في حالة المصادقة على القانون إدراج قسم خاص بالوساطة الأسرية.

بعد عرضنا لتعريف الوساطة الأسرية والوساطة عموما التي تعتبر من أهم الوسائل أو الطرق التي حظيت باهتمام الباحثين والتشريعات، وهذه الأخيرة سارعت إلى إدراجها في نصوصها القانونية لمبررات متعددة منها الخصائص التي تمتاز بها وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

1 ماجري يوسف، مرجع سابق، ص 104-106.

الفرع الثاني

خصائص الوساطة الأسرية

تتميز الوساطة عموما بخصائص ومزايا عن الوسائل الأخرى لحل النزاعات، ويمكن إسقاط هذه الخصائص على الوساطة الأسرية وإجمالها في ما يلي:

أولا: السرعة في حل المنازعات

من أهم الخصائص التي تتميز بها الوساطة أنها تتم بشكل أسرع مقارنة بالإجراءات التي تستغرقها إجراءات التقاضي أمام الجهات القضائي، وهذا يرجع إلى طبيعة العمل القضائي حتى في أرقى الدول وينتج عنه إطالة أمد الفصل في القضايا، وقد تطول إجراءات الفصل في القضايا لعدة سنوات[1]، كون أن اغلب النزاعات يتم فيه الطعن بعد صدور الحكم والذي يتطلب وقت كبير للفصل فيه.

في حين نجد إجراءات الوساطة تتم بشكل أسرع وتنهي النزاع في وقت قصير، ويمكن أن يتوصل الأطراف إلى الاتفاق في يوم واحد أو أيام محدودة، لأن المتخاصمين قاموا بتقييم الوسيلة الناجحة للاتفاق والمصالح في مرحلة مبكرة، إيمانا منهم البحث عن الحل أحسن من ضياع الوقت للوصول إلى الحق بأكمله[2].

وأخذت العديد من التشريعات بمبدأ السرعة في إجراءات الوساطة، ومثال ذلك المشرع المصري في القانون 10 لسنة 2004 والذي حدد في نص المادة 8 منه مهلة 15 يوما لتسوية المنازعات الأسرية من قبل مكتب التسوية، والمشرع الجزائري أيضا اخذ بهذا المبدأ إذ حدد الآجال التي يتم خلالها إجراءات الوساطة في مدة لا تتجاوز 3 أشهر وهو ما جاء في نص المادة 996من ق.إ.م.إ، مع إمكانية تجديدها مرة واحدة فقط في حالة طلب الوسيط ذلك بعد موافقة الخصوم.

---

1 يوسف عبد الهادي الإكيابي، دراسة في أحكام الوساطة، مجلة القانونية، هيئة التشريع والرأي القانوني، بالاشتراك مع جامعة البحرين، مملكة البحرين، العدد 8، يونيو 2017، ص122.

2 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص248.

الوساطة تنهي النزاع برمته، ومثال ذلك ما اخذ به المشرع الجزائري في أحكام الوساطة في نص المادة 1004 من ق.إ.م.إ، التي تقتضي انه حالة توصل الوسيط إلى التوفيق بين المتخاصمين فانه يم المصادقة على محضر الاتفاق من قبل القاضي، والذي يكون غير قابل لأي طعن ويعتبر سندا تنفيذا.

ثانيا: المرونة في الإجراءات.

المرونة من مميزات إجراءات الوساطة، كون أنها لا تضبطها شكليات وإجراءات طويلة ومعقدة كما هو الحال في الدعوى القضائية، هذه الأخير تضبطها عدة قواعد شكلية وإجرائية، بدءا من العريضة التي يجب أن تتوفر على شكليات معينة، وقيدها وتسديد الرسوم، وتبليغا عن طريق المحضر الذي يخضع هو الأخر لشروط شكلية معينة وغيرها من الشروط الأخرى.

بينما إجراءات الوساطة تتسم بالبساطة، مثال ذلك ما اخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 994 من ق.إ.م.إ، إذ بمجرد قبول الوساطة من قبل الأطراف والنطق بها من قبل القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتحرير الأمر وتبليغ نسخة منه للمتخاصمين والوسيط، ويخطر الوسيط القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة[1].

كما أن الشكليات المستوجب توفرها في الأمر جد بسيطة مقارنة بالشكليات المستوجبة في الدعوى القضائية، إذ يشترط أن يتضمن الأمر بتعيين الوسيط؛ موافقة الخصوم، وتحديد الآجال الممنوحة للوسيط وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة.

كما أن خاصية المرونة لا تتعلق بالإجراءات فقط، بل تمتد إلى نتائجها، فالنتائج المتوصل إليها عن طريق الوساطة تكون منصفة للنزاع، وترضي جميع الأطراف مما يبقيهم على حالتهم من الرضا والارتياح والاطمئنان، على عكس ما يحصل في المنازعات القضائية، حيث يسعى كل طرف الى تحقيق مصلحته، وينجر عنها استياء وعدم رضا المتخاصمين[2].

1 كمال فنيش، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص، الجزء 2، سنة 2009، مرجع سابق، ص581.

2 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الاولى رقم 47، مرجع سابق، ص8.

ثالثا- تخفيف حدة النزاع.

تتم الوساطة في جو تنتفي فيه التوترات والمشاحنات، كونها ترتكز على الحوار الهادئ الواعي في جو تسوده مشاعر طيبة ورغبة صادقة في الوصول إلى حل مرض للطرفين[1]، على عكس الأجواء التي تلازم الخصومة القضائية التي تزيد في الغالب من حدة النزاع، وهذا الأمر التمسنها من خلال الممارسة العملية خصوصا في المنازعات الأسرية المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، فكثير من الأحيان أن لم نقل أغالبها، يشعر الزوجين قد يصل الأمر إلى حدوث مناوشات بينهما داخل أسوار المحكمة، وتصل في بعض الأحيان إلى التعرض الجسدي وقد يصل الأمر إلى تقديم شكوى و المتابعة الجزائية.

كما تبين لنا رفع الدعوى من قبل أحد الزوجين على الطرف الأخر يزيد من حدة النزاع ويجعل الطرف المدعى عليه في الدعوى يتراجع عن تنازلات من أجل الصلح، وهذا يرجع إلى عدة أسباب منها الأفكار التي يحملها المجتمع الجزائري بأن المحكمة مكان غير مرغوب فيه خاصة الجلسات العلنية، والعلنية بدورها تعتبرها أغلب المجتمعات العربية مسببة لسمعتها[2].

كما أن المنازعة الأسرية المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، عند تحديد جلسة الصلح يحضر الزوجان الجلسات العلنية، قبل إجراء محاولة الصلح، والتي في الغالب تكون قاعة الجلسات مكتظة يصل الأمر إلى عدم وجود مقعد يجلس فيه المتقاضين، كما أن مدة الانتظار تصل إلى ساعات طويلة لسماع الزوجين من قبل القاضي وهذه الظروف تزيد من حدة النزاع.

على عكس الظروف الزمنية والمكانية التي تتم فيها الوساطة، التي تكون في منزل أحد الزوجين وبحضور الوسيط والأطراف أو من يستعين بهم الأطراف ويكون ذلك العدد محدود للأشخاص الذين يرتاح لهم الطرفين، وتتم في أوقات قصيرة خالية من الانتظار ويكون الجو ملائم لمحاولة الصلح بين الزوجين.

1 يوسف عبد الهادي الاكيابي، مرجع سابق، ص123.

2 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص87.

رابعا: السرية.

تعتبر علنية الجلسة من أهم المبادئ التي تقوم عليها المحاكمة العادلة، إلا ما استثني منها، وكرس هذا المبدأ من أجل تحقيق ضمانة الشفافية في العمل القضائي وهذا المبدأ معمول به اغلب دول العالم، من بينها المشرع الجزائري المجسد بموجب نص المادة 7من ق.إ.م.إ[1]، فرغم أن إجراءات الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية تتم في جلسات سرية، إلا أن الإجراءات السابقة لها تتم في الجلسات العلنية كما سبق توضيحها، ويعبر ذلك من أهم الأسباب التي تزيد من حدة النزاع.

وعلى خلاف ذلك فإن إجراءات التوفيق بين الزوجين عن طريق الوساطة، تتم في جلسات تتسم بالسرية بين أطرافها والوسيط، والتشريعات التي تبنت الوساطة كبديل لحل المنازعات جسدت ضمن أحكامها مبدأ سرية الوساطة، وتعتبر من أهم الخصائص التي تضمن فعالية الوساطة، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1005من ق.إ.م.إ التي نصت على "**يلتزم الوسيط بحفظ السر إزاء الغير**" وفي حالة إخلال الوسيط بحفظ الأسرار فانه يتعرض للمسائلة والمتابعة الجزائية المقررة في نص المادة 301 من ق.ع.ج[2]، فالمشرع الجزائري بهذا النص كفل ضمانة سرية الوساطة.

كما تضمن إجراءات الوساطة خارج المحكمة سريتها، مما يتيح للأطراف المتنازعة الحرية بإدلاء بتصريحاتهم حول النزاع، ويسمح ذلك معرفة الأسباب التي أدت إلى نشوء النزاع الذي يسهل ويتيح الفرصة أكثر لمحاولة الصلح بين المتنازعين، وهذه الميزة التي تتسم بها الوساطة جعلت منها احد أهم الأسباب في اللجوء الي هذا الطريق[3]

1نصت المادة 7 من ق.إ.م.إ على "**الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة**"

2 نصت المادة 301 من ق.ع.ج على"**يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الو اقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك. "**

3 عادل بوضياف، مرجع سابق، الجزء 2، ص371.

خامسا: قلة التكاليف.

تتسم الخصومة القضائية بكثرة التكاليف من رسوم قضائية وأتعاب المحامين والمحضرين والمترجمين في حالة وجود وثائق باللغة الأجنبية، بالإضافة إلى أتعاب الخبراء في حالة اللجوء إلى الخبرة، فكثرت التكاليف جعلت من بعض المتقاضين يتنازلون عن المطالبة بحماية حقهم قضاء.

على عكس الوساطة التي تتميز بقلة التكاليف مقارنة بتكلفة التقاضي أمام الجهات القضائية، وإتجهت بعض التشريعات بخصوص الوساطة في المنازعات الأسرية جعلها مجانية غير خاضعة لأي رسم، كما هو الحال عليه في التشريع المصري في القانون10 لسنة 2004 في نص المادة 7 منه والتي نصت أن اللجوء إلى مكاتب التسوية الأسرية يكون بدون رسوم.

أما بخصوص المشرع الجزائري فقد جعل الوساطة من الأعمال التي تؤدى بمقابل، كما جاء في نص المادة 12 من المرسوم 09-100، ويتم تحديدها القاضي الذي عين الوسيط، وهذا لا يعني أن الوساطة مكلفة بل تعتبر المقابل الذي يحدد زهيد جدا مقارنة بتكاليف الخصومة لقضائية، بالإضافة إلى أن تحديد أتعاب الوسيط يراعي فيه الوضعية الاجتماعية للأطراف، ويتحملها الأطراف مناصفة ما لم يتفقوا على خلاف ذلك.

وعمليا من خلال القضايا التي تم تعيين وسطاء فيها لاسيما منها القضايا العقارية، اتضح لنا إن الأتعاب التي يقدرها الوسطاء تعتبر أقل بكثير من المصاريف التي يتحملها الأطراف في حال السير في الدعوى أمام الجهات القضائية، بل يذهب بعض الوسطاء إلى إنجاز مهمة الوساطة تطوعا وعدم أخذ أي أتعاب لها[1] .

تبادر للذهن تساؤل حول ما إذا تم إخضاع منازعات حل الرابطة الزوجية لإجراء الوساطة، فما هو موقف الوسطاء في تحديد أتعاب مقابل محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين؟

1مقابلة أجريت مع وسيط اختصاص محكمة قصر الشلالة، بتاريخ 2021/09/17، الساعة 10:00، بالإضافة إلى المقابلات التي أجريت مع عدد من الوسطاء المدرجة أسماؤهم في جداول الوسطاء لجهات قضائية مختلفة، تبين لنا أن احد الوسطاء ومنذ أدراج اسمه في القائمة سنة 2009 عالج أكثر من 200 ملف، انه لم يتقاضى أي أتعاب لعدم تقديمه ما يفيد تكاليف المهمة، وارجع السبب في ذلك أن عمله له أجره وثوابه عند الله. على أساس أنه عمله تطوعي محض

وللإجابة على التساؤل تم طرحه على الوسطاء من خلال المقابلات التي أجريناها، فكانت الإجابة في أغلبها أن يكون عملهم تطوعيا وتبريرهم لذلك أن الإصلاح بين الزوجين من أعظم الأعمال التي لها الثواب عند الله، فالدين الإسلامي أقر بالصلح وبارك ما يؤدى إليها من السبل، ثم ارتقى بها إلى مرتبة سامية يجعلها من أعظم العبادات وما لها من الأجر والثواب[1] خاصة إذا متعلق منه بالأسرة ولم الشمل، فهذه الميزة تجعل منها ضرورة ملحة لتجسيدها في التشريع الجزائري.

سادسا: تخفيف العبء على القضاء

إن الغاية الأساسية في إدراج الوساطة كبديل لحل المنازعات من قبل التشريعات، تتجسد في تخفيف العبء على الجهات القضائية، بعد أن أصبحت جل دول العالم تشتكي من حجم العمل القضائي، والذي أثر سلبا على نوعية الأحكام القضائية في تحقيق العدالة والمحافظة على الحقوق.

ولا يعني إدراج الوساطة كبديل لحل النزاعات وإسناد مهمة التوفيق بين المتخاصمين لجهات غير قضائية المساس باستقلالية القضاء، بل يظل يمارس سلطته الدستورية في إصدار الأحكام وتتم الوساطة تحت رقابة القضاء، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري واعتبار الوساطة قضائية، ولا يترتب على إجراءات الوساطة تخلي القاضي عن القضية كما نص عليه في المادة 995 من ق.إ.م.إ وتتم إجراءات الوساطة تحت إشراف القاضي[2]، ولا يكون للمحضر الذي يعده الوسط قيمة إلا بعد المصادقة عليه من القاضي، ويعتبر سندا تنفيذا.

المطلب الثاني

الوساطة في التشريع والعرف الجزائري والتشريعات المقارنة

يتضح من خلال السياسة التشريعية للمشرع الجزائري أنه سعى إلى إرساء الوساطة القضائية كطريق بديل لحل النزاعات في المجالين المدني والجزائي، نظرا لأهميتها في حل المنازعات بطرق ودية وسلسة للاستغناء عن حلها عن طريق القضاء لتخفيف العبء عليه، ومنه سنتناول إدراج الوساطة

1 عبد العالي قزي، مرجع سابق، ص37.

2 يقاش فراس، الوساطة كطريق بديل لحل لنزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2012، ص72.

القضائية في التشريع الجزائري باعتبارها موروث ثقافي ومن قبيل الأعراف التي ينتهجها المجتمع الجزائري لحل النزاعات والخلافات بين الأشخاص خاصة ما تعلق منها بالمنازعات الأسرية ونرى انه مبرر لإدراج الوساطة لحل المنازعات الأسرية، كما أن العديد من تشريعات دول العالم سواء الغربية أو العربية نظمت قوانينها الداخلية وسيلة الوساطة لحل المنازعات الأسرية، والتي أثبتت نجاعتها وعليه نرى أنه من الأحرى التطرق إليها باعتبارها تجارب سابقة وهو ما نتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الوساطة في التشريع والعرف الجزائري.

أدرج المشرع الجزائري الطرق البديلة لحل المنازعات ضمن القوانين الداخلية، وتوسع إدراجها إلى أن شمل العديد من القضايا المدنية وأصبحت وسيلة لحل المنازعات والقضايا ذات الطابع الجزائي منه سنتناول أولا الوساطة في التشريع الجزائري، كما أن الوساطة تعتبر موروث ثقافي في المجتمع الجزائري وهو ما سنتناوله ثانيا.

أولا: الوساطة في التشريع الجزائري.

1-الوساطة لتسوية المنازعات المدنية.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري فان أول ما تم العمل بالوساطة كان في تشريع العمل في القانون 90-02[1] المتعلق بتسوية المنازعات الجماعية وحق الإضراب وجاء في نص المادة 10 منه "**الوساطة إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي في العمل على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى وسيط ويشتركان في تعيينه**". وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد سمح في إطار النزاعات الجماعية للعمل إمكانية اللجوء إلى الوساطة الاتفاقية لحل النزاعات الجماعية في العمل.

1قانون رقم 90-02 ممضي في 06 فبراير 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج.ر.ج.ج، عدد 6 مؤرخة في 07 فبراير 1990، معدل المتمم بالقانون 91-27، ممضي في 1991/12/21، ج.ر.ج.ج عدد 68، مؤرخة في 1991/12/25.

أما بخصوص الوساطة القضائية وفي إطار إصلاح قطاع العدالة، توصلت اللجنة الوطنية لإصلاح قطاع العدالة إلى ضرورة البحث عن طرق بديلة لمعالجة النزاعات التي تستمد أساسها وخصوصياتها من المجتمع الجزائري وكذا التجارب التي أثبتت نجاعتها في الأنظمة القضائية الأجنبية.

وفعلا تم تجسيد التوصيات إذ جاء في الكلمة الافتتاحية التي ألقاه وزير العدل الجزائري بمناسبة دراسة مشروع القانون المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية بتاريخ 06 جانفي 2008 في **"إن بناء دولة القانون ... وان هذه الغاية لن تحقق إلا بإخضاع حماية الحقوق والمطالبة بها، لقواعد إجرائية تتسم بالبساطة والوضوح والشفافية، كمطلب أساسي لتقوية ثقة المواطن من عدالة بلاده.**

فضلا عن ذلك ينبغي ضبط وتفعيل بدائل الخصومة القضائية التي بلا شك تسهم في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين...تكريس مبدأي الصلح والوساطة، في جميع المواد، كبدلين للدعوى القضائية في حل النزاعات..."[1].

و تم استحداث الطرق البديلة لحل النزاعات وتم وضع باب خاص بالطرق البديلة وتضمنت، المواد من 994 إلى غاية المادة 1005، ثم تلاها المرسوم التنفيذي رقم 09-100 السالف الذكر، وأصبح عرض الوساطة من قبل القاضي على الخصوم أمرا وجوبيا، غير أن المشرع الجزائري استثنى منها قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية، وكل من شأنه أن يمس بالنظام العام كما جاء في نص المادة 994 [2]منه، وأصبح بذلك على القاضي عرض الوساطة على أطراف الدعوى وحال قبولها يتم تعيين وسيط لمحاولة التوفيق بين المتخاصمين.

إن استثناء المشرع الجزائري لقضايا شؤون الأسرة خضوعها لإجراءات الوساطة أثار التساؤل، مما جعل الباحثين إعطاء المبررات لذلك، فيرى جانب منهم أن محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي سواء بنفسه أو عن طريق الحكمين بين الزوجين المنصوص عنها في قانون الأسرة وقانون الإجراءات

1 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى رقم 47، مصدر سابق .

2 نصت المادة 994 من ق.إ.مإ على "**يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام**"

المدنية والإدارية، قبل حل الرابطة الزوجية، خص بها القاضي شخصيا أو عن طريق أهل الزوجين، حفاظا على أسرار الحياة الزوجية[1]، وبالتالي لا يمكن إخضاعها للوساطة.

ويرى جانب أخر أن استثناء المشرع لقضايا شؤون الأسرة من إجراءات الوساطة، يكمن في إن التشريع الخاص بها تكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات[2]، في حين يذهب جانب أخر إلى القول أن السبب يرجع أن أغلب منازعات قسم شؤون الأسرة تمس بالنظام العام داخل المجتمع الجزائري[3].

وبخصوص وجهة نظرنا نرى أن ما تطرق إليه الباحثون من أسباب ومبررات تتحد جميعها لتبرير استثناء المشرع الجزائري لقضايا شؤون الأسرة من إجراءات الوساطة، فإذا ما استندنا على القواعد التي تحكم المنازعات الأسرية، سبق لنا القول في معرض البحث عن تعلق الصلح بالنظام العام، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري اعتبرها في مجملها من النظام العام، والوساطة استثنها المشرع لكل ما يتعلق بالنظام العام هذا من جهة.

ومن جهة ثانية اعتبر المشرع الجزائري الوساطة إجراء بديل وطالما أن المنازعات التي تغلب في قسم شؤون الأسرة تتعلق بحل الرابطة الزوجية، والتي نظم لها المشرع إجراء الصلح عن طريق القاضي والصلح عن طريق الحكمان، وبالتالي فان هذا الإجراء يستغرق إجراء الوساطة، على اعتبار أن كافة الطرق اعتبرها المشرع الجزائري بدائل لحل النزاعات.

وبعد مرور أكثر من 13 سنة على دخول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يعدل المشرع الجزائري الأحكام الخاصة بالطرق البديلة، وكان ينتظر منه إدراج إجراء الوساطة في قضايا شؤون الأسرة خاصة ما تعلق منها بدعاوى حل الرابطة الزوجية لاسيما أن السياسة التشريعية تتجه إلى إرساء الطرق البديلة بتدعيمها بقواعد تنظيمية أكثر، وهو ما تجسد في التعديل الأخير لسنة 2022.

---

1 علاوة هوام، **الوساطة بديل لحل النزاعات وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري**، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013، ص163.

2 عبد السلام ذيب، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزء الأول، عدد خاص باليومين الدراسيين، الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم، سنة 2008، يومي 15،16 جوان 2008 ص547

3 ماجري يوسف، **الوساطة القضائية في التشريع الجزائري**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، السنة الدراسية 2018-2019، ص 172،173.

ففي سنة 2022 أدرج المشرع الجزائري تعديلات جوهرية بخصوص الوساطة والصلح في الأقسام المدنية، وتحديدا على المنازعات أمام القسم التجاري، وأكد المشرع في تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 22-13[1] على وجوبية عرض النزاع مسبقا على الوساطة، كما جاء في نص المادة 534، وأبعد من ذلك ذهب المشرع إلى عدم إخضاعها لقبول الأطراف المنصوص عنها في الأحكام العامة أن صح القول للوساطة بموجب نص المادة 994 من ق.إ.م.إ، ونص على الاستثناء في المادة 534 في فقرتها الثانية بعدل تعديل النص إذا جاء على النحو الأتي "**لا تخضع الوساطة إمام القسم التجاري إلى قبول الأطراف،خلافا لأحكام المادة 994 من هذا القانون**"، ويتضح إن إجراء الوساطة أصبح وجوبيا وإلزاميا على الأطراف حتى وان تم رفضها.

أن التعديلات الأخيرة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية تؤكد عزم المشرع الجزائري في إرساء الوساطة كحل بديل قبل النظر في المنازعة قضاءا، كما أن المشرع بتعديله للأحكام الإجرائية لحل المنازعات أمام القسم التجاري ذهب إلى أبعد من ذلك في تجسيده للوسائل البديلة، إذ جعل إجراء الصلح في المنازعات المحدد بموجب نص المادة 536 مكرر من ق.إ.م.إ إجراء يسبق رفع الدعوى ولا تقبل شكلا إذ لم ترفق بمحضر عدم الصلح كما نصت عليه المادة 536 مكرر 4 من نفس القانون بقولها "**يسبق قيد الدعوى إجراء الصلح...وفي حالة فشل محاولة الصلح، ترفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المختصة بعريضة افتتاح الدعوى طبقا للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون مرفقة، تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، بمحضر عدم الصلح...**"، وهنا يتضح أن المشرع يؤكد من خلال التعديلات التي يجريها على النصوص يسعى إلى تعزيز الطرق البديلة ويتجلى إلى إدراج الوساطة في المواد الجزائية وهو ما سنتناوله.

2-الوساطة لتسوية المنازعات الجزائية.

لم تقتصر الوساطة كطريق لحل المنازعات المدنية في التشريع الجزائري، بل شملت أيضا المنازعات ذات الطابع الجزائي، فتم تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية بموجب الأمر 15-02[2]،

1 قانون رقم 22-13 يعدل ويتمم القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،المؤرخ في 12 يوليو 2022، ج.ر.ج.ج، العدد 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022.

2 الأمر 15-02 يعدل الأمر 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المؤرخ في 23 يوليو 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 40، مؤرخة في 23 يوليو2015.

وتضمنت النصوص التعديلية إدراج الوساطة كإجراء لوضع حد للإخلال الناتجة عن الجريمة أو جبر للضرر، وأدرج لها فصل خاص تضمنته المواد من 37 مكرر إلى غاية 37 مكرر 9، وحددت الجرائم التي يمكن إخضاعها للوساطة من بينها الجرائم الماسة بالأسرة المتمثلة في ترك الأسرة، والامتناع العمدي عن تقديم النفقة، وعدم تسليم طفل..

وفي نفس الفترة أدرج المشرع الجزائري الوساطة في القانون رقم 15-12 المتضمن حماية الطفل[1]، وجاء في نص المادة 110 منه انه يمكن إجراء الوساطة في كل وقت من تاريخ ارتكاب الطفل للمخالفة أو الجنحة وقبل تحريك الدعوى العمومية.

3-الوساطة العائلية والاجتماعية.

لم تقتصر الوساطة على المنازعات والقضائية سواء ذات الطابع المدني أو الجزائي، بل شملت أيضا النزاعات ذات الطابع العائلي والاجتماعي، وأدرج المشرع الجزائري إجراء الوساطة في حالات النزاع التي قد تنشب في الأسرة بين الأصول والفروع، بهدف إبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي، كما جاء في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 16-62[2]، وجاءت أحكام هذا المرسوم تطبيقا لأحكام المادة 12 من القانون رقم 10-12[3]، التي نصت على اللجوء إلى الوساطة العائلية والتي تتم عن طريق مكاتب الوساطة على مستوى مديريات النشاط الاجتماعي في كل ولاية.

ومن خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري يتبع التدرجية إن صح القول في إدراج أحكام الوساطة في تقنيناته، إذ انه منذ سنة 2008 بدأت الوساطة تأخذ حيزا هاما في النصوص القانونية، مما يؤكد أن السياسة التشريعية عازمة على إرساء قواعد الوساطة بكافة أشكالها، كسبيل لحل النزاعات.

1 الأمر 15-12المتعلق بحماية الطفل ، المؤرخ في 15 يوليو 2015، ج.ر.ج.ج، العدد 39، مؤرخة في19 يوليو2015.

2 المرسوم التنفيذي16-62 ، يحدد كيفيات تنظيم الوساطة العائلية والاجتماعية لإبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي ، المؤرخ في 11فبراير2016، ج.ر.ج.ج، العدد 09، مؤرخة في 17فبراير 2016.

3 القانون10-12يتعلق بالأشخاص المسنين، المؤرخ في 29ديسمبر 2010، ج.ر.ج.ج،، العدد 79، مؤرخة في 29ديسمبر 2010.

وهذا الأمر جعل بالباحثين المراهنة على إمكانية تبني المشرع الجزائري إجراء الوساطة في قانون الأسرة أو بمعنى أدق المنازعات الأسرية وستلقى قبولا وترحيبا[1]، ونحن بدورنا نساند هذه التطلعات المستقبلية، وما يؤكد ذلك التعديلات الجوهرية[2]، التي مست قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإدراج الوسائل البديلة لحل المنازعات، ثم جعله جوبية ثم إلزامية غير خاضعة لقبول الأطراف، إلى أن أصبحت قيدا يسبق رفع الدعوى في بعض المنازعات كما سبق تبيانه.

وغياب الوساطة في المنازعات الأسرية في النصوص القانونية لا يعني انه لا وجود لها في المجتمع الجزائري، بل الوساطة من صميم عادته وتقاليده وهو ما سنتناوله.

ثانيا:الوساطة الأسرية في المجتمع الجزائري.

تعتبر الوساطة الأسرية من أهم الأساليب المتجذرة في المجتمع الإسلامي بما فيها المجتمع الجزائري، وهذا الأخير ثري في تراثه وقيمه وعاداته بسعيه إلى الصلح كلما أمكنه ذلك، ويكمن هذا التراث في وجود أنظمة وأعراف تقوم بإجراء الصلح بين المتخاصمين لحل النزاعات من بينها النزاعات التي تنشا بين الزوجين، وتتنوع هذه الأنظمة بين أنظمة ذات طابع عشائري وأخرى ذات طابع ديني.

1-الوساطة الأسرية ذات الطابع العشائري

إن المجتمع الجزائري يعتبر من أهم المجتمعات التي تزخر بتنوع عاداته وتقاليده، ويرجع السبب في ذلك إلى الميزة الاجتماعية له، فكل منطقة من الجزائر لها عاداتها وتقاليدها في كل النواحي، منها الأنظمة التي تسير العلاقات بين الأفراد، ومن أهم ما أدى إلى ظهور هذه الأنظمة هو ظهور العشائر والأعراش في المجتمع الجزائري، والذي تحكمه تقاليد خاصة ما تعلق منها في نظام حل النزاعات.

---

1 وحيد هداج، احمد شامي، نحو تبني إجراء الوساطة كآلية بديلة لحل النزاعات الأسرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، سنة 2022، ص600.

2 وهو ما جاء في الكلمة التي ألقاها رئيس اللجة لدى مناقشة تعديل أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمنشورة في الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني للسنة الأولى رقم 69 الصادرة بتاريخ 16 يونيو 2022 ص 4،5.

أ- الوساطة الأسرية عن طريق نظام تاجمعت في منطقة القبائل.

قبل ظهور قانون الأسرة كانت المنازعات الأسرية بما فيها المتعلقة بحل الرابطة الزوجية تخضع كلية للقانون العرفي، ولا زالت إلى حد الساعة بعض النزاعات تخضع للنظام العرفي، وتتعدد الأنظمة التي تتولى الوساطة المصالحة بدا من "ثاخروبث "او "اذروم" والذي يعتبر تنظيم قرابي أي تربطهم صلة قرابة ويضم مجموعة من العائلات التي تنتسب إلى جد شترك، إلى غاية النظام العرفي تاجمعت بمنطقة القبائل.

وهذا النظام تنفرد به منطقة القبائل في الجزائر، ويتمثل دوره الأساسي في فض النزاعات والخلافات بما فيها الخلافات الأسرية[1]، وتاجمعت عبارة امازيغية تقابلها عبارة الجماعة ويعتقد أنها مشتقة من اللغة العربية[2].

ويتم معالجة المنازعات الأسرية عن طريق مجالس الصلح التي تسند إلى كبيري العائلتين لأهل الزوجين وشخصيات محايدة لهم دراية بالقانون العرفي والشرعي، وبعد التوصل الى الصلح يتم إعطاء الصيغة النهائية للاتفاق الحاصل[3].

ونظام تاجمعت عبارة عن مؤسسة منظم من حيث الهيكل الشبه قضائي فهو يتشكل من[4]:

- الأمين الذي يتولى رئاسة المؤسسة، ويتم اختياره ضمن ضوابط معينة.
- المستشارون وهم مجموعة من شيوخ القرية المشهود لهم بالحكمة والرجاحة.
- الجمعية العامة للسكان، وهو اجتماع ينعقد شهريا في الصباح الباكر من اول جمعة من كل شهر.
- الضمان وتعني الضامنين كونهم يضمنون تنفيذ القرارات المتخذة.

---

1 عبد الحفيظ ميلاط، الوساطة في الجزائر بين الموروث الثقافي والواقع والأفاق، أشغال المؤتمر الدولي، الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المملكة المغربية، يومي 7 و8 دجنبر 2015، ص132.

2 المرجع نفسه، ص132.

3 عبد الله نوح،**المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب ومساهمتهما في المرافق العامة، مقاربة انتربولوجية قانونية**، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع القانون العام، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008-2009، ص328.

4 عبد الحفيظ ميلاط، مرجع سابق، ص133.

ب- الوساطة الأسرية عن طريق مجالس العشيرة.

وهو نظام قضائي عشائري يدير شؤون عشائر ميزاب في الجزائر، ويوجد ثلاث مجالس تدير شؤون الناس وهي: مجلس عمي سعيد أو مجلس الأمة الميزابية، ومجلس العشيرة، ومجلس باعبد الرحمان الكرثي.[1]

ومجلس العشيرة له الصلاحيات في المجالات الاجتماعية والاقتصادية من بينها الفصل في جميع الخصومات التي تطرح عليه، ويتم ذلك في المقرات أو القصور التي يوجد بها مجلس العشيرة، ويجتمع مرة كل 15 يوما، وتتم الوساطة الأسرية في نظام هيكلي شبه قضائي، ويتم على مستويات:

- مستوى مجلس العائلة، وهو يتكون من الأفراد الذين ينتمون إلى نفس العائلة، ويتشكل من 7 إلى 10 أعضاء من شيوخ العائلة وحكمائها، وتتم الوساطة على مستوى العائلة.
- مستوى مجلس العشيرة: ويتكون من ممثل او ممثلين عن كل أسرة داخل نفس العشيرة، وتتم الوساطة على مستواه، إذا كان أطرافها من أسرتين مختلفتين.
- مستوى مجلس الوساطة بين العشائر، إذا كان النزاع بين طرفين ينتميان إلى عشيرتين مختلفتين، فان كل مجلس عشيرة يعين ممثلين عنه للالتقاء بنظرائهم من العشيرة الأخرى، ومحاولة الوساطة بين الطرفين المتنازعين والوصول إلى حلول تنهي النزاع.

واثبت هذا المجلس أو النظام نجاعته في الوساطة الأسرية بنسبة تفوق 90% في حل النزاعات الأسرية[2].

2- الوساطة الأسرية عن طريق الزوايا و أئمة المساجد.

لعبت الزوايا دورا كبير في حل العديد من المنازعات وتسويتها بين المتخاصمين، والزوايا عبارة عن مؤسسة دينية تخضع لنظام عرفي، وتحمل اسم احد الأولياء الصالحين، تضم في الغالب مساجد أو

1 عبد الحفيظ ميلاط، مرجع سابق ، ص134.

2المرجع نفسه، ص 134.

مرافق للصلاة، بها أقسام لتلقين العلوم الدينية، كما تعتبر مؤسسة اجتماعية لها دور في الحياة الاقتصادية والسياسية[1].

ومن بين مسؤولياتها الوساطة لفض النزاعات والتي من بينها النزاعات التي تنشئ بين الزوجين من اجل حل الرابطة الزوجية، ونظرا للمكانة المرموقة التي تحضى بها الزوايا في المجتمع الجزائري فقد لعبت دورا كبيرا في مجال الوساطة الأسرية، خاصة إذا ما نظرنا إلى تواجدها الواسع عبر القطر الوطني، وكذا مركز شيوخها في المجتمع.

كما أن أئمة المساجد لا زالوا يحضون بمكانتهم الرمزية في المجتمع الجزائري على مستواهم المحلي، فالأئمة هم النجباء العقلاء والفطناء والذين يسمع لهم الناس ويحترمونهم، فهذه الصفات والمكانة التي يحضا بها الإمام في المجتمع الجزائري جعل منه مقصدا من قبل المتخاصمين لإجراء الصلح بينهم بما فيها الزوجين،او من يمثلهم في المنازعات الأسرية سيما ما تعلق منها بالطلاق.

وفي هذا الصدد وبمناسبة ممارستنا في بعض الأحيان يتم تسوية بعض القضايا قبل ان تطرح أمام المحكمة، وحتى بعد قيد الدعوى من قبل أئمة المساجد، مما جعل بنا الفضول العلمي إلى إجراء مقابلات مع أئمة مساجد، ومن خلالها تبين لنا انه في العديد من المرات يتم طرح المنازعة الأسرية سما منها المتعلقة بحل الرابطة الزوجية على الأئمة، سواء من قبل الزوجين أو الأهل أو احد المعارف، من اجل التوسط واصلا حذت البين.

وكان لنا الحظ في حضور احد جلسات الصلح[2] وتم دعوتنا من اجل مشاركة محاولة الصلح بين زوجين حدث بينهما شقاق قررا على إثره حل الرابطة الزوجية، وتم تحديد موعد لإجراء الصلح عن طريق إمام المسجد يتواجد به محل إقامة الزوجة مع إمام المسجد الذي يتواجد به محل إقامة الزوج، وتم عقد جلسة الصلح وبعد الموعظة التي قدمها الإمامين ومعرفة الأسباب التي أدت إلى ظهور الشقاق بالاستماع إلى الزوج وأخ الزوجة باعتباره ممثلا عنها، تم اقتراح الحلول بين الزوجين، وتم فعلا إصلاح ذات البين استئناف الحياة الزوجية، وهذا ما أكد لنا الدور الايجابي الذي يقوم به أئمة الساجد.

1 عبد الله نوح، مرجع سابق، ص197.

2 عقدت جلسة الصلح بمنزل والد الزوج بمدينة افلو ولاية الاغواط، بتاريخ 16 جوان 2019.واستمرت لمدة تقارب الساعتين.

تحضى الوساطة الأسرية في المجتمع الجزائري بالأهمية بالغة في إصلاح ذات البين بين الزوجين، باعتبارها موروث ثقافي، لعل ذلك جعل بالمشرع الجزائري التفكير في إدراج الوساطة الأسرية، وظهرت بوادرها من خلال تنظيم يوم دراسي من قبل وزارة التضامن الوطني والأسرة بشهر ديسمبر سنة 2011، وخلال اليوم الدراسي أعلن الوزير خلال أشغاله عن استحداث الوساطة الأسرية[1].

وحضر أشغال اليوم الدراسي العديد من الباحثين في مجالات مختلفة ومتنوعة، من بينهم قانونين، وباحثين في علم النفس والتربية وعلام وغيرهم، رغم أن أعمال اليوم الدراسي حول الوساطة الأسرية.

فكان من المنتظر إدراج الوساطة الأسرية في النصوص التشريعية وتوقع العديد من الباحثين لاسيما المشاركين والمتدخلين في محاور اليوم الدراسي تعديل قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن الأمر لم يحدث مثل ما تم توقعه، وبعد 5 سنوات تم إدراج الوساطة العائلية والاجتماعية بموجب المرسوم التنفيذي 16-62 الذي سبق التطرق إليه، ولم يتم إدراج الوساطة الأسرية لحد الساعة.

رغم أن السياسة التشريعية في الجزائر تتجه إرادتها إلى إدراج الطرق البديلة لحل النزاعات بشتى أنواعها في نصوص القوانين، وذلك لمواكبة الاتجاهات الحديثة للدول، غير أن ذلك لا يتماشى وفق النهج المسطر لها، وما تقتضيه متطلبات وحاجة القضاء، رغم الإلحاح الشديد من قبل الباحثين الذي يتجلى في البحوث العلمية والملقيات والأيام الدراسية التي تنتهي بتوصيات إلى الجهات المعنية بضرورة إدراج نظام الوساطة لحل المنازعات الأسرية، ومن جهة أخرى حجم المنازعات الأسرية التي أثقلت عبئ القضاء في حلها بالطرق المتاحة.

رغم أن الوساطة الأسرية أثبتت فعاليتها في الحد من المنازعات الأسرية خاصة منها المتعلقة بحل الرابطة الزوجية وحدت من الطلاق الذي أصبح ظاهرة تقلق اغلب الدول، ونرى انه من الأفضل التطرق إلى تجارب بعض الدول التي أخذت بنظام الوساطة الأسرية، خاصة إذا ما نظرنا إلى توجه المشرع الجزائري في إدراجه للطرق البديلة لحل النزاعات من اجل مسايرة التطور الحاصل في القوانين

1 عبد الحفيظ ميلاط، مرجع سابق، ص139.

الحديثة، كما أن هذه تجارب هذه الدول أثبتت فعاليتها في الحد من المنازعات الأسرية واعتبارها مبررا لإدراج الوساطة الأسرية في التشريع الجزائري.

الفرع الثاني

الوساطة الأسرية في بعض التشريعات المقارنة

سارت العديد من التشريعات العالمية إلى إدراج الوساطة كوسيلة لحل المنازعات الأسرية لما تمتاز به من صفات وخصائص كما سبق تبيانه، والتي حقق نجاحا وأثبتت نجاعتها لحل الخلافات الزوجية، ولم تقتصر على الدول الغربية (أولا) بل تبنتها العديد من الدول العربية والإسلامية (ثانيا)

أولا:الوساطة الأسرية في بعض الدول العربية.

تعتبر الدول الغربية السباقة في إدراج الوساطة الأسرية ومنه ارتأينا انه من الأجدر الإشارة إلى هذه التشريعات باعتبارها أصول الوساطة الأسرية، فنتناول الوساطة الأسرية في تشريع الولايات المتحدة الأمريكية، والفرنسي والكندي.

1- الوساطة الأسرية في الولايات المتحدة الأمريكية.

تحتل الولايات المتحدة الأمريكية الصدارة في تصنيف الوسائل البديلة ومنها الوساطة[1]، وحظيت بتنظيم تشريعي منذ سنة 1946 بموجب القانون الفدرالي للوساطة والمصالحة لحل المنازعات، سواء في القطاع العام أو الخاص، وفيما يخص الوساطة الأسرية بدا العمل بها ابتداء من سنة 1970، ويرجع الفضل في ذلك للأبحاث التي قام بها المحامي الأمريكي cowlson J وكانت البداية من البحث في تقنيات التحكيم، وذلك من اجل التخفيف عن الآثار الناجمة عن الطلاق.

وفي سنة 1980 قام المحامي OJcooger من ولاية اطلنطا بفتح أول مركز للوساطة الأسرية، وفي نفس السنة تبنت ولاية كاليفورنيا أول قانون يخص الوساطة الأسرية، والذي بموجبه أصبح من الوجوب والإلزام في حالة حدوث نزاع حول حضانة الأولاد أو حق الزيارة اللجوء إلى وسيط اسري من اجل تنظيمها.

1 علاوة هوام، مرجع سابق، ص216.

وبعد أن أثبتت الوساطة الأسرية نجاعتها في ولاية كاليفورنيا تبعتها مختلف الولايات الأخرى بل وتعد ذلك إلى ما وراء حدود الولايات المتحدة الأمريكية، وتبنتها العديد من الدول[1].

وبعد أن فرضت الوساطة الأسرية وجودها وأثبتت دورها الفعال في فض المنازعات الأسرية، إلا انه لا يتم اللجوء إليها إلا وفقا لشروط معينة ومحددة كالأتي[2]:

- التكافؤ بين الأطراف، فعند وجود تخوف من احد الطرفين من الأخر، أو عدم استقلاليته عنه، لا يكون هناك مجالا للوساطة.

- عدم وجود اعتداء من احد الأطراف على الأخر، أو على الأطفال بالعنف أو وجود حالة اغتصاب

تكون الوساطة غير مجدية عندما يكون احد الطرفين متعاطيا للمخدرات أو الأدوية، ويكون الطرف الأخر مساهما أو متحكما في هذه المسالة، كتزويده بمواد مخدرة.

السرية في الوساطة المطلوبة، وعدم استعمال الحجج أو الوثائق الناتجة عنها أمام المحاكم إلا باتفاق الطرفين.

على الوسيط إخبار الأطراف بالطابع الاختياري للوساطة ليكونوا في وضعية مريحة.

والوساطة الأسرية وفقا للقانون الأمريكي تنقسم إلى نوعين:

وساطة قضائية: يتطلب هذا النوع من الوساطة وجود نزاع قائم ومطروح أمام الجهات القضائية، ويتم تعيين وسيط من ضمن قائمة الوسطاء، وقد يكون محاميا وقاضيا متقاعدا او خبير في مجال الوساطة الأسرية، وقد يكون الوسيط يعمل بصفة منتظمة في المحاكم كمحكمة الاستئناف الفدرالية بولاية كاليفورنيا التي تؤدي أجرا مقابل الخدمة، كما يمكن أن تكون بالمجان[3].

---

1 محمد الفلاقي، **الصلح والطرق البديلة لتسوية النزاعات الأسرية**، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة المغرب، السنة الدراسية،2007 2008، ص96.

2سلافة احمد عبد القادر صوالحة، دور دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري التابعة للمحاكم الشرعية في الضفة الغربية في الحفاظ على الاسرة الفلسطينية من التفكك، مرجع سابق، ص 71،72.

3 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص216.

وساطة اتفاقية: وتتم هذه الوساطة خارج الجهات القضائية، والتي بموجبها يتفق الطرفان على تعيين وسيط خارج المحكمة، وفي سنة 2003 تم استحداث ما يعرف بوسيط الطلاق الشخصي بموجب القواعد النموذجية للوساطة العائلية والطلاق.

2 -الوساطة الأسرية في التشريع الفرنسي.

تعد فرنسا من الدول التي قطعت أشواطا هامة في مجال الوساطة، ووضع أول قانون ينظم الوساطة في فرنسا بتاريخ 1973/01/03 ثم تلاه قانون أخر بتاريخ 1976/12/24 يتعلق بتعيين وسيط الجمهورية[1]

وبدأ الاهتمام بالوساطة الأسرية بتأسيس جمعية تدعى الارتقاء بالوساطة APME والتي بدأت مهامها بالتركيز على صياغة نصوص أخلاقيات المهنة، وبدأت بذلك تظهر الخدمات الأولى في الوساطة الأسرية والتي بقيت تنشط لوقت طويل في إطار جمعوي[2].

وفي سنة 1988 تم افتتاح مصلحة للوساطة الأسرية من طرف جمعية أصدقاء "**جون بوسكو**" التي نظمت بالتعاون مع جمعية الارتقاء بالوساطة الأسرية، وتم تنظيم المؤتمر الدولي للوساطة الأسرية الذي نظم بدولة فرنسا سنة 1990، والذي حضره أكثر من 500 مشارك من ثمانية جنسيات مختلفة، وشكل هذا المؤتمر مناسبة لتقديم الوساطة الأسرية عن طريق محترفين وخبراء من تخصصات مختلفة، ونتج عنه تأسيس اللجنة الوطنية للجمعيات ومصالح الوساطة الأسرية، ثم تحولت إلى فدرالية للجمعيات التي تدير خدمة الوساطة ، بهدف الدفاع عن وجودها واحترام قانون المهنة[3].

وفي نفس السنة عرض مشروع القانون وأمام مجلس الشيوخ بشان إحداث الوساطة القضائية الذي اعتمد كمشروع للحكومة وعرض على الجمعية الوطنية، وتمت المصادقة عليه، إلا انه بقى مجمدا ولم يتم العمل به من قبل القضاة إلا بصفة محتشمة[4]

1 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص 266.

2أمال علال، مرجع سابق، ص54.

3 سلافة احمد عبد القادر صوالحة، مرجع سابق، ص 72، أيضا: أمال علال، مرجع نفسه، ص72.

4 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص267.

وفي ظل غياب النصوص القانونية والتنظيمية والارتفاع الملحوظ في معدلات الطلاق، برزت فكرة الوساطة الأسرية كحل مطلوب للتخفيف من المنازعات الأسرية أمام القضاء، وتم الترحيب بالفكرة كعدالة مرنة وبديلة[1]، رغم أنها لقيت معارضة شديدة، إلى حين تراكم الاجتهادات القضائية والتي مفادها انه يدخل في مهام واختصاص القاضي محاولة تسوية النزاع بين الأطراف وذلك استنادا على المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وتم التوسع في شرح وتفسير النص، وأصبح بإمكان القضاء الفرنسي اعتماد الوساطة الأسرية كآلية للصلح وتخفيف العبء عليه، وسارت العديد من المحاكم على هذا النهج وعملت على اعتماد الوساطة الأسرية كوسيلة مسبقة قبل البدء في الدعوى، وجعلت الاستفادة منها مجانية.

غير انه وتبعا للنتائج المتوصل إليها كانت هزيلة نظرا لعدة عوامل منها انعدام الوقت الكافي للقضاة من اجل إجراء الوساطة، وبناءا عليه تم اللجوء إلى تنظيم قانوني للوساطة بموجب المواد 1-131 إلى غاية المادة 15-131 من قانون الإجراءات المدنية رقم 95-125 قانون 8 فيفري 1995 وبهذا أصبح للقاضي إمكانية تعيين وسيط كلما حصل على موافقة الأطراف بشان اللجوء إلى هذه الآلية، التي يمكن أن تكون موضوعا للتطبيق على مختلف أنواع المنازعات الأسرية[2].

ثم بعد ذلك قام المشرع الفرنسي بإصدار قانون منظم للوساطة الأسرية بشكل صريح تضمنه القانون المدني رقم 02-305 المؤرخ في 4 مارس 2002، والذي دخل حيز التنفيذ سنة 2003، ونص في مادته الثانية بان الوساطة الأسرية هي المسار لإدارة النزاع العائلي، ولا سيما في حالة انفصام العلاقة الزوجية، وهذه الوساطة تتم من طرف محايد او وسيط عائلي، تتم بطريقة سرية من اجل مساعدة الإطراف في إيجاد حل للمنازعات القائمة[3].

ثالثا: الوساطة في التشريع الكندي.

يرجع تأسيس الوساطة الأسرية في كندا الى نهاية السبعينيات، وتم اقتباسه من النموذج الأمريكي، و يعتبر الكيبك من المناطق النشيطة في هذه الآلية بعد أن إحاطتها بتنظيم قانوني دقيق في إطار قانون الإجراءات المدنية، إلى جانب ما تضمنه "**دليل المعايير العلمية في ميدان الوساطة**

1 سلافة احمد عبد القادر صوالحة، مرجع سابق، ص 72.

2 عبد الحق حنان، مرجع سابق، ص199.

3 سلافة احمد عبد القادر صوالحة، مرجع سابق، ص 78.

الأسرية"، من مبادئ وأسس ترتبط بسلوك الوسطاء، وقد تم اعتماد هذا الدليل من قبل لجنة المؤسسات المكلفة بمنح الاعتماد في مجال الوساطة الأسرية،

وبتاريخ 1993/09/10 تم تعديل قانون الإجراءات المدنية لينص على إجبارية اللجوء إلى الوساطة قبل اللجوء إلى المحكمة الأسرية، وتم دخول الوساطة الأسرية حيز التنفيذ بتاريخ 1997/09/01 و أضحى منذ ذلك التاريخ مرجع للمحاكم كلما تعلق الأمر بتقييم صحة بعض الممارسات الخاصة بالوساطة[1].

وتشير الإحصائيات في هذا الشأن إلى أن نسبة القضايا التي تنتهي بالصلح بلغت نسبة 75%[2]، ويتيح البرنامج التخفيف من حدّة النزاعات بين الزوجيْن في المسائل المتعلقة بحضانة الأطفال المشترَكين وإعالتهم وحقّ الزيارة وتقاسم الممتلكات، ويقترح البرنامج جلسات مجانية للأشخاص وبموجب قواعد البرنامج يحصل الزوجان على خمس ساعات من الوساطة في حالة الانفصال، وعلى ساعتيْن ونصف من الوساطة لطلب مراجعة حكمٍ أو تفاهمٍ أو إذا كان الزوجان السابقان قد استفادا في وقت سابق من خدمات الوساطة الأسرية، ويتم تمويلها عن طريق صناديق عمومية[3].

وفي سنة 2021 تم توسيع مجال الوساطة الأسرية بموجب مشروع تجريبي، لتشمل الزوجيْن اللذيْن ينفصلان عن بعضهما في مقاطعة كيبيك وليس لديهما أيّ ولد مُعال الحصولُ على وساطة أسرية بموجب مشروع تجريبي وضعته وزارة العدل في المقاطعة. ويمكن الاستفادة من هذه الخدمة ابتداءً من شباط (فبراير) 2021 ولغاية 30 حزيران (يونيو) 2022، كما صرح به وزير العدل والمُدّعي العام سيمون جولان باريت، ويقدّم المشروع التجريبي ثلاث ساعات مجانية من الوساطة الأسرية للزوجيْن المنفصليْن اللذيْن ليس لديهما أيّ ولد مشترك أو أنّ أولادهما المشتركين لم يعودوا مُعالين، ويهدف المشروع لتشجيع الأزواج الذين ينفصلون عن بعضهم على تسوية المسائل المتصلة بتقاسم

1عبد الحق حنان، مرجع سابق، ص 214.

2 اسماعيل اوبلعيد، الطرق البديلة لتسوية المنازعات ، الطبعة 1، طوب بريس، الرباط المملكة المغربية، سنة 2015، ص235.

3فادي الهاروني، تصريح لراديو كندا الدولي ،تاريخ النشر :الخميس 29 أكتوبر، 2020، تاريخ الاطلاع 2022/09/14، متاح على الرابط: https://www.rcinet.ca/ar

الممتلكات بشكلٍ ودّي، واثبت استطلاعاً أُجري عام 2017 لحساب وزارة العدل أظهر أنّ 84% من الأهل عقدوا تفاهماً مع شريك حياتهم السابق عن طريق عملية الوساطة الأسرية[1].

بالإضافة إلى سبب مجانية اللجوء إلى الوساطة الأسرية يوجد أسباب أخرى أدت إلى نجاح الوساطة الأسرية منها قانون مهنة المحاماة الذي يلزم المحامي بتوجيه وإخبار الزبائن بوجود الوساطة الأسرية وشرح مدى أهميتها، مما يجعل المحامين يبذلون جهودهم إلى توجيه الأطراف إلى العدالة التصالحية، ويمكن تلخيص العوامل التي أدت إلى نجاح الوساطة الأسرية في كندا في النقاط الآتية[2]:

- تضمين قانون الإجراءات المدنية الكندي قانون دقيق ينظم الوساطة الأسرية.

- إعداد دليل المعايير العملية في ميدان الوساطة الأسرية من قبل لجان مكلفة بمنح الاعتماد في مجال الوساطة الأسرية.

- الطابع المجاني للوساطة الأسرية، حيث يتم تمويلها عن طريق صناديق عمومية توفر للأطراف الاستفادة من حصص إرشادية..

- الرقابة القضائية على الوساطة الأسرية للتأكد من مراعاة مصالح الأطفال وحقوقهم، وكذا تطابق إرادة الأطراف في الاتفاق المنهي للنزاع.

- القانون المنظم للمحاماة في كندا يلزم المحامين بتوجيه زبائنهم إلى سلوك طريق الوساطة الأسرية لأهميتها وقلة تكلفتها.

- سعي المشرع الكندي بمنطقة الكيبك إلى توسيع الوساطة الأسرية بموجب قوانين تجريبية للوساطة الأسرية من اجل المساهمة في التخفيف من حدة النزاعات بين الأزواج الذين يعيشون حالة انفصال أو طلاق، إضافة إلى أنها تُعزّز النقاش والاحترام بين الطرفيْن.

1 فادي الهاروني، مرجع سابق.

2 عبد الحق حنان، مرجع سابق، ص216،218.

ثانيا: الوساطة في التشريعات العربية.

بعد أن أثبتت الوساطة الأسرية نجاعتها في الدول الغربية سعت الدول العربية إلى إدراج الوساطة الأسرية ضمن قوانينها الداخلية، ومنه سنأخذ على سبيل المثال الوساطة الأسرية في التشريع المصري و الفلسطيني والإمارات العربية المتحدة.

1- الوساطة الأسرية في التشريع المصري.

تعتبر مصر من أهم التجارب العربية والإسلامية في مجال تطوير المنظومة التشريعية في مجال المنازعات الأسري، بل وتعتبر أول من انشأ محكمة لقضايا الأسرة من الدول العربية، بعد ا ننادى مجلس الشورى المصري في تقريره عن تسيير إجراءات التقاضي سنة 1998 بضرورة إنشاء محاكم للأسرة، ثم جاء القانون رقم 01 لسنة 2000[1] لينظم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ونظرا لعدم كفايته لتحقيق الغايات، أصبح لزوما استحداث تشريع مستقل ينشئ محاكم للأسرة[2].

وحرصا منه في الحفاظ على الاستقرار الأسري، اخضع المنازعات الأسرية إلى التسوية الودية تسبق مرحلة التقاضي، تتولاها مكاتب تابعة لوزارة العدل، التي عهد إليها دور بالغ الأهمية الغرض منه إزالة أسباب الخلاف بين أفراد الأسرة لراب الصدع في الأسرة.

ويكون اللجوء إلى مكاتب التسوية وجوبيا قبل رفع الدعوى، ونصت المادة 5 من القانون 10 لسنة 2004 على تشكيلة المكتب الذي يظم عدد من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين، ينشا مكتب أو أكثر بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية.

كما أعقب إصدار هذا القانون مجموعة من القرارات الوزارية المتعلقة بالجوانب الإجرائية والتنفيذية من أبرزها[3]:

1 قانون رقم 10 لسنة 2004، إصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 12 تابع أمؤرخة في 2004/03/18.

2 المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون محكمة الأسرة 10 لسنة 2004.

3 موجز السياسات الأسرية، معهد الدوحة الدولي للأسرة، عضو مؤسسة قطر، يونيو 2017، ص3،2.

- قرار وزير العدل رقم 2723 سنة 2004 المتعلق بإنشاء الإدارة العامة لمكاتب تسوية منازعات الأسرة لسنة 2004.
- قرار وزير العدل رقم 2724 لسنة 2004 المتعلق بشان قواعد وإجراءات اختيار الأخصائيين.
- قرار وزير العدل رقم 4291 لسنة 2004 المتعلق بتعيين مقار محاكم الأسرة ومكاتب تسوية منازعات الأسرة.

كما أن القانون 10 لسنة 2004 جعل اللجوء الى مكاتب التسوية غير خاضع لأي رسوم، وتتم محاولة إصلاح ذات البين عن طريق مكاتب التسوية في اجل 15 يوما ولا يجوز تمديدها الا باتفاق الخصوم[1].

وبعد العمل بالقانون 10 لسنة 2004 أثار الكثير من الجدل من قبل القانونيين سواء كانوا باحثين أو ممارسين، إذ تباينت الرؤى حوله بين مؤيد للفكرة وإبقاء النص مع ضرورة تفعيله بادراك النقائص حتى يحقق الهدف المرجو منه، وبين معارض للقانون جملة وتفصيلا والدعوة إلى إلغائه[2]، وذهب جانب أخر إلى ابعد من ذلك واعتبر إلزامية اللجوء إلى مكاتب التسوية ما هو إلا مضيعة للوقت وإجهاد الخصوم ويتنافى مع مبدأ سرعة الفصل في المنازعات[3]

2 - الوساطة الأسرية في التشريع الفلسطيني.

اتجه المشرع الفلسطيني إلى تكريس الوساطة الأسرية مرورا بعدة مراحل لتنظيم أحكامه وأنشئت مراكز ودوائر لها تتمثل في:

1 المواد 7، 9،7 من القانون 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء مكاتب الأسرة المصرية.

2 شيماء القرنشاوي، تسوية النزاعات الأسرية، خبراء في مهمة إنسانية، جريدة المصري اليوم، مصر بتاريخ 2018/12/07 متاح على موقع الجريدة https://www.almasryalyoum.com/new .

3 احمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الأسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلق عليه بحكام محكمة النقض والدستورية العليا، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2008، ص153.

أ- المركز الفلسطيني للمساعد عل حل النزاعات المجتمعية.

وهو عبارة عن مؤسسة غير حكومية تأسست في غزة منذ سنة1998، عملت على محاولة التغيير بالطرق السلمية ومن أهدافه حماية الأسرة وتطوير أساليب حل المنازعات داخليا[1]،ولا يقتصر دوره عل حل النزاعات فقط، بل له دور في الإرشاد النفسي والاجتماعي للأفراد والأسر بطريقة مهنية وسرية تامة.

ويعمل المركز في توفير الوسيط الذي يكون محايدا، وتوفير المكان والزمان الملائمين لإجراء الوساطة، كما يعمل على الإرشاد بوسائل الاتصال.

ب-دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري في المحاكم الشرعية.

تم إنشاء دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري في المحاكم الشرعية في فلسطين بقرار من رئيس دولة فلسطين المرحوم ياسر عرفات، بموجب المرسوم الرئاسي الصادر بتاريخ 2004/01/03[2]، وتم تحديد الآليات لعمل هذه الدوائر من قبل قاضي القضاة، والتي من بينها بذل الجهد للإصلاح بين المتخاصمين وله كافة الصلاحيات في طلب المساعدة ممن له تأثير على الطرفين.

وفي بداية عمل دوائر الإرشاد لم تلق اهتماما كبير من قبل القضاة ونظرا لقلة القضايا المحولة للدائرة، مما جعل بقاضي القضاة إلى إصدار قرار يتضمن وجوبية مرور المنازعات الأسرية إلى دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري قبل قيد الدعوى، وقد ساهمت هذه الدوائر في خفض نسبة الطلاق في فلسطين إلى غاية 17% سنة 2005[3].

وساهمت دائرة الإرشاد بشكل كبير في الحد من المنازعات الأسرية، وتخفيف العبئ على المحاكم، بل اعتبرت عيادة نفسيه للأزواج من خلال الخدمات التي يقدمها ورفت التحدي تحت شعار التراضي

1 وائل طلال سكيك، مرجع سابق،ص 117.

2 مركز المعلومات الوطني الفلسطيني، وفاء، متاح على الرابط https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id .

3 احمد محمود ابو هشهش، مرجع سابق، ص248.

قبل التقاضي[1]، وأكثر من ذلك أصبح الإرشاد الأسري من التخصصات التي تدرس في الجامعات الفلسطينية عبر كافة الأطوار، وهو ما يوحي السعي إلى التكوين المعمق للمرشدين باعتبارهم وسطاء في المنازعات الأسرية.

2- الوساطة الأسرية في تشريع الإمارات العربية المتحدة.

تعتبر تجربة دبي في التوجيه والإصلاح الأسري عن طريق مكاتب التوجيه الأسري، من التجارب الرائدة في مجال الوساطة الأسرية على مستوى العالم العربي والإسلامي[2]، وذلك من خلال النجاحات المحققة من قبل لجان التوجيه الأسري.

وترجع فكرة إنشاء مراكز التوجيه الأسرية إلى المؤشرات الحيوية والتي أظهرت وجود ارتفاع ملحوظ في نسبة الطلاق، ووجود المفاهيم الخاطئة في طبيعة العلاقات الزوجية التي أثرت سلبا على الحياة الزوجية[3]، فظهرت النزاعات الأسرية وبرز التفكك الأسري، على اثر ذلك جاءت فكرة إنشاء مكاتب التوجيه الأسري في محاكم لدولة، كما أن مفهوم الإرشاد الأسري يعتبر من المفاهيم الحديثة في المجتمعات العربية كالكويت والأردن ومصر، فاعتمد دولة الإمارات على هذه التجارب بالإضافة إلى البحوث الأكاديمية اللذان كان لهما الدور الكبير في إنشاء هذه المكاتب[4].

وتم النص على إنشاء مكاتب التوجيه الأسري في نص المادة 16 من القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005المتعلق بشان الأحوال الشخصية[5]، وبموجبه أصبح كأصل عام عرض المنازعات الأسرية على

1 سلافة صوالحة، مديرة دائرة الرشاد والإصلاح الأسري ،تصريح تلفزيوني بتاريخ 2017/03/12، اطلع عليه بتاريخ 2022/03/22، الساعة 22:20.

2 سلافة احمد عبد القادر صوالحة، **دوردائرة الإرشاد والإصلاح الأسري التابعة للمحاكم الشرعية في الضفة الغربية في الحفاظ على الأسرة الفلسطينية من التفكك ومنح المرأة حقوقها القانونية من وجهة نظر العاملين في الدائرة**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، سنة 2017، ص66.

3 إبراهيم إسماعيل الباسي، وآخرون،تجربة دولة الإمارات العربية في الإرشاد الأسري، المجلس الاستشاري الأسري بدولة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2013 متاح على الرابط https://uafcc.com .

4 إبراهيم إسماعيل الباسي، وآخرون، مرجع سابق.

5 قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، صادر بتاريخ 2005/11/19، في شان الأحوال الشخصية المعدل والمتمم بالقانون رقم 2020/09/29 متاح على موقع وزارة العدل https://u.ae/ar-ae .

لجنة التوجيه الأسري شرطا لقبول الدعوى والتي نصت "**على لا تقبل الدعوى أمام المحكمة في مسائل الأحوال الشخصية، إلا بعد عرضها على لجنة التوجيه الأسري...**".

ومهام هذه اللجنة متعددة والتي من بينها محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين في حالة وجود منازع من اجل حل الرابطة الزوجية، بل أكثر من ذلك لها دور في الإرشاد الأسري فيما بعد الطلاق، كالحضانة والنفقة وحق الزيارة.

ومن اجل تطوير عمل لجنة التوجيه الأسري تم تعديل النص عدة مرات وذلك من اجل سد النقائص وإعطاء إستراتيجية جديدة لعمل هذه اللجنة، عن طريق قرارات وزارية صادرة عن وزير العدل والشؤون الإسلامية، وأبرزها قرار وزير العدل رقم 554 لسنة 2021 بشان لائحة التوجيه الأسري وتم إعادة الهيكل التنظيمي لهذه اللجنة وأصبحت مركز للإصلاح والتوجيه الأسري، وهذا الأخير يتشكل من لجان وتخضع لإشراف القاضي[1]، وتم تحديد الشروط المتعلقة بالموجه الأسري، وكذا تحديد المهام المسندة إليه.

وتعتبر إمارة دبي السباقة في إنشاء مجال التوجيه الأسري في دولة الإمارات، وذلك بإنشاء قسم التوجيه والإصلاح الأسري بدائرة محاكم دبي سنة2000، والذي كان لها الدور الكبير في خفض نسبة الطلاق[2] من 36% إلى 24%، وكان له أيضا دور كبير في الحفاظ على الاستقرار الأسري نظرا لتميزها بالشمولية والابتكارية، وأصبح التوجيه الأسري من النظام العام[3].

وتنفرد هذه التجربة بتوسع اختصاصاته إذ أصبح له دور في إبرام الاتفاقات القابلة للتنفيذ الفوري، بل أصبح لا يقتصر على المسلين فقط بل يقوم بخدمات لجميع المواطنين بغض النظر عن معتقداتهم، وذلك بعد إبرام الاتفاقيات مع الكنائس، كما أنها وفرت كافة الوسائل سينا منها مواقع خاصة على شبكة الانترانت وتطبيقات خاصة، وأصبح التوجيه الأسري الكترونيا مرتبط مباشرة مع المحاكم.

1 قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية رقم 554 لسنة 2021، بشان لائحة التوجيه الأسري، بتاريخ 2021/09/26، الجريدة الرسمية، السنة 51، العدد 712.

2 إبراهيم إسماعيل ألباسي، وآخرون، مرجع سابق.

3 إدارة الحلول البديلة لفض النزاعات ، قسم التوجيه الأسري، كتيب برنامج التوجيه الأسري، ص4.

وقامت بتوسيع عمل الموجه الأسري وأصبح يقوم بهمه حتى في مراكز الشرطة، وسعت إلى تطوير الكفاءات والمهارات للموجه الأسري من خلال الدورات التكوينية، وإبرام عقود شراكة مع المؤسسات ذات الصلة بالتوجيه الأسري، وتعدى ذلك إلى منح التراخيص لفتح مراكز الإرشاد الأسري للخواص كالمجلس الاستشاري الأسري[1].

وبعد الإلمام بالإطار المفاهيمي للوساطة الأسرية واهم المميزات التي تمتاز بها والتي تجعل منها مبررا لإدراجها في حل المنازعات الأسرية، والتطرق إلى الوساطة في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة التي أثبتت نجاحها في حل العديد من المنازعات واستندت عليها العديد من التشريعات باعتبارها تجارب ونرى انه على المشرع الجزائري السعي أيضا على غرار التشريعات العالمية إلىأدراج وسيلة الوساطة في حل المنازعات الأسرية لاسيما منها المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية.

ومن اجل إدراج الوساطة فحري بنا إبراز الكيفيات والآليات التي يكمن على أساسها استناد قاضي شؤون الأسرة عليها لحل المنازعات الأسرية وعلى وجه الخصوص تلك المتعلقة بحل الرابطة الزوجية وهو موضع المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

آليات إدراج الوساطة الأسرة في التشريع الجزائري

اثبت الواقع أن وسيلة الصلح لم تثبت نجاعتها إذ لا يتراوح معدل القضايا التي تم الصلح فيها معدل 30 % كحد أقصى، وبالنسبة لوسيلة التحكيم لم يوجد لها أي تطبيق في الواقع، ومنه ظهر اتجاه فقهي وعملي إلى الحث على ضرورة إدراج الوساطة الأسرية لتدعيم الوسائل المتاح ونادى هذا الاتجاه إلى تقنينها ووضع القواعد المنضمة لها وهو ما نتناوله في المطلب الأول الذي يكون بعنوان الإطار القانوني للوساطة الأسرية، كما انه لابد من وضع التنظيم الهيكلي والأجهزة التي تشرف عليها وهو عنوان المطلب الثاني

1 المركز الاستشاري الأسري منظمة غير حكومية تم إصدار الترخيص الرسمي لها من الولايات الأمريكية المتحدة لها شخصية اعتبارية, وفقاً للقانون الأمريكي وتتمتع بتصريح رسمي رقم 8988386 وتاريخ 2014م، كما انه عضو معتمد في منظمة الأسرة العربية التابعة لجامعة الدول العربية ، وعضو الرابطة الدولية للجهود التطوعية في المجال الأسري وبتفويض مباشر لمركز ايدياز للاستشارات والتنظيم لإدارة العمل في الدول العربية كافة. وللاطلاع أكثر على هذه الهيئة متاح على موقعه https://uafcc.com

المطلب الأول

الإطار القانوني للوساطة الأسرية

إن التمعن في النصوص القانونية الحالية سواء تلك المدرجة بقانون الأسرة او تلك بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وحتى المواد التي تتضمنها بعض القوانين الخاصة، يتضح انه يمكن الاعتماد عليها لتفعيل الوساطة لحل المنازعات الأسرية على الأقل ويتمثل أساسا في نص المادة 425 من ق.إ.م.إفي الوقت الراهن وهو ما نتناوله في الفرع الأول،وهذا لا يكفي لوحد كون أن إدراج الوساطة الأسرية لا بد أن يكون بتعديل النصوص القانونية الموضوعية والإجرائية منها من اجل تفعيل الوساطة الأسرية مع إثرائها بنصوص جديدة وهو ما سنتناوله في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تفعيل الوساطة الأسرية استنادا على نص المادة 425 من ق.إ.م.إ

يمكن أن يطرح التساؤل حول إمكانية لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى الوساطة الأسرية بما هو متاح من نصوص تشريعة؟، وإجابة على التساؤل نرى انه يمكن ذلك كون أن المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية منح للقاضي سلطات واسعة خاصة ما تعلق منها بإجراءات التحقيق واتخاذ التدابير المناسبة، وعزز بذلك دور القاضي في الخصومة وأصبح له دوور ايجابي في تسيير إجراءات الخصومة وهذا بصفة عامة.

وبصفة خاصة استحدث المشرع الجزائري من خلال ق.إ.م.إ نصوص قانونية منحت لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة للوصول إلى حقيقة النزاع قبل الفصل في موضوعه[1]، وعلى وجه الخصوص تلك الإجراءات الخاصة بالدعاوى الرامية لحل الرابطة الزوجية، وكما سبق لنا تناول ذلك في الباب الأول من البحث وشرحنا إجراءات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة، بتحليل النصوص ذات الصلة منها المادتين 450 و 451 من ق.إ.م.إ، كما أن المشرع استحدث إجراءات وأساليب خص بها قسم شؤون الأسرة يتمثل في نص المادة 425 والتي نصت على" **يمارس رئيس قسم**

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص246.

شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.

ينتهي التحقيق بتقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة.

يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد.

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح"

ويستشف من النص أن المشرع الجزائري منح لقاضي شؤون الأسرة صلاحية الاستعانة بإجراء الاستشارة، كما انه يمكن اللجوء إليه حتى أثناء إجراءات الصلح، وهو ما يجعل بنا طرح التساؤلات من بينها: ما المقصود بالاستشارة؟ وكيف يمكن من خلالها تفعيل الوساطة للصلح بين الزوجين؟

سنحاول قدر الإمكان الإجابة على التساؤلات لتوضيح الفكرة بقدر من التحليل لتبريرها واعتبار نص المادة 425 من ق.إ.م.إ نقطة البداية لتفعيل الوساطة الأسرية بما هو متاح إلى غاية إدراجها بشكل صريح ومنظم في الدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة، وبذلك يتم تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة بالحد من المنازعات الأسرية خاصة تلك المتعلقة بحل الرابطة الزوجية.

أولا: مقومات الوساطة الأسرية ضمن نص المادة 425 من ق.إ.م.إ.

بعد ظهور نص 425 من ق.إ.م.إ تطرق بعض الباحثين إلى النص، ولم يسلم من النقد واعتبر بعض الباحثين[1] أن أدراج المشرع الجزائري اللجوء إلى الاستشارة في إطار إجراءات التحقيق ما هو إلا تزيد فقط، كون أن قاضي شؤون الأسرة يعتمد في كل أعماله التي يتلقى بشأنها صعوبات استشارة أهل العلم وذوي الرأي، من اجل أن يصدر حكمه بناءا على يقين، كما ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الاستشارة تكون شفاهة لأنه يتم اللجوء إليها عندما لا تكون المسالة المعروضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة انه لا يستطيع الفصل فيها إلا بالتحقيق المعمق، أما إذا استعصى عليه الأمر إلى درجة استصدار أمر كتابي، فانه يلجا إلى طريق أخر من طرق التحقيق كالخبرة مثلا، كما أن القاضي في إطار ممارسة عمله دائما يستشير زملاءه القضاة أو غيرهم كالأطباء مثلا.

1 بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص19.

غير أننا نرى عكس ذلك تماما ونعتبر نص المادة مكسبا لقاضي شؤون الأسرة لتعزيز الصلاحيات الممنوحة له، ذلك أن المشرع الجزائري نص في العديد من المواد في ق.إ.م.إ على سلطات القاضي في اتخاذ إجراءات التحقيق نذكر منها نص المادة 28 التي أجازت للقاضي في إطار سلطاته أن يتخذ أي إجراء من إجراءات التحقيق الجائزة قانونا، وجاء هذه المادة بصفة عامة، ثم جاءت المواد من 75 وما يلها في قسم تحت عنوان أحكام عامة ضمن الفصل الثاني المعنون بإجراءات التحقيق وتضمنت أحكام جواز اللجوء إلى التحقيق الذي يكون إما تلقائيا من القاضي أو بطلب من الخصوم، وان يصدر أمره في إجراء التحقيق شفاهة او كتابة، كما حددت هذه المواد وسائل التحقيق كالخبرة أو الانتقال للمعاينة، والإنابة القضائية.

أما بخصوص نص المادة 425 من ق.إ.م.إ فإنها أجازت لقاضي شؤون الأسرة أن يأمر في إطار التحقيق ضمن الصلاحيات المخولة له قانونا، وحددت وسائل ذلك بان يكون عن طريق مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير وهما وسيلتين ذكرهما المشرع على سبيل المثال، كون ان النص مكنه من اللجوء إلىأي مصلحة مختصة في الموضوع، وبذلك يكون المشرع قد فتح الباب الواسع لقاضي شؤون الأسرة اللجوء الى كل من يرى فائدة منه لفهم وتقصي حقيقة الموضوع.

وبمقارنة نص المادة 425 من ق.إ.م.إ التي تجيز لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى التحقيق نجدها تختلف عن النصوص الأخرى من نفس القانون التي سبق الإشارة إليها، ذلك أن نص المادة 425 من ق.إ.م.إ حصرت اللجوء إلى التحقيق بان يكون الغرض منه الاستشارة، كما أن النص منح لقاضي شؤون الأسرة اللجوء إلى الاستشارة حتى أثناء إجراءات الصلح.

كما أن الاستشارة كإجراء من إجراءات التحقيق خص بها المشرع الجزائري صلاحيات قاضي شؤون الأسرة دون سواه من قضاة الأقسام الأخرى، ذلك أن مصطلح الاستشارة ورد في نص المادة 425 من ق.إ.م.إ فقط، وهو ما إجراء استحدثه المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونصت المادة 425 من ق.إ.م.إ في فقرتها الثانية على "**... ينتهي التحقيق بتقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة...**"، ويستشف من النص أن المشرع الجزائري أطلق مصطلح "**المحقق**" على من يقوم بالاستشارة، كما أن التحقيق الذي يقوم به ينتهي بتقرير يتضمن

كافة الإجراءات والمعاينات، ويتضمن مضمون التقرير بخلاصة تتضمن الحلول المقترحة من قبل المحقق.

وجاء في الفقرة الثالثة من المادة 425 من ق.إ.م.إ انه يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح، والصلح يكون فقط في دعاوى حل الرابطة الزوجية، ومن هذا المنطلق يمكن الاستناد على النص وتفعليه بشكل يعزز دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجية، ومعرفة الأسباب الحقيقية التيأدتإلى ظهور النزاع وإيجاد الحلول، خاصة كما اشرنا إليه سابقا انه في الغالب لا يتم الإفصاح عن الأسباب الحقيقية في العرائض والمذكرات الجوابية، ويتيح نص المادة 425 من ق.إ.م.إ إمكانية اعتباره سند قانوني للوساطة الأسرية، وذلك لتوفر شروطها والمتمثلة في :

- وجود منازعة بين الزوجين: ويكمن ذلك في أن المشرع أتاح إمكانية اللجوء إلى الاستشارة أثناء إجراءات الصلح، وإجراءات الصلح تكون في الدعاوى الرامية إلى حل الرابطة الزوجية تحديدا كما أن نص المادة 425 من ق.إ.م.إ أدرج ضمن المواد الخاصة بقسم شؤون الأسرة.

- اللجوء إلى الاستشارة يكون بتعيين طرف ثالث بين الزوجين، والذي يكون أما مساعد اجتماعي، أو طبيب خبير وذكرا على سبيل المثال، ثم وسع المشرع من دائرة هذا الطرف بعبارة مصلحة مختصة والتي تتضمن العديد والكثير من المصالح وكذا الاختصاصات.

- أن مهمة الطرف الثالث هي التحقيق في الموضوع، وهي احد مهام الوسيط، كما أن المشرع منح المحقق بعد القيام بالاستشارة اقتراح الحلول وهي أيضا من المهامالأساسية للوسيط.

ولتوضيح الفكرة أكثر نتناول وسائل الاستشارة التي تضمنتها نص المادة 425 من ق.إ.م.إ وكيف يمكن أن يكون المحقق وسيطا لمحاولة الإصلاح بين الزوجين.

ثانيا: الاستشارة عن طريق المساعدة الاجتماعية.

لم يكن معمولا بإجراءات المساعدة الاجتماعية، إلا أمام قضاء الأحداث أي في المواد الجزائية، إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة 425 من ق.إ.م.إ اللجوء إلى هذا الإجراء وجعله جوازيا بالنسبة للقاضي[1].

وعرفت بالمساعدة الاجتماعية بأنها" **تلك الخدمات المادية والمعنوية ذات الصبغة الإنسانية، وكل المجهودات المنظمة التي تقدم إلى من يحتاجها من الأفراد والجماعات والمجتمعات، في مؤسسات او هيئات بواسطة أشخاص مهنيين معدين إعدادا نظريا وعلميا للقيام بالمسؤوليات المطلوبة منهم**"[2].

والمساعدة الاجتماعية مصلحة تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي 08-228[3] ونصت المادة 2 منه على أن مصلحة المساعدة الاجتماعية الاستعجالية المتنقلة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويتبين من خلال نصوص المرسوم انه لها دور كبير في المساهمة في استقرار الأسرة من خلال المهام المسندة إليها التي منها القانون وجعلها تحت إشراف القضاء، ويمكن الاستناد عليها في إدارة الوساطة بين الزوجين،

وبالموازة تم استحداث القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتضامن الوطني بموجب المرسوم التنفيذي 09-353[4] وتضمن الباب الخامس منه على الأحكام المطبقة على شعبة المساعدة والوساطة الاجتماعية، ويتضمن سلكين:

سلك المساعدين الاجتماعيين

سلك الوسطاء الاجتماعيين.

---

1 بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص250،251.

2 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص 136.

3 مرسوم تنفيذي مرسوم تنفيذي رقم 08-228 ممضي في 15 يوليو 2008،يتضمن إنشاء مصلحة المساعدة الاجتماعية الاستعجالية المتنقلة وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 20 يوليو 2008

4 مرسوم تنفيذي 09-353، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتضامن الوطني، مؤرخ في 08 نوفمبر 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 64، مؤرخة في 8 نوفمبر 2009.

وحددت المادة 120 من المرسوم المهام المسندة للمساعد الاجتماعي والتي نصت على"**يكلف المساعدون الاجتماعيون بالقيام بجميع المساعي الاجتماعية و الإدارية التي من شأنها أن تساهم في الاندماج الاجتماعي و/أو المهني للأطفال المحرومين من العائلة والأشخاص المعوقين جسديا المعوقين ذهنيا والشباب فيوضع صعب وكذا الأشخاص.المسنين**

ويكلفون بهذه الصفة على الخصوص بما يأتي :

-القيام بأي تحقيق اجتماعي أو مسعى إداري لقبول الأشخاص المذكورين أعلاه بالمؤسسات المتخصصة أو لإبقائهم بالسكن و كذا لوضعهم في الوسط العائلي.

-مساعدة و إعانة كل شخص في وضع اجتماعي صعب و دعمه.

-السهر على تقدم المساعدة والحماية الاجتماعية للمقيمين بالمؤسسة.

-إعلام الأشخاص الذين هم في وضع اجتماعي صعب بحقوقهم في مختلف الخدمات لدى هياكل التكفل حسب احتياجاتهم.

-المساهمة في إعادة الاندماج الاجتماعي والمهني للأشخاص الذين هم في سن العمل.

-التبليغ عن الأشخاص الذين هم في وضع صعب.

-المشاركة في الأبحاث ذات الطابع الاجتماعي.

وأضافت كل من المادتين 121 و122 على مهام أخرى إذ نصت المادة121 "**زيادة على المهام المنوطة بالمساعدين الاجتماعيين يكلف المساعدون الاجتماعيون الرئيسيون على الخصوص يأتي:**

-المشاركة في تحسين شروط حياة الأشخاص المتكفل بهم.

-المشاركة في نشاطات التنمية الاجتماعية وفي تنفيذ البرامج الاجتماعية".

المادة 122 "زيادة على المهام المنوطة بالمساعدين الاجتماعيين الرئيسيين يكلف المساعدون الاجتماعيون الرؤساء على الخصوص بما يأتي :

-تقييم أوضاع الأشخاص في وضع صعب و اقتراح الحلول المناسبة

-اقتراح أي إجراء من شأنه تحسين التكفل الاجتماعي بالأشخاص في وضع صعب".

ومن خلال استقراء هذه النصوص يمكن لقاضي شؤون الأسرة الاستناد عليها في إطار الاستشارة بموجب نص المادة 425 من اجل تعيين المساعد الاجتماعي واعتباره وسيطا بين الزوجين وذلك من اجل محاولة معرفة الأسباب التي أدت إلى نشوء النزاع بين الزوجين، واقتراح الحلول المناسبة لذلك مثل ما ذهب إليه المشرع المصري .

فالمشرع المصري بموجب القانون 10 لسنة 2004 ادخل نظاما جديدا في جميع منازعات الأحوال الشخصية، إذ يجيز للمحكمة أن تستعين بأخصائي اجتماعي لإعداد تقرير عن المنازعة المعروضة، وتحدد اجل لانجازه بمدة أسبوعين، وتعتمد المحكمة على هذا التقرير في معرفة طبيعة الخلاف، وحالة أطراف الخصومة، ليبني حكمه بناءا على ما يصوره الأخصائي الاجتماعي من خلال الواقع.

كما ذهب المشرع المصري إلى تحديد بعض الدعاوى التي يكون فيها حضور الخبيرين وجوبيا ، وهو ما جاءت به المادة 11 والمتمثلة في دعاوى التطليق و التفريق الجسماني والفسخ وبطلان الزواج...

وفي المقابل منح المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة صلاحية واسعة لقضاء الأسرة، من خلال نص المادة 82 التي تتيح للقاضي انتداب المساعدة الاجتماعية، للقيام بدور الوساطة والمصالحة الأسرية من اجل إعادة الدفء إلى الحياة الزوجية، وهو ما جل الجانب العملي يولي أهمية للدور الذي تؤديه المساعدة الاجتماعية[1] في مجال الصلح بين الزوجين، ونظرا لهذا النجاح تم السعي من قبل وزارة العدل من اجل توظيف أفواج من المساعدين الاجتماعيين، بعد خضوعهم للتدريب والتكوين النظري بالمعهد العالي للقضاء، والجانب التطبيقي يكون في المحاكم الكبرى، وتم تعميم الفكرة إلى أن مست كافة المحاكم الأخرى[2].

وبعد عرضنا للتجارب في التشريعات المماثلة، فانه بإمكان قاضي شؤون الأسرة اعتمادا على نص المادة 425 من ق.إ.م.إ واعتبار المساعد الاجتماعي وسيطا بين الزوجين عن طريق الاستشارة، خاصة إذا تعلق الأمر بسبب الحالات المشار إليها في النصوص السابقة في المرسوم التنفيذي 09-353،

1 بن كعبة عمارية، مرجع سابق، ص137.

2 مرجع نفسه، ص137، 138.

كان يكون سبب الخلاف والنزاع بين الزوجين اجتماعي كالبطالة مثلا[1]، وكمثال أخر أن يكون سبب النزاع الخلافات التي تحصل عادة بين الزوجين بسبب أهل الزوج، كان يكون والدي الزوجين من الأشخاص المسنين،ويكون مسكن الزوجية عند أهل الزوج،أوإذا كان سبب الخلاف وجود أبناء معاقين.

تتيح نص المادة 425 للمساعد الاجتماعي إجراء المعاينات ويكون ذلك المعاينة والتي تكون بالانتقال إلى مسكن الزوجية، كما يمكن له أن يحاول الإصلاح بين الزوجين وتقريب وجهات النظر لاسيما انه يتمتع بتكوين متخصص، ويحاول تقريب وجهات النظر بين الزوجين، وله أن يدرج الحلول التي يقترحها في التقرير الذي يعده، ولقاضي شؤون الأسرة الاستناد عليه في محاولة الصلح التي يجريها بنفسه.

ثالثا: الاستشارة عن طريق طبيب خبير.

نص المشرع الجزائري في المادة 425 من ق.إ.م.إ على إمكانية لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى إجراء الاستشارة بواسطة طبيب خبير، في إطار التحقيق، ويطلق عليها استشارة طبية حسب ما يوحي إليه النص، وليس خبرة طبية بمفهومها الواسع، أي بمعنى أن الاستشارة الطبية تكون بسيطة من حيث الإجراءات ومن حيث موضوعها مقارنة بالخبرة الطبية.

كما يمكن لقاضي شؤون الأسرة تعيين طبيب نفسي، ويدخل ذلك ضمن صلاحياته رغم ان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة[2]، ويمكنه ذلك استنادا على نص المادة 425 من ق.إم.إ التي تقتضي أحكامه اللجوء إلى مصلحة مختصة، ففي حالات كثيرة يكون سبب الخلاف بين الزوجين يرجع إلى عوامل نفسية سواء كانت لصيقة بالزوج أو الزوجة أو كلاهما، مما تؤثر على العلاقة الزوجية واستقرارها وتؤدي إلى ظهور نزاعات وخلافات تكون نتيجتها رفع دعوى من اجل حل الرابطة الزوجية، ويمكن لقاضي شؤون الأسرة اكتشافها من خلال ملف الدعوى أو من خلال جلسات الصلح التي يجريها ويستمع من خلالها إلى الزوجين،ى فله في هذه الحالة أن يلجا إلى التحقيق عن طريق الاستشارة توكل إلى طبيب نفسي.

1 بوسيبان خديجة، مرجع سابق، ص19.

2 مرجع نفسه، ص 37، أيضا: بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص249.

فإذا ما فرضنها أن عين قاضي شؤون الأسرة طبيب نفسي ففي هذه الحالة يكون المحقق كما أطلق عليه المشرع الجزائري دور مزدوج؛فعند قيامه بإجراءات الاستشارة يكون ذلك بالانتقال إلى بيت الزوجية والمعاينة تكون بالاستماع إلى الزوجين،وله دور لمعرفة الأسباب التي أدت إلى ظهور الأزمات النفسية إن صح التعبير، وله أن يبحث في المرض النفسي وطريقة العلاج التي تتطلب في الغالب جلسات عيادية، ويمكن تجاوزها ويمكن للطبيب النفسي اقتراح الحلول المناسبة للزوجين من اجل استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين، ويمكن أن يضمن ذلك في التقرير الذي يعده ولقاضي شؤون الأسرة الاعتماد عليه في محاولة الصلح التي يجريها.

رابعا:الاستشارة عن طريق المصالح الأخرى.

نص المشرع الجزائري ضمن المادة 425 من ق.إ.م.إ على إمكانية لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى التحقيق عن طريق الاستشارة عن طريق مصلحة مختصة، وأضافت المادة انه يمكن اللجوء إليها في أيوقت وحتى أثناء إجراءات الصلح، وبهذا يكون قد منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة المجال الواسع والذي لا يمكن حضره في الجوانب الفنية او الطبية او الخبراء، كون ان مصطلح مصلحة مختصة مصطلح فضفاض يحتمل كافة المصالح في العديد من المجالات دون حصر .

وتعتبر هذا النص مكسبا للوساطة الأسرية كون أن المشرع فتح المجال الواسع لقاضي شؤون الأسرة في اللجوء إلى المصلحة بغرض الاستشارة أثناء جلسات الصلح.

وما يعزز فكرتنا بخصوص ذلك ما كشف عنه الجانب إذ انه وفي سابقة قضائية[1]، وبمناسبة معالجتنا لملف متعلق بمنازعة قضائية بين زوجين، والتي كان موضوعها متعلق بدعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، في بادئ الأمر أين رفع الزوج دعوى قضائية طالب من خلالها إلزام الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية المعتاد المتمثل في سكن منفرد، غير أن الزوجة في مذكرتها الجوابية دفعت برفض الطلب القضائي لعدم التأسيس، مؤسسة دفعها بان الزوج سبق وان طلقها لفظا ثلاث مرات غير متتالية دون وجود حكم قضائي يثبت ذلك، وبالتالي فهي محرمة عليه كون أن الطلاق بائن بينونة كبرى، ورغم أن الزوج دفع بعدم وجود أحكام قضائية تثبت الطلاق كما يتطلبه القانون، إلا أن لجئ قاضي شؤون

1 اعتبار أنها سابقة كون انه وفي حدود درستنا وبحثنا وممارستنا لمهنة المحاماة لم نصادف مثل هذا الإجراء من قبل قضاة شؤون الأسرة.

الأسرة إلى إجراء تحقيق مدني وحدد تاريخ وساعة إجراءه، كما قام في نفس الوقت اللجوء إلى الاستشارة بتعيين أئمة مساجد المنطقة لحضور جلسة التحقيق.

وكان لجوء قاضي شؤون الأسرة إلى تعيين أئمة المساجد لحضور جلسة التحقيق استنادا على المصلحة المختصة[1] واعتبر أئمة المساجد الادرى والأعلم في الأمور الشرعية، كما أن الزواج يتم عن طريق الأئمة في العرف الجزائري، ومن جهة أخرى فان الطلاق المدعى به من قبل الزوجة لم يتم التحقق منه كون أن الزوج لم ينكره بل دفع بعدم وجود أحكام قضائية تثبت الطلاق وكان لا بد من إجراء التحقيق.

وما يجدر بنا الإشارة إليه أن الزوج كان يرغب في حل الرابطة الزوجية، وسبب رفع دعوى الرجوع هو سعيه لاستصدار حكم يقضي بذلك لتيقنه من أن الزوجة لا ترغب في الرجوع إلى بيت الزوجية، مما يتيح له القيام بكافة الإجراءات وتعتبر الزوجة في حالة نشوز وتحميلها مسؤولية حل الرابطة الزوجية، وفي الوقت نفسه كانت الزوجة ترغب في رفع دعوى لحل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع

وبالنسبة لإجراءات التحقيق، أثناء التاريخ والساعة المحدد جرت إجراءات التحقيق بقاعة الجلسات التي كان شاغرة نظرا لضيق المكاتب بالمحكمة وحضر الزوجان وثلاثة أئمة مساجد والقاضي وكاتب الضبط، وكان لنا الحظ في حضور جلسة التحقيق، وكانت بداية التحقيق بعرض موجز لوقائع الدعوى من قبل قاضي شؤون الأسرة، ثم تم الاستماع إلى الزوجة التي صرحت بان زوجها سبق وان تلفظ بالطلاق ثلاث مرات وسردت الظروف المعاصرة لواقعة الطلاق اللفظي وبالتالي أصبحت مطلقة منه طلاقا بائنا بينونة كبرى، وبعد ذلك تم الاستماع إلى الزوج الذي صرح انه فعلا سبق وان طلق غير أن ذلك مرتين ولا يعلم إن كان قد تلفظ بها في المرة الثالثة، وأضاف انه كثير النرفزة ولا يعي ما يتلفظ به حينما يكون غاضبا.

1 المنصوص عنها في المادة 425 من ق. إ.م.إ **يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة.**

وبعد الاستماع إلى الزوجين أحال قاضي شؤون الأسرة الكلمة إلى الأئمة لإبداء الرأي في الوقائع والتي صرح بها الزوجان ومنح القاضي المجال الواسع للائمة في ذلك، وكانت البداية بطرح أسئلة للزوجين للتدقيق في الظرف التي تلفظ بها الزوج بالطلاق، والتي تبين منها أن الزوجة كانت في فترة حيض حتى وان تم التلفظ به من قبل الزوج في المرة الثالثة، واعتبار الطلاق غير واقع، مستندين في ذلك على فتوى صادرة من وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الجزائرية[1]، التي استندت فتواها على قول بعض فقهاء، الذي يعتبر الطلاق الذي يتلفظ به الزوج على الزوجة في فترة المحيض لا يقع وبالتالي إمكانية الرجعة.

وبعد الفصل في مسألة الرجعة قام الأئمة بتوجيه النصح والإرشاد للزوجين حول قدسية العلاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية وتذكيرهم بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية، وكذا سردهم للعديد من المواقف والروايات التي تحبب في استمرار العلاقة الزوجية، وتم حثهم على تجاوز الخلافات خاصة أن العلاقة الزوجية نتج عنها طفل وحيد، وكان الأئمة بمثابة وسطاء بين الزوجين، وكلل التحقيق بنجاح الأئمة والقاضي في إصلاح ذات البين بين الزوجين، وأثناء سير التحقيق تولى كاتب الضبط تحرير محضر بكافة الإجراءات وتم التوقيع عليه من قبل كافة الأطراف بما فيها الأئمة، وصدر حكم بالرجوع إلى بيت الزوجية مستندا على ما توصل إليه إجراءات التحقيق.

ومن خلال هذه التجربة والسابقة القضائية في اللجوء إلى التحقيق عن طريق الاستشارة بواسطة المصلحة المختصة والتي أثبتت فعاليتها وتم الصلح بين الزوجين وعدول كل منهما عن رغبته في حل الرابطة الزوجية نرى انه يتعين على قضاة شؤون الأسرة تفعيل نص المادة 425 من ق.إ.م.إ كل ما أتيحت الفرصة وتوفر ظروفها ويعتبر ذلك تفعيلا للوساطة الأسرية بطريقة غير مباشرة وتعزز دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية الرامية إلى حل الرابطة الزوجية.

1 الفتوى متاحة على رابط موقع وزارة الشؤون الدينية والاوقاف https://marw.dz/index.php/%D8%AD%D9%83%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%AF%D8%B9%D9%8A

الفرع الثاني

تقنين الوساطة الأسرية في التشريع الجزائري

تعد ظاهرة التفكك الأسري من الظواهر التي تفشت في جل دول العالم، وأصبحت هاجسا يهدد الاستقرار في المجتمعات، ويرجع السبب في ذلك إلى تنامي ظاهرة الطلاق والآثار الناجمة عنه مما جعلت الدول تسعى إلى وضع الآليات للحد من الظاهرة.

والجزائر كغيرها من الدول التي تفشت بها حالات الطلاق بشكل رهيب ومخيف، وأصبحت ظاهرة تؤرق المجتمع وتهدد النظام الأسري وبنائه، والأرقام التي يدلى بها من قبل المسئولين دليل على ذلك، بالإضافة إلى الإحصائيات الرسمية التي يقوم بها الديوان الوطني للإحصائيات[1]، بالإضافة إلى ما اكتشفناه من خلال الممارسة العملية وملاحظتنا للعدد الهائل للأحكام الصادرة بخصوص حل الرابطة الزوجة بكافة صورها، وما شد انتباهنا في احد الجلسات تم النطق ب67 حكم قضى بحل الرابطة الزوجية في جلسة واحدة.

والأسباب التي أدت إلى ارتفاع حالات الطلاق متعددة ومتنوعة، ومن بينها عدم فاعلية طرق ووسائل الصلح بين الزوجين في التشريع الجزائري، وحصره في الصلح الذي يقوم به القاضي أو عن طريق الحكمين -هذا الأخير ينعدم في الواقع العملي- دون سواه من الوسائل الأخرى.

ومن هذا المنطلق فانه لابد من إعادة النظر في وسائل الصلح بين الزوجين وتدعيمها بإجراءات الوساطة من اجل تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة للحد من المنازعات الأسرية، والذي يؤدي حتما إلى الاستقرار الأسري، ومنه وجب وضع النصوص القانونية والنص صراحة على إدراج الوساطة الأسرية ضمن النصوص الموضوعية (أولا) وكذا النصوص الإجرائية(ثانيا).

1 تم إنشاء المكتب الوطني للإحصاء سنة 1964 تحت اسم اللجنة الوطنية لتعداد السكان، وإجراء عدة تعديلات وتم تغيير الاسم والمهام الموكلة إليه خلال عدة سنوات، إلى أن أصبح الاسم الحالي الديوان الوطني للإحصاء ومن مهامه عمليات الإحصاء في كافة المجالات الاجتماعية من بينها الزواج والطلاق.

أولا: تقنين الوساطة الأسرية في القواعد العامة.

على المشرع الجزائري الانفتاح على التجارب الدولية وان يتدخل من خلال سن قانون واضح لإضفاء طابع الشرعية وإدراج الوساطة في المنظومة القضائية على أن يكون بشكل تدريجي[1] كنمط جديد لحل المنازعات الأسرية وتفعيل دور القاضي للحد منها، ويكمن ذلك بتعديل نص المادة 944 من ق.إ.م.إ التي استثنت صراحة استعمال الوساطة في القضايا المتعلقة بالأسرة، وهذا لوحده غير كاف لتفعيل إذ يجب تحديد الإطار القانوني الواضح لها من خلال إدراج النصوص القانونية الموضوعية وإدراجها ضمن قانون الأسرة، والنصوص الإجرائية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع النص على إحالة بعض المواد على النصوص الخاصة مثال ذلك الإحالة على القوانين المتعلقة بتعيين المساعدة الاجتماعية.

يتضح من خلال القوانين والتعديلات التي أدرجها المشرع الجزائري انه يسعى إلىإدماج الوسائل البديلة خصوصا الوساطة، ويضح جليا إرادتهإلى توسيع دائرة الأشخاص والمنازعات التي تخضع إلى الوساطة، ومن خلال القراءة الأولية لمشروع قانون تعديل الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2023 اقتراح تعديلات جوهرية في باب الوساطة وذلك من خلال إدراج قسم ثاني تحت عنوان الوساطة الاتفاقية.متضمنا ثلاثة مواد 1005 مكرر ومكرر1 ومكرر2[2].

وما يتضح من خلال المشروع ان المشرع الجزائري لا زال يحافظ على استثناء المنازعات الأسرية من إجراءات الوساطة في نص المادة 994 من ق.إ.م.إ، غير ان ما يمكن استحسانه حسب ما يفهم من مقترح إضافة المادة 1005 مكرر[3] انه أجاز للأطراف قبل عرض النزاع على القضاء اللجوء للوساطة

---

1 هداج وحيد، شامي احمد، مرجع سابق، ص601.

2مشروع تمهيدي للقانون، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09، المؤرخ في 18صفر عام 1429الموافق 25فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

3مشروع إضافة المادة 1005مكرر بان يكون نصها الأتي "**يجوز للأطراف قبل عرض النزاع على القضاء اللجوء للوساطة بغرض إيجاد حل للنزاع بطريقة ودية.**

يتولى المحامون والمساعدون القضائيون والأشخاص الطبيعية والجمعيات مهام الوسيط مع مراعاة أحكام المادتين 997و 998المذكورة أعلاه.

يمكن اللجوء للوساطة الاتفاقية في جميع المواد باستثناء القضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام.

بغرض إيجاد حل للنزاع بطريقة ودية، وهو ما عبر عنه بالوساطة الاتفاقية في عنوان القسم الثاني الوساطة الاتفاقية، ويتضح جليا خلال النص أن المشرع الجزائري أتاح للأطراف إجراء الوساطة إذا ما الاتفاق عليها، ولم يستثني المشرع الجزائري إجراء الوساطة الاتفاقية على القضايا والمنازعات الأسرية.

والأكثر من ذلك إذا ما كانت الوساطة الاتفاقية بين أفراد الأسرة الواحدة -والتي تدخل ضمنها حتما المنازعات بين الزوجية الرامية لحل الرابطة الزوجية- ويتضح ذلك من خلال النص على **في القضايا القائمة بين أفراد الأسرة الواحدة مهما كانت طبيعتها**، بل وجعلها إلزامية، ومنه نرى أن إرادة المشرع تتجه إلى إدراج الوساطة الأسرية تدريجا، وهو ما سيساهم حتما في تخفيف العبء على الجهات القضائية،خصوصا في دعاوى حل الرابطة الزوجية سواء أثناء وجود النزاع في حال التوصل إلى صلح، وحتى بعد صدور الحكم لما قد ينشئ من منازعات مختلفة مثل النزاع حول النفقة والحضانة وغيرها، وبإتاحة المشرع للمساعدين القضائيين كالمحضرين القضائيين مما قد يساهم الى حد كبير في الحد من العديد من المنازعات.

كما لا يفوتنا ما يذهب إليه المشرع الجزائري فيما يخص محضر الوساطة الاتفاقية اذ أدرج له نفس الأحكام المتعلقة بالوساطة إذ أجاز للوسيط أن يحرر محضرا يتضمن اتفاق الأطراف يوقعه مع كل الأطراف،وجعل محضر الوساطة قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي حرر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل المحضر في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمه التعجيل، كما أتاح المشرع للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل15يوما من تاريخ الرفض أمام رئيس المجلس القضائي[1].

رغم أن المشرع الجزائري يسعى إلى تفعيل الوساطة عموما والوساطة الأسرية خصوصا، إلا أننا نرى أنحصرها في الوساطة الاتفاقية وعدم توسعة إجراءات الوساطة القضائية على المنازعات الأسرية، بالإضافة إلى أن تطبيق إجراءات الوساطة بعد طرح النزاع على القاضي قد يحد من فاعليتها وتحقيق الهدف من الوساطة الأسرية باعتبارها إجراء بديل لحل المنازعات الأسرية.

تكون الوساطة الاتفاقية إلزامية في القضايا القائمة بين أفراد الأسرة الواحدة مهما كانت طبيعتها وفي القضايا التي تقل قيمتها عن خمسمائة ألف دينار(500.000دج"

1 نص المادة 1005 مكرر 2 من المشروع التمهيدي، مرجع سابق، ص 71.

ثانيا: تقنين الوساطة الأسرية ضمن النصوص الخاصة.

إن إدراج الوساطة الأسرية في النصوص الموضوعة والإجرائية لوحده غير كاف لتحقيق الهدف المنشود من الوساطة الأسرية، إذ انه يوجد العديد من القوانين الخاصة تتعلق بالوساطة الأسرية والتي لا بد من إثرائها حتى تنسجم مع النصوص الموضوعية المتمثلة في قانون الأسرة، ويمكن إجمالها على سبيل المثال في:

1- قانون المساعدة الاجتماعية والقوانين ذات الصلة.

أدرج المشرع الجزائري قوانين تتعلق بالمساعدة الاجتماعية المتمثل في المرسومين التنفيذيين 08-228[1] 09-353[2]، ونرى انه على المشرع الجزائري إدراج نصوص واضحة المعالم بان يكون للمساعد الاجتماعي الحق في إجراء الوساطة الأسرية بما فيها المنازعات المتعلقة بين الزوجين الرامية إلى حل الرابطة الزوجية، خصوصا إذا ما تعلق سبب النزاع بالظروف الاجتماعية للزوجين.

كما نرى انه على المشرع النص على ضرورة الحرص على تكوين المساعدين الاجتماعيين في مجال تخصصهم في مجال الوساطة الأسرية لتحسين المدارك العلمية خصوصا في مجال الوسائل البديلة، لتحقيق الهدف من الوساطة الأسرية، وذلك بوضع برامج تكوينية للمساعدين الاجتماعيين خلال مرحلة التكوين بالإضافة إلى تربصات وطنية ودولية من اجل اكتساب الخبرات في مجال عملهم.

2-قانون تنظيم مهنة المحاماة والمساعدون القضائيين.

لمساعدي العدالة دور لا يستهان به في مجال الوساطة، وعلى وجه الخصوص قانون مهنة المحاماة والمحضر القضائي، وهو ما جعل بالمشرع الجزائري أخذها بالحسبان ويتجلى ذلك من خلال ما يسعى إليه من خلال مشروع تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2023، إذ جاء في نص المادة 1005 مكرر المقترح إدراجها"**يتولى المحامون والمساعدون القضائيون والأشخاص الطبيعية**

1 مرسوم تنفيذي رقم 08-228 ممضي في 15 يوليو 2008،يتضمن إنشاء مصلحة المساعدة الاجتماعية الاستعجالية المتنقلة وتنظيمها وسيرها، مصدر سابق.

2 مرسوم تنفيذي 09-353، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتضامن الوطني، مصدر سابق.

والجمعيات مهام الوسيط"، وهو أمر مستحسن من المشرع الجزائري بتوسيع دائرة الوسطاء، مما يجعل الوساطة بما فيها الوساطة الأسرية من اختصاص أشخاص له الدراية القانونية الكافية.

وتعتبر نصوص قانون الإجراءات المدنية الإدارية القاعدة العامة للوساطة ومنه على المشرع إثراء وتعديل قانون مهنة المحاماة وقوانين المساعدين القضائيين بما ويتناسب ق.إ.م.إ من اجل تحقيق الهدف من التعديل، ويكون ذلك بإدراج نصوص قانونية تحدد كيفيات إجراءات الوساطة ومضمون محاضر الوساطة وشكلياته لتوحيد العمل القضائي.

وبالنسبة لقانون المحضر القضائي فان تعديله وجوبا يكون متزامنا او لاحقا بتعديل ق.إ.م.إ كون ان مشروع التعديل يحمل في طياته تعديلات جوهرية لعمل المحضر القاضي الذي يصبح مستقبلا مسمى ب **"المحافظ القضائي"**، وطالما أن المشرع يسعى إلى تمكينه من إجراءات الوساطة نرى انه من الضروري مراعاة ذلك بإدراج نصوص واضحة لكيفيات القيام بالوساطة في مشروع تعديل قانون المحضر القضائي.

المطلب الثاني

الإطار المؤسساتي والبشري للوساطة الأسرية

في هذا المقام نحاول أن نعرج على المؤسسات التي يمكن أن يطرح أمامها نزاع اسري يكون محلا للوساطة أهلت قانونا لهذا المجال، وذلك بتحديد المؤسسات والهياكل التي يمكنها القيام بها وهو ما نتناول في الفرع الأول، والأكيد أن هذه المؤسسات تتوفر على الجانب البشري المؤهلين للقيام بمهام الوساطة بالفرع الثاني.

الفرع الأول

مؤسسات وهياكل الوساطة الأسرية.

لا يمكن تصور وجود وساطة دون تهيئة الأجهزة أو الهيئات التي تتولى إجراءات الوساطة الأسرية والتي تكون قضائية (أولا) وأخرى غير قضائية تساهم وتساعد الوساطة القضائية(ثانيا).

أولا: أجهزة الوساطة الأسرية القضائية.

يمكن من خلال ما تناولنها في معرض مبررات إدراج الوساطة الأسرية وما يصبو اليه المشرع الجزائري بخصوصها أن نجمل هيئات ووسائل الوساطة الأسرية في ما يلي:

1-استحداث مكاتب التوجيه الأسري.

سبق وان تطرقنا إلى تجارب بعض الدول في مجال الوساطة الأسرية واعتبرنها مبرر لإدماجها في التشريع الجزائري، لما أثبتته هذه الوسيلة من نجاح في حل العديد من المنازعات بين الزوجين، كما انه يمكن الاعتماد عليها لاسيما في إنشاء مكاتب للوساطة أوأقسام وتختص بكافة مسائل التوجيه الأسري على مستوى المحاكم، كما هو الحال عليه في دولة مصر ودولة الإمارات العربية المتحدة ودولة فلسطين، على أن يتم تحديد الإطار الهيكلي لهذا القسم او المكتب بتحديد تشكيلته التي تكون تحت رئاسة قاضي يكون متخصصا في قضايا الأسرة، بان تكون له الكفاءة العلمية والتجربة كما سيتم تفصليه لاحقا.

كما انه على المشرع الجزائري تبسيط الإجراءات أمام مكاتب التسوية وجعلها على قدر من البساطة ويكون بموجب طلب في شكل عريضة ،كما هو عليه الحال في إجراءات رفع الدعوى طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية[1]، وجعل الوساطة شرط وقيد لرفع الدعوى كما هو الحال عليه في

1 تنص المادة 14 من القانون 08- 09 على"**ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أووكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"**

بعض الدول، وما ذهب إليه المشرع الجزائري في القضايا التجارية وفقا للتعديل الأخير لق.إ.م.إ بموجب القانون 22- 13[1].

وحتى تتناسب إجراءات الدعوى مع مبدأ الفصل في أجال معقولة التي نرى أن دعاوى حل الرابطة الزوجية من الأفضل أن تعتبر استثناء على هذه القاعدة، لان إعطاء مدة معقولة للزوجين أكثر مما هو عليه الحال يزيد من فرص الصلح، كما سبق الإشارة إليه سابقا على أن يتم النص صراحة على إعفاء تقديم الطلب من الرسوم القضائية تشجيعا وتسهيلا للجوء إلى الوساطة.

وبعد تقديم الطلب يتم تبليغ الطرف الأخر رسميا ويتم تعيين الوسيط للقيام بمحاولة الصلح بين الزوجين ويكون تحت إشراف القاضي، ولإعطاء الوساطة فاعلية أكثر يجب ترك الحرية لأطراف النزاع وهما الزوجين في دعوى حل الرابطة الزوجية في اختيار الوسيط ضمن القائمة المعدة، او حتى خارجها، تدعيما للحل البديل الذي ينبع من الأساس الرضائي للوساطة[2]،وفي حالة عدم الاتفاق ترك السلطة في تعيينه لقاضي شؤون الأسرة.

إن إنشاء مكاتب التوجيه الأسري يعد الأنسب لمعالجة القضايا والخلافات الأسرية والبت فيها قبل إحالتها إلى القضاء[3]، وفقا لآليات مدروسة قد يساهم إلى حد بعيد في حل العديد من المنازعات الأسرية خصوصا تلك المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، ولعل تجارب الدول وسعي الدول الأخرى إلى إنشاء هيئات مماثلة لخير دليل على نجاحها.

1تنص المادة 536 مكرر 4 "**يسبق قيد الدعوى إجراء الصلح الذي يتم بطلب من أحد الخصوم ويقدم إلى رئيس المحكمة التجارية المتخصصة الذي يعين خلال مدة خمسة 5أيام، بموجب أمر على عريضة، أحد القضاة للقيام بإجراء الصلح في أجل لا يتجاوز ثلاثة 3أشهر، ويبلغ طالب الصلح باقي أطراف النزاع بتاريخ جلسة الصلح**".

2 مجري يوسف، مرجع سابق، ص259.

3 عبد الله مرزوق مانع الفهادي، دور الوساطة في حل المنازعات الأسرية وتحقيق الأمن الإنساني بالمجتمع السعودي، دراسة ميدانية على الأسر السعودية بالمدينة المنورة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، جامعة الأزهر، مصر، سنة 2022، ص1003.

2- إحياء الهيئة الوطنية للوساطة الأسرية.

تسعى الدولة من اجل ضمان استقرار المجتمع وضمان المحافظة على الكيان الأسري، وأدرجت الأسرة ضمن تسمية الوزارة * وزارة التضامن الوطني و الاسرة وقضايا المراة وهو ما يوحي بأهمية الأسرة لدى الدولة الجزائري والاهتمام بها

وفي إطار هذا التوجه، أعلنت وزارة التضامن الوطني والأسرة في الجزائر نهاية سنة2011عن استحداث هيئة وطنية للوساطة الأسرية في أفق سبتمبر2012، تتمثّل مهمتها في تسوية النزاعات وإقامة الصلح بين الأشخاص الموجودين في حالة خلاف، لاسيما بين أفراد الأسرة. وتكمن أهمية استحداث مثل هذه الهيئة، حسب تصريحات وزير التضامن الوطني والأسرة السابق، السيد سعيد بركات، في الآثار الإيجابية التي ستعود على المجتمع والمهنيين والأسر والجهات القضائية[1].

ورغم مرور اثر من عشرة 10 سنوات إلا أن الهيئة لم تر النور بعد، والظاهر أن إرادة الدولة من خلال إنشاء هذه الهيئة تحقيق الهدف المتمثل في إقامة الصلح في جميع الخلافات والمنازعات داخل الأسرة بما فيها الخلافات بين الزوجين الرامية إلى حل الرابطة الزوجية، فإحياء هذه الهيئة بعد ووضع الإطار التنظيمي لها قد يساهم إلى حد بعيد في حل العديد من المنازعات الذي يعود بالإيجاب على الأسرة بصفة خاصة والمجتمع بصفة عامة، كما انه تساعد مرفق القضاء في التخفيف الضغط في معالجة المنازعات، خصوصا أن المنازعات الأسرية تمثل الحصة الأكبر[2] من القضايا المعروضة أمام الجهات القضائية.

3- الوساطة عبر الخط.

إن التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم الحديث ساهم الى حد بعيد في تطوير الجهاز القضائي في عدة جوانب مثل رقمنة قطاع العدالة، وبوجود الانترانت جعلت من العالم قرية صغيرة وساهمت الى حد بعيد في التواصل بين الأشخاص، وهو تم استغلاله من قبل بعض الدول في مجال الوسائل البديلة، وذلك بخلق مكاتب للوساطة بما فيها الوساطة الأسرية.

1 عبد الحفيظ ميلاط، مرجع سابق، ص139.

2 شامي احمد، هداج وحيد، مرجع سابق، ص601.

ولعل أهم تجربة يمكن أخذها على سبيل المثال ما تقوم به دولة قطر وما حققته من انجازات في مجال الإرشاد والوساطة الأسري، إذ صرحت منى جاسم الخليفي مديرة إدارة الاستشارات بمركز الاستشارات العائلية «وفاق» أن نسبة الإصلاح الأسري في القضايا المُحالة من المحكمة لقسم الإصلاح بلغت 46%فيما بلغت نسبة تنفيذ الدعاوى والقرارات الواردة من المحكمة لقسم الرعاية الوالدية 82% أما نسبة التوافق الأسري للحالات المستفيدة من قسم التوجيه والإرشاد فقد بلغت 58%.[1].

وعمدت ودائرة القضاء إلى جعل اغلب الخدمات عن الطريق الالكتروني بما فيها التوجيه الأسري عن طريق صفحة دائرة القضاء عبر الانترانت، بما فيها التوجيه الأسري الذي يمكن أن يكون عن بعد تسجيل الدعوى الخاصة بالمنازعات الأسرية من خلال الخدمات الالكترونية على الموقع الرسمي لدائرة القضاء إمارة أبو ظبي، والذي يكون بتحديد موعد جلسة لطرفي النزاع من خلال نظام الاتصال المرئي، وتحميل تطبيق برنامج الويبكس cisco Webex ليتم بعد ذلك إرسال رابط الجلسة على الموعد المحدد من خلال البريد الالكتروني الخاص بالطرفين، وفي حال وجود أي تغير بشأن المواعيد يتم التواصل والتنسيق مع الأطراف من قبل الموظف المختص.

وعمدت أيضا إلى جعل التطبيقات الذكية لدائرة القضاء والتي يمكن تحميل التطبيقات الذكية لدائرة القضاء من خلال المتاجر للأجهزة الذكية، مما سمح بسهل أكثر لتوفير الخدمات والوساطة الأسرية لحل المنازعات بما فيها المنازعات الرامية إلى حل الرابطة الزوجية.

وما يمكن استخلاصها من هذه التجربة انه على المشرع الجزائري المضي في الاستعانة بمثل هذه التجارب وأدرجها في الجهاز القضائي، لاسيما في مجال الوساطة والوساطة الأسرية خصوصا، وذلك بتوفير بوابة بموقع وزارة العدل تكون مخصصة للوساطة عموما، على أن يتم تخصيص كل نوع على حدا والتي من بينها الوساطة الأسرية، وبالتالي تكون الوساطة بين أطرافها تتم في الشكل الكتروني والسمعي والمرئي، على أن يتم تدريجا وضع تطبيقات ذكية يتم تحميلها على الأجهزة الذكية لتوفير خدمات قطاع العدالة والتقاضي بما فيها إجراءات الوساطة، وهذا ما يزيد فرص محاولة الإصلاح ويخفض التكاليف.

1 منى الخليفي، دكتوراه في القانون ومديرة إدارة الاستشارات بمركز وفاق، حوار لجريدة الراية، بتاريخ 17 مارس 2019، متاح على الرابط / https://www.raya.com/2019/03/17/

وما يعزز رأينا هو سعي المشرع الجزائري إلى إدخال التكنولوجيا والرقمنة على كافة القطاعات بما فيها قطاع العدالة، بل أكثر من ذلك ومن خلال مشاريع التعديلات الأخيرة للقوانين وخصوصا قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي يحاول من خلاله المشرع جعل خدمات التقاضي تكون في الشكل الالكتروني، بالإضافة إلى ما يحمله مشروع تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية المطروح للمناقشة من تعديلات جوهرية تهتم بالتقاضي الالكتروني.

ثانيا: الأجهزة والهيئات غير القضائية.

1-تفعيل دور المحامي للوساطة الأسرية

يعتبر المحامي شريكا ومساهما في تحقيق العدالة وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال القانون 13-07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة[1]، وللمحامي دور فعال في حل المنازعات خصوصا انه أول من يتصل ملف القضية والمنازعة، وسبق وان اشرنا إلى أن بعض الدول في إدراجها للطرق البديلة مثل التشريع الكندي، والذي بموجب قانون مهنة المحاماة يلزم المحامي بتوجيه وإخبار الزبائن بوجود الوساطة الأسرية وشرح مدى أهميتها، مما يجعل المحامين يبذلون جهودهم إلى توجيه الأطراف إلى العدالة التصالحية.

فالمحامي رجل تقني له مكنة توظيف النصوص القانونية وإسقاطها على وقائع المنازعة المنظورة وصاحب لسان فصيح[2]، وله أن يقدم الاستشارة كما هو الحال في التشريع الجزائري إذ نص في المادة 5 من قانون 13-07 إذ نصت على" **يقوم المحامي بتمثيل الأطراف ويتولى الدفاع عنهم، كما يقدم لهم النصائح والاستشارات القانونية**"، ويتضح أن دور المحامي لم يعد مقتصرا على الدفاع بل أصبح يقدم الاقتراحات والحلول العلمية.

ونظرا للدور الذي يلعبه المحامون باعتبارهم شركاء في العدالة نرى انه من الضروري تفعيل دوره في التشريع الجزائري وتمكينه من إجراء الوساطة بشتى أنوعها خصوصا تلك المتعلقة بحل

1 قانون 13-07 مؤرخ في 29 أكتوبر سنة 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55 الصادرة بتاريخ 30 أكتوبر 2013.

2 علاوة هوام، مرجع سابق، ص243.

الرابطة الزوجية مما قد يساهم في تخفيف العبء على القضاء باعتباره منازعات قسم شؤون الأسرة الأكبر حصة مقارنة بالمنازعات المدنية الأخرى.

ونرى من خلال مشاريع تعديل القوانين خصوصا مشروع تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشرع الجزائري له إرادة في تفعيل دور المحامي ويتجلى ذلك من خلال مقترح تعديل إضافة نص المادة 1005 مكرر بان يكون النص على النحو الأتي "**يتولى المحامون والمساعدون الفضائيون والأشخاص الطبيعة والجمعيات مهم الوسيط مع مراعاة أحكام المادتين 977،998 المذكورة أعلاه**" فمن خلال مقترح النص يتضح إرادة المشرع في تفعيل الوساطة توسيع دائرة الأشخاص الذين يمكنهم تولي الوساطة بما فيها المحامون.

ومن اجل وجود وساطة احترافية خصوصا إذا ما تم المصادقة على النصوص التعديلة، فمن الضروري إجراء تكوينات متخصصة في مجال الوساطة للمحامين لاسيما أن قانون تنظيم مهنة المحاماة ينص على التكوين المستمر للمحامين كما هو منصوص عليه بموجب نص المادة 9 من القانون 13-07 وذلك بقولها "**يجب على المحامي أن يحسن مداركه العلمية باستمرار، وهو ملزم بمتابعة كل البرامج التكوينية والتحلي بالمواظبة والجدية خلالها**".

2- مؤسسة المجتمع المدني.

يعتبر المجتمع المدني قاعدة اجتماعية قوية تعبر عن العمل التطوعي ومظهر من مظاهر التكافل الاجتماعي، واثبت المجتمع المدني من خلال الواقع دوره الفعال في حل العديد من المنازعات المتنوعة والتي من بينها المنازعات الأسرية، وهو ما يتجسد في الجمعيات الناشطة في المجال التطوعي والخيري، ونجد هذه الجمعيات منتشرة عبر دول العالم وخصوصا العالم العربي والإسلامي، وهدفها إيجاد التوافق والإصلاح، وعلى سبيل المثال في المملكة العربية السعودية نجد جمعية "**تو افق**"[1] المنتشرة مكاتبها عبر مدن المملكة العربية السعودية، ومن أهدافها:

- تقديم خدمات الإصلاح الأُسري من قبل متخصصين بأسلوب مهني وفق الضوابط الشرعية.
- تأهيل وتدريب المصلحين الأُسريين.

1 للاطلاع أكثر على جمعية توافق الرابط الجمعية https://www.tawafoq.org/about /

- إقامة البرامج الوقائية والعلاجية والإرشادية التي تساهم في حل المشكلات الأُسرية والتقليل من أثارها.
- إجراء البحوث والدراسات ذات العلاقة بين الأسرة والمجتمع.
- إعداد وتنظيم المؤتمرات واللقاءات ورش العمل المتخصصة في مجال الإصلاح الأُسري.

والجزائر كغيرها من الدول الأخرى التي نجد بها دور للمجتمع المدني من خلال الجمعيات المنتشرة عبر ربوع الوطن وكعينة عن هذه الجمعيات توجد جمعية خيرية مسماة "**الصلح خير**"[1]، بمدينة تيارت ، وهدفها الإصلاح بين الناس والمتخاصمين ومن بينهم الأزواج،وما يميز هذه الجمعية تشكيلتها التي تتضمن مزيجا من الكفاءات من بينهم دكاترة وأساتذة جامعيين وأئمة مساجد وقانونين والتي أكد أعضاؤها عن حل العديد من المنازعات، كما ان الدولة الجزائرية تولي اهتماما بالغا للجمعيات من خلال مديرية الحركة الجمعوية والعمل الإنساني المتواجدة في الهيكل التنظيمي بوزارة التضامن الوطني و الأسرة وقضايا المرأة.

فمن خلال ما سبق نرى انه من الأجدر أن يتم الاستعانة بخدمات مثل هذه الجمعيات وتعيينها وتأهيلها رسميا للقيام بمهام الوساطة لحل المنازعات بين الزوجين، مع ضرورة تأهيلها ودعمها بإدماج ذوي الكفاءات في مجال التأهيل الأسري والوساطة، مع ضرورة وضع أحكام رقابية حتى تقوم بوظيفتها في المجال المحدد لها حماية للأطراف، خصوصا إن المشرع الجزائري يجيز للجمعيات القيام بالوساطة كما هو منصوص عليه في المادة 997[2] من ق.إ.م.إ، وسنقوم في االعنوان التالي بتوضيح ذلك أكثر

3- مؤسسات الإرشاد والوساطة الأسرية الخاصة.

سبقا لنا وان اشرنا إلى ذلك في معرض الحديث عن نماذج بعض الدول، ان العديد من الدول عمدت إلى توسيع دائرة الإرشاد الأسري بمنح تراخيص لمؤسسات خاصة لممارسة نشاط الإرشاد الأسري، ولعل أهم هذه المؤسسات هو المجلس الاستشاري الأسري، وهو منظمة غير حكومية منحت له الولايات المتحدة الأمريكية الترخيص، وهو عضو معتمد في منظمة الأسرة العربية التابعة لجامعة

1الأكثر تفصيل حول عمل الجمعية وتشكيلتها ورهانات عملها مستقبلا الاطلاع على التقرير الذي أعدته قناة الشروق على الرابط https:/ EchorouknewsTV/videos

2 تنص المادة 997 على " **تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية.**

عندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك."

الدول العربية، وعضو الرابطة الدولية، وله مقرات إقليمية من بينها دولة الإمارات العربية المتحدة، ويتشكل المجلس من عدة مجالس استشارية وكل مجلس له رئيس، والرؤساء نجدهم من دول متعددة حتى من دولة الجزائر، ويقدم المجلس العديد من خدمات الإرشاد الأسري بما فيها الوساطة الأسرية، كما يهتم بالجانب العلمي المتخصص في الإرشاد والوساطة الأسرية بإعداد الأبحاث والملتقيات ذات الطابع الدولي.[1]

بالإضافة إلى أن العديد من الدول بما فيها الدول العربية والإسلامية فتحت المجال باعتماد العديد من المراكز والجمعيات وعل سبيل المثال ما هو عليه الحال في السعودية التي نجد بها مراكز وجمعيات منتشرة عبر المملكة مثل "**جمعية أسرتي**"[2]، التي تم منحها الترخيص لممارسة مهامها في تقديم استشارات أسرية أو زوجية أو تربوية أو اجتماعية أو حتى نفسية ، وتتنوع طرق تقديم هذه الاستشارات إلى المسترشدين إما حضورية أو استشارات هاتفية أو استشارات الكترونية، وأهدافها:

-خفض نسبة حالات الطلاق والتفكك الأسري.

-زيادة الوعي الحقوقي بين الأزواج والآباء والأبناء.

-رفع قدرة المسترشدين على حل المشكلات الأسرية.

-معالجة مشكلات سلوكية وتربوية في المجتمع.

ومن خلال الخدمات التي تقدمها يتضح أنها حققت نجاحا في مجال الأسري والوساطة الأسرية.

أما بالنسبة للدول التي لم يتم إدراج الإرشاد والوساطة الأسرية بعد والتي تسعى إلى تضمينها في قوانينها كتونس والمغرب، نجد مثلا في المغرب جمعية المغربية لمساندة الأسرة «مركز سند» الذي أسس سنة 2004 إذ يُعتبر من أوائل مراكز الاستماع والتوجيه بالمغرب، ويقدم خدمات الاستشارة الاجتماعية والقانونية للأسر وتتمثل بعض خدمات المركز الاجتماعية في الوساطة بين الزوجين،حل

1 للاطلاع أكثر على المركز رابط https://uafcc.com

2 جمعية أسرتي الرابط: https://osraty.org.sa/page.php?id=3

النزاعات بين أفراد الأسرة[1]، ومن خلال عمل هذه الجمعية رغم العقبات التي تعترض عملها نجد 142 جلسة وساطة سنة 2015 .

ومن خلال ما سبق نرى انه على المشرع الجزائري منح التراخيص للجمعيات والمؤسسات ذات الطابع الخاص، لممارسة مهام الإرشاد والوساطة الأسرية، والتي قد تساهم في تخفيف العبء على القضاء وقاضي شؤون الأسرة خصوصا في خل العديد من الخلافات والمنازعات الأسرية خصوصا تلك المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، على أن يتولى مهام الإرشاد والوساطة متخصصين في المجال والاستعانة بتجارب والخبرات، في هذا المجل خصوصا وجود جزائريين منتمين الى مراكز بدول أخرى، على أن يتم وضع إطار قانوني منظم لها وجعلها تحت رقابة وزارة العدل مع تقديم المساعدات لاسيما منها المالية.

الفرع الثاني

المؤهلات البشرية للوساطة الأسرية.

أولا: تأهيل قاضي شؤون الأسرة.

إن إدراج وسائل لحل المنازعات بين الزوجين والتنصيص عليه غير كاف لوحده للحد منها، إذ على القاضي أن يعرض الوساطة على أطراف النزاع بجدية شارحا لهم معناها وأهميتها في النزاع على وجه رضائي تصالحي بهدف تحقيق عدالة تصالحية تشاركية، وكذا من خلال تعيين الوسطاء القضائيين في حال قبول الأطراف المتنازعة هذا الإجراء أو الحل البديل، كما لابد أن يكون القاضي مؤهلا علميا وخلقيا ليتولى منصب القضاء، وهو أيضا قصر العمل القضائي على فئات معينة مؤهلة تأهيلا قانونيا خاصا ولديها من الخبرة والتجربة والمزايا الشخصية ما يمكنها من أداء مهمة القضاء بكفاءة وشرف[2].

1حنان عسال، وسيطة أسرية، تجربة الجمعية المغربية لمساندة الأسرة، أشغال المؤتمر الدولي، الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المملكة المغربية، يومي 7 و8 دجنبر 2015، ص 199،200.

2طراد الشريف، **استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية**، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، د س ط، ص14.

1- التخصص

جاء في عرض دراسة مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1] انه تم إحداث قاض متخصص في قانون الأسرة، للتكفل بكل المسائل المتعلقة بالأسرة، غير انه بالرجوع إلى أحكامه لا نجد ما يفيد ذلك، بل مجرد أحكام خاصة بقسم شؤون الأسرة إجرائية، تنظم القواعد الموضوعة في قانون الأسرة، فتخصص المقصود من حيث التكوين وليس من جانب الإجراءات التي يتبعها في الخصومة، كما يقصد به تقييد القاضي بالنظر في منازعات فرع واحد من فروع القضاء المتنوعة كون كل فرع له تشريع وفقه خاص كالقضاء المدني والقضاء التجاري والقضاء الإداري[2]،وهو ما كان على المشرع الجزائري تجسيده وليس النص عليه دون التطبيق.

إذا ما رجعنا إلى الجانب العملي ومن خلال بحثنا تبين لنا غياب تخصص القضاة الذين يترأسون قسم شؤون الأسرة، بل في الغالب يتم تعيين قضاة لرئاسة قسم شؤون الأسرة الذين يفتقرون للخبرة العملية، ويرجع السبب في ذلك من خلال ما تبين لنا من خلال الممارسة والمقابلات التي أجريت مع القضاة، أن قسم شؤون الأسرة ليس متشعب ومحدود في نوع القضايا ويتسم بالبساطة من حيث القواعد الإجرائية والموضوعية.

غير أن الأمر يختلف تماما، فالقضايا التي يعالجها قسم شؤون الأسرة تتعلق بأساس المجتمع المتمثل في الأسرة، كما أن موضوع قضايا شؤون الأسرة متشعبة خاصة إذا ما اعتمدنا على نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، دون تحديد المذهب أو المرجعية الفقهية الثرية بالآراء، والأكثر من ذالك غياب العديد من الإحكام في قانون الأسرة.

وينعدم التخصص للطلبة القضاة في مرحلة التكوين بالمدرسة العليا للقضاء،اذ يتميز التكوين على مستوى المدرسة بطابعه العام، في شتى المجالات بدون تخصص[3]، ولا يوجد مادة يدرسها الطلبة القضاة تتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات، كما أن التكوين المستمر للقضاة من أجل تدعيم معارفهم وتجديدها ذا أهمية بالغة، فضلا عن ذلك، فإن هذا الانشغال منصوص عليه في أحكام

1 المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمناقشات، السنة الأولى رقم 47، مرجع سابق 1-8.

2 عبد الحق حنان، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية، مرجع سابق، ص 243.

3 للمزيد من المعلومات حول تكوين القاضي الاطلاع على موقع المدرسة العليا للقضاء بالنافذة المخصصة للتكوين متاح على الرابط: http://www.esm.dz

القسم الثالث المتضمن التكوين المستمر من الفصل الأول المتعلق بالتكوين والتوظيف والتعيين والترسيم من الباب الثالث المتضمن تنظيم سير المهنة من القانون العضوي رقم 11-04الذي ينص على ضرورة خضوع كل القضاة الموجودين في حالة الخدمة للتكوين المستمر، والملاحظ أن مواضيع التكوين ينعدم فيها المحاور المتعلقة بالوسائل البديلة لحل المنازعات.

يرجع المختصون في قضاء الأحوال الشخصية تزايد ظاهرة حل الرابطة الزوجية بمختلف صورها في مجتمعنا إلى نقص خبرة قضاة شؤون الأسرة وقلة تكوينهم في إدارة الوسائل البديلة لحل النزاع وكذا صغر أعمارهم، ما يساهم وبشكل كبير في ازدياد عدد حالات الطلاق والخلع سنويا وبأرقام مخيفة. وقد كانت منظومة تكوين القضاة محل انتقاد من رجال القانون لضعفها وعجزها عن إنتاج قضاة متخصصين ومتمكنين من الفصل في قضايا الناس خصوصا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية التي تترك أثرا بالغا على حياة الأشخاص[1]

ونعتقد انه من باب أولى إعطاء الأهمية في تكوين القضاة سواء كان طالبا أو ممارسا للطرق حل النزاعات خاصة لقضاة شؤون الأسرة، على اعتبار انه يقوم بإجراءات الصلح وجوبيا وإلزاميا في الدعاوى الرامية لحل الرابطة الزوجية لتفعيل دوره و الحد منها.

وعلى سبيل المثال نجد برنامج التكوين المعتمد من قبل المعهد الوطني القضائي المسؤول عن تكوين القضاة في كندا يتضمن تكوينا يتعلق بالوساطة القضائية، لذلك فإن أكثر من50%من القضاة في بعض المحاكم في كندا مكونون في مجال الوساطة، حيث تبلغ نسبة التسوية بالنسبة للوساطة الاتفاقية (التي تعتمد على إرادة الأطراف) في المجال المدني والأسري ما يقارب80%من مجموع النزاعات موضوع هذه الوساطة.

ونلاحظ من خلال هذه الإحصائيات أن فعالية الوساطة ترتبط ارتباطا وثيقا بالتكوين الخاص المتلقى من قبل القضاة، إلى جانب حسن تدبير هذه الآلية داخل المحاكم وكذا النتائج الجيدة المتحققة عن طريق الوساطة الاتفاقية، وهذه العناصر مجتمعة انعكست بكيفية إيجابية على مرفق العدالة من خلال التخفيض من عدد أيام المحاكمة بما يقارب1450يوما كمعدل سنوي وذلك بالنسبة لمحكمة تتوفر على100قاضيا، أي ما يقارب4سنوات من العمل القضائي، ولاشك أن من شأن هذا

1 عبد الحق حنان، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية، مرجع سابق، ص 243.

الربح من حيث الوقت أن يترجم على مستوى تخفيض مدة الدعاوى القضائية وعلى مستوى تحديد آجال مضبوطة للبت في النزاع[1].

2-المؤهلات الشخصية للقاضي.

ونقصد بالمزايا الشخصية المميزات اللصيقة بشخص القاضي الذي يتولى قسم شؤون الأسرة، فالصلح في قضايا شؤون الأسرة يكون تحديدا في دعاوى حل الرابطة الزوجية، فمن الضروري أن يكون قاضي شؤون الأسرة على الأقل متزوج وله أولاد، وهذا ما يمنحه الدراية الكافية بالعلاقة الزوجية ومركز الأبناء في هذه العلاقة كونه بذلك يمارس الحياة الزوجية، التي يكتسب من خلالها معطيات وخبرة تساعد وتساهم في إجراء محاولة الصلح، وهذا ما توضح لنا من خلال المقابلات التي أجريت مع القضاة.

فبمناسبة مقابلة أجريت مع احد القضاة الذين ترئسوا قسم شؤون الأسرة لفترة طويلة، استمرت منذ أن كان غير متزوج إلى غاية زواجه وإنجابه الأولاد، وصرح لنا المساعي التي كان يبذلها لمحاولة الصلح تغيرت تماما، وأصبح يبذل جهد أكثر بكثير مما كان عليه خاصة الدعاوى التي يوجد بها أولاد، وارجع السبب في ذلك إلى إحساسه بالأبوة ومسؤولية الأسرة وشعوره بطعم الاستقرار الأسري الذي يسعى للحفاظ عليه، وبهذه الصفات أصبح يتميز بصفة المؤثر التي ساهمت في محاولات الصلح.

كما دعا العديد من الممارسين من بينهم القضاة وكذا العديد من الباحثين وذلك من خلال التوصيات التي تضمنتها الأبحاث الأكاديمية من مقالات ومذكرات ووسائل إلى ضرورة تميز قاضي شؤون الأسرة بمميزات بينها بان يكون متزوج وله أولاد وهي الآراء التي نساندها لما يمكن أن تقدمه هذه المميزات من تمتع قاضي شؤون الأسرة بجدية أكثر لإدارة النزاع القائم بين الزوجين

إن التفكير في هكذا نوع من الإضافات له دور كبير في تقوية جودة القضاء الذي يهدف إلى أساسا إلى حل المنازعات وإذا ما نظرنا إلى المنازعات التي يعالجها أو يفصل فيها قسم شؤون الأسرة فان تتعلق أساسا بالأسرة، فجودة القاضي يتحقق منها استقرار اسري بالمحافظة على هذا الكيان الذي ينتج عنه لا محالة استقرار المجتمع ككل.

1عبد الحق حنان، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية، مرجع سابق، ص 246.

ونرى انه من المستحسن أن يتولى قسم شؤون الأسرة قضاة يكون لهم خبرة وتجربة كافية في مجال عملهم وهذا ليس تقليل من شأن القضاة الجدد، بل من باب اكتساب الخبرة في مجال العمل خصوصا أن قسم شؤون الأسرة يتعلق بالمنازعات الأسرية، وهو ما أخذ به المشرع التونسيك ما سبق الإشارة إليه في الباب الأول.

ثانيا: تأهيل وتكوين الوسيط الأسري.

إن إدراج الوساطة كوسيلة لحل المنازعات الأسرية مرهون أساسا بالوسيط باعتباره هو القائم بعملية الوساطة، ونجاحه مرتبط بمدى قدرته على حل المنازعات بطريقة ودية لما يمتلكه من مؤهلات وكفاءة تمكنه من إدارة عملية الوساطة خصوصا انه مرتبط بالأسرة والزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية والمحافظة عليها خصوصا في حالة وجود أولاد ومراعاة مصلحتهم، ومنه فان الوسيط يجب أن يكون مؤهلا ومكون في مجال الوساطة الأسرية.

1- تأهيل الوسيط الأسري.

إن أهم العناصر التي ترتكز عليها الوساطة الأسرية هي المؤهلات الشخصية والمهارة والكفاءة التي يتمتع بها الوسيط، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فانه وضع شروط خاصة بالوسيط بموجب المرسوم التنفيذي 09-100 المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي ويمكن إجمالها فيما يلي[1]:

-قد حكم عليه بسبب جناية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية.

-قد حكم عليه كمسير من أجل جنحة الإفلاس ولميرد اعتبار

-ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب اسمه أو موظفا عموميا عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي.

-أن يكون الوسيط القضائي من بين الأشخاص المعترف لهم بالنزاهة والكفاءة والقدرة علىحل النزاعات وتسويتها بالنظر إلى مكانتهم الاجتماعية.

1 نص المادة 2 و3 من المرسوم التنفيذي 09-100 المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، مصدر سابق.

وبمقارنة الشروط الواجب توفرها في الوسيط التي استوجبها المشرع الجزائري تتقارب مع مختلف التشريعات الأخرى، ولا تخرج عما استوجبته الشريعة الإسلامية[1]

كما يجب على الوسيط التزام الحياد والتي يقصد بها الابتعاد عن كل مظاهر التحيز لأحد الأطراف أو الخصوم، ويقصد بها أيضا تحرير الذهن من كل تعصب وتهيئة بكل ما يرتضيه القانون وتوحي له العدالة[2]، كون أن مهمته تكمن أساسا في مساعدة الأطراف المتخاصمة على تقريب وجهات النظر من اجل الوصول إلى حل للنزاع، من خلال المفاوضات التي يجريها دون تغليب أو دعم طرف على حساب الطرف الأخر،أما النزاهة فهي اكتساب المال من غير مهانة ولا ظلم[3].

ولضمان حياد الوسيط واستقلاليته من قبل المشرع الجزائري جاء المشرع بأحكام في حالة وجود مانع يحول دون التزام الوسيط بمبدأ الحياد، جاء نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 09 100 انه على الوسيط أو احد الأطراف في حالة وجود احد الموانع ان يخطر القاضي لاتخاذ ما يراه مناسبا، وتتمثل هذه الموانع في:

إذا كانت له مصلحة شخصية في النزاع

-إذا كانت له قرابة أو مصاهرة بينه أو بين أحد الخصوم.

إذا كانت له خصومة سابقة أو قائمة مع احد الخصوم.

إذا كان احد أطراف الخصومة في خدمته.

إذا كان بينه وبين احد الخصوم صداقة أو عداوة.

السرية: أن من أنبل الخصال والشمائل الحفاظ على السر، وقد ثبت أن الرسول ﷺ حث على الحفاظ على السر وأمر بعدم إفشاء الأسرار، فعلى الوسيط الأسري الالتزام بواجب كتمان السر وهو ما جاء به المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى، إذ نص في المادّة **10 على "يؤدي الوسيط القضائي يقبل ممارسة مهامه أمام المجلس القضائي التي يقع في دائرة اختصاصه اليمين الآتية**

1 علاوة هوام مرجع سابق، ص120.

2 ابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، الطبعة الثالثة، منشورات حلبي، مصر، سنة 1952، ص236.

3علاوة هوام مرجع سابق، ص120.

":أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناء وإخلاص وأن أكتم سرها،وأن أسلك في كل الظروف سلوك الوسيط القضائي النزيه والوفي لمبادئ العدالة، والله على ما أقول شهيد".

يتضح من خلال النص أن الوسيط ملزم بالمحافظة على الأسرار التي وصلت إلى شخصه بحكم عمله كوسيط، ويتمثل في حفظ المعلومات والمستندات التي وردت إليه، وما أعيب على النص انه لم ينص على جزاءات في حالة الإخلال بالالتزام بالسرية، غير أننا نرى أن النص موجود في القواعد العامة المتمثل في نص المادة 301 من ق.ع.ج[1] وبالتالي لا حاجة إلى تخصيص نص.

2 -تكوين الوسيط.

بالرجوع إلى التشريع الجزائري في إدراجه للوساطة كطريق بديل لحل المنازعات ورغم انه حدد شروط يجب توافرها في شخص الوسيط، إلا انه لم يراعي الجانب التكويني والتخصصي للوسيط، ونعتقد أن هذا الإغفال اثر سلبا على فاعلية الوساطة للحد من المنازعات،مما جعل بالباحثين[2] إلى القول بضرورة النظر في الجانب التكويني للوسيط وهو ما يجب تداركه من قبل المشرع الجزائري.

ونحن بدورنا نساند الآراء القائلة بضرورة مراعاة تكوين الوسيط الأسري ضمن مراكز تكوين متخصصة في الوسائل البديلة لحل المنازعات تسهر على تكوين الوسطاء من اجل تطوير المهارات والقدرات، مع ضمان تكوين خاص في تقنيات الوساطة والتي من شأنها أن تسمح له بإعادة ربط الاتصال والحوار بين الخصوم بمنهج سليم[3]، ونرى انه من الأجدر وضع برنامج يتناسب مع تخصص الوسيط كان يكون برنامج التكوين للوسيط في قضايا الأسرة يتضمن علوم النفس والاجتماع والقانون والشريعة مما يكسبه مدارك علمية وقدرة على إدارة الحوار بين المتخاصمين، ذلك أن السبيل إلى

---

1 تنص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري على "**يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الو اقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".**

2 ما جري يوسف مرجع سابق، ص246.

3 المرجع نفسه، ص264.

تحقيق العدالة يكمن في فهم عناصر فنية يشق على القاضي الإحاطة بها لذلك فان عملية الوساطة تقتضي وسيطا في الحقل الذي ينتمي إليه موضوع النزاع[1].

ومن اجل ضمان تكوين فعال يتم إخضاع الوسيط بما فيهم الوسطاء في مجال الأسرةإلى مدة تكون كافية لضمان التحصيل العلمي واكتساب المهارة، مع المشاركة والحضور في المجالس العلمية من خلال الملتقيات والأيام الدراسية التي تعقدها المؤسسات الجامعية او غيرها.

ونرى أن التكوين الأكاديمي للوسيط من المستحسن أن يصاحبه تكوين تطبيقي، ويكون ذلك بتنصيب الوسيط في احد المحاكم من اجل تطبيق الجانب العلمي على ارض الواقع في شكل تربص لمدة زمنية، ويقوم الوسيط بممارسة وساطة فعلية تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة، على ان يتم منح الوسيط المكون دبلوم عند نهاية التربص والتكوين كما هو الحال عليه في التشريع الفرنسي[2]، وهذا في المدى القريب.

أما عن المدى البعيد ومن اجل ضمان وجود وسطاء أكثر فاعلية نرى من خلال تجارب بعض الدول مثل فلسطين انه من المستحسن إدراج تخصص في الجامعة للإرشاد الأسري،ويكون ذلك ضمن أطوار التكوين الجامعي، والذي نعتقد انه يضمن وجود مرشدين أسريين ذو تكوين متخصص في الوساطة الأسرية، مما يعزز دور الوسيط في الحد من المنازعات الأسرية.

كما انه ومن المستحسن أن يصاحب عمل الوسيط تكوين مستمر في مجال الإرشاد الأسري والوساطة خصوصا، كما هو عليه الحال في مجال التكوين المستمر للقضاة، وذلك من اجل مواكبة التطورات الحاصلة دوليا، ومن اجل المواكبة واستغلال التجارب بشكل أكثر فاعلية عقد تربصات في الخارج من اجل اكتساب مهارات أكثر.

وطالما أن المشرع الجزائري يسعى إلى إدراج الوساطة القضائية الاتفاقية الأسرية إن صح القول، وتوسيع دائرة الوسطاء وفتح المجال للمحامين والمساعدون القضائيون والأشخاص الطبيعية

1 علاوة هوام، مرجع سابق، ص126.

2 Muriel GEOFFRY ، تكوين الوسطاء في فرنسا، ملخص المحور الرابع ، أشغال المؤتمر الدولي، الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المملكة المغربية، يومي 7 و8 دجنبر 2015، ص 233.

والجمعيات مهام الوسيط، فانه يتعين كما سبق التفصيل فيه تأهيل وتكوين الأشخاص الذين يتولون الوساطة.

ثالثا: تأهيل المتقاضي

لضمان فاعلية الوساطة والوساطة الأسرية ليس مرهون فقط بالنصوص القانونية وتأهيل الوسطاء والقضاة، بل يجب أن يصاحبه ظروف أخرى تتعلق بالمتخاصمين ومدى قابليتهم لفض النزاع بالطرق الودية،يعد تمسك أطراف النزاع بالاختصاص الأصيل للقضاء التقليدي أحد أهم أسباب عدم تفعيل الوساطة لحل المنازعات، وهذا ارجع بالأساس إلى اعتقادهم وإيمانهم واعترافهم بالحل القضائي دون سواه، وهو ما يعني ترسخ وهيمنة ثقافة الخصومة لدى الأطراف[1].

ويعد أيضا انعدام الوعي بأهمية وضرورة الوساطة أحد أهم أسباب فشلها وعدم اللجوء والإقبال عليها، وهذا نتيجة غياب ثقافة الصلح، وكذلك عدم الاستعداد النفسي لتقديم التنازلات المتقابلة، وكذا غياب حملات التحسيسة والتوعية في هذا الإطار، ومنه نرى أن نشر الوعي بثقافة الطرق البديلة بما فيها الوساطة الأسرية من خلال كافة الوسائل المتاحة خصوصا السمعية والبصرية، وعن طريق مراكز الإرشاد الأسري بتوعية الأزواج خصوصا وأفراد الأسرة عموما بضرورة وأهمية الوساطة في حل المنازعات بطريقة ودية سلسة لما يحققه من مزايا والحفاظ على الأسرار العائلية.

أن نشر الوعي بين الزوجين للجوء إلى الوساطة الأسرية وتسوية النزاع عن طريق إبراز الفوائد والنتائج التي تتيحها، حتى في حالة عدم إصلاح ذات البين بين الزوجين وحل الرابطة الزوجية والتي يمكن إجمالها في[2]:

-التخفيف من حدة الفراق بين الزوجين للشعور بالتضامن.

-تصفية النفوس مما كان يكنه كل من الزوجين اتجاه الأخر.

---

1 ماجري يوسف، مرجع سابق، ص254.

2لازية دولنة، حميد فضلي وآخرون، مدخل إلى الوساطة التسهيلية في مجال الأسرة، المعهد العالي للقضاء، مركز كفينفو، المغرب، سنة 2015 ص93.

-الشعور بتحمل المسؤولية ومناقشة الحلول الملائمة في تدبير شؤون الأسرة

-الإحساس بالتضامن بين الزوجين في وضع حلول متفق عليها من طرفهما لشؤون الأطفال.

-خلق ثقافة المساواة بتمكين كل طرف من حقوقه تجاه الأطفال كالزيارة مثلا.

-اختصار الطريق بالاتفاق الودي على المستحقات.

-تفادي التقاضي أمام الجهات القضائية وتصفية الحسابات وما يتولد عنه من قضايا تنتج عن حل الرابطة الزوجية بما لا يحقق الهدف من الأسرة، وبالتالي تخفيف العبء على القضاء.

يتضح من خلال ماسبق انه من الواجب نشر الوعي في المجتمع لاهمية الوسائل الودية لحل المنازعات خصوصا تلك المتعلقة بين الزوجية والرامية لحل الرابطة الزوجية، ومدى مساهمتها في تخفيف العبء على القضاء والمحافظة على الكيان الأسري.

وبعد دراستنا في هذا الباب لدور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الرامية لحل الرابطة الزوجية عن طريق الحكمين، الذي يرجع اصله الى الشريعة الإسلامية والتي اولت له اهمية كبيرة، الذي تبين انه لم يدرج بالشكل المناسب، بالإضافة إلى افتقاره للأحكام الموضوعية والإجرائية، واعتبر وسيلة فاشلة والنقد موجه الى المشرع وليس للوسلية.

وبعد ان تبين محدودية وسيلة الصلح الذي يجريه قاضي شؤون الأسرة بنفسه، وفشل الصلح الذي يجريه عن طريق الحكمين، فلزم الأمر إعادة النظر في الأحكام المنظمة لهما، بما يساهم في الحد من المنازعات الأسرية، وتدعيمها بوسيلة الوساطة لما تمتاز به من صفات تجعلها مبررا لإدراجها في قضايا شؤون الأسرة عموما والقضايا التي ترمي إلى حل الرابطة الزوجية خصوصا، هذا من جهة ومن جهة أخرى إرادة المشرع في إرساء الوساطة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجعلها وسيلة اتفاقية لحل المنازعات الأسرية، والذي لا يعتبر كافيا اذ لم يتم توفير كافة الوسائل القانونية والبشرية والمادية.

خاتمة

الخاتمة

بعد حمد الله تبارك وتعالى والثناء عليه كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وشكره على ما من به علينا بعد إكمال البحث في دور قاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية المتمثلة أساسا في منازعات حل الرابطة الزوجية، وهذه الأخيرة يرجع الحد منها إلى الزوجين بشكل أساسي والذي يكون قبل بناء الزوجية بالتوافق بينهما وأثناء قيام العلاقة الزوجية وحتى بعدها، وطالما أن المشرع الجزائري قيد حل الرابطة الزوجية بالقضاء وذلك حماية للأطراف والأسرة بحد ذاتها إذ وضع وسائل لحل المنازعة قبل الفصل في موضوعا المتمثلة أساسا في الصلح والتحكيم.

ومنح المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة السلطات الواسعة لاتخاذ كافة الإجراءات لمحاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين عن طريق وسيلتي الصلح والتحكيم وأورد النصوص الخاصة بها ضمن قانون الأسرة، وحاول المشرع الجزائري سد النقص في الأحكام الإجرائية الخاصة بقسم شؤون الأسرة والتي من بينها الأحكام الخاصة بالصلح والتحكيم ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 وتوسيع صلاحيات وسلطة قاضي شؤون الأسرة.

ومن خلال دراستنا للموضع اتضح لنا أن إجراءات الصلح بالشكل الذي رصده المشرع الجزائري لم يمكن قاضي شؤون الأسرة القيام بدوره بالشكل والهدف المنشود عن طريق إجراءات الصلح سواء التي يقوم بها بنفسه أو عن طريق الحكمين وتحت إشرافه، ولعل الإحصائيات التي تتناولها الجهات الرسمية خير دليل على ذلك، ومن خلال دراستنا حاولنا قدر الإمكان إبراز أهم الأحكام التي تمكن قاضي شؤون الأسرة في القيام بدوره بالشكل المنشود، وحللنا النصوص والآراء الفقهية لإبراز النتائج المتوصل إليها، خاصة أن المشرع الجزائري استثنى وسيلة الوساطة من المنازعات الأسرية بينما سعت العديد من الدول العربية والإسلامية وحتى الغربية إلى إدراج الوساطة القضائية ضمن وسائل حل المنازعات الأسرية، وكل ذلك مكننا من الوقوف على أهم النتائج المتوصل إليها مع تقديم بعض الاقتراحات والتوصيات نرها ضرورية لذلك.

وتتمثل النتائج المتوصل إليها فيما يلي:

1- لقاضي شؤون الأسرة دور في حل المنازعات يميزه عن الأقسام الأخرى كونه يتعلق بلبنة ونواة المجتمع المتمثل في الأسرة، لهذا أدرج المشرع الجزائري الصلح كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية قبل مناقشة الموضوع والفصل فيه.

2- أدراج المشرع الجزائري إجراءات الصلح بين الزوجين وجعلها وجوبية وإلزامية للقاضي والأطراف وتعتبر من صميم النظام العام، وهو ما أكدته واستقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، والغرض منها محاولة إصلاح ذات البين بين الزوجين من اجل الحفاظ على الكيان الأسرى ويكون بتقديم النصح والإرشاد للزوجين من اجل إيجاد حلول للمنازعة تمكنهما من العدول عن طلب حل الرابطة الزوجية وبالتالي استمرارها والمحافظة على الأسرة.

3- تمييز جلسة الصلح بين الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية بخصائص متعددة ومتميزة؛ إذ جعل لها مدة ثلاثة أشهر تتصف بالمعقولة والمتوسطة، وجعلها سرية لخصوصية العلاقة الزوجية، كما أن المشرع سعى من خلال ق،إ.م.إ بموجب الأمر 05-02 إلى تكريس تكرار محاولات الصلح دون تقييدها بعدد معين وهو ما يجعل لقاضي شؤون الأسرة اختيار التاريخ والتوقيت وعدد المحاولات من اجل إجراء الصلح لمحاولة التوفيق بين الزوجين، كما منح المشرع قاضي شؤون الأسرة إمكانية إشراك الغير في محاولة الصلح متى رأى ذلك مفيدا، وله أن يقوم بكافة الإجراءات للاستماع إلى الزوجين وضمان حضورهما لجلسة الصلح.

4- الأصل في حل الرابطة الزوجية أو الطلاق بأنه حق إرادي للزوج كونه يملك حق العصمة وله ان يوقع الطلاق ويعتبر الحكم القضائي كاشفا له، وباعتبار الطلاق حق إرادي للزوج فان المشرع الجزائري بوضعه القواعد الموضوعية الإجرائية الغرض منها التأكد من سلامة الإرادة هذا من جهة ومن جهة تمكين قاضي شؤون الأسرة في البحث عن مدى وجود طلاق الزوج والتأكد من تاريخ وقوعه، وحتى في حالة وقوع الطلاق فانه لقاضي شؤون الأسرة دور في محاولة إصلاح ذات البين والمراجعة متى كان ذلك ممكن.

5- يعتبر حق الزوجة في حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع حق إرادي يقابل حق الزوج في الطلاق خاصة بعد تعديل النصوص القانونية التنصيص صراحة على عدم اشتراط موافقة الزوج،

غير انه لا يكون واقعا إلا من تاريخ صدور الحكم، ولقاضي شؤون الأسرة دور كبير أثناء محاولة الصلح خاصة أن هذه الصورة من صور دعاوى حل الرابطة الزوجية أصبحت تتزايد بشكل كبير، ويكمن دور قاضي شؤون الأسرة في محاولة معرفة الأسباب ومحاولة التوفيق وإصلاح ذات البين لاسيما أن المادة 451الفقرة 5من ق.إ.م.إ جاءت بأحكام تمكن القاضي من المعاينة وتكييف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، فالمعاينة تقتضي البحث والتحري في طلب الخلع.

6- يعتبر الطلاق بالتراضي صورة من صور حل الرابطة الزوجية والتي تتحد فيها إرادة كل من الزوجين لإحداث الأثر، وخصها المشرع الجزائري بإجراءات خاصة استثناءا عن الإجراءات العادية للدعوى والتي يراقبها القاضي من الناحية الشكلية، كما أن محاولة الصلح تتميز عن باقي الصور الأخرى، فقاضي شؤون الأسرة دور مزدوج إن صح التعبير، إذ من خلاله يمكن للقاضي أن يتأكد من إرادة الزوجين في طلب الطلاق، كما له دور في محاولة الصلح بين الزوجين، وله دور في مراقبة وتفحص الشروط المتفق عليها ومدى توافقا مع أحكام قانون الأسرة وعدم مخالفتها لمصلحة الأولاد.

7- مكن المشرع الزوجة الحق في طلب التفريق من قاضي شؤون الأسرة إذا ما توفر احد الأسباب أو أكثر من الأسباب المنصوص عنها في المادة 53 من قانون الأسرة ،وللقاضي دور ايجابي في الخصومة القضائية، وأصبح يتمتع بسلطات من بينها التكييف القانوني، فهو غير مقيد بتكييف الخصوم، اذ عليه إعطاء التكييف القانوني الصحيح دون الالتفاف إلى القواعد القانونية التي يرتكز عليها الخصوم وبذلك تتحقق الحماية القانونية، دون الإغفال على إجراء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية عن طريق التطليق، كونه إجراء وجوبي وإلزامي وفقا لأحكام المادة 49 من ق.أ.ج.والذي يحاول من خلال إيجاد الحلول وإقناع الزوجة من العدول على طلبها متى تبين له مصلحة للأسرة فيها.

8- أدرج المشرع الجزائري النشوز النابعة أحكامه من الشريعة الإسلامية، والذي يكون من احد الزوجين أو كلهما، والحالة الأخيرة إذا ما ادعى كلا من الزوجين نشوز الطرف الأخر والذي يكون بمناسبة رفع كل من الزوجين دعوى مستقلة ويم ضمهما، فقد يصعب على قاضي شؤون الأسرة الإصلاح ومعرفة المتسبب في المنازعة، مكنه المشرع الجزائري من اللجوء إلى الصلح عن كطريق الحكمين وخصه بإجراءات ويعتبر وسيلة ثانية بعد الصلح الذي يقوم به بنفسه.

9- اتجاه السياسة التشريعية للمشرع الجزائري إلى إرساء الوساطة القضائية كطريق بديل لحل النزاعات في المجالين المدني والجزائي، كما أن الوساطة لها خصائص تميزها عن الوسائل الأخرى، نظرا

لأهميتها في حل المنازعات بطرق ودية وسلسة لتخفيف العبء على القضاء، هذا ما جعل بالباحثين المناداة إلى تطبيقها لحل المنازعات الأسرية، دون الإغفال أن الوساطة تعتبر موروث ثقافي ومن قبيل الأعراف التي ينتهجها المجتمع الجزائري لحل النزاعات والخلافات بين الأشخاص خاصة ما تعلق منها بالمنازعات الأسرية.

10- الاتجاهات الحديثة للدول في إرساء الوسائل البديلة لحل المنازعات بما فيها المنازعات الأسرية وإدراج الوساطة ضمن هذه الوسائل، واشرنا في بحثنا إلى تجارب بعض الدول العربية والإسلامية وحتى الدول الغربية في ذلك أثبتت فعاليتها في الحد من المنازعات، مما جعلنا نساند الآراء الفقهية في إدراج الوساطة لحل المنازعات الأسرية، وهو ما يصبو إليه المشرع الجزائري من خلال المشروع التمهيدي لتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإدراج الوساطة الاتفاقية كطريق لحل المنازعات الأسرية.

11- استحدث المشرع الجزائري من خلال ق.إ.م.إ نصوص قانونية منحت لقاضي شؤون الأسرة صلاحيات واسعة للوصول إلى حقيقة النزاع قبل الفصل في موضوعه، وعلى وجه الخصوص تلك الإجراءات الخاصة بالدعاوى الرامية لحل الرابطة الزوجية، منها المنصوص عنها في المادة 425 التي بموجبها منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة صلاحية الاستعانة بإجراء الاستشارة، كما انه يمكن اللجوء إليه حتى أثناء إجراءات الصلح، ويعتبر النص مخصوص بصلاحيات قاضي شؤون الأسرة دون سواه من قضاة الأقسام الأخرى، مما يتيح له دور واسع لإصلاح ذات البين بين الزوجين، بالاستعانة بالمساعدة الاجتماعية والطبيب الخبير أو أي مصلحة أخرى يرى فائدة منها في الصلح.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها وتعزيزا لبحثنا المتواضع تعين علينا تقديم اقتراحات وتوصيات لمنح قاضي شؤون الأسرة قواعد وأسس تكون أكثر فاعلية للحد من المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية والتي نوجزها كما يلي:

1- إثراء النصوص القانونية الموضوعية والإجرائية المتعلقة بدور قاضي شؤون الأسرة لحل المنازعات وعلى وجه الخصوص المتعلقة بحل الرابطة الزوجية للحفاظ على الكيان الأسري، مع ضرورة توحيد الأحكام بين النصوص الموضوعية والإجرائية تفاديا للتناقض والتباين بن النصوص ورفع اللبس والتأويل والتفسير.

2- النص صراحة على تعلق الصلح بالنظام العام في دعاوى حل الرابطة الزوجية.

3- توحيد الاجتهاد القضائي بالنسبة للأحكام المختلف فيها أسوة بما تسعى إليه المحكمة العليا مؤخرا بإصدار مذكرات المتضمنة توحيد الاجتهاد القضائي لإبراز الدور الايجابي للمحكمة العليا طبقا لأحكام المواد 53، و55 من النظام الداخلي للمحكمة العليا مع السعي لنشرها ضمن مجلة المحكمة العليا وذلك لرفع اللبس والتباين في القرارات.

4- إعادة النظر في شروط تعيين القضاة الذين يترأسون قسم شؤون الأسرة وذلك بان يكون يتمتع بمزايا تؤهله لحل المنازعات الأسرية وبالأخص المنازعات المتعلقة بحل الرابطة الزوجية، سواء من حيث التكوين والتشبع بالدراسات الفقهية والشرعية، ومؤهلات تتعلق بحل المنازعات والتمكن من وسائلها، بالإضافة إلى المؤهلات الشخصية بان يكون على الأقل له الدراية بالحياة الزوجية.

5- تعديل المادة 440 من ق.إ.م.إ "....**ويمكن بناء على طلب الزوجين أو بطلب من القاضي حضور احد أفراد العائلة، أو أي شخص للمشاركة في محاولة الصلح**" يكون الترتيب مساعدة العائلة أولا لتدعيم أواصر القرابة التي تربط أفراده وبقائه في إطار الأسرة، ثم يليها أشخاص خارج العائلة لما يملكونه من مكانة ودور في إصلاح ذات البين، بهذه الصيغة يكون للنص دور اكبر في مساعد قاضي شؤون الأسرة في الحد من منازعات حل الرابطة الزوجية، ويعتبر من قبل الوساطة القضائية.

6- وضع ضمانات كافية تخص تبليغ احد الزوجين في دعاوى حل الرابطة الزوجية ويكون بتعديل نص المادة 441 من ق.إ.م.إ ويكون النص على النحو الأتي" **إذا تغيب المدعى عليه عن جلسة الصلح المحددة رغم صحة تكليفه، أو إذا كان التبليغ غير شخصي، يمكن للقاضي أن يستعين بالنيابة العامة لاستدعائه لحضور جلسة الصلح التي يأمر بتحديدها**"، وبها يضمن تفعيل إجراءات الصلح وتحقيق الغاية منه من خلال حضور الزوجين معا ومحاولة إصلاح ذات البين بينهما وتحقيق الهدف منه.

7-على المشرع الجزائري ضرورة التنصيص صراحة على شروط الإرادة للزوج في إيقاع الطلاق، أو ما يصطلح عليه فقه شروط المطلق

8-إعادة النظر في صياغة المادة 50 من ق.ا حتى تنسجم مع الأحكام المنصوص عنها في النصوص الأخرى خاصة نص المادة 49 من نفس القانون التي تنص على إثبات الطلاق وليس إيقاعه، فمن الأحرى أن

يكون نص المادة على النحو الأتي " **من راجع زوجته أثناء فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد فترة العدة يحتاج إلى عقد جديد، مع مراعاة أحكام المادة 51 أدناه**"

9-تعديل النص المادة 53 بان يكون على النحو الأتي بالنسبة للفقرة الأولى" **عدم الإنفاق بعد صدور حكم يقضي بوجوبه وامتناع الزوج عمدا بتحرير محضر امتناع عن التنفيذ**". حتى يستقيم النص مع المقصود منه ورفع اللبس والتأويل. مع إلغاء الفقرة الثالثة وإدراج محتواه ضمن الفقرة العاشرة، مع ضبط الأحكام الخاصة بالتطليق للحكم على الزوج المدرج في الفقرة الرابعة

10- فيما يخص الصلح عن طريق الحكمين اثراء النصوص الموضوعية والإجرائية خصوصا المتعلقة بسير الصلح عن طريق الحكمين والشروط الواجب توافرها في الحكمين وكيفية إصلاح ذات البين بين الزوجين، وشكل ومضمون التقرير الذي يعدانه.

11-على قضاة قسم شؤون الأسرة الإعتماد على نص المادة 425 من ق.إ.م.إ وجعل الإستشارة طريق للوساطة الأسرية، هذا بالنسبة للوقت الراهن، ومستقبلا على المشرع الجزائري إدراج الوساطة القضائية ضمن قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أجل تدعيم وسيلتي الصلح والتحكيم.

12-ضرورة إنشاء مؤسسات للوساطة الأسرية ومكاتب للإرشاد الاسري مع إحياء الهيئة الوطنية للوساطة الأسرية، ووضع كافة التسهيلات بان تتم عبر الوسائل الحديثة، مع ضرورة تفعيل كافة الأطراف كهيئة الدفاع والمجتمع المدني، ومنح التراخيص للمؤسسات الخاصة.

13-ضرورة تأهيل القاضي والوسيط الاسري في مجال الوسائل البديلة وضمان التكوين في ذات المجال مع الحرص على التكوين المستمر، لمواكبة التطورات الحاصلة

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

اولا: القران الكريم.

ثانيا: كتب الفقه الاسلامي

1. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، حقق و اخرج أحاديثه وعلق عليها: شعيب الارنؤوط، عبد القادر الارنؤوط الجزء الخامس ، الطبعة السابعة والعشرون، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان،سنة1994.
2. أبي البركات احمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، هامشه وتقريرات للعلامة المحقق سيدي الشيخ محمد عليش ، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية.
3. ابي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك، د.ط، د.س.ن،دار المعرف، القاهرة مصر.
4. ابي الحسين علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في مذهب الامام الشافعي ﷺ، تحقيق على محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، طبعة 1، الجزء 12، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1994.
5. ابي محمد عبد الله بن احمد بم محمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، على مختصر ابي القاسم عمر بن حين بن عبد الله بن احمد الخرقي، تحقيق محمود عبد لوهاب قايد، عبد القادر احمد عطية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، مصر.
6. الامام العلامة تقي الدين ابن تيمية(661-728)،الفتاوى الكبرى، تحقيق وتعليق وتقديم محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، المجلد السادس،الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1987.
7. الامام العلامة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، تحقيق محمد امين الصناوي، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة
8. شمس الدين محمد الدين محمد بن الخطيب الشربيني، على متن منهاج الطالبين للامام ابي زكريا يحي بن شرف النووي الشافعي، تحقيق محمد خليل عيتاني، الجزء3، د.ط،د.س.ن، دار المعرفة، بيروت لبنان.

9. صالح عبد السميع الأبي الأزهري: جوهر الإكليل شرح مختصر خليل، د ط، ، مطابع دار الفكر، لبنان. د.س.ن
10. عبد الرحمان البنا الرباني لترتيب مسند الإمام احمد بن حنبل السيباني، ج16، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ط.
11. محمد بن احمد بن محمد بن احمد ابن رشد القرطبي، صححا وقابلها نخبة من العلماء، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، د.ط، دار شريفة، د.ب .ن،د.س.ن.
12. موفق الدين ابي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة، المغنى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض المملكة العربية السعودية، سنة 1997.
13. موفق الدين بن احمد بن قدامة، شمس الدين بن احمد بن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير عل متن المقنع في فقه الامام احمد بن حنبل، الطبعة الاولى، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ب، ن، 1984.

ثالثا: كتب الحديث وشروحه

14. ابي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، احكام القران، راجع أصوله واحاديثه وعلق عليها محمد عبد القادر عطا، القسم الاول من الفاتحة لأخر سور النساء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.س.ن.
15. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري، تقديم العلامة احمد محمد شاكر، ترقيم وترتيب محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة جديدة ومنقحة في مجلد واحد، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، القاهرة مصر ، سنة 2009.
16. الإمام أبو داود، السنن، تحقيق محمد عوامة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، سنة1998، الجزء 3.
17. محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق وشرح احمد شاكر، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، د.س.ن.

رابعا:كتب التفاسير

18. ابي جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري من كتابه جامع البيان عن تاويل آي القرآن، هذبه وحققه وضبط نصه وعلق عليه بشار عواد معروف عصام فارس الحرشاني، المجلد الثاني، الطبعة الاولى، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان،سنة .1994
19. الامام ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي(701 774ه)،تفسير القران العظيم، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، سنة 2000.

20. القرطبي محمد بن احمد الانصاري، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقوسي، الجامع لاحكام القران، الطبعة الاولى، الجز الخامس ،بيروت لبنان، سنة 2006.
21. محمد علاء الدين بن عبد الرحمان، المعروف بالمعروف بالحصكفي، الدر المختار شرح توير الابصار، الجزء الثاني، بهامش حاشية ابن عابدين، ط2، دار الفكر، بيروت لبنان، 1947.
22. محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي، راجع أصله الأستاذ احمد عمر هاشم، الجزء4، مطابع دار اخبار اليوم، د.ط، سنة 1991.

خامسا: المعاجم والقواميس.

1. ابن منظور،لسان العرب،تحقيق عبد الله على الكبير ومن معه،دار المعارف، القاهرة مصر،د.س.ن.
2. ابي الحسن احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، المجلد الأول، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ط، سنة 1979.
3. ابي القاسم بن احمد الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن ابراهيم الحسيني، منشورات دار الحرمين، القاهرة مصر، د.ط، د.س.ن، الجزء 5.
4. احمد زكي بدوي ابراهيم، القاموس القانوني فرنسي عربي، مكتبة لبنان، د.س.ن.
5. بطرس البستاني، محيط المحيط، قاموس مطول اللغة العربية، د.ط، د.د.ن، بيروت لبنان، سنة 1983.
6. الشيخ الإمام محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، د.ط، بيروت، لبنان، 1986.
7. فيليب ابي فاضل، قاموس المصطلحات القانونية (فرنسي عربي) قاموس موسع في القانون والتشريع والاقتصاد، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان،ط1، سنة 2004.
8. القرام ابتسام، المصطلحات في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسة، د.ط، قصر الكتاب، د.س.ن.
9. لفيروز أبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، ط8،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 2005.
10. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الإدارة العامة للعجميات وإحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط،2004.
11. محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي زين الدين، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، الطبعة5 ، المكتبة العصرية، بيروت لبنان.

سادسا:الكتب العامة

1. احمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1974.
2. احمد محمود خليل، الوسيط في تشريعات محاكم الاسرة للمسلمين وغير المسلمين، معلق عليه بحكام محكمة النقض والدستورية العليا، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، سنة 2008.
3. اسماعيل اوبلعيد، الطرق البديلة لتسوية المنازعات ، الطبعة 1، طوب بريس، الرباط المملكة المغربية، سنة 2015.
4. بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق أخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016.
5. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سنة 2011.
6. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، سنة 2011.
7. تانيا خليفة، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان لقدري باشا، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2014.
8. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود المدنية والتجارية –دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية، الطبعة الاولى، سنة 2009.
9. حسن محمود عبد الدايم عبد الصمد، الزواج العرفي بين الحظر والإباحة، دراسة تاصيلية مقارنة،د.ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر سنة 2011.
10. رفيقة حجايلية، قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى غاية سنة 2018 مع بعض التعليقات والنصوص القانونية ذات الصلة، طبعة جديدة وحسنة، بارتي للنشر، سنة 2019.

11. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، القسم الثاني، الطبعة الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2006.

12. سائح سنقوقة، الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيق، وما أل إليه، الجزء الأول، (المواد من 1 إلى 583)، دار الهدى، عين ميلة الجزائر، د ط، 2011.

13. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الاول، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2014

14. سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، الجزء الثاني، منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزائر، 2014

15. سعيد بن محمد هراوة، حماية الأسرة في ظل الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، سامي للطباعة والنشر والتوزيع،الوادي، الجزائر، 2022.

16. سيد عبد النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيقية، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة مصر ، سنة 2019

17. الشيخ على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهر مصر، سنة 2008.

18. عبد الحكيم فوده، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية، .3ط، دار الفكر والقانون ،الإسكندرية مصر،سنة 1999.

19. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني،الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، د.ط، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.س.ن.

20. عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، دار نوفم للنشر،الجزائر، 2009. عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،سنة 2009.

21. عبد العزيز منعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، طبعة 2002.

22. عبد الواحد خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، سنة 1990.

23. قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة لحل النزاعات في الصلح القضائي، -الوساطة القضائية- ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013.

24. كارل سيلييو، الوساطة في حل النزاعات ترجمة علاء عبد المنعم، مراجعة فايزة حكيم، الدار الدولية للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، سنة 1999.

25. كريستوف ومور، عملية الوساطة، استراتجيات عملية حل النزاعات، ترجمة فؤاد سروجي، مراجعة عماد عمر، دار الاهلية للنشر والتوزيع، عمان الاردن، ط1،سنة 2007.

26. مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة الرابعة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، سنة 2010.

27. مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، الطلاق وأثاره، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، ليبيا، سنة 2006.

28. معوض عبد التواب، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية مصر،د.س.ن.

29. موجز السياسات الأسرية، معهد الدوحة الدولي للأسرة، عضو مؤسسة قطر، يونيو 2017

30. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الشامل للأدلة الشرعية و الآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية، الجزء السابع، الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة 2، سنة 1985.

سابعا:الكتب المتخصصة

31. احمد ذيب، قواعد الطلاق وضوابط الفراق، قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقاربة بقانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة الثانية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2017.

32. احمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان سنة 2010.

33. احمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، دون طبعة، 2014.

34. الإمام أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، د.س.ن
35. باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلة، الجزائر، سنة 2012.
36. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مقدمة الخطبة ، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية، الجزء الأول، (الزواج والطلاق)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.
37. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 12010، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2017.
38. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2018.
39. تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، دراسة فقهية مقارنة بقوانين الأحوال الشخصية في بعض البلدان العربية والمحاكم الفلسطينية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2009.
40. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الخامسة، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، سنة2013.
41. صالح بن غانم السدلان، النشوز ضوابطه، حالاته، اسبابه ، طرق الوقاية منه وسائل علاجه في ضوء القران والسنة، الطبعة الرابعة، دار بلنسية للنشر والتوزيع،الرياض، المملكة العربية السعودية، سنة 1996 م.
42. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2018.
43. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، التحكيم العام والتحكيم عند الشقاق الزوجي، دراسة فقهية موازنة مع دراسة نظام التحكيم وقرار هيئة كبار العلماء المتعلق بالتحكيم عن الشقاق الزوجي بالمملكة العربية السعودية والتعليق عليهما، الطبعة الأولى،د.د.ن، سنة 1420 هجري.

44. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986.
45. كريمة محروق، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، الطبعة الأولى، منشورات ألفا للوثائق، الجزائر، 2019.
46. لحسين بن الشيخ اث ملويا، المرشد في قانون الاسرة مدعما باجتهاد المجلس الاعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 الى سنة 2014، الطبعة الثالثة 2015-2016، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2015.
47. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول،الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011.
48. لحسين بن الشيخ اث ملويا، سلسلة دراسات قانونية، رسالة في طلاق الخلع، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، طبعة 2015-2016، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2015.
49. لمحمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، تصنيف محمد زيد الابياني، تحقيق محمد العزازي،الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، سنة 2017.
50. محمد ابن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الخطبة، الزواج: أركانه وأثاره، طرق انحلال ميثاق الزواج والآثار المترتبة على ذلك، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 1998.
51. محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة (انحلال ميثاق الزوجية)، الطبعة الثالثة، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء المملكة المغربية، سنة 2015.
52. محمد حجاري، أحكام الإثبات في انحلال الرابطة الزوجية ومدى كفالتها في حماية العلاقات الأسرية، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، سنة 2015.
53. منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2002.
54. نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة، على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2016.

55. نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، طبعة ثانية، دار فسيلة، الجزائر، سنة 2009.

56. وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، الطبعة الخامسة، دار الفكر، دمشق سورية، سنة 2009.

57. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، طبعة 2009، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع سنة 2008 .

58. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008.

ثامنا: الأبحاث الجامعية والأكاديمية

اطاريح الدكتوراه

1. امينة مساعدية،دور الإثبات في حل النزاعات الأسرية (الزواج والطلاق)، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه ل.م.د، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة لونيسي علي البليدة 2، الجزائر ، السنة الجامعية 2022،2021.

2. براهامي العيد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.

3. بلعبيد نصيرة، اثر الاتفاقيات الدولية على إنشاء الرابطة الزوجية وانحلالها من خلال قانون الأسرة الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة البليدة 02 علي لونيسي، الجزائر، السنة الجامعية، 2018-2019.

4. بن جناحي أمينة، انحلال عقد الزواج بطلب الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، شعبة العلوم القانونية والإدارية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية 2021-2022.

5. بن كعبة عمارية، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين في القانونين الجزائري و المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق واللوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية2020-**2021.**

6. خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة ابو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018.
7. رولا تقي سليم الأحمد، الوساطة لتسوية النزاعات المدنية في القانون الاردني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان، الأردن، سنة 2008.
8. سعدي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الدراسية 2014-2015.
9. شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الدراسية 2013-2014.
10. شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001.
11. عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الأحوال الشخصية-دراسة فقهية قانونية مقارنة-، أطروحة لنيل دكتوراه الطور الثالث في العلوم الإسلامية، تخصص: التفسير والتشريع المقارن، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الدراسية 2019-2020.
12. عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الدراسية 2006-2007.
13. عبد الله مرزوق مانع الفهادي، دور الوساطة في حل المنازعات الأسرية وتحقيق الأمن الإنساني بالمجتمع السعودي، دراسة ميدانية على الأسر السعودية بالمدينة المنورة،أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات الإسلامية والعربية، جامعة الملك خالد بابها، المملكة العربية السعودية، سنة 2022.
14. عبد الله نوح،المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب ومساهمتهما في المرافق العامة، مقاربة انتربولوجية قانونية، أطروحة دكتوراه في القانون، فرع القانون العام، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2008-2009.
15. علاوة هوام، الوساطة بديل لحل النزاعات وتطبيقاته في الفقه الإسلامي وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2012-2013.

16. العيفاوي القايد،التدابير القانونية للحد من التعسف في فك الرابطة الزوجية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائري01، الجزائر، السنة الجامعية 2019-2020.
17. قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.
18. لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرهما على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007.
19. ليلى حمي، اثر الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار الأسري في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة فك الرابطة الزوجية أنموذجا، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في العلوم الإسلامية، معهد العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الوادي الجزائر السنة الجامعية 2023/2022.
20. ماجري يوسف، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، السنة الدراسية 2018-2019.
21. مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تمسان الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010.

رسائل الماجستير

1. ابو القاسم بن الزين، عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الدراسية2014-2015.
2. اندخوشي إبراهيم، التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، دراسة مقارنة، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في القضاء، جامعة المدينة العالمية، كلية العلوم الإسلامية، قسم القضاء والسياسة الشرعية، ماليزيا، 2012.
3. بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع –دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، بتاريخ 2014/05/21.

4. بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات لتقاضي في دعاوى شؤون الأسرة –دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، السنة الدراسية 2011-2012.
5. بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية2013-2014.
6. حمزة علي الشباهي، التحكيم في المنازعات –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية ، ماليزيا، سنة 2016.
7. خالد إبراهيم المسيعديين، أحكام الصلح بين الزوجين(دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني)، رسالة ماجستير في الشريعة، قسم أصول الفقه، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2006.
8. داود نضيرة، النشوز والآثار المترتبة عليه، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الدراسية 2000-2001.
9. زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006-2007.
10. سعيد خنوش، المشارطات العقدية في الزواج، دراسة مقارنة بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري المعدل سنة 2005، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة،جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2010.
11. سلافة احمد عبد القادر صوالحة، دور دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري التابعة للمحاكم الشرعية في الضفة الغربية في الحفاظ على الأسرة الفلسطينية من التفكك ومنح المرأة حقوقها القانونية من وجهة نظر العاملين في الدائرة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، سنة 2017.
12. سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح واثره بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران الجزائر، السنة الدراسية 2011-2012.

13. صافية بولحارس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.
14. صالح حسيني، انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
15. طراد الشريف، استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، د س ط، ص14.
16. عائدة اليرماني غربال،مصلحة الطفل الفضلى من خلال بعض المسائل الأسرية ، رسالة لنيل شهادة الماجستير المتخصصة في حقوق الطفل، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، لبنان،السنة الجامعية 2005_2006.
17. عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2013-2013.
18. عبد الرحيم مقداش، انحلال الرابطة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، سنة 2013.
19. عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم الشريعة والقانون، جامعة وهران، الجزائر، سنة2006.
20. غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة من اجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010.
21. معتصم عبد الرحمان محمد منصور، أحكام النشوز في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين،سنة 2007.
22. نجية زينوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، تاريخ المناقشة 2000/07/08.

23. نين عمارة، سلطة القاضي التقديرية في التعويض الضرر عن الطلاق، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر الوادي الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
24. وائل طلال سكيك، التحكيم للشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، 2007.
25. ياسر محمد مصطفى جابر، التحكيم بين الزوجين، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة بقانون الأسرة القطري، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في الفقه واصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية،جامعة قطر، يونيو2018.
26. يوسفات علي هشام، الخلع والطلاق بالتراضي في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة ، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.

رسائل دبلوم الدراسات المعمقة.

1. بن عزي هجيرة، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، السنة الجامعية 2008-2009.
2. عبد الواحد الرحماني، مسطرة الشقاق في ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المملكة المغربية، السنة الدراسية 2005-2006.
3. محمد الفلاقي، الصلح والطرق البديلة لتسوية النزاعات الأسرية، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة المغرب، السنة الدراسية،2007 2008.

مذكرات نهاية التكوين لنيل إجازة القضاء

1. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة نهاية التكوين لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، المدرسة العليا للقضاء، الفترة التكوينية 2007 2010.
2. ولد عمار نسيم، التطليق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر،2007-2010.

ثامنا: المجلات

1. الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الشعبي الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الثالثة، رقم 146، المؤرخة في 28 مارس 2005.
2. الجريدة الرسمية للمناقشات ،المجلس الشعبي الوطني، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الفترة التشريعية السادسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 6 يناير 2008.
3. الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، السنة الأولى رقم 47.
4. مجلة الأحوال الشخصية، جمع وتعليق محمد الحبيب الشرين، سلسلة الميزان التشريعي طبعة جوان 2004، دار الميزان للنشر، سوسة تونس 2004.
5. المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا ،العدد الثالث، سنة 1991
6. المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الأول، سنة 1993.
7. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 1998
8. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 2001.
9. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 2008.
10. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الثاني، سنة 2008.
11. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 2009.
12. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الثاني، سنة 2009.
13. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 2011.
14. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الثاني، سنة 2011.
15. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة2012 .
16. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 2017.
17. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد الأول، سنة 2021.
18. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، عدد خاص، سنة 2001.
19. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،العدد الخاص، الجزء الأول، سنة 2009.
20. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ،العدد الخاص، الجزء الثاني، سنة 2009.
21. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد الأول، سنة 2006
22. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد الأول، سنة 2007.
23. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد الثاني ، سنة2010.

24. مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الثاني، ، سنة 2012.
25. المحكمة العليا، الرئاسة الأولى،مذكرة متعلقة بتوحيد الاجتهاد القضائي، تحت رقم 2022/491 ، مؤرخة في 12 جويلية 2022،

تاسعا : المقالات

1. إبراهيم إسماعيل الباسي، واخرون،تجربة دولة الإمارات العربية في الإرشاد الأسري، المجلس الاستشاري الأسري بدولة الإمارات العربية المتحدة، سنة 2013 متاح على الرابط https://uafcc.com .
2. ابراهيم بودوخة، أمال بلمولود، القواعد العلمية للوساطة ودورها في حل النزاعات الأسرية، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجاية، الجزائر، المجلد 12، العدد 03، سنة2021.
3. احمد خرطة، الصلح في الطلاق والتطليق بين جوهرية الإجراء ونبل الغايات، مجلة الفقه والقانون، العدد3، يناير 2013.
4. إدريس الفاخوري،واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، مركز ادريس الفاخوري للدراسات والأبحاث القانونية وجدة، متاح على الشبكة العنكبوتية على الرابط : http://cieersjo.com/2017/07/11/
5. أمال علال، الوساطة كوسيلة لحل النزاعات الأسرية بين الموروث الثقافي والواقع القانوني، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 6، العدد 2، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، سنة 2021.
6. بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة، الجزء الأول، العدد 4، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزائر، سنة 2009، ص355.
7. بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، جامعة الجزائر1، العدد 03، الملتقى الدولي، الطرق البديلة لحل النزاعات ، يومي06،07 ماي 2014، الجزائر.
8. بن حمودة مختار، الخلع، شروطه وأثاره بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد الثاني، جامعة غارداية الجزائر 2020.
9. بن داود عبد القادر، الطلاق بإرادة الزوجة حال ما تكون العصمة بيدها ومشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة احمد بن بلة، وهران، المجلد 8، العدد 9،جانفي 2004.

10. بن قوية سامية، الصلح في قانون الأسرة إشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، مجلد 53، عدد 05، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، سبتمبر 2016.
11. بن ناصر يوسف، مدونة الأسرة ، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات مدونة الأسرة، مدينة الدخلة، المغرب، يوم 10 مارس 2004.
12. بوغرارة صالح، بوزيان هواري بومدين، دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية الصورية، مجلة أفاق علمية، المجلد 13، العدد2،المركز الجامعي تامنغست الجزائر .
13. بياض عبد الله، التحكيم بين الزوجين في دعاوى الطلاق من خلال النوازل الفقهية والقانون الوضع، مجلة المدونة، العدد 14، المغرب، أكتوبر 2017
14. جنادي نبيلة، ازدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة وخارجها مقاربة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي احمد زبانة، غليزان الجزائر.
15. حسين عز الدين دياب، الصلح وسيلة لفض النزاعات، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، يومي 06و07 ماي 2014، سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، جامعة الجزائر العدد 03، سنة 2014.
16. حمليل صالح، صديقي الأخضر، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة، جامعة ادرار، العدد 28.
17. حنان عسال، وسيطة أسرية، تجربة الجمعية المغربية لمساندة الأسرة، أشغال المؤتمر الدولي، الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المملكة المغربية، يومي 7 و8 دجنبر 2015.
18. حواس فتيحة، السلطة التقديرية للقاضي في قضايا الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، المجلد 53 العدد 5.
19. خدام هجيرة، حرية المرأة في الاشتراط في عقد الزواج بين الشريعة والقانون، مجلة المعيار، جامعة تيسمسيلت، المجلد السادس، العدد الأول، جوان 2015.
20. خليل عمر، الاشتراط في عقد الزواج بين الفقه الإسلامي والقانون، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، مجلد 52، العدد الثاني، جويلية 2014.
21. دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب، المجلد 1، العدد1، سنة 2011.

22. رابح بن غريب، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية، مجلة تاريخ العلوم، المجلد الرابع، العدد السابع، جامعة زيان عاشور، الجلفة الجزائر، مارس2004.
23. رابح وهيبة، الإجراءات الخاصة المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عباس لغرور خنشلة الجزائر، العدد الثاني ، جويلية 2014.
24. زغودي عمر، عبد الحكيم بوجاني، الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد الأول، جامعة عمار ثليجي، الاغواط الجزائر، بتاريخ 2015/01/15.
25. سعيد خنوش، الإطار التنظيمي لتفعيل دور الحكمين في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة شرعية قانونية مقارنة، مجلة الصراط، العدد السادس وثلاثون، السنة التاسعة عشر، كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، جامعة الجزائر، سنة 2017.
26. سعيد خنوش، تعدد الزوجات بين الضوابط الشرعية والقيود القانونية، دراسة مقارنة ، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، العدد الأول.
27. سفيان سوالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقية واليات تفعيلية، الملتقى الوطني الثامن، حماية الأسرة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحى فارس المدية الجزائر، يومي 04و05 نوفمبر 2015.
28. سليمان بن إبراهيم الاصقه، دور القاضي في إثبات الطلاق، مجلة العدل، العدد27، المملكة العربية السعودية، سنة 1426ه.
29. سهيل الأحمد، التحكيم بين الزوجين حال النزاع والشقاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني والمواثيق الدولية، مجلة جامعة الاستقلال للأبحاث ، البحوث والدراسات الأمنية، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة الاستقلال اريحا، فلسطين، المجلد 5، العدد الأول، حزيرا ن 2020.
30. سوالم سفيان، الصلح بين الزوجين في دعوى الطلاق صعوبات تطبيقية واليات تفعيلية، الملتقى الوطني الثامن، حماية الأسرة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية، الجزائر يومي 04،05 نوفمبر 2015.
31. شامي احمد، الطبيعة الفقهية والقانونية للتطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي والتشريعين الجزائري والمصري، مجلة المعيار، مجلد 6 ، العدد الأول، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2015.
32. شامي احمد، بوراس عبد القادر، إيقاع الخلع بين الضوابط الفقهية والاجتهاد القضائي، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد الاول، جامعة تيسمسيلت الجزائر، ماي 2020.

33. شامي ياسين، التبليغ الرسمي لتكريس حق الدفاع في الخصومة القضائية، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، المجلد 05، عدد01، ديسمبر 2018.
34. شيماء القرنشاوي، تسوية النزاعات الأسرية، خبراء في مهمة إنسانية، جريدة المصري اليوم، مصر بتاريخ 2018/12/07 متاح على موقع الجريدة https://www.almasryalyoum.com/new
35. الصادق بن لخضر جدي، تعدد الزوجات بين الإباحة والمنع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، المجلد الرابع، عدد جوان 2017.
36. صفية حسين، محمد ادير مشنان، الزواج العرفي بين الضوابط الشرعية والإجراءات القانونية، الملتقى الدولي الثاني، المستجدات الفقهية في أحكام الأسرة، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، يومي 24 و25 أكتوبر 2018.
37. عاشور سهيلة، سعيد خنوش، الخلع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، المجلد12، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، افريل 2010.
38. عبد الحفيظ ميلاط، الوساطة في الجزائر بين الموروث الثقافي والواقع والأفاق، أشغال المؤتمر الدولي، الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المملكة المغربية، يومي 7 و8 دجنبر 2015.
39. عبد السلام ذيب، الوساطة في قانون الإجراءات المدنية،مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزء الأول، عدد خاص باليومين الدراسيين، الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم، سنة 2008، يومي 16،15 جوان 2008.
40. عبد الله حاج احمد، التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين –دراسة مقارنة-، مجلة الشهاب، المجلد1، العدد 1، جامعة الوادي الجزائر، سنة 2015.
41. عبد الله عابدي، حق الزوجة في التطليق لعدم الانفاق، مجلة المعيار، العدد الثاني، المركز الجامعي تيسمسيلت، الجزائر، ديسمبر 2010.
42. عبد الله مرزوق مانع الفهادي، دور الوساطة في حل المنازعات الأسرية وتحقيق الأمن الإنساني بالمجتمع السعودي، دراسة ميدانية على الأسر السعودية بالمدينة المنورة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالمنصورة، جامعة الأزهر، مصر، سنة 2022.
43. عبد الهادي لهزيل، فاروق خلف ، التطليق للتعدد والضرر في التشريع الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد الأول، جامعة الوادي الجزائر.
44. عبدو احمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، الجزائر، المجلد الأول، العدد الأول، 2011/01/01.

45. عمر زودة، نظام البطلان في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المحكمة العليا للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد الثاني، قسم الدراسات، سنة 2012.
46. عمرو خليل، نظام تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية بين الإباحة والتقييد، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، العدد 19.
47. العيفاوي القايد، دراسة فقهية للمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة الجزائر، المجلد الأول، العدد الثاني، جوان 2017.
48. كاملي مراد، تقنين الأحكام الشرعية مصلحة شرعية وضرورة حضارية، **مجلة الإحياء**،كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، العدد الثاني عشر، سنة 2008
49. كاملي مراد، قراءة في الإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة المقررة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، مجلة الإحياء، العدد الثالث عشر.
50. كمال سمية، الإنابة القضائية، مجلة الدراسات القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الاغواط، الجزائر، جوان 2015.
51. كمال فنيش، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص، الجزء 2، سنة 2009.
52. لازية دولنة، حميد فضلي وآخرون، مدخل إلى الوساطة التسهيلية في مجال الأسرة، المعهد العالي للقضاء، مركز كفينفو، المغرب، سنة 2015 .
53. لطيفة الشدادي، التراضي على الطلاق بين الإجراءات القانونية وواقع الممارسة العملية، جريدة القانونية الالكترونية، الرابط https://www.alkanonia.com/2018/02/blog-post_16.html
54. لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد 49، عدد3، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر، سبتمبر 2002.
55. محمد شيلخ، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق والتطليق، مجلة القضاء المدني، الجزء الأول، قضايا الأسرة إشكالات راهنة ومقاربة متعددة، الرباط،/ المملكة المغربية.
56. محمد صعابنة، سهيل الأحمد، نطاق التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي وقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، المجلد 10، العدد 17 سبمبر 2018.
57. نبيلة عائشة، إرادة المرأة بإنهاء الرابطة الزوجية"التطليق"، مجلة تحولات، العدد الأول، المجلد الأول، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، سنة 2018.

58. وحيد هداج، احمد شامي، نحو تبني إجراء الوساطة كآلية بديلة لحل النزاعات الأسرية في التشريع الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 08، العدد 01، سنة 2022.
59. يقاش فراس، الوساطة كطريق بديل لحل لنزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد الأول، سنة 2012.
60. يوسف عبد الهادي الإكيابي، دراسة في أحكام الوساطة، مجلة القانونية، هيئة التشريع والرأي القانوني، بالاشتراك مع جامعة البحرين، مملكة البحرين، العدد 8، يونيو 2017.

عاشرا:المحاضرات

1. تشوار جيلالي، مقياس قانون الأسرة الجزائري، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الدراسية 2014-2015.
2. مرمول موسى، محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري على ضوء التعديلات التي أدخلت عليه، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الرابعة حقوق، دون تاريخ.

احدا عشر: المو اقع الالكترونية

1. جريدة المصري اليوم، الرابط : https://www.almasryalyoum.com/new
2. جمعية توافق بالمملكة العربية السعودية الرابط https://www.tawafoq.org/about /
3. المجلس الاستشاري الأسري بدولة الإمارات العربية المتحدة، الرابط https://uafcc.com .
4. المدرسة العليا للقضاء الرابط: http://www.esm.dz
5. مركز ادريس الفاخوري للدراسات والأبحاث القانونية وجدة/ http://cieersjo.com1
6. مركز المعلومات الوطني الفلسطيني، وفاء، الرابط https://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id .
7. مركز المعلومات الوطني الفلسطيني، وفاء،الرابطhttps://info.wafa.ps/ar_page.aspx?id .
8. ميثاق الوساطة الأسرية الدولية، الرابط https://www.ifm-mfi.org
9. وزارة الداخلية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية https://www.interieur.gov.dz.
10. وزارة العدل للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية https://www.mjustice.dz/ar .

اثنا عشر: القو انين الوطنية

11. القانون رقم 04-11، يتضمن القانون الأساسي للقضاء.مؤرخ في 06 سبتمبر 2004، الجريدة الرسمية عدد 57 مؤرخة في 08 سبتمبر 2004.
12. القانون 10-12 يتعلق بالأشخاص المسنين، المؤرخ في 29 ديسمبر 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 79، مؤرخة في 29 ديسمبر 2010.

13. القانون 13-07 مؤرخ في 29 أكتوبر سنة 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55 الصادرة بتاريخ 30 أكتوبر 2013.
14. القانون رقم 14-03،يتعلق بسندات ووثائق السفر.، في 24 فبراير 2014،الجريدة الرسمية عدد 16 مؤرخة في 23 مارس 2014. القانون 01-14 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرق وسلامتها، مؤرخ في 19 أوت 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 46، مؤرخة في 19 أوت 2001، المعدل والمتمم .
15. القانون رقم 22-13 المعدل والمتمم للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 12 يوليو2022، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائري، العدد 48، المؤرخة في 17 يوليو 2022.
16. الأمر رقم 70-20 ، يتعلق بالحالة المدنية.،مؤرخ في 19 فبراير 1970، الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 27 فبراير 1970، الصفحة 274، المعدل والمتمم.
17. قانون عضوي رقم 10-22 متعلق بالتنظيم القضائي، مؤرخ في 9 جوان سنة 2022، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، المؤرخة في 16 جوان 2022.
18. الأمر رقم 75-26، يتعلق بقمع السكر العمومي وحماية القصر من الكحول، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مؤرخة في 09 ماي 1975، عدد 37 مؤرخة في 29 افريل 1975.
19. الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
20. الأمر 15-12 المتعلق بحماية الطفل ، المؤرخ في 15 يوليو 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39، مؤرخة في 19 يوليو2015.
21. المرسوم الرئاسي رقم 96-51 يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ الى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1979،ممضي في 22 يناير 1996 الجريدة الرسمية عدد 6 مؤرخة في 24 يناير 1996.
22. المرسوم الرئاسي رقم 17-143 ،يحدد كيفيات إعداد بطاقة التعريف الوطنية وتسليمها وتجديدها، في 18 أبريل 2017، الجريدة الرسمية عدد 25 مؤرخة في 19 أبريل 2017.
23. الأمر 15-02 يعدل الأمر 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المؤرخ في 23 يوليو 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 40، مؤرخة في 23 يوليو2015.
24. المرسوم التنفيذي رقم 05-303، يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كيفيات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، لجريدة الرسمية عدد 58 المؤرخة في 25 غشت 2005.

25. المرسوم التنفيذي رقم 08-228 ممضي في 15 يوليو 2008،يتضمن انشاء مصلحة المساعدة الاجتماعية الاستعجالية المتنقلة وتنظيمها وسيرها، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 20 يوليو 2008
26. المرسوم التنفيذي رقم 08-409، يتضمن القانون الأساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية، مؤرخ في 24 ديسمبر 2008 الجريدة الرسمية عدد 73 مؤرخة في 28 ديسمبر 2008.
27. المرسوم التنفيذي 09-353، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالتضامن الوطني، مؤرخ في 08 نوفمبر 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 64، مؤرخة في 8 نوفمبر 2009.
28. المرسوم التنفيذي 09-100 المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، المؤرخ في 10 مارس 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، المؤرخة في 15 مارس 2009.
29. المرسوم التنفيذي 16-62 ، يحدد كيفيات تنظيم الوساطة العائلية والاجتماعية لإبقاء الشخص المسن في وسطه العائلي ، المؤرخ في 11 فبراير 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09، مؤرخة في 17 فبراير 2016.
30. المنشور الوزاري 85-14، المؤرخ في 22 أوت 1985.
31. المنشور الوزاري رقم 84-102، المؤرخ في 1984/12/23، المتضمن كيفية تطبيق المادة 8 من قانون الأسرة.

ثلاثة عشر: القوانين الاجنبية

1. القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية جامعة الدول العربية، الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب، وثيقة الكويت ، معتمد بموجب مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادة بالقرار 105-63 بتاريخ 1988/04/04 .
2. مدونة الأسرة المغربية ، القانون 07.03 بمثابة مدونة الأسرة، ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 3 فيفري 2004 ، الموافق ل 12 ذي الحجة 1424،الجريد الرسمية عدد رقم 5184 الصادرة بتاريخ 5 فيفري 2004 الموفق ل 14 دي الحجة 1424
3. قانون رقم 10 لسنة 2004، إصدار قانون إنشاء محاكم الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 12 تابع المؤرخة في 2004/03/18.
4. قانون اتحادي رقم 28 لسنة 2005، صادر بتاريخ 2005/11/19، في شان الأحوال الشخصية المعدل والمتمم بالقانون رقم 2020/09/29

5. القانون 1804 المعدل بالمرسوم رقم 2016- 131، المؤرخ في 10 فيفري 2016، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 35، الصادرة بتاريخ 11 فيفري 2016.
6. قانون رقم 15 لعام 2019، قانون الأحوال الشخصية الأردني، الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، فهرس العدد 5578، بتاريخ 2019/06/02.
7. أمر مؤرخ في 13 أوت 1965، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956 المنقح والمتمم
8. المرسوم المتعلق بمقتضيات مجلس العائلة وتكوينه رقم 2.4.88 الصادر بتاريخ 45 ربيع الثاني 1425 الموافق ل 14 يونيو 2004م، والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5223 بتاريخ جمادى الأولى 1425 الموافق ل 21 يونيو 2004م.
9. قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية رقم 554 لسنة 2021، بشان لائحة التوجيه الأسري، بتاريخ 2021/09/26، الجريدة الرسمية، السنة 51، العدد 712.
10. قرار وزير العدل والشؤون الإسلامية رقم 554 لسنة 2021، بشان لائحة التوجيه الأسري، بتاريخ 2021/09/26، الجريدة الرسمية، السنة 51.
11. المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون محكمة الأسرة 10 لسنة 2004.

اربعة عشر:المقابلات.

1. مقابلات أجريت مع عدد من القضاء على مستوى مختلف الجهات القضائية الجزائري.
2. مقابلات أجريت مع عدد من المحامين الممارسين على مستوى مختلف الجهات القضائية الجزائري.
3. مقابلات أجريت مع عدد من الوسطاء القضائيين على مستوى مختلف الجهات القضائية الجزائري.
4. مقابلات أجريت مع عدد من أئمة مساجد .
5. مقابلات أجريت مع عدد من كتاب الضبط الممارسين على مستوى مختلف الجهات القضائية الجزائري.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

مقدمة 1

الباب الأول 1

دورقاضي شؤون الأسرة في الحد من المنازعات الأسرية عن طريق إجراءات صلح القاضي 1

الفصل الأول 2

إجراءات الصلح في قضايا شؤون الأسرة عن طريق القاضي 2

المبحث الأول 3

ماهية الصلح في دعاوى حل الر ابطة الزوجية.....3

المطلب الأول.....3

مفهوم الصلح في دعاوى حل الر ابطة الزوجية. 3

الفرع الأول 3

تعريف الصلح 3

أولا: تعريف الصلح لغة:.....3

ثانيا: الصلح اصطلاحا:.....4

1- تعريف الصلح في الفقه الإسلامي:.....4

2- تعريف الصلح قانونا 5

أ- تعريف الصلح في الفقه القانوني: 5

ب- تعريف الصلح في بعض القو انين:.....6

ثالثا: تعريف الصلح بين الزوجين 6

الفرع الثاني 9

مشروعية الصلح وتفريقه عن بعض الإجراءات المشابه.....9

أولا: مشروعية الصلح. 9

1- مشروعية الصلح في القران الكريم. 9

2- مشروعية الصلح من السنة النبوية..... 12
3- مشروعية الصلح في الأثروالإجماع..... 13
ثانيا: تمييز الصلح بين الزوجين عن النظم القانونية المشابهة. 14
1- تمييز الصلح في دعاوى حل الرابطة الزوجية عن الصلح كطريق بديل..... 14
أ_أوجه التشابه: 14
ب_أوجه الاختلاف..... 15
ثانيا: تمييز الصلح بين الزوجين عن طريق الحكمان عن الوساطة كطريق بديل. 16
1_أوجه التشابه 16
2_أوجه الاختلاف. 17
المطلب الثاني 18
النظام العام وجلسات الصلح. 18
الفرع الأول 19
إجراء الصلح بين الزوجين من النظام العام..... 19
أولا: تعلق الصلح بالنظام العام من جانب الفقه..... 19
ثانيا:موقف الاجتهاد القضائي المؤيد لإلزامية الصلح وتعلقه بالنظام العام. 22
ثالثا:إلزامية الصلح وتعلقه بالنظام العام في القوانين المقارنة..... 25
الفرع الثاني 27
إجراء محاولة الصلح ليس إجراء جوهري ولا يتعلق بالنظام العام..... 27
أولا:إجراء محاولة الصلح ليس جوهريا ولا يتعلق بالنظام العام من جانب الفقه. 28
ثانيا: الصلح ليس إجراء جوهري من جانب الاجتهاد القضائي..... 31
المبحث الثاني..... 34
دور قاضي شؤون الأسرة في تسيير جلسات الصلح..... 34
المطلب الأول..... 35
شروط وخصائص جلسة الصلح..... 35
الفرع الأول 35
شروط إجراءات جلسة الصلح 35
أولا: قيد دعوى حل الرابطة الزوجية 35

1- شروط وإجراءات رفع دعوى حل الر ابطة الزوجية بطلب من احد الزوجين. 36
2 إجراءات رفع دعوى حل الر ابطة الزوجية في الطلاق بالتراضي. 39
ثانيا: ثبوت العلاقة الزوجية. 42
الاتجاه الأول: الحكم القضائي المثبت للزواج كاف لإثبات العلاقة الزوجية. 43
الاتجاه الثاني: الحكم القضائي المثبت للزواج غير كاف لإثبات العلاقة الزوجية..... 44
الفرع الثاني 46
خصائص جلسة الصلح 46
أولا: انعقاد جلسة الصلح. 46
ثانيا: مدة الصلح وتاريخ سريانها..... 49
ثالثا:سرية جلسة الصلح..... 50
ر ابعا: تكرار جلسة الصلح. 51
المطلب الثاني 53
أطراف جلسة الصلح وخطوات الاستماع إلى الزوجين 53
الفرع الأول 54
أطراف جلسة الصلح 54
أولا: الأطراف الأصلية لجلسة الصلح..... 54
1- الزوجين 54
2 -الوكالة في الصلح. 55
3 القاضي. 57
ثانيا: الأطراف المشاركة في الصلح..... 58
1 أمين الضبط..... 58
2 إشراك احد أفراد العائلة في محاولة الصلح..... 59
الفرع الثاني..... 62
ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح وإجراءات الاستماع 62
أولا: ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح و اثر تخلف احدهما عن الحضور. 63
1- ضمانات حضور الزوجين لجلسة الصلح. 63
2- أثر تخلف احد الزوجين عن جلسة الصلح. 64

أ- اثر تخلف الأطراف من حيث النصوص القانونية..... 65
ب- اثر تخلف احد الزوجين من حيث الممارسة العملية والاجتهاد القضائي..... 66
- غياب الزوج المدعي في دعوى حل الرابطة الزوجية..... 67
- غياب الزوج المدعى عليه في دعوى حل الرابطة الزوجية..... 69
ثانيا: خطوات الاستماع للزوجين..... 70
1- التأكد من هوية الزوجين..... 71
2- سماع المدعي في جلسة الصلح..... 72
3- سماع المدعى عليه..... 73
4 -سماع الزوجين معا..... 73
5-السماع عن طريق الإنابة القضائية..... 74

الفصل الثاني..... 77

دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في مختلف صوردعاوى حل الرابطة الزوجية..... 77
المبحث الأول..... 77
دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية بالإرادة..... 77
المطلب الأول..... 78
دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة
للزوج والخلع..... 78
الفرع الأول..... 78
دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الرابطة الزوجية بالإرادة
المنفردة للزوج..... 78
أولا: تعريف الطلاق..... 78
1-تعريف الطلاق فقها..... 79
2- تعريف الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج قانونا..... 79
ثانيا:دورقاضي شؤون الأسرة في التأكد من شروط إيقاع طلاق الزوج..... 80
1-دورقاضي شؤون الأسرة في التأكد من إرادة الزوج..... 80
أ- طلاق المكره..... 81

ب- طلاق السكران 83
ج- طلاق غير الواعي لما صدر منه. 84
د- طلاق ناقص الأهلية. 84
2-دور قاضي شؤون الأسرة في تحديد تاريخ وقوع الطلاق. 86
أ-حالة إيقاع الطلاق من قبل الزوج قبل قيد العريضة. 87
ب-وقوع الطلاق بتاريخ قيد عريضة الدعوى أو بعدها. 88
الفرع الثاني 91
دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الخلع 91
أولا: الطبيعة القانونية للخلع..... 92
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في تكييف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع. 93
ثالثا: دور قاضي شؤون الأسرة في تحديد مقابل الخلع. 94
رابعا: دور قاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الخلع..... 97
المطلب الثاني 98
دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي..... 98
الفرع الأول 100
مفهوم الطلاق بالتراضي..... 100
أولا: تعريف الطلاق بالتراضي..... 101
ثانيا: الطلاق بالتراضي في الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة. 102
ثالثا: الطلاق بالتراضي في التشريعات المقارنة..... 103
الفرع الثاني 104
خصوصية محاولة الصلح لدعوى حل الر ابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالتراضي . 104
أولا: دور قاضي شؤون الأسرة في مر اقبة العريضة..... 105
ثانيا: الاستماع إلى الزوجين أثناء محاولة الصلح. 107
ثالثا: دور قاضي شؤون الأسرة في التأكد من الإرادة..... 108
رابعا: دور قاضي شؤون الأسرة في محاولة الصلح. 109
خامسا: دور قاضي شؤون الأسرة النظر في الاتفاق. 111

المبحث الثاني 113
دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الر ابطة الزوجية بطلب من الزوجة 113
المطلب الأول 115
دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لمخالفة الالتزامات الزوجية والعيوب. 115
الفرع الأول 115
دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لمخالفة الالتزامات الزوجية 115
أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لعدم الإنفاق..... 115
1- التطليق لعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي..... 116
2- شروط التطليق لعدم الإنفاق. 117
أ- شرط عدم الإنفاق بعد صدورحكم يوجبه. 117
ب- شرط أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج وقت الزواج..... 119
3- دورقاضي شؤون الأسرة أثناء محاولة الصلح في دعوى التطليق لعدم الإنفاق.. 120
ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للهجر..... 121
1- شروط التطليق للهجرفي المضجع وفقا للتشريع الجزائري..... 122
أ- أن يكون الهجرفي المضجع عمدا ومقصودا..... 122
ب- أن يتجاوزالهجر أربعة أشهر..... 123
2- الهجرفي المضجع في الشريعة الإسلامية..... 124
ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للغيبة والفقدان. 126
1- مفهوم الغائب والمفقود..... 126
2-شروط التطليق للغيبة والفقدان..... 127
أ- أن يغيب الزوج سنة فأكثر. 127
ب- أن تكون الغيبة بدون عذر..... 128
ج- أن تكون الغيبة دون نفقة..... 129
الفرع الثاني 130
التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والحكم على الزوج بجريمة. 130
أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للعيوب. 130
1- دورالقاضي في إثبات وجود العيب..... 132

2- دور القاضي في تقدير العيوب. 133
3- دور قاضي شؤون الأسرة في تحديد وقت حدوث العيب ومدى علم الزوجة به. .. 134
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للحكم على الزوج بجريمة 135
1- مبررات تعديل الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة 135
2- شروط التطليق بالحكم على الزوج بجريمة..... 136
أ-صدور حكم بسبب ارتكاب الزوج جريمة..... 136
ب- أن تكون وقائع الجريمة ماسة بشرف الأسرة. 137
ج- أن تصبح العشرة الزوجية والحياة الزوجية أمرا مستحيلا. 138
المطلب الثاني 139
دور قاضي شؤون الأسرة في دعاوى التطليق للضرر وصوره..... 139
الفرع الأول 139
دور قاضي شؤون الأسرة في دعاوى التطليق لمخالفة الأحكام والشروط 139
أولا:دور قاضي شؤون الأسرة في دعاوى التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق.ا. 139
1-تعدد الزوجات في التشريع الجزائري 140
2- شروط التطليق لمخالفة احكام المادة 8 من ق.ا 140
أ- وجود المبرر الشرعي. 140
ب- شرط نية العدل 142
ج-إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل الزوج بها واستصدار الترخيص. 143
ثانيا: دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج..... 146
1-أحكام الاشتراط في عقد الزواج في التشريع الجزائري 146
2- شروط التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها. 147
أ-وجود الشرط 147
ب- أن يخالف الزوج الشرط..... 149
3- سلطة قاضي شؤون الأسرة في تعديل الشروط المتفق عليها..... 149
الفرع الثاني 151
دور قاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لارتكاب فاحشة والضرر..... 151

أولا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق لارتكاب فاحشة مبينة. 151
1- مفهوم الفاحشة المبينة..... 152
2- دورقاضي شؤون الأسرة في تقدير طلب التطليق لفاحشة مبينة. 152
ثانيا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين..... 154
1- مبررات استحداث الفقرة 8 في المادة 53 من قانون الأسرة 155
2- تعريف الشقاق..... 156
3- شروط التطليق للشقاق المستمر 156
أ- شرط الشقاق بسبب الزوج..... 156
ب- شرط الاستمرارية. 158
ج-شرط الضرر 158
ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى التطليق للضرر المعتبر شرعا..... 159
1-شرط وجود الضرر المعتبر شرعا..... 160
2- أن يكون الضرر بسبب الزوج..... 161

الباب الثاني..... 165

دورقاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين وسبل تفعيل الوساطة الأسرية..... 165

الفصل الأول 166

دورقاضي شؤون الأسرة في الصلح عن طريق الحكمين..... 166
المبحث الأول..... 168
أحكام النشوز والصلح عن طريق الحكمين-التحكيم-..... 168
المطلب الأول..... 168
أحكام النشوز..... 168
الفرع الأول 169
مفهوم النشوز 169
أولا:تعريف النشوز 169

1- تعريف النشوزلغة. 169
2- تعريف النشوزفي الفقه الإسلامي. 169
3 -تعريف النشوزفي الفقه القانوني..... 170
ثانيا: حالات النشوز 171
1- نشوزالزوجة..... 171
2- نشوزالزوج 172
3- نشوزالزوجين معا. 173
الفرع الثاني 175
النشوزفي القانون الجزائري والعمل القضائي..... 175
أولا: النشوزفي القانون الجزائري 175
ثانيا: النشوزفي العمل القضائي..... 177
ثالثا:إثبات النشوزعن طريق دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية. 180
1- دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية. 180
2- تحرير محضرالامتناع عن تنفيذ الحكم. 181
3- إثبات وجود السكن لممارسة الحياة الزوجية. 182
4- سعي الزوج إلى تنفيذ الحكم..... 182
رابعا: دورقاضي شؤون الأسرة في دعوى حل الرابطة الزوجية للنشوز..... 183
المطلب الثاني 185
الصلح عن طريق الحكمين _التحكيم_ في الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري... 185
الفرع الأول 186
الإطارالمفاهيمي للصلح عن طريق الحكمين –التحكيم-. 186
أولا: تعريف التحكيم..... 186
1- التحكيم لغة:..... 186
2- تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي:..... 186
3- تعريف التحكيم في الفقه القانوني: 187
4-تعريف التحكيم بين الزوجين..... 189
ثانيا: أهمية الصلح عن طريق الحكمين. 190

ثالثا: شروط اللجوء إلى التحكيم 192
الشرط الأول: وجود الشقاق (الخصام المشتد). 192
الشرط الثاني: عدم ثبوت الضرر 194
الفرع الثاني 196
الصلح عن طريق الحكمين في الشريعة الإسلامية وموقف المشرع الجزائري..... 196
أولا: مشروعية الصلح عن طريق الحكمين. 196
ثانيا: حكم بعث الحكمين..... 197
ثالثا: الصلح عن طريق الحكمان بين الوجوب والجواز في القانون الجزائري..... 200
رابعا: صفة الحكمين. 202
المبحث الثاني
دور قاضي شؤون الأسرة في الإشراف على إجراءات الصلح عن طريق الحكمين..... 205
المطلب الأول..... 205
دور قاضي شؤون الأسرة في سير إجراءات الصلح عن طريق الحكمين..... 205
الفرع الأول 205
دور قاضي شؤون الأسرة في تعيين الحكمين. 205
أولا:مرحلة تعيين الحكمين..... 206
ثالثا:الشروط الشكلية لتعيين الحكمين. 207
رابعا:الشروط المستوجبة في الحكمين. 209
1- شرط الأهلية. 209
2- شرط العدل. 211
3- أن يكون الحكمين من أهل الزوجين..... 212
الفرع الثاني 213
دور قاضي شؤون الأسرة والحكمان في محاولة الصلح..... 213
أولا:آداب الحكمين..... 214
ثانيا:مهام الحكمين. 214
1- التقصي على أصل النزاع والشقاق..... 215
2- محاولة الصلح بين الزوجين..... 216

3- عوارض إجراءات الصلح عن طريق الحكمان. 216
ثالثا: دورقاضي شؤون الأسرة في الآثار الناجمة عن مهمة الحكمان. 218
1-دورقاضي شؤون الأسرة في حالة الصلح عن طريق الحكمان..... 219
2-دورقاضي شؤون الأسرة في حالة عدم الصلح عن طريق الحكمان. 220
3- دورقاضي شؤون الأسرة في تسيير الخصومة بعد عدم الصلح. 222
المطلب الثاني 224
معوقات الصلح عن طريق الحكمان..... 224
الفرع الأول 224
الأسباب القانونية..... 224
أولا: النقص التشريعي في الأحكام الموضوعية..... 224
ثانيا: من حيث شروط اللجوء إلى التحكيم..... 227
1- بالنسبة لشرط وجود الخصام المشتد. 227
2- شرط عدم ثبوت الضرر..... 228
ثانيا: النقص التشريعي في الأحكام الإجرائية. 229
1-بخصوص الإجراءات المتعلقة بتعيين الحكمين. 229
2- بخصوص شروط وصفات الحكمين. 231
بخصوص مهام الحكمين و أثارها 232
الفرع الثاني 233
المعوقات المتعلقة بأطراف الصلح عن طريق الحكمين..... 233
أولا: أسباب تتعلق بالزوجين..... 233
ثانيا: أسباب تتعلق بقاضي شؤون الأسرة. 234
ثالثا: أسباب تتعلق بالحكمين. 235

الفصل الثاني 237

تفعيل دورقاضي شؤون الأسرة للحد من المنازعات الأسرية عن طريق الوساطة 237
المبحث الأول 237
مبررات إدراج الوساطة الأسرية 237

المطلب الأول..... 238
مفهوم الوساطة الأسرية وخصائصها 238
الفرع الأول 238
تعريف الوساطة و أنواعها..... 238
أولا: تعريف الوساطة لغة..... 238
ثانيا:تعريف الوساطة اصطلاحا: 239
ثالثا:التعريف القانوني للوساطة..... 240
رابعا: تعريف الوساطة الأسرية. 243
خامسا: أنواع الوساطة 245
الفرع الثاني 246
خصائص الوساطة الأسرية 246
أولا: السرعة في حل المنازعات..... 246
ثانيا: المرونة في الإجراءات. 247
ثالثا- تخفيف حدة النزاع..... 248
رابعا: السرية. 249
خامسا: قلة التكاليف..... 250
سادسا: تخفيف العبء على القضاء..... 251
المطلب الثاني 252
الوساطة في التشريع والعرف الجزائري والتشريعات المقارنة..... 252
الفرع الأول 252
الوساطة في التشريع والعرف الجزائري. 252
أولا: الوساطة في التشريع الجزائري..... 252
1-الوساطة لتسوية المنازعات المدنية. 252
2الوساطة لتسوية المنازعات الجزائية..... 256
3الوساطة العائلية والاجتماعية. 256
ثانيا:الوساطة الأسرية في المجتمع الجزائري..... 257
1-الوساطة الأسرية ذات الطابع العشائري..... 257

أ- الوساطة الأسرية عن طريق نظام تاجمعت في منطقة القبائل..... 258
ب- الوساطة الأسرية عن طريق مجالس العشيرة..... 259
2- الوساطة الأسرية عن طريق الزوايا و أئمة المساجد..... 260
الفرع الثاني 262
الوساطة الأسرية في بعض التشريعات المقارنة..... 262
أولا:الوساطة الأسرية في بعض الدول العربية. 262
1 الوساطة الأسرية في الولايات المتحدة الأمريكية..... 262
2 الوساطة الأسرية في التشريع الفرنسي..... 264
ثالثا: الوساطة في التشريع الكندي..... 265
ثانيا: الوساطة في التشريعات العربية..... 268
1-الوساطة الأسرية في التشريع المصري..... 268
2 - الوساطة الأسرية في التشريع الفلسطيني..... 269
أ- المركز الفلسطيني للمساعد عل حل النزاعات المجتمعية..... 270
ب-دائرة الإرشاد والإصلاح الأسري في المحاكم الشرعية. 270
2-الوساطة الأسرية في تشريع الإمارات العربية المتحدة. 271
المبحث الثاني..... 273
آليات إدراج الوساطة الأسرة في التشريع الجزائري..... 273
المطلب الأول..... 274
الإطار القانوني للوساطة الأسرية..... 274
الفرع الأول 274
تفعيل الوساطة الأسرية استنادا على نص المادة 425 من ق.إ.م.إ..... 274
أولا: مقومات الوساطة الأسرية ضمن نص المادة 425 من ق.إ.م.إ..... 275
ثانيا: الاستشارة عن طريق المساعدة الاجتماعية..... 278
ثالثا: الاستشارة عن طريق طبيب خبير. 281
رابعا:الاستشارة عن طريق المصالح الأخرى. 282
الفرع الثاني 285
تقنين الوساطة الأسرية في التشريع الجزائري..... 285

أولا: تقنين الوساطة الأسرية في القواعد العامة. 286
ثانيا: تقنين الوساطة الأسرية ضمن النصوص الخاصة. 288
2-قانون تنظيم مهنة المحاماة والمساعدون القضائيين..... 288
المطلب الثاني 289
الإطار المؤسساتي والبشري للوساطة الأسرية 289
الفرع الأول 290
مؤسسات وهياكل الوساطة الأسرية. 290
أولا: أجهزة الوساطة الأسرية القضائية. 290
1-استحداث مكاتب التوجيه الأسري. 290
2- إحياء الهيئة الوطنية للوساطة الأسرية. 292
3- الوساطة عبر الخط. 292
ثانيا: الأجهزة والهيئات غير القضائية. 294
1-تفعيل دور المحامي للوساطة الأسرية 294
2- مؤسسة المجتمع المدني. 295
3-مؤسسات الإرشاد والوساطة الأسرية الخاصة..... 296
الفرع الثاني 298
المؤهلات البشرية للوساطة الأسرية. 298
أولا: تأهيل قاضي شؤون الأسرة. 298
1- التخصص 299
2-المؤهلات الشخصية للقاضي..... 301
ثانيا: تأهيل وتكوين الوسيط الأسري..... 302
1-تأهيل الوسيط الأسري. 302
2 -تكوين الوسيط. 304
ثالثا: تأهيل المتقاضي 306
الخاتمة..... 308
قائمة المصادر والمراجع..... 314
فهرس الموضوعات 339

ملخص

تعتبر المنازعات الأسرية خصوصا التي تحدث بين الزوجين من أهم القضايا التي أولت لها التشريعات السماوية وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية أهمية بالغة وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، وأدرج لها إجراءات لحلها ويكون بطرق ودية تحت إشراف قاضي شؤون الأسرة الذي يتم عن طريق الصلح وجعل منه إجراء وجوبي وإلزامي قبل مناقشة الموضوع.

كما يمكن له تعيين حكمين في حالة ما كان الخصام مشتد بين الزوجين لإجراء الصلح غير أن النصوص القانونية كانت قاصرة في الالمام بكافة الجوانب، مما حد من دور قاضي شؤون الاسرة في الحد من المنازعات بين الزوجين،ظهرت فكرة إدراج وسيلة الوساطة تساهم في تفعيل دور قاضي شؤون الأسرة التي إستثناه صراحة، رغم أنها متأصلة في المجتمع والقانون الجزائري، غير أن بوادر إدراجها مستقبلا نجد لها أثر من خلال مشاريع تعديل القوانين بعد أن أثبتت نجاحها في العديد من الدول.

الكلمات المفتاحية : منازعات أسرية، حل الرابطة الزوجية، قانون الأسرة الجزائري، طلاق، تطليق، خلع.

Résumé :

Les litiges familiaux, en particulier ceux qui surviennent entre les conjoints, sont parmi les questions les plus importantes traitées par les législations religieuses, notamment la loi islamique, ainsi que par les lois séculières. Le législateur algérien a accordé une grande importance à ces litiges et a mis en place des procédures pour les résoudre de manière amiable, sous la supervision d'un juge des affaires familiales, qui favorise la conciliation et en fait une procédure obligatoire avant d'aborder le sujet.

Le juge peut également désigner des médiateurs si le litige entre les conjoints est intense, mais les textes juridiques étaient limités dans leur connaissance de tous les aspects, ce qui a limité le rôle du juge des affaires familiales dans la résolution des litiges entre les conjoints. L'idée d'inclure la médiation a émergé pour renforcer le rôle du juge des affaires familiales, bien qu'elle soit ancrée dans la société et le droit algérien. Cependant, on peut prévoir son inclusion future à travers des projets de modification des lois, après avoir prouvé son efficacité dans de nombreux pays.

Mots-clés : Litiges familiaux, résolution des conflits conjugaux, droit de la famille algérien, divorce, répudiation, khul'.

Summary:

Family disputes, especially those that occur between spouses, are considered one of the most important issues addressed by divine legislations, particularly Islamic law, as well as secular laws. The Algerian legislator has given great importance to these disputes and has included procedures for their resolution, primarily through amicable methods under the supervision of a family affairs judge. This includes making reconciliation mandatory before discussing the issue further. The judge may also appoint mediators in cases where the dispute intensifies between the spouses. However, the legal texts were limited in their understanding of all aspects, which limited the role of the family affairs judge in reducing disputes between spouses. The idea of incorporating mediation as a means to activate the role of the family affairs judge emerged, despite it being deeply rooted in Algerian society and law. In the future, there are indications that mediation will be included through law amendments, as it has proven successful in many countries.

Keywords: Family disputes, marital resolution, Algerian family law, divorce, separation, annulment