جامعة أبــو بــكر بلقــايد – تـلمـســان –

كليـة الحقـوق والعلوم الســـياســـية

قسم القانون الخاصّ

المخبـر المتوسطي للدراســـات القانونـــية

الطرق البديلة لحلّ النزاعات الأسرية بين الزوجين في القانونين الجزائري و المغربي

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصّص القانون الخاصّ

من إعداد الطالبة:

بن كعبة عمّارية

تحت إشراف:

د. بلماحي زين العابدين مشرفا رئيسا

د. بوخاتم آسية مشرفة مساعدة

أعضاء لجنة المناقشة			
الاسم واللقب	الرتبة العلمية	جامعة الانتساب	الصفة
أ.تشوار جيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
د. بلماحي زين العابدين	أستاذ محاضر قسم "أ"	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
د.بوخاتم آسية	أستاذة محاضرة قسم "أ"	جامعة تلمسان	مشرفة مساعدة
أ.تشوار حميدو زكية	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مناقشة
أ.لمزرع عمرو	أستاذ التعليم العالي	جامعة فاس-المغرب	مناقشا
د.نعوم مراد	أستاذ محاضر قسم "أ"	المركز الجامعي مغنية	مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021

﴿ لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ ٱبۡتِغَآءَ مَرۡضَاتِ ٱللَّهِ فَسَوۡفَ نُؤۡتِيهِ أَجۡرًا عَظِيمَا ١١٤ ﴾

سورة النساء. الآية 114.

شكر وتقدير:

أولا الحمد والشكر لله كثيرا طيبا مباركا فيه على توفيقه لإتمام هاته الرسالة المتواضعة راجين منه عز وجل التوفيق والسداد.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف "بلماحي زين العابدين" والأستاذة المشرفة المساعدة "بوخاتم آسية" لقبولهم الإشراف على رسالتي المتواضعة، و الشكر موصول للأستاذ المشرف " لمزرع عمرو" بالمغرب الشقيق لإشرافه علي في فترة التربص.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة.

إلى كلّ من أمدّ لي يد العون ولو بالكلمة الطيبة أو بالدعاء.

وفي الأخير أتمنى من الله عز وجل أن يرشدنا إلى سواء السبيل ويحقق هدفنا النبيل، فإن أصبنا فمن الله وحده وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشيطان.

الطالبة بن كعبة عمارية

إهداء:

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار ... إلى من علمني العطاء بدون انتظار ... إلى من أحمل إسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد ..والدي العزيز "محمد"

إلى بسمة الحياة وسر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة "رحمة "، إلى أخواتي إخوتي، إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ...

أهدي لكم جميعا هذا العمل المتواضع

قائمة أهمّ المختصرات:

أولا– المختصرات باللغة العربية:

ج: الجزء

ج.ر: الجريدة رسمية

د.ب.ن: دون بلد نشر

د.د.ن: دون دار نشر

د.س.ن: دون سنة نشر

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية

ص: الصفحة

ط: الطبعة

ع: العدد

ع.خ: عدد خاص

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية

غ.أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث

غ.إ: الغرفة الاجتماعية

ف: الفقرة

ق.أ: قانون الأسرة

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.م: القانون المدني

ق.إ.ع.م: قانون الالتزامات والعقود المغربي

ق.م.م: قانون المسطرة المدنية

م: المجلة

م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية

مج: مجلد

م.ق: المجلة القضائية

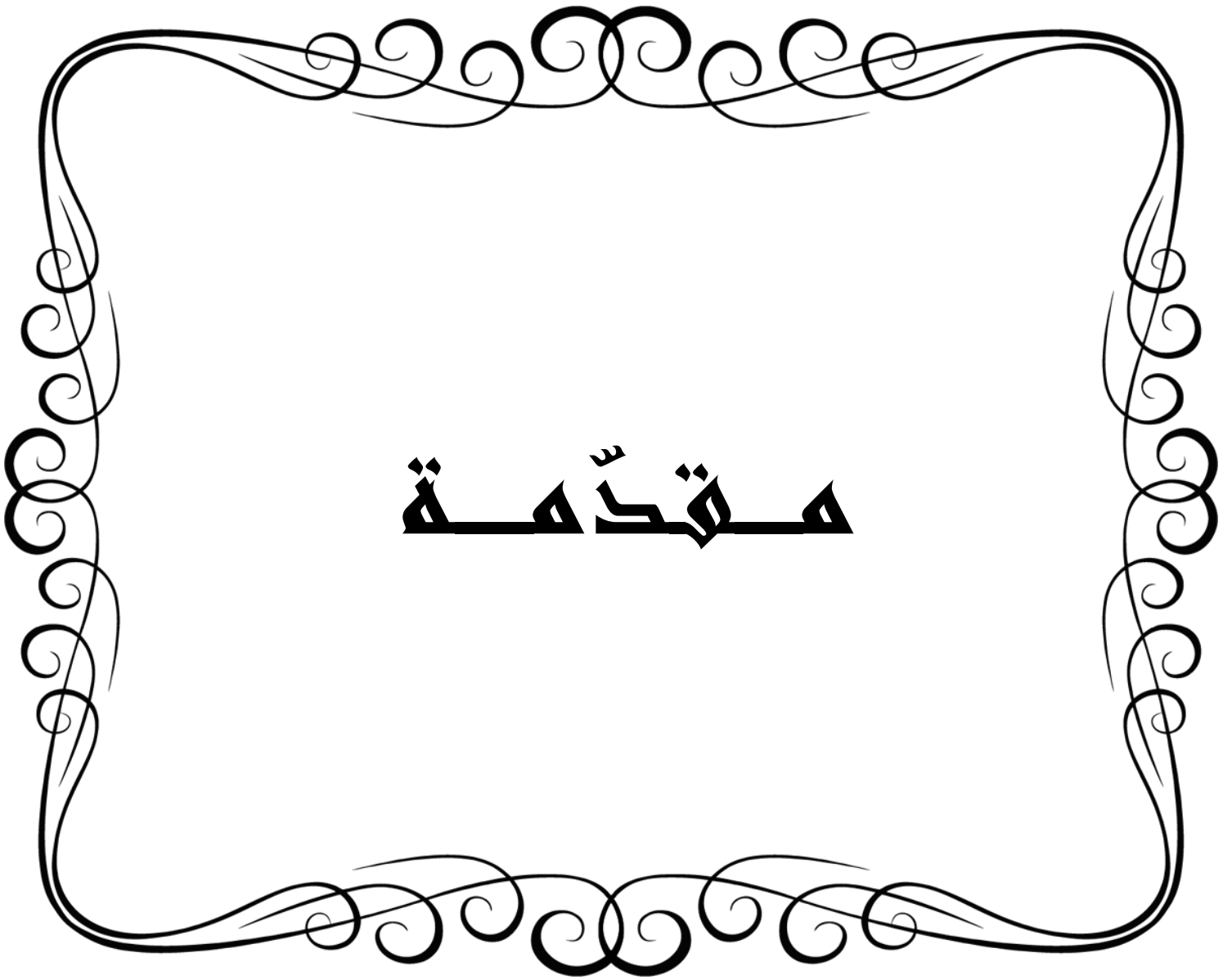
م.ج.ع.ق.إق.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا

ن.ق: نشرة القضاة

ثانيا– المختصرات باللغة الفرنسية:

art. article
éd. édition
n°. numéro
op. cit . ouvrage précédemment cité
p. page



مقدّمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمدٍ أشرفِ المرسلين، خاتم النبيئين محمد صلى الله عليه وسلم وعلى صحابته أجمعين والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

إنّ الزوجين عماد الأسرة، والأسرة عماد المجتمع وقاعدته في الحياة البشرية، وموضعها من المجتمع موضع القلب في الجسد، فبصلاحها يصلح المجتمع وبفسادها يفسد المجتمع، لذا عني الإسلام بالأسرة واعتبر انشاءها ميثاقا غليظا[1]. وقد سمّى الله الزواج بالميثاق الغليظ لقوله تعالى:﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظا ﴾[2].

ومن أجل حفظ المجتمع من العواقب المترتبة عن التفكّك الأسري، فقد سنّت الشريعة الإسلامية الغرّاء نظاما للصّلح والتحكيم غايته إزالة أسباب التنافر والخلاف بينهما وإعادة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من الألفة والمودة وحسن المعاشرة بين الزوجين وقد سارت معظم التشريعات في البلاد العربية على النهج الإسلامي القويم واقتبست منه قوانينها الوضعية [3]، ومنهما التشريعين الجزائري و المغربي.

وتبعا لذلك فقد جاء المشرع الجزائري ببدائل الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] الذي تضمن من بين أقسامه الموزعة على 1065 مادة، كتابا كاملا للطرق البديلة في حل النزاعات و ذلك عن طريق الصلح و الوساطة، بدءا من نصّ المادة 990 إلى نصّ المادة 1005، والتحكيم بدءا من نص المادة 1006إلى نص المادة 1065، بالإضافة إلى المرسوم

[1] أنظر، بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه والقانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.21.

[2] سورة النساء، الآية رقم 21.

[3] أنظر، الحسن بن دالي، دور الحكمين في حسم النزاع بين الزوجين بين احكام المذهب المالكي ونصوص مدونة الأسرة ، مجلة المناظرة، المغرب، ع.10، 2005، ص.46.

[4] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ.25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع.21، مؤرخة في 23 أفريل 2008، ص.89 وما يليها.

التنفيذي رقم 09 – 100 المؤرخ في 2009/03/10 الذي يحدّد كيفيات تعيين الوسيط القضائي[5]. دون أن ننسى الإشارة إلى بعض المواد القانونية ضمن قانون الأسرة التي تتعلق بالصّلح والتحكيم.

و يقصد بالطرق البديلة بصفة عامّة مجموعة من الآليات التي يمكن اعتمادها لحل النزاعات بمشاركة وموافقة أطرافها، و تجرى تحت إشراف القاضي، فهي تلك الطرق أو العمليات المختلفة التي تستخدم لحلّ المنازعات خارج عن نطاق المحاكم.

و الجدير بالذّكر، أنّ الطّرق البديلة لتسوية المنازعات ليست آلية جديدة، وإنّما هي قديمة قدم الإنسانية وكانت موجودة ومفعلة، لكن الجديد هو ضرورتها في وقت يحتاج إليها الجميع على مختلف المستويات والمجالات، هذه الضرورة أفرزتها المعضلة التي يواجهها القضاء منذ أمد بعيد في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم تتجلّى في تراكم أعداد هائلة من القضايا بسبب التأخر في إصدار الأحكام والبطء في حسم النزاعات[6].

كما أنّ الطرق البديلة ليست وليدة التشريع الجزائري ولا التشريع المغربي، وانمّا أخذت بها معظم تشريعات العالم و ظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتنوعة لا تخلو من الغرابة وغير واضحة المعالم أحيانا ولا يمكن تعريفها بشكل دقيق. وقد أطلق عليها الفقه تسميات متعدّدة بحيث أصبحت تفوق ثمانين إسمًا[7]. فاعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي" JUSTICE INFORMELLE"، و أطلق عليها البعض مصطلح قضاء اتفاقي" JUSTICE CONVENUE " ،

[5] المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 2009/03/10 المحدد لكفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر، ع.16، 2009/03/15، ص.03 وما يليها.

[6] أنظر، محمد بلاج، خدمة الوساطة والإرشاد الأسري بالمغرب، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الناشر مركز الدراسات الأسرية والبحث في القيم والقانون، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص.294.

[7] أنظر، علاء أبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات –دراسة مقارنة، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص.52.

وهناك من أسماها قضاء ودي" JUSTICE AMIABLE ". وفي اللغة الفرنسية تعرف بـ : MODES (M A R C) . ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS ". أمّا في كندا فعرفت بمصطلح "SORREL"، وهي اختصار لجملة:" SOLUTIONS DE RECHANGE AU REGLEMENT DES LITIGES "[8]. فكل التسميات السابقة تصبّ في معنى واحد وهو الطريق البديل لحل النزاعات، أي الخيار غير القضائي الذي يلجأ إليه الخصوم لحل نزاعاتهم.

وبهذا الخصوص، هناك عدّة أنواع من الطّرق البديلة أهمّها الصّلح والوساطة والتّحكيم، هدفها حلّ النزاعات بشكل ودّي إمّا باتفاق الأطراف، أو قد يقتضي تدخل القضاء في مرحلة ما، وقد يجد مشروعيته انطلاقا مما تم التعاقد عليه. وإنّ كلاّ من المشرعين الجزائري والمغربي قد أولى اهتماما بهذه الوسائل.

وتظهر أهميّة الطرق البديلة لتسوية المنازعات بصورة واضحة في مسألة النزاعات الأسرية خاصة الزوجية منها، حيث يعتبر الصلح فيها أمرا محبّذا و إجراء ضروريا يتعين على المحكمة طبقا للقانون القيام بمحاولاته قبل لجوئها إلى الحكم بفكّ الرّابطة الزوجية، فهو بهذا المعنى يشكل مبدئيا وسيلة و هدفا في نفس الآن لحلّ هذا النوع من النزاعات.

[8] Loïc Cadiet , Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, révue RLR, Ritsumeikan Law Review , No. 28, 2011 , p.147. Cadiet souligne que L'expression « Modes alternatifs de règlement des conflits », désignée par l'acronyme MARC, est apparue au milieu des années 1990 comme un équivalent français à la notion américaine d'Alternative Dispute Résolution (ADR). Cette expression a fini, progressivement, par s'imposer dans le discours des juristes, de préférence à des expressions concurrentes comme « Solutions de rechange au règlement des litiges » (SORREL), retenue par les juristes québécois, « Résolution amiable des conflits » (des différends ou des litiges), également adoptée par le législateur français (RAC) ou encore « Modes alternatifs de règlement des litiges » (MARL), parfois utilisés en doctrine. Toutes ces expressions pourraient être considérées comme équivalentes, par convention de langage.

كما تتجلىّ أهمية موضوع الدراسة في أنّ اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أصبح أمرا ملحًّا والتّي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات والقضايا العائلية، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات وحاجة إلى السرعة والفعالية في بثّ الخلافات، وحل النزاعات الأسرية، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حلّ خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

فليس بغريب أن تعرف الوسائل البديلة لحلّ النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في البث والحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.

ونظرا لما تحتلّه الوسائل البديلة لحلّ النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي والاجتماعي على مستوى العالم، كما شهده العالم منذ نصف قرن ويزيد من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي، كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة كصيانة الحقوق[9].

ولهذا بدأت الأنظمة القانونية المعاصرة لمعظم البلدان تولي اهتماما بالغا للحلول البديلة لفض النزاعات التي تحدث بين الأفراد، وتبعا لذلك أصبحت تظهر في الأفق ثقافة جديدة بين

[9] أنظر، محمد بن حسين الشيعاني، بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، مج. كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأمير سونكلا، تايلند، 2014/07/10، ع.1/211، ص.19، اطلع عليه بتاريخ 2019/10/10، الساعة: 12:02، على الموقع الالكتروني: www.alukah.net

المواطنين حث عليها المشرع وهي ثقافة الصلح غير القضائي. وجدير بالذكر أنّ الصلح في دراستنا هذه يعتبر طريق أصلي قضائي وطريق غير بديل، لكن باعتبار أهميته وفعاليته في حل النزاعات الأسرية بين الزوجين فقد تمّ تخصيص باب كامل له.

وهكذا يكون دور القضاء بارزا من حيث تفعيل الطرق البديلة لحل النزاعات ويختلف هذا التفعيل بحسب الوسيلة البديلة التي لجأ إليها الخصمان، ففي نظام الصّلح يتأكّد القاضي من إرادة الزوجين في إجراء الصلح. أمّا إجراء التحكيم فيتم إمّا بإرادة القاضي وذلك من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، فهو إجراء ذو حدين واختياري للقاضي وللأطراف المتنازعة. لكن بالرغم من كل هاته الآليات المختلفة إلاّ أنّ القاضي غالبا ما يتحيز لطريق واحد وهو إجراء الصّلح كونه إجراء ملزم له طبقا للقانون.

أمّا في إجراء الوساطة، فّإن قاضي الأسرة ملزم بعرض الوساطة على الخصمين باستثناء قضايا الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه المساس بالنظام العام، حيث يكمن دوره في تعيين الوسيط وتسهيل مهامه وإنهاء مهامه في حالة ما رأى ضرورة لذلك.

وتبعا لذلك، تكتسي الوسائل البديلة لتسوية المنازعات أهمية كبرى، وتحظى بعناية خاصة في التشريعات العربية والدولية، هذه الأهمية والعناية نابعتان من فلسفة تنبني على التعايش بين نظام القضاء الرسمي والأنظمة أو الأجهزة الموازية التي تختلف حسب طبيعة النزاعات وأنواعها، وهو ما يسمح بتفادي أو تجاوز واقع القضاء الرسمي الذي يشكو من العديد من المعيقات، لذلك فالتوجه الحالي في مجال فضّ المنازعات أصبح ينبني على حرية الأفراد في اختيار طريقة تسوية نزاعاتهم بهدف التوصّل لحلول ترضي أطراف النزاع.

وتظهر أهمية الصّلح والتحكيم والوساطة بصفة عامة في أنّها تحتل مكانة متميزة ، نظرا لأنّها تدخل في شتى المجالات والمعاملات المالية، ولها أثر كبير في الأحوال الشخصية ويظهرا ذلك جليا في فضّ النزاع والشقاق بين الزوجين.

كما ينشر الأمن والسلام بين أفراد المجتمع، فعندما يتم حسم النزاع عن طريق الصلح فإنّ ذلك يسهم في نشر الأمن والسلم الاجتماعي بين أفراد المجتمع، لأنّه يستأصل الخصومة ويجمع بين القلوب المتنافرة، ويبعد الخصومة والأحقاد والضغائن عن نفوس الخصوم، وكلّ هذه الأمور لا ينهيها الحكم القضائي بل قد تشعل نار الحقد والكراهية وقد يدفعه ذلك إلى ارتكاب جريمة من أجل استرداد حقه الذي يعتقد به، فيكون من الأجدر أن يتمّ إنهاء الخصومة عن طريق الصّلح[10].

من بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع الدّراسة وهي كثرة قضايا الطلاق حيث وصل عددها إلى 70 ألف قضية من بينها 19 بالمائة كحالات خلع بين منتصف سنة 2018 والثلاثي الأوّل من سنة 2019 في الجزائر حسبما قدمه ديوان الإحصاء الوطني [11]، وكشفت

[10] أنظر، أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية ط.1، دار الثقافة، عمان، 2010، ص.32.

[11] أنظر، آمنة سماتي، 70 ألف طلاق في الجزائر في أقل من سنة، مج الحوار، اطلع عليه بتاريخ 09 ديسمبر 2019، الساعة 06:09، على الموقع الالكتروني: elhiwardz.com، وفي هذا الشأن كشفت وزيرة التضامن الجزائرية أن عدد حالات الطلاق في الجزائر خلال عام 2017 وصل إلى 65 ألفاً و637 حالة، فيما سجلت الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان أكثر من 68 ألف حالة طلاق في 2018 بزيادة قدرها 3 آلاف حالة، مقارنة بعام 2017، ما جعل الجزائر تحتل المرتبة الـ8 عربياً و73 عالمياً.ظاهرة أخرى لا تقل خطورة كشفت عنها الوزيرة الجزائرية، تتعلق بارتفاع حالات الخلع في الجزائر، إذ ذكرت أن 13 ألف جزائرية خلعن أزواجهن في 2018، ما يمثل 19% من العدد الإجمالي لحالات الطلاق في البلاد. و 48.6% من حالات الطلاق تمت "بإرادة منفردة" من أحد الزوجين، و15% برضا الطرفين، و19.8% عن طريق الخلع، و16% تطليقا مباشرا، مشيرة إلى أن حالات الطلاق لم تشمل الشباب فقط، بل تعدت وانتشرت في أوساط المسنين ." .والملاحظ أن الأرقام الرسمية المقدمة، تؤكد تنامي ظاهرة الطلاق في الجزائر بشكل تصاعدي في السنوات الأخيرة، إذ انتقلت من 54 ألفاً و826 في 2012، إلى 54 ألفاً و985 في 2013، و57 ألفاً و461 في 2014، و65 ألفاً في 2015، وسجلت سنة 2016 العدد الأكبر في حالات الطلاق بالجزائر والتي وصلت إلى 70 ألف

احصائيات لسنة 2019 في المغرب أن عدد قضايا الطلاق التي تم تسجيلها في المحاكم الابتدائية بالمدن المغربية وصل عددها إلى 131 ألف، حيث بلغ عدد قضايا (التطليق للشقاق) 12 ألف، فيما وصل عدد قضايا (الطلاق الإتفاقي) إلى 6,081 [12]. ومحاولة معرفة أسبابها والوقوف على الآليات والطّرق المرصدة لحلّ الخلافات بين الزوجين، وتبيان النقائص والثغرات الموجودة في التشريعين الجزائري والمغربي و مقاربتها بالواقع العملي. و البحث عن دوافع ارتفاع نسبة الطلاق و التطليق رغم وجود آليات مختلفة وفعالة متمثّلة في الصّلح و التّحكيم وكذا الوساطة.

وكذا إنّ تراكم و تزاحم القضايا على مستوى المحاكم التي تتعلق بالنزاعات الأسرية، دفعني إلى التطرق لهاته الوسائل البديلة كونها بدائل مخففة للعبء عن القضاء و سريعة الفصل فيها.

ويعتبر اللجوء للطرق البديلة سلوكا حضاريا يعكس تقدّم الأمم، ويحافظ على الأواصر الأسرية، ويحقق السلم بين الأفراد.

حالة. مقتبس من العين الاخبارية، الطلاق في الجزائر، اطلع عليه بتاريخ 2019/02/20 ، الساعة 15:27، على الموقع الالكتروني: https://al-ain.com/article/divorce-in-algeria.

– وشهدت هذه الأرقام ارتفاعا مستمرا حتى وصلت إلى 65 967 حالة مسجلة خلال سنة 2019، أما عن معدل الطلاق و المعرف كحاصل قسمة عدد حالات الطلاق في السنة على عدد الزواجات المسجلة خلال نفس السنة فقد عرف ارتفاعا هو الآخر خلال هذه الفترة حيث سجل 16,23% في 2015 ليرتفع و يصل إلى نسبة 20,94% في سنة 2019 . و هذا الإرتفاع المستمر في حالات الطلاق كان يقابله انخفاض في حالات الزواج حيث سجلت مصالح الحالة المدنية في سنة 2015 : 369 000 حالة زواج لتبدأ هذه الأرقام بتسجيل انخفاض مستمر حتى وصلت إلى 315 000 حالة زواج مسجلة خلال سنة 2019؛ و من المرجّح استمرار تراجع عدد الزيجات حتى آفاق 2030-2025، مقتبس عن. أنظر، أحسن مرزوق، ظاهرة الطلاق في الجزائر إلى أين؟، اطلع عليه على الموقع الالكتروني :https://elwassat.dz ، بتاريخ2021/02/07. الساعة 8:42. وأنظر الملحق، رقم.01، ص.292.

[12] أنظر، محمد حميدا، ارتفاع معدل الطلاق في المغرب بشكل مخيف، اطلع عليه بتاريخ 29 جوان 2021، الساعة 12.25، على الموقع الاكتروني: www.febrayer.com.

غير أنّه وبصدد اعداد هاته الرسالة اعترضتني بعض الصّعوبات والعراقيل من بينها:

– الدراسات التي تتناول موضوع الطرق البديلة لحل النزاعات بين الزوجين في التشريعين الجزائري والمغربي قليلة.

– الصعوبات البحثية والعراقيل التي واجهتني فترة التربص بالخارج بسبب جائحة فيروس كوفيد 19، من اغلاق لكلّ المؤسسات البحثية من جامعات ومكتبات ودور نشر وتجميد جلّ الفعاليات ممّا حدّ من الاطلاع الواسع على المصادر التي تخدم الدراسة، وكذا نقص المراجع المتخصّصة في الموضوع.

– صعوبة الحصول على الإحصائيات والقرارات المتعلقة بالصلح والتحكيم على مستوى المحاكم القضائية.

– عدم الوعي الكافي للمجتمع بصفة عامة وللأسرة بصفة خاصة بأهمية هاته الطرق البديلة لحل النزاعات.

وعليه، على ضوء ما تقدم يمكن طرح الإشكالية الآتية: **ما مدى فعالية الطرق البديلة لحلّ النّزاعات الأسرية بين الزوجين في القانونين الجزائري والمغربي ؟ وهل هي مجسّدة على إطلاقها في الواقع العملي أم هي محدودة التطبيق ؟.**

وتطلب ذلك استخدام عدّة مناهج مهمّة في مجال البحث العلمي ومن بين هاته المناهج المنهج المقارن، حيث تم المقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المغربي من حيث النصوص القانونية والاجتهادات القضائية المتعلقة بموضوع الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية الزوجية، وإبراز الاختلاف و الجديد عند كل من التشريعين وذلك بتبيان أوجه الاتفاق بين التشريعين ومحاولة الإبقاء عليها وعدم مخالفتها، وتبيان أوجه الاختلاف وأسبابها و محاولة تقريب وجهات النظر

وإزالة الاختلاف. وتم حصر موضوع الدراسة وفق حدود مكانية بين القانونين الجزائري والمغربي مع الاستئناس تارة و الأخرى ببعض التشريعات العربية وكذا الغربية. ثمّ المنهج التحليلي الاستنباطي، حاولنا من خلاله تحليل النصوص القانونية، وإبداء النقائص والثغرات التّي غفل عنها المشرع وذلك عن طريق الأخذ بالمسلمة الموجودة في ثنايا الكتب والمراجع المختلفة القانونية ومحاولة البرهنة على صحتها وذلك بردّها إلى أصولها وقواعدها التي استنبطت و استخرجت منه. وتفسير بعض النصوص القانونية وكذا اجتهادات القضاء والنقد لتبيان الاختلاف والقصور عند كل من المشرعين الجزائري والمغربي. و الاستئناس بالمنهج التاريخي كلّما تطلب موضوع الدراسة ذلك، وخاصة أنّ طبيعة الموضوع المتعلقة بالطرق البديلة تتطلب البحث عن تأصيلها التاريخي، قبل دراستها من الناحية القانونية.

استيفاءً لمتطلبات الموضوع، آثرت دراسته وفق خطة ثنائية، تشمل بابين: أمّا في الباب الأول سأتطرق إلى **الصّلح كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين**، ثم سأتناول في الباب الثاني **التّحكيم للشقاق بين الزوجين ورهانات استحداث الوساطة كطريق لحل النزاعات بين الزوجين**.

الباب الأول

الصّلح كطريق بديل لحلّ النّزاعات الأسريّة بين الزوجين

إنّ المتأمّل في كتاب الله وسنّة رسوله عليه أفضل الصلاة والسلام يجد أنّ القرآن الكريم عديدة نظّم العلاقة الزوجية من خطبة وزواج وشقاق وطلاق، وجاءت السّنّة المطهّرة مترجمة للقرآن الكريم من خلال ما عُرض على النبي عليه أفضل الصلاة والسلام من قضايا ومشكلات، وقد حكم فيها بحكم الله فأصلح الاعوجاج[13].

فإذا كان نظام الزواج وجد منذ أن خلق آدم وحواء، فإنّ للزواج أهداف وأسس يقوم عليها ومن أهدافه بناء أسرة متماسكة، كل ذلك استنادا لتعاليم ديننا الحنيف المستمدة من الكتاب والسنة، لكن قد يحدث وأن تهتزّ العلاقة الزوجية ويعترضها بعض المشاكل التي تحول دون إتمام العلاقة الزوجية فيكون فكّ الرابطة الزوجية الطريق أو الحلّ الأخير الذي قد يلجأ إليه الزوجين للحدّ من الشّقاق الذي لا تنعدم فيه الغاية والهدف من الزواج[14].

تبعا لما سبق سأتعرض في هذا الباب إلى وسيلة الصّلح كطريق بديل لفضّ النزاعات بين الزوجان ومنع التفكك الأسري ضمن فصلين، سأتناول في الفصل الأول منهما (**ماهية الصّلح كطريق بديل لحلّ النّزاعات الأسرية بين الزّوجين**). ثم سأتطرق في الفصل الثاني (**إجراءات الصلح والآثار المترتبة على إعماله في دعاوى فكّ الرابطة الزوجية**).

[13] أنظر، حسن محمّد المعلمي، مفهوم الإصلاح في القرآن الكريم، ط.01، دار غيداء للنشر، الأردن، 2012، ص.255.

[14] أنظر، يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص.32.

الفصل الأول

ماهية الصّلح كطريق بديل لحلّ النّزاعات الأسرية بين الزّوجين

بدأت الأنظمة القانونية المعاصرة لمعظم البلدان تولي اهتماما بالغا للحلول البديلة عن الأحكام القضائية لفضّ النزاعات التي تحدث بين الأفراد. ويعتبر الصلح وسيلة عريقة متجدّدة لفضّ النزاعات بطريقة ودية تنهي النزاع وتصون الروابط الاجتماعية وتحقق العدالة في أرقى مظاهرها، نادى به أفلاطون كوسيلة فضلى لإنهاء الخصومات واعتمدته الشرائع السماوية خاصة الشريعة الإسلامية ويقاس اليوم مدى التقدم الاجتماعي للمجتمعات بمدى لجوئها إلى الوسائل الوفاقية لحلّ خلافاتها. والأصل أنّ الصلح من صميم العمل القضائي كمبدأ أصولي عام يلجأ له القاضي اختياريا في فض النزاعات المطروحة عليه، اعتمدته بعض التشريعات مبدءا عامّا وجوبيا كالقانون الفرنسي على سبيل المثال[15]. وهو ما أخذ به التشريعين الجزائري والمغربي باعتبار الصلح إجراء ملزم، وهو ما دفعني للكشف عن مفهوم الصّلح بين الزوجين، و كذا مقارنته مع باقي الأنظمة المشابهة له (**المبحث الأول**)، ثم تبيان الصلح في النزاعات القائمة عند قيام الرابطة الزوجية و كذا عند انحلالها (**المبحث الثاني**).

[15] أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود، الآليات الصلحية في مجلة الأحوال الشخصية، م. القضاء و التشريع، المغرب، ع.04، أبريل 2008، ص.43.

المبحث الأول

مفهوم الصّلح بين الزوجين وخصائصه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له والمسائل الأسرية التي لا يجوز الصلح بشأنها

لقد اهتمّ الإسلام اهتماما بالغا بالأسرة، وأحاطها بمجموعة من المبادئ الكفيلة بدوام استقرارها، إلاّ أن الرابطة الزوجية معرّضة للتفكّك والانحلال إذا ما تسرّب لها الخلاف ولهذا أرشد الإسلام إلى الصلح بين الزوجين، واعتبره سبيلا من سبل الإبقاء على أواصر المودة والرحمة والخير والسداد[16]. فالصلح له مفهوم واضح حيث يتميز بخصائص محدّدة (**المطلب الأول**)، كما يختلف الصّلح عن الأنظمة المشابهة له أو القريبة منه، وما يجب الإشارة إليه أنه توجد مسائل أسرية لا يجوز الصلح بشأنها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مفهوم الصّلح و خصائصه

تحتلّ الوسائل البديلة لحل المنازعات مكانة هامة في الشريعة الإسلامية خاصّة الصلح لأنه يقطع المنازعة، ويحدّ الخصومة ويؤدّي إلى نشر المودّة والوئام بين أفراد المجتمع الإسلامي فبه يحلّ الوفاق محل الشقاق ويقضي على البغضاء بين المتنازعين ولذلك أجمعت عليه جميع مصادر التشريع الاسلامي، فهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع.

[16] أنظر، وفاء بونكاب، دور مؤسسات الصلح غير القضائية في حماية الأسرة، م. القانون المغربي، ع.03، مطبعة دار السلام، الرباط، ص.183.

وبهذا، يعدّ الصّلح وسيلة مهمة في حلّ النزاعات، إذ يتوصّل بواسطته إلى فضّ النزاع بأقلّ جهد ووقت وإلى زرع المودّة، والقضاء على الأحقاد والضغائن بين المتخاصمين، وذلك مصداقا لقوله تعالى:﴿ لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ٱبْتِغَآءَ مَرْضَاتِ ٱللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيما ﴾[17]. ولفهم معنى الصلح أكثر ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرّق في الأوّل منهما إلى تعريف الصّلح من الناحية اللغوية والاصطلاحية، أمّا الثاني منهما سنشير فيه إلى خصائص إجراء الصّلح.

الفرع الأول

تعريف الصلح

إنّ معنى الصّلح يختلف عن التحكيم والوساطة، فكلّ منهم له معنى مختلف، وفي نفس الوقت يعدّ معنى الصلح فضفاض جامع لكلّ مصطلح يعبّر عن الاتفاق والتوافق. وبهذا من أجل التوصّل لمفهوم الصّلح، يجب تحديد تعريف له لغة واصطلاحا (**أوّلا**)، ثم التعرّض إلى تعريفه قانونا (**ثانيا**) في الآتي:

أوّلا– تعريف الصّلح لغة و اصطلاحا:

يصبّ المعنى الحقيقي للصّلح، عند بيانه في اللغة (أ)، وفي الاصطلاح (**ب**) وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي:

[17] سورة النساء، الآية رقم.114.

أ- تعريف الصّلح لغة:

لغة: اسم بمعنى المصالحة وهي المسالمة خلاف المخاصمة وأصله من الصّلاح ضدّ الفساد[18]. يقال **صلح**: الصّلاحُ، صَلح يصلُح ويصلُح صلاحًا وصلوحًا، و**صَلُحَ** : كصَلَحَ. **والصُّلْح**: تصالح القوم بينهم، و**الصُّلح**: السّلم.

وقد اصطلحوا وصالحوا وإصّلحوا وتصالحوا واصّالحوا، مشدّدة الصاد، قلبوا التاء صادا وأدغموها في الصاد بمعنى واحد. وقوم **صُلُوح**: متصالحون، كأنهم وصفوا بالمصدر[19]. و**الصّلاحُ**: بكسر الصّاد: مصدر المصالحة، والعرب تؤنثها، والاسم الصّلح، يذكّر ويؤنّث. وقد اصطلحا وتصالحا واصّالحا أيضا مشدّدة الصّاد[20]. و**الصُّلح**: تصالح القوم بينهم. و**الصَّلاحُ**: ضدّ الطّلاحُ، ورجل صالِحٌ مُصْلِحٌ[21].

ب- تعريف الصّلح اصطلاحا:

لقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة في تعريف الصلح كل حسب رأيه، لكنّهم اتفقوا من حيث معنى الصلح، وهو أن عقد الصّلح هو لفضّ النزاع بين المتخاصمين، كما بيّنوا مشروعيته، وهو ما سوف نذكره في الآتي:

[18] أنظر، الامام براهيم بن محمد ابن ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحار، ج.03، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ص.422.

[19] أنظر، الإمام أبي الفضل جمال الدين محمّد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، مج.02، دار صادر، بيروت، د.س، ص.516-517.

[20] أنظر، أبي نصر اسماعيل بن حمّاد الجوهري، الصّحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، ج.01، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، 1990، ص.565.

[21] أنظر، الصّاحب إسماعيل بن عبّاد، المحيط في اللّغة، عالم الكتب، 1994، ص.459.

1- الصّلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية:

لقد عرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الصّلح كلٌّ حسب رأيه، لكن ما يُلاحظ من خلال قراءة هاته التّعاريف أنّها كلّها تشترك في معنى واحد وهو الإصلاح بين المتخاصمين ورفع النزاع بينهم، والتي سنذكرها بإيجاز:

- عند **الفقه المالكي**: هو الانتقال عن حقّ أو دعوى بعوض لرفع النزاع أو خوف وقوعه[22].

- عند **الفقه الشافعي**: هو عقد يحصل به التوفيق وقطع النزاع[23].

- عند **الفقه الحنبلي**: هو معاقدة يتوصّل بها إلى موافقة بين مختلفين[24].

- عند **الفقه الحنفي**: هو عبارة عن عقد وضع لرفع النزاع[25]. وعرف كذلك بأنّه: عقد يرفع النزاع بالتراضي، أي بتراضي الطرفين المتخاصمين ويزيل الخصومة ويقطعها بالتراضي[26].

إنّ الناظر في تعريفات الصلح عند الحنفية والشافعية والحنبلية يرى بأنّه : « عقد يرفع النزاع »، مع وجود اختلاف في بعض العبارات، إلاّ أنّه بشكل عام لا يؤثر على جوهر التعريف،

---

[22] أنظر، ابن عرفة الرّصّاع، شرح الحدود، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، ج.02، ط.01، بيروت، لبنان، 1993، ص.421.

[23] أنظر الإمام الشافعي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، ج.08، ط.04، دار القلم، دمشق، 1992، ص.169.

[24] أنظر، شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن أبي النجا الحجاوي المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، ط.03، دار الملك عبد العزيز، 2002، ص.365.

[25] أنظر، ابن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، نتائج الأفكار، ج.08، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.423، وأنظر، نفس القول لأبي محمد محمود بن أحمد العنيني، البناية في شرح الهداية، ج.09، ط.02، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.03، وأنظر نفس القول، للإمام براهيم بن محمد ابن ابراهيم الحلبي، المرجع السابق، ص.422.

[26] أنظر، علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، مج.04، دار عالم الكتب، بيروت، 2003، ص.07.

حيث استعمل الفقه الحنفي عبارة: " رفع النزاع "، في حين استعمل الفقه الشافعي عبارة " قطع التنازع"، واستعمل الفقه الحنبلي" معاقدة يتوصّل بها إلى إصلاح بين مختلفين".

وهذه العبارات على تنوّعها متقاربة في المعنى ومقصودة من عقد الصّلح، بينما تعريفات المذهب المالكي غير متّفقة على تعريف موحّد للصّلح، فالملاحظ أنّ "ابن عرفة" في المذهب المالكي قد نصّ على ذكر العوض في الصّلح، أمّا تعريفات الحنفية والشافعية والحنفية فقد أغفلت ذكر العوض في تعريف الصلح[27].

2- مشروعية الصلح:

الصلح جائز ومشروع، وربّما كان مندوبا إليه[28]، مشروعية الصلح ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمّة والمعقول.

في **الكتاب**: قال الله تعالى﴿ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌۗ ﴾[29]. فقد وصفه القرآن بأنّه خير، وذلك دليل على مشروعيته.

أمّا **السنّة**: قوله صلّى الله عليه وسلّم:" الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحا حرّم حلالا أو أحلّ حراما"، وقد انعقد اجماع الأمة على جواز الصلح.

وفي **المعقول**: في ترك الصلح نزاع، لأنّه إذا طلب صاحب الحقّ جميع حقّه فأنكره المدعي عليه وأقام المدّعي البيّنة، يكون ذلك باعثا للنزاع ولاسيما اذا حصل ذلك وقت الإعسار[30].

---

[27] أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص.41.

[28] الشافعي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، المرجع السابق، ص.169.

[29] سورة النساء، الآية 128.

[30] علي حيدر، المرجع السابق، ص.05.

ثانيا– تعريف الصلح في القانون:

عند البحث عن تعريفٍ محدّد للصلح في القانون الجزائري نجد أنّ المشرع لم يعرف الصّلح لا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولا في قانون الأسرة، وإنّما عرّفه في القانون المدني واعتبره عقد من خلال نصّ المادة 459 بقوله:« الصّلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه»، ثمّ نصّت المادّة (462) أيضا على أنّ «الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها»[31]. وبطبيعة الحال هذه التعاريف لا تصبّ في معنى الصلح في شؤون الأسرة، لأنّ الصلح في هذه الأخيرة لا يعتبر عقد وإنّما إجراء.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع تناول الصلح مباشرة ولم يشمله بتعريف، حيث جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة :« لا يثبت الطلاق إلاّ بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى»[32]، فيلاحظ أنّ المشرع ترك الباب مفتوحا لرجال القانون و الاجتهاد لوضع تعاريف للصّلح.

ولقد عرّفه الأستاذ لمطاعي نور الدين بقوله بأنّ: « محاولة الصلح في قانون الأسرة هي عبارة عن إجراء يهدف إلى تقديم النصح و الإرشاد و الموعظة الحسنة للزوج حتى يتمكن القاضي من

[31] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدّل والمتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر، ع.31، مؤرخة في 13 ماي 2007.

[32] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ر، ع.15، مؤرخة في 17 فبراير 2005.

الوصول إلى المبتغى والهدف المنشود ألا و هو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية و استعمال حق الرجعة لا غير»[33].

كما قال الأستاذ عمر زودة في تعريفه بأنّه:« يقصد بمحاولة الصلح هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة اقناع الزوج عن التراجع عن طلبه في الطلاق. وتعد محاولة الصلح عنصرا من العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي وإذا لم يحضر طالب الطلاق للجلسة الصّلحية حكم بإبطال إجراءات الطلاق»[34].

أمّا عند المشرّع المغربي فهو كذلك قد اكتفى بتعريف الصّلح في قانون الالتزامات والعقود المغربي وذلك في نصّ المادة 1098 بأنه :« عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه بنفسه أو بإعطائه مالا معينا أو حقا»[35]. حيث اعتبر الصلح عقد وهو لا يخدم دراستنا هذه كما سبق القول.

وبالنسبة لمدوّنة الأسرة المغربية لم يعرّف المشرع المغربي الصّلح بل أشار له فقط في نصّ المادتين 89 و94 منه، ونصّ على إجراءات الصلح في المواد 82 و83[36] من المدونة والذي سنتطرق له لاحقا ضمن هاته الدراسة.

[33] أنظر، لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص.141.

[34] أنظر، عمر زودة، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص.108.

[35] الظهير 09 رمضان 1331، بتاريخ 12 اغسطس 1913، المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، المعدل بتاريخ 18 فبراير 2016، ج.ر، ع.6440، ص.932. مقتبس عن، من وزارة العدل والحريات، مديرية التشريع المملكة المغربية، ص.222.

[36] أنظر، إجراءات الصلح بين الزوجين، ص.99 وما يليها من هذه الرسالة.

واستنادا إلى ما سبق، يلاحظ أنّه ليس هناك تعريف جامع مانع للصلح في قانون الأسرة الجزائري أو مدونة الأسرة المغربية، لهذا كان من الضروري السعي وراء معرفة الطبيعة القانونية للصلح وتبيان خصائصه (**الفرع الثاني**) في الآتي:

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للصّلح و خصائصه

يختلف مفهوم الطبيعة القانونية للصلح في قانون الأسرة عنه في القانون المدني حيث تكيف الطبيعة القانونية للصلح في هذه الأخيرة على أنّها مجموعة تصرفات عقدية تكون عادة بين أشخاص اعتبارية، لكن ما يهمنا في موضوع دراستنا هو الطبيعة القانونية للصلح في قانون الأسرة (**أوّلا**)، و قد تميّز الصّلح بعدّة خصائص (**ثانيا**) تجعل منه وسيلة مميّزة في حلّ النزاعات بين الأطراف.

أوّلا– الطبيعة القانونية للصلح:

تباين موقف المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الصّلح، بين اعتباره إجراءً جوهريًّا تارة (أ)، ثم إجراءً شكليًّا تارة الأخرى (**ب**). بخلاف المشرع المغربي الذي حسم الأمر باعتبار طبيعة الصلح ذو طبيعة جوهرية.

أ– الصّلح باعتباره إجراء جوهري:

إنّ محاولة الصّلح المنصوص عليها في قانون الأسرة تعتبر إلزامية للقاضي وهي من النّظام العامّ، لكون المشرع في نصّ المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل نصّ على عدم إثبات أو إقامة الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذن إجراء جوهري، فلابدّ منه قبل النطق بحكم الطلاق، ولقد

سبق للمحكمة العليا وأن تعرضت لهذه القضية[37]، ويختلف موقفها قبل صدور قانون الأسرة عن موقفها بعده على المنوال التالي:

1- قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984:

سابقا لم يكن يوجد نصّ يلزم القاضي بإجراء محاولة الصّلح في قضايا الطّلاق أو التطليق، فالصلح كان جوازيّا للقاضي تطبيقا للمادّة 17 من قانون الإجراءات المدنية قبل إلغاءها:" يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت".

2- بعد صدور قانون الأسرة:

اعتبرت المحكمة العليا محاولة الصّلح قبل صدور حكم الطلاق إجراءً جوهريا وهو من النظام العام، ففي قرار لها بتاريخ 1994/01/18 أكّدت ذلك بقولها: " وحيث أنّه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصّلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية ، الشيء الذي ينجرّ عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة..."[38]، كما ورد في قرار آخر للمحكمة العليا، ما يلي :" من المقرر قانونا أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أنّ قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطئوا في تطبيق القانون"[39].

---

[37] أنظر، الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.01، دار هومة، الجزائر، 2005، ص.197.

[38] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/01/18، ملف رقم 96688، ن.ق، 1997، ع.50، ص.80.

[39] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م.ق، 1993، ع.01، ص.65.

فعلى القاضي أن يحاول إجراء الصّلح قبل إصدار حكمه بالطلاق وهذا في مهلة ثلاثة أشهر، وإن تغيّب أحد الطرفين وتعذّر إجراء محاولة الصلح يكون من حقّ القاضي الفصل في النزاع وتحرير محضر عدم الصلح بسبب عدم حضور أحد الطرفين، وعلى ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها صدر في 1997/10/23 بالتأكيد على محاولة الصلح وإن تعذّر على القاضي ذلك لعدم حضور أحد الزوجين يكون له الفصل في الدعوى"[40].

لكن من ناحية أخرى نجد أن فقهاء القانون قد اتفقوا على أنّ الصلح إجراء جوهري، حيث ذهب الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا إلى أنّ محاولة الصّلح: « إلزامية للقاضي وهي من النظام العام لكون المشرع في نصّ المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل نص على عدم إثبات أو إقامة الطلاق إلا بحكم والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا إجراء جوهري، فلابدّ منها قبل النطق بحكم الطلاق»[41]، ثم أضاف أنّ :« إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية»[42]. وذهب الأستاذ العربي بلحاج إلى أنّ:« محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا يجب على القاضي القيام به»[43].

كما يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنّ محاولة الصلح إجباريّة وذلك في قوله: « لما عدّلت المادة 17، أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوى المدنية، ومن ضمنها دعاوى الزواج والطلاق، وأصبحت أيضا اختيارية تخضع لمزاج القاضي وتقديراته، وحسب قلّة أو كثرة القضايا المعروضة عليه. و لكن لما صدر قانون الأسرة خلال سنة 1984 أصبح ينصّ في نص المادّة 49

[40] الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.198-199.

[41] الحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.197.

[42] الحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.199.

[43] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.356.

على أنّ الطلاق لا يثبت إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي»[44]. و يفهم منها أنّها اعتبرت الطلاق غير قائم قبل أن يجري القاضي محاولات الصلح بين الزوجين دون أن يتجاوز ثلاثة أشهر، وبالتالي نستنتج أنّ اجراء الصلح وجوبي وجوهري لقاضي شؤون الأسرة.

في حين رأى الأستاذ لمطاعي نور الدين: « أنّ محاولة الصلح في حقيقة الأمر، ليست إجراء جوهري، من شأنه المساس أو التأثير على الحكم القضائي، المثبت للطلاق لأن الهدف المتوخى من إجراء محاولة الصلح هو تقديم النّصح، الإرشاد والموعظة الحسنة للزّوج من قبل قاضي شؤون الأسرة وهذا حتى يتمكّن هذا الأخير من الوصول إلى المبتغى والهدف المنشود ألا وهو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية، واستعمال حقّ الرجعة المستعمل في عدّة الطلاق الرجعي، وهي مدّة الصّلح »[45].

في المقابل، لقد اعتبر المشرع المغربي الصلح في قضايا الطلاق المادة 81 م.أ.م والتطليق المادة 94 م.أ.م، والخلع المادة 114 و 120 م.أ.م، والتعدد إجراءً جوهريا وجوبيا، فنصت المادة 94 من مدونة الأسرة على أنّه:" إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليها أن تقوم بكلّ المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه". و جاء نصّ المادة 81/ 01 من القسم الثالث الخاص بالطلاق من المدونة:" تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح"، فنص المادة تفيد الإلزام والوجوب لإجراء الصلح بين الزوجين.

و أضافت نصّ المادة 114 من القسم الخاص بالطلاق بالاتّفاق أو بالخلع من مدونة الأسرة ما يلي:" يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط...، تحاول

[44] أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.02، دار البعث للنشر والطباعة، قسنطينة، الجزائر، 1986، ص.346.

[45] أنظر، لمطاعي نور الدين، عدّة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص.141.

المحكمة الاصلاح بينهما ما أمكن"، وجاء في نص المادة 120 من نفس القسم ما يلي:" إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما..."[46]. يفهم من نص المادة أن الصلح الذي يتم هنا بين الزوجين هو الصلح على مقابل الخلع الذي لم يتفقا عليه.

فمن خلال الموادّ أعلاه، يتّضح أن المشرّع المغربي قد تميّز بنوع من التّفصيل والتوضيح من الناحية القانونية أكثر منه من المشرّع الجزائري فيما يتعلق بإلزامية و وجوبية الصّلح بين الزوجين قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية.

في هذا الصّدد، اعتبر المجلس الأعلى المغربي (محكمة النقض حاليا) "إجراء التصالح من النظام العام" وتبعا لذلك قرر المجلس الأعلى فيما يتعلق بالإصلاح بين الزوجين إجراءً جوهريا تفتتح به دعوى التطليق ويترتب على نجاحه إثبات ذلك في أمر تنتهي به الدعوى كما يترتّب على فشله إصدار أمر بعدم التّصالح والإذن بمواصلة الدعوى، ولهذا فإنّ المحكمة لما رفضت الدفع بعدم احترام هذا الإجراء بعلّة أنّه لا يكون ضروريا إلاّ عند قيام الحجة عند الضرر تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض"[47].

ب- الصلح باعتباره إجراء شكلي:

إنّ الواقع العملي أثبت أنّ إجراء الصّلح في بعض الحالات يكون بين أجنبيين بعد انقضاء العدّة، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يتراجع عن موقفه الأوّل، حيث صدرت عدّة قرارات عن

[46] الظهير الشريف رقم 22.04.01، بتاريخ 03 فبراير 2004، المتضمن تنفيذ القانون رقم 03-70 الصادر في 2004/02/03 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، رقم 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004.

[47] المجلس الأعلى، غ.إ، 1980/04/19، قرار عدد 164، ملف عدد 81153، غير منشور. مقتبس عن عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، مارس2007، المغرب، ع.01، ص.229-230.

المحكمة العليا اعتبرت الصّلح إجراء شكلي وليس بالجوهري، ولا ينتج عن إغفال الصّلح بطلان العمل القضائي. ولقد قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03[48] بأنّ:" محاولة الصّلح جوازيه".

كما جاء في قرار للمحكمة العليا و الذي ورد في حيثياته ردّ المحكمة العليا بخصوص محاولة الصّلح طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة كقاعدة إجرائية لصحّة الطلاق ما يلي:" إنّ محاولة الصّلح لا تعتبر شكلا جوهريّا للحكم بالطلاق إنّما محاولة الصّلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ماهي إلاّ موعظة ممّا يجعل الوجه غير مؤسّس" [49]. كما اعتبرت المحكمة العليا أنّ إجراءات الصّلح ليست من الإجراءات الجوهريّة وذلك من خلال القضية (ع.م) ضدّ (ر.أ) حيث أصدرت المحكمة حُكما نهائيا يقضي بالطلاق بين الطرفين والحكم كان حكما نهائيا وبدون إجراء محاولة الصلح بين الطرفين، رغم أنّ الزوجة هي التي طلبت فكّ الرابطة الزوجية. حيث أنّ المحكمة اعتبرت أنّ محاولة الصّلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وأنّ لفظ الطلاق أو التطليق يصدر دائما نهائيا[50].

يلاحظ ممّا سبق، أنّ هذه القرارات اعتبرت إجراء الصّلح هو إجراء شكلي الغرض منه الوعظ والإرشاد، واعتبرته إجراء غير جوهري، وبالتالي ظهر تراجع راديكالي في موقف المحكمة العليا تجاه محاولة الصلح، ولا يمكن إلزام القاضي الأخذ به قبل الحكم بالطلاق ممّا يفيد أنّها غير ملزمة أصلا و لا تتعلق بالنظام العام، فلا يترتب البطلان للحكم الصادر بالطلاق من غير إجراءها.

---

[48] المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1985/06/03، ملف رقم 36962، م.ق، 02، 1990، ع.02، ص.40.

[49] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 216850، م.ق، 2001، ع.خ، ص.100 وما يليها.

[50] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 200198، ن.ق، 1999، ع.56، ص.40، أنظر، يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.83. أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.01، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص.221.

وتعتقد الأستاذة بن قوية سامية:« أنّ القاضي الذي يغفل عن إجراء الصلح في بعض الحالات هو لاعتباره أنّ ما سيقوم به هو مخالف للشريعة الغراء ومخالفة للنظام العام، وكذلك هذا الموقف من المحكمة العليا ينتصر لمبدأ إرادة الزوج في الطلاق والتي تعتبر إرادة حرة ولا تخضع للقانون في حالات معيّنة[51]».

ويمكن القول كذلك أن طبيعة اجراء الصّلح قبل الشّروع في مناقشة دعوى الطلاق المرفوعة من الزّوج أو الزّوجة أو منهما معا هي طبيعة تتّصف بالوجوب والسّرية، وهذا يعني أنّه يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يقوم بمحاولة أو أكثر لعرض الصّلح على الزّوجين وتبصيرهما بما يمكن أن يترتّب عن الطلاق من آثار سيئة وعواقب وخيمة عليها وعلى أولادها وعلى أسرة كلّ منهما، على أن يقوم القاضي بمحاولات الصّلح لمرّة أو لعدّة مرّات خلال جلسة سريّة في مكتبه أو في أي مكان مناسب لا يحضرها إلا أفراد العائلة إذا رغب الزوجان في ذلك[52].

ومن وجهة نظري أؤيد قرارات المحكمة العليا وآراء فقهاء القانون الذين اعتبروا إجراء الصلح ذو طبيعة جوهرية وجوبية ملزمة للقاضي واعتباره من النظام العام عملا بأحكام الشريعة الاسلامية وحفاظا على أواصر الأسرة من التفكّك، وأخالف كلّ رأي اعتبره مجرد اجراء شكلي كون هذا الرأي يحطّ من قيمة اجراء الصّلح ويبعث على عدم العمل به من قبل القاضي و يعتبره مجرّد إجراء جوازي غير ملزم.

وبالتالي أرى أن الصلح باعتباره اجراء وجوبي جوهري فهو ليس طريق بديل لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين وإنّما هو طريق أصلي وملزم للقضاء.

---

[51] أنظر، بن قوية سامية، الصلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية، م.ج.ع.ق.إق.س، الجزائر، ع.خ، ص.336 وما يليها.

[52] أنظر، العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الاولاد في الفقه الإسلامي، ط.01، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر، الجزائر، 2013، ص.88.

لا يكفي تحديد طبيعة الصلح لمعرفة ماهيته بل يجب التطرق لخصائصه فالصلح يتميز بخصائص (**ثانيا**) معينة يستشفها القاضي عند محاولاته الصلح بين الزوجين، وهو ما سيتناول في الآتي:

ثانيا– خصائص إجراء الصلح:

يتميز عقد الصّلح بجملة من الخصائص والتي سنبيّنها في الآتي:

أ– وجود نزاع قائم أو محتمل:

البديهي غالبا لكي يكون هناك صلح، لابدّ من وجود نزاع واقع بين الطرفين، سواء طرح أمام القضاء أو لم يطرح، ويريد الطرفين المتخاصمين الصّلح بينهما لحفظ العلاقة التّي تجمعهما والمتمثلة في علاقة الزّوجية. هو ما أقرّته المحكمة العليا بقولها:" من المقرّر قانونا أنّ الصّلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كلّ منهما على وجه التّبادل عن حقّه"[53].

ومن المقرر أيضا أنّه :"ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادّعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائيّة".

وعادة ما يكون النّزاع بين الزّوجين متمثل في رفع دعوى طلاق باختلاف صورها أمام المحكمة، ولقد نصّت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على صور الطلاق بقولها:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتمّ بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزّوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

[53] المحكمة العليا، 1994/04/19، ملف رقم 103637. مقتبس عن، أنظر، لوعيل أمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، ط.02، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.71.

ولقد استقرّ في المبادئ الأساسية أنّ القاضي لا يباشر عمله إلاّ بناءً على طلب، فلا يمكن له القيام بإجراء الصلح إلاّ بعد أن يتقدم الزوجان أو أحدهما بطلب الطلاق أو التطليق وفقا للشكل الذي يحدده القانون، وبعد تقديم الطلب تأتي مرحلة استدعاء الزوجين[54]. و دعوى الطلاق ترفع بواسطة عريضة أمام قسم شؤون الأسرة وتودع في أمانة الضبط بمحكمة مكان وجود المسكن الزوجي، ونستشف هذا الشرط من عبارة:"... ولا يثبت الطلاق إلا بمحاولات الصلح..." وهذا يعني وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء قبل القيام بالصّلح[55].

وهو ما جاء في نصّ المادّة 81 من مدونة الأسرة المغربية حيث نصت على ما يلي :" تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الصلح"، فيفهم من هذه الأخيرة أنّ الإجراء الذي تقوم به المحكمة هو استدعاء الزوجين بعد حضورهما لجلسة الصلح حيث تقوم بالمناقشات في غرفة المشورة، وكذا الاستماع إلى مزاعم كل من الزوجين، وكذا الشهود وكل من ترى فيه فائدة وهذا ما جاء في نص المادة 82 من نفس القانون[56].

ب- إلزامية الصلح من القاضي:

نصّ المشرّع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا يثبت الطلاق إلا بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاث أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج الصّلح ، يوقّعه مع كاتب الضبط والطّرفين".

[54] أنظر، فاطمة الزهراء القيسي، دور الصلح في حماية الأسرة، رسالة في الدراسات المعمقة، تخصص قانون خاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2006-2007، ص.16.

[55] بن قوية سامية، المرجع السابق، ص.330.

[56] جاء في نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية:" عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه...".

فالصّلح إجراء وجوبي يتمّ في جلسة سريّة وهو ما جاء في المحكمة العليا بقوله:" محاولة الصلح في دعوى الطلاق، تتم وجوبا أمام المحكمة فقط"[57]، حيث يقوم القاضي الناظر في موضوع الدعوى باستدعاء الزوجين إلى مكتبه بواسطة محضر قضائي أو عن طريق استدعاء بواسطة أمانة الضبط، أو بأي طريقة يراها مناسبة كأن يقوم القاضي بإعلام الزوجين بتاريخ جلسة الصلح شفوياً في جلسة من جلسات المحاكمة[58].

ولقد أكّدت المحكمة العليا ذلك بقولها:" من المقرّر قانونا أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون"[59].

وإن عدم إجراء الصلح بين الزوجين يعد خطأ في تطبيق القانون وهو ما نصّت عليه المحكمة العليا:" من المقرر قانونا أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون"[60].

وعليه، يحدّد القاضي تاريخ إجراء جلسة الصّلح الذي فيه يستمع إلى كل زوج على انفراد ليتسنّى له عرض ما له عن مأخذ على زوجة الآخر، ثم يستمع إليهما مجتمعين من أجل مواجهة

[57] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 372130، م.م.ع، 2007، ع.02، ص.463.

[58] أنظر، شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005- 2008، ص.10-11.

[59] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، م.ق، 1991، ع.03، ص.71.

[60] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م.ق، 1993، ع.01، ص.65.

أقوالهما ومحاولة تقريب موقفهما، كما أنه يمكن للقاضي بناءً على طلب أحد الزوجين حضور أحد أطرف العائلة للمشاركة في محاولة الصلح[61].

وهو الإجراء الذي استحدث بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 -09 بناءً على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظراً لخصوصية النزاع وسريته ومراعات تقاليد الأسرة الجزائرية[62]، كما يجوز للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير بعد محاولة صلح جديدة حسب المادة 442 قانون الإجراءات المدنية.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري كان أكثر وضوحا من المشرع المغربي في ما يتعلق بمسألة من يقوم بمبادرة الإصلاح بين الزوجين.

فالمشرع المغربي لم يبين من يشرف على إصلاح ذات البين بين المتنازعين، أ هيئة المحكمة المشكلة تشكيلا ثلاثيا؟ أم يتعلق الأمر بقاض منفرد ينبثق من تلك الهيئة؟.

هنا لم يجب المشرع المغربي لا في مدونة الأسرة ولا في قانون المسطرة المدنية عن هذا الإشكال؟، وفي نظرنا وأمام سكوت المشرع فإنّ المسألة تندرج في إطار سلطة المحكمة التقديرية والتي لها أن تنهج هذا الاتجاه أو ذلك، حسب ما تقتضيه ظروف كل نزاع على حدة، وحسب ظروف المحكمة نفسها، مع العلم أنّ المشرع المغربي يخاطب المحكمة من خلال مقتضيات المادة 82 المحال عليها [63]. فحسب نصّ المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية، فإنّ محاولات الإصلاح

[61] أنظر، عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط.02، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص.297.

[62] أنظر، بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط.02، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص.336.

[63] تنص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه:" عند حضور الطرفين، تجرى المناقشات بغرفة المشورة بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه. للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات، بما فيها انتداب

تتمّ عمليا إمّا تلقائيا من جانب المحكمة، أو عن طريق انتداب الحكمين، أو بواسطة مجلس العائلة، أو بواسطة من تراه المحكمة أهلا للقيام بتلك المهمّة، ذلك أنّه قد تعترض مسألة تعيين الحكمين أو مجلس العائلة عوائق ما [64].

و للإشارة، فإنّ المشرع المغربي قد وضع عدّة خيارات بالنسبة للمؤسّسات الإصلاحية التي تقوم بالإصلاح بين الزوجين على عكس المشرع الجزائري الذي حصرها في مؤسسات محددّة متمثلة في القاضي، وحضور أحد أفراد العائلة والحكمين فقط في حالة اشتداد الخصام بين زوجين.

ت- رضى الزوجين لإجراء الصلح:

إنّ الصّلح باعتبار الغاية منه رفع النزاع و قطع الخصومة بين المتصالحين برضاهما، فان عنصر التراضي فيه ضروري ولازم ، شأنه في ذلك شأن باقي العقود المدنية الأخرى، ممّا يجعل منه نموذجا لتطبيق بعض القواعد المرتبطة بنظرية العقد عليه ، بحيث إذا شابه عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس، يمكن نقضه من طرف الطرف المتضرر وفقا للقواعد القانونية المقررة لكل عيب من هذه العيوب.

ومن مظاهر رضائية إجراء الصّلح بين الزوجين في دعاوي الشّقاق، أن العوض فيه يكون في شكل تنازل متبادل لكلّ منهما عن حقه في كلّ ما يدعيه بشأن النزاع القائم بينهما، و تعهده على معاملة الآخر معاملة حسنة وفق ما تقتضيه المعاشرة بالمعروف عن طواعية و اختيار و على سبيل التسامح بينهما. فليس هناك في القانون ما يفيد الوجوب في اللجوء إلى الصلح من طرف

حكمين أو مجلس العائلة، أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وفي حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصّلح تفصل بينهما مدّة لا تقل عن ثلاثين يوما...".

[64] أنظر، محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، ط.02، دار الآفاق المغربية للنشر، الدار البيضاء، 2015، ص.166-167.

الزوجين، لذلك فالمحكمة لا يمكنها أن تباشر محاولات إصلاح ذات البين بينهما إلا بعد استشارتهما و موافقتها و تأكّدها من ذلك .

وما يجدر التأكيد عليه، أن إجراء الصلح طبقا للمنهج الإسلامي المتكامل بخصوص إنهاء النزاعات بين الزوجين، يقوم على أساس مبدأ التراضي بينهما، كما يستنتج ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[65]، فالآيتين الكريمتين تتضمنان ألفاظا توحي بتحبيب الصلح للزوجين لحل خلافاتهما وديا مع إزالة كل ما يشعر بالإلزام في اللجوء إليه، حتى تكون النفوس سمحة تريد أن تتصالح على الخير ومستحضرة لكل المشاكل الناجمة عن تفكك الأسرة، مما يعكس سموّ التشريع الإسلامي في معالجة النشوز والشقاق بين الزوجين[66].

المطلب الثاني

تمييز الصلح عن الأنظمة المشابهة له والمسائل الأسرية التّي لا يجوز الصّلح بشأنها

للوهلة الأولى يتبادر للقارئ أنّ نظام الصّلح يتشابه مع أنظمة أخرى قريبة منه باعتبارها وسائل لحلّ النّزاع ولهم نفس الفعاليّة شأنها شأن الصّلح، لكن عند البدء بالمقارنة بين هاته الأنظمة و الآليات يتبين أنّ هناك عدّة فروقات تميزها عن الصّلح وتخرجها من خانة التشابه الكلّي، و نجد هذا التّمييز عادة بين الصّلح و التّحكيم و الوساطة (**الفرع الأول**)، وبالرجوع

[65] سورة النساء، الآية رقم. 35

[66] أنظر، سوالم سفيان، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه و آليات تفعيله، الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 04 و05 نوفمبر سنة 2015، ص.06.

لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّ المشرع قد حدّد مسائل معينة لا يجوز الصّلح بشأنها وهي تتعلّق بشؤون الأسرة وكلّ ما يتعلق بها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تمييز الصّلح عن التحكيم و الوساطة

يتميز الصلح عن التحكيم (**أولا**) و عن الوساطة (**ثانيا**) بجملة من الفروقات والتي تجعلنا نتخلى عن فكرة التشابه الفعلي بينهم.

أولا- تمييز الصلح عن التحكيم:

عند محاولة المقارنة بين الصلح و التحكيم يظهر لنا للوهلة الأولى بأنهما بديلين متشابهين وليس هناك مجال للمقارنة بينهما. لكن في الحقيقة هو أنّ هناك عدّة نقاط يلتقيان عندها (أ)، وأخرى يختلفان فيها (**ب**).

أ- أوجه الشبه بين الصلح و التحكيم:

1- يتّفق الصلح مع التحكيم في أنّ كليهما يعدّ وسيلة من وسائل حسم النزاع دون اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة.

2- كما يتشابه الصّلح مع التحكيم في أنّه يشترط أن يكون هناك نزاع قائم بين الزوجين.

3- يعتبر كل منهما إجراء تمهيدي للحكم بالطلاق وكلاهما يأمر به القاضي[67].

[67] بن قوية سامية، المرجع السابق، ص.328.

4- إنّ إعمال الصلح والتحكيم يساهم في سرعة البث في الخصومة، كما أنّهما يقومان على مبدأ التراضي وهو ما يجعل الأطراف بعد النزاع وبعد النظر في خصومتهم على سرور متقابلين محافظين على المودة وعلى ما بينهم من حسن المعاشرة[68].

ب- أوجه الاختلاف بين الصلح و التحكيم:

1- إنّ الصلح يقتضي التنازل عن كلّ أو بعض ما يتمسّك به طرفا عقد الصلح، أمّا في التحكيم فلا يتنازل الخصوم كلهم أو بعضهم عن كلّ أو بعض ما يتمسكون به، بل يحكم المحكم في النزاع، ويكون حكمه ملزما لمن صدر ضدّه .

2- الصلح يتمّ بحوار مباشر بين الأطراف أو ممثليهم، فهم لا يختارون شخصا يتولى مهمّة التوفيق بينهم بتقديم مقترحات تتمّ مناقشتها من قبلهم، ولكن الأطراف يتصدّرون مباشرة لمناقشة جوانب نزاعهم والتوصّل إلى حلّ وسط يرضي كافّة الأطراف، وإذا تدخّل شخص ثالث بينهم للصلح (المصالح) فهو لا يملك اتخاذ قرار فاصل في النزاع ، بل إنّه يسعى إلى تقريب وجهات نظر الطرفين للتوصل إلى حلّ وسط يرضيهما معًا.

3- كما أنّ المعيار المميّز بين المحكّم والمصالح هو أنّ الأوّل يتميّز بمركز قانوني خاصّ بمقتضاه يملك صلاحية إصدار قرار ملزم للأطراف المحتكمة أمامه، أمّا المصالح فإنّه على العكس من ذلك، لا يملك مثل هذا القرار، بل كلّ ما يملكه هو أن يعرض ما لديه من اقتراحات لتسوية النزاع على الطرفين كل على حدة، ويناقشها مع كلّ واحد منهما، وينقل النتيجة من طرف إلى طرف، وعندما يتم التوصل إلى اتفاق يأخذ صورة عقد الصلح.

[68] أنظر، جلول دليلة، الوساطة القضائية في القضايا المدنية و الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.25.

4- زيادة على ذلك إنّ عمل المحكّم ينتج عنه حكم قضائي ملزم للطرفين، ويتمتع بخصائص الأحكام القضائية، أمّا عمل المصلح فينتج عنه عقد صلح يتمّ توقيعه بالتراضي بين الطرفين المتنازعين[69].

5- حسب القواعد العامّة أنّ حكم المحكّم يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المختلفة بنفس طرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام، أمّا عند الصلح يلزم أطرافه وغير قابل للطعن على الإطلاق باعتباره تدوين اتفاق[70].

6- إنّ الصلح يحتاج إلى تصديق من طرف القاضي ليكون قابلا للتنفيذ، في حين يكون التحكيم قابلا للتنفيذ دون حكم التصديق من القاضي[71].

ثانيا- تمييز الصلح عن الوساطة:

تعرّف الوساطة بأنّها وسيلة اختيارية يتمّ اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أيّ مرحلة من مراحل الخصومة القضائية للوصول إلى الحلول المناسبة للنزاع[72]. من هذا التعريف نتساءل هل هناك أوجه تشابه (أ)، أو اختلاف بينها وبين الصلح (**ب**)؟.

أ- أوجه التشابه بين الصلح و الوساطة:

1- يتفق الصلح والوساطة بكونهما من الطرق البديلة لحل النزاعات[73].

---

[69] أنظر، محمد السيد عرفة، الصلح والتحكيم وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط.01، دار الحامد، عمان، 2014، ص. 36-38.

[70] أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص.128.

[71] أنظر، بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.02، الجزائر، 2012، ص.373.

[72] بوضياف عادل، المرجع السابق، ص.360.

[73] أنظر، العايب لبنى، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة.24، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2013-2016، ص.27.

2- إنّ الصلح والوساطة وسيلتان اختياريتان لفض المنازعات بين طرفي النزاع بعيدا عن اللجوء إلى قضاء الدولة. فكلّ منهما يجد مصدره في اتفاق الأطراف على فضّ النزاع بينهما.

3- كما يجمع بين الصلح والوساطة في أنّهما يتمان بحوار مباشر أو غير مباشر بين طرفي النزاع أو ممثليهما لمناقشة النزاع، أي يجمع بينهما حوار مشترك.

4- كذلك بالنسبة لمجال تطبيق الصلح والوساطة فهو متطابق فلا يجوز الصلح أو الوساطة في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، لكن يجوز الصلح أو الوساطة في المسائل المالية التي تترتب عليهما.

5- كلّ من الوساطة والصلح لهما أثر كاشف بالنسبة لحقوق طرفي النزاع، لأنّ كلّ طرف يكون على علم بما هو مقدم عليه، لذا فكلاهما يتطلب أهلية التصرف في أطرافه، كما يتطلب وكالة خاصّة لإبرامه[74].

ب- أوجه الاختلاف بين الصلح و الوساطة:

1- يجوز لطرفي النزاع اللجوء إلى القضاء بعد عملية الوساطة بخلاف الحال بعد الصلح.

2- يترتب على عقد الصلح حسم وإنهاء المنازعات بمجرد إبرامه، بينما اتفاق الوساطة لا ينهي النزاع وإنّما ينتهي بقبول طرفي النزاع للتوصية وتوقيعهما عليها مع الوسيط.

3- في الوساطة لابدّ من تدخل ثالث وسيط لفض النزاع، بينما في الصلح لا يشترط وجود طرف ثالث محايد بل قد يتمّ الصلح بواسطة طرفي النزاع أنفسهما أو عن طريق ممثليهما[75].

4- هناك اختلاف بينهما أيضا في مدى تدخل الوسيط و القاضي الذي يقوم بالصلح في النزاع، حيث أن الوسيط يقوم باقتراح مشاريع حلول على الخصوم لكن بدون أن تكون له سلطة فرض الحلّ مثل القرار القضائي، بينما في الصلح يقتصر دور القاضي في محاولة التوفيق بين

[74] أنظر، خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، ط.02، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص.73.

[75] خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق، ص.74.

وجهات النظر ليتفق الخصوم على حلّ مرض للجانبين، فللوسيط دور أكثر حيوية و نشاط بالمقارنة مع دور القاضي كونه يعرض الحلول على الخصوم [76].

5- محضر الوساطة سند تنفيذي بعد المصادقة عليه عن طريق أمر قضائي، بينما محضر الصلح سند تنفيذي بمجرد التأشير عليه[77].

8- تختلف الوساطة القضائية عن الصلح من حيث أن محضر اتفاق الخصوم في الوساطة والموقع من طرفهم يشترط فيه القانون مصادقة القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن حتى يصبح سندا تنفيذيا، وهذا ما نصت عليه المادة 1004 ق.إ.م.إ، أما محضر الصلح الموقع من طرف الخصوم والقاضي وأمين الضبط فيعدّ حسب المادة 993 من القانون نفسه سندا تنفيذيا بمجرّد إيداعه بأمانة الضبط[78].

بالنسبة لكلّ من المشرعين الجزائري والمغربي لم يحددا الاختلاف الحاصل صراحة بين الصلح والتحكيم والوساطة لكن عند الرجوع للقوانين المنظمة لهاته الوسائل البديلة يمكن أن نستشف الفروقات الحاصلة بينهم. وهو ما سنبينه لاحقا من خلال هاته الدراسة. لكنّه من ناحية أخرى قد حدّد المسائل التي لا يجوز الصلح عليها وفق نصوص قانونية.

فالأصل أنّ الصلح يعتبر قائما في كل المسائل التي تقبل الصلح عليها، لكن هناك استثناء دائم عن القاعدة الأصلية وهي أنّه هناك مسائل لا تقبل الصلح عليها كونها من النظام العام، وبالتالي فماهي هاته المسائل؟.

---

[76] Gresy Jean-Edouard, Analyse juridique des notions voisines de la médiation, À la recherche d' une possible cohérence, Cahier de la Revue Personnel ANDCP , 1999, p. 07.

[77] أنظر، هرادة عبد الكريم، الصلح و الوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري، نشرة المحامي لمنظمة سطيف، 2009، ع.09، ص.28.

[78] أنظر، محمد الطاهر بلموهوب، الوساطة القضائية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، 2016-2017، ص.56.

الفرع الثاني

المسائل التي لا يجوز الصلح بشأنها

إذا كان الصّلح يعدّ آلية فعّالة لتسوية الخلافات الأسرية، فإنّه لا يمكن إعماله كوسيلة لحل جميع الخلافات، فبالرجوع لنصّ المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية نجد أنّها ألزمت القاضي بعرض الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمّالية وكلّ ما من شأنه المساس بالنّظام العام.

على خلاف ذلك، فإنّ الصلح وإن كان يشترك مع الوساطة في عدم جوازهما في كلّ ما من شأنه أن يمس بالنظام العام فإنه جائز في كل المجالات الأخرى ماعدا المسائل غير المالية المتعلقة بالحالة الشخصية وهذا ما نصّت عليه المادّة 461 من القانون المدني وعلى هذا الأساس لا يجوز للخصمين أن يتصالحا على البنوّة أو الأبوة بالنفي أو الاثبات أو على صحة الزواج أو بطلانه أو عن الإقرار بالجنسية أو نفيها غير أنه يجوز التصالح على الحقوق المالية المتولدة عن حالة الأشخاص كالتنازل عن الحق في التركة أو التنازل عن قيمة النفقة دون التنازل عن صفة الوارث أو عن الحق في النفقة [79].

كما أنّ المشرع المغربي تدخل بموجب نصوص قانونية حدّد خلالها القضايا الأسرية التي لا يجوز اعتماد الصّلح بشأنها وذلك من خلال قانون الالتزامات والعقود الذي نظّم عقد الصلح، وفي هذا الإطار ينصّ الفصل 1100 من قانون الالتزامات والعقود على أنّه:" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية

[79] أنظر، محمد بودريعات، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، حوليات جامعة الجزائر 01، ع.03، 6 و7 ماي 2014، ص.95.

أو على المنافع التي تنشأ الجريمة". كما ينصّ الفصل 1102 من نفس القانون على أنّه :" لا يجوز الصلح على حقّ النفقة. وإنّما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحقّت فعلا ".

ويتّضح من خلال نصّ الفصل 1100 ق.إ.ع، أنّ المشرع استثنى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، أو بالنظام العام، من القضايا التي يمكن التصالح بشأنها.

ويقصد بالقضايا المتعلقة بالحالة الشخصية مجموع الصفات التي يتميز بها الشخص في الدولة وفي الأسرة، أي المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية بحيث يقع باطلا كل اتفاق بين الأفراد يعدل من أحكام حالة الشخص المدنية، وتدخل ضمنها المسائل المتعلقة بالجنسية، والحالة المدنية، والوصايا، وأحكام الإرث، وصحة الزوج أو بطلانه أو على حق الحضانة.

وجاء في قرار للمحكمة العليا أنّه :" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية- سماع رأي الولد المميز إجراء جوهري يجب احترامه قبل الحكم المادة 461 من القانون المدني , والمادة 124 من قانون الأسرة - من المقرر قانونا أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام لا ومن ثم فإن قضاة الموضوع باعتمادهم على وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها وتخييرها بين البقاء عند مربيها أو الذهاب لوالدها رغم أنه تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون واستحقّ قرارهم النقض"[80].

كما لا يجوز الصلح على الأهلية، ومن كان غير أهل لا يجوز له أن يصالح غيره على أنّه أهل، أو كان أهلا لا يجوز له الصلح النزول عن أهليته، ولا يجوز الاتفاق صلحا على التعديل من أحكام الأهلية، فهي كلها مسائل لا يجوز أن تكون محلا للصلح لعدم إمكانية التصرف فيها.

أمّا الفصل 1102 ق.إ.ع، فقد جعل من حق النفقة حقا لا يجوز الصلح بشأنه، باستثناء ما يتعلق بطريقة أدائها أو أداء أقساطها المستحقة، وعليه يجوز لمن له حق النفقة على غيره أن

[80] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21/05/1991، ملف رقم 71801، م.ق ،ع.01، 1996 .

يتنازل عما يستحقه من نفقة مدة معينة، لا أن يتنازل عن حق النفقة ذاته، فإذا وقع الصلح عن حق النفقة ذاته كان الصلح باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام[81].

ممّا تقدم يُستنتج أنّ مصطلح الصّلح فضفاض وواسع لكن حاولنا تحديد إطاره القانوني من خلال حصره فقط في قانون الأسرة الجزائري و مدوّنة الأسرة المغربية، بل أكثر من ذلك فقد دفعنا فضولنا القانوني إلى الغوص أكثر في تفاصيل هذا الطريق البديل لحل النزاعات بين الزوجين عند قيام الرابطة الزوجية و كذا عند انحلالها من خلال المبحث الآتي.

المبحث الثاني

الصّلح في النّزاعات القائمة عند قيام الرّابطة الزّوجية وعند انحلالها

يستحبّ للزوجين أن يتعايشا في وفق ووئام ويؤدّي كلّ منهما ما عليه لصاحبه من الحقّ، وإن دبّت بينهما مشاكل فعليهما أن يدفعاها ولو تطلب الأمر تنازل أحدهما أو كلاهما عن شيء من حقوقه للآخر، والصّلح خير لهما من الفرقة والطلاق، و خير للأولاد من التشتت والضياع، وخير لأسرتهما من العداوة والشقاق[82].

فالصّلح له مكانة رفيعة لفضّ النزاعات الأسرية وخاصة الزوجية، سواء كان إعمال الصّلح في النّزاعات القائمة عند قيام الرابطة الزوجية (**المطلب الأول**)، أو إجراء الصلح عند فكّ الرابطة الزوجية (**المطلب الثاني**).

[81] أنظر، عصام الهاشمي، دور الصلح في تسوية المنازعات الأسرية، م.المحامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع.72، 2019، ص.285-286.

[82] أنظر، أبي عبد الله مصطفى بن العدوي، فقه التعامل بين الزوجين و قبسات من بيت النبوة، ط.01، دار ابن رجب، فارسكور دمياط، مصر، 1996، ص.88.

المطلب الأول

الصّلح في النزاعات القائمة عند قيام الرابطة الزوجية

قد تنشأ بين الزوجين بعض النزاعات والتي غالبا ما تكون عند نشوء الرابطة الزوجية والتي يمكن الصّلح عليها، و تتجلى في الصّلح عند العدول عن الخطبة (**الفرع الأول**)، والصلح حول الصداق (**الفرع الثاني**)، وكذا الصلح حول النفقة الزوجية (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

أحكام الصلح المترتّب عن العدول عن الخطبة

لقد حرص الشّرع الاسلامي على إقامة الزواج على أسس متينة، وأقوى المبادئ لتحقق مقاصده كاملة من غير نقص، وعلى رأس هذه المقاصد دوام الزوجية وسعادة الأسرة بتنعمها بالاستقرار، كما حرص التشريع الاسلامي على حماية هذه الرابطة من النزاع والخلاف، لينشأ الأولاد في جوّ من الحب والألفة والود والسكينة، واطمئنان كل طرف إلى الآخر لذلك اعتنى التشريع الاسلامي بمقدمات النكاح التي تترأسها الخطبة وما يتعلق بها [83].

بما أنّ الخطبة وعد بالزواج فيجوز للطرفين العدول عنها وإذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادّي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، ولا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته[84]. و هذا ما يعتبر نوعا ما بمثابة صلح بين الطرفين في حالة العدول عن الخطبة.

---

[83] أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط.01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.35.

[84] أنظر، بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول، ط.01، دار الألمعية للنشر، 2015 ، ص.38.

أوّلا– مفهوم الخطبة

الخطبة هي وعد بالزواج، وكما يعرفها الفقهاء هي طلب التزوج من امرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، وهي مشروعة بالكتاب والسنة، ومفهوم الخطبة في المجتمع الجزائري أنها عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة ويقع غالبا بين والدي الخطيبين أو أولياؤهما وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد وغالبا ما يكون ذلك في غياب الخطيبين ودون حضورهما مجلس المواعدة بالزواج وإتمام مراسيم الخطبة، لذلك فالخطبة بهذا المعنى لا يترتب عنها أي حق لأحد الخطيبين اتجاه الآخر ويمكن العدول عنها في أي وقت، كما لا يترتب عن العدول عنها أي ضرر يمكن أن يلحق أحد الخاطبين بشكل مباشر[85].

أ–تعريف الخطبة لغة وقانونا:

سنتناول تعريف الخطبة لغة (**1**)، ثم إلى تعريفه القانوني (**2**)، كما سنتطرق إلى مشروعية الخطبة بالكتاب والسّنّة (**3**).

1– تعريف الخطبة لغة:

الخطبة في اللغة، من خطب يخطب خطبا. والخطب: الشأن أو الأمر صغر أو عظم. وقيل: الخطب سبب الأمر. يقال: ما خطبك ؟ أي: ما أمرك؟. وتقول: هذا خطب جليل وخطب يسير وخطب المرأة يخطبُها خَطبا وخِطبةً، والخطيبُ الخاطبُ، و الخطيبى: الخِطبة . والخِطْب: الذي يخطُبُ المرأة وهي خِطبُهُ التي يخطُبُها. والجمع أخطاب، وكذلك خِطبتُه وخُطبتُه، والخِطب : المرأة المخطوبة[86].

[85] بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص.33.

[86] أنظر، ابن منظور، لسان العرب، ج.04، ط.04، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999، ص.134.

فالخطبة هي التماس النكاح من المرأة المراد تزوجها، فهي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حالة، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم أو مطالب المرأة بشأنها [87]. والخطبة عند الفقهاء هي: «طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية »[88].

2- تعريف الخطبة قانونا:

كيّفت المادّة الخامسة الفقرة 01 من قانون الأسرة المعدل الخطبة على أنّها وعد بالزواج ونصّها كما يلي: " الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة". فواضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنّها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

كما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها أنّ:" الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها"[89].

أمّا مدونة الأسرة المغربية فقد نصّت في مادتها الخامسة على أنّ" الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وماجرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا".

[87] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.33.

[88] أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.01، دار الخلدونية للنشر، 2008، ص.26.

[89] المحكمة العليا، بتاريخ 1992/03/17، م.ق، ع.خ، 2001، مقتبس عن، حسين طاهري، قانون الأسرة، دار الخلدونية، 2015، الجزائر، ص.08.

كما أنّ المادة السّادسة (06) من المدوّنة اعتبرت الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ومنحت حق العدول لكلا الطرفين"[90].

3- مشروعية الخطبة: تبثت مشروعية الخطبة بالكتاب و السّنة:

- **بالكتاب:** جاء قوله تعالى: ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ فِيمَا عَرَّضۡتُم بِهِۦ مِنۡ خِطۡبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوۡ أَكۡنَنتُمۡ فِيٓ أَنفُسِكُمۡۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمۡ سَتَذۡكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗاۚ وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ يَعۡلَمُ مَا فِيٓ أَنفُسِكُمۡ فَٱحۡذَرُوهُۚ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٞ ﴾[91] .

- **السنة الشريفة : الخطبة مشروعة بالسنة القولية و الفعلية و التقريرية**

ثبت أن الرسول صلى الله عليه و سلم خطب حفصة من أبيها عمر رضي الله عنهما ثم تزوجها صلى الله عليه وسلم[92]. وروى البخاري عن عروة : أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبي بكر: إنما أنا أخوك، فقال: (**أنت أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال**)[93]. وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم«:إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض[94] ».

---

[90] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.31.

[91] سورة البقرة، الآية 235.

[92] أنظر، البخاري، صحيح البخاري، كتاب باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، دار الكتاب العربي، ص.1077، رقم الحديث.5122.

[93] البخاري، المرجع السابق، ص.1069، رقم الحديث. 5082.

[94] أنظر، الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء إذا ما جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، مج.02، ط.01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، ص.381، رقم الحديث.1084.

ب- الطبيعة القانونية للخطبة

لقد اختلف فقهاء القانون حول طبيعة الخطبة وذلك وفق اتجاهين:

1- الاتجاه الأول: يرى أنّ الخطبة عقد كامل صحيح ملزم لطرفيه كأيّ عقد من العقود الملزمة، ويستند هذا الاتجاه إلى كون الخطبة تشبه العقد في تكوينها، إذ العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر للقيام أو الامتناع عن عمل، وكذلك الخطبة هي اتفاق بين شخصين على الزواج[95].

2- **الاتجاه الثاني**: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الخطبة هي مجرد وعد بالزواج لا تحمل الصفة العقدية بأي وجه من الوجوه وليس لها صفة إلزامية ولا قيمة قانونية، ويستند هذا الاتجاه إلى مبدأ حرية الشّخص في اختيار شريكه دون أي ضغط لأنّه من النّظام العامّ وليس للخطبة أي إلزام إطلاقا، وإلزامية الوعد باطلة لمنافاتها حرية الزواج التي هي من النّظام العام[96].

الإتجاه الثاني: اعتبر أصحاب هذا الإتجاه الخطبة عقد تمهيدي للزواج، وقد عرّفها أحد الفقهاء بأنها:" المفاوضة لعقد نكاح شرعي صحيح بين رجل وامرأة خاليين من الموانع"[97]. ويرى الفقيه أبو زهرة :" أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام، ولكن أقصى ما تؤدّيه الخطبة إذا تمّت أن تكون وعدا بالعقد وهذا خلافا لمالك في بعض أقواله"[98]، فيفهم من ذلك أنّ الخطبة مقدمات وتمهيد لعقد الزواج وليست عقد الزواج، لان الأخير له شروطه واحكامه الخاصة المختلفة عن الخطبة.

---

[95] أنظر، محمد محدة، الخطبة والزواج، ط.02، دار الشهاب، الجزائر، 2000، ص.44.

[96] أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.01، د.س، ص.937.

[97] أنظر، عباس الجميلي، المرشد إلى الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، ج.01، ط.01، دار الإحياء للكتب الإسلامية، مطبعة النعمان، النجف، 1958، ص.11.

[98] أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.03، دار الفكر العربي، مصر، 1957 ،ص.35.

أمّا المشرع الجزائري فقد اعتبر الخطبة هي وعد بالزواج وذلك من خلال نص المادة 05 من قانون الأسرة بقولها: " **الخطبة وعد بالزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة** "، فواضح من نصّ المادّة أن الخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم لا ترقى إلى الزواج الحقيقي الذي يكون بين الزوجين حيث تربط بينهما حقوق وواجبات زوجية، فالخطبة بذلك هي ليست عقد ملزم للطرفين بل هي مجرد مرحلة تمهيدية تسبق الزواج يجوز العدول عنها في أي وقت.

في المقابل نجد المشرع المغربي قد اعتبر هو الآخر الخطبة بأنّها تواعد بالزواج في نصّ المادة 05 من مدونة الأسرة، فجاء فيها:" **الخطبة هي تواعد رجل وامرأة على الزواج** " كما أن المادة 06 من المدونة اعتبرت الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ومنحت حق العدول لكلا الطرفين. لكن قد يحدث وأن يعدل كلّ من الخطيبين أو أحدهما عن الخطبة فتترتب عن ذلك آثار، قد تتجسد في الصلح عن بعض الهدايا أو قيمتها، وهذا ما سيعالج ضمن مظاهر الصلح عند العدول عن الخطبة (**ثانيا**) في الآتي:

ثانيا– مظاهر الصلح عند العدول عن الخطبة:

يقصد بالعدول عن الخطبة تراجع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف تماما عن السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة، لذلك إذا وقع العدول انقضت الخطبة[99].

إنّ نص التشريع أجاز العدول، وأجاز التعويض عن الضرر المادي، كالمهر والهدايا والضرر المعنوي وترك تقدير الضّرر وما يترتب عليه للعرف وللقاضي، وليس أمام القاضي في هذه الحالة إلا الفتوى المعمول بها في المذهب المالكي وهي: ما قدمه الخاطب من الهدايا فهذه الهدايا ماهي إلا

[99] أنظر، شريقي نسرين وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري،ط.01، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص.17.

هبة مقيدة فلا رجوع بشيء ممّا أهداه الخاطب ولو كان الرجوع من جهتها. وإن كان العدول منها وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائم أو مثل أو قيمته[100].

أ- الصّلح بردّ الهدايا إلى الخاطب المترتبة عن العدول:

لم توجد عبارة واضحة ومحدّدة حول مصطلح الصلح برد الهدايا بين الخاطب والمخطوبة ولكن يتبين فعلا أنّ هناك صلح واضح بينهما وذلك من خلال الاستعانة بآراء فقهاء الشريعة، وهو ما سنتطرق إليه في الآتي:

يقصد بالهدية تمليك مال بلا عوض، أي التخلي عن ملكية العين ومنفعتها أبدا وبلا عودة، ولقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يحض على التهادي لما يولده من محبة بين المتهادين، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال:" ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت"[101].

ولقد فصل فقهاء الشريعة في حكم الهدايا المسلمة الى المخطوبة بعد العدول عن الخطبة، فعند **المالكية** قالوا:

- لا يرجع الخاطب بشيء ممّا أهداه لمخطوبتهّ إن كان الفسخ منه، حتى ولو كانت الهدايا موجودة قائمة بين يديها، إلا إذا وجد شرط بينهما ينص على إعادة ما أخذته منه، أو كان هناك عرف قائم تعارف الناس بذلك عليه، فيحتكم عندئذ إلى الشرط أو العرف." فالمعروف عرفا كالمشروط شرطا ". و إذا كان الرجوع من جهة المرأة، فللخاطب أن يرجع عليها بما أهداه لها.

[100] عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، تالة للنشر، 2000، ص.90.

[101] أنظر، مصطفى البغا، مختصر صحيح البخاري، دار المصطفى للنشر، 2011، ص.355.

– وهناك قول آخر وهو عدم الرجوع مطلقا سواء كان العدول من جهتها أو من جهته، وهو مبني على النهي الوارد عن الرجوع عن الهبة.

– **أمّا عند الحنفية:** هدايا الخطبة هبة، وللواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه أو وجود الزوجية. فإذا كان ما أهداه الخاطب موجوداً فله استرداده. وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام. وصنع القماش ثوباً، فلا يحق للخاطب استرداد بدله[102].

– **وعند الشافعية والحنابلة:** يجوز استرجاع الخاطب ما أهدى، لأنّها في معنى هبة الثواب (بعوض) فإن أعطاها هدايا ثم تزوجت غيره كان له استرداد ما أعطى لأنّه أعطاها مقابل قبولها، فأشبهت المعاوضة، وبتعذر المعوض يلزم ردّ العوض[103].

ولقد نص المشرع الجزائري في نصّ المادة 05 من قانون الأسرة على الهدايا، وكيفية استردادها لكونها من النفقات التي تنفق بعد الخطبة وقبل العقد، منها ما قد يكون هامّا، وعليه رأى المشرع بأنّه من الضروري النص عليها لكونها قد تؤدي إلى قيام نزاع بين الأشخاص، لإحساسهم بأهمية ما دفعوه، ومن هنا جاء نص المشرع حاسما بقوله :" لا يسترد الخاطب شيئا ممّا أداه إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك ممّا أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". وعليه فالمشرع في هذا الصّدد سلك مسلك الأحناف في عدم ردّهم ما استهلك باعتبار ما يتبادله كل من الخطيبين هو من قبيل الهبات والهبة لا يجوز اعتصارها إذا ما استهلكت، وهذا ما يطلق عند فقهاء المالكية بهبة الاعتصار فيما لا اعتصار فيه[104].

---

[102] أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.09، ط.04، دار الفكر المعاصر، سورية، 1997، ص.510.

[103] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.51-52.

[104] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص.91.

وقضت المحكمة العليا في قرار لها أنّه :" من المقرر شرعا وقانونا أنّه لا يسترد الخاطب شيئا ممّا أهداه إذا كان العدول منه، ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه يناقض الأسباب وغير سديد يستوجب رفضه"[105].

أمّا المشرع المغربي فلقد أخذ بمذهب المالكية وذلك في نص المادة 08 من مدوّنة الأسرة:" لكلّ من الخاطب والمخطوبة أن يستردّ ما قدّمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

وما يؤكد أخذ المشرع المغربي بمذهب المالكية في العدول عن الخطبة ما جاء في قرار محكمة الاستئناف بمكناس ما يلي: "حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه والوثائق التي صاحبته، أن المدعي المستأنف عليه وهب أرض فلاحية هدية للمدعى عليها في خطبتها وطبقا لما جاء في المقال، فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة وتزوجت برجل غير الخاطب الواهب، بمعنى أن المخطوبة رجعت عن التزامها الأدبي بالخطبة وفضلت رجل آخر. وأنه طبقا للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة فيحق للخاطب استرداد هداياه، وأن عدول المخطوبة وإخلالها لما تضمنه عقد الهبة يتم عن سوء نية، إذ خدعت المدعي بركونها إلى الخطبة من أجل الاستحواذ على الهبة بل الهدية فقط، ومن ثم يحق للمدعي استرجاع الهدية عمال بالفصل الثالث المذكور"[106].

[105] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، ع.02، ص.58.

[106] محكمة الاستئناف بمكناس، 1980/01/07، عدد 97/7/303، مجلة رابطة القضاء، ع. 8 و9، ص. 155. مقتبس عن، أنظر، إلياس الفاخوري، قانون الأسرة المغربي، ج.01، دار الجسور، وجدة، 2006، ص. 50.

من خلال ما سبق، يلاحظ أن رد الهدايا أو قيمتها من الخاطب أو المخطوبة هو بمثابة صلح على آثار العدول عن الخطبة بالرغم من عدم التنصيص عليها صراحة. وهذا ما يستشف عند التعويض عن الضرر المادي والمعنوي (**ب**)، والذي سيتناول في ما يلي:

ب- الصّلح على التعويض عن الضّرر المادّي و المعنوي:

الضّرر غالبا هو ما يصيب أحد الخطيبين جرّاء عدول الطرف الآخر عن إتمام وعده، وهو بهذا المفهوم لم يعرفه الفقه الإسلامي من قبل نظرا لأنّ أفعال النّاس كانت مستقيمة، ولم تختلط بها أفعال مشينة تلحق الضّرر بأصحابها، ونصّ المشرع على التعويض مقابل الأضرار الناتجة عن الأفعال المصاحبة لفعل العدول ذاته إذا كانت هذه الأفعال بطبيعتها أو بحسب مآلها على ما يخالف القانون[107].

أمّا في فقه الشريعة الإسلامية ففرقوا بين حالتين وهما:

1- **الأولى**: إذا كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله، كأن يطلب الخاطب إعداد جهاز خاص أو يطلب من المخطوبة ترك وظيفتها فتتركها بناءً على رغبته، أو تطلب المخطوبة إعداد الخاطب مسكنا خاصّا، فيجوز الحكم بالتعويض عن الضرر لعدوله عن الخطبة، لتسبب العادل في الضرر وتغريره الطرف الآخر.

2- **الثانية**: ألاّ يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول، فلا يحكم بالتعويض على العادل، إذا لم يوجد منه سبب الضمان من ضرر أو تغرير[108].

---

[107] بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص.40.

[108] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.28.

إنّ المعلوم فقها و قضاءا أنّ الخطبة ليست عقدا ملزما وهذا ما أقره القضاء في مصر حيث جاء عن الدكتور السنهوري قوله: "أن الخطبة ليس بعقد ملزم ومجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا للتعويض[109].

وإذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال ألحقت ضررا بأحد الخطيبين جاز الحكم بالتعويض، و هي مجرد وعد شفهي بإبرام عقد الزواج في المستقبل، وأنّه نتيجة لذلك يجوز لكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة والرجوع عنها بمحض إرادته، كما أنّ العدول في حدّ ذاته يعتبر حقا لكل من الخاطب والمخطوبة، يجوز لكل واحد منهما استعماله متى يشاء، ومن يستعمل حقه بدون تعسف لا تجوز مقاضاته ولا طلبه بالتعويض عن أي ضرر يكون قد أصاب الغير نتيجة استعمال هذا الحق وذلك استنادا إلى قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان".

غير أنّه استثناء من هذه القاعدة يمكن القول، إذا كان العدول عن الخطبة لا يعتبر مصدرا للمسؤولية التعاقدية أو التقصيرية، وأنّ عدم القيام بإبرام عقد الزواج الموعود به لا يرتّب في حدّ ذاته أية مطالبة بالتعويض باعتبار أنّ الضمان يؤثر في حرية التعاقد ويناقض ركن الرضا في عقد الزواج، فان طلب الحكم بالتعويض عن الضرر سيصبح مشروعا إذا كان العدول أو الرجوع عن الخطبة قد رافقته ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها احداث الضرر، وهذا يعني أنّ سبب المسؤولية هنا ليس هو فعل العدول عن الخطبة وإنّما يمكن أن يكون ظروفا طارئة لاحقة لزمن العدول نتج عنها ضرر ويمكن وصف هذه الظّروف بأنها تغرير بالطرف الآخر[110].

أمّا في التشريع الجزائري فيبدو من خلال نصّ المادة الخامسة في فقرته الثالثة من قانون الأسرة الجزائري أنّها قد كرّست مبدأ الحقّ في طلب التعويض شريطة حصول الضّرر، وتركت المسألة تقديرية للقاضي.

[109] أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام،ج.01، منشأ المعارف، 2003، ص.687.

[110] أنظر، سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.03، دار هومة، 2011، ص. 20-21.

في المقابل نجد أنّ مدونة الأسرة المغربية قد نصّت في المادّة السّابعة 07 على ما يلي:" مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنّه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"[111].

وبالتالي فإنّ العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى وبوضوح مسألة التعويضات على المتسبّب بخطئه الشخصي. في حين أنّ المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن[112].

وأمّا القضاء المغربي في هذا الموضوع فجدّ قليلة، ربما لقلة الدعاوى المرفوعة في هذا الشأن، باستثناء قرار للمجلس الأعلى الذي قرّر فيه عدم إمكانية تطبيق الفصلين 77[113] و78[114] من ق.إ.ع.م في مجال الأحوال الشخصية[115]، وهو رأي قابل للنقد حيث يجعل المسألة أمام الباب المسدود فيما يخص التعويض عن الضرر مادّيا كان أو معنويا في حالة العدول عن الخطبة المحدثة للضرر[116]، لكن المشرع المغربي قد استدرك الأمر من خلال نص المادة 07 التي سبق الإشارة إليها أعلاه.

---

[111] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.37.

[112] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.39.

[113] نص الفصل 77 من قانون الالتزام والعقود المغربي:" كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير، الزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر"

[114] نص الفصل 78 من قانون الإلتزام والعقود المغربي:" كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي او المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط، ولكن بخطاه أيضا، وذلك عندما يثبت ان هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر".

[115] المجلس الأعلى، بتاريخ 11يناير 1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى، المغرب، ع.31، ص.92.

[116] أنظر، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط.03، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2008، ص.66.

ويقول الدكتور بن شويخ الرشيد:" أنّ أي عدول عن الخطبة لابدّ أن يصاحبه ضرر ما، ولو من باب الخدش في الشعور، إلاّ أنّ هذا الضرر في اعتقاده لا يمكن التعويض عنه، لأنّه يعدّ من الأضرار المألوفة في هذا المجال، ولأنّ كلّ طرف يعلم مسبقا بأنّ حقّ العدول مقرر لكليهما"[117].

في الأخير يمكن القول، أنّه على الرغم من عدم التنصيص بمادة واضحة عند كلّ من التشريعين الجزائري والمغربي حول الصلح بين الخطيبين عند التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، إلاّ أنّه بمفهوم المخالفة يمكن اعتبار أنّ تسبّب أحد الخطيبين للطرف الآخر بضرر مادي أو معنوي عن قصد أو دون قصد يمكن جبره بصلح ضمني عن طريق التعويض.

وهذا الصلح غير المصرح به أو الضمني لا نجده فقط عند الخطيبين، بل يمكن أن يمتدّ إلى الزوجين، حيث يظهر الصلح على الصداق في حالة النزاع بين الزوجين (**الفرع الثاني**)، وهذا ما سيفسر في الآتي:

الفرع الثاني

الصّلح على الصّداق في حالة النزاع

المهر **اصطلاحا**: اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوجة في مقابلة البُضْع[118] إمّا بالتسمية أو بالعقد[119]. فالمهر هو الحقّ المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمّى بالصداق، أو الأجر أو الفريضة و نحو ذلك[120].

---

[117] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.39.

[118] البُضع هو: الزواج وعقده، والمهر والفرج، و يعني هنا: المهر. أنظر، مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، دار التحرير، مصر، 1989، ص.54.

[119] أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص.211.

[120] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.73.

وكما نعلم فإنّ الصّداق من مستلزمات عقد الزواج، طبقا لما جاء في نصّ المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أنّه :" يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أم مؤجلا ". ونصّ المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية التي جاء فيها:" الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية" .

ومادام العقد لم يتمّ فإنّ على الخطيبة أن تردّ ما قبضته دون بحث عن العادل وما أحدثه العدول من الضرر، إذ ليس لها الحق حتى ولو تم العقد وحدثت الفرقة قبل الدخول إلاّ من نصف الصداق طبقا للمادة 16 من قانون الأسرة:" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في نص المادة 32 من المدونة على أنّه:" تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله. تستحق الزوجة نصف الصداق المسمّى إذا وقع الطلاق قبل البناء . لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء: إذا وقع فسخ عقد الزواج، إذا وقع رد عقد الزواج بسبب عيب في الزوجة، أو كان الرد من الزوجة بسبب عيب في الزوج، إذا حدث الطالق في زواج التفويض".

أمّا إذا فوّضت الزوجة بتصرّفها فيه قصد تهيئتها للزواج، ففي هذه الحالة الرأي لفقهاء الشريعة الذين أجمعوا على استردادها ما قبضته قيمة أو عينا أو مثله باعتباره هبة مقيدة لا مطلقة[121]. و المهر حق من حقوق المرأة على زوجها وهو واجب بدلالة الأمر به في قول الله تعالى:﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ﴾[122].

[121] عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص.90.

[122] سور النساء، الآية.04.

و المقصود بالصداق والأجر هنا هو المهر، والسؤال المطروح هو بما أنّ المهر حق خالص من حقوق الزوجة، فهل تملك الزوجة الصلح عليه أم لا؟.

أجمع الفقهاء على جواز مصالحة المرأة زوجها على مهرها[123]، واستدلوا بعموم قوله تعالى:﴿ وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنۢ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ ٱلْأَنفُسُ ٱلشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾[124].

فمن خلال الآية أعلاه، نجد أنّها دلّت بوضوح على جواز اصطلاح الزوجين على المهر بترك جميعه أو بعضه أو على الزيادة عليه، لأنّ الآية لم تفرّق بين شيء من ذلك وأجازت الصّلح في سائر الوجود. فيجوز أن تصالح الزوجة زوجها بعد الدخول على مهرها بما يعادله، أو بأقلّ منه لأنّه إسقاط لبعض حقها، أو بأكثر بشرط أن يكون ذلك برضاها، أمّا إن أكره الزوج زوجته على الصّلح فالصّلح باطل ولا يجوز، ولو صالحته على أكثر من مهرها فإنّه جائز لأنه زيادة على المهر بعد العقد وذلك جائز[125]. وقالوا أيضا: يصحّ أنْ تسقط الزوجة عن زوجها جميع المهر أو بعضه بعد وجوبه عليه كلّه أو نصفه، ولا يتوقف على قبول الزوج الإسقاط ولكن له أن يرد له ذلك فلا يلزمه[126].

فإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضه وهي جائزة الأمر في مالها، جاز ذلك وصح ولا خلاف فيه[127]. لقوله تعالى: ﴿ إلاَّ أنْ يعفُون﴾، يعني

---

[123] أحمد أبو هشهش، المرجع السابق، ص.212.

[124] سورة النساء، الآية.128.

[125] أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص.212.

[126] أنظر، جاسم محمد مهلهل، قضايا الزواج، ط.01، دار الدعوة للنشر، الكويت، 1988، ص.55.

[127] أنظر، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ، المغني ويليه الشرح الكبير، ج.08، دار الكتاب العربي، بيرت، لبنان، 1983، ص.71.

الزوجات وقال الله تعالى:﴿... فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾[128]. وقال أحمد في رواية المروذي: ليس شيء قال الله تعالى (فكلوه هنيئا مريئا) سماه غير المهر تهبه المرأة للزوج و قال علقمة لامرأته هيئي لي من الهنئ المرئ يعنى من صداقها[129].

فإن كان العفو قبل الدخول فإنّه يجوز العفو عن نصف المهر سواء كان المهر دينا أم عينا. ولا يحتاج الإسقاط إلى قبول إذا كانت المرأة مالكة أمر نفسها، وكذلك إذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده، سواء في ذلك مفوضة البضع أو مفوضة المهر. و قيل أيضا إذا عفت المرأة عن نصف صداقها الواجب لها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول فقال مالك لا يرجع عليها بشيء، وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق[130].

وفرّق أبو حنفية بين القبض وعدم القبض فقال إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء، كأنّه رأى الحق في العين ما لم تقبض فإذا قبضت صارت في الذمة[131].

وقد جاء في المدونة الكبرى:" ولا يكون للزوج على المرأة إذا ردّ إليها مالها الذي أخرته على الزوج حين صالحته أو أسلفته إلى أجل على أن صالحها فرد ذلك عليها مكانه ولم يترك إلى أجله، فكذلك أنّه لا يمكن للزوج على المرأة صداق مثلها في شيء من ذلك ممّا لا يجوز في الصلح ممّا يرد على المرأة ويمضي عليها الخلع[132].

---

[128] سورة النساء، الآية.04.

[129] ابن قدامة، المرجع السابق، ص.71.

[130] أنظر، عبد الباسط محمد خلف، وسائل إنهاء المنازعات بين الأفراد في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار المحدثين، 2008، ص.496.

[131] أنظر، القرطبي القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.02، دار الفكر، لبنان، 1995، ص.21.

[132] أنظر، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.03، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، ص.353.

أمّا قضاءً فقد قضت المحكمة العليا في مبدأ لها:" من المقرّر قانونا أنّه في حالة النّزاع على الصّداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"[133]، وهو ما جاء في المادة 17 من قانون الأسرة بقولها:" في حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ..." ويمكن أن نستخلص من هاته المادة أنّه إذا لم يكن هناك دخول فعلي وخلوة صحيحة بين الزوجين وثار نزاع بين الزوجين، أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر، أو بين ورثة الزوجين ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه فالقول هنا للزوجة أو ورثتهما مع اليمين.

وبسبب العشرة الزوجية الحسنة قد يجري تصالح بين الزوجين على الزيادة في المهر أو الحط منه وقد نظم هذا الموضوع المذهب الحنفي فيقول العيني: فإن زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة وإن حطت عنه من مهرها صح الحط[134]، لأنّ الأصل بقاء حقها والزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عن التصالح عليهما[135].

[133] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 73515، م.ق، 1992، ع.04، ص.69.

[134] وعلى سبيل الاستئناس فقد نظم قانون الأحوال الشخصية الأردني هذه القضية من خلال المادة 53 فنصّت:" للزوج الزيادة في المهر بعد العقد وللمرأة الحط منه إذا كانا كاملي التّصرف و يلحق ذلك بأصل العقد إذا قبل به الطرف الآخر في مجلس الزيادة أو الحط على أن يوثق ذلك رسمياً أمام القاضي...". مقتبس عن، قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 15 لسنة 2019، ج.ر، ع. رقم 5578 ، تاريخ 2019/06/02.

[135] أنظر، خالد ابراهيم المسيعديين، أحكام الصلح بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة شهادة الماجيستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2006، ص.100.

كما يجوز للزوجة أن تعفي زوجها من الصداق، معلوما كان أو مجهولا وهذا قول الحنفية والحنابلة، إلا أن الحنفية قالوا: و إن كان مجهولا مطلقا[136].كما قال الشافعية بأنّ عفو الزوجة عن صداقها المجهول لا يصحّ، لأنهم اشترطو للإبراء أن يكون من معلوم القدر [137].

وبالرجوع إلى التشريعين الجزائري و المغربي نجد أنّ كلاهما لم يتطرق لمصطلح الصّلح على الصّداق وذلك من خلال نصّ المادة 24 وما يليها من مدوّنة الأسرة المغربية، ونصّ المادّة 14 وما يليها من قانون الأسرة، وكذا نص المادّة 09 مكرر التي اعتبرتها شرط من شروط عقد الزواج. ومع ذلك نجد أن المشرع المغربي قد فتح الباب للتأويل من خلال نص المادّة 29 من مدونة الأسرة بقوله:" الصداق ملك للمرأة تتصرّف فيه كيف شاءت..."، وكذا نفس الأمر بالنسبة للمشرّع الجزائري في نصّ المادة 14 ق.أ بقوله:" الصّداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء "، وهو ما لم يشر إليه كل من التشريعين الجزائري والمغربي حيث كان لابدّ من التفصيل في الصداق وإذا كان للزوجة التصرف في صداقها إمّا بتبرئة زوجها منه أو هبتها له بالصّلح حول الصداق.

ومع ذلك، يمكن أن نفسّر تصرّف الزوجة في صداقها كيفما شاءت بأن تهبه لزوجها كعربون محبّة وصلح بينهما في حالة النّزاع.

في الأخير، يمكن القول أنّ الصّلح على النزاعات القائمة عند قيام الرابطة الزوجية لا يظهر بشكل واضح ضمن القانون الجزائري والمغربي وإنّما يفهم ضمنيا تارة، أو من خلال الرجوع إلى فقهاء الشريعة تارة الأخرى، لهذا كان يجب دراسة الصلح على النزاعات القائمة عند انحلال الرابطة الزوجية لمعرفة مدى وضوحه في **المطلب (الثاني)** الموالي:

---

[136] أنظر، أحمد بن محمد بن محمد أبي الوليد لسان الدين ابن الشح الحلبي، لسان الحكام، البابي الحلبي، القاهرة، 1973، ص.266.

[137] أنظر، الماوردي، الحاوي الكبير للماوردي، ج.09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص.527.

المطلب الثاني

الصلح على النزاعات القائمة عند انحلال الرابطة الزوجية

قد لا يكفي إجراء الصّلح بين الزوجين عند قيام الرابطة الزوجية، فقد يتطلب تفعيل آلية الصلح بشكل جدّي عند فكّ الرابطة الزوجية أكثر منه عند قيامها، وذلك لعدّة أسباب أهمّها أنّ الرابطة الزوجية تكون على وشك الانحلال، فيكون الصّلح على النزاعات المتعلقة بالزوجين عند فكّ الرابطة الزوجية (**الفرع الأول**)، ومراعاة لمصلحة الأطفال بعد فكّ الرابطة الزوجية فقد يتمّ الاتفاق و الصّلح على بعض النزاعات المتعلقة بالأطفال المحضونين عند فكّ الرابطة الزوجية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

الصلح على النزاعات المتعلقة بالزوجين عند فك الرابطة الزوجية

الغالب، أنّه قد لا تكلّل محاولات الصّلح بين الزوجين بالنّجاح، فنجد بعض سمات الصّلح والاتفاق وقد نجدها في مظهر التنازل بين الزوجين حول آثار الطلاق فيتمّ الصّلح على النفقة الزوجية (**أوّلا**)، وقد نجد الصّلح على متاع البيت (**ثانيا**)، كذلك قد يتمّ الصّلح عند النزاع حول النظام المالي المشترك للزوجين (**ثالثا**)، بالإضافة إلى الصّلح حول بدل الخلع (**رابعا**)، كما سنتطرق إلى الصّلح حول الميراث (**خامسا**). ثم أخيرا سنتناول أثر إجراء الصلح عند عدة الطلاق (**سادسا**).

أولا– الصّلح على النفقة عند فك الرابطة الزوجية:

إنّ النّفقة حقّ من حقوق الزّوجة التّي أقرّتها الشّريعة الاسلامية لها وأوجبتها على الزوج، وبالتالي يجوز للزوجة الصلح مع زوجها عليها بالتراضي، ويجوز لها إسقاط ما وجب من النّفقة للماضي، فأمّا المستقبل فلا تصحّ البراءة منه[138].

وإنّ الصّلح على النفقة تارة يكون تقديرا للنفقة كالصّلح على نحو الدراهم قبل تقدير النفقة بالقضاء أو الرّضا أو بعده ، فتجوز الزيادة عليه و النقصان عنه، أي بالغلاء أو الرخص، وتارة يكون معاوضة. فقيل: صالحت المرأة زوجها على نفقة لا تكفيها فلها أن ترجع عنه وتطالب بالكفاية.

وفي الظهيرية: صالحها عن نفقة كل شهر على مائة درهم والزوج محتاج لم يلزمه إلاّ نفقة مثلها، والنفقة لا تصير دينا إلا بالقضاء أو الرضا[139].

وجدير بالتنويه، أنّ الصلح على النفقة له حالتان:

الحالة الأولى: قد يكون تقديرًا للنفقة، كالصلح على نحو مبلغ معين من المال قبل تقدير النفقة بالقضاء أو بالصلح (التراضي)، فتجوز الزيادة عليه و النقصان منه في حالتي الغلاء أو الرخص بعد مضي ستة أشهر على فرضها.

الحالة الثانية: قد يكون معاوضة كالصلح على نحو توفير خادم لها إن كان بعد تقديرها بحكم القاضي أو بالصلح، فلا تجوز الزيادة ولا النقصان. فإذا تراضى الزوجان فيما بينهما على قدر معين مثلا شهريّا أو يوميّا، فهل يجوز ذلك ؟ أم أنّ الأمر يلزم حكم القاضي حتى يأخذ الأمر

[138] أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص.204.

[139] أنظر، ابن عابدين، رد المحتار على الدرر المختار، ج.05، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص.310.

حجية الأمر المقضي؟. وهل تصبح دينا في ذمة الزوج إذا توفر فيها هذان الشرطان؟. يمكن القول أنّه اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: اعتبر أنّ النفقة لا تصبح دينا في ذمة الزوج إلا بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين فإن لم يوجد أحد هذين الأمرين، تسقط بمضي الزمان، وإليه ذهب الحنفية[140]. وهذه بعض نصوص فقهاء الحنفية حول الصلح على النفقة:

و جاء في كتاب بدائع الصنائع ما يلي: « وكذا لو أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضي والتراضي لا يصح الإبراء، لأنّه إبراء عمّا ليس بواجب والإبراء إسقاط، وإسقاط ما ليس بواجب ممتنع، وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضي ما يكفيها فإنّ القاضي يفرض لها ما يكفيها؛ لأنّها حطّت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالإبراء»[141].

وفي كتاب ردّ المحتار قيل: « لو صالحته على أكثر من حقوقها في النفقة والكسوة، إن كان قدر ما يتغابن الناس في مثله جاز وإلاّ فالزيادة مردودة ولا يبطل القضاء »[142]. يفهم من هذين النصين:

– أنّ الزوجة لا تملك إبراء الزوج من نفقتها قبل أن يفرض لها النفقة المقدرة بقدر كفايتها أو قبل إجراء الصلح بينهما على النفقة.

---

[140] أنظر، السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984، ص.160-161.

[141] أنظر، الكاساني أبو بكر، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب النفقة، ج.05، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.159.

[142] ابن عابدين، المرجع السابق، ص.311.

– يجوز للزوجة المطالبة بزيادة النفقة في حالة غلاء الأسعار، فيقرر لها القاضي نفقة كفايتها؛ لأنّ الأصل في النفقة أن تكون يومية.

– إذا صالحت الزوجة زوجها على أكثر من كفايتها وكانت هذه الزيادة بقدر يسير ليس فيها غبن فذلك جائز، أمّا إن كان فيها زيادة بينة فإنّ الزيادة مردودة ولا تجوز. بدليل الرسول صلى الله عليه وسلم قال لهند: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف).

– واستدلّ الحنفية على أن النفقة لا تصبح دينا في ذمة الزوج إلاّ بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين بما يلي: إنّ هذه النفقة تجري مجرى الصلة وإن كانت تشبه الأعواض لكنها ليست بعوض حقيقي.

القول الثاني: النفقة تصير دينا في الذمة من غير قضاء القاضي ولا رضاه ولا تسقط بمضي الزمان، وبه قال الشافعية[143] و استدلوا بما يلي: قوله سبحانه وتعالى:﴿... وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ﴾[144]..، وقوله سبحانه وتعالى :﴿ لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ سَيَجۡعَلُ ٱللَّهُ بَعۡدَ عُسۡرٖ يُسۡرٗا﴾[145].

[143] أنظر، بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، بداية المجتهد في شرح المنهاج، مج.03، ط.01، دار المنهاج، السعودية، جدة، 2011، ص.424.

[144] سورة البقرة، الآية.233.

[145] سورة الطلاق، الآية.07.

القول الراجح: القول الراجح في هذه المسألة قول الحنفية الذين قالوا بسقوط النفقة عن المدة الماضية، وأن لا تصير دينا في ذمة الزوج إلاّ بأحد أمرين:

حكم القاضي بذلك، أو التراضي صلحا بين الزوجين على قدر معين من النفقة. وذلك لقوة أدلتهم: ولأنّ النفقة تجب يوما فيوما، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها القاضي أو يتصالح الزوجان عليها[146].

و قال الحنفية: قد يكون الصلح على النفقة تقديرا للنفقة، كالصلح على مبلغ مالي قبل تقدير النفقة بالقضاء أو الرضا أو بعده، وحينئذ تجوز الزيادة عليه، أو النقصان بسبب الغلاء أو الرخص، فلو قال الزوج : لا أطيق ذلك، فهو لازم له، ولا التفات لقوله بكل حال، لأنّه ألزمه باختياره، إلاّ إذا تغير سعر الطعام وعلم القاضي أنّ ما دون المبلغ المصالح عليه يكفيها، فحينئذ يفرض لها كفايتها. وقد يكون الصلح معاوضة كالصلح على متاع أو عقار إن كان بعد تقدير النفقة بالقضاء أو الرضا، وحينئذ لا تجوز الزيادة ولا النقصان ولو قبل التقدير المذكور[147].

وإذا مضت مدّة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك، فلا شيء لها إلاّ أن يكون القاضي قد فرض لها النفقة، أو صالحت على مقدار منها، فيقضي لها بنفقة ما مضى، لأنّ النّفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مرّ من قبل، فلا يستحكم الوجوب فيها إلاّ بالقضاء، كالهبة لا توجب إلاّ بمؤكّد، وهو القبض والصلح[148].

وعليه، يمكن القول أنّه يكون الإبراء في حالتين، إمّا عن النفقة الماضية أو المستقبلة:

---

[146] أحمد محمود أبو هشهش، المرجع السابق، ص.207.

[147] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.821.

[148] أنظر، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين المعروف ببدر الدين العيني الحنفي، تحقيق أمين صالح شعبان، البناية شرح الهداية، ج.05، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص.675.

– فإن كان عن النفقة الماضية: صح إبراء الزوجة عند الحنفية إن كانت النفقة مفروضة بقضاء القاضي أو بتراضي الزوجين، لأنّها صارت دينا ثابتا في ذمة الزوج، وقال الجمهور: يصحّ الإبراء عنها لأنّها تصير دينا في ذمة الزوج بمجرّد الامتناع عن الإنفاق سواء أكانت مقررة بالقضاء أم بالتراضي أم غير مقررة[149].

– وأمّا الإبراء عن النفقة المستقبلة: فلا يصحّ اتفاقا لأنّ النفقة لم تجب بعد، فلا تقبل الإبراء. لكن أجاز الحنفية الإبراء عن نفقة مستقبلة في حالتين:

الأولى– الإبراء عن مدّة بدأت بالفعل: كنفقة شهر بدأ، وسنة دخلت، لا عن أكثر من سنة و لا عن سنة لم تدخل، لتحقق وجوبها إذ يجب تجيزها أوّل المدة.

الثانية – الإبراء من نفقة العدّة في مقابل الخلع أو الطلاق: لأنّ الإبراء عن النفقة في نظير عوض وهو ملك الزوجة نفسها، ولا يصح الإبراء في غير الخلع والطلاق، لأنّه إسقاط للشّيء قبل وجوبه[150].

وعليه، تسقط النفقة الماضية عن الزوجة بالإبراء أو الهبة ويكون الإبراء إسقاطا لدين واجب، ولكن قال الحنفية: لا يصح الإبراء أو الهبة عن النفقة المستقبلة، لأنّ نفقة الزوجة تجب شيئا فشيئا على حسب حدوث الزمان، فكان الإبراء منها إسقاطا لواجب قبل الوجوب، وقبل وجود سبب الوجوب وهو حق الاحتباس[151].

كما تسقط النفقة أيضا عن الزوجة بنشوزها فإذا خرجت الزوجة عن طاعة زوجها بغير حقّ شرعي وكان لها متجمّد من هذا الدين سقط بنشوزها، وكذلك بموت أحد الزوجين فإذا مات

[149] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.779.
[150] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.818- 819.
[151] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص.779.

أحدهما وفي ذمّة الزوج متجمّد من هذا الدين سقط عنه، فلو كان هو الذي مات ليس لها أن تأخذه من تركته، ولو كانت هي التّي ماتت ليس لورثتها أن يطالبوا زوجها به. وكذلك تسقط نفقتها بطلاقها الذي بني على سبب من قبلها كسوء خلقها، فإذا طلقها سقط المتجمّد لها عليه من هذا الدين إذا ثبت له أنّه كان له العذر في تطليقها[152].

أمّا على المستوى القانوني أوجب المشرع الجزائري نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة (المادة 74 ق.أ)، والطلاق في نظر القانون لا يثبت إلاّ بحكم بعد إجراء القاضي للصّلح بين الزوجين، ولهذا يبقى الزوج ملزما بالنفقة أثناء فترة إجراء الصّلح، لأنّه في نظر القانون لا تزال زوجته في ذمته حتى يصدر حكم الطلاق، وأكثر من هذا فقد قرر المشرع الجزائري ضرورة الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق بها بالنفقة (المادة 57 مكرّر ق.أ). ولقد اعتبرت الزوجية من أسباب الإرث وهو ما جاء في المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ :" من أسباب الإرث: الزوجية والقرابة ".

ولقد تدخّل المشرع العقابي لأجل حماية الأسرة وأفرادها من خلال وضع نص عقابي وهو المادة 331 من قانون العقوبات واعتبر عدم الوفاء بالنفقة جنحة تستوجب العقوبة.

وبالنسبة لإجراء الصلح حول النفقة، فلم يتطرق المشرع الجزائري لذلك بنص صريح ولا ضمنا، لكن بالرّجوع للقانون المغربي نجد أنّه ينصّ على الصّلح على طريقة أداء النفقة و لا ينصّ على الصّلح حول النفقة بحدّ ذاتها من خلال الفصل 1102 من قانون الالتزامات والعقود على أنّه:" لا يجوز الصّلح على حق النفقة وإنّما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحقت فعلا ".

[152] أنظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.02، دار القلم، الكويت، 1990، ص.114.

فيبدو جليا أنّ ما ورد في هذا الفصل يظهر مخالفا للنصوص القانونية المتعلقة بالخلع في مدونة الأسرة، فالفصل 56 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية المطابق نسبيا للفقرة الأولى من (المادة 119 من مدونة الأسرة)[153] الذي يجيز الخلع بنفقة الأطفال إذا كانت الأمّ غنية أي غير معسّرة ولذلك فإنّ نصوص مدونة الأسرة هي الواجبة التطبيق عندما تتعارض مع نصوص قانون الالتزامات والعقود وغيرها.

لكن قضاء المحكمة العليا الجزائري جاء واضحا بهذا الخصوص حيث قضى بأنّه: " لا يحق للأم الحاضنة، التنازل عن نفقة الأولاد، مادامت النفقة حقا للمحضون"[154]. وهو ما يعني أنّ نفقة الطّفل المحضون هي من الحقوق غير القابلة للتّنازل لتعلّقها بمصلحة الطّفل. لكن هذا لا يسري على حقوق الابن المحضون من نفقة وأجرة حضانته حماية لمصلحته ولحقوقه حتى ولو تنازلت عنها الزوجة المطلقة.

وعليه، فالمراد بإعمال الصلح في دعاوى النفقة عند المشرع المغربي، محاولة المحكمة إقناع الخصوم بالاتفاق على آليات تنفيذية متعلقة بالنفقة، حال ثبوت الاستحقاق أداءً وآجالا، والغاية القريبة تحقيق الإعالة على نحو مستعجل، والبعيدة ازالة أسباب الخلاف الأسري والمحافظة على صرح الأسرة من تبعات خلاف مالي طارئ.

فالصّلح هنا ينصرف إلى الجانب الإجرائي والمسطري فقط، أمّا حقّ النفقة فلا يمكن أن يكون محلاّ لأي صلح، ومن ثمّة لا يسوغ إجراء أي صلح بخصوصه تطبيقا لمقتضيات الفصل 1102 من قانون الالتزامات والعقود السابق ذكرها، حيث راعى المشرع خصوصية النفقة وحماها

[153] جاء في نص المادة 119 من مدونة الأسرة:" لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة...".

[154] أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 21/01/2004، ملف رقم 311458، مجلة الاجتهاد القضائي.

من أيّ تهديد أو مناورة قد يقدم عليها الأزواج أو الآباء للتملص منها، إمّا نتيجة الإكراه المادي أو المعنوي الذي قد يمارس على الأمهات والزوجات.

وباستقراء الأحكام والقرارات الصادرة في مادة النفقة نجدها لا تنص على ما يفيد سلوكها لمسطرة الصلح الواجبة عملا بفحوى الفصل 180 من قانون المسطرة المدنية، والذي ورد فيه :" إذا أحيلت القضية على المحكمة استدعي حالا الأطراف إلى الجلسة، يجب على الأطراف أن يحضروا في هذه الجلسة الأولى شخصيا أو بواسطة ممثلهم القانوني وتجري دائما محاولة التصالح". فأوجب المشرع إجراء الصلح في سائر النوازل الأسرية دون تمييز[155].

يستنتج، عدم النصّ الصّريح على الصلح بين الزوجين عند النزاع على النفقة المتعلقة بفكّ الرابطة الزوجية عند المشرعين الجزائري والمغربي. لكن، إنّ تنازل المطلقة عن حقوقها من نفقة عدّة ونفقة إهمال وتعويض هو بمثابة صلح بين الزوجين على حقوقها وإعفاء الزوج منها. لكن هل يمكن أن يكون هناك صلح حول النزاع في متاع البيت أم لا (**ثانيا**)، وهو ما سيتبين في الآتي:

ثانيا– الصلح حول النزاع في متاع البيت:

إنّ قضايا الجهاز وأثاث البيت غير محصورة، فقد يقع النّزاع بشأن امتناع الزوج عن تسليم المتاع لزوجته، وقد يقع النزاع بشأن قيمة المتاع إذا استهلك.

فعند وقوع الطلاق وعدم التفاهم على قسمة الأمتعة غالبا ما يلجأ الأطراف إلى القضاء من أجل الفصل في النزاع وإعطاء كل ذي حق حقّه، وقد نص قانون الأسرة على موضوع النزاع حول متاع البيت في المادة 73 التي تنصّ على أنّه:" إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع

[155] أنظر، عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، ط.01، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2016، ص.558.

البيت، وليس لأحدهما بيّنة، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"[156].

وذلك ما جسّدته المحكمة العليا إذ جاء في قرار لها أنّه: " في حالة إنكار وجود الأمتعة المطالب بها عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة :البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وليس المادة 73 من ق.أ، وبذلك فقضاة الاستئناف قد أصابوا لما حكموا بأن قاضي الدرجة الأولى بتوجيهه اليمين للمدعية قد خالف القاعدة العامة، باعتبار أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها"[157].

ولقد فصّلت المحكمة العليا في ما يخصّ الأثاث المستعمل بين الزوجين على أنّه ملك للزوج بقولها:" من المستقر عليه قضاء و شرعا أن أثاث البيت المخصّص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أنّ ذلك ملك لها اشترته أو هو من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقواعد الشرعية"[158].

كما تظهر بوادر الصلح من خلال المبدأ الذي جاءت به المحكمة العليا حيث جاء فيه:" يتقاسم الزوجان في حالة النزاع الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين"[159].

---

[156] أنظر، رشيد عمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت دراسة مقارنة، مجلة الراشدية، جوان 2010، جامعة معسكر، الجزائر، ع.02، ص.108.

[157] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 216836، م.ق، 2001، ع.خ، ص.245.

[158] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/01/16، ملف رقم 52212، م.ق، 1991، ع.03، ص.55.

[159] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 277411، م.م.ع، 2004، ع.02، ص.357.

فإذا اختلف الزوجان حول متاع البيت الذي يسكنانه فادعى الزوج أنّه له وادعت الزوجة أنّه لها فمن حيث أنّ كلا منهما مدع فمن أقام البينة قضي له[160]، و إنّ الاختلاف في متاع البيت إمّا أن يكون بين الزوجين في حال حياتهما، وإمّا يكون بين ورثتهما بعد وفاتهما، وإمّا أن يكون في حال حياة أحدهما وموت الآخر.

وعليه، إن كان في حال حياتهما فإمّا أن يكون في حال قيام النكاح، وإمّا أن يكون بعد زواله بالطلاق، وقال أبي يوسف في ذلك: القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكلّ، والقول قول الزوج في الباقي، وقال زفر في قول: المشكل بينهما نصفان، وقال مالك والشافعي: الكلّ بينهما نصفان[161].

فأمّا إذا ماتا، فاختلف ورثتهما فالقول قول ورثة الزوج في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: القول قول ورثة المرأة إلى قدر جهاز مثلها، وقول ورثة الزوج في الباقي، لأنّ الوارث يقوم مقام المورث، فصار كأنّ المورثين اختلفا بأنفسهما وهما حيان.

وإن مات أحدهما، واختلف الحيّ وورثة الميت، فإن كان الميت هو المرأة فالقول قول الزوج عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: القول قول ورثتها، وإن كان الميت هو الزوج فالقول قولها عند أبي حنيفة[162].

وقد أكّدت المحكمة العليا ما جاء في المادة (73 قانون الأسرة) بأنّه :" من المقرر شرعا أنّ النزاع المتعلق بمطالبة الزوجة لورثة زوجها المتوفي الأشياء التي كانت بين يدي الزوجة في حياته نزاع

[160] أنظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.02، دار القلم، الكويت، 1990، ص.102.

[161] أنظر، الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.03، ط.02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص.555.

[162] الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص.556.

يتعلق بمتاع البيت والخلاف بين الزوجين وهما على قيد الحياة لا يختلف حوله بين ورثة كل منهما عند وفاتهما معا، فإنّ هذا النزاع تسري عليه قاعدة ما يصلح عادة للنساء دون وجود بينة للزوجة عليه تأخذه مع يمينها، ونفس الشيء يقال فيما هو خاص بالرجال فإن كان ممّا يصلح لهما معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه"[163].

من جهة أخرى، إنّ المشرع المغربي لم ينص على مصطلح متاع الزوجية وفق عنوان واضح في مدونة الأسرة بل اكتفى بالإشارة إليه في المادة 34 منه بقوله :" كلّ ما أتت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها، إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات، غير أنّه إذا لم يكن لدى أيّ منهما بينة فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أمّا المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له". فالواضح من نص المادة أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى الصلح حول متاع البيت مثله مثل المشرع الجزائري بل أشار فقط إلى حالة النزاع بين الزوجين حول متاع البيت ولم يكن لأي منهما بينة فالقول للزوجة بيمينها والزوج بيمينه فيما هو معتاد لهما من الأمتعة، وهو ما أخذ به كذلك المشرع الجزائري دون التطرق للصلح حول متاع البيت.

أمّا على المستوى القضائي فقد جاء المشرع المغربي بقرار جاء فيه:" يكون القول قول الزوج بيمينه إذا نازع الزوجة في أخذ شوارها ما لم يضمنه أو تقم الحجّة على استيلائه[164] "، أي أنّ اليمين للزوج في حالة النزاع حول جهاز الزوجة.

[163] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1984/05/11، ملف رقم 32131، م.ق، 1990، ع.02. أنظر الملحق رقم 07، ص301-302.

[164] محكمة النقض، 2009/09/09، ملف شرعي عدد 2008/1/2/580، عدد 433.مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.36.

كما جاء في قرار آخر ما يلي:" يترتب عن عدم إثبات الزوج ادعاءه بكون مفارقته قد أخذت جميع حوائجها وأمتعتها إلزام المحكمة بتوجيه اليمين إلى الزوجة التّي تنفي أخذها لأمتعتها لقول ابن عاصم في المتحف: والمدعى عليه باليمين في عجز مدّع عن التّبيين[165]". فهنا يفهم من القرار أن المحكمة توجه اليمين للزوجة إذا نفت أخذها لأمتعتها وذلك بهدف إثبات ادعاءها اذا كان صحيحا أم كاذبا.

ثالثا– الصلح عند النزاع حول النظام المالي المشترك للزوجين:

اعترف المشرع الجزائري بالذمة المالية المستقلة للزوجة من خلال حرية التصرف في مالها الذي يعدّ ضمانا لحقوقها، ولقد نص على ذلك من خلال نص المادة 01/37 من قانون الأسرة بقولها: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

ومن وجهة نظري، أجد أنّ بوادر الصلح بين الزوجين تتجسد من خلال نص المادة 37 ق.أ حيث نصّ المشرع صراحة على أنّه:" يجوز للزوجين أن يتّفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النّسب التي تؤول لكلّ واحد منهما". فهذا الاتفاق الذي يكون بينهما هو بمثابة صلح مؤجل بينهما في حالة حصول نزاع حول الأموال المشتركة التي تؤول لكل واحد منهما. فهمنا هاته الاتفاقية المؤجلة هي بمثابة إثبات وكذا عقد صلح لحل النزاع بينهما.

أمّا في القانون المغربي فمع صدور مدونة الأسرة أصبح بإمكان الزوجين بصريح نص المادة 49 منها إبرام اتفاق على تدبير الأموال المشتركة التي ستكتسب خلال العلاقة الزوجية، بحيث

[165] محكمة النقض، 2006/11/29، ملف شرعي عدد 2006/1/2/368، عدد 671، مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.70.

يكون هذا الاتفاق درءا لتجنب كل خلاف قد ينشب بين الزوجين في موضوع أموال الأسرة وممتلكاتها والذمة المالية لكل واحد من الزوجين.

فالأصل أنّ لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر، له كامل حرية التصرف فيها، وهذا مبدأ عام أقرته المادّة 49، لكنّها أجازت لهما الاتفاق على تدبير الأموال التي ستكتسب خلال العلاقة الزوجية واستثمارها وتوزيعها، ونصت على تضمين هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج كما نصت على أن يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند ابرام عقد الزواج بهذه الإمكانية [166].

وفي هذا الشأن، جاء قرار لمحكمة النقض المغربية قضت فيه:" عدم وجود اتّفاق مسبق بين الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزوجية لا يمنع أحدهما من إثبات ما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة طبقا للقواعد العامة للإثبات...والمحكمة لما استبعدت كل هذه الحجج رغم تنوعها وقوتها الثبوتية معللة قرارها بأن اتفاق الزوجين لتدبير أموال الأسرة لا يثبت إلا بوثيقة مستقلة وصريحة تكون قد طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة تطبيقا خاطئا ممّا يعرض قرارها للنقض"[167].

فواضح من القرار أعلاه أن محكمة النقض المغربية قد وسّعت من وسائل اثبات اكتساب الأموال المكتسبة أثناء الزواج، ولم تحصرها فقط في الاتفاق المسبق بين الزوجين.

[166] أنظر، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي و الاجتماعي للأمم المتحدة، مدونة الأسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، يناير، 2019، ص.64-65.

[167] محكمة النقض المغربية، 2007/1/2/28، قرار عدد 566، بتاريخ 13 دجنبر 2008. مقتبس عن، أنظر، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، المرجع السابق، ص.18.

رابعا– الصلح حول بدل الخلع:

إذا كان الأصل أنّ الزوج يملك الطلاق إلاّ أنّ الزوجة قد تبغض زوجها، وتقع الكراهية في قلبها وتود الخلاص من معاشرته ولكن الزوج يمتنع عن طلاقها، لذلك رسم لها الاسلام طريقا للخلاص من الرابطة الزوجية دفعا للضرر والحرج وهو أن تقدّم لزوجها عوضا تفتدي به نفسها وهو ما يسمى بالخلع[168]، والحديث عن الخلع يقتضي منا تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية باعتباره صورة من صور فك الرابطة الزوجية (أ)، ثم سنتطرق إلى الجزئية التي تهمّنا وهي إجراء الصلح حول بدل الخلع (**ب**).

أ– تعريف الخلع:

1– الخلع **لغة:** من خلع ثوبه ونعله وقائده ، وخلع عليه خلعة ، كله من باب " قطع"، وخلع أمرأته خُلعا بالضمّ، وخالعت المرأة بعلها : أرادته على طلاقها ببدل منها له، فهي خَالع و الاسم الخُلعة، بالضمّ وقد تخالعا واخْتلعت فهي مُختلِعةٌ[169].

2– الخلع **اصطلاحا:** الخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض، وعند الحنفية: فهو الخلع المسقط للحقوق[170].

فالخلع هو فراق الزوجة على مال تدفعه المرأة، وهو مأخوذ من خلع الثوب، لأنّ المرأة لباس الرجل مجازا[171]، والأصل في الخلع قوله تعالى:﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ

---

[168] أنظر، ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، ج.02، ط.02، مكتبة المعرفة، مراكش، 2018، ص.89.

[169] أنظر، أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1995، ص.167.

[170] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.266.

[171] بوقندورة سليمان، المرجع السابق، ص.310.

عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾[172].

ومن النّاحية القانونية بصفة عامة الخلع بطبيعته عقد ثنائي الطرف لأنه يقوم على اتفاق بين الزوج والزوجة على أن تدفع له هذه الأخيرة مبلغا من المال لقاء طلاقها ويتم ذلك بإيجاب وقبول يشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما ومن هنا فالتكييف القانوني للخلع أنّه كالطلاق على مال[173]. أمّا التشريعين الجزائري والمغربي فلم يعرّفا الخلع حيث اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إليه في نصّ المادة 54 من قانون الأسرة بأنّه:" يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي..."، أمّا المشرع المغربي فقد نصّ على جواز الصّلح على مقابل الخلع في نصّ المادّة 120 من مدوّنة الأسرة والتي سنفصّل فيها لاحقًا.

ب- إجراء الصلح حول بدل الخلع:

عند الفقه الإسلامي إذا تداع الزّوجان إلى الصّلح وافترقا عليه، وإن لم يأخذ منها الزوج شيئا فهو فراق كما لو أخذ، وإذا قصدا إلى الصّلح بغير عطية أو على أن أخذ منها متاعه وسلم إليها متاعها فذلك خلع لازم، وقال في كتاب ابن المواز: وإن لم يقصد قصد الصلح وقال: أنتي طالق ولي متاعي ولك متاعك، فله الرجعة ثمّ رجع وقال: لا رجعة له إذا كان منهما على وجه الصلح[174].

---

[172] سورة البقرة، الآية 229.

[173] أنظر، أبي عبد الله محمد الخرشي، على المختصر الجليل، ج.04، ط.02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317 ه، ص.12.

[174] أنظر، أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات، م.05، ط.01، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1999، ص.257.

أمّا على مستوى القضاء، فقد أكّدت المحكمة العليا على الصّلح عند الطلاق بالخلع وأنّ أيّ إجراء مخالف يعرضه للطعن حيث اعتبرت الصلح إجراء جوهري وإجباري ملزم للقاضي، وهو ما يتبيّن من خلال القرار التّالي:" حيث أن الخلع وسيلة من وسائل الطلاق وفك الرّابطة الزوجية، وبالتّالي يتعين إصدار حكم بشأنه وقبل ذلك يتوجب على القاضي إجراء عدّة محاولات صلح بين الزوجين، ولما قضى قاضي أول درجة للمحكمة بالتطليق خلعا في قضية الحال دون إجراء محاولات صلح بين طرفي النزاع، ممّا يستلزم نقض الحكم محل الطعن مع الإحالة"[175].

وتجدر الإشارة في هذا الشأن، أنّه كان قد صدر قرار عن المجلس الأعلى الذي جاء بما يلي:" أنّ الخلع لا ينعقد إلاّ بإيجاب وقبول بين الزوجين، وكذلك فإنّه يشترط اتفاق الزّوجين على المبلغ الذي تدفعه الزوجة لزوجها لقاء تطلقها منه"[176].

فواضح من القرار أعلاه، أنّه كان يشترط قبول الزوج لمبلغ الخلع، حيث أنّ اتفاق الزوجين حول بدل الخلع يمكن أن نعتبره بمثابة صلح بين الزوجين على بدل الخلع حيث يتنازل الزوج عن حقه بقبول دعوى الخلع مقابل أن تمنحه الزوجة مبلغ متفق عليه بينهما.

لكن تغيرت قرارات المحكمة العليا بخصوص اشتراط موافقة الزوج لبدل الخلع. حيث جاء في العديد من قراراتها على عدم اشتراط موافقة الزوج على بدل الخلع تفاديا لأي استفزاز قد تتعرض له الزوجة من قبل زوجها، ومن بين هذه القرارات ما يلي:" إن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين"[177].

---

[175] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 477546، م.م.ع، 2009، ع.02، ص.281.

[176] المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1969/03/12، م.ق، 1969، ص.170.

[177] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 25299. مقتبس عن، أنظر، نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، 2015، ص.157.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا أنّ:" الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعوضه عليه، ومن ثمّة فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[178].

كما صدر قرار للمحكمة العليا قضت فيه:" من المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم، إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه، كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره في حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على ألاّ يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح باب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإنّ قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن"[179].

فواضح من القرارات السابقة أنّ المشرع الجزائري قد منح للزوجة أحقية مخالعة نفسها[180]، ولو لم يوافق الزوج على قيمة التعويض الموازي للخلع، فيكون تدخّل القاضي هنا ضروريّا لتحديد

---

[178] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 216239، اجتهاد غرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع.خ، ص.138. نفس القول جاء في قرار المحكمة العليا حيث قضت:" تطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج تطبيق صحيح للقانون طبقا لنص المادة 54 من قانون الأسرة". المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603. مقتبس عن، نبيل صقر، المرجع السابق، ص.160.

[179] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73885، م.ق، ع.03، 1993، ص.55. ونفس القرار جاءت به المحكمة العليا بقوله:" إنّ قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين"، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم 25299. مقتبس عن، نبيل صقر، المرجع السابق، ص.157.

[180] جاء في قرار آخر للمحكمة العليا:" ...ومن ثمّ فإنّ عدم موافقة الطاعن على الخلع الذي تطالب به المطعون ضدّها، وعلى المقابل المالي المقترح من قبلها، لا يحرمها من مخالعة نفسها ولا تحرمها أحكام الشريعة الاسلامية ولا القانون من ذلك، مثلما يعتقد الطاعن خطأ..."، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2009/09/16، ملف رقم 0106709، غير منشور.

قيمة بدل الخلع في حالة عدم اتفاق الزوجين على بدل الخلع حيث يحدده القاضي بما يعادل قيمة صداق المثل وقت الحكم.

لكن ما يلفت الانتباه، أنّ المشرع الجزائري قد نص صراحة سواء في قانون الأسرة أو القرارات القضائية على جواز طلب الزوجة للخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، كما سمح للقاضي بالتدخّل لتحديد بدل الخلع في حالة عدم الاتّفاق بين الزوجين وبهذا الشأن فقد جاء المحكمة العليا بالقرار الآتي:" تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع، يحدّده القاضي وجوبا في حالة عدم اتفاق الطرفين عليه"[181]، لكنّه في المقابل لم يتطرق إلى إجراء الصّلح في حالة عدم الاتفاق على بدل الخلع، ممّا يجعلنا نتساءل: هل للمشرع الجزائري قصد ضمني عندما ألزم القاضي بتحديد قيمة الخلع، وذلك لوضع حدّ للنزاع بين الزوجين حول بدل الخلع وايقاع الصلح بينهما ؟.

على نقيض المشرع الجزائري، فالمشرّع المغربي كان أكثر وضوحا في ذلك، حيث نصّ على اجراء الصّلح في مقابل الخلع بشكل صريح، وذلك في نصّ المادّة 120 من مدوّنة الأسرة:" إذا اتّفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصّلح بينهما، وإذا تعذّر الصّلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة الماديّة للزوجة. إذا أصرّت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزّوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

وجاء في نصّ المادة 118 من المدونة:" كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون بدلا للخلع دون تعسف ولا مغالاة"، فيفهم من نص المادة أنّه يصح أن يكون مقابل الخلع عبارة عن نقود أو منقول أو عقار، مؤجل أو معجلا، ملكا أو منفعة، كما يمكن أن يكون تنازل الزوجة عن

[181] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2001/10/17، ملف رقم 275497. مقتبس عن، نبيل صقر، المرجع السابق، ص.162.

حضانة أولادها لمصلحة الأب أو تعهدها بالإنفاق عليهم ولكن شريطة أن تكون موسرة، وهو ما جاء في نص المادة 119 من المدونة:" لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو نفقتهم إذا كانت الأمّ معسرة. إذا، يتجلّى من مقتضيات هذا النص أنّ الزوجة المعسرة لا يجوز لها طلب طلاق الخلع مقابل تعهدها بالإنفاق على أولادها.

وقضت محكمة النقض في قرار لها ما يلي:" لا تعتبر المختلعة مكرهة على ابرام اتفاق الخلع إذا ثبت أنّها قامت بإجراء محاولات ودية قصد الانفصال عن زوجها قبل اختلاعها"[182]. يفهم من القرار أنّه إذا قامت المختلعة بمحاولات الصلح والاتفاق الودي مع زوجها فيعتبر ذلك بمثابة اثبات على عدم اكراهها على ابرام اتفاق الخلع.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى المغربي[183] أنّه: "بمقتضى المادة 119 من مدونة الأسرة، إذا أعسرت الأم المختلعة بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون مساس بحقه في الرجوع عليها.

ولما تمسّكت الطّاعنة بعدم قدرتها على نفقة البنت بسبب عسرها، وأدلت بموجب العدم وشهادة عدم الشّغل المشار إليهما لإثبات عسرها، والمحكمة لما استندت في قضائها على تنازل الطالبة المشار إليها، وعلى خلوّ موجب العدم من بيان تاريخ العسر، مع أنّ تاريخ الاشهاد به يعتبر هو تاريخ العسر ولم ترد على ما دفعت به الطاعنة بمقبول، فإنّها تجعل لقرارها أساس وعللته تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه وعرضته للنقض"[184]. فمن القرار يظهر أنّ الأمّ سبق وأن تنازلت عن نفقة أبناءها من قبل الأب بسبب التطليق بالخلع، لكن بما أنّها أعسرت يلتزم الأب بالإنفاق

[182] محكمة النقض، 2006/11/22، ملف شرعي عدد 2006/1/2/230، عدد 655. مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.58.

[183] المجلس الأعلى المغربي، 2006/11/01، ملف رقم 2005/2/661، غير منشور.

[184] ابراهيم بحماني، المرجع السابق، ص.117.

إلى حين يسرها ثم له حق الرجوع عليها بالمبالغ التي أنفقها، وهذا التنازل عن النفقة هو اتفاق وصلح بين الزوجين مقابل الخلع.

وجاء في قرار لمحكمة النقض المغربية أنّه:" لا يرتّب الإبراء الصّادر من المختلعة أي أثر إلاّ بالنسبة للحقوق التي انصبّت إرادتها على الإبراء منها، تستحقّ المختلعة أجرة الحضانة والسكنى مادامت لم تتنازل عنهما صراحة"[185]. فيفهم من القرار أنّ الإبراء والصلح يكون حول الحقوق التي تنازلت عنها المختلعة صراحة، أمّا الحقوق التي لم تتبرّء منها المختلعة صراحة، تعتبر ضمنا غير متنازلة عليها وهي أجرة الحضانة والسكن.

لكن مع ذلك، يمكن للأمّ أن تتنازل عن الحضانة مقابل خلعها من عصمة زوجها، وهو ما يفهم من قرار محكمة النقض المغربية حيث جاء فيه:" تستحقّ الأمّ الحضانة ولو كانت قد تنازلت عليها بمقتضى خلعها من عصمة زوجها إذا أثبتت تواجد المحضون معها منذ ولادته وعدم تقدّم الأب بطلب استحقاقه للحضانة"[186]. فيظهر من خلال القرار اتفاق الزوجين حول بدل الخلع الذي يقع محله على التّنازل عن الحضانة لصالح الزوج، فيبدو هنا الصّلح بين الزوجين حول الحضانة، لكن مع ذلك لا يسقط حقّ الأمّ في الحضانة ولو تنازلت عنه[187]. إذا أثبت تواجد المحضون معها منذ ولادته مراعاة لمصلحة المحضون.

---

[185] محكمة النقض المغربية، 2008/1/2/20، عدد 534. مقتبس عن، عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، ط.01، منشورات دار القضاء بالمغرب، 2014، ص.49.

[186] محكمة النقض المغربية، ع.140، 2008/3/18، ملف شرعي عدد 2007/1/2/586. مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.319.

[187] نفس القول جاء في قرار محكمة النقض المغربية :" لا يترتب عن تنازل الأمّ المختلعة عن حقها في الحضانة سقوط هذا الحق إذا كان المحضون صغيرا لم يتجاوز سنه سبع سنوات"، محكمة النقض، عدد 392، 2008/7/23، ملف شرعي عدد 2007/1/2/605. مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.376.

و عليه، يجدر بنا القول أنّه لا اجتهاد مع نصّ صريح فالمشرع المغربي قد حسم الأمر بمادة قانونية واضحة أغلقت كل باب للتأويل أو الشكّ. فطبقا لنص المادة أعلاه يتبين أنّه يتوجّب إجراء الصّلح بين الزوجين في حالة الخلاف على بدل الخلع فكان على المشرع الجزائري الاقتداء بما ذهب إليه المشرع المغربي.

أخيرا، بعد التطرق إلى الصلح حول بدل الخلع، سنتطرق إلى الصلح بين الزوجين حول الميراث في القانونين الجزائري والمغربي.

خامسا– الصلح بين الزوجين على الميراث وصوره:

بداية سنتناول ضمن هاته الجزئية مفهوم التخارج (**أ**)، ثمّ سنبين بعض صوره (**ب**)، مع التطرق إلى الصلح على الميراث قانونا (**ج**).

أ– المقصود بالتخارج:

المقصود بالتخارج في الاصطلاح هو مصالحة الورثة على اخراج بعض منهم بشيء معين من التركة[188].

و التّخارج في قول الجرجاني هو: أخذ بعض الورثة مالا معلوما من الورثة الآخرين مقابل حصصهم في الإرث، والخروج من التركة نوع من أنواع الصّلح[189]. وفي الدرر: التخارج هو أخذ

[188] أنظر، الجرجاني محمد بن علي السيد شريف، معجم التعريفات، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1403هـ ، 1983م، ص.53.

[189] علي حيدر، المرجع السابق، ص.48.

بعض الورثة مالاً معلوماً من الورثة الآخرين مقابل حصصهم الإرثية، والخروج من التركة نوع من أنواع الصلح[190] .

والتخارج صُلح ركزت عليه أغلب التعريفات، لكن نقول إنّ التخارج يكون صلحا إذا كان هنا نزاع بين الورثة حول استحقاق أحد الورثة، فقد يتفق باقي الورث على أن يأخذ هذا الوريث مالا معينا ويخرج من التركة وينزل عن ادعائه بالميراث في باقي التركة، فإذا لم يكن هناك نزاع في الميراث فلا يمكن القول بأنّها صلح[191].

والتخارج في الأصل هو عقد صلح بين الورثة، لإخراج أحدهم ولكنه يعتبر عقد بيع إذا كان البدل المصالح عليه شيئا من غير التركة، ويعتبر عقد قسمة ومبادلة إن كان البدل المصالح عليه من مال التركة. وقد يكون هبة أو اسقاطا للبعض إن كان البدل المصالح عليه أقلّ من النصيب المستحق[192].

وما تجدر الإشارة إليه، أنّه إذا كانت التّركة عبارة عن ديون وتصالح بعض الورثة مع أحدهم على إعطائه كذا درهم وأن يخرج من التركة، وخصص حصته في الدين لهم كان الصّلح باطلا، لأنّ في ذلك تمليك حصة المصالح في الدين لغير المدين وهم الورثة والبطلان يسري على الكلّ، حيث كان صفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند الإمام وينبغي أن يجوز عندها في غير الدين إذا بين حصته. مثلا لو تصالحت الزوجة بطريق التخارج عن حصتها الثمن من تركة زوجها

[190] علي حيدر، المرجع السابق، ص.40.

[191] أنظر، اللهيبي صالح أحمد، عقد التخارج، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للسنة 26، يناير 2012، ع.49، ص.57.

[192] أنظر، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، تخارج- تسوية، ج.11، ط.02، الكويت، 1988، ص.05 وما يليها.

الذي له ديون في ذمم الناس وعن مطلوبها من زوجها المتوفي من مؤخّر صداقها على كذا درهما كان الصلح باطلا سواء شرط بأن تكون حصتها في الدين عائدة للورثة أو لم يصرّح[193] .

ب- صور الصلح في التخارج:

ينقسم الصلح في التخارج إلى خمسة صور وهي كالآتي:

1- أن يخرج وارث أحد الورثة عن نصيبه كلّه في مقابل شيء يأخذه **من غير التركة**، فهنا يحل الوارث المخارج محل الوارث المخارَج في نصيبه من التركة، وتضم سهامُه إلى سهامه. ولقسمة مسألة هذه الصورة نتبع الخطوات التالية:

- تقسّم المسألة قسمة عادية بين الورثة جميعا بما فيهم الوارث المخرج، لمعرفة عدد سهامه في المسألة.
- إذا عرفنا سهام الوارث المخرج من المسألة، أعطيناها الوارث الذي خارجه، فهي له[194].

2- أن يتصالح الورثة مع أحدهم على أن يترك لهم حصته ويأخذ بدلها **جزءا معينا من التركة**.

3- أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لبقية الورثة أو بعضهم في مقابل مال يدفعه له الورثة بالتساوي من غير التركة من مالهم الخاص.

4- أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لبقية الورثة في مقابل مال يدفعه له الورثة جميعا من غير التركة من مالهم الخاص، بنسبة انصبائهم في التركة.

---

[193] علي حيدر، المرجع السابق، ص.49.

[194] أنظر، ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الاسلامية، مكة المكرمة، 1429 هـ، ع.45، ص.207.

6- أن يخرج أحد الورثة عن نصيبه لبقية الورثة في مقابل مال يدفعه له الورثة جميعا من غير التركة من مالهم الخاص بنسب مختلفة، وليست كنسب ميراثهم، كما لو دفع له أحد الورثة الربع، والثاني الخمس، والثالث الثلث[195].

ج- الصلح على الميراث قانونا:

وجدير بالملاحظة، أنّ المشرع الجزائري لم يعرّف الميراث[196] ولم يتطرق لأحكام التخارج ولم ينظمه لا في قانون الأسرة، ولا في القانون المدني مما يقتضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المادة 222 ق أ.

والأصل أنّه يثبت التوارث بين الزوجين بمجرد عقد الزواج الصّحيح ولهذا نصّت المادة 130 من قانون الأسرة على أنّ عقد الزواج إذا تمّ إبرامه صحيحا فإنّه يوجب التوارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما قبل الآخر ولو حصلت الوفاة قبل البناء أو الدخول بالزوجة[197]، فالزوجية أحد أسباب الميراث فإذا مات أحدهما، ورث الحيّ منهما صاحبه الميت بسبب الزوجية القائمة بينهما [198]. وهو ما نصّت المادة عليه المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري بقولها:" أسباب الإرث القرابة والزوجية".

كما جاء في نص المادة 132 من ق.أ بقولها:" إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدّة الطلاق استحق الحي منهما الإرث". وجاء قرار للمحكمة العليا

[195] ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، المرجع السابق، ص.212.

[196] لكن نجد أنّ المحكمة العليا قد عرّفت الميراث بقولها :" ما يخلفه المورث من أموال وحقوق مالية جمعها وتملكها أثناء حياته لمن استحقها بعد موته". المحكمة العليا، غ.م، 1982/04/14، ملف رقم 24770، م ق، 1989،ع.01، ص.55.

[197] عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.112.

[198] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص.211.

ينص على أنّه: "من المستقر عليه شرعا وقضاء، أن العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث، وتستحق الزوجة الإرث بموت مورثها" [199].

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ المشرع الجزائري لم ينظم التخارج لا في قانون الأسرة ولا القانون المدني، ممّا يستوجب الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية التي أحالت إليها نص المادة 222 من قانون الأسرة.

وهو ما أوردته المحكمة العليا في قرار لها فجاء فيه:" من المقرر قانونا عند وفاة أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، يستحق الحي منهما الإرث، وللزوجة نفس الحق إذا حصلت الوفاة أثناء عدّة طلاقها ويعتبر الفقهاء الزوجة التي طلقها زوجها ومات وهي في عدّتها أن تعتدّ بأبعد الأجلين وتستحق منابها في الميراث وتعتبر كأنّها مازالت زوجة حتّى ولو كان الطلاق صحيحا أمّا إذا طلقها وهو مريض مرض الموت ولو كان طلاقا بائنا ومات أثناء عدّتها وثبت أنّه قصد حرمانها من الميراث، فإنها تعتد بأطول الأجلين الطلاق والوفاة وعليه فالطعن في الحكم الحالي في غير محله ويرفض"[200].

وإذا وقع الطلاق العرفي وتوفي أحد الزوجين أثناء محاولة الصلح وكانت فترة العدّة ماتزال سارية استحقّ الحي منهما الإرث، وفي الحالة العكسية. إذا انقضت فترة العدّة قبل رفع دعوى الطلاق و توفّي أحد الزوجين فلا توارث بينهما، ولا أثر لمحاولة الصلح على فترة العدّة الشرعية فلا تقطعها ولا توقفها[201].

[199] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/04/27، ملف رقم 91664، م.ق، 1994، ع.01، ص.68.

[200] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/12/21، ملف رقم 101444، م.ق، رقم.2/96.

[201] أنظر، زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، مذكرة شهادة الماجيستير، القانون الخاص، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، بن عكنون، 2006-2007، ص.144.

وهو أكّدته المحكمة العليا في قرار لها وذلك في الملف رقم 352557 بتاريخ 2006/01/04 :" أنّ الطلاق لا يثبت إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح والطلاق لم يقع لأنّ الوفاة كانت قبل صدور الحكم المثبت للطلاق وقبل انقضاء مهلة المصالحة وهو ما تؤكده المادة (132 ق. أ) ممّا ينجر عنه النقض" [202]، وهو ما يفسّر وجود جلسة الصّلح في مرض الموت ممّا يوجب الميراث للزوجة.

فما يلاحظ من خلال استقراء نص المادة (132 ق.أ) أعلاه أنّ المشرع قد اعترف بالطلاق العرفي وهو ما يفسر وجود العدّة في حالة وقوع الطلاق لفظيا.

وفي هذا الشأن، يقول الدكتور عبد القادر بن حرز الله أنّه:" إذا مات الرجل في أثناء عدّة زوجته التي طلقها طلاقا رجعيا، انتقلت بإجماع من عدتها بالأشهر إلى عدة الوفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام سواء أكان الطلاق في حالة الصحة أم في حال مرض الموت، لأنّ المطلقة رجعيا تعدّ زوجة ما دامت في العدّة، وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة[203].

ونفس القول أخذ به المشرع المغربي من أنّ من أسباب الإرث هو الزواج الصحيح، وذلك في نص المادة 329 من مدونة الأسرة الذي جاء فيه:" أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكلّ من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث، ولا التنازل عنه للغير".

فيستنتج من نص المادة أنّ من أسباب الإرث هو الزوجية حيث يقع التوارث بين الزوجين بمجرد انعقاد النكاح بعقد صحيح ولو وقعت الوفاة قبل البناء بالزوجة طالما أنّ الزوجية قائمة بينهما حتى الوفاة.

---

[202] نبيل صقر، المرجع السابق، ص.16.

[203] عبد القادر حرز الله، المرجع السابق، ص.337.

كما نص الفصل 1103 من قانون الالتزامات والعقود المغربي:" يجوز تصالح الورثة على حقوقهم في التركة بعد أن تثبت لهم فعلا، في مقابل مبلغ مما تستحقونه فيها شرعا وفقا لما يقضي به القانون يشترط أن يكونوا على بينة من مقدار حقهم فيها".

أمّا على المستوى القضائي، نص قرار مغربي للمجلس الأعلى[204] ورد فيه:" الإبراء بين الورثة في التركات يشترط فيه إحصاء المتروك أو العلم بالتركة بما يكفي، وإذا فقدت أحد الشرطين يكون الإبراء غير عامل لأنّه منصب على مجهول". فيستنتج من القرار أنه يشترط للإبراء بين الورثة أن يتوفر شرطان وهو إحصاء المتروك أو العلم بالتركة وإلاّ كان الإبراء غير مجدي.

سادسا– أثر إجراء الصلح عند عدة الطلاق:

جاء في نصّ المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد ". فالواضح من نص المادّة أنّه إذا كان الصّلح خلال فترة العدّة فلا يحتاج الزوج إلى عقد جديد لإرجاع زوجته[205].

ويفهم كذلك من نص المادّة أعلاه، أنّ الطلاق لم يتمّ بعد مع أن الطلاق قائم شرعا، ذلك أنّه لم يتم الحكم به قضاء وجلسات الصلح لا زالت قائمة، فهنا للزوج أن يراجع زوجته إذا

[204] المجلس الأعلى، 27 شتنبر 1994، قرار رقم 1165، ملف عقاري 886233، غير منشور. مقتبس عن، ابراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 120.

[205] عند التمعن في نص المادة 1/49 نجد أنّ احتساب العدة يكون بعد النطق بحكم الطلاق، لكن يمكن أن يكون الزوج قد طلق زوجته لفظيا قبل الطلاق أمام القاضي، ويقع الاشكال عند حساب العدّة من تاريخ صدور الحكم. حيث تعتبر مخالفات شرعية كالنسب و الإرث ... ، هذا إذا اعتبرنا أن الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء لا يعترف به المشرع فلو فرضنا أن الزوج قد طلق زوجته وبعد ثلاثة أشهر – أي بعد انقضاء عدتها – رفع دعوى اثبات الطلاق، فالقاضي يفرض عليه القانون أن يجري عدة جلسات صلح في حين أن الزوجة قد بانت من زوجها شرعا، فلو أخذنا بحرفية النص فإن الزوج له أن يراجع زوجته و هي بائن منه ، وذلك لو وقع لكان زنى بلا ريب، بل يجب أن يكون بعقد جديد، والقانون لا يشترط ذلك ما دام لم يصدر حكم بإثبات الطلاق. لهذا على المشرع حسم الأمر فيما يخص هذا التضارب بنص واضح.

صالحها قبل صدور الحكم بالطلاق بدون عقد جديد، لأنّ الطلاق لم يتم بعد قانونا على مستوى المحكمة، كما أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن، وهو الطلاق الذي نصّت عليه المادة 51 ق أ ج [206].

وما يجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد وقع في تضارب فيما يخصّ احتساب العدة من يوم نطق الزوج بالطلاق والذي يعدّ جائزا شرعا، أو من يوم نطق المحكمة بالطلاق في جلسة الحكم والذي يعتبر صحيحا قانونا. طبقا لنص المادة 49 ق.أ التي نصت على أن الطلاق بين الزوجين لا يثبت، أي لا يكون له وجود قانوني إلا بحكم كالطلاق العرفي[207].

ومن خلال استقراء نص المواد 58 و59 و60 من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد اعترف بالطلاق العرفي[208]ضمنيا بقوله: "...فترة العدّة تبدأ في السريان من تاريخ التصريح بالطلاق..."، فكان على المشرع ضبط هذا التضارب بنص واضح.

لكن المحكمة العليا جاءت ببعض القرارات التي تعترف بالطلاق العرفي ضمنيا وذلك اذا تمّ اثباته بشهادة الشهود جاء فيه: " من المقرر شرعا أنه يثبت الطالق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين في قضية الحال أن الطالق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة

[206] نصت المادة 51 ق.أ:" لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مراث متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

[207] أنظر، الملحق، رقم. 11، ص.303-304.

[208] ويمكن تعريفه بأنّه: « هو ذلك الطالق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إليه». مقتبس عن، أنظر، بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، م. الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مج.02، جوان 2018، ع.10، ص.766.

من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطالق العرفي طبقوا صحيح القانون "[209].

وجاء في قرار آخر لها أنّه:" يحكم بالطلاق بعد محاولة الصلح التي إن أفلحت بقيت علاقة الزوجين كما كانت سابقا إلاّ إذا أثبت الزوج أنه طلق زوجته قبل أن يعرض أمرها على القاضي أو أثناءه، وإن فشل فإن كان الزوج هو الذي طلب الطلاق فما على القاضي سوى الحُكم له به"[210]. فيفهم من القرارات أعلاه أنّ القاضي يعترف بالطلاق العرفي في حالة واحدة وهي اثباتها بشهاد الشهود.

وبالتالي يمكن أن نستنتج ممّا سبق، أنّه يمكن أن يقع الصلح بين الزوجين في عدّة الطلاق العرفي بشرط أن يثبت هذا الطلاق بشهادة الشهود ويقتنع به القاضي، أمّا الطلاق بحكم القاضي فلا يشكل إشكال كونه معترف به قانونيا عكس الطلاق العرفي الذي أسال كثيرا من الحبر والتضارب.

وعليه، يقوم الحكمين بإجراء الصّلح بين الزوجين في حالة ما إذا تأكّدا من أنّ فترة العدّة لازالت قائمة، وبالتالي ارجاع الزوج زوجته بدون عقد جديد، وفي حالة انتهاء عدّتها يحكم في موضوع الدعوى بالطلاق دون صلح.

وعند المشرّع المغربي تعتدّ المرأة من يوم الطّلاق أو الوفاة أو التطليق أو الفسخ أو المفارقة في الزواج الفاسد طبقا لما تنصّ عليه المادة 129 من مدوّنة الأسرة جاء فيها:" تبتدئ العدة من تاريخ الطلاق أو التطليق أو الفسخ أو الوفاة"، وتحسب العدة من تاريخ الاشهاد بالطّلاق لدى عدلين بعد أن يأذن القاضي بذلك، أمّا التطليق فيبدأ من تاريخ صدور الحكم بالتطليق كيفما كان

[209] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم 216850، م.م.ع، 2001، ع.خ، ص.100.
[210] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2005/02/23، ملف رقم 57812، م.م.ع، 2005، ع.01، ص. 275.

نوعه[211]. و بذلك تعتبر العدّة فرصة للزوج لكي يراجع قراره المتعلق بالطلاق ويتجه الى عقد صلح بين زوجته.

الفرع الثاني

الصّلح في النزاعات المتعلقة بالأطفال المحضونين عند فك الرابطة الزوجية

إنّ الصلح لا ينحصر فقط في النزاعات القائمة بين الزوجين، بل تتعدى آثارها إلى الصلح حول نزاعات متعلقة بالأطفال المحضونين من حضانة (**أوّلا**)، وزيارة (**ثانيا**)، وسكن المحضون (**ثالثا**):

أولا- الصلح حول حضانة الأطفال بالتنازل:

يقصد بالحضانة في اصطلاح الفقهاء بأنّه حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسده[212]، ولقد عرّفها المشرع الجزائري في نص المادة 62 ق. أ بأنّ:" الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...". فالحضانة هي القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته وملبسه ومأكله ومشربه وتربيته على دين أبيه.

و الأصل أنّه تظهر بوادر الصلح في سقوط الحضانة عن الحاضنة بالتنازل وهذا ما نستشفه من خلال نصوص المواد 66 و 67 و68 و69 من قانون الأسرة حيث أنّ زواج الحاضنة بغير قريب محرم هو تنازل منها عن حقّ الحضانة، كما أنّه إذا لم تطالب الحاضنة بحق الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر يعتبر تنازلا ضمنيا منها ويسقط بذلك حقها عن الحضانة، ويعتبر سكن

[211] أنظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ط.04، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2020 ، ص.264.

[212] أنظر، الخرشي، على المختصر الجليل، ج.04، ط.02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ، ص.207.

الحاضنة ببلد أجنبي بمثابة تنازل عن حضانتها. وهي كلّها أسباب توجب التنازل وبالتالي الصلح حول حضانة الأطفال باتفاق ودي وعن طيب خاطر.

وقد أجاز الفقه الحنفي الخلع على التنازل عن الحضانة، ولا يسقط حقّ الأمّ في الحضانة، لأنّ هذا الحق للولد فلا تملك الأمّ التنازل عنه، وأجاز المالكية في مشهور المذهب التنازل عن الحضانة بالخلع وانتقالها إلى الأب بشرطين وهو ألاّ يلحق الولد ضرر من مفارقة أمّه. و أن يكون الأب قادرا على حضانة الولد، لكن المفتى به عند المالكية أنّ الحضانة لا تنتقل بإسقاط الأمّ إلى الأب، ولكنّها تنتقل إلى من يلي الأمّ في حق الحضانة [213].

وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري في مادته 54/فـ01 يستنتج عدم التنصيص على الخلع مقابل التنازل عن حضانة الأولاد، وإنّما الخلع بمقابل مالي. كما جاءت نص المادة 119 من مدونة الأسرة واضحة بعدم جواز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأمّ معسرة.

لكن على المستوى القضائي، قد تثار بين الزوجين خلافات حول من له أحقية حضانة الأولاد ممّا يستدعي تدخّل القاضي للفصل فيه والذي يمكن أن يفسّر على أنه صلح بينهما والذي سنبينه في الآتي:

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنّه:" من المقرّر قانونا أنّه يعود الحقّ في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الاختياري، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون"[214].

[213] أنظر، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.02، دار إحياء الكتب العربية، د.س، ص.527.

[214] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم 58812، م.ق، 1992، ع.04، ص58.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا:" من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية- لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم عليها ذلك فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدّها أم الأولاد عن تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها فإنّهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة"[215].

كما قضت المحكمة العليا بالمبدأ الآتي:" إنّ تنازل الأمّ عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأنّ حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من قانون الأسرة"[216]. ونفس الطرح جاءت به المحكمة العليا من خلال المبدأ الآتي:" تنازل الأمّ عن الحضانة جائز إذا كان لا يضرّ بمصلحة المحضون"[217].

فواضح من خلال استقراء مبادئ المحكمة العليا أعلاه أنّها قد أجازت تنازل الأمّ عن حضانة الأولاد لكنها اعتبرت هذا التنازل غير نهائي حيث يمكن لها أن تحكم بحضانة الأولاد من جديد إلى الأمّ مراعاة لمصلحة المحضونين. فالتّنازل هنا يمكن أن تكييفه على أساس أنّه صلح و اتّفاق بين الأبوين على حضانة الأطفال.

[215] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 53340، م.ق، 1990، ع.03، ص.85.
[216] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 235456. نبيل صقر، المرجع السابق، ص.259.
[217] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/02/13، ملف رقم 282153. نبيل صقر، المرجع السابق، ص.275.

أمّا عند الرجوع إلى القضاء المغربي، فقد جاء في قرار المجلس الأعلى أنّه:" يترتب عن تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة سقوط حقها فيها نهائيا ولا يسوغ لها المطالبة بها مرة أخرى"[218].

يفهم من القرار أنّ المشرع المغربي أجاز تنازل المطلقة عن الحضانة مع سقوط حقها في المطالبة بها مجدّدا. وذلك لخروج حق الحضانة من ذمتها وهو ما قضت به محكمة النّقض المغربية في قرار لها:" يعتبر تنازل المطلقة عن حقها في حضانة ابنها لأبيه ملزما لها، ولا يمكنها الاحتجاج بنقص أهليتها وقت التنازل، لخروج الحق في الحضانة عن ذمتها المالية"[219].

وفي قرار آخر للمحكمة الابتدائية بوجدة أجاز القضاء تنازل الأمّ لصالح الأب من أجل حضانة الابن[220].

كما جاء في قرار آخر ما يلي:" لا يعتبر سفر الحاضنة بالمحضون مبرّرا لإسقاط حضانتها طالما تمّت الموافقة الصريحة للأب على ذلك"[221]. يلاحظ من القرار أنّه تعتبر موافقة الأب على سفر المحضون بمثابة صلح واتفاق بين الزوجين على ذلك.

---

[218] محكمة النقض المغربية، عدد.536، 2008/11/19، ملف شرعي عدد 2008/1/2/24. مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.392.

[219] محكمة النقض المغربية، 2006/01/04، ملف شرعي عدد 2004/1/2/343، ع.02. مقتبس عن، عمر أزوكار، المرجع السابق، ص.458.

[220] جاء في الحكم ما يلي:" وحيث أن المدعى عليها قد تنازلت عن حضانتها للبنت وسلمتها له ليقوم بحضانتها وتربيتها وأسقطت عنه أجرة حضانتها ونفقتها وذلك بموجب تنازل مضمن تحت عدد:371، ص384...وحيث يكون بذلك المدعى عليه هو الحضن للبنت، ويتعين تبعا لذلك التصريح بإسقاط حضانة البنت المذكورة عن المدعى عليها". حكم صادر عن المحكمة الابتدائية قسم قضاء الأسرة، وجدة، عدد5/119، 2005/01/10، ملف رقم 04/355، غير منشور. ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.242.

[221] محكمة النقض المغربية، القرار عدد 524، 2007/10/17، ملف عدد 2007/1/2/25. الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، المرجع السابق، ص.21.

في الأخير يستنتج، أنّه مع كل تلك القرارات القضائية تبقى مصلحة الطفل المحضون فوق كل اعتبار فليس كل اتفاق بين الزوجين على حضانة الأطفال قد يلاقي القبول من قبل قاضي شؤون الأسرة حيث له السلطة التقديرية في هذا الشأن. لكن مع ذلك قد يترك المجال للزوجين على الاتفاق بتحديد مكان الزيارة والوقت وهو ما سنتناوله في الآتي.

ثانيا– إمكانية الزّيارة باتّفاق الأبوين:

ألزم المشرع الجزائري قاضي شؤون الأسرة عند اسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة لأحد الأبوين و ذلك من خلال نصّ المادة 64 من قانون الأسرة فجاء فيها:"... و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحقّ الزيارة". فحق الزيارة يكون بعد حكم اسناد الحضانة لأحد الأبوين.

وفي هذا السياق، يمكن للزوجين الاتفاق على الوقت و المكان المحدد للزيارة حيث يصبح دور القاضي دور كاشف فقط على إرادة الزوجين، حيث يحكم بما اتفق عليه الطرفان ويمكن للقاضي أن يتخذ ما يراه مناسبا مراعاة لمصلحة المحضون. فالاتفاق بين الزوجين حول وقت ومكان الزيارة يمكن اعتباره بمثابة صلح بين الزوجين.

لكن هذا الاتفاق لوحده لا يكفي، فقد رأت الأستاذة تشوار حميدو زكية:" بأنّ الأصل في تحديد مكان الزيارة يكون بالاتفاق بين الحاضن ومن تقرر له حق الزيارة شريطة ألاّ يكون ذلك المكان ماسا بمصلحة المحضون، أمّا إذا كان المكان يضر بالطفل فلا يعتدّ بهذا الاتفاق وكما لا يمكن للقاضي أن يصادق عليه، باعتبار أنّ الاتفاق قد ورد به شرط باطل فيبطل الشرط ويبقى الاتفاق ويكون للقاضي أن يحدّد المكان، من بين الأماكن غير الضارة بالمحضون"[222].

[222] أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005، ص.197.

كما جاء في قرار للمحكمة العليا مفاده:" من المستقرّ عليه فقها وقضاء أنّ حق الشخص لا يقيد إلاّ بما قيده به القانون، فزيارة الأمّ او الأب لولدها حق لكل منهما وعلى من كان عنده الولد أن يسهل على الآخر استعماله على النحو الذي يراه بدون تضييق أو تقيد أو مراقبة، فالشرع أو القانون لا يبني الأشياء على التخوف، بل على الحق وحده، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون.

ولما كان ثابتا، في قضية الحال، أنّ المجلس القضائي لما قضى بزيارة الأم لابنتيها بشرط أن لا تكون الزيار خارج مقر سكن الزوج، فبقضائه كما فعل تجاوز اختصاصه وقيد حرية الأشخاص وخالف القانون والشرع، ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"[223].

أمّا في القانون المغربي فقد جاء في المادّة 181 من مدوّنة الأسرة على أنّه يمكن للأبوين المطلقين تنظيم حضانة المحضون باتّفاق بينهما يبلغانه إلى المحكمة والذي يسجّل مضمونه في مقرّر اسناد الحضانة ليلتزم بها الحاضن، أي أنّ هذا الاتّفاق يبقى حجّة على الأبوين المطلقين اللّذان منح لهما المشرّع امكانية تنظيم الزّيارة اتّفاقا حتى يبقى بعيدا عن المحكمة، ولذلك يمكن للأبوين المطلقين أن يتفقا على توقيت ومكان الزيارة وعدد المرات التي يمكن فيها القيام بزيارة المحضون[224].

لكن في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين ينظر القضاء في ذلك وذلك طبقا لنص المادة 182 من مدونة الأسرة فنصّت:" في حالة عدم اتفاق الأبوين، تحدد المحكمة في قرار إسناد الحضانة، فترات الزيارة وتضبط الوقت والمكان بما يمنع قدر الإمكان التحايل في التنفيذ، تراعي المحكمة في كلّ ذلك ظروف الأطراف والملابسات الخاصة بكل قضية ويكون قرارها قابلا للطعن".

[223] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1990/04/30، ملف رقم 79891، م.ق، 1992، ع.01، ص.55.
[224] محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.316-317.

و تجدر الإشارة إلى أنّه لا ينبغي أبدا الاتفاق على منع أو إسقاط حق الزيارة نهائيا نظرا لكونه من النظام العام، وهذا ما عالجته المادة 180 من نفس المدونة: " لغير الحاضن من الأبوين، حق زيارة و استزارة المحضون "، وهو الحق الذي يملكانه الوالدان في زيارة ابنهما.

ثالثا– الصلح حول مسكن الحضانة بالتنازل:

المتفق عليه، أنّ مسكن الحضانة هو بمثابة المكان الذّي يكون مشتملا على كل ما يلزم للسّكن من أثاث وفراش ومرافق وغيرها ممّا تحتاج إليه الأسرة وتراعى في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسر وإعسار ووضعهما الاجتماعي[225]. ويكون هذا المسكن[226]، خاصّ بالمطلقة الحاضنة والطفل المحضون حيث يلزم الأب بتوفير سكن فعلي لهما وإذا تعذّر عليه ذلك عليه أن يستأجر لهما مسكن، وزيادة على ذلك تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وهو ما نصّت عليه المادة 72 من قانون الأسرة.

و جاء في قرار للمجلس الأعلى بالمغرب[227] في موضوع الصلح في قضايا الحضانة ما يلي:

---

[225] أنظر، حدّاد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماجيستير، تخصّص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014، ص.65.

[226] وقد عرف المشرع الجزائري المنزل المسكون في نص المادة 355 من قانون العقوبات بأنّه:" يعدّ كل منزلا مسكونا أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معدّا للسكن وإن لم يكن مسكونا وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن ومخازن الغلال والاسطبلات والمباني التي تؤجر بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياج خاص داخل السياج أو السور". الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر، ع.48، صادر بتاريخ 10 جوان سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون 20-06، 29 أبريل 2020، ج.ر، ع.25، 29 أبريل 2020.

[227] المجلس الأعلى، 2006/03/15، رقم 180، ملف رقم 2005/1/2/604، غير منشور. مقتبس عن، ابراهيم بحماني، المرجع السابق، ص.117.

" إنّ المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بنت على أساس ما قضت به من رفض طلب سقوط الحضانة على تنازل الطاعن عن هذا الحق لفائدة المطلوبة مقابل تحملها نفقة المحضونين، وذلك بمقتضى التنازل المؤرخ في 2001/07/19 حيث أوردت في تعليل قرارها بأنّ الغرفة بعد تقييمها للتنازل المذكور بأنّه تضمّن إشهاد الطرفين تنازل المطلوبة للطاعن عن جميع ما كان يدفعه لها كنفقة أولاد منها ومصادقة الطاعن على بقاء أولاده مع والدتهم، وفي حضانتها وتحملها له بجميع ما يلزمهم من نفقة ولباس وسكن وتمدرس وتطبيب وغير ذلك...".

يلاحظ من خلال استقراء القرار أعلاه، أن الزوج قد سبق له أن تنازل عن حضانة أولاده لصالح زوجته مقابل أن تتنازل هي الأخرى عن نفقة أولاده، وتتحمل مسؤولية حضانة الأولاد من نفقة وملبس وسكن ...إلخ، والتنازل هنا يمكن اعتباره صلح بينهما حول حضانة الأبناء.

وأخيرا، يمكن القول أنّه لفهم موضوع الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الزوجية، لا يكفي تبيان فعاليته في الجانب المتعلق بالنزاعات القائمة عند قيام الرابطة الزوجية أو عند انحلالها، بل الجانب الأكثر أهمية الذي يتمحور عليه موضوع دراستنا هذه، هو تبيان أهمّ إجراءات الصلح والآثار المترتبة على إعماله في دعاوى فك الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني

إجراءات الصلح والآثار المترتبة على إعماله في دعاوى فك الرابطة الزوجية

إنّ المسائل المتعلقة بالأسرة قد تجاذبتها القواعد الموضوعية الواردة في قانون الأسرة والذي استوحى المشرع نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية على تعدّد مذاهبها واختلاف فقهاءها، وكذا القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبين هذه وتلك يثور التساؤل حول تلاؤم هذه القواعد وتناغمها خاصّة في المجال العملي والحال أن القاضي هو الذي يضطلع بتطبيقها، ومن ثم فإنّ تعارض هذه الأخيرة أو غموضها يصعّب مهمته، ويعدّ الصّلح في قضايا الطلاق نموذجا للقواعد الإجرائية التّي يمكن الحديث عنها في هذا المجال[228].

حيث نصّ عليه المشرع من خلال المادة 49 من قانون الأسرة ضمن المواد المنظمة للطلاق والواردة في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج، وتناوله ضمن المواد من 439 إلى 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفرع المعنون بالصلح من القسم الثالث المتعلق بإجراءات الطلاق. كما أورد المشرع المغربي الصلح في مدون الأسرة وذلك في الكتاب الثاني المتضمن انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، والذي يندرج فيه القسم الثالث المعنون بالطلاق نص المواد 81 إلى 83 من مدونة الأسرة، ولم يتطرق إلى اجراءات الصلح في قانون المسطرة المدنية.

لكن بالرجوع لمضمون قانون الإجراءات المدنية والإدارية يظهر أنّ إجراءات الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية (**المبحث الأول**) تستلزم بعض التوضيح من قبلنا، وكنتيجة ضرورة تبيان الآثار المترتبة على إعمال الصّلح في دعاوى فكّ الرابطة الزوجية (**المبحث الثاني**) .

[228] أنظر، نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية، جامعة خميس مليانة، مجلة دراسات قانونية ، دار الخلدونية للنشر، 2013، ع.18، ص.65.

المبحث الأول

إجراءات الصّلح في دعاوى فكّ الرابطة الزوجية

للصّلح أهمية كبيرة في نظر الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لأنّ الصلح هو خلافُ الفساد، والإسلام إنّما جاء لمحاربة الفساد، ويعتبر الصلح وبصفة خاصة في مجال قانون الأسرة من طبيعة الوظيفة القضائية[229].

فالعمل على إنهاء النزاع بالصّلح على مستوى القضاء، يخفّف العبء عن الخصوم لأنّ إجراءات التقاضي فيها كثير من التعقيد والمشقة كونها تستغرق الكثير من الوقت وتتطلب تكاليف، فضلا على أنّه أقرب إلى الإنصاف لأنّ كلّ واحد من طرفي الخصومة يعرف مركزه القانوني إزاء الالتزام القائم بينهما، والصلح يضع حدّا لهذا النزاع ولكن وفق إجراءات محددة يتخذها القاضي(**المطلب الأول**)، وقد يلجأ القاضي إلى اتخاذ تدابير ضرورية أو مؤقتة في حالة الاستعجال ولحفظ مصالح الأطراف أثناء عقد الصلح (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

إجراءات الصلح بين الزوجين المتخذة من قبل القاضي

إنّ إجراءات الصلح في مسائل الأحوال الشخصية أو الخصومات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، هي من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي اللجوء إليها قبل الشروع في بحث موضوع النزاع وإصدار حكم بشأنه، لاسيما إذا تعلق الأمر بالطلاق وهي إجراءات كان قد عرفها التشريع الإسلامي منذ مئات السنين، وقبل ولادة نابليون وقوانينه، حيث

[229] ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.25.

رغّب الشارع الحكيم في الصلح بين الزوجين، بل فضله وخصه عن غيره من الأحكام الأخرى[230]. وتبعا لذلك، يتبع قاضي شؤون الأسرة إجراءات وشروطا موضوعية وشكلية لإصلاح ذات البين بين الزوجين (**الفرع الأول**)، حيث أنّ غياب إحداها قد يمنع من عقد جلسة الصلح، ونظرا لأهمية طريق الصلح كإجراء بديل لحل النزاعات فقد خصص لها جهات محددة مكلفة بإجراء الصلح كالحكمين ومجلس العائلة (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

شروط إجراء الصلح بين الزوجين والجهات المختصة بتطبيقه

لإجراء الصّلح بين الزوجين يتعين على قاضي شؤون الأسرة إتباع شروط محدّدة، حيث يتأكد من توافر شروط جوهرية موضوعية في الزوجين (**أوّلا**)، ثم يرى مدى توافر الشروط الشكلية لعقد جلسة الصلح (**ثانيا**)، و في هذا الإطار قد يقوم القاضي بإجراء الصلح شخصيا بين الزوجين، لكن قد يحيلهم إلى جهات مختصة بإجرائه (**ثالثا**).

أولا– شروط موضوعية:

يشترط لإجراء الصلح بين الزوجين أن تتوافر شروط موضوعية متمثلة في عقد الزواج (أ)، ورفع دعوى الطلاق (**ب**).

[230] أنظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص.263- 264.

أ- وجود عقد زواج:

ترتبط محاولة الصلح التي يعقدها القاضي بالعلاقة التي تربط الزوجين وهي عقد زواج، فلا يمكن القول بمحاولة الصلح من غير وجود عقد زواج، كما يجب أن يكون هذا الأخير قائما بركنه وشروطه طبقا لنص المادتين 9 و9 مكرر من قانون الأسرة، وألاّ يتخلله إكراه أو تدليس أو أيّ مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد (المادّة 32 ق. أ)، فيجب أن يكون عقد الزواج صحيحا وخاليا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة.

وإنّ وجود علاقة زوجية بين الطرفين مهم جدا لإجراء الصلح، حيث لا يوجد صلح ما لم تكن هناك رابطة زوجية فبالرجوع لنص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري نجد أنّه اشترط وجود عقد بين الزوجين لنكون بصدد زواج وبالتالي نستنتج أنّ الزواج هو ركن لمحاولة الصلح بين الزوجين[231].

أمّا عند المشرع المغربي فقد نص في المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية على ضرورة انعقاد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول الطرف الآخر بألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو عرفا، كما حدد شروط انعقاد الزواج في المادة 13 من المدونة من أهلية وعدم الاتفاق على اسقاط الصداق وولي وسماع العدلين للإيجاب والقبول وانتفاء الموانع الشرعية[232].

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية بقولها:" بمقتضى المادة 10 من مدونة الأسرة فإن أركان الزواج هي الإيجاب والقبول وبتطابقهما يكون الرضى في عقد الزواج إضافة إلى الشروط الأخرى ومنها انتفاء الموانع الشرعية، والمحكمة لما ثبت لها تراضي الطرفين على الزواج واشتهاره كما

[231] أنظر، بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي، مذكرة شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2014، ص.113.

[232] الرجوع لمدونة الأسرة المغربية.

صرح بذلك الشهود وإنجابهما لولد وعدم وجود موانع وقضت بثبوت الزواج بينهما، فإنّها قد طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة..."[233].

ب- رفع دعوى طلاق:

من المعلوم أن القضاء ينظر في الدعاوى بناءً على طلب ذي العلاقة من المتداعين، فيدعي المدعي حقّا و يطلب توصيله إليه و من تم ينظر القاضي في طلبه[234].

أمّا إذا لم يحتكما إليه فليس من اختصاصه أن يبتّ في الدّعوى من غير أن يتقدّم إليه الخصمان أو أحدهما بطلب.

ولقد حدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة صور الطلاق وذلك في نصّ المادة 48 منه والتي تتمثل في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة (التطليق والخلع طبقا لنص المادتين 53-54).

وهكذا، يشترط لإجراء محاولة الصلح بين الزوجين أن يتمّ اللجوء إلى القضاء بطريق رفع دعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصّة وهي محكمة شؤون الأسرة وأن تتوفر في العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانونا والوارد ذكرها في قانون

[233] محكمة النقض المغربية، 23 شتنبر 2014، القرار عدد 651، ملف عدد 2014/1/2/343. أنظر، الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، مدونة الأسرة بين النص و التطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، يناير 2019، ص.13.

[234] أنظر، محمود محجوب عبد النور، الصّلح و أثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، دار الجيل، بيروت، 1987، ص.141.

الإجراءات المدنية والإدارية[235]. على أنّه إذا كان الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه ومن قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة [236].

وهذا ما تسير عليه مدونة الأسرة المغربية في قضايا انحلال الرابطة الزوجية إذ أوجبت على طالب الطلاق أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بطلب رامي إلى الحصول على الإذن بالإشهاد على الطلاق[237]، وهذا ما يستفاد من المادة 79 بقولها:" يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك".

غير أنّه حيادا عن قواعد الاختصاص المكاني المنصوص عليها ضمن كل من الفصلين 27 و28 من قانون المسطرة المدنية، فإنّ الطلب الذي يتقدم به الزوج إلى المحكمة التي تبث فيه بغرفة المشورة يكون في شكل مقال وتؤدى عنه الرسوم القضائية[238]، فالطلب يقدم حسب الترتيب الذي وضعته المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية[239].

ويكون المدعي ملزم باتباع التسلسل والترتيب المنصوص عليه في المادة أعلاه، وليس له الخيار في التوجه إلى المحكمة التي يختارها، ويمكن للمدعى عليها أن تثير الدفع بعدم الاختصاص المكاني في حالة عدم احترام هذا الترتيب.

---

[235] القانون رقم 84-11 السابق ذكره.

[236] المادتين 436-437 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[237] ومع ذلك لم تفصح مدونة الأسرة المغربية على شكل هذا الطلب وما إذا كان يؤدى عنه الرسوم القضائية. أي ما إذا كان يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية الذي يسمح للمدعي بالتقدم بطلب مكتوب أو بمجرد تصريح يدلى به شخصيا لكتابة ضبط المحكمة المختصة. وما يجري عليه العمل في المحاكم هو أن الطلب يقدم إلى المحكمة ذات الاختصاص في شكل مقال يتضمن هوية الزوجين ومهنتهما وعدد الأطفال إن وجدوا و سنهم وحالتهم الصحية ومستواهم الدراسي. كما يمكن أن يقدم على شكل تصريح إلى كتابة الضبط التابعة للمحكمة و هذا ما نصت عليه المادة 80 من مدونة الأسرة. ويرفق الطلب بمستند الزوجية و الحجج المتبثة بوضعية الزوج المادية و التزاماته المالية".

[238] أنظر، محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص.198.

[239] جاء في نصّ المادة 79 م. أ على أن الطلب يقدم حسب الترتيب الآتي: إمّا أمام المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها بيت الزوجية ، إمّا أمام المحكمة التي يوجد بدائرة نفوذها محل إقامة الزوجة، إمّا أمام المحكمة التي أبرم بدائرة نفوذها عقد الزواج.

فالهدف المتوخّى من تحديد المحكمة التي يجب أن يقدم إليها طلب الإذن بالطلاق هو تفادي كل تحايل من قبل الزوج وتجاوز التعسف الذي كان يمارسه في ظل مدونة الأحوال الشخصية سابقا[240].

يضاف إلى ما سبق أن المشرع المغربي لم يتعرض في مدونة الأسرة إلى الحالة التي يكون فيها طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق غير متضمنا كل البيانات المطلوبة أو غير مرفق بالوثائق اللازمة طبقا للمادة 80 من مدونة الأسرة.

فهل يمكن للمحكمة في هذه الحالة أن تطلب من طالب الطلاق تحديد البيانات الناقصة والتي وقع إغفالها و كذا الإدلاء بالوثائق اللازمة مع ترتيب الآثار القانونية في حالة عدم الاستجابة إلى ذلك؟

لقد كان على المشرع و هو بصدد إصدار مدونة الأسرة أن يعمل على تحديد شكل طلب الإذن بالإشهاد على الطلاق وكذا البيانات الواجبة توافرها فيه والوثائق التي ينبغي إرفاقها للطلب، حتى يكون القضاء على بينة من أمره و تكون كل الطلبات الرامية إلى انحلال الرابطة الزوجية موحدة في جميع شكلياتها.

ورغم أن المشرع لم يبين مكان البث في قضايا الطلاق والتطليق بنص صريح إلا أنه باستقراء نصوص المدونة و مقاربتها يتضح أن الإحالة بشأن الصلح كانت غالبا على المادة 82 من ق م أ وأن هذه الأخيرة أكدت أن المناقشات تجرى بغرفة المشورة والصلح من بين هذه المناقشات إذ يجرى بدوره بهذه الغرفة[241].

[240] محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.199.

[241] فاطمة الزهراء القيسي، المرجع السابق ، ص.147-148.

ثانيا– الشروط الشكلية:

لا تكفي الشروط الموضوعية لإجراء الصلح بين الزوجين بل يجب أن تتوافر إلى جانبها شروط شكلية والمتمثلة في الحضور الشخصي للزوجين و انعقاد وميعاد الصلح.

أ– الحضور الشخصي للزوجين ومدى عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح:

الأصل أنّه يترتّب على استدعاء الزوجين حضورهما الشخصي لإجراء الصلح بينهما (**1**)، لكن استثناءا قد يلجأ أحد الطرفين في حالة عدم الحضور إلى توكيل من ينوب عنه كالمحامي أو أحد أفراد العائلة لحضور جلسة الصلح بالرغم من عدم جواز الوكالة في الصلح على مستوى القضاء(**2**).

1– الحضور الشخصي للزوجين:

الأصل لعقد جلسة الصّلح بين الزوجين هو الحضور الشخصي للطرفين، وهذا ما جاءت به نص المادة (443) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرّر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ...في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين [242]بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

فالواضح من نص المادة أعلاه، وجوب حضور الزوجين وما يؤكّد ذلك إلزامية الحضور للتوقيع على محضر الصلح، وفي حالة تخلفهما عن حضور جلسة الصلح يقوم قاضي شؤون الأسرة بالفصل في موضوع الطلاق.

[242] أنظر، الملحق رقم 15، ص.311. والملحق رقم 13، ص.312.

زيادة على ذلك، نصت المادة 431 من نفس القانون على إجراء الصلح بين الزوجين عند حضورهما جلسة الصلح بقولها:" يتأكد القاضي في التاريخ المحدّد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثمّ مجتمعين ويتأكّد من رضائهما ويحاول الصّلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا...".

و بالرجوع لمحتوى بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا نجد أنّها منعت فكرة الإنابة في اجراء الصّلح، وأوجبت حضور الزوج شخصيّا الذي طالب بفكّ الرابطة الزوجية وفي حالة غيابه ترفض دعواه، وذلك في جميع دعاوى الطلاق وهذا ما قضت به إحدى قراراتها الصادرة عن غرفة شؤون الأسرة والتي تقضي بما يلي:" استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، على وجوب حضور طالب فكّ الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح"[243].

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا ما يلي:" يعدّ مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات، القضاء بالخلع بالرغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح واكتفاءها بإنابة محاميها، الوكيل عنها بوكالة رسمية"[244].

كما قضت في قرار آخر على أنّه:" استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا، على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصلح"[245].

وجاء في قرار آخر أنّه:" من المقرر قانونا أنّه يجب على الزوج الطالب فكّ الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا، تحت طائلة رفض دعواه"[246]. وما يلاحظ من خلال هذا المبدأ الذي جاءت به غرفة شؤون الأسرة أنّه يشوبه خطأ في المعنى، فلا يقصد برفض الدعوى عدم

[243] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2013/05/09، ملف رقم 0798882، م.ق، 2013، ع.01، ص.286.
[244] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2014/07/10، ملف رقم 0950026، م.ق، 2014، ع.02، ص.278.
[245] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2013/05/09، ملف رقم 0798882، م.ق، 2013، ع.01، ص.286.
[246] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2009/01/14، ملف رقم 4744956، م.م.ع، 2009، ع.02، ص.271.

قبولها من أساسها، فرفض قبول الدعوى هو عندما لا يتوفر شرط من شروط قبول الدعوى، والأصحّ هنا في هذا القرار هو إيراد عبارة" **تحت طائلة الشطب**"، عوض عبارة "**رفض دعواه**"، و تبعا لذلك تشطب القضية طبقا لنص المادة 216 ق.إ.م.إ.

ولقد أكّدت المحكمة العليا في قرار لها ذلك بقولها:" فمن المقرر قانونا أنّه لا تجوز نيابة الزوجين في محاولة الصلح"[247]، فيستنتج من كل هذه القرارات أنّ النيابة بين الزوجين هي غير جائزة قانونا ويجب الحضور الشخصي للطرفين لعقد جلسة الصلح.

لكن في حالة وأن استحال حضور أحد الزوجين في الجلسة المحدّدة أو كان له عذر قهري جاز للقاضي إمّا تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب انابة قضائية، أمّا في حالة تخلّف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرّر القاضي محضرا بذلك[248]. و إذا غابت الزوجة يؤشر بذلك في المحضر. فالملاحظ أنّ المشرع الجزائري أجاز الإنابة بالنسبة للقضاة دون الزوجين.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا:" أنّ عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح، رغم تأجيل إجرائها عدّة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى، رغم عدم حضور أحدهما، لأنّ المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"[249]. ويعدّ إجراء الصلح صحيحا عند استدعاء الطرفين و تغيب المستأنف عن جلسة الصلح وهذا ما جاء في قرار المحكمة

[247] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2008/01/16، ملف رقم 417622، م.م.ع، 2009، ع.01، ص.302.

[248] المادة 441 ق. الإجراءات المدنية والإدارية.

[249] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/10/23، ملف رقم 174132، ن.ق، ع.55، ص.179. مقتبس عن، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.220.

العليا بقولها:" ولما ثبت أن الطرفين استدعيا لجلسة الصلح، وأن المستأنف تغيب عنها فإنّ الإجراء بمحاولة الصلح يعد صحيحا، طبقا للمادة 49 من ق.أ، وهو ما يجعل الوجه من غير أساس"[250].

زيادة عن تغيب أحد الزوجين لحضور جلسة الصلح، فقد يحصل وأن يتغيب كلا الزوجين عن حضور جلسة الصلح فعندئذ يحرر القاضي محضر عدم صلح، وبهذا الشأن جاء قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/06/14 كما يلي:" حيث وطبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنّها تقضي أنّه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء الصلح بين الطرفين من طرف القاضي، وحيث أنّه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلاّ أنهما لم يحضرا فحرر عدم الصلح إثباتا لذلك وحيث أنّه ما دام قد ثبت أن المطعون ضدّه المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح، فإنّ القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعدّ مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة، ممّا يجعل الوجهين المثارين سديدين ومنه يتعين نقض الحكم بدون إحالة"[251].

ممّا سبق، يجب القول أنّ قرارات المحكمة العليا مهما تباينت واختلفت بخصوص الوكالة في الصلح، إلاّ أنّ النص القانوني يبقى ذا الأولوية في التطبيق والأخذ به، وليس لاجتهاد المحكمة العليا، حيث حسم نصّ المادّة 2/431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا الأمر:" ...ينظر القاضي مع الزوجين أو وكلائهما في الاتّفاق..."، وبالتالي فالوكلاء يقتصر دورهم على

---

[250] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/05/08، ملف رقم 289545، م.م.ع، 2004، عدد.02، ص.376. مقتبس عن، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.221.

[251] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 2013/05/09، ملف رقم 0851107، غير منشور. وجاء في حيثيات هذا القرار ما يلي:" وحيث أنّه يتبين من الرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المحكمة أشارت في أسباب حكمها أنّها استدعت الطرفين لعدّة جلسات لإصلاح ذات البين إلاّ أنهما تغيبا، وحيث أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا استقر على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولة الاصلاح، وإلاّ أنّه أصبح الوجوب المنصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة، بدون جدوى وعليه فإنّ هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة بقية الوجهين، حيث أنّه لم يتبق من النزاع ما يتطلب الفصل فيه، مادام أن المطعون ضدّه_ طالب الطلاق أمام المحكمة_ لم يحضر جلسات محاولة الصلح/ ممّا يتعين معه نقض الحكم بدون إحالة".

الأمور المادية وليس الأمور الشخصية كالطّلاق و الصّلح...إلخ. حيث يبقى اجراء الصّلح من الأمور الشخصية المتعلقة بالزوجين وحدهما والتي تستلزم حضورهما الشخصي. وهذا الأمر أكده نص المادة 2/49 من قانون الأسرة:"...يتعيّن على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين..." فواضح من نص المادة ضرورة حضور الطرفين وهما الزوجين.

وعلى غرار المشرع الجزائري، فقد نصّت مدونة الأسرة المغربية على الزامية استدعاء الزوجين لعقد جلسة الصّلح من خلال نصّ المادة 81 منه، حيث تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح فإذا توصّل الزوج شخصيّا بالاستدعاء ولم يحضر اعتبر ذلك منه تراجعا عن طلبه، وإذا توصّلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر ولم تقدم ملاحظات مكتوبة أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنّها إذا لم تحضر ستبث في الملف.

بل أكثر من ذلك فإن تبين أنّ عنوان الزوجة مجهول استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول الى الحقيقة، واذا ثبت تحايل الزوج طبقت عليه العقوبة المنصوص عليها في المادة 361 من القانون الجنائي المغربي بطلب من الزوجة[252]. حيث يتبين أنّ المشرع المغربي كان أكثر صرامة بخصوص هذا الأمر حيث فرض عقوبة في حالة تحايل الزوج وعدم حضوره لجلسة الصلح.

يلاحظ أنّ المشرع المغربي لم يتخذ نفس الإجراءات في حق الزوجين معا، بل ميّز بينهما في حالة الغياب بعد التوصل بالاستدعاء شخصيا، غير أنّ التوصل الشخصي الذي يشترطه المشرع يقصد به الاستدعاء الذي يوجه ابتداء إلى الزوجة ،أمّا الإخطار الذي توجهه المحكمة إليها عن طريق النيابة العامة فلا يشترط فيه التوصّل الشخصي.

[252] القانون رقم 18- 33 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 44-19-1 بتاريخ 04 رجب 1440، 11 مارس 2019، ج.ر، ع.6763، بتاريخ 18 رجب 1440، 25 مارس 2019، المتضمن مجموعة القانون الجنائي المغربي، ص.120.

وعند استدعاء الزوجين شخصيا وحضورهما، تجري المحكمة المناقشات داخل غرفة المشورة بما في ذلك الاستماع الى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه، أي استدعاء كل من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين بين الزوجين[253].حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 82 من م. أ على أنّه: " عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه".

من جهة أخرى، الدليل العملي لمدونة الأسرة فسّر الحضور الوارد بالمادّة 82 بالشخصي قائلا:" يحضر الطرفان شخصيا جلسة الصلح بغرفة المشورة ...، إنّ محاولة الصلح إجراء جوهري ولا يمكن إنجازه في غياب الزوجين المعنيين، ولذلك المشرع حضورهما الشخصي في جلسة المصالحة، التي يجب فيها على المحكمة بذل كل المجهودات لإصلاح ذات البين"[254].

الفقه متشبث هو الآخر بضرورة الحضور الشخصي، حيث ذهب البعض إلى القول :" ويعتبر حضور الأطراف إلزاميا بحيث لا ينجز في غيابهما لذلك ألزمت المدونة الطرفين بالحضور الشخصي في جلسة الصلح والتي تبدل فيها المحكمة كلّ مجهوداتها لإصلاح ذات البين"[255].

وأكّد آخر بقوله: "ومراعاة لأهمية محاولة الصلح بين الزوجين، حرص المشرع على حضورهما الشخصي لها، ولكن إذا لم يتأتّ هذا الحضور لبعض أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج ، يمكن للمحكمة انتداب قنصل المملكة المغربية التابع لأقرب قنصلية إلى محلّ سكناهما لإجراء محاولة إصلاح ذات البين بينهما، باعتباره شخصا مؤهلا للقيام بذلك طبقا لأحكام المادّة 82 من

[253] محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.201.

[254] أنظر، دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، ع.01، أبريل 2007، ص.63-64. وأنظر، الملحق رقم.15، ص.311.

[255] أنظر، مجيدي السعدية، الصلح في مسطرة التطليق للشقاق، الوسائل الودية لفضّ المنازعات الوساطة- التحكيم- الصلح، أشغال الندوة الدولية التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، منشورات مجلّة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصّة، 2012، ص.41.

مدونة الأسرة، وكذلك للمنشور عدد 13/س/2 بتاريخ 15 أبريل 2004 وتحرير محضر بذلك بعد انتدابه"[256].

في الحقيقة ورغم هذا النص (المادة 82) الذي يفترض حضور الطرفين، لم تتضمّن النصوص المنظمة لإجراء الصلح إلزاما بالحضور الشخصي للطرفين بشكل صريح في مدونة الأسرة، بل توقعت عدم الحضور مطلقا عندما رتبت آثاره في (المادة 81)[257].

واستنادا لما سبق، فقد جاء في قرار للمحكمة الابتدائية بالناظور أنّه:" عدم حضور الطرفين لمحاولة الصلح يتعذر معه على المحكمة مواصلة البث في الملف"[258].

2- مدى عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح:

غنيّ عن البيان، أن المشرع الجزائري لم ينصّ صراحة في قانون الأسرة على إلزامية حضور الزوجين لجلسة الصّلح، لكن بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري نجد أنّها أجازت الوكالة الخاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والصلح، حيث نصّت في المادة 574 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" لابدّ من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع، والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه ليمين والمرافعة أمام القضاء". غير أنّ هذا المبدأ لا يؤخذ به في مجال قانون الأسرة كون حضور الغير نيابة عن الزوجين قد لا يعبّر فعلا عن أسباب الخصام ومبرّرات طلب فكّ الرابطة الزوجية لأنّ هناك من الأمور ما لا يودّ الزوجان البوح بها للغير وتستلزم حضورهما الشخصي. وما أكّد ذلك قرار

[256] أنظر، الشافعي محمد، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط.01، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010، ص.57.

[257] أنظر، بن خدّة رضى، الطرق البديلة لتسوية النزاعات بين الإطار النظري ورهان التطبيق، رسالة الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، 2014-2015، ص.327.

[258] أنظر، المحكمة الإبتدائية، قسم قضاء الأسرة، بتاريخ 2012/05/30، ملف رقم 1026-11/11، الناظور، المغرب، منشور بتاريخ 15 أكتوبر 2017، الساعة: 12:27، على الموقع الإلكتروني: https://www.maroclaw.com.

للمحكمة العليا الذي مفاده أنّه:" لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولات الصلح"[259]. كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بقولها:" يجب على الزوج طالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه "[260]. كما جاء قرار آخر للمحكمة العليا أنّه:" يعدّ مخالفة لقاعدة جوهرية في الإجراءات القضاء بالخلع، بالرّغم من عدم حضور الزوجة جلسة الصلح، واكتفاءها بإنابة محاميها الوكيل عنها بوكالة رسميّة"[261].

يستنتج من خلال قرارات المحكمة العليا أعلاه، أنّ حضور الزوجين شخصيا يعد اجراء مهمّ لإعمال الصلح بينها، و لكي تكون هناك حظوظ أوفر لتجنب التفكك الأسري، ومن ثمّ في حال غياب أحدهما جلسة الصلح ترفض دعواه.

وما تجدر الإشارة إليه بهذا الخصوص، أنّه في حالة ثبت تبليغ الخصم شخصيا بتاريخ الصلح ولكنه لم يحضر ولم يقدم عذرا لتخلفه في هذه الحالة يقوم القاضي بتحرير محضر يثبت فيه تخلف الخصم عن الحضور لجلسة الصلح بإرادته (المادة 441 ق.إ.م.إ)، و يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة الصلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن (المادة 442 من نفس القانون) . وفي حالة عدم الصّلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، ما يعني عدم توقّع حصول الصّلح بين الزوجين.

من جهة أخرى، نجد أنّ المشرع المغربي في مدونة الأسرة لم يشر صراحة إلى الوكالة في الطلاق بالرغم من أنّه نظمها في الزواج (المادة 17 من المدونة)، هذا السّكوت طرح معه أكثر من

[259] المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2009، ع.01، ص.302. مقتبس عن، دليل مجلة المحكمة العليا، ط.01، قسم الوثائق والدراسات القانونية، المحكمة العليا، الأبيار، الجزائر، ص.434.

[260] المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، 2009، ع.02، ص.271. مقتبس عن، دليل مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.434.

[261] المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2014/07/10، ملف رقم 0950026، م.م.ع، 2014، ع.02، ص.283.

تساؤل لاسيما وأنّ مدونة الأحوال الشخصية الملغاة كانت تنص صراحة في (المادة 44) منه على جواز الوكالة في الطلاق بكل إجراءاته، بما في ذلك محاولة الصلح بين الزوجين.

و هكذا، يمكن أن نفسّر سكوت المشرع بحرصه على الحضور الشخصي للزوجين في مسطرة الصلح حتى يتحقق الهدف الأساسي من تدخل القضاء وهو إجراء محاولة صلح حقيقية أو إنهاء العلاقة الزوجية بحضور الزوجين معا.

بيد أن الضرورة العملية والواقع أبان عن وجود بعض الحالات يتعذر فيها على الزوجين أو أحدهما الحضور الشخصي في مسطرة الصلح، والقول بعدم جواز الوكالة فيه قد يلحق ضررا بهما أو بأحدهما وبالتالي تنتفي الغاية من تشريعه، علما أنّ أغلب المذاهب الفقهية وخاصة المالكية يجيز الوكالة في الطلاق[262]، وأنّ مدونة الأسرة تحيل عليه في المادة 400 في كل ما لم يرد نص فيها.

ويقول الأستاذ عبد القادر قرموش بخصوص ذلك أنّه: « يمكن للمحكمة أن تجري مسطرة الصلح بين من ينوب عن الزوجين أو أحدهما إذا كانت نيابة الوكيل خاصة في هذا الإجراء حيث يرتكز عمل الوكيل على تحقيق رغبة موكله في إجراء مسطرة الصلح وفق الشروط التي يمليها عليه، وهذا ما يمكن أن نستنتجه من صياغة الفقرة الثالثة من المادة 81 من المدونة السابقة الذكر، ممّا يعني أنّ تقديم ملاحظات مكتوبة يغني عن حضور الزوجة في مسطرة الصلح»[263].

[262] يرى الحنفية أن الوكيل بالطلاق مقيد بالعمل برأي الموكل، فإذا تجاوزه لم ينفذ تصرفه إلا بإجازة الموكل. وللوكيل أن يطلق متى شاء ما لم يقيده الموكل بزمن معين، وللموكل أن يعزل الوكيل متى شاء .لكن الوكيل بالطلاق مجرد سفير ومعبر عن الموكل كالوكيل في الزواج، فلا يطالب بشيء من حقوق الطلاق، كدفع مؤخر المهر أو المتعة أو نفقة العدة، وإنما يطالب بها الزوج نفسه .أمّا المالكية فقالوا : أن الموكل لا يملك عزل الوكيل بالطلاق إذا تعلق حق الزوجة بتلك الوكالة، كما إذا قال الرجل لزوجته :إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فليس له عزلها عن الوكالة لتعلق حقها بالتوكيل؛ لأن رفع الضرر عنها قد تعلق بالتوكيل، فليس له عزلها عنه. مقتبس عن، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.941.

[263] عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص.41.

وعلى المستوى القضائي فقد أجاز المشرع المغربي الوكالة في أحد قراراته جاء فيه:" وحيث أدرجت القضية بجلسة الصلح 13-03-2007 حضرتها المدعية، وكيل المدعى عليه وأدلى بوكالة وموافقة على التطليق مصححتي الإمضاء في قنصلية المملكة المغربية ببروكسل"[264].

فيلاحظ ممّا سبق أن المشرع المغربي كان أكثر تفصيلا فيما يتعلق باستدعاء الزوجين.

من وجهة نظرنا، يمكن القول أن إجراء الصلح بين الزوجين في الأصل يجب أن يكون بحضورهما الشخصي للجلسة، غير أنّه إذا تعذّر عليهما الحضور لظروف قهرية خاصة: كسفر الزوجة مثلا _ أو تعرّض الزوج لوعكة صحية، فهنا يمكن الأخذ بالوكالة كاستثناء عن الأصل بشرط أن يكون سبب الغياب مقبول ومبرر.

ب- ميعاد و انعقاد جلسة الصلح:

سنتطرق في هاته الجزئية إلى ميعاد (**1**)، وانعقاد (**2**) جلسة الصلح في القانونين الجزائري والمغربي:

1- بالنسبة لميعاد عقد جلسة الصلح:

نصت المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري على أنّه:" لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى..."، وعليه يمكن القول أنّ محاولات الصلح ينبغي أن يعقدها القاضي في أجل (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى أي من تاريخ تسجيلها بكتابة ضبط المحكمة ويشترط أن تكون قد

[264] قرار عن قسم قضاء الأسرة، المحكمة الابتدائية، الناظور، مقتبس عن، أنظر، الفاخوري ادريس، الوكالة في الطلاق، مجلة مغرب القانون، ص.03، منشور على الموقع الإلكتروني: https://www.maroclaw.com، بتاريخ 14 يوليو 2018، الساعة : 1:52.

استمرت لأكثر من مرّة فيجب على القاضي إجراء عدّة محاولات صلح بين زوجين عند عدم نجاح المحاولة الأولى.

في المقابل نجد أن المشرع المغربي لم يحدّد مدّة انعقاد جلسة الصلح، بل حدّد المدة فقط في حالة وجود أطفال وذلك من خلال نص المادة 82 من مدونة الأسرة حيث جاء فيها:"...في حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدّة لا تقل عن ثلاثين يوما "[265]. وبالتالي يلاحظ أنّ المشرع المغربي راعى مصلحة الأطفال أكثر وذلك من خلال تقليص مدّة الصلح.

2- بالنسبة لسير وانعقاد جلسة الصلح:

لم يتطرّق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى إجراءات سير وانعقاد جلسة الصلح أمام القاضي ، ولكي تنعقد جلسة الصلح ينبغي ابلاغ الزوج الآخر من قبل المدعي في دعوى الطلاق باستدعائه للحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة عن طريق المحضر القضائي، وعند حضور الزوجين أول جلسة أمام المحكمة يستدعيهما القاضي إلى مكتبه بواسطة مكتب الضبط لحضور جلسة الصلح[266]، فيقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين فيعطي الكلمة للمدعي في دعوى الطلاق سواء أكان الزوج أو الزوجة فيعرف منه أسبابه ودوافعه التي يستند عليها في دعوى فك الرابطة الزوجية، وبعدها يحيل الكلمة للطرف الآخر ليرى أقواله، فإن تجاوب الزوجان في ذلك وأظهرا نية

[265] الرجوع لمدونة الأسرة المغربية السابق ذكرها.

[266] أنظر، العربي بلحاج، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، ع.03، ص.609.

في الصلح أصلح القاضي بينهما، وفي حالة العكس يعلمهما بتاريخ الجلسة القادمة للصلح بينهما[267].

ويرى الأستاذ عبد الفتاح تقية:" أنّ تقديم عريضة الطلاق إلى القاضي لا تعدّ أداة استعمال الحقّ في الدعوى التي ينشأ عنها ميلاد الخصومة القضائية، وإنّما تعدّ أحد العناصر الشكلية لممارسة الحق الإرادي، وفي هذه الحالة لا يطلب من الزوج أن يسبب طلبه لأنّ الأمر يتعلق باستعمال الحقّ الإرادي، ولذلك فهو يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له الأعمال الولائية، وبالتالي لا يمكن أن نطبق عليه القواعد الإجرائية التي تطبق على الخصومة القضائية.

وتبعا لذلك يمكن أن تنعقد جلسة الصلح بناء على رسالة مضمنة أو بواسطة المحضر أو كاتب المحكمة أو ببرقية، في حين لو كان الطلب أداة لاستعمال الحق في الدعوى فلا تنعقد الخصومة القضائية إلاّ بالتكليف بالحضور يتم بواسطة المحضر القضائي، وهذا بموجب المادة 22 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها:" يسلم التكليف بالحضور، إمّا بواسطة كاتب الضبط، أو يرسل بطريق البريد ضمن ظرف موصى عليه، أو بالطريق الإداري" [268].

كما أنّ المشرع المغربي هو الآخر أخذ بنظيره المشرع الجزائري في عدم تحديد ميعاد لإجراء جلسة الصلح.

في الأخير يمكن القول، أنّ المشرع الجزائري لم يتطرّق إلى شروط إجراء الصلح لا بصفة ضمنية أو صريحة، شأنه في ذلك شأن المشرع المغربي، حيث أوجبت هذا الإجراء على المحكمة باعتباره إجراءً جوهريا وجوبيا قبل الفصل في دعوى فكّ الرابطة الزوجية ويكون من اختصاص قاضي شؤون الأسرة باعتباره جهة مختصة وهو ما سنفصل فيه في الفرع الآتي.

---

[267] أنظر، نوري عمر، النظام القانوني للصلح بين الزوجين في تشريع الأسرة الجزائري مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، ع.03، ص.299.

[268] أنظر، عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، تالة للنشر، د. س، ص.162.

الفرع الثاني

الجهات المختصة بإجراء الصلح بين الزوجين

بادئ ذي بدء، إنّ المعضلة الأساسية التي يواجهها القضاء منذ زمن بعيد في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم، تتجلى في تراكم أعداد هائلة من القضايا التي تنتظر دورها للفصل فيها بسبب البطء في الحسم في النزاعات، وقلّة الأطر البشرية للقيام بهذه المهام، حيث لا تستطيع المحكمة أن تتبيّن أسباب الشقاق بين الزوجين.

لذلك ونظرا لصعوبة الإثبات في هذا المجال ولتعلق الأمر بمسائل شخصية غالبا ما يحجم الأزواج الكشف عنها ولو أمام المحكمة، يمكن لهذه الأخيرة أن تلتجأ إلى مسطرة أخرى وتقوم بكل الإجراءات سعيا منها إلى تقصي الأسباب الحقيقية للخلاف أو الشقاق[269]، وفي سبيل هذا وضع كل من المشرعين الجزائري والمغربي سبلا وجهات مختصة للإصلاح بين الزوجين، تختار منها المحكمة ما يناسب كل قضية معروضة عليها وفق سلطتها التقديرية، من تعيين قاضي للصلح (**أولا**)، أو انتداب حكمين (**ثانيا**)، أو تكوين مجلس العائلة (**ثالثا**). وقد تستعين المحكمة بالنيابة العامة في إجراء الصلح بين الزوجين لما لها من دور في فعال في استدعاء الزوجين(**رابعا**).

أولا– قاضي الصلح:

إنّ محاولة الصلح مهمة ليست بسهلة على القضاء كما قد يتبادر إلى الذهن، لأنّ جلّ الأسباب الكامنة وراء الرغبة في إنهاء العلاقة الزوجية تكون مجهولة أو شخصية يصعب البوح بها حتى أمام القضاء نفسه، لذلك فقضاة الأسرة يجب أن يكونوا مختارين لمزاولة هذه المهمة، وأن يكونوا ذوو تجربة وحنكة وخبرة كبيرة بالعلاقات الأسرية و الاجتماعية حتى يصلون إلى تحقيق

[269] عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص.43.

الغايات والأهداف التي رسمها القانون، وهي بالأساس التخفيف من حدّة مشكل الطلاق وتفكيك العلاقات الزوجية والأسرية[270].

من خلال استقراء نصّ المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على ما يلي: " يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة"، نجد أنّه يجوز القيام بعملية الصلح أثناء سير الخصومة وفي جميع مراحلها، سواء كانت المبادرة من الخصوم أنفسهم، حيث منح المشرع لأطراف الخصومة الحق في التصالح تلقائيا دون تدخل أي طرف آخر، وأن يكون بسعي من القاضي حيث يقوم بفض النزاعات وذلك من خلال إجراء الصلح ومحاولة التوفيق بين الخصوم.

تبعا لذلك، خول المشرع الجزائري للقاضي مطلق الحرية في اختيار الوقت والمكان المناسبين لإجراء عملية الصلح حيث نصت المادة 991 من نفس القانون على ما يلي:" تتمّ محاولات الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك"[271].

وعليه، يستنتج أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد بين إجراءات الصلح بين الخصوم ويمكن أن نسقط المعنى هنا على الزوجين حيث أعطى لهم فرصة التصالح تلقائيا بأنفسهما أو بتدخّل من القاضي في أيّ مرحلة تكون عليها دعوى الطلاق، ويعتبر الصّلح وجوبي من طرف القاضي في قضايا الطلاق حيث نصّت المادة 439 ق.إ.م.إ على ما يلي: " محاولات الصلح وجوبية وتتمّ في جلسة سرية". وعليه على القاضي قبل أن يبث في دعوى الطلاق أن يعرض الصلح على الخصوم.

---

[270] عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص.33.

[271] القانون رقم 08-09 المؤرخ فب 18 صفر 1929 الموافق لـ25 فبراير 2005، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع.21، مؤرخة في 23 أفريل 2008.

ممّا سبق يفهم أنّ القائم بإجراء الصلح في التشريع الجزائري من اختصاص قاضي شؤون الأسرة حيث يقوم بعدّة محاولات صلح بين الزوجين رفقة أمين الضبط الذي يحرر محضرا يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح، ساعيا بذلك إلى إقناع الزوجين أو إحداهما عن العدول عن فكرة الطلاق[272]. وبخصوص هذا الشأن فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:" استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصّلح للسّلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا[273]". فالملاحظ من القرار أنّ عدد محاولات الصّلح تخضع للسلطة التقديرية للقاضي. أي أنّ المحكمة العليا لم تلزم القاضي بعدد محدد للصلح.

وعليه يتمّ إجراء الصّلح وجوبا أمام القاضي وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بقولها:" محاولة الصّلح في دعوى الطلاق تتمّ وجوبا، أمام المحكمة فقط"[274].

كما تخضع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا:" استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه"[275].

أمّا بالنسبة للقانون المغربي فقد حاول المشرع المغربي بدوره من خلال المادة 82 من مدونة الأسرة أن يمنح للقاضي المقرر المكلف بالصلح وسائل متعددة تمكنه من إجراء محالة الصلح بكيفية جدية حيث تركت له حرية الاختيار في الوسائل المتعددة والملائمة حيث وضع له مؤسستين

---

[272] أنظر، بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص.31.

[273] المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2013/03/13، ملف رقم 0870291، م.م.ع، 2014، ع.02، ص.268.

[274] المحكمة العليا، غ.أ.ش.م، ع.02، 2007، ص.463. مقتبس عن، أنظر، دليل مجلة المحكمة العليا، ط.01، قسم الوثائق والدراسات القانونية، المحكمة العليا، الأبيار، الجزائر، ص.434.

[275] المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، ع.02، 2014، ص.268، مقتبس عن، دليل مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.435.

تساعدانه في مهامه الصلحية، ويتعلق الأمر بمؤسسة الحكمين ومجلس العائلة، وفي المقابل فقد حددت له أجل ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب للفصل في الدعوى، مع اعتبار الحكم الصادر في مثل هذه القضايا ابتدائيا و انتهائيا في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية[276]. وتجدر الإشارة أن المشرع التونسي قد منح مهمة حل النزاع لقاضي الأسرة[277].

ثانيا– مؤسسة الحكمين :

نصّ المشرع المغربي في مدونة الأسرة على وجوب بعث الحكمين من طرف المحكمة في حالة استمرار النزاع بين الزوجين للتوفيق بينهما ورغم أن هذه المسطرة أصيلة في قواعد الفقه الإسلامي، فإن مدونة الأسرة لم تحدد الشروط الواجب توافرها في الحكمين. ومن تم يتعين الرجوع إلى قواعد الفقه المالكي التي أحالت إليها المادة 400 من مدونة الأسرة.

وباعتماد قواعد الفقه المالكي وبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجد المادة 95 من مدونة الأسرة قد حدّدت مهمّة الحكمين في محاولة التعرف على الأسباب الجوهرية التي أدّت إلى الخلاف بين الزوجين، للانتقال إلى تذويب هذه المشاكل وتقريب وجهات نظر الطرفين للوصول إلى صلح يرضيهما ويرجع الطمأنينة والسكينة للعلاقة الزوجية.

---

[276] أنظر، أحمد خرطة، التطليق للشقاق بين المنظور التشريعي والتصور القضائي قراءة في المواد 94 إلى 97 من م.أ، أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و18 فبراير2005، بعنوان مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق، منشورات مجموعة البحث في القانون والأسرة، سلسلة الندوات، 2005، ع.01، ص.178.

[277] فقد أوكل المشرع التونسي لقاضي الأسرة مهمة حل النزاعات الأسرية، حيث أحدث بموجب القانون عدد 74 لسنة 1993 أهم مؤسسة قضائية في مجال النزاعات العائلية وهي قاضي الأسرة، وقد اقتضى الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية أن رئيس المحكمة يختار قاضي الأسرة من بين وكلائه ثمّ أصبح قضاء الأسرة مستقلا بذاته وتوسع نطاق مشمولاته في ما يتعلق بنزاعات الأسرة وقد اختار المشرع أن يكون قاضي الأسرة من الدرجة الثانية الذي من منطلق تكوينه وأقدميته وخبرته التي تجعله مؤهلا لمساعدة الزوجين على تجاوز الصعوبات التي تمر بها الزوجية. مقتبس عن، أنظر، بن محمود فاطمة الزهراء، الآليات الصلحية في مجلة الاحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، تونس، أفريل 2008، ع.04، ص.52.

ثالثا– مجلس العائلة:

جاء في منشور من وزارة العدل إلى الرؤساء الأوائل لمحاكم الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية والقضاة المشرفين على أقسام قضاء الأسرة بتاريخ 24 ديسمبر 2010 :" نطلب منكم وبكل تأكيد التنسيق مع المجالس العلمية المحلية من أجل التعاون معها بشأن إصلاح ذات البين بين الزوجين في قضايا الأسرة بما فيها الطلاق والتطليق"[278].

نصّت المادة 251 من مدونة الأسرة المغربية في فقرتها الثانية على أنه: " يحدث مجلس العائلة، تناط به مهمّة مساعدة القضاء في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى نص تنظيمي"[279].

من خلال المادة الأولى من مرسوم رقم 02.04.88 [280]يتبين أن مجلس العائلة يتكون من القاضي رئيسا، والأب والأم أو الوصي أو المقدم، أربعة أعضاء يعينهم الرئيس من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي من جهة الزوجين وإذا تعذر تشكيلهم أمكن تكوين مجلس لعائلة من جهة واحدة.

و يملك الرئيس سلطة في اختيار الأعضاء اللذين سيكونون مجلس العائلة الذي يشترط فيهم لزوما أن يكونوا كاملي الأهلية أما توفر باقي الشروط فهو أمر موكول للسلطة التقديرية للقاضي الذي يعينهم مراعيا في ذلك درجة قرابتهم ومكان إقامتهم وسنهم وعلاقتهم بالأسرة.

---

[278] أنظر، وزارة العدل والحريات المغربية، المناشير والدوريات والنماذج التطبيقية المتعلقة بمقتضيات مدونة الأسرة، الرباط، بتاريخ 24 ديسمبر 2010، منشور عدد 24 س2، ص.25-26.

[279] أنظر، الملحق رقم. 14، ص.309. و الملحق رقم 13، ص.306 وما يليها.

[280] المرسوم المغربي رقم 2002/04/88، بتاريخ 25 ربيع 1425 الموافق 14 يونيو 2004، بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه، ج.ر، ع. 5223، 21 يونيو 2004.

كما أن للرئيس الصلاحية في تغيير أي عضو من أعضاء مجلس العائلة عند الاقتضاء حسب المادة الثالثة من المرسوم، وهو نفس ما كان مسطرا في المرسوم السابق لسنة 1994، وعند اجتماع مجلس العائلة فإن كل ما يتمخض عنه من نتائج يحرر في محضر رسمي في سجل خاص من قبل كاتب الضبط الذي يحضر الاجتماع، ويوقع مباشرة عند انعقاد الاجتماع من طرف الرئيس والأعضاء، ويشار إلى امتناع هؤلاء عند الاقتضاء أو إلى وجود مانع من التوقيع.

وتجدر الإشارة إلى أن مهام مجلس العائلة لا تعدو أن تكون مجرد مهام استشارية تصبّ في خانة خدمة مصلحة الأسرة وهو ما تنص عليه المادة السّابعة من المرسوم الجديد، إضافة إلى إبداء الرأي في كل ماله علاقة بشؤون الأسرة.

وممّا سبق يستنتج أنّ مجلس العائلة يعدّ آلية مهمّة في إطار اجراءات الصلح ويلعب دورا مهما لمساعدة القضاء في إيجاد الحلول وإبداء الرأي قصد إنقاذ الأسرة ولم شملها.

في الأخير نشير إلى أنّه في الواقع تثور عدة مشاكل تواجه المحكمة وهي بصدد تكوين مجلس العائلة، منها ما يعود الى عدم رغبة الزوجين في تكوين هذا المجلس ومنها ما يتعلق بالتكاليف المادية التي يفرضها تنقل أعضاء المجلس، أو قد يصل الخلاف بين الزوجين إلى ذروته يصعب معه الوصول الى تسوية ودية بينهما، بالإضافة الى اشكالات التبليغ ليفتح الباب لكثرة التأخيرات حتى يتم استدعاء من لم يوصل به، لتجد المحكمة نفسها أمام ضيق الوقت تفصل في النزاع مستغنية عن استشارة مجلس العائلة[281].

[281] أنظر، عبد القادر قرموش، ، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، منشورات المعارف، فاس، 2013. ص.47

إذن، فمؤسسة مجلس العائلة وفق التصور التشريعي جهاز هام يمكن أن يدعم الصلح ويساعد القضاء في إيجاد سبل ناجعة لحل النزاع، لكن تطبيقه وتفعيله من لدن الجهاز القضائي في ظل الظروف التي يعمل بها حاليا أمر صعب تحقيقه[282].

يتّضح إذن، من خلال طريقة تكوين مجلس العائلة والمهام المسندة إليه, أنه يلعب دورا هاما في الحفاظ على الروابط العائلية وتذويب بوادر الشقاق والعمل على إرجاع المياه إلى مجاريها بين الزوجين وذلك عن طريق قيامه بمهمة التحكيم ومساعدته للقضاء في اتخاذ القرارات التي تصبّ في صالح جمع شمل الأسرة والحفاظ على كيانها[283].

و عليه، نجد في الجدول أدناه صورة عن الجهات التي تتولى الصلح الأسري في القانون المغربي، وهو إحصاء حول الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق خلال الدورة الثالثة سنة 2015 (قسم قضاء الأسرة المحكمة الابتدائية – تمارة–)[284]:

عدد حالات الصلح		نوع الصلح			
الزوجان بدون أولاد	الزوجان لهما أولاد	بواسطة المحكمة	بواسطة الحكمين	بواسطة مجلس العائلة	بواسطة وسيلة أخرى
13	10	12	7	0	4

[282] أنظر، إدريس الفاخوري، واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، أشغال الندوة الدولية حول تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، بتاريخ 09 و10 أبريل 2010، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ص.120.

[283] أنظر، محمد أوراغ، أهمية مجلس العائلة على ضوء مدونة الأسرة والمرسوم المنظم له، مجلة رسالة الدفاع، 2004، ع.15، ص.121.

[284] أنظر، خالد حجازي، السياسة التشريعية في مجال الأسرة في ضوء الواقع العملي، قراءة نقدية، مجلة دراسات أسرية، كلية الحقوق أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب، 2016، ع.02، ص.150.

يلاحظ من الجدول أعلاه، أنّ الصّلح بين الزوجين بواسطة المحكمة[285] هو أعلى نسبة مقارنة بباقي المؤسسات الصُّلحية وهنا نستشفّ أن للمحكمة أو القاضي تأثير إيجابي على المتخاصمين، حيث أن القاضي يعرض عليهم اجراء الصّلح آملا في حلّ النزاع.

وقد بلغت الإحصائيات في الطلاق والتطليق في المغرب من سنة 2006 إلى سنة 2013 ما يلي[286]:

مقارنة إحصائيات الصلح في طلبات الإذن بالإشهاد على الطلاق حسب وضعية الأسرة خلال الفترة (2006-2013)				
السنوات	مجموع حالات الصلح في طلبات الإذن على الإشهاد بالطلاق	نسبة حالات الصلح في طلبات الإذن على الإشهاد بالطلاق%	حالات الزوجين لهما أولاد	حالات الزوجين ليس لهما أولاد
2006	6693	%17.48	3932	2761
2007	8512	%23.32	4500	4012
2008	7545	%21.49	3541	4004
2009	6818	%20.4	3474	3344
2010	6121	%20.12	2933	3188
2011	6510	%19.99	3401	3109
2012	6736	%21.21	3310	2426
2013	8702	%27.81	4324	4378

[285] أنظر، الملحق، رقم. 03، ص.294.

[286] خالد حجازي، المرجع السابق، ص.151.

فكما يبدو من خلال الجدول أعلاه يتبين أنّ أعلى نسبة حالات الصلح في طلبات الإذن على الإشهاد بالطلاق هي التي كانت سنة 2013، بمعدل 27.81%، في حين أنّ أدنى نسبة كانت 2006، بمعدل 17.48 %، إلاّ أنّه إذا كانت هذه المقارنة بين سنة 2013 و2006، يمكن أن تفيد أنّ هناك تطورات في حالات الصلح، فإنّ استحضار كل هذه السنوات يظهر أنّ هناك تذبذبا واستقرارا في هذه النسب وإن بدرجات متفاوتة، ذلك أنّه إذا كانت سنة 2007 قد سجلت نسبة 23.32%، فإنّ سنة 2011 لم تتجاوز نسبة حالات الصلح 19.99%، أي أنّ هناك تراجع سلبي في تحقيق الصلح ويوضح الجدول البياني استقرار النسب المتدنية في تحقيق الصلح في قضايا الإشهاد بالطلاق، حيث أعلى نسبة 27.81% كانت سنة 2013.

وأمّا واقع الصلح في قضايا التطليق في المغرب نورده في الجدول الآتي[287]:

مقاربة إحصائيات الصلح في قضايا التطليق حلال الفترة الممتدة 2006– 2015					
السنوات	الصادرة بالتطليق	بالإشهاد بالصلح	بعدم الاستجابة لأسباب أخرى	المجموع	نسبة الصلح %
2005	9983	3073	4535	17591	17.47
2006	14791	4616	6810	26217	17.61
2007	21328	6244	10356	37928	16.46
2008	27441	7612	12910	47963	15.87
2009	31085	10076	1590	57062	17.66
2010	33564	8322	14907	56793	14.65

[287] أنظر، وزارة العدل والحريات، القضاء الأسري، الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية 2004-2014، ماي 2014 ، ص.68.

2011	33261	9848	17748	60857	16.18
2012	49579	14625	26086	90290	16.20
2013	40850	10389	19594	70833	14.67
2014	10745	44408	21636	76789	57.83
2015	46919	12729	22217	81865	15.74

فالملاحظ من خلال الإحصائيات الواردة في الجدول أعلاه أن نسبة الصلح قد ارتفعت سنة 2014 حيث بلغت نسبتها 57.83%.

رابعا– دور النيابة العامة في إجراء الصلح بين الزوجين:

لقد منح المشرّع الجزائري للنّيابة العامّة دورا هامّا للصّلح بين الزوجين وفقا للمادة 03 مكرر من قانون الأسرة حيث يمتدّ دورها إلى جميع أحكام هذا القانون بما فيها مسألة الصّلح[288]، فإجراءات الصلح حسب نصّ المادة 49 من قانون الأسرة تتمّ بين أطراف النزاع ويكون بين الزوج والزوجة وكذلك النيابة العامة، وهذا ما يتعارض مع مبدأ عدم الصلح مع النّيابة العامة، فلا نجد أثر للنيابة العامة في هذا المجال خلال الممارسات القضائية، فيكون الصلح منعقد بين القاضي والخصوم فقط ممّا يتعارض مع المادّة 03 مكرر من قانون الأسرة و نص المادّة 49 من نفس القانون[289].

ومن خلال تحليل نصّ المادة 03 مكرر يستنتج أنّ النيابة العامة طرف أصلي في جميع القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة ممّا حيث يعتبر تدخلها وجوبيا وهو ما جاء في نص المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي:« يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام على تبليغ

[288] أنظر، الملحق، رقم. 08، ص.299.

[289] أنظر، أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، 2006، ص.135.

النيابة العامة بكل قضية ينص عليها القانون على حقها في رفع دعوى أمام المحكمة، فإذا رفعت تلك الدعوى من شخص أو هيئة دون أن تكون طرفا فيها فإنه يجب تدخل النيابة العامة ويكون تدخلها في هذه الحالة وجوبيا وتكون كطرف منضم وليس طرفا أصليا». قياسا على نص المادة 03 مكرر ق.أ، يفهم من نصّ المادّة أعلاه أنّ النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في جميع المسائل المتعلقة بالأسرة، ومن بينها مسألة الصلح فإنّها بذلك في حالة عدم تبليغها خلال 10 أيام من رفع الدعوى، فإنّ تتحول إلى طرف منضم في القضية وتنضم وجوبا.

كما يكون تدخل النيابة العامة اختياريا وهو ما جاء في المادة 257 ق.إ.م.إ التّي نصّت على أن النّيابة العامّة تتدخّل تلقائيا في القضايا التّي يحدّدها القانون، أو للدفاع عن النظام العام. فالملاحظ هو أنّ المشرع الجزائري قد نصّ على مسألة تدخل النيابة العامة في الصلح، فتباعا له لم يلزم تدخل النيابة العامة في الصلح، وبالتالي لها الحرية والاختيار في الانضمام لجلسة الصلح إذا رأت ضرورة لذلك فلها السّلطة التقديرية وذلك باعتبار أنّ الأسرة هي من النظام العام.

وبالرجوع لقانون الأسرة نجد أنّ المشرّع لم يتطرّق لكيفية تكليف النيابة العامة بالحضور، أو تبليغها بعريضة الدعوى أو بمذكرات الأطراف، غير أنّ المادة 438 من ق.إ.م.إ في باب طلب الطلاق من أحد الزوجين نصّت، أن على المدعي أن يبلغ رسميا المدعى عليه و النيابة العامة بنسخة من عريضة الدعوى، وأضافت الفقرة الثانية، بأنه يجوز له أيضا تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط[290].

[290] أنظر، نجيمي جمال، قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2016، ص.22.

ونجد أنّ غياب النيابة العامّة في جلسة الصّلح قائمٌ عمليّا، حيث أنّ المشرّع الجزائري لم يلزمها بالحضور قانونا بالرغم من اعتبارها طرف أصلي في النزاع[291] ولم يحدّد اجراءات تبليغها بجلسة الصلح. وهو ما يعدّ فراغا تشريعيا يجب تداركه من خلال نصوص قانونية واضحة.

لكن في حالة غياب أحد الاطراف يمكن للنيابة العامة السعي لتبليغ الطرف الغائب و تحديد عنوانه و في حالة ما إذا كان العنوان مجهولا و هذا تجنبا للطلاق و الخلع الغيابي[292].

وتجدر الإشارة، أنّ المشرع لم يوضّح الدور الذي تلعبه النيابة العامة في إجراء محاولة الصلح بين الطرفين، من خلال ما تدلي به من ملاحظات وما تطرحه من تساؤلات، وكذا ما تبسطه من آراء لتقريب وجهات النظر بين الزوجين[293].

في المقابل نجد أنّ المشرع المغربي هو الآخر قد أعطى للنيابة العامة دورا أساسيّا في قضاء الأسرة حيث أصبحت بموجب نصّ المادة 03 من مدونة الأسرة المغربية طرفا أساسيّا في جميع القضايا، فيتجلى دور النيابة العامة في اجراءات الصلح من خلال نصّ المادة 81 من المدونة في فقرتها الثالثة[294].

وبهذا، فقد ألزمت الزوجين بالحضور الشخصي للصلح بينهما، ففي حالة عدم حضور الزوجة مثلا لجلسة الصلح رغم توصّلها وعدم تقديمها لملاحظات مكتوبة يوجب على النيابة العامة

[291] أنظر، سي بوعزة ايمان، دور النيابة العامة في المسائل الأسرية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصّص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019، ص.124.

[292] أنظر، لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة، وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 32.

[293] أنظر، فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جوان 2016، ع.13، ص.55.

[294] جاء في نص المادة 81/ فقرتها 03 من مدونة الأسرة المغربية أنه: "إذا توصّلت الزوجة شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر، ولم تقدم ملاحظات مكتوبة، أخطرتها المحكمة عن طريق النيابة العامة بأنها اذا لم تحضر فسيتم البتّ في الملف".

اعادة اخبارها بخطورة عدم الحضور وإشعارها بأنّها اذا لم تحضر فسيتمّ البثّ في الملف هذا اذا كان عنوانها معروفا، أمّا اذا كان مجهولا فإنّ المحكمة تستعين بالنيابة العامة للبحث والوصول الى الحقيقة.

كما يستشفّ من خلال استقراء نصّ المادة 81 السابقة الذكر أنّ للنيابة العامة دور هام في مساعدة المحكمة في اجراء التبليغ خلال مرحلة الصلح، كما تسهر على مباشرة الأبحاث بشأن أفعال التدليس والتحايل التي قد ترتكب من طرف أحد الزوجين لتنتقل هنا إلى دورها التقليدي ألا وهو الدّور الجنائي بتحريك دعوى عمومية[295].

ويبدو أنّ المشرّع حاول تجسيد البعد الحمائي للمدونة من وراء هذه الإجراءات بتوفير الحماية اللازمة للزوجة تفاديا لإصدار حكم نهائي بانفصام العلاقة الزوجية في غيابها.

غير أنّه إذا ثبت تحايل الزوج من أجل عدم التمكن من تبليغ الزوجة و استصدر حكم بانفصام الزوجية في غيبتها، فإنّ النيابة العامة تتدخل لتحريك الدعوى العمومية بطلب من الزوجة المتضررة، ومتابعته جنائيا طبقا للفصل 361 ق. جنائي[296].

وفي ختام القول، يمكن أن نشير إلى أنّ المشرع الجزائري لم يستحدث أجهزة معينة كمجلس العائلة ومؤسسة الحكمين كما فعل نظيره المشرع المغربي، وحسنا فعل المشرع الجزائري لأنّ هاته الأجهزة وإن كانت موجودة بأسمائها إلاّ أنّها غير مفعلة ومطبقة على مستوى المحاكم على اطلاقها فما الجدوى من وجودها إذا كانت غير فعالة ومفيدة في حل النزاع بين الزوجين فهي بذلك تبقى مجرد تحصيل حاصل لا أكثر ولا أقل.

---

[295] أنظر، محمد البقالي الحسني، النيابة العامة والصلح الأسري على ضوء مدونة الأسرة ، ألقيت ضمن فعاليات المائدة المستديرة التي نظمتها جمعية مودة لتنمية المرأة ورعاية الأسرة بالعرائش، حول الوساطة الأسرية الرهانات والتطلعات، بمكتبة عبد الصمد الكنفاوي، العرائش، يوم الخميس 26 ماي 2016، الساعة 16:00، ص.14-18.

[296] فوزي أكريم، المرجع السابق، ص.58.

ومع ذلك، حتى ولو كان لها الفعالية اللازمة في حل النزاع عمليا، فلا يكفي تسخير الصلح سواء كانت مؤسسة الحكمين أو مجلس العائلة أو النيابة العامة كطرف السالفة ذكرها، لكن زيادة على ذلك يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يتخذ تدابير أخرى قد يراها ضرورية على حسب سلطته التقديرية لتسهيل إجراء الصلح، وهو ما سنفصل فيه في الآتي.

المطلب الثاني

التدابير المتخذة من قبل القاضي في فترة الصلح

حماية لحقوق الأطراف المتضررة في دعوى فك الرابطة الزوجية، قد يلجأ قاضي شؤون الأسرة إلى اتخاذ تدابير مؤقتة أو تدابير ضرورية على وجه الاستعجال اذا تطلب الأمر ذلك ، خاصة وأنّ إجراءات دعوى الطلاق قد تطول، حيث يتقدم أحد أطراف الدعوى بطلب على وجه الاستعجال وتكون هذه الطلبات خاصة متعلقة بالمسائل المتعلقة بالحضانة والنفقة والمسكن والزيارة وهذا ما أوردته المادة 57 من قانون الأسرة حيث تعتبر هذه التدابير مؤقتة (**الفرع الأول**)، أو اتخاذ تدابير ضرورية (**الفرع الثاني**) تتعلق بالخبرة والاستشارة والانتقال للمعاينة ...إلخ و التّي نصّت عليها المادّة 425 و 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول

اتخاذ تدابير مؤقتة وضرورية في فترة الصلح

أولا– اتخاذ تدابير مؤقتة:

تعتبر التدابير المؤقتة المتخذة من قبل القاضي تدابير ذات طابع استعجالي ونجدها غالبا في آثار فك الرابطة الزوجية، وهو ما جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة التي نصت:" يجوز للقاضي على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولاسيما ما تعلق

منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن". فأثناء دعوى الطلاق المرفوعة وأثناء فترة الصّلح قد يتّخذ قاضي شؤون الأسرة هذه التّدابير المؤقتة ريثما تتمّ عملية الصلح بين الزوجين أو يبث في موضوع الدعوى بالطلاق.

وعليه، من خلال استقراء نصّ المادتين 444 و 445 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّ القاضي يأخذ بما اتفق عليه الزوجان في حالة التدابير المؤقتة، وفي حالة ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف يجوز للقاضي إلغاء أو تعديل أو تتميم التدابير المؤقتة التي أمر بها، ما لم يفصل في الموضوع والأوامر غير قابلة لأي طعن.

كما نصّ من خلال المادة 442 ق.إ.م.إ على أنّه:" يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح ثانية، وله اتخاذ ما يراه مناسبا من تدابير مؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن..."، وهو ما يفسّر على أن تكون تدابير مؤقتة في فترة الصلح بين الزوجين مراعاة لمصلحة الأطفال والزوجة وتكون غالبا هاته التدابير متمثلة في السكن والنفقة والحضانة وشراء أدوية ...إلخ.

وفي نفس السياق، نصّت المادة 121 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه:" في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذّر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائيا أو بناء على طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها، أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورا على الأصل عن طريق النيابة العامة".

من هذا المنطلق، يفهم من نص المادّة أنّه عندما يتمّ عرض النزاع بين الزوجين أمام المحكمة وتتعذر المساكنة بينهما أثناء جريان الدعوى يمكن للمحكمة أن تتخذ ما تراه مناسبا من التدابير والإجراءات المؤقتة بالنسبة للزوجة والأطفال وحضانتهم ودراستهم بصفة تلقائية أو بناء على

طلب، وذلك في انتظار صدور الحكم في الموضوع، وعلى المحكمة في هذا الصدد أن تحيل فورا الأمر الصادر بالإجراء المؤقت على النيابة العامة التي تتولى تنفيذه بجميع الوسائل الملائمة.

ثانيا– اتخاذ تدابير ضرورية:

خوّلت نصّ المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى قاضي شؤون الأسرة الصّلاحيات المخوّلة لقاضي الاستعجال وله أنْ يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعيّة أو طلب خبير أو اللّجوء إلى أيّة مصلحة مختصّة في الموضوع بغرض الاستشارة[297]، بالإضافة إلى الشهود والانتقال للمعاينة وكذا الانابة القضائية المنصوص عليها في نص المادة 441 ق.إ.م.إ، فللقاضي أنْ يتّخذ التدابير اللاّزمة ومن ذلك ندب خبير أو الاستعانة بالمساعد الاجتماعي (أ)، وكذا الاستشارة و الإنابة القضائية (**ب**)، بالإضافة له الاستماع إلى الشهود و الانتقال للمعاينة (**ت**).

أ– الخبرة و المساعدة الاجتماعية:

مكّن المشرّع القاضي من إجراء أو اتخاذ أيّ تدبير يراه ضروريّا للتّأكد من إرادة الزّوج في طلب فكّ الرابطة الزوجية، وجاء ذلك واضحًا من خلال نصّ المواد (450 و 451 ق.إ.م.إ)، كما استحدث في إطار التحقيق تدابير جديدة نصّت عليها المادة 425 من نفس القانون بتعيين المساعدة الاجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصّة في الموضوع بغرض الاستشارة في أيّ وقت وحتى أثناء إجراءات الصّلح. وفي هذا الشأن تعتبر كلّ من الخبرة (أ)، والمساعدة الاجتماعية (**ب**) من التدابير الضرورية المساعدة للإصلاح بين الزوجين حيث يلجأ إليها القاضي في كثير من الأحيان.

[297] أنظر، طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية ، الموجزة لشرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج.01، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص.217.

1- الخبرة الطبية:

الخبرة القضائية تعتبر ركنا أساسيّا في مجال النّفي والإثبات في العمل القضائي عندما يتعذّر تحديد ملابسات الواقعة المنظورة إلا بعد ندب خبير متخصّص يلمّ بالخلفية العلمية و الفنية للواقعة[298].

وتندرج الخبرة القضائية في إطار إجراء الصّلح بين أطراف النّزاع الذي انتدب الخبير القضائي بشأنه، لإجراء ما تقتضيه الخبرة من مهام، ووجوب ما يفرضه ذلك على الخبير من مواقف في سبيل ضمان فعالية الخبرة، ويتعلق الثاني بالخبرة القضائية في إطار مواد الاستعجال التي تفرض تدابير خاصة يقتضيها الطابع الاستثنائي لهذه المسألة في إطارها القضائي والإجرائي البحت[299].

وبهذا الخصوص، فقد نصّ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على موضوع الصّلح في نطاق الخبرة القضائية بالحديث، ومؤدَّى ذلك امتناع المشرّع عن التّنصيص صراحة على إجراء العمل بهذا التّدبير، يكون قد أجازه وترك للقضاء حقّ تكليف الخبراء لإجراء المصالحة. وجاء قرار للمحكمة العليا أنّه:" ليس للصلح الواقع أمام خبير أي أثر قانوني، في حالة عدم اعتماده قضاء، وإنكاره من أحد الطرفين"[300]. فيفهم من القرار أن الصلح الواقع أمام خبير دون أن يكون القضاء قد أوكله بذلك أو بدون رضى الطرفين والعلم به لا يرتّب أي أثر قانوني ولا يعتدّ به.

كما نصّ المشرّع على الخبرة الطبية في اطار التحقيق فجاء في نصّ المادّة 425 :" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى

---

[298] أنظر، محمد خليفة الشيخ، الخبرة القضائية بين القانون والممارسة، دار الكتب الوطنية، مجلس الثقافة العامة، بيروت، 2010، ص.37.

[299] أنظر، حسين تونسي، المعاينة والخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2017، ص.278.

[300] المحكمة العليا، غ.ع، 2011، ع.01، ص.126. مقتبس عن، دليل مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.434.

الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير ....في أيّ وقت وحتى أثناء إجراءات الصّلح". يُستشف من نصّ المادّة اعلاه، أنّ المشرع فتح الباب بمصراعيه للقاضي في الأخذ بالخبرة الطبية في إطار التحقيق، و ذلك في أي وقت وحتى في اجراءات الصلح.

ووفق ذلك، يتأكّد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق عن طريق الخبير الطبي مثلا إذا كانت تتوفّر في الزوج الأهلية اللازمة وأنّه ليس مجنون أو أنّه مضطرب عقليا.

جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا الذي تضمّن المبدأ التّالي:" ...أنّ الطّلاق من المسائل الإرادية، ومنه فإنّ كلّ ما يمكن أن يثير الشكّ في سلامة هذه الإرادة من العيوب الشّرعية والقانونية، يستوجب التّصدي له بالبحث والتدقيق بواسطة أهل الخبرة قبل البتّ فيه..."[301]. فيستنتج من القرار أنّ للقاضي في حالة ما إذا راوده شكّ في سلامة إرادة أحد الزوجين عند طلب فكّ الرابطة الزوجية أن يتوجّب عليه تعيين خبير للتأكد من سلامة ارادته.

وفي نفس السياق، إذا تبيّن للقاضي أنّ العناصر التّي بني عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتّخذ جميع الإجراءات اللاّزمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقّى منه الإيضاحات والمعلومات الضّرورية وذلك منصوص عليه في نص (المادة 141 من ق.إ.م.إ).

غير أنّ الصلح في مجال الخبرة القضائية الجاري بين الخصوم بمبادرة منهم، يقع صحيحا، وفي مثل هذه الحالة نصّت المادة 142 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتعين على الخبير القضائي إخبار القاضي بموضوع تصالح الخصوم بموجب تقرير[302].

[301] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/3/12، ملف رقم 416686، ن.ق، ع.67، ص.247 وما يليها.
[302] حسين تونسي، المرجع السابق، ص.284.

بيد أنّ القاضي غير ملزم بالأخذ برأي الخبير، غير أنّه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة في إطار استكمال إجراءات الخبرة (المادة 144 ق.إ.م.إ).

ومن باب المقارنة، فإنّ القانون المغربي في صيغته القديمة كان ضمن (الفصل 63) من قانون المسطرة المدنية يأمر الخبير بالقيام بمحاولة الصلح، أمّا التعديل الجديد للمسطرة المدنية لم ينصّ على ذلك، غير أنّه طبقا للمبادئ العامة إذا توصّل الأطراف إلى الصّلح بينهم فلا نجد ما يمنع من تحرير محضر لذلك من طرف الخبير مادام الصّلح يجعل حدّا للنزاع[303].

وعليه، لا يوجد ضمن القواعد القانونية العامّة ما يحول دون قيام الصّلح في أيّ طور من أطوار القضية في القضايا التي يمكن قيام الصّلح فيها، وبالتالي فلا يوجد ما يمنع الخبير من تحرير محضر الصّلح، مادام أنّ النّص نفسه يشير إلى ضرورة تحرير محضر بأقوال الخصوم وملاحظاتهم يضاف إلى تقرير الخبير[304].

وتجدر الإشارة، أنّ الفقه المغربي اعتبر صلاحية الخبير في اجراء الصّلح متعارضة والنّظام العام، فمحاولة الصّلح هي مهمّة قضائية مخوّلة لمحكمة الموضوع دون غيرها ولا يمكن إقرارها أو تفويضها لفائدة الغير و لو كانوا مساعدي العدالة، فالقضاء وحده يستقلّ بالحسم فيها سلبا أو إيجابا لارتباطها بالقانون[305].

[303] أنظر، كمال الودغيري، الخبرة القضائية في القانون المغربي، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط، 2002، ع.02، ص.105.

[304] كمال الودغيري، المرجع السابق، ص.114.

[305] أنظر، محمد برحيلي، إشكالية الخبرة القضائية في المادة المدنية بين هدف تحقيق العدالة ومشكلة إطالة التقاضي، قراءة تحليلية للنصوص المنظمة للخبرة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، فبراير2005، ع.60، ص.46.

2- المساعدة الاجتماعية:

يصبّ مفهوم المساعدة الاجتماعية في تلك الخدمات المادية والمعنوية ذات الصبغة الإنسانية، والمجهودات المنظمة التي تقدّم إلى من يحتاجها من الأفراد والجماعات والمجتمعات، في مؤسسات أو هيئات، بواسطة أشخاص مهنيين معدين إعدادا نظريا وعمليا للقيام بالمسؤوليات المطلوبة منهم[306].

فالمساعدة الاجتماعية هي بذلك خدمة انسانية ذات شقّ اجتماعي، وآخر قانوني وقضائي، يقدّمها مساعدون اجتماعيون مختصّون، ومهمتهم مساعدة المتقاضين وتوجيههم داخل المحاكم.

تبعا لذلك، بالرجوع للقواعد العامّة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أنّ المشرّع قد نصّ على المساعدة الاجتماعية بصفة عامّة من خلال نصّ المادّة 425 منه، حيث أجاز للقاضي اللّجوء للمساعدة الاجتماعية.

و للإشارة فالمشرّع لم يحدّد الشروط الواجب توافرها في المساعد الاجتماعي[307] ولا المهام الواجب القيام بها وكذا المدّة اللازمة لإجراء الصلح بين الزوجين فيترك ذلك للقواعد العامة وللسّلطة التقديرية للقاضي. وما يؤكد ذلك قرار المحكمة العليا حيث قضى:" حيث أن مسألة تعيين مرشدة اجتماعية أو إجراء مقابلة شخصية بين الأطراف هي مسألة موضوعية تدخل في اختصاص قضاة الموضوع، وداخلة في قناعتهم الشخصية، لهم أن يقبلوها أو يرفضوها باعتبارهم لهم الصلاحية الكاملة للقيام بالمهام التي كانت تتوكل إلى هؤلاء، أي المرشدة الاجتماعية أو إجراء مقابلة شخصية لو لم يقرروا مراعاتها بأنفسهم، ولهم حينئذ القرار المناسب الذي يصبّ في مصلحة

[306] أنظر، أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1982، ص.399.
[307] أنظر، الملحق، رقم. 16، ص.313.

المحضون وهو ما توصّلوا إليه حينما رأوا أن المطعون ضدّه بصفته الأب أستاذ رئيسي في التعليم الابتدائي والمحضون متمدرس بروضة المدرسة وأنّه الأولى والأصحّ لحضانة الولد..."[308].

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ القضاة غير ملزمين باللجوء للمساعدة الاجتماعية مادام تتوفر لديهم الدلائل اللازمة في الملف. وما يؤكّد ذلك قرار للمحكمة العليا مفاده:" لكن حيث أن القضاة غير ملزمين باللجوء إلى مساعدة اجتماعية مادام أنّهم استندوا إلى وثائق موجودة بالملف كما يظهر من الأسباب التي أوردها..."[309]. في المقابل فقد منحت مدوّنة الأسرة المغربية صلاحيات واسعة لقضاء الأسرة، ويبرز ذلك جليّا في أنّ المشرع لم يلزم القضاء باحترام ترتيب معين في انتداب الجهة التي يعهد إليها بمهمة المصالحة بين الزوجين بل ترك له كامل الصلاحية في اختيار إمّا الحكمين أو مجلس العائلة أو أيّة جهة يراها مؤهلة للقيام بهذا الدور، وذلك حسب الصياغة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 82 م.أ. فما يلاحظ، أنّه للقضاء انتداب المساعدة الاجتماعية للقيام بدور الوساطة والمصالحة الأسرية من أجل إعادة الدفء إلى عشّ الزوجية ومن ثم الحماية من التّفكك والانهيار إذا رأى أنّ ذلك ضروريّا لنجاح محاولة الصلح.

ولقد أولت المحاكم المغربية دورا مهمّا للمساعدة الاجتماعية[310]. ومع ذلك قد لا يكتفي القاضي بالمساعدة الاجتماعية لحل النزاع فقد يستعين بالاستشارة و الانابة القضائية اذا رأى ضرورة لذلك وهذا ما سنتطرق له في الآتي.

---

[308] المحكمة العليا، 2013/06/13، ملف رقم 752021، غير منشور. مقتبس عن، أنظر، لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة شهادة الماجيستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013-2015، ص.35.

[309] المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/09/13، ملف رقم 650014، م.م.ع، 2012، ع.01، ص.313- 317.

[310] حيث لعبت المساعدة الاجتماعية في المغرب دورا رائدا في مجال الصلح بين الزوجين وعموما بين أفراد الأسرة الواحدة. ونظرا للنجاح الذي كلل به عمل هؤلاء فقد تم توظيف أول فوج منهم من طرف وزارة العدل وذلك بعد أن خضعوا لتدريب نظري بالمعهد العالي للقضاء وآخر تطبيقي على صعيد المحاكم الكبرى مدته 22 أسبوعا من 06 يناير2011 إلى 24 يونيو 2011 و كان عددهم 24 فردا، بعده تم تعيين الفوج الثاني وكان عدده 99، وبذلك تم تعميم التجربة المذكورة على

ب- الاستشارة و الإنابة القضائية:

مراعاة لمصلحة الأطراف المتخاصمة قد يستعين القاضي على وجه الاستعجال وذلك في إطار التحقيق بمستشارين متخصصين عند إجراء الصلح (**1**)، بل قد يتطلب في بعض الأحيان اللّجوء إلى الإنابة القضائية حيث يندب القاضي قاض آخر لينوب عنه في حالة غيابه (**2**).

1- الاستشارة:

كان الاسلام هو الرائد في الأخذ بالمشورة أو الاستشارة لقوله تعالى:﴿ وشاورهم في الأمر﴾، وقال ابن العربيّ بشأنها:" الشورى ألفة للجماعة ومسيار للعقول وسبب إلى الصواب، وما تشاور قوم إلاّ هُدوا"[311]. فما يجسّد مصطلح المشورة في الوقت الحالي هو الاستشارة حيث أنّه قد يحتاج قاضي شؤون الأسرة إلى استشارة بعض الخبراء من أهل الاختصاص والعلم عند اجراء الصّلح بين الزوجين. وما يؤكّد ذلك ما جاء في مضمون نصّ المادة 425 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

جميع المحاكم بالمغرب. و عهد لها بعدة مهام في قضايا مختلفة خاصة ما يتعلق بزواج القاصر وسكن المحضون وصلة الرحم وكفالة الأطفال وكذا الوساطة. وبالنسبة للمواطنين المغاربة بالخارج فطبقا للمنشور رقم 13 س 2 الصادر عن وزير العدل بتاريخ 2004/04/12 فإنه في حالة تعذر حضور أفراد الجالية المغربية بالخارج إلى المحكمة لإجراء محاولة الصلح معهم ورعيا لظروفهم وأحوالهم، فإن قاضي الصلح يعمل على انتداب القضاة العاملين بالسفارات والقنصليات المغربية بالخارج أو السفراء أو القناصلة لإجراء هذه المحاولة. أنظر، نادية المزاوير وآخرون، مدخل إلى الوساطة التسهيلية في مجال الأسرة، الفصل الخامس: التطبيق العملي للتقنيات الوساطة في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، المعهد العالي للقضاء، الرباط، المغرب، 2015، ص.70.

[311] أنظر، ابتهاج حجازي بدوي سالم غبور، الشورى في الاسلام، شبكة ألوكة، ص.10، اطلع عليه بتاريخ 2020/02/15، الساعة 17:25، على الموقع الالكتروني: http://www.alukah.net.

طبيب خبير أو اللجوء إلى أيّة مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ...يمكن اللّجوء إلى الاستشارة في أيّ وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح".

فيفهم من نصّ المادة أعلاه، أنّه يمكن لقاضي شؤون الأسرة الاستعانة بالاستشارة من قبل أشخاص مختصّين في المجال في إجراء جلسة الصلح مثلا إذا لاحظ القاضي أن أحد الزوجين أثناء جلسة الصلح يحتاج إلى طبيب نفسي فهنا يمكن أن يحيله إليه، وبعد ذلك يستشير القاضي الطبيب ويتخذ ما يراه ضروريا بهذا الخصوص. أو الاستعانة بمترجم رسمي ...إلخ.

وتجدر الإشارة أنّ المشرع لم ينص سابقا على تدبير الاستشارة، حيث يعتبر إجراء جديد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ومن ثمّ فقد أحسن المشرع عندما نصّ على هذا التدبير باعتباره إجراء مهمّ للمساعدة على الصلح بين الزوجين والوصول إلى حلّ إيجابي.

ومقارنة مع المشرع المغربي، تجدر الإشارة إلى أنّه لم ينصّ على تدبير الاستشارة صراحة في مدونة الأسرة وما يؤكد ذلك ما جاء في نصّ المادة 121 منه: " في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائيا أو بناء على طلب..."، من جهة أخرى لم ينص المشرع على الاستشارة في المسطرة المدنية.

إذن، يفهم من نص المادة أعلاه، أنّ المشرع المغربي قد ترك مصطلح "التدابير المؤقتة" فضفاضا فبمفهوم المخالفة يمكن أن يكون من ضمن هذه التدابير الاستشارة حيث يمكن للقاضي اللجوء إليها.

2- الإنابة القضائية:

مراعاة لمصلحة الأطراف المتنازعة وعدم تعطل الفصل في المنازعات المرفوعة جاز للقاضي ندب قاضي آخر لسماع الزوجين المتخاصمين والإنابة القضائية العامّة منصوص عليها في نصّ المادة 108 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري حيث جاء فيها:" إذا تعذّر على القاضي الانتقال خارج دائرة اختصاصه بسبب بعد المسافة، أو بسبب المصاريف، جاز له اصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصّة من نفس الدّرجة، أو درجة أدنى للقيام بالإجراءات المأمور بها".

كما تجوز الإنابة القضائية في الصّلح بين الزوجين وذلك في حالة استحالة حضور أحد الزوجين أو حدث له مانع ما، وهذا جاء صريح العبارة في نص المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدّد أو حدث مانع، جاز للقاضي إمّا تحديد تاريخ للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنّه إذا تخلّف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحدّدة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك"[312].

وبخصوص الإنابة الدولية في الصلح فهي غير جائزة، وما يؤكّد ذلك قرار المحكمة العليا :" يجب حضور الزوجين (الزوج والزوجة) شخصيا جلسة الصلح، القاضي غير ملزم بإصدار إنابة قضائية دولية، في حالة حضور طالب الطلاق جلسة الصلح وتغيب الطرف الآخر، المقيم خارج الإقليم الجزائري"[313].

[312] قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره.

[313] المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، ع.02، 2014، ص.251، مقتبس عن، دليل مجلة المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.434.

ولقد أورد المشرع المغربي الإنابة القضائية في الفصلين 78 و527 من قانون المسطرة المدنية، حيث جاء في نصّ الفصل 78 منه:" إذا كان الشاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة أمكن الاستماع إلى شهادته بواسطة إنابة قضائية".

كما نصّت المادّة 527 من نفس القانون: "...أمكن للقضاة انتداب محكمة قريبة أو قاض حسب ما يقتضيه الحال كما يمكن لهم الإذن لمحكمة بتعيين أحد أعضائها للقيام بالعمليات المأمور بها".

و ما يلاحظ من خلال استقراء نص المادتين أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية في اللجوء إلى الإنابة القضائية وحسنا فعل المشرع لأنّه بذلك قد منح للقاضي عدّة خيارات ووسع من دائرة التدابير من أجل تسهيل إجراء الصلح، على نقيض المشرع المغربي الذي لم يدرج الإنابة القضائية في الصلح كما فعل نظيره المشرع الجزائري.

وهذا ما يدعونا إلى التساؤل حول إذا كان القاضي يستعين أيضا بتدابير أخرى كالشهود و والقيام بالمعاينة لتسهيل عملية الصلح بين الزوجين أم هي تدابير مستعملة فقط في القضايا المدنية والجزائية. وهذا ما سنجيب عليه في الآتي.

ت- الاستماع إلى الشهود و الانتقال للمعاينة:

سنتطرق في هاته الجزئية إلى الاستماع إلى الشهود، ثم نبين إجراء الانتقال للمعاينة في الآتي:

1- الاستماع إلى الشهود:

عرفت الشريعة الاسلامية الشهادة كدليل من أدلة الاثبات معرفة تزيد كثيرا عن الشرائع السابقة، وللشاهد دور مهم في مساعدة القضاء لإظهار الحقيقة في العديد من المنازعات من بينها أثناء اجراء الصلح بين الزوجين، حيث يعتبر الاستماع إلى الشهود في القانون من بين التدابير

الضّرورية التّي يمكن أن يتّخذها القاضي في إطار التحقيق فشهادة الشهود يمكن أن تكون بمثابة اثبات لمعرفة تاريخ ايقاع الطلاق، وقد لا يعتدّ بهذا الطلاق إذا كان لفظي حيث قانونا يعتدّ بالطلاق إذا كان أمام القاضي، وبالتالي يمكن أن يسهّل على القاضي أن يقوم بالصّلح بين الزوجين. ولقد نصّت المادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية".

وتبعا لذلك، يحدّد القاضي في الأمر بسماع الشّهود[314] الوقائع التي سيدلي بها الشهود في اليوم وساعة الجلسة المحددة لذلك، وباستثناء الفروع يجوز سماع الأشخاص المذكورين في المادة 153 في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، ويجوز حتى سماع القصر الذين بلغوا سنّ التمييز على سبيل الاستدلال وخلال ذلك يجوز للقاضي أن يطرح أسئلة مفيدة على الشهود وتدوّن أقوالهم في محاضر السماع[315].

ويقوم القاضي بسماع شهادة الشّهود بخصوص الوقائع ويوم وساعة الجلسة، ويتضمّن هذا الحكم دعوة الخصوم للحضور وإحضار شهودهم للجلسة المحدّدة وهذا ما نصّت عليه المادة (151 ق.إ.م.إ).

كما يستمع القاضي إلى كلّ شاهد على انفراد في حضور أو غياب الخصوم بعد التأكد من بياناتهم ودرجة قرابتهم بالخصوم (المادة 152 ق.إ.م.إ).

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص، أنّ المشرع المغربي نص من خلال المادة 82 من مدونة الأسرة على الشهادة بقوله:" عند حضور الطرفين، تجري المناقشات بغرفة المشورة، بما في ذلك الاستماع

[314] أنظر، الملحق، رقم. 10، ص.302.

[315] أنظر، بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص.257.

إلى الشهود ولمن ترى المحكمة فائدة في الاستماع إليه". يفهم من المادة أنها قصدت الاستعانة بالشهود خلال جلسات الصلح.

كما تعرّض المشرع للشّهادة الشّفهية في المسطرة المدنيّة في الفصل 81 منه حيث جاء فيه: " يجب أن يؤدّي الشّاهد شهادته شفاهيا ولا يمكن له أن يستعين بمذكرات إلاّ بصفة استثنائية وبعد إذن المحكمة له بذلك". كما أورد الإثبات بشهادة الشهود في قانون الالتزامات والعقود من الفصل 443 إلى 448 منه.

يمكن القول، بالرغم من عدم تنصيص كلّ من المشرعين الجزائري والمغربي بمادة قانونية واضحة تدعو إلى الاستعانة بالشهود في إجراء الصلح بين الزوجين، إلاّ أنّه على المشرعين تدارك هذا الفراغ القانوني وذلك لأهمية هذا التدبير في إحداث الفارق الايجابي لحل النزاع بين الزوجين.

وقياسا على ذلك، يمكن للقاضي أن يستعين بشهادة الشهود لإجراء الصلح بين الزوجين كأن يحضر أحد الزوجين شاهدا من أفراد العائلة أدرى بالنزاع الذي دار بينهما فيحاول أن يعطي البيانات الصحيحة لأصل النزاع ليدرك القاضي حيثيات القضية.

2- الانتقال للمعاينة:

إنّ الانتقال للمعاينة يتم أساسا بواسطة المحكمة، فهي التي تقرّر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إجراء المعاينة الميدانية، وعند الحاجة يمكنها أن تطلب خبيرا حتى يحضر معها المعاينة.

ففي حالة المعاينة يقوم القاضي بتحرير محضر، يسجّل فيه كلّ أعمال المعاينة ويوقع عليه بمعية كاتب ضبط المحكمة، وتمكّن المعاينة القاضي من مشاهدة محلّ النزاع بنفسه ليتمكن من فهم

واقعي صحيح للقضية المعروضة عليه، وتحرير محضر أو تقديمه شفهيا أثناء الحكم، حيث أنّه في المعاينة يستطيع التعامل ميدانيا لبيان دليله[316].

وعليه، هذا ما يمكن أن نجده في دعوى الطّلاق حيث قد تكون من الأسباب المقنعة للقاضي في تحرير محضر عدم صلح بين الزوجين، وذلك بعد انتقال القاضي للمعاينة، مثلا: إذا كان السّكن الزّوجي غير ملائم أو أنّه آيل للسّقوط ممّا أدّى للزّوجة بطلب الطلاق وعدم رضاها بالصّلح، أو إسكان الزوجة مع أقارب الزوج. أو الانتقال لمعاينة سكن الزوجة و المحضون اذا كان صالح للسكن وذلك في حالة فشل الصلح بين الزوجين.

وتبعا لذلك، يقوم القاضي بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات أو إعادة تمثيل الوقائع التي يراها ضرورية مع الانتقال إلى عين المكان إذا اقتضى الأمر ذلك، ويحدّد القاضي خلال الجلسة مكان ويوم وساعة الانتقال ويدعو الخصوم إلى حضور العمليات طبقا لنص المادة (146 ق.إ.م.إ).

وبهذا الخصوص، نصّت المادّة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:" ... يمكن للقاضي أن يتخذ كل التّدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة ...".

و بالرجوع لقانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري لم ينصّ على تدبير الانتقال للمعاينة خلال إجراء الصّلح بين الزوجين ممّا يعرّضه للقصور التشريعي. لكن في حالة إصرار أحد الزوجين عل الطلاق ورفضهم للصّلح فهنا يمكن للقاضي التنقّل لمكان سكنهما لمعرفة أسباب النزاع والظروف الحقيقية التي أدّت إلى ذلك.

[316] حسين تونسي، المرجع السابق، ص.66-67.

أمّا المشرع المغربي لم ينصّ في مدوّنة الأسرة على الانتقال للمعاينة، كما أنّ نصّ المادّة 82 من مدونة الأسرة قد وسّع من سبل استعانة القاضي بالجهة الملائمة. و بالرجوع للمسطرة المدنية نجدها قد نصت على تدبير الانتقال للمعاينة تلقائيا أو بطلب من الخصوم إلى عين المكان من خلال(الفصل 67)[317]و ما يليها دون التطرق لإجراء الصّلح أو الإشارة إلى ذلك.

لكن من وجهة نظرنا أنّه قياسا على القواعد العامة ومراعاة لمصلحة الخصوم، يمكن أثناء إجراء الصلح أن يستعين القاضي بهذا التدبير لإزالة اللبس.

أخيرا، يستنتج أنّ التدابير المتخذة من قبل القاضي سواء الضرورية أو المؤقتة ضرورية لتسهيل عملية الصلح بين الزوجين، كما أنّها لا تشكل أيّ اشكال في عملية الصّلح لكن الإشكال الحقيقي الذي يطرح هو عندما تطرأ على الخصومة عوارض تحول دون امكانية اتمام الصلح بين الزوجين. وهو ما سنجيب عنه في الآتي.

الفرع الثاني

عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح

قد يترتّب على عقد جلسة الصلح عارض طارئ يحول دون عقد جلسة الصلح أو إتمامها، وهذه العوارض يمكن أن نجملها في وفاة أحد الزوجين (**أولا**)، أو في عدم حضور المدعي (**ثانيا**)، وفي التنازل عن الدعوى (**ثالثا**):

أولاً – وفاة أحد الزوجين:

قد يطرأ على أحد الزوجين عارض قهري يتمثل في الوفاة وذلك أثناء رفع دعوى الطلاق وإجراء جلسات الصلح ممّا يترتب عليه انقضاء الخصومة وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في قرار

[317] المسطرة المدنية المغربية، السابق ذكرها.

لها حيث جاء فيه:" تؤدي وفاة الزوج، بعد رفعه دعوى الطلاق إلى انقضاء الخصومة وليس انقطاع الخصومة. لا يحق لا للورثة وللقاضي تغيير موضوع دعوى الزوج من ايقاع الطلاق إلى تثبيته بأثر رجعي"[318].

ثانيا– عدم حضور أحد الطرفين:

اذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون عذر فإنّ ذلك يعتبر امتناعا متعمّدا ورفضا ضمنيّا لمحاولات الصّلح ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تحديد محاولات الصّلح وتعتبر هاته الأخيرة فاشلة وغير منتجة فيحرر محضرا بفشلها يشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها:" إنّ عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأنّ المادة 49 من قانون الأسرة تحدّد مهلة إجراء الصّلح بثلاثة أشهر"[319].

ونفس الرأي جاء في قرار آخر للمحكمة العليا:" لكن حيث أن الحكم المطعون فيه القاضي الأول لم يغفل محاولة إجراء الصلح بل استدعى المدعى عليه وحدد جلسة للقيام بالإجراء المذكور وأجلت القضية وحددت جلسة خاصة لإصلاح ذات البين غير أنّ المدعي تغيب عمدا عن جلسة الصلح، وبذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة إجراء الصلح وغياب المدعى عليه جلسة المصالحة مما يفيد عدم رغبته في الصلح..."[320].

أمّا القانون المغربي فقد نصّ في المادّة 81 من مدونة الأسرة بقولها:" تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الاصلاح :

---

[318] المحكمة العليا، غ.ش.أ.م، 2011/11/10، ملف رقم 2653324، م.م.ع، 2012، ع.02، ص.238-241.

[319] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1997/10/23، ملف رقم 174132، ن.ق، 1999، ع.55، ص.179 وما يليها.

[320] المحكمة العليا، غ.ش.أ، 1999/03/16، ملف رقم 217179، م.م.ع، 2001، ع.خ، ص.123.

– 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، بأنّها لم تحضر فسيتم البث في الملف.

– إذا تبين أنّ عنوان الزوجة مجهول، استعانت المحكمة بالنيابة العامة للوصول إلى الحقيقة، و وكذا إذا ثبت تحايل الزوج.

ما يتّضح لنا من خلال تحليل نص المادة أعلاه، أن المشرّع المغربي قد فصّل في حالات توصّل الزوجين بالاستدعاء، حيث إذا لم يحضر الزوج لجلسة الصلح يبث القاضي في دعوى الطلاق، وإذا لم تحضر الزوجة بالرّغم من توصّلها بالاستدعاء عن طريق النيابة العامة، يبثّ القاضي في موضوع الدعوى.

كما جاء القضاء المغربي بقرار تضمّن الآتي:" عدم حضور الطرفين لمحاولة الصلح يتعذر معه على المحكمة مواصلة البث في الملف"[321]. وبالتالي لا تنعقد جلسة الصلح بين الزوجين.

كما قد لا تنعقد جلسة الصلح في حالة التنازل عن الدعوى من قبل أح الزوجين وهو ما سنشير إليه في الآتي.

ثالثا– التنازل عن الدعوى:

بالرجوع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّ المادة 220 من نفس القانون تنص على أنّه:" تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى. أو بالتنازل عن الدعوى"، وجاء في نص المادة

[321] المحكمة الابتدائية بالناظور، قسم قضاء الأسرة، 2012/05/30، ملف رقم 1026-11/11، الاجتهاد القضائي، منشور على الموقع الالكتروني: https://cieersjo.com، 13/يوليو/2017.

221 من ق.إ.م.إ ما يلي:" وتنقضي الخصومة أصلا بسبب سقوطها أو التنازل عنها..."، كما أوضحت المادة 232 ق.إ.م.إ على أنّه:" يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعي عليه...".

ونفس الطرح، جاء به المشرع المغربي من خلال المسطرة المدنية التي نصت على التنازل من خلال نص المادة 119 وما يليها[322].

إذن، ومن خلال استقراء المواد القانونية أعلاه نجد أن التنازل عن الدعوى منصوص عليه في القواعد العامة في قانون الاجراءات المدنية الجزائري والمسطرة المدنية المغربية، ولا يوجد نص قانوني صريح يتكلم عن التنازل عن الدعوى قبل جلسة الصلح. ممّا استوجب الرجوع للقواعد العامة في القانون الجزائري والمغربي.

وعليه طبقا للقواعد العامة، يتضح أنّه يجوز تنازل الخصوم عن الدعوى وبالتالي تنتهي الخصومة بينهما لكن هذا التنازل من طرف واحد مرهون بقبول الطرف الثاني، وهذا ما نجده في إجراء الصّلح حيث يقتضي الصلح تنازل المدعي عن الدعوى، وقبول المدعى عليه الصلح.

في الأخير يمكن القول أنّ إجراءات محاولات الصلح بين الزوجين قبل فك الرابطة الزوجية تعدّ مرحلة جدُّ مهمّة وحساسة لإقناع الأطراف بالتراجع عن فكرة حلّ الرابطة الزوجية، وهاته الإجراءات يمكن أن تترتب عنها آثار إمّا إيجابية وذلك بإيقاع الصّلح بينهما، أو سلبية وهو فشل اجراء الصلح، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في المبحث الآتي.

[322] جاء في الفصل 119 من المسطرة المدنية المغربية:" يمكن التنازل بعقد مكتوب أو بتصريح يضمن بالمحضر ويشار فيه إلى أنّ الطرف تنازل عن الدعوى التي أقامها بصفة أصلية أو عارضة أو عن المطلب الذي رفعه إلى القاضي في موضوع الحق. لا يترتب عن التنازل تخلي الخصم عن موضوع الحق. يترتب عن التنازل عن الطلب محو الترافع أمام القضاء بالنسبة للطلبات المقدّمة إلى القاضي".

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على إعمال الصلح في دعاوى فكّ الرابطة الزوجية

يتولّى القاضي تحرير محضر الصّلح حيث يبيّن فيه مساعي ونتائج محاولات الصّلح، سواء كانت هذه النتائج سلبية أو إيجابية. فإن كانت إيجابية يذكر الأمور التي وقع التصالح بشأنها (**المطلب الأول**)، وإن كانت سلبية يذكر في المحضر أنّ محاولات الصلح قد فشلت ويشير إلى أسباب فشلها (**المطلب الثاني**)، وبعد تحرير المحضر من كاتب الضبط الذي يكون قد حضر محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين[323].

المطلب الأول

أثر نجاح محاولات الصّلح

يكون الأثر إيجابي في حالة نجاح محاولة الصّلح بسعي من القاضي والحكمين، حيث يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الصّلح الذي يكتسب صفة السّند التّنفيذي (**الفرع الأول**)، كما يترتّب عن نجاح محاولة الصّلح انقضاء دعوى الطلاق (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تحرير محضر الصّلح واكتساب المحضر صفة السند التنفيذي

يعدّ محضر الصلح بمثابة وثيقة إثبات للصلح القائم بين الزوجين وتبعا لذلك يكتسب صفة السند التنفيذي الذي لا يقبل الطعن، ويصبح ساري المفعول من يوم توقيعه من الزوجين والقاضي

[323] تنص المادة 2/49 ق.أ على أنّه:" يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

وكاتب الضبط. وللإحاطة بهذا الموضوع أكثر سنتطرق بشيء من التفصيل لتحرير محضر الصلح (**أولا**)، ثمّ اكتساب المحضر صفة السند التنفيذي (**ثانيا**).

أوّلا– تحرير محضر الصّلح:

يقوم القاضي الناظر في دعوى الطلاق عند نجاح محاولات الصّلح بالمصادقة على محضر الصلح[324] بالشّكل الذي يحدّده القانون، وذلك بعد تحريره من طرف الحكمان و يعتبر هذا المحضر غير قابل لأي طعن، وهذا ما تضمّنته نصّ المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" إذا تمّ الصّلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأيّ طعن"[325].

كما جاء في نصّ المادّة 443 من نفس القانون على أنّه:" يثبت الصّلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي و أمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط ...". كما جاء في نص المادة 82 من مدونة الأسرة ما يلي:"...إذا تمّ الإصلاح بين الزوجين حرر به محضر وتمّ الإشهاد به من طرف المحكمة ..."[326].

وعليه، فهذه النصوص القانونية جاءت واضحة ومتفقة بأنّه في حالة نجاح محاولة الصلح بين الزوجين يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يتناول النتائج المتوصّل إليها المترتبة عن عقد جلسة الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين.

---

[324] أنظر، الملحق، رقم. 05، ص.296.

[325] القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكره.

[326] أنظر، الملحق، رقم. 12، ص.305.

فلا يقف عند هذا الحدّ بل يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكّدا له علانية ما سبق، أن تصالحا عليه وليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو برفضها ولا بالتّنازل عنها أو بترك الخصومة، وإنّما ليصدر حكمه بموضوع دعوى الطلاق كأي موضوع دعوى أخرى غيرها[327].

و يرى الأستاذ حسن النيداني: « أنّه عند الصلح تصدر المحكمة حكما بانقضاء الخصومة للصلح »[328].

الواضح من الناحية العملية أن المحكمة عندما تتوصل إلى عقد الصلح بين الزوجين تصدر حكما في الدعوى تشهد فيه الزوجين بتصالحهما، وتقدم تقريرا بحكمها تبرز فيه مساعي الصلح ونتائجه الإيجابية فتأسس حكمها على ذلك.

ثانيا– اكتساب المحضر صفة السند التنفيذي:

جاء في نصّ المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على أنّه:" يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرّر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعدّ محضر الصلح سندا تنفيذيا، في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

وفي إطار الحديث على هذه المادة، الأمر الذي استوقفنا هو أنّه في حالة نجاح محاولة الصّلح بين الزوجين يلزم القاضي بتحرير محضر صلح بينهما عن طريق أمانة الضبط، ويوقع كل من

[327] أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة نشرة القضاة، وزارة العدل، جانفي 1986، ع.01، ص.27.

[328] أنظر، الأنصاري النيداني، الصّلح القضائي، دار الجامعة الجديدة، 2001، ص.213.

القاضي والزوجين وأمين الضبط على محضر الصلح، ويعتبر هذا محضر الصلح سندا تنفيذيا للزوجين واجب التنفيذ دون حاجة لصدور حكم في ذلك.

وبالرجوع للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّه نصّ في المادة 992 منه على ما يلي :" يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية"، كما تنص المادة 993 من نفس القانون على ما يلي:" يعدّ محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط".

فالمشرع أعطى لمحاضر الصلح صفة السندات التنفيذية ولكن بشرط أن يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط المحكمة، ولا يكون هذا المحضر قابلا لأي وجه من أوجه الطعن، ويكون محضر الصلح على هذا الأساس محلا للتنفيذ الجبري حيث جاء في المادة 600 ق.إ.م.إ: " لا يجوز التنفيذ الجبري إلاّ بسند تنفيذي".

و من خلال استقراء نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية نجدها نصت في فقرتها الثالثة على أنّه"...إذا تمّ الاصلاح بين الزوجين حرّر به محضر وتمّ الإشهاد به من طرف المحكمة". حيث يلاحظ أنّ المشرع المغربي لم يعتبر محضر الصلح بين الزوجين سندا تنفيذيا كما فعل نظيره المشرع الجزائري بل اكتفى بالقول على إشهاد المحكمة عليه فقط.

كما جاء في الفصل 327/69 من قانون 08.05 : "يكتسي الصلح بين الأطراف قوة الشيء المقضي به"[329].

وقضى المجلس الأعلى المغربي بقرار _ تطليق للشقاق _ الطعن في مسطرة الصلح _ بقوله:" بما أنّ الحكم بالتطليق للشّقاق لا يقبل الطعن بصريح المادة 128 من مدونة الأسرة، وإن مسطرة الصلح السابقة لصدوره تندرج ضمنه، فإنّها بالتبعية لا تقبل أي طعن

[329] القانون رقم 05-08، السابق ذكره.

يكون النعي على القرار المطعون فيه من طرف الزوجة الطاعنة غير مؤسس لأنّه ينصرف إلى تقدير التعويض المحكوم به عليها لفائدة الزوج بسبب ثبوت مسؤوليتها عن الفراق، وهو ما لم يسبق لها أن أثارته في مقالها الاستئنافي، الذي اقتصر فقط على المطالبة برفع مستحقاتها عن الطلاق، ممّا تكون معه الوسيلة غير جديرة بالاعتبار"[330]. فواضح من القرار أنّ إجراء الصلح لا يقبل الطعن بالتبعية للحكم القاضي بالطلاق.

الفرع الثاني

الحكم بانقضاء الدعوى

في العادة يحكم القاضي بانقضاء دعوى الطّلاق في حالة الوصول إلى الصّلح والوفاق بين الزّوجين، حيث لا يكون لدعوى الطّلاق أثر في هذه الحالة. وما يدل على ذلك نصّ المادّة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي:" ...تنقضي الخصومة تبعًا لانقضاء الدّعوى بالصّلح...".

وعليه، فالقاضي لا يمكن له الاستمرار في نظر دعوى الطلاق إذا تمّ الصلح بين الزوجين، حيث يحرر محضر صلح بينهما، وتبعا لذلك يتمّ استدعاء الزوجين المتصالحين لجلسة رسمية ليعلن القاضي أنّ الصلح قد تمّ بينهما، ويصدر القاضي حكمه بعد ذلك بانقضاء دعوى الطلاق نظرا للصلح القائم هذا في حالة الصلح. لكن الاشكال يثور حول الإجراء المتخذ من قبل القاضي في حالة فشل محاولات الصلح؟. وهذا ما سنجيب عليه في المطلب التالي.

[330] المجلس الأعلى المغربي، غ.أ.ش، عدد.136، 2011/03/29، ملف شرعي عدد 2009/1/2/523، قضاء المجلس الأعلى، ع.73، ص.116 - 118.

المطلب الثاني

أثر فشل مسعى الصلح

الصلح وسيلة ناجحة لإنهاء النزاع بشكل ودي، على أنّ نجاحه يرتبط من جهة بالأطراف المعنية به، وبالقضاء في الحالات التي يلزمه المشرع بإجراء محاولة الصلح بين المتنازعين، ودور المؤسسات المساعدة في إجراءه من جهة أخرى، كما لا يخفى الدور الكبير للقانون في تفعيله. إلاّ أنّ هذا الصلح تعترض نجاحه في الواقع عدّة صعوبات يتعين تجاوزها وذلك بإعادة النظر في مقتضياته وسن الإجراءات الكفيلة لإعطاء مؤسسة الصلح المكانة اللائقة بها في سبيل إنهاء المنازعات عن طريقها أو التقليل منها، وبالتالي سنعالج في هذا المطلب الإجراءات المترتبة عن فشل عقد الصلح بين الزوجين حيث يترتّب عنه تحرير محضر عدم صلح[331] ومناقشة موضوع الدعوى من قبل القاضي (**الفرع الأول**)، كما سنبين أسباب فشل مسعى الصلح (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

تحرير محضر عدم صلح ومناقشة موضوع الدعوى من قبل القاضي

يقوم قاضي شؤون الأسرة بتحرير محضر عدم الصّلح وذلك قبل مناقشة موضوع الدّعوى القاضية بفكّ العلاقة الزوجيّة بصفة مطلقة، وهو ما نصت عليه المادة 443/فـ03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :"...في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

وحيث أنّ عدم الإشارة إلى تحرير محضر عدم الصلح يعرضه للنقض وهذا ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا :" أن دعوى الطاعن ترمي إلى التطليق عن طريق الخلع و كان يتعين

[331] أنظر، الملحق، رقم. 06، ص.296.

على المحكمة إجراء محاولة الصلح، وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه لا يوجد أثر لهذا الإجراء و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، حيث أنه يتبين فعلا بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن قاضي المحكمة لم يشر إلى تحرير محضر عدم الصلح وحتى و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، وعليه هذا الفرع مؤسس ويترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه..."[332].

و عليه، عندما لا يشير القاضي إلى أنه تم عقد جلسات محاولة الصلح بين الزوجين، يعرض حكمه للنقض من طرف المحكمة العليا و يظهر ذلك جليا من خلال قرار صادر عنها بتاريخ 09 /2010/12 التي جاءت حيثياته كما يلي:" حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تشر أبدا إلى عقد جلسة الصلح و حضور المطعون ضدها، طالبة التطليق لتلك الجلسة حتى وإن كان الطاعن لم يحضر ولم يجب، لأن عقد جلسة الصلح وجوبي...

وحيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب عقد جلسة الصلح و حضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع لتلك الجلسة، ومادام لم تشر إلى عقد تلك الجلسة و حضور المطعون ضدها– طالبة التطليق- لجلسة الصلح فإنها تكون قد خالفت نص المادة 49 من قانون الأسرة. وعليه فإنّ هذا الفرع من الوجه مؤسّس وينجرّ عنه النقض و إبطال الحكم المطعون فيه"[333].

في حالة ما تبين للقاضي طيلة مدة الصلح القانونية أنه يتعذر عليه التوفيق بين إرادة كلا الزوجين، فإنه يلتزم بتحرير محضر عدم الصلح الذي يوضح كل المساعي التي لجأ لها أثناء محاولة الصلح ليباشر بعدها مناقشة دعوى فكّ الرابطة الزوجية المطروحة أمامه[334]، طبقا للمادة 443 ق.إ.م.إ، السابق ذكرها.

[332] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2007/09/12، ملف رقم 401330، غير منشور.
[333] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2010/12/09، ملف رقم 0589792، غير منشور.
[334] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.357.

وبمجرد مناقشة القاضي للدعوى بالحكم بالطلاق لا يقبل الحكم الطعن بالاستئناف حيث يكون الطلاق بائن ونهائي حسب ما هو منصوص عليه في نص المادة 57 من قانون الأسرة، ولقد جاء في قرار للمحكمة العليا:" ومتى تبين في قضية الحال. أنّ قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطئوا في تطبيق القانون. لأنّ الاستئناف لا يرفع إلاّ ضدّ الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع. وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح. لأن الصلح عقد ينهي به نزاعا قائما، طبقا لأحكام المادتين 459 و 462 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[335].

في المقابل نجد أنّ المشرع المغربي، قد أولى أهمية لآثار الصلح بما فيها في حالة فشل الصلح بين الزوجين، فنص في المادة 83 من مدونة الأسرة:" إذا تعذّر الاصلاح بين الزوجين، حدّدت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط، بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والأطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين المواليتين"، كما نصت على أنّه :" إذا تعذّر الاصلاح ، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه"، وجاء في نص المادة 120 من مدونة الأسرة ما يلي:" في حالة فشل الصلح في الطلاق بالخلع، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله".

من خلال استقراء نص المواد أعلاه من مدونة الأسرة المغربية، يتضح أنّ المشرع المغربي قد فصّل في الإجراء الواجب اتباعه في كل صورة من صور الطلاق، وذلك في حالة فشل محاولة الصلح سواء الطلاق بالتراضي أو الخلع، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إلى هذا النوع من التفصيل، حيث نص على آثار الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصفة عامّة دون تفصيل ممّا يعرضه للقصور.

[335] المحكمة العليا، 1994/04/19، ملف رقم 103637، م.ق، 2001، ص.94.

أمّا على مستوى القضاء المغربي فقد جاء في حكم ابتدائي بالمغرب:" وحيث إنّ عدم حضور المدعية لجلسة الصلح ليس شرطا لإجراء الصلح، وإنّما دليلا على فشل الصلح"[336]، حيث يفهم من الحكم القضائي أنّه بمجرّد عدم حضور المدعية لجلسة الصلح يعتبر بمثابة فشل لعقد جلسة الصلح.

وجاء في الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة المغربية ما يلي:"وحيث حاولت المحكمة اصلاح ذات البين بين الزوجين طبقا للمادتين 94 و 95 من مدونة الأسرة إلاّ أنّ الأمر تعذر بسبب عدم حضور الزوج المدعى عليه شخصيا لجلسة الصلح وإصرار الزوجة المدعية على الرغبة في الفراق"[337]. وجاء في قرار آخر للمحكمة الابتدائية بمراكش أنّه :" ...وحيث أجرت المحكمة محاولة الصلح بين الزوجين لكنها باءت بالفشل لتمسك الزوجة بطلب التطليق..."[338].

فمن خلال استقراء مضمون النص القانوني يتبين أن المشرع قد ألزم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح[339]، إذا فشل في توحيد وجهات نظر المتخاصمين والوصول إلى التصالح بين الزوجين.

---

[336] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور، 2007/02/05، الملف عدد 2005/292. أنظر، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج.01، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، فبراير2009، ع.10، ص.145.

[337] المحكمة الابتدائية، قسم قضاء الأسرة، 2012/03/08، ملف عدد 5/11/417 م، عدد 578، مكناس، غير منشور. وأنظر، الملحق رقم 12، ص.310-311.

[338] المحكمة الابتدائية، قسم قضاء الأسرة، 2018/06/05 ، ملف عدد 18/952، مراكش، حكم غير منشور. أنظر، الملحق رقم 12، ص.301، السابق ذكره.

[339] يتضمن محضر عدم الصلح: هوية الزوجين الكاملة. مساعي الصلح. تواريخ جلسات الصلح. توقيع المتقاضيين (الزوجين) توقيع أمين الضبط و القاضي. يلحق القاضي ملف الدعوى بمحضر عدم الصلح و يحيل الطرفين لحضور جلسة علنية يناقش خلالها موضوع النزاع. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.91.

و غالبا ما يحرّر مضمون محضر عدم الصلح إمّا لتمسّك أحد الطرفين بفكرة فك الرابطة الزوجية سواء ارتكز ذلك على الإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة (التطليق أو الخلع)، ففي كل من هذه الحالات لن يتضمّن المحضر التزامات وعليه لا يكون سند تنفيذي.

و إمّا عدم الصلح لتمسك كلا الطرفين بقرار فك الرابطة الزوجية أي" الطلاق بالتراضي"، هنا يتضمن هذا المحضر كل التفاصيل المتفق عليها من قبل المتقاضيين. مثلا أن يصرح كل من الزوج على أنه يتمسك بالطلاق بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية، وأنه موافق على دفع مبلغ مالي متفق عليه كتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة بعد صدور الحكم، وتصرح في نفس المحضر الزوجة أنها موافقة على طلب الطلاق بالتراضي على أن يدفع لها مبلغ مالي متفق عليه كتعويض لها وأنها قد أخذت كل متاعها و يذكر جميع الأمور المتفق عليها من حضانة ونفقة... الخ[340].

والمعمول به عادة أنّه يقوم أمين الضبط بتحرير محضر عدم الصلح تحت إشراف القاضي، يتطرق فيه هذا الأخير إلى مناقشة موضوع الدعوى ليصدر في الأخير حكمه وفقا للإجراءات المحددة قانونا.

وجدير بالذكر، أنّ الأسباب المؤدية إلى فشل محاولات الصلح كثيرة فلولاها لما كان هناك طلاق وفشل إجراء الصلح بين الزوجين، ويمكن أن نبين هاته الأسباب في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

أسباب فشل مسعى الصلح

إنّ أهمية الصلح المذكور كآلية جوهرية لحل الخلاف الأسري لم تنعكس على الصعيد القانوني والقضائي، حيث تظافرت عوامل عدّة اجتماعية واقتصادية وقانونية وقضائية لتسهم في

[340] بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.275-276.

تصعيب إنجاح مسعى الصلح وفي التقليل من حالاته رغم كونه الضمانة الحقيقية لبقاء صرح الأسرة وتخفيف الأعباء على القضاء، كونه محكما في مطلق العلاقات التعاقدية، فغدا مطلبا عصيا لا ينال إلاّ بجهد يتولاه أربابه تحقيقا لغاية استقرار واستمرار الأسرة [341]، وهكذا تناقصت فرص إيقاع الصلح بين الخصوم للعوامل التالية:

أولا– الأسباب القانونية و القضائية:

تنحصر أسباب فشل إجراء الصلح بين الزوجين في الجانب القضائي (أ)، والجانب القانوني(**ب**) والتي سنشير إليها في الآتي:

أ– على مستوى القضاء:

أمام اكتظاظ وضغط القضايا والتراكم الذي تعاني منه المؤسسات القضائية نظرا للإقبال المتزايد على التقاضي، وأمام عدم التناسب الكبير بين عدد القضايا الرائجة أمام المحاكم وبين عدد القضاة، فإنّ العوامل أثرت سلبا على الوقت المخصص لعملية الصلح، وساهمت في فشله إذ أنّه كلما ازداد عدد هذه القضايا تقلص الوقت المخصص لكل ملف. وصلت مدته في بعض الأحيان إلى عشر دقائق وبالتالي تصبح عملية الصلح مجرد إجراء شكلي ألزمه المشرع تحت الرقابة القضائية للمحكمة الأعلى درجة، كما أنّه هاجس كثرة الملفات جعل القضاة المكلفون بالصلح يواجهون إكراهات الوقت. و بالتالي يقومون بالاقتصار في جلسات الصلح إلى سؤال أطراف النزاع فيما إذا كان يرغبان في الصلح أم لا، وتضمين نتيجة ذلك بالملف[342]. الأمر الذي يجعل القاضي يكتفي

[341] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص.360.

[342] أنظر، كمال العابد، تقنيات الصلح الأسري على ضوء العمل القضائي، رسالة نهاية التدريب الملحقين القضائيين، وزارة العدل، الرباط، 2011-2013، ص.76.

بالإشارة العابرة إلى مقتضيات النص بالصلح كإجراء روتيني و كشكلية يقتضيها النص القانوني أو الرقابة القضائية للمحكمة العليا[343].

ولعلّ ما يوضح ذلك أنّ أغلب القضايا التي وقع فيها الصلح كانت بمبادرة من الزوجين أنفسهم وليست المحكمة التي قامت بالإصلاح والتوفيق، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بآسفي بالمغرب – قسم قضاء الأسرة – بتاريخ 2009/11/4:" ... بناء على تراجع الزوجين عن طلب الطلاق بسبب تنازلهما عن الدعوى نتيجة الصلح الواقع بينهما، تصرح المحكمة بالإشهاد على تراجع الزوج عن طلب الطلاق...".[344].

و من الأمور التي تحول دون نجاح محاولة الإصلاح بين الزوجين، عدم اقتناع القاضي مسبقا بجدوى هذا الإجراء و اقتناعه بفشلها المسبق قبل الإقدام عليها، وهذا راجع إلى غياب ثقافة الحلول البديلة لحل النزاعات الأسرية سواء لدى بعض القضاة أو عند المتقاضين أنفسهم[345]. كما أن الكم الهائل للقضايا يجعل القاضي يفشل في الاصلاح بين الزوجين، حيث أنّه يقوم بإجراء الصلح بمجرد أنّه ملزم له قانونا، وإلا عرض قراره للطعن طبقا للمادة 439 ق.إ.م.إ التي اعتبرته اجباري ملزم للقاضي[346]. وبهذا الخصوص فقد انتقدت الأستاذة المحامية بن براهم عمل بعض القضاة في مسألة الطلاق بقولها:" قاضي الطلاق يريد عدالة الكم لا عدالة الكيف، فهو يستعجل القضية ويصدر حكمه سريعا جدا من أجل أن يسجل رقما قياسيا في عدد القضايا التي عالجها في نهاية السنة القضائية". وأفادت أنّها شخصيا لم تر قاضيا يفرض الصلح على الزوجين بل وجدت قضاة يمضون مبشرة في إجراءات الطلاق بسهولة تامة.

---

[343] أنظر، محمد سلام، الطرق البديلة لحل النزاعات، التجربة الأمريكية كنموذج، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات، 2004، ع.02، ص.66.

[344] المحكمة الابتدائية بآسفي، قسم قضاء الأسرة، 2009/11/04، ملف عدد 227/8/24، ع.283، غير منشور.

[345] عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص.53.

[346] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكره.

ومن الأسباب أيضا هو عدم وجود مؤسسات خاصة بالصلح، وقد اقترحت المحامية زهرة بن براهم بالجزائر العاصمة خلال ندوة تلاها نقاش نظمت بمنتدى يومية دي كا نيوز إنشاء غرفة قانونية خاصة بالصلح بين الزوجين إيجاد حلول للخلافات الزوجية و هذا سيساهم في تقليص نسبة الطلاق في الجزائر، واعتبرت أنّ حكم الطلاق يصدر في غالب الأحيان بسرعة دون أن يأخذ الطرفان الوقت الكافي للتفكير و من ثمة تتجلى ضرورة إنشاء غرفة قانونية متخصصة في الصلح بين الزوجين. و أكّدت المحامية بن براهم أن العديد من الخلافات الزوجية كان من الممكن تسويتها دون اللجوء إلى الانفصال القانوني بمجرد صلح بسيطة. و اقترحت في هذا الصدد إنشاء غرفة الصلح التي ستأخذ الوقت الكافي لدراسة كافة جوانب الخلاف واقتراح بدائل عن الطلاق. كما اقترحت تفريق جلسة الطلاق على قاضيين اثنين قاضي صلح و قاضي الطلاق"[347].

ب- على المستوى القانوني:

من العوامل القانونية التي تحول دون تفعيل آلية الصلح بين الزوجين هو عدم تنظيم كل من المشرعين الجزائري والمغربي الصلح بمقتضى نصوص قانونية خاصة واضحة، تعكس أهميته كآلية كبرى للاستقرار الأسري، بل ورد عرضا واستطرادا وبصفة مرسلة في ثنايا النصوص القانونية وفي مواضع متفرقة بمقتضى المواد 49-50 من قانون الأسرة الجزائري و 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمواد 82-94-95-96-113-114 من مدونة الأسرة المغربية، وحتى اعتبار الصّلح إجراء جوهريّا يترتب على تركه بطلان الحكم إذا كان أمرا شكليّا، طالما أنّه لا

[347] أنظر، موقع العرب، غرفة صلح بالمحاكم الجزائرية للحد من تفشي من ظاهرة الطلاق، اطلع عليه بتاريخ 2020/02/14، الساعة 22:07، على الموقع الالكتروني: https://alarab.co.uk ، منشور بتاريخ الخميس 22 مايو 2014،.

يمكن ترتيب الجزاء المذكور باعتبار أنّ الحكم الباتّ في الطلاق والتطليق يعدّ إنتهائيا في الشقّ المنهي للعلاقة الزوجية عملا بمقتضيات المادة 128 من المدونة[348].

كما لم يعدّد المشرع سبله ولم ينوع آلياته، وانّما اقتصر على الحكمين والمجلس العائلي ولم ينص على اجراء الصلح بواسطة القاضي المقرر وإنّما وقع تدارك ذلك في الدليل العملي لمدونة الأسرة الصادر عن وزارة العدل[349].

يستنتج أنّ الأسباب القانونية والقضائية ساهمت بشكل كبير من الحدّ من تفعيل محاولات الصلح، فلو كانت هناك عناية خاصة لهذا الإجراء من قبل القضاة وكذا المشرع لما كثرت قضايا عدم الصلح بين الزوجين، وارتفاع معدلات الطلاق و كذا التفكك الأسري وانحراف الأطفال وكثرة الآفات الاجتماعية، فالأسرة هي ركيزة المجتمع إذا فسدت فسد كل المجتمع.

وتجدر الإشارة، أنّه مع ذلك لا يجب أن نلقي اللوم فقط على العوامل القضائية والقانونية، بل قد تكون من بين العوامل والأسباب الاخرى أسباب متعلقة بالدفاع وأخرى بالمتخاصمين، وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الآتي.

ثانيا– الأسباب المتعلقة بالدفاع و المتخاصمين:

لما كان المحامي هو الجهة الأولى التي يتصل بها المتقاضي قبل عرض نزاعه على القضاء، فإنّ الدفاع يستطيع أن يلعب دورا مهمّا أساسيّا في توجيه موكله إلى سلوك طريق الصّلح، لكن كثيرا ما

[348] جاء في نص المادة 128 من مدونة الأسرة:" المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا لأحكام هذا الكتاب، تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية. الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة، لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية".

[349] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص. 365.

تحول هذه النظرة الضيقة إلى المحاماة باعتبارها مورد عيش ومصدر غنى وكسب المال والشهرة دون توجيه المتقاضي إلى الصّلح بل يتم العمل على معارضة كل محاولة للتصالح والتوفيق من أي جهة كانت أملا في تطويل النزاع ومراحله، ليتأتى للدفاع سلوك عدّة مساطر استعجالية وأخرى موضوعية ليكثر المقابل المادي الذي يكسبه من المتقاضي[350].

في ختام هذا الباب، يستنتج أنّ الصلح ليس له جدوى فلو كان هناك صلح بكل معاييره القانونية وتطبيقاته العملية لما كانت هناك نسبة عالية من الطلاق ونجد هدا الأمر متفشي في التشريعين الجزائري والمغربي، فبالرغم من وجوبية هذا الإجراء إلاّ أنّ الأخذ به على مستوى القضاء أصبح شكليا فقط بسبب كثرة القضايا وأسباب أخرى، مع الإشارة إلى عدم احترام تكرار جلسات الصلح وهو ما سيؤدي مستقبلا إلى انعدام هذا الإجراء على مستوى القضاء.

فهل هذا يعني أن المشرعين الجزائري والمغربي قد راهنا على الأخذ بطرق أخرى كالتحكيم والوساطة في المستقبل و التخلي عن بديل الصلح؟ أم أنّ هذا التخلي سيكون كلّي وسيشمل باقي الطرق البديلة؟. وهذا ما سنجيب عنه في الباب الموالي.

[350] أنظر، الحسن بويقين، أسباب عدم نجاح مسطرة الصلح في النظام القضائي المغربي والوسائل الكفيلة بتفعيل هذه المسطرة، ندوة الطرق البديلة لتسوية المنازعات، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 02، 2004، ص.32.

الباب الثاني

التّحكيم للشّقاق بين الزّوجين ورهانات استحداث الوساطة كطريق بديل لحلّ النّزاعات بين الزّوجين

المتعارف عليه، أنّ بيت الزوجية قلّما يسْلم من الخلافات التي تحدث بين الزوجين فقد يتسرّب إلى هذا البيت سحائب قاتمة من الشقاق والبغضاء بينهما والواجب على كل من الزوجين أن يحسن معاشرة صاحبه بأن يصلح كل واحد من حال نفسه، ولكن أحيانا قد يحدث بين الزوجين شقاق حاد وخلاف كبير يتهيأ فيه كل من الطرفين لمهاجمة الطرف الآخر والنيل منه وإظهار عيوبه، لأن الخلاف بينهما بلغ مداه لدرجة أن كلا الزوجين يغتنم فرصة الإيقاع بالآخر.

والشريعة الإسلامية لم تقف مكتوفة الأيدي إزاء نشوب خلاف أو شقاق بين الزوجين إذ أنّ الإسلام حريص كل الحرص على المحافظة على بيت الزوجية وعدم تفكك الأسرة لأنّ الأسرة هي اللبنة الأولى في بناء المجتمع فإذا انهارت الأسر انهار المجتمع ككلّ، والإسلام يأمر بحسن المعاشرة وسلوك منهج اللين من أجل ذلك وضع الإسلام مراحل معينة للإصلاح بين الزوجين أولها الوعظ والتذكير[351]. عملا بقوله تعالى:﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[352].

وكان التحكيم بين الزوجين ومازال يعتبر من بين الطرق التي تسهل عملية التوفيق بين الزوجين فهي وسيلة فعالة للإصلاح بينهما في العصور الماضية وحاليا وذلك في حالة الشقاق وهذا ما سأتناوله في الفصل الأول (**التحكيم للشقاق بين الزوجين وإجراءات تطبيقه**)، ثم جاءت بعد ذلك نظام الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات الزوجية وكان أول ظهور لها في الدّول الأنجلو سكسونية ونظرا لدورها الإيجابي عملت عدّة دول على تبنيها من خلال الاعتماد على عدّة رهانات وآليات لاستحداثها في قانونها وهذا ما سأتطرق إليه في الفصل الثاني (**رهانات استحداث الوساطة كطريق بديل لحل النّزاعات بين الزوجين**).

[351] أنظر، سميرة سيد سليمان بيومي، التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1989، ص.84.

[352] سورة النساء، الآية رقم.34.

الفصل الأول

التحكيم للشقاق بين الزوجين وإجراءات تطبيقه

لقد سعت الشريعة الإسلامية إلى حسم مادّة النزاع والخلاف بين الناس بوسائل رضائية قبل اللجوء إلى قوة السلطان، ومن هذه الوسائل التّحكيم الإسلامي الحرّ وذلك بتراضي الأطراف المتنازعة على اختيار محكم والالتزام بحكمه في القضايا المسموح شرعا بفضّها عن طريق التحكيم.

ولما كانت الأسرة هي النواة المؤسسة للمجتمع الإسلامي، وتماسكها والمحافظة على كيانها من أعظم السبل إلى المحافظة على الأمّة، فقد جعل الله تعالى موضوعاتها مجالا للتحكيم وذلك لأجل تحقيق مقصد الصلح بين الزوجين حالة الشقاق قبل اللجوء إلى القضاء للفصل بينهما[353].

وهذا ما عمل به المشرّع حيث جعل طريق التحكيم كآلية لفض النزاع بين الزوجين هي السبيل في حالة الشقاق هذا من ناحية، لكن من ناحية أخرى لم يحدّد ماهية التّحكيم وإجراءات تطبيقه ولا شروط تعيين الحكمين ممّا استدعى الرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي وكذا رأي القانون الوضعي. فانطلاقا ممّا سبق سأتناول ماهية التحكيم للشقاق بين الزوجين وشروط تعيين الحكمين (**المبحث الأول**)، ثم سأتطرق فيه إلى إجراءات بعث الحكمين والآثار المترتبة على إعمال التحكيم للشقاق بين الزوجين (**المبحث الثاني**).

[353] أنظر، عبد القادر أحنوت، مبدأ التحكيم الإسلامي بين الزوجين، مجلة التذكرة، صادرة عن المجلس العلمي للدار البيضاء، المغرب، 2009، ع.13، ص.37.

المبحث الأول

ماهية التحكيم للشقاق بين الزوجين و شروط تعيين الحكمين

يعتبر التحكيم قضاء، ولكنه قضاء خاص لنوع من المنازعات، فهو قضاء كوّنته الإرادة المشتركة لأطراف الخلاف، كما أنّه يبحث عن حلّ يراعي فيه كثير من حسن النية في الخلاف الذي ينظر فيه، و الوصول إلى وضع مقبول لكلّ من الطرفين، فضغط الخصومة في النزاع يكون أقل حدّة في عملية التحكيم[354]. وعند البحث عن أصل نشأة التحكيم نجد أنه يضرب بجدوره في العصور الماضية، ولفهم معنى التحكيم سأتطرق في هذا المبحث إلى ماهية التحكيم للشقاق بين الزوجين (**المطلب الأول**)، ثمّ أبين شروط تعيين الحكمين والمسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

ماهية التحكيم للشقاق بين الزوجين

يعدّ التحكيم بين الزوجين من الطرق الشرعية لحلّ الخلافات الزوجية ومعالجة المشكلات الأسرية، ورفع الضّرر ودفع أسباب النفور نتيجة لما قد يحصل بين الزوجين من النشوز أو الشقاق، فعند وصول النزاع بينهما إلى مرحلة متقدمة يحتاج معها الزوجان إلى دخول طرف ثالث، وهو حث عليه الله عز وجل: في قوله: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً﴾.

[354] أنظر، محمود عبد الرحيم الديب، الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2003، ع.21، ص.247.

ومن ثمّ، فالتحكيم من الإجراءات التي قد يسلكها القضاة عند الخلاف بين الزوجين وليس كلّ خلاف ينشأ بين الزوجين يتطلب بعث الحكمين إليهما و إنّما الشّقاق الذي يتطلب ذلك هو الخلاف الحادّ الذي بلغ ذروته واستفحل شره وتفاقم أمره وتهيّأ فيه كلّ من الزوجين للخروج على الحدود. وللإحاطة بمعنى التحكيم سأبيّن التطور التاريخي للتحكيم و مفهومه (**الفرع الأول**)، ثم سأتناول صفة الحكمين (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

التطوّر التاريخي للتّحكيم و مفهومه

كان التّحكيم هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لحلّ الخلافات بالطرق السلمية، وذلك لعدم وجود سلطة عامّة تقوم بالفصل في المنازعات التّي تنشأ بين أفراد المجتمع، وتقيم العدل عن طريق ما تصدره من أحكام، وقد أدّى النّمو الحضاري للمجتمعات البشرية إلى ظهور السّلطات العامّة في المجتمعات المختلفة، التي أخذت على عاتقها مهمة أرساء العدالة وحفظ النظام، وقد بقي التحكيم قائما في ظل هذه السلطات كوسيلة ثانوية لإرساء العدالة يلجأ إليها تحت اشراف ورقابة السلطة العامة في المجتمع[355]. ولفهم المعنى التاريخي للتحكيم سأتناول في الآتي التطور التاريخي للتحكيم (**أوّلا**)، ثم حقيقة التحكيم و طبيعته (**ثانيا**).

أوّلا– التطور التاريخي للتحكيم:

لا يعدّ التحكيم ظاهرة مستحدثة في العصر الحديث، وإنّما هو وسيلة لحل نزاعات ضاربة بجذورها في الماضي البعيد، فقد كان التحكيم هو أحد الوسائل المهمّة في تسوية النزاعات بين

[355] أنظر، زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، مذكرة شهادة الماجيستير، تخصّص التشريع الجنائي الاسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008، ص.47.

الدول والأفراد والمتتبع لجذور التحكيم يجد أنّ التحكيم كان موجود منذ القدم في مختلف العصور والعهود القديمة في عهود الفراعنة والرومان واليونان وحتى في العصر الجاهلي[356]. وهذا ما يستشفّ في الآتي:

أ- التحكيم عند غير العرب:

تبنّت الدّول الأوروبية قديما في اليونان وروما والدول الشرقية في بابل و آشور نظام التّحكيم سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي، على النحو الآتي:

1- التحكيم عند السومريين:

عرف السّومريون في جنوب العراق التحكيم، حيث عثر خلال العقد الأول من القرن الحالي على لوح حجري كتبت عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة الصلح أبرمت في القرن الحادي والثلاثين قبل الميلاد، نزاع بين دولتين المسماة مدينة (لجش) ومدينة (أوما)، والتي نشأ بينهما نزاع حول تحديد الحدود ومياه الإرواء، فالتجآ إلى التحكيم وكان الحكم ملكا محايدا من ملوك مدينة كيش، واسمه (مسيلم) الذي قام بالوساطة في تحديد الحدود وتعليمها بنصب أقامه بين الدولتين، فنصت المعاهدة على وجوب احترام خندق الحدود بين المدينتين، وعلى شرط التحكيم لفض أيّ نزاع قد ينشأ بينهما بشأن الحدود[357].

وكان التحكيم الوسيلة التي تفضّ بموجبها المنازعات في المراحل الأولى من الحضارة في العراق القديم، فكان أكبر الأعضاء سنّا في كلّ مشترك يقوم بالتحكيم، ولم تكن عملية التحكيم قد شكلت عملا مستقلا عن المجتمع، وإنّما كانت تتمّ في سياق الوظيفة العامة للمجتمع، والعقوبة

[356] أنظر، سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط.01، دائرة القضاة، أبوظبي، 2014، ص.16.

[357] أنظر، قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب العلمية، بغداد، 1985، ص.38.

التي تترتّب عليها تتم باسم المجتمع أيضا، وأصبح تحكيم المحكمين الذين يلجأ إليهم المتخاصمون لفض النزاع بينهم، من السوابق القضائية التي صارت مصدرا مهما للقانون المدوّن فيما بعد[358].

2- التحكيم عند البابليين و الآشوريين:

ولقد تعاقبت نشأة الدول بشكل متسلسل، فكان ظهور الدولة البابلية بعد دولة السومريين، وعلى أنقاض الدولة البابلية ظهرت الدولة الآشورية، وفي هاتين الدولتين كان نظام التحكيم معروفا، فكان فصل المنازعات في آشور يعتمد على الكهنة وتحكيم الآلهة[359].

3- التحكيم عند الإغريق:

اعتمد قدماء الإغريق التحكيم، فكان يفصل في المنازعات بين دويلات المدن اليونانية مجلس دائم للتحكيم، وكان التحكيم الوسيلة التي تفض بموجبها المنازعات في المراحل الأولى في الحضارة من العراق القديم، فكان أكبر الأعضاء سنّا من المشتركين يقوم بالتحكيم.

ولم تكن عملية التحكيم قد شكّلت عملا مستقلاّ عن المجتمع، وإنّما كانت تتمّ في سياق الوظيفة العامة للمجتمع، والعقوبة التي تترتب عليها تتمّ باسم المجتمع أيضا، وأصبح تحكيم المحكمين الذين يلجأ إليه المتخاصمون لفض النزاع بينهم، من السوابق القضائية التي صارت مصدرا مهما للقانون المدون فيما بعد.

كما عرف اليونان التحكيم على نطاق واسع في العلاقات الداخلية والخارجية على السواء، ففي مجال العلاقات الداخلية المدنية منها والتجارية، كان يلزم كل مواطن من مواطني أثينا تسجيل اسمه في قوائم المحكمين للقيام بهذه المهمة، نظرا لازدياد العبء على المحاكم الشعبية، ومن يتخلف

---

[358] قحطان عبد الرحمان الدوري، المرجع السابق، ص.39.

[359] أنظر، وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة شهادة الماجيستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007، ص.02.

عن هذا الواجب يحرم من بعض الحقوق، وكانت مهمة المحكم الإصلاح بين المتخاصمين، فإن أخفق أصدر قراره مشفوعا بقسم، قابلا للاستئناف أمام المحاكم الشعبية[360].

وفي مجال العلاقات الخارجية، فقد كان هناك مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات التي تقوم بين المدن اليونانية، سواء فيما يتعلق بالمسائل المدنية والتجارية أو تلك المتعلقة بالحدود، وعرفوا معاهدات التحكيم الدائمة بالإضافة إلى حالات التحكيم المنفردة[361].

4- التحكيم عند الرومان:

بالنسبة للرومان فقد عرفوا التحكيم منذ العصور القديمة في الفترة الممتدة ما بين القرن الثامن والسادس قبل الميلاد، وقد كانوا يلجؤون إليه كثيرا في مجال القانون الخاص، أمّا في مجال القانون الدولي فلم يعرفوه وذلك لإنكارهم المساواة بين الدول والتي يرون أنّها خاضعة لحكمهم في ذلك الوقت.

وقد كان يلجأ إلى التحكيم في ذلك الوقت[362]، لتحديد التعويض الذي يجب أن يدفعه الجاني إلى المجني عليه، وذلك بعد ان يصدر القاضي حكمه بتجريم الجاني، كما مرّ التحكيم في هذه الفترة بالعديد من التطورات وأصبح يلجأ إليه لفضّ المنازعات المالية والتجارية.

---

[360] أنظر، قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الصميعي، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص.30

[361] قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص.30.

[362] أنظر، القطيفي عبد المحسن، دور التحكيم في فضّ المنازعات الدولية، م.01، مجلة العلوم القانونية، ، 1996، ع.01، ص.04.

وقد عرّفه "سيمسيرون" وهو أحد ساسة ومحامي وخطباء الرومان القدماء التحكيم بأنّه:" وسيلة لعدم كسب دعوى ناجحة بصورة كاملة ووسيلة لعدم الخسارة الكاملة لدعوى خاسرة"[363].

5- التحكيم عند قدماء المصريين:

اعتبر الملك عند قدماء المصريين هو القاضي، وإن كان لا يباشر القضاء بنفسه إلا في حالات نادرة، إذ كان مخصصاً للفصل في الخصومات بين الأفراد موظفون من الكهنة، يتلقون التشريع من المعابد، ثم عين لمحاكم الأقاليم قضاة بالانتخاب، ثم انفرد أمراء الأقاليم في عهد الأسرة السادسة بالسلطة عن الملك، وأصبح أمير الإقليم هو القاضي؛ يفصل في الخصومات بحكم نهائي لا يقبل الطعن فيه، ومع هذا فقد كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ فيما بينهم من منازعات، واتفاق التحكيم هو الذي يحدد هيئة التحكيم، والإجراءات المتبعة أمامها، والجزاء الذي يوقع، وحكم هيئة التحكيم نهائي وقابل للتنفيذ ودون حاجة لعرضه على القضاء، والتحكيم على هذا النوع يسمى القضاء الخاص[364].

لكن يختلف التحكيم عند غير العرب عن التحكيم عند العرب قبل الاسلام، حيث غالبا قرار التحكيم كان يصدره الملك أو وزراءه أو تعيين قاضي يصدر حكم وفق اجراءات منظمة، على عكس العرب الذين عرفوا نظام القبيلة و يتخذ قرار التحكيم عندهم شيخ القبيلة أو كبيرها. وهو ما سنتناوله في الآتي.

[363] أنظر، ابراهيم الدسوقي، قواعد واجراءات التحكيم وفقا لنظام التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1993، ع.2.1، ص.59-109.

[364] قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص.32.

ب- التحكيم عند العرب قبل الإسلام:

لم يكن للعرب في الجاهلية حكومة منظمة ولا ملوك لهم سلطة منع المعتدين، أو الأخذ على أيدي الغادرين بما لهم من قوة تنفيذية، وإنما كانوا قبائل تربط أفراد كل قبيلة بها رابطة الدم وحسن الجوار، وكان لكل قبيلة شيخ أو رئيس يدير شؤونها وعلاقاتها مع القبائل الاخرى، ولكلّ قبيلة عرف وتقاليد.

وكان العرب كغيرهم يفتقدون النظام القضائي المنظم، فإذا ما وقع نزاع بين أفراد القبيلة تحاكم أطراف النزاع إلى شيخ القبيلة أو إلى عرف بجودة الرأي، وأصالة الحكم من أفرادها أو إلى غيرهم، وهكذا الحال إذا ما وقع نزاع بين قبيلة وأخرى، فإنهما يتحاكمان إلى أجنبي عنهما كرئيس قبيلة ثالثة أو هيئة مشتركة يختارها الطرفان المتنازعان، وهذا قريب ممّا أصبح معروفا اليوم من التحكيم بين دولتين حيث كانت القبيلة وحدة دولية آنذاك. وقد يتنازع سيدان أيهما أسود لكي يستحق رئاسة القبيلة فيتحاكمان إلى حكم، فمن حكم له كان له الشرف وبذلك يستحقّ رئاسة قبيلته[365].

ثانيا- حقيقة التحكيم و طبيعته:

الأصل في الحياة الزوجية أن يجمعهما السّكينة والمودة والرحمة بين الزوجين، لكن قد تنقلب القلوب وتنحرف النّفوس البشريّة في مظاهر الحياة فيرتفع معنى السّكن والمودة يحل محلهم الألم والضيق والأذى، لذلك كان من الطبيعي أن يعالج الاسلام ما يكتنف الرّابطة الزوجية من خلافات تؤثّر على استقرارها فشرّع الإصلاح بين الزوجين بواسطة التحكيم[366]. فمصطلح التّحكيم بالرّغم

[365] أنظر، مسعد عواد حمدان البرقاني الجهني، التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ط.01، مكتبة دار الإيمان، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1994، ص.21-22.

[366] أنظر، محمد بودلاحة، وضعية المرأة في تقنيات الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، رسالة الدكتوراه في الشريعة، 1999-2000، ص.521.

من أنّه واضح المعنى إلاّ أنّه يستلزم المزيد من التّفصيل والشرح، وهذا ما دفعنا إلى دراسة حقيقة التّحكيم وطبيعته والذي سنتطرق له فيما يلي:

أ- ماهية التحكيم:

سأتطرق إلى تعريف التحكيم لغة واصطلاحا (**1**)، ثم تعريفه القانوني والقضائي (**2**):

1- تعريف التحكيم لغة واصطلاحا:

سأتناول تبيان التحكيم لغة ثم اصطلاحا في الاصطلاح في الآتي:

- **لغة: التحكيم**، مصدر في الأمر والشيء، أي جعله حكما وفوض الحكم إليه، وحكموه بينهم أي طلبوا منه أن يحكم بينهم فهو حكم ومحكم، وحكمه في ماله تحكيما أي جعل إليه الحكم فيه[367]. ويقال حكمنا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا[368]. وحكّمت الرجل: فوضت الحكم إليه، وتحكّم في كذا فعل ما رآه[369].

و**الحَكَم**: هو الحاكم المحكّم والقاضي المنتقم الذي لا ردّ لحكمه ولا معقب لقضائه[370]. **و**هو شخص تعينه المحكمة أو يتفق على تعيينه الفرقاء ليفصل في النزاع أو يوقف خلافا.

[367] أنظر، الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987، ص.148.

[368] أنظر، ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، بيروت، لبنان، ج.01، 1990، ص.141.

[369] أنظر، قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.03، كتاب ناشرون، عمان، الأردن، 2017، ص.21.

[370] أنظر، رفيق العجم، موسوعة مصطلحات الإمام الغزالي، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 2000، ص. 258.

التحكيم: هو تفويض الأمر لشخص محايد ليقضي بين الخصوم فيما تنازعا عليه[371]. ويقال **حكمه**: أي فوض إليه الحكم، وهو أيضا من أنواع القضاء، إلاّ أنّه آخر ذكره لأن حكمه أدنى حالا من حكم القاضي[372].

– **التّحكيم اصطلاحا**: هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما فيكون الحكم بين الخصمين كالقاضي في حقّ كافة الناس وفي حقّ غيرهما بمنزلة الصلح. وقيل هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على إحالة النزاع بينهم إلى طرف آخر ليحكم فيه[373]؛ وهو تراضي الخصمين بواحد من الرعية والترافع إليه ليحكم بينهما[374].

أمّا عند فقهاء الشريعة فعرّف الشافعية التحكيم بأنّه: « يحكَّم خصمان رجلا من الرعية، ليقضي بينهما فيما تنازعاه »[375]، وقال الحنابلة:« أن يتحاكم شخصان إلى رجل يصلح للقضاء »[376]، وعند الحنفية فعرّفه ابن نجيم: «هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما»[377]. أمّا عند المالكية فقد عرفه ابن فرحون:« أن الخصمين إذا حكّما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما»[378].

---

[371] أنظر، بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، ط.01، دار الجيل، بيروت، 1990، ص.148.

[372] أنظر، بدر الدين العيني الحنفي، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، ج.09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص.58.

[373] بيومي سميرة سيد سليمان، المرجع السابق، ص.14.

[374] أنظر، عندليب علي، التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة التوحيد اللبنانية، لبنان، 1997، ع.87، ص.12.

[375] أنظر، علي بن محمد المشهور بالماوردي، أدب القاضي،ج.02، دار نشر الثقافة، بيروت، 1970، ص.379.

[376] أنظر، البهوتي منصور بن يونس ، كشف القناع، ج.15، ط.01، وزارة العدل، الرياض، 2008، ص.62.

[377] أنظر، ابن نجيم زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.07، ط.02، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1413هـ.

[378] أنظر، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج أحكام، ج.01، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص.43.

وهو عقد بين طرفين متنازعين، يجعلان فيه برضائهما آخر حاكما بينهما لفصل خصومتهما، وقد يكون بين أكثر من اثنين وهو قد يكون معينا من قبل الخصوم أو من طرف القاضي؛ فكل من الطرفين المتنازعين محتكم؛ والشخص الذي اختارا تحكيمه حكَم بفتحتين؛ أو مُحكم بضم الميم[379].

أمّا التحكيم في اصطلاح المعاصرين من الباحثين والفقهاء، فهو كما جاء في كتاب درر الحكام شرح مجلة الأحكام: « اتخاذ الخصمين أي المدعي والمدعى عليه واحدا أهلا للحكم حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما»[380].

بعد عرض التعاريف السابقة لعلماء الشريعة واللغة، يُستنتج أن جلّ التعاريف متقاربة المعنى إذ أنه يدور حول إحالة النزاع إلى طرف ثالث لحسم النزاع بعيداً عن قضاء الدولة . وبالتّالي يمكن صياغة تعريفا مناسبا كالآتي: « هو اتفاق الخصمين على تولية شخص ثالث المسمّى بالحَكم على أن يحكم بينهما فيما تنازعاه ».

وفي الأخير يمكن القول، أنّه لا يمكن التفصيل في موضوع التحكيم للشقاق بين الزوجين دون التعريج على المفهوم القانوني والقضائي له وهو ما سنبينه في الآتي.

2- المفهوم القانوني و القضائي للتحكيم:

يختلف المفهوم القانوني للتّحكيم عن المفهوم القضائي، حيث أنّ فقهاء القانون اجتهدوا في صياغتها وفقا للقانون الوضعي، أمّا المفهوم القضائي فجاء وفقا لقرارات وأحكام واجتهادات المحكمة وقضاتها، وهذا ما يُستشفّ من خلال التعاريف المتناولة في الآتي:

---

[379] أنظر، محمود محجوب عبد النور، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، مذكرة شهادة الماجيستير في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الجيل، بيروت،1987، ص.136 .

[380] علي حيدر، المرجع السابق، ص.523.

– المفهوم القانوني للتحكيم:

عرّف فقهاء القانون التحكيم بمجموعة من التعاريف إلاّ أنّها تصبّ في معنى واحد ومن بين هذه التعريف ما يلي: « اتفاق لفض المنازعات أو إحالة هذه المنازعات التي نشأت أو التّي ستنشأ بين الأفراد أو بين أطراف نزاع معين بالفصل بين واحد أو أكثر من الأفراد، يسمّون محكّمين يتمّ اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلا من أن يفصل فيها القضاء المختصّ »[381].

كما جاء الأستاذ قحطان الدوري بتعريف مستخلص من طائفة كبيرة من المراجع القانونية، حيث قال:« عرّف أهل القانون التحكيم بأنّه: الاتّفاق على إحالة ما ينشأ بين الأفراد من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين، أو إحالة أي نزاع ينشأ بينهم بالفعل، على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكَّمين، ليفصلوا في النزاع المذكور، بدلا من أن يفصل فيه القضاء المختصّ »[382].

وعرفه الأستاذ أحمد أبو الوفا بأنّه: « الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة »[383].

وفي المقابل نجد أن كلاّ من المشرعين الجزائري والمغربي لم يعرّفا التحكيم في قانون الأسرة، فقد اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى وجوب تعيين الحكمين للتوفيق عند اشتداد الخصام بين الزوجين بشرط عدم ثبوت الضرر وهذا ما نصّت عليه المادة 56 من قانون الأسرة. أمّا المشرع المغربي فقد بيّن فقط إجراءات التحكيم من خلال المواد من 95 إلى 97 من مدونة الأسرة.

وبالمقارنة بالتشريعات الوضعية نجد أنّ المشرع المصري قد عرّف اتفاق التّحكيم في قانون التحكيم المصري بأنّه:" اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات

---

[381] أنظر، أبو الوفا أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974، ص.17.

[382] قحطان عبد الرحمان الدوري، المرجع السابق، ص.21.

[383] أنظر، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط.04، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص.15.

التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معيّن بشأن كلّ أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين كما يجوز أن يتمّ اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتّى لو أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية"[384] هذا من جهة. لكن نجده من جهة أخرى، أنّه لم يضع تعريفا لمصطلح التحكيم بين الزوجين، بل قام بذكر الشروط الواجب توافرها في الحكمين ومهامهما ومدة إجراءه، وهذا في نص المواد 7- 8- 9 من قانون الأحوال الشخصية المصري[385].

أمّا المشرع الأردني فقد حذا حذو التشريعات السّابقة حيث لم يوجد هو الآخر تعريف للتحكيم، بل اكتفى بنص المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي أحالت إلى التّحكيم في حالة عدم الصّلح، والمادة 126 التي حدّدت شروط الحكمين والمهمة التي كلّفا بها[386].

من خلال ما سبق، يمكن القول أنّه كان من الأجدر على التشريعات الوضعية ومن بينها الجزائر والمغرب أن يضعوا تعريفا واضحا للتّحكيم والمحكمين وشروط تعيينهما ومهامهما في مادّة قانونية واضحة ضمن قانون الأسرة، وذلك لإزالة اللبس والغموض لدى الخصوم وكذلك القاضي

[384] المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم (27)، ج.ر، 1994/04/21، ع.16.

[385]-1 القانون رقم 25 لسنة 1920، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 ثم بالقانون 100 لسنة 1985، و المعدل بالقانون رقم 01 لسنة 2000.

[386] القانون رقم 36 لسنة 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، ج.ر، ع.5061، مؤرخ في 2010/10/17. المعدل بالقانون رقم 15 لسنة 2019، ج.ر، ع. 5578، بتاريخ 2019/06/02.

والحكمين عند توليهما هاته المهمّة حيث سيدركان الشّروط الواجب توافرها فيهما ومهامهما بسهولة وبدون عناء.

– المفهوم القضائي للتحكيم:

عند البحث عن مفهوم قضائي للتحكيم لدى كلّ من المشرعين الجزائري والمغربي نجد أنهما لم يصيغا مفهوم قضائي محدّد وهو عكس ما ذهبت إليه بعض الدول العربية كالقضاء المصري حيث جاء في أحد قراراته إلى أنّ التحكيم: " طريق استثنائي لفضّ الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات ومن ثمّ فهو مقصور حتما على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم" [387].

كما سارت على نفس النهج محكمة التمييز الأردنية بقولها:" التحكيم طريق استثنائي لفضّ الخصومات ومقصور على ما تنصرف إليه إرادة الفريقين إلى عرضه على المحكّم "[388] . وعرّفته مجلّة الأحكام العدلية في المادة 1790 حيث نصّت على أنّ: « التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما، لفصل خصوماتهما ودعواهما »[389].

ب – طبيعة التحكيم:

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للتحكيم وهناك ثلاثة آراء حول طبيعة التحكيم، فاتجاه يرى أنّ طبيعة التحكيم هي طبيعة تعاقدية (**1**)، واتجاه آخر يعتبره ذات طبيعة

[387] الفقرة رقم 02 من الطعن رقم 52 سنة قضائية 60 – تاريخ الجلسة 27 / 02 / 1994. مقتبس عن، عمار صابر، اتفاق التحكيم، محاضرة القيت بنقابة المحامين، بتاريخ ماي 2006، منشور في الموقع الإلكتروني: https://qawaneen.blogspot.com.

[388] أنظر، فريجة حسين، التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، الجزائر، ع.18، ص.226.

[389] أنظر، منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، ج.03، 1389هـ، سنة 1949، بغداد، ص.169.

قضائية (**2**)، واعتبره فقه آخر أنّه ذات طبيعة مختلطة أو مزدوجة (**3**)، في حين رأى البعض أنّه ذو طبيعة مستقلة (**4**).

1- الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

يرتكز نظام التحكيم على اتفاق الخصوم سواء كان هذا الاتفاق في صورة بند من بنود العقد أو في صورة اتفاقية تحكيم مستقلة وهذا الاتفاق هو مصدر قرارات التحكيم التي تجد أو تستمدّ قوتها التنفيذية من هذا الاتفاق وتنسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات غير قابلة للطعن على أساس توافقها مع إرادة الأطراف كما عبروا عنها بالالتجاء للتحكيم. ويستند أصحاب هذا الرأي إلى ما يلي:

– أن الهدف من الالتجاء إلى التحكيم هو رغبة الأطراف في حلّ نزاعهم بطريقة ودية عن طريق إحلال تقدير شخص ثالث هو المحكم محلّ تقديرهم، وقبولهم لتقدير هذا الشخص، فأساس التحكيم هو إذا إرادة الأطراف في التصالح[390].

– إنّ التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء، فالقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامّة أمّا التحكيم فيرمي إلى تحقيق مصالح خاصّة لأطراف عقد التحكيم.

– أنّ القضاء يفترض عدم إرادة الأطراف، والامتثال للقاعدة القانونية التّي تحمي مصلحة أحدهما في مواجهة الآخر، في حين أنّه في التحكيم يرغب الأطراف بإرادتهم إبعاد كلّ شكّ حول نطاق حقوقهم[391].

2- الطبيعة القضائية للتحكيم:

[390] أنظر، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.50.
[391] فتحي والي، المرجع السابق، ص.50.

يرى مؤيّدو هذه النظرية أن مركز الجاذبية في نظام التحكيم ليس هو الاتفاق على التحكيم بل حكم الحكمين، الذي هو عمل ذو خواص قضائية شبيهة بخواص أحكام القضاء، لأنّ المحكمين يؤدون وظيفتهم تحت سيادة الدولة وبتفويض من هذه السيادة، وإن كانت نقطة البداية في التحكيم، هي اتفاق الخصوم الذي يمثّل إرادتهم إلاّ أنّ التحكيم يجري بعد ذلك مجرى الإجراءات القضائية أو شبه القضائية التي تخضع من حيث المبدأ لقواعد المرافعات المقررة في الدول محلّ التحكيم .

فواضح أنّ هذا الرأي يفصل بين مرحلتين مرحلة الاتّفاق على التحكيم ومرحلة نظر الدعوى وحكم المحكمين، ويركّز على المرحلة الثانية ويعتبرها الأساس في التعرف على طبيعة التحكيم.

أمّا ما أخذه البعض على أنّ الصّفة القضائية يجب أن تظهر أثناء قيام المحكّم بوظيفته، في حين أنّ المحكّم أثناء نظره النزاع لا يتمتّع بأهمّ سلطات القاضي وهي سلطة الجبر، فلا يستطيع أن يلزم شاهدا بالحضور أو يلزم من ليس خصما بتقديم مستند تحت يده، فيمكن الردّ عليه بأنّ هذه السلطة تنقص المحكم، لا لأنّه لا يقوم بالقضاء، ولكن لأنّه قضاء خاصّ، ولنفس هذه العلّة فإنّ حكم المحكّم لا ينفّذ جبرا إلاّ بأمر تنفيذ من الدولة صاحبة السيادة[392].

3- الطبيعة المختلطة أو المزدوجة للتحكيم:

هذه نظرية وسيطة بين النظريتين و خلاصة ما ترمي إليه هو أنّ التحكيم تتعاقب عليه صفتان:

[392] فتحي الوالي، المرجع السابق، ص.53.

الأولى: الصفة التعاقدية التي تبدو واضحة في اختيار الخصوم لنظام التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم واحجامهم عن التوجه نحو قضاء الدولة، كذلك في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو القواعد الإجرائية التي تحكم سير التحكيم.

الثانية: وهي الصفة القضائية في رأيهم أن التحكيم يغير من طبيعته التعاقدية إلى طبيعة قضائية بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية عن طريق أمر التنفيذ الذي يصدر من المحكمة وبدءا من أمر التنفيذ يتحول قرار التحكيم إلى حكم قضائي[393].

4- طبيعة التحكيم المستقلة:

يرى أصحاب هذا الاتّجاه بأنّ الأفضل هو العمل بالتّحكيم كوسيلة مستقلة لحلّ الخصومات فيرى أصحاب هذا الاتجاه بأنّ التحكيم ذو طبيعة مستقلّة يختلف عن القضاء، فهو يختلف في بنائه الداخلي كما يختلف من حيث الصّلاحيات، وأنّ حكم المحكّم لا يتمتّع بخاصية ذاتية التّنفيذ، كذلك من حيث الحجيّة فهناك اختلاف بين حجّية الحكم القضائي وحجّية حكم المحكّم وكذلك من حيث الوظيفة، فوظيفة القاضي هي إنزال حكم القانون بشكل مجرّد في حين أنّ وظيفة المحكّم هي حلّ الخصومات والمنازعات وإحقاق الحقّ وبالتّالي فإنّ وظيفته هي إصلاحية أخلاقيّة اجتماعية[394].

أمّا على المستوى القانوني، نجد من خلال استقراء نصّ المادّة 56 من قانون الأسرة الجزائري أن التّحكيم إجباري في الأحوال الشخصية في حالة عدم معرفة الضّرر من القاضي، فإنّه يجب

[393] أنظر، عطيات هود فضل الله محمد صالح، التحكيم بين الزوجين في الفقه والقانون، مذكرة شهادة الماجيستير، دار المنظومة للنشر، جامعة أم درمان الاسلامية، السودان، 2007، ص.27 وما يليها.

[394] أنظر، بركات علي، خصوم التحكيم في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية المقارن، القاهرة، ص.38.

على القاضي قبل الشّروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل أن يعمل على الإصلاح بين الزوجين عن طريق التّحكيم، إلاّ أنّ القانون لم يوضّح لنا التحكيم يكون بعد جلسة الصلح المشار إليها في المادة 49 من القانون، والتي هي أيضا واجبة على القاضي وإجراء لا بدّ منه أمّا قبل الجلسة وإن كان هذا من الثغرات التي أغفلها المشرع الجزائري خاصّة في قانون الأسرة فهو يمتاز بالإبهام والغموض، إلاّ أنّه يمكن القول أنّه يجب أن يكون التحكيم بعد إجراء جلسة الصلح حيث قد يفلح القاضي فيها بالتوفيق بينهما أو يتبين الضرر دونما نكون في حاجة إلى التحكيم[395].

ويمكن القول أنّ طبيعة التّحكيم في قانون الأسرة الجزائري هي ذات طبيعة قضائية حيث من خلال استقراء وتحليل نصّ المادّة 56 من نفس القانون بقولها: «...وجب تعيين حكمين...»، و «...يعّين القاضي الحكمين...»، يتّضح أنّ القاضي يلزم بتعيين الحكمين وهي مهمّة خالصة له، وبمفهوم المخالفة يستنتج عدم امكانية الزّوجين تعيين الحكمين. ونفس الرأي نعتبره عند المشرّع المغربي على أنّه ذو طبيعة قضائية، وهذا واضح من نصّ المادة 94 من مدونة الأسرة بقولها:" إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق ..."، وكذا نص المادة 96 من المدونة :" إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدّماه خلال الأجل المحدّد لهما أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة "، و المادّة 97 من نفس القانون:" في حالة تعذّر الاصلاح واستمرار الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق...".

فيستنتج من نصّ الموادّ أعلاه أنّ التحكيم ذو طبيعة قضائية، وما يؤكّد ذلك اتجاه الأطراف إلى طلب تدخّل المحكمة لإصلاح الشقاق بينهما، والمحكمة غير مقيدة بتقرير الحكمين فإذا لم يقدّماه في أجل محدّد أمكن للمحكمة إجراء بحث إضافي، بل الأكثر من ذلك تظهر سلطة

[395] أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص.131.

القضاء على الحكمين أنّه في حالة فشل الحكمين في الاصلاح بين الزوجين تفرق بين الزوجين بالتطليق. فواضح أنّ وظيفة الحكمين هي تحت وبرقابة من القضاء وبتفويض منه.

ومع ذلك، لا يمكن الحديث عن التحكيم بين الزوجين دون أن نعرّج على مصطلح الشقاق حيث يعتبر كلّ من التحكيم والشقاق وجهان لعملة واحدة لارتباطهما، فلولا الشقاق لما وُجد التحكيم. وهذا ما جعلنا نتساءل عن ماهية الشقاق؟.

ثالثا– ماهية الشقاق:

سأتناول في هذا الجزء تعريف الشقاق لغة (**أ**)، ثم تعريف الشّقاق اصطلاحا (**ب**)، ثم تعريفه قانونا (**ت**).

أ– تعريف الشقاق في اللغة:

يقال: شاقة مُشاقّة وشقاقًا، خالفه، والشّقاق: غلبة العداوة والخلاف بين فريقين، سمّي ذلك شقاقا، لأنّ كلّ فريق من فريقي العداوة قصد شقًّا، أي ناحية غير شقّ صاحبه[396].

و أصل الشقاق داء يكون بالدواب وهو يشقق؛ يأخذ في الحافر، أو الرسغ يكون فيهما منه صدوع، و شقَّ الحافر والرسغ أصابه شقاق، وكل شقٍ في جلد عن داء فهو شِقاق[397].

ب– تعريف الشقاق في الاصطلاح:

وقيل: الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشق، وهو الجانب فكأنّ كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشقّ ويصعب

[396] أنظر، ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، جزء.10، ط.04، دار صادر، بيروت ، ص.183.
[397] ابن منظور، المرجع السابق، ص.181.

فكأنّ كل واحد من الزوجين يحرص على ما يشقّ على صاحبه فصار كل واحد منهما في شق بالعداوة و المباينة[398].

ونجد أن الفقهاء لم يتفقوا على تعريف جامع للشّقاق حيث كانت تعاريف مختصرة، حيث عرفه صاحب الدر المختار بأنّه:« الاختلاف والتخاصم »[399]، وعرفه غيره من الفقهاء بأنّ:« الشقاق يقوم على الضرر وعدم رضا أحد الزوجين بما يصدر عن الآخر من أقوال وأفعال »[400].

وهو العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين، سمي ذلك شقاقا لأنّ كلّ فريق من فرقتي العداوة قصد شقا أي ناحية غير شق صاحبه. وشق أمره يشقه شقا فانشق :انفرق و تبدد اختلافا. وشقّ فلان العصا أي فارق الجماعة، وشقّ عصا الطاعة فانشقت وهو منه[401].

و سمّي شقاقا؛ لأنّه في تلك المرحلة يشق كلّ واحد عن صاحبه. وعرفه الشيخ رشيد رضا في تفسير المنار بأنّه: « هو الخلاف الذي يكون به كلّ من المختلفين في شق أي جانب »، وفي توضيح معنى الشقاق أشار وهبة الزحيلي إلى أنّه:« معناه ينصرف إلى كل ما يعكر صفو العلاقات الزوجية من خلافات أو هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة »[402]. ونفس المعنى ذكره الإمام القرطبي في جامعه، وحاصله أن كلّ واحد من الزوجين يأخذ شقّا غير شق صاحبه أي ناحية غير ناحية صاحبه.

---

[398] أنظر، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مسطرجي وغيره، ط.01، دار الفكر، بيروت، 1414هـ، 1994، ص.245.

[399] أنظر، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج.03، ط.02، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1966، ص.441.

[400] أنظر، سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج.04، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، ص.114.

[401] ابن منظور، المرجع السابق، ص.183.

[402] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.527.

وقيل في ما معناه أيضا أنّ الشقاق يتجلّى في كون الزوجين في حالة من الخلاف والعداوة، وحرص كلّ واحد منهما على فعل ما يشق على نفس صاحبه، ممّا يتنافى وما يجب أن يكون عليه الزوجان من سكن كلّ منهما إلى الآخر وتبادل المودة والرحمة [403].

ت- تعريف الشقاق قانونا:

لم يعرّف قانون الأسرة الجزائري الشقاق بل اكتفى بالنصّ على معناه في نصّ المادتين 56 و53 من نفس القانون، حيث جاء في المادة 56: « إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتّوفيق بينهما...»، ونصّت المادة 53: « يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب التالية:...8- الشقاق المستمر بين الزوجين ».

وبناءً على ما تقدّم، فإنّ المشرع الجزائري اكتفى بتعريف الشّقاق في نصّ المادة 56 دون الإشارة إلى كلمة شقاق بالتحديد: «...إذا اشتد الخصام ولم يثبت الضرر...»، وهو ما يفهم من نصّ المادة حيث ينحصر مفهوم الشقاق في العادة في الخصام وعدم ثبوت الضرر. كما أنّ المشرع من خلال نص المادة 53/ف8 اعتبر الشقاق المستمرّ بين الزوجين سببا من أسباب التطليق، حيث أشار إلى الشقاق فقط دون تعريفه.

وهذا ما أكّده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في عدّة أحكام تتعلّق بالشّقاق بين الزوجين، حيث جاء في أحد قراراتها:" من المستقرّ عليه قضاء أنّه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام بين الزوجين وطول مدّته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا ومتى تبين – قضية الحال- أنّ الزوجة تضرّرت لمدّة طول الخصام مع الزّوج وإن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنّه لم يمتثل للقضاء

[403] أنظر، عادل حاميدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2015، ص.27- 28.

بتوفير سكن منفرد للزوجة، ممّا يجعل الزوجة متضررة ومحقة طلبها في التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظليم الزوج طبقوا صحيح القانون"[404].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا: " من المقرر فقها وقانونا أنّه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق ومن ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة الإسلامية غير صحيح _ولما كان ثابتا في قضية الحال_ أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن" [405].

فالملاحظ من استقراء قرارات المحكمة العليا أنّها قد عرّفت الشقاق المستمرّ بين الزوجين بأنّه ذلك الخلاف والخصام الذي يطول بين الزوجين ممّا يدفع الزوجة لطلب التّطليق للشّقاق. وما أثار انتباهنا هو أنّ المحكمة العليا قد عرّفت الشّقاق قبل تعديل نصّ المادة 53 من قانون الأسرة، الذي أضاف سنة 2005 سببا آخر من أسباب طلب التطليق وهو الشّقاق المستمر بين الزوجين.

و نجد أن المشرع المغربي لم يعرف الشقاق إلا أنّه باستقراء نصّ المادة 94 من المدونة [406]؛ يفهم بأنّ الشقاق هو كلّ خلاف عميق ونزاع مستحكم بين الزوجين يمكن اعتباره كذلك ويحق

---

[404] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 224655، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع.خ، ص.129، أنظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ اجتهاد المحكمة العليا خلال أربعين سنة، ط.03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.283.

[405] أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصّا وفقها وقضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص.189.

[406] نصّت المادة 94 من مدونة الأسرة المغربية:" إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه".

بمقتضاه لكل واحد من الزوجين أو كلاهما أن يرفع أمره الى القضاء للقيام بمحاولة الصلح والتوفيق بانتداب حكمين للسّداد بين الطرفين.

غير أن الدليل العملي لمدونة الأسرة قد عرّف الشقاق بكونه: « الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين بدرجة يتعذّر معها استمرار العلاقة الزوجية »[407]، وهو تعريف شامل وجامع يوحي أن درجة الخلاف بين الزوجين وصلت بهما إلى حدّ لا يطاق ولا يمكن لهما الاستمرار في العلاقة الزوجية.

وعرفه الأستاذ فوزي أكريم بأنّ الشقاق: « هو تنافر بين الزّوجين بسبب الشكل أو الطبائع أو أي سبب آخر بسبب التنافر وعلى هذا الأساس فقط يمكن لأحد الزوجين أن يطلب من القاضي تطليقه من زوجه فتُحلّ العلاقة الزوجية بكلّ سهولة »[408].

أخيرا، يمكن القول أنّه لا يمكن إجراء التحكيم للشقاق بين الزوجين دون تحديد صفة الحكمين، والتي لاقت خلافا بين المذاهب الفقهية، وهو ما سنتطرق إليه في الآتي.

الفرع الثاني

صفة الحكمين

اختلف فقهاء المذاهب في طبيعة دور الحكمين، هل هما محكمان لهما سلطة الجمع و التوفيق حال الخصام، أو التفريق حال استحكام الخلاف؟، أم مجرد وكيلين عنهما و شاهدين عليهما ؟.

---

[407] أنظر، دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، دار القلم، وزارة العدل، الرباط، 2004، ص.71.

[408] فوزي أكريم، المرجع السابق، ص.71.

أولا– الرأي الأول: صفة حكمان

يرى فريق المالكية بأنّ الحكمين هما «حكمان» عليهما أن يصلحا بين الزوجين إذا رأيا أنّ الإصلاح وسيلة، فإذا تعذّر عليهما الإصلاح بين الزوجين فرّقا بينهما بعوض أو بغيره على حسب الأحوال سواء رضي الزّوجان بذلك أو أبيا، وعلى القاضي إمضاء ما حكما به[409]، واستدلّوا بقوله تعالى:﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾، ووجه الدلالة من الآية ما يلي:

– أنّ الله تعالى خاطب غير الزوجين من الحاكم والمحتكم إليه من صالح المؤمنين ببعث الحكمين وحكى بعض صلاحيتهما بقوله « إن يريدا » والإرادة تصدر من ذي الولاية الموصوف بصفة الحاكمية ، الواجب الطاعة فيما يقضي به.

– أنّ الله تعالى اختار اسما لهذا المبعوث يؤدي معنا خاصّا، فقال: حكما ولم يقل وكيلا، وشتان بين الحكم والوكيل[410].

– أنّ الله سبحانه وتعالى قال: « فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » والحكم غير الوكيل، ولذلك كان مبنى التحكيم الحكم لا الوكالة أو الشهادة، ويكون قرارهما نافذا في حق الزوجين وإن لم يرتضياه، ويلتزم به القاضي[411].

– لو كان الحكمان وكيلين لم يختصّا بأن يكونا من الأهل، لأنّ الموكل يوكّل من يشاء، ولقال الله تعالى فبعث كلّ زوج من الزوجين وكيلا عنه.

---

[409] أنظر، ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، ط.03، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، 2003، ص.539.

[410] محمود محجوب عبد النور، المرجع السابق، ص.146.

[411] أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.255.

– المقرّر في الشريعة الإسلامية نفي الضرر، ورفع الضّرار وذلك موكل إلى الحاكم إذا لم يتيسر رفعهما إلاّ بقضائه.

ثانيا– الرأي الثاني: صفة وكيلان

أما أصحاب الرأي الثاني فقد اقتصروا على القول بأنّ الحكمين إنّما هما وكيلان عن الزوجين وشاهدان عليهما، دون أن يكون لهما مكنة الجمع والتفريق، وهو رأي الحنفية خاصّة، قال الحصاص: « قال أصحابنا (يريد الأحنف): ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضى الزوجين...وإنّما الحكمان وكيلان لهما ». ويترتب على اعتبارهما مجرّد وكيلين أنّه يسوغ لهما التفريق بين الزوجين لأنّ دورهما ينحصر في السداد والتوفيق بينهما، أو تحديد المشاقق منهما، مع بيان أوجه شقاقه[412].

ثالثا– الرأي الثالث: صفة أنّ الحكمين مرسلان من قبل القاضي

يرى ابن حزم أنّ الحكمين مرسلان من قبل القاضي ليعرفا الظالم من المظلوم فيرفعا تقريرا إلى القاضي يشهدان فيه بما ظهر لهما واستدلّوا بقوله تعالى:﴿ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا﴾. فليس في الآية ما يبيّن أنّ للحكمين أن يفرّقا بل إن ذلك للحاكم[413].

ويقول الأستاذ وهبة الزحيلي في هذا الشأن: « بأنّ الحكمين يوقّعان الطلاق بناء على التفويض الكامل من القاضي فإن قيد القاضي صلاحية الحكمين برفع تقرير كما ذهب القانون،

[412] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص.38.

[413] أنظر، خالد ابراهيم المسيعديين، أحكام الصلح بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذرة شهادة الماجيستير، دار المنظومة، الأردن، 2006، ص.82.

لم يكن في الأمر مخالفة للمالكية »[414]. و بالتّالي يستنتج بمفهوم المخالفة أنّ القاضي في حالة عدم تفويض الحكمين لإيقاع الطلاق ومنحهما الصلاحية الكاملة لذلك لا يمكنهما التفريق فالتفويض والارسال أمر ضروري لذلك.

رابعا– الرأي الرابع: الرأي الراجح:

يظهر رجحان القول بأنهما حاكمان ينفذ فعلهما كما ينفذ فعل الحاكم في الأقضية لا وكيلان، لظهور أدلّته ولأنّ الغاية من الزواج إقرار السكينة والمحبة التي تتولد بالرحمة والإحسان إلى بعضهما، فإذا صارت الحياة الزوجية جحيما لا تطاق وخلافات لا تحتمل من جراء ما يحدث بينهما من المخاصمة والمغاضبة والعصيان، كان ذلك مخالفا للسكينة، وبالتالي لا يتحقق المقصد الأسمى من النكاح. ولأنّ الأصل في الشرع رفع الحرج وإزالة الضرر اللاّحق بهما أو بأحدهما.

و بالجملة فإنّ تقدير المسألة يرجع إلى الحكمين، فإن رأيا المصلحة في الجمع جمعا، وإن رأياها في التفريق فرقا، لأنّ تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وهما كحاكم الإمام[415].

بعد عرض أقوال الفقهاء نرى أن الرأي الصواب هو أنهما مرسلان من قبل القاضي وليس حكمين مهمتهما الإصلاح بين الزوجين حيث أخذ المشرع بالمذهب الحنفي وذلك ما نستشفّه من خلال نصّ المادة 56 من قانون الأسرة حيث ألزم الحكمين بتقديم تقرير عن مهمّتهما في أجل شهرين، وكذلك ما جاء في نصّ المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث وضع جزاء في حالة عدم توصّل الحكمين للصّلح وهو إنهاء مهامهما فهنا القاضي يسحب منهما الوكالة وينهيها.

[414] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.497.

[415] عبد القادر أحنوت، المرجع السابق، ص.47.

كما نرى بأنّ المشرع المغربي أخذ بهذا الرأي مخالفا بذلك مقتضيات الفقه المالكي التّي تعطي للحكمين سلطة الجمع والتّفريق، وخوّل هذه السّلطة للمحكمة حصرا وهذا ما تؤكّده مقتضيات نص المادة 95 من المدونة:" يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبذل جهدهما لإنهاء النزاع..."، والمادة 97 من المدونة على أنّه:" في حالة تعذّر الاصلاح واستمرار الشقاق...تحكم بالتطليق...". فمن خلال نصّ المواد يتبيّن أنّ للحكمين سلطة الجمع بين الزوجين فقط دونما التفريق، حيث أنّ هذا الأخير مخوّل للقاضي فقط الذي يحكم بالطلاق في حالة عدم فشل الحكمين في عقد الصّلح بين الزوجين.

ومع ذلك، لا يكفي تحديد صفة الحكمين لإجراء التحكيم بين الزوجين، بل يجب أن تتوافر فيهما شروط معينة، مع ضرورة علمهما بالمسائل التي لا يجوز أن يقوما بالتحكيم بشأنها لكي لا يقعا في لبس غموض عند حل النزاع.

المطلب الثاني

شروط تعيين الحكمين للشقاق بين الزوجين والمسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها

لقد أولى فقهاء الإسلام اهتماما بالغا لمسألة بعث الحكمين في حالة نشوب خلافات بين الزوجين نظرا لجسامة وأهمية الدور المنوط بهما، ولكون الحكمين بمنزلة القاضي يقرّران أمرا مصيريّا يتعلق بأعظم نواة المجتمع[416].

[416] أنظر، أحلام عليمي، واقع انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق وانعكاساته المجتمعية- طنجة تطوان نموذجا- ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الملك السعدي، طنجة، 2013-2014، ص.260.

ويظهر هذا الاهتمام في تبيان الشروط التي أوجبها فقهاء الشريعة والتّي تتعلّق بالزوجين لكي ينطبق عليهما التحكيم وشروط متعلقة بالحكمين لكي يقوما بمهمة التحكيم على الزوجين (**الفرع الأول**)، كما سأتناول مسائل لا يجوز التّحكيم بشأنها (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

شروط تعيين الحكمين

بالرّجوع لنصّ المادّة 56 من قانون الأسرة نجد أنّها قد حدّدت بعض الشّروط الواجب توافرها للّجوء إلى التّحكيم ولكن بصيغة ضمنية، لكنّها لم تحدد الشروط الواجب توافرها في الحكمين ممّا استوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون والتي أحالت إليها المادة 222 ق.أ، وباستقراء نصوص الموادّ 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها هي الأخرى لم تتضمّن شروط تعيين الحكمين، ممّا استدعى ضرورة اسقاط الضوء عليها وتبيانها في الآتي:

أولا– شروط متعلقة بالزوجين:

الأصل لإجراء التحكيم على الزوجين أن تتوفر فيهم شروط معينة من وجوب وجود رابطة زوجية (**أ**) أي عقد زواج، ولا يكفي ذلك بل يجب أن يتوافر الرضى بين الزّوجين على إجراء التّحكيم وقبول كل منهما له، فإذا تراضى واتّفقا على التّحكيم كان عليهما اختيار الحكم والتّراضي عليه أيضا (**ب**)، ويشترط لإجراء التحكيم التأكّد من عدم امكانية اثبات الضّرر من الزوجة (**ت**)، بالإضافة إلى اشتراط كون الحكمان من أهل الزّوجين (**ث**). بل الأكثر من ذلك على الحكمين تقديم تقرير خلال مدة معينة (**ج**) محدّدة قانونا، ويكون الهدف الأساسي للحكمين هو الجمع بين الزوجين والاصلاح بينهما (**د**)، وهذا ما سأفصله في الآتي:

أ- وجود رابطة زوجيّة:

بالرجوع إلى نصّ المادّة 04 من الأمر 02/05 المتضمّن قانون الأسرة نجدها نصّت صراحة على أنّ:" الزواج عقد رضائي يتمّ بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، فالمشرع حدّد أركانا وشروطا متى توافرت انعقد عقد الزواج الشرعي وتحققت الرابطة الزوجية ومنه عند حدوث خصام بين الزوجين أمكن بعث حكمين للإصلاح بينهما[417].

أمّا المشرع المغربي فقد ربط عقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا وذلك في نصّ المادة 10 من مدونة الأسرة، واعتبر وثيقة الزواج هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الزواج وذلك في نص المادة 16 من نفس القانون[418].

ب- رضا الزوجين بالحكمين:

اشتراط رضا الزوجين بالحكمين مبني على صفة الحكمين هل هما حكمان أو وكيلان عن الزوجين، فعلى القول بأنهما حكمان تتم ولايتهما بتقليد الحاكم لهما، ولا يعتبر فيهما إذن الزوجين ولا رضاهما، وعلى القول بأنهما وكيلان عن الزوجين لا تتمّ ولايتهما إلا بتوكيل الزّوجين ورضاهما والذّي يجعل للحكمين سلطة التّفريق بين الزوجين بدون رضاهما فهما حكمان وليس وكيلين؛ فبناء عليه يترجّح أنّه لا يشترط رضا الزوجين بهما[419].

---

[417] أنظر، نوري عمر، النظام القانوني للصلح بين الزوجين في تشريع الأسرة الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ، 2016، ع.03، ص.292.

[418] مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

[419] أنظر، محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، م.09، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يونيو2012، ع.02، ص.173.

وما يلاحظ أنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينصّ على اشتراط رضا الحكمين قبل أو بعد التعيين، بل شدّد على الحكمين بضرورة بذل الجهد المطلوب للإصلاح، وأعطى الحقّ للقاضي في تغيير الحكمين أو ردّ تقريرهما أو تعيين ثالث حسب ما يراه مناسب. و نفس الطرح سلكه المشرع المغربي من خلال المواد من 94 إلى 97 من المدونة السابقة الذكر.

ت– عدم امكانية اثبات الضرر:

الأصل أنّه من واجب كل زوج اتجاه الآخر أن يحسن عشرته ويحترمه حتى تكون بينهما مودة وسعادة، غير أنّه في بعض الأحيان قد يتضرّر أحدهما من الطرف الآخر، وبالتالي يصبح دوام العشرة بينهما مستحيل، وقد تتعدّد أسباب الضّرر ممّا يدفع الزوجة المتضررة غالبا إلى رفع الأمر إلى المحكمة طالبة التطليق.

وجاء في الفقه المالكي أنّه إذا تعذّر على المرأة إثبات الضّرر الذي سبّبه لها، وتكرّرت شكواها للقضاء من غير أن تتمكّن من إقناع القاضي بحصول هذا الضّرر، بعث هذا الأخير بعض جيرانها الصالحين للشهادة لتقصّي الأمر وتفقد أحوالها، فإن لم يتمكن هؤلاء الجيران من الإشهاد على تعدّي الزّوج لإشكال الأمر عليهم واستمرت الزوجة في رفع شكواها إلى القاضي، عمد هذا الأخير إلى بعث حكمين عدلين في مقدورهما فهم النّزاع[420].

[420] أنظر، محمد شيلح، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق والتطليق، مجلة القضاء المدني، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2012، ع.02، ص.29.

ومقتضى هذا الشّرط أنّه لا يعمل بالتحكيم إلاّ إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها، وعجزت عن اثبات الضرر، فإذا تمكّنت من اثبات الضّرر فلا يصار إلى التحكيم، وإنما يحاول القاضي بنفسه الاصلاح بينهما فإن عجز عن ذلك فليس أمامه إلاّ الحكم بالطلاق[421].

فإذا تضرّرت الزوجة من زوجها فإنّها ترفع أمرها إلى القاضي فهي مخيّرة بين طلب التطليق أو البقاء مع زجره، أمّا اذا ادّعت الضّرر ولم تستطع إثباته أو ادّعى كلّ منهما الضرر وتكرّرت منهما الشكوى وعجزت عن إثباته فإنّ القاضي يعين حكمين، حكما من أهلها وحكما من أهله طبقا لما نصّت عليه الشريعة الإسلامية ونصّ المادة 56 من قانون الأسرة[422].

علاوة على ذلك، فقد أكّد نصّ المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله:" أثناء الخصومة إذا لم يثبت أيّ ضرر، جاز للقاضي تعيين حكمين لمحاولة الصّلح بينهما حسب قانون الأسرة"[423].

وعليه، وانطلاقا سبق ذكره، فإنّ المشرع الجزائري قد اشترط وقوع الضرر وعدم إمكانية إثبات الضرر بالنسبة للزوجة، حيث يبعث القاضي حكمين للسّداد بينهما، وعلى الحكمين أن يتفهّما أسباب الشّقاق ويبذلا جهدهما في الإصلاح.

[421] أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، ص.301-302.

[422] أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2015، ص.127.

[423] الرجوع للقانون رقم 08-09. السابق ذكره

وعلى مستوى القضاء جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:" من المقرّر قانونا أنّه لا يثبت الطلاق وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون"[424].

أمّا المشرع المغربي، نص من خلال نصّ المادة 98 / ف 02 من المدونة " الضرر" من بين الأسباب التي تخول للزوجة طلب التطليق بنصه:" للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية: ...2- الضرر...". فإذا أضرّ الزوج بزوجته بأي نوع من أنواع الضّرر الذي تصعب معه العشرة الزوجّية كأن يضربها ضربا مبرحا أو يسبّها...إلخ، جاز للزوجة طلب التطليق للضّرر.

كما اعتبر المشرع المغربي من نص (المادّة 99) من المدونة[425]، الإخلال بشرط في عقد الزواج وكل تصرف مشين من الزوج أو مخلّ بالأخلاق بمثابة ضرر مبرّر لطلب التطليق.

كما نصت المادة 100 / ف 02 من المدونة على أنّه: " إذا لم تثبت الزوجة الضرر، وأصرّت على التطليق، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشّقاق". فواضح من نصّ المادة أنّ التطليق للشقاق هو من حقّ الزوجة دون الزوج وذلك في حالة عجزها عن إثبات الضّرر اللاّحق بها، وليس بحوزتها أية دليل.

ويرى الأستاذ ادريس الفاخوري: « أن هذه المقتضيات غير سليمة فالمشرع يعتبر الصلح في التطليق للضرر اجراء أوليا قبل البتّ في جوهر النزاع وهذا الصلح قد يقتضي الاستعانة بالحكمين فكيف يعقل أن بعث الحكمين إجراء لا يتمّ اللجوء إليه إلا بعد رفض القاضي لطلب التطليق

[424] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 57812، المجلة القضائية، 1991، ع.03، ص.71.

[425] نصّت المادة 99 من مدونة الأسرة المغربية:" يعتبر كل اخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق، يعتبر ضررا مبررا لطلب التطليق كل تصرّف من الزوج أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في الغلاقة الزوجية".

وبعد تكرار الشكوى وعدم ثبوت الضرر؟، فقضاء المجلس الأعلى الذي لا يسوغ لقضاة الموضوع بعث الحكمين إلاّ إذا تكرر طلب التطليق ولم تنجح الزوجة في إثبات الضرر»[426].

ج- تقديم تقرير خلال مدة محددة:

حدّد المشرّع الجزائري المدّة التّي يقوم بموجبها الحكمين بتقديم تقرير عن مهمّتهما للقاضي وهي محدّدة بشهرين (60 يوما)، ويبدو ذلك واضحا من خلال نص المادة 56 /ف 02 من قانون الأسرة بقولها: "... وعلى هذين الحكمين أن يقدّما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين". وما يمكن ملاحظته من نص المادة أعلاه، أنّ المدة المحددة بشهرين لإجراء التحكيم غير كافية مقارنة بإجراء الصلح، حيث يفهم منها أنّ المشرع الجزائري لم يولي أهمية كبيرة للتحكيم بهذا الخصوص.

لكن في المقابل لم يحدّد المشرع المغربي المدّة التي يستغرقها الحكمين لتقديم تقريرهما عن مهمّتها للإصلاح بين الزوجين، حيث نصّ فقط على كيفية تقديم التقرير وعدد النسخ من خلال نص المادة 95 من المدونة [427].

لكن من جهة أخرى نصّ المشرّع من خلال نصّ المادة 97 من نفس القانون[428]، على وجوب الفصل في دعوى الشقاق في أجل مدّته ستّة (6) أشهر من تاريخ تقديم الطلب، وهو ما

---

[426] أنظر إدريس الفاخوري، الصلح في العمل القضائي" الطلاق نموذجا "، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 2002، ع.05، ص.17-18.

[427] نصت المادّة 95 من مدونة الأسرة المغربية :" يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبذل 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".

[428] نصت المادة 97 من مدونة الأسرة المغربية:" في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطليق والمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب".

قد يفهم منه أن المدة الفاصلة بين التحكيم وتقديم التقرير قد تكون ستة (6) أشهر. فإذا كان كذلك يمكن القول أنه حسنا فعل المشرع المغربي بمنحه المدة الكافية لإجراء التحكيم بين الزوجين مقارنة بالمشرع الجزائري.

د- أن تكون مهمّتهما الجمع بين الزوجين:

يعمل الحكمان على التوفيق بين الزوجين ما أمكن، والسعي لإعادة الحياة بينهما وعليهما تحرّي أسباب الخلاف، والوقوف على ما يشكو كلّ من الزوجين من صاحبه، وأن يردا الظالم منهما عن ظلمه" أن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"، لأنّ الطلاق ليس مقصودا بالذّات من التحكيم وإنّما المقصود منه هو الإصلاح بكلّ وجه أمكن لأجل الألفة و حسن المعاشرة[429].

وقد اقتصر الأحناف على القول بأنّ الحكمين إنّما هما وكيلان عن الزوجين وشاهدان عليهما، دون أن يكون لهما مهمّة الجمع والتفريق ، فقال الحصاص: « ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضى الزوجين...وإنّما الحكمان وكيلان لهما »[430]، ويترتب على اعتبارهما مجرد وكيلين أنّه لا يسوغ لهما التفريق بين الزوجين لأنّ دورهما ينحصر في السّداد والتوفيق بينهما.

أمّا على المستوى القانوني، نصت المادّة 56 من قانون الأسرة ما يلي:" إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". فواضح من خلال نص المادة أن المشرع قد منح للحكمين سلطة الجمع بين الزوجين دون التفريق وذلك من خلال عبارة :" ...وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما...".

[429] أنظر، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.251.

[430] أنظر، الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج.03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص.153.

ونفس الطرح أخذ به المشرع المغربي، و القائل بسلطة الحكمين للجمع بين الزوجين، مخالفا بذلك الفقه المالكي التّي تعطي الحكمين سلطة الجمع والتفريق، وخوّل سلطة التفريق للمحكمة حصرا، فقد جاء في مقتضيات المادّة 95 من المدونة السّابقة الذّكر على أنّه : " يقوم الحكمان أوْ من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء النزاع...". وأردفت المادة 97 من المدونة على أنّه:" إذا تعذر الإصلاح واستمر الشقاق تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق و بالمستحقات طبقا للمواد 83 و84 و85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل واحد من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر".

وهذا المبدأ تبنّته مجلّة الأحوال الشخصية التونسية بمقتضى الفصل 25 منها والذي جاء فيه: " إذا اشتكى أحد الزوجين من إضرار به ولا بينه وأشكل على الحاكم تعيين الضرر بصاحبه يعين حكمين، وعلى الحكمين أن ينظرا فإن قدرا على الإصلاح أصلحا ويرفعان الأمر إلى الحاكم في كلّ الأحوال" [431].

إذن، يستنتج ممّا سبق، أنّ جلّ التّشريعات الوضعية قد أخذت برأي الأحناف الذي يرى بأنّ مهمّة الحكمين تنحصر في الجمع بين الزوجين دون مهمة التفريق بينهما التي تختص بها المحكمة فقط، وهو من وجهة نظرنا رأينا أقرب إلى الصواب لأنّه في السّائد غالبا أنّ قرار التفريق هي من مهام القاضي وحده وذلك في حالة ما إذا رأى استحالة الصّلح بين الزوجين.

ثانيا– شروط متعلقة بالحكمين:

[431] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص.38.

اشترط الفقهاء في الحكمين اللذين بعثهما القاضي للإصلاح بين الزوجين شروطا معينة لابدّ من توافرها وتحققها على الوجه الأكمل حتى يستطيعا أن يؤدّيا دورهما في الإصلاح أو التّفريق على النّحو الذي أراده الله تعالى، وهذه الشروط هي كالآتي:

أ- أن يكون الحكمان مكلفين شرعا: (أهلية الحكمين)

يشتمل شرط التكلّف على شرطي البلوغ والعقل فلا بدّ للحكم أن يكون عاقلا وهو أمر بديهي نظرا لأهمية المهام الموكلة إليهما والملقاة على عاتقهما، فغير البالغ وغير العاقل لا يعتبر من أهل الرأي والنظر خاصّة في مثل هاته الأمور التي لا يفقهها إلاّ من له خبرة بالحياة الزوجية[432].

و يشترط في المحكّم أن يكون عاقلا وهذا مجمع على اعتباره ولا يكتفي فيه بالعقل الذي يتعلّق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية بل لابدّ من أن يكون الشّخص الذي يتولّى التّحكيم صحيح التمييز جيد الفطنة بعيدا عن السّهو والغفلة بحيث يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل وما أعضل فالمحكم كالقاضي.

وقد جاء في شرح الأزهار:" ولا بدّ أن يكون جيد التمييز بحيث يكون معه من الذكاء وصفاء الذهن ما يفرق به بين الدعوى الصحيحة والدعوى الفاسدة ويمكنه استخراج الحوادث من أصولها". و بناء على هذا لا يصح تقليد المجنون لكون فاقد الإدراك.

و يرى الأئمة الأربعة أنّ البلوغ شرط لصحة الحكم لأنّ غير البالغ لا يجرى عليه حكم ولا يتعلق بقوله على نفسه حكم فكان أولى ألا يتعلق بقوله على غيره حكم، وبناء على هذا فإنّه لا يجوز تقليد الصبي ولا يصح حكمه. وإذا كان الصبي مميزا فإنّه لا يصح حكمه غير أنّه إذا حكم

[432] أنظر، عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلية، الجزائر، ص.120.

وأصاب في حكمه جاز عند بعض الفقهاء. ولم يجزه البعض الآخر وأنّ سبب اختلافهم في ذلك راجع إلى أنّ ابن الزبير أجاز شهادة الصبيان وأنّ ابن عباس رضي الله عنه ردّها[433].

وفقا للقانون يقصد بالأهلية صلاح الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن ترتّب له هذا الأمر أو ذاك.

وتكتمل أهلية الإنسان في القانون الجزائري، ببلوغ سنّ الرشد وهي تسعة عشر سنة كاملة (40 ق.م.ج) حيث يستكمل الصبي أهليته، بل الأكثر من ذلك يشترط أن يبلغ سنّ الرشد متمتعا بقواه العقلية (40/ ف1 ق.م.ج) فإذا بلغها مجنونا أو معتوها، بقيت حالة قصره واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه حسب نص المادة (81 ق.أ)[434]، و نص المادة (44 ق.م .ج). وجاء في نص المادة 86 من قانون الأسرة على ذلك اذ تقول:" من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني".

ولهذا يستلزم أن تتوفّر في الحكمين الأهلية الكاملة طبقا للقواعد العامة في القانون المدني للقيام بإجراء التّحكيم بين الزوجين، فإذا كان أحد الحكمين أو كلاهما غير مكتمل الأهلية، أو كان مؤهل وبكامل قواه العقلية ثمّ طرأت عليه عوارض الأهلية فجأة بأن أصبح ناقص الأهلية أو عديمها: كعته أو جنون أوسفه طبقا لنص المادة 43 ق.م.ج[435]، أو عاهة جسمية كالصم والبكم

[433] سميرة سيد سليمان بيومي، المرجع السابق، ص.36.

[434] جاء في نص المادة 81 من قانون الأسرة:" من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذ القانون".

[435] جاء في نصّ المادة 43 من القانون المدني الجزائري:"كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

والعمى طبقا لنص المادة 80 من القانون المدني[436]، فإنّه غير مؤهل لإجراء التحكيم ومعفى من ذلك حيث يقوم القاضي بعزله لفقدان أهليته.

ونفس الطرح تناوله القانون المغربي، فيعتبر الإنسان مكلفا حسب مدونة الأسرة بتمام أهليته بالغا سنّ الرشد القانوني عاقلا وذلك ببلوغ الشخص ثمان عشرة (18) سنة كاملة حسب نصّ المادة 209 من مدونة الأسرة، وهكذا لا يجوز تحكيم الصبي غير البالغ لعدم اكتمال أهليته وعدم قدرته على الإدراك، كما لا يكون المجنون أو المعتوه ولا السفيه حكما إمّا لفقدان الأهلية أو نقصانها [437].

ب- العدالة:

أن يكونا عدلين سواء بعثهما القاضي أو اختارهما الزوجان، ومن ثمّ فإنّه لا يجوز تحكيم الفاسق، لأنّه لا يجوز أن يكون شاهدا، فلأن لا يكون قاضيا ولا محكما أولى[438]. وقد قال ابن فرحون في التبصرة، نقلا عن ابن رشد:" أن العدالة هينة راسخة في النفس تحث على ملازمة التقوى باجتناب الكبائر وتوقي الصغائر والتحاشي عن الرذائل المباحة

[436] نصت المادة 80 من القانون المدني:" إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته".

[437] عرفت مدونة الأسرة المغربية ناقصي الأهلية في المواد 214-215-216 و عديميها في نصّ المادة 217.

[438] أنظر، أمير بنغازي، الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص.396.

كما جاء نقلا عن ابن شاس: "المراد بالعدالة الاعتدال والاستواء في الأحوال الدينية، وذلك أن يكون ظاهر الأمانة، عفيفا عن المحارم متوقيا للمآثم بعيدا عن الريب، مأمونا في الرضا والغضب"[439].

والخلاصة أن العدل هو الشخص التقيّ السويّ المستقيم في أحوال دينه ودنياه المتصف بالمروء والخصال التي تليق محاسن العادات.

وفي هذا الشأن، فقد اشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني شرط العدالة في الحكمين وذلك في نص المادة 126/ ف ج بقوله:" ...يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين...". وهو ما نصّ عليه المشرع المصري في نص المادة 07 من قانون الأحوال الشخصية بقوله:" يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين...".

فكان الأولى بالمشرعين الجزائري والمغربي الاقتداء بما ذهبت إليه التشريعات المقارنة باشتراط العدالة في الحكمين لأنّه شرط أساسي يبعث على الأطراف الشعور بالاطمئنان والأمان والثقة أكثر في مهمة الحكمين.

ت- الإسلام:

اتفق الفقهاء على أنّ المحكم يجب أن يكون مسلما ومن ثم فإنّه لا يجوز تحكيم الكافر أو غير المسلمين لأنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ولأنّه لا ولاية لكافر على المسلم لقوله تعالى: ﴿ فَٱللَّهُ يَحۡكُمُ بَيۡنَكُمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِۗ وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [440]، فوجه الدّلالة في الآية الكريمة أن الكافر ليس له ولاية على المؤمن فإنّ تحكيم غير المسلم يناقض مفهوم

[439] أنظر، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج أحكام، ج.01، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص.185.

[440] سورة النساء، الآية 141.

الآية وعلى هذا فإنّه لا يجوز تحكيم الذمي على المسلمين لأنّه ليس من أهل الشهادة أمّا إذا حكمنا ذمّيان فإنّه لا يجوز لكونه من أهل الشهادة عليهما [441].

على المستوى القانوني لم يحدّد كلّ من المشرعين الجزائري والمغربي شرط الإسلام في المحكمين، ممّا يتوجب الرجوع للشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، والمادة 400 من مدونة الأسرة المغربية.

في المقابل نجد أن المشرع الإماراتي قد تدارك الأمر بخصوص هذا الشأن من خلال قرار وزاري، حيث أصدر وزير العدل الإماراتي قرارا وزاريا رقم 107 لسنة 2015 بشأن لائحة المحكمين في دعوى الطلاق يتضمن 24 مادة، ولقد اشترط في المادة 03 منه أن يكون الحكم مسلما[442]. فهنا حسنا ما فعلت وزارة العدل الإماراتية بتداركها لإغفال شرط الاسلام في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. وحبذا لو يحذو حذوه كل من المشرعين الجزائري و المغربي.

ث- الذكورة:

يشترط جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والحنابلة وقول عند الإمامية[443] في الحكم أن يكون ذكرا فلا يجوز أن تتولى المرأة مهمة التحكيم ولو كانت عدل، أمّا السّادة الشافعية فخالفوا الجمهور وأجازوا أن تكون المرأة حكما، وفي ذلك يقول صاحب مغني المحتاج الشافعي:" ويشترط

[441] سميرة سيد سليمان بيومي، المرجع السابق، ص.36.

[442] قرار وزير العدل الإماراتي:" بشأن لائحة المحكمين في دعاوى الطلاق بين الأزواج"، رقم 107، ج.ر، ع.576، بتاريخ 2015/02/17، اطلع عليه بتاريخ 2021/02/22، على الموقع الالكتروني: www. rakpp.rak.ae.

[443] أنظر، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة الكبرى، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م، ص.266. أنظر، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، ج.04، دار الفكر الطبعة، د.س، ص.129، أنظر، النووي محي الدين، روضة الطالبين، ج.05، دار النشر المكتب الاسلامي، بيروت، 1991، ص.679.

في الحكمين: التكليف، والإسلام والحرية، والعدالة والاهتداء إلى المقصود بما بعثا له، ولا يشترط فيهما الذكورة "[444].

ويرى الإمام أبو حنيفة أن المرأة تصح أن تكون حكما في كل ما يقبل فيه شهادتها وعدم صحة تحكيمها فيما سوى ذلك، وعلى ذلك فإن الأحناف لا يعتبرون الذكورة شرطا في تولى القضاء لأنّه المرأة من أهل الشهادة عندهم وأهلية القضاء بأهلية الشهادة وبناء عليه فإنّه لا يصح قضاؤها في الحدود حيث لا تصح شهادتها فيه[445]، وذلك ذهب بعض المالكية إلى جواز حكم المرأة[446].

و بالرجوع لمدونة الأسرة المغربية، يُستنج أنّه لا يمكن الاعتداد بشرط الذكورة في الحكمين، وذلك لأنّ المشرع المغربي في المادتين 82 و 95 من مدونة الأسرة تحدث عن الحكمين بلفظ عام، ولم يشترط أن يكونا ذكرين.

على عكس ذلك، نجد أنّ التشريعات الوضعية أكثر دقة في اشتراط الذكورة في الحكمين، وفي هذا الإطار نذكر المشرع الأردني الذي نجده نص في الفقرة الثالثة من المادة 126 من مدونة الأحوال الشخصية:" يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الاصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة، والآخر من أهل الزوج إن أمكن وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي اثنين من ذوي الخبرة و العدالة و القدرة على الاصلاح"[447].

---

[444] أنظر، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج.04، ط.01، دار الكتب العلمية، 1994، ص.429.

[445] أنظر، ابن نجيم زين ابن ابراهيم بن محمد بن محمد بن بكر، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.07، ط.02، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1413هـ، ص.26، ابن عابدين، المرجع السابق، ص.428.

[446] ابن فرحون، المرجع السابق، ص.144.

[447] قانون الأحوال الشخصية الأردني، السابق ذكره، ص.3196.

إلى جانب هذا، نصّ القانون الليبي صراحة على شرط الذكورة في المادة 37، بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، حيث يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلاّ فمن غيرهم[448].

ث- أن يكون الحكمان من أهل الزوجين:

لقد وقع تضارب بين الفقهاء في اشتراط كون الحكمين من أهل الزوجين أم لا ؟، وانقسموا إلى رأيين وهما:

الرأي الأول: يشترط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، فإن لم يمكن ذلك انتقل إلى غير الأهل، وبه قال المالكية[449] والحنفية و الحنابلة[450]. و ذلك لأنّ الأقارب أعلم ببواطن الأمور

[448] القانون رقم.10 سنة 1984، يتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي، ج.ر، ع.22، السنة 29، 1991/11/09. المعدل بالقانون رقم 14 الموافق لـ 2015/10/14، تعديل بعض أحكام القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج و الطلاق وآثارهما.

[449] و بالرجوع إلى المذهب المالكي نجده عموما يشترط في الحكمين الذكورة و العدالة و الرشد زيادة على الفقه بأحكام الجمع والتفريق. ويعيّنان من أقارب الزوجين أحدهما من أقارب الزوج وثانيهما من أقارب الزوجة، لأنّ الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأصلح للإصلاح، ونفوس الزوجين المتخاصمين أسكن إليهما، فيبرزان لهما ما يختمر في دواخلهما ويفشيان لهما جميع الأسرار لأنّهما أنسب لكتمها وعدم إفشائها للغير، وكونهما من أقارب الزوجين شرط واجب عند المالكية ومستحب عند الشافعية والحنابلة. فإذا تعذر ذلك كأن لم يكن للزوجين أقارب، أو لم يكن في أقاربهما ممّن تتوفر فيهم العدالة والمعرفة، فللقاضي أن يختار شخصين أجنبيين ممّن تتوفر فيهما ما ذكر من شروط. أنظر، أشغال الندوة حول الوسائل الودية لفض المنازعات الوساطة – التحكيم – الصلح، نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، مجلة الحقوق المغربية، الرباط، 2012، ع.04، ص.35- 36.

[449] الفقرة الثانية من نصّ المادة 56 قانون الأسرة.

[450] ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ص.24. الكاساني، بدائع الصنائع، ص.334. ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ص.244.

وأعلم بأحوال الزوجين ونفوس الزوجين أسكن إليهما، فيبرزان لهما ما في ضمائرهما من الحب والبغض وإرادة الفرقة أو الصحبة[451].

و قال ابن رشد الحفيد في ذلك:« وأجمعوا على أنّ الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل المرأة إلا ألا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما»[452].

وجاء القرطبي في تفسيره الجامع لأحكام القرآن موضحا الشروط التي يجب توافرها في الحكمين: « والحكمان لا يكونان إلاّ من أهل الرجل والمرأة، إذ هما أقعد بأحوال الزوجين، ويكونان من أهل العدالة وحسن النظر والبصر بالفقه. فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما عدلين عالمين»[453].

وذكر الدسوقي في حاشيته :« أنّه لا يجوز بعث أجنبيّين مع وجود الأهل » وقال: وفي نقض حكم الأجنبيين مع وجود الأهل تردّد، الظاهر النقض. وجمهور الفقهاء لم يشترط هذا الشرط وإن كان الأولى، وما جاء في القرآن على سبيل الاستحباب و الإرشاد[454].

فالعلّة من إشراك أهل الزوجين في التوفيق والسّداد بينهما حال الشقاق هي قدرة الأقارب أكثر من غيرهما على استجلاء أسباب الخلاف، فالاختلاط بين الزوجين يجعل منهما حقيقة واحدة لا يطلع عليها إلاّ من يكتفنهما من أقاربهما، فيعالجانه بالصّلح بينهما فإن لم يزدهما إلاّ

[451] أنظر، الدردير سيدي أحمد أبو البركات، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي،ج.02، دار الفكر، بيروت، ص.344.

[452] أنظر، القرطبي ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.03، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004، ص.117.

[453] أنظر، القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، ج.05، ط.02، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964، ص.175.

[454] محمود محجوب عبد النور، المرجع السابق، ص.142-143.

خصاما وشقاقا وكان الحلّ في الفرقة دفعا لمعاناتهما الدائمة قال الزمخشري في كشافه: « وإنّما كان بعث الحكمين من أهلهما لأنّ الأقارب أعرف ببواطن الأحوال وأطلب للصلح وإنّما تسكن إليهم نفوس الزوجين ويبرز إليهم ما في ضمائرهم من الحب والبغض وإرادة الصحبة والفرقة وموجبات ذلك ومقتضياته ...» [455]، وقال الجصاص: « إنّما أمر الله تعالى بأن يكون أحد الحكمين من أهلها والآخر من أهله لئلا تسبق الظنة إذا كانا أجنبيين بالميل إلى أحدهما، فإذا كان أحدهما من قبله والآخر من قلها زالت الظنة، وتكلم كلّ واحد منهما عمّن هو من قبله »[456].

الرأي الثاني: لا يشترط أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لكن ذلك يستحب وهو قول عند الشافعية و قول عند الحنابلة[457]. فقال صاحب مغني المحتاج وأما كونهما من أهلهما فمستحب غير مستحق إجماعا كما في النهاية لأنّ القرابة لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل وفي حكايته الإجماع نظرا لوجود الخلاف عند المالكية، ولهذا لم يذكر حكاية الإجماع ابن قدامة بالرغم من اهتمامه بذلك واكتفى بالقول والأولى أن يكون من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك[458].

ومع ذلك فأصحاب هذا الرأي استحبوا أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، لقوة الأدلة التي جاء بها القول الأول، فعندما يكون الحكمان من أهل الزوجين تكون الشفقة متوافرة فيهما وكذا العلم بحال الزوجين[459].

---

[455] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص.34.

[456] أنظر، الرازي الجصاص الحنفي أبي بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، ج.01، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1917. ، ص.190.

[457] الشربيني، المرجع السابق، ص.428 و ما يليها.

[458] أنظر، الشافعي عبد الرحمان السيد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص.127.

[459] البهوتي، المرجع السابق، ص.211. ابن قدامة، المرجع السابق، ص.244.

ومن خلال التمعن في القولين، نميل للرأي الراجح من القولين الذي يشترط أن يكون الحكمين من أهل الزوجين مصداقا لقوله تعالى: ﴿...فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَا... ﴾[460]. وعليه لا يوجد قول فاصل في الموضوع أصدق من الآية الكريمة.

وبالرجوع لقانون الأسرة نجده أكثر وضوحا بهذا الشأن حيث اشترط وجود القرابة فقط بين الزوجين والحكمين وذلك في نص المادة 56 من قانون الأسرة :" إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي حكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة"[461]. على عكس التشريعات الوضعية الأخرى التي وسعت من دائرة اختيار الحكمين اللذين يمكن أن يكونا من غير أهل الزوجين[462].

غير أنّ مدونة الأسرة المغربية وسّعت من صفة الحكمين فجعلت كلّ من بإمكانه اصلاح ذات البين أهلا للقيام بمهمة التحكيم بين الزوجين، حيث ورد في نص المادة 95 ما يلي:" يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين وببذل جهدهما لإنهاء

---

[460] سور النساء، الآية 35.

[461] الفقرة الثانية من نصّ المادة 56 قانون الأسرة.

[462] فعلى سبيل الاستئناس نجد أنّ التشريعات الوضعية الأخرى، كقانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان الذي أوجب من خلال المادة 126/ ف.ج على القاضي تعيين حكمين من أهل الزوجين، ومتى تعذّر ذلك يتمّ تعيينهما ممّن يتوسّم فيهما القدرة على الإصلاح". بالإضافة إلى ذلك فالتشريع المصري رقم 25 لسنة 1929 المعدل بموجب القانون 100 لسنة 1985 لم يشترط فقط قرابة الحكمين بموجب نص المادة 07 من قانون الأحوال الشخصية المصرية حيث نصّ على أنّه:" يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلاّ فمن غيرهم ممّن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما"، وفي نفس السياق، إنّ القانون الليبي رقم 10 سنة 1984 نص على إمكانية تعيين حكمين من غير أهل الزوجين بقوله :" يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلاّ فمن غيرهم وأن يكونا ممّن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما". راجع قانون الأحوال الشخصية الليبي، السابق ذكره.

النزاع"[463]. فهنا يمكن أن يفهم من نصّ المادة أن المشرع قد قصد بعبارة " من في حكمهما " حكمين من أهل الزوجين.

وهنا يمكن القول، أنّ المشرع الجزائري قصد بحصر دائرة اختيار الحكمين في أهل الزوجين فقط كونهم أقرب إلى الزوجين عن الغير، وأعلم بأسرارهما وشؤونهما وكذا مشاكلهما، وأهل الزوجين يبعثان في الزوجين الطمأنينة والارتياح و الاستعداد أكثر لسماعهما أثناء جلسة التحكيم وتقبل فكرة الصلح بينهما، وبالتالي لهم القدرة أكثر على حلّ النزاع بينهما، فحسنا فعل المشرع بحصر الحكمين في الزوجين فقط وعدم اتباعه للمشرع المغربي.

ج- العلم بما يحكم به:

أي أن يكون المحكم عالماً بالأحكام الشرعية، أو على القدر المتعلق بالواقعة التي يحكم فيها، ومدركاً للواقع الذي يعيشه الخصوم، ففي النكاح: يشترط أن يكون عالماً بأسباب حسن المعاشرة، وأسباب التفريق، وفي المعاملات: أن يكون على دراية بأحكام المعاملة التي ولي فيها، وذلك لأن شرط الحاكم، والمحكم العلم بما يحكم به، وإلا لم يصح، ولم ينفذ حكمه مع الجهل، ولو وافق الصواب، لأنه تخاطر وغرر، ولكن لو شاور المحكم الجاهل العلماء فأروه وجه الحق، فحكم به صح حكمه ونفذ، لأن الغرض منه فصل الخصومات[464].

أمّا طبقا لقانون الأسرة الجزائري فقد حدّد المشرع بعض الشّروط الواجب توافرها في الحكمين وذلك في نصّ المادّة 56 منه، وبالنسبة للشروط الأخرى فيرجع بها إلى قول الفقه حيث

[463] الرجوع لمدونة الأسرة المغربية.

[464] أنظر، ابن الهمام، فتح القدير، ج.07 ، دار الفكر، بيروت، د.س، ص.454. ونفس القول، أنظر، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ص.330. الدسوقي، المرجع السابق، ص.136. الخرشي، المرجع السابق، ص.146. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج.04، دار الفكر، بيروت، ص.198.

تحيل نصّ المادّة 222 من قانون الأسرة إلى الشريعة الاسلامية، ومن بين الشروط التي جاءت بها نص المادة 56 وهي:

- يجب أن يشتد الخصام بين الزوجين فإن لم يكن مشتدا فلا تحكيم.
- أن يعجز القاضي في التوصل إلى إثبات الضرر فإن استطاع القاضي أن يثبت الضرر فإنّه لا حاجة به إلى الحكمين.
- أن يكون الحكمين من الأقارب واحد من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج.
- أن يقدما تقريرهما إلى القاضي في خلال شهرين ابتداءا من تاريخ تعيينهما.
- أن تكون مهمة الحكمين هي التوفيق والجمع بين الزوجين. هذا من جهة.

من جهة أخرى، يلاحظ من خلال نص المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة المغربية، أن المشرع لم ينص على الشروط الواجب توافرها في الحكمين بل يفهم من خلال قراءتها أنّها تبين مهام الحكمين دون الشروط، ممّا يستوجب الرجوع لنصّ المادة 400 من المدونة والتي تنص على :"كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الاسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"[465].

ومن باب المقارنة، يلاحظ أنّ المشرع الجزائري كان أكثر حرصا من خلال مادة قانونية واحدة يتيمة، فبالرغم من عدم وضعه لجلّ الشروط الواجب توافرها في الحكمين إلاّ انّه قد تدارك الأمر بوضعه بعض الشروط كشرط القرابة في الحكمين. على عكس المشرع المغربي الذي سكت كليا عن الأمر. و تكملة لما سبق، هل هذا السكوت يمتدّ أيضا لبعض المسائل التي لا تقبل التحكيم بشأنها ؟. أمْ أنّ المشرعين الجزائري والمغربي قد أجابا عن هذا الأمر؟، وهو ما سنوضحه في الآتي.

[465] مدونة الأسرة المغربية، السابق ذكرها.

الفرع الثاني

المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها

اختلف الفقهاء فيما يجوز فيه التحكيم، فعند الحنفية[466] لا يجوز في الحدود الواجبة لله، وكذلك القصاص، واللعان كونه يقوم مقام الحدّ، أمّا المالكية فجائز عندهم التحكيم إلا في عشرة مواضع: الرشد والوصية والحبس المعقب و أمر الغائب والنسب والولاء وحد وقصاص ومال وزاد البعض الطلاق و العتق واللعان.

وعند الشافعية[467] خلاف، و المذهب أنّه لا يجوز في الحدود ويجوز في غيرها وقيل بشرط عدم وجود قاض، أمّا الحنابلة فجوازه في كل ما يجوز فيه القضاء، حتى مع وجود قاض. وحاصله أنهم يستثنون من محلّ التحكيم ما ليس من حق المتحاكمين، كالحدّ والقتل والطلاق فإنّه يتعلق بهم حق الله تعالى، وكالنسب واللعان لتعلق حقوق لغير المتحاكمين بهما [468].

و الراجح أنه لا يجوز التحكيم في النسب، والحدود، والقصاص إلا في حالة الصلح، ويجوز فيما عدا ذلك. لأن هذه الأمور تحتاج إلى قاض يقضي، ويقيم الحد فيها والقصاص، وهذا لا يتصور في المحكّم، خصوصاً بالنسبة للمسلمين في بلاد الغرب، لأن قوانينها تمنع ذلك، فلا يستطيع المحكم المسلم في البلاد الغربية أن يقيم حداً، أو قصاصاً، وإذا فعل ذلك فإنه يتعرض للمساءلة القانونية، وقد يؤدي الأمر إلى عقوبته، وسجنه، فمن باب سد ذريعة الفساد يجب عليه أن لا يحكم في مسائل الحدود، ولكن له أن يحكم في القصاص بقصد الإصلاح بين الخصوم: إما بالعفو، أو الدية فقط، وما عدا ذلك فلا، لفعل النبي ذلك، و حدثنا موسى بن إسماعيل ثنا عبد

---

[466] ابن الهمام، المرجع السابق، ص.318. ابن عابدين، المرجع السابق، ص429.

[467] الشربيني، المرجع السابق، ص.379.

[468] أنظر، حاتم محمد الحاج، نظرية التحكيم في الشريعة، نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية، م. الفقه و القانون، 2015، ع.34، ص.35.

الله بن بكر بن عبد الله المزني عن عطاء بن أبي ميمونة عن أنس بن مالك قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه و سلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو[469].

وفي القانون نجد أنّ المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها هي المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والتي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها ، وهي كافّة المسائل التي لها علاقة بحالة الشّخص القانونية إزاء الدولة والمجتمع كعمر الشّخص وأهليته وتحديد جنسه وجنسيته، وكذلك المسائل المتعلقة بتحديد وضعه العائلي كالزواج والطلاق والخطبة وفسخها وكذلك مسائل البنوة والإقرار والنسب...إلخ، فلا يجوز إخضاعها للتحكيم فمثل هذه المسائل بطبيعتها تخرج عن نطاق القابلية الموضوعية للتحكيم [470].

وفي هذا الإطار، لا يجوز اللجوء إلى التحكيم مطلقا للفصل في المنازعات المتعلقة بمسائل تعتبر من النظام العام، ويقصد بالنظام العام جميع القواعد التي تتعلق بالمصالح العامّة العليا في المجتمع التي تضمن له الحماية اللازمة لاستقراره واستمراره وتحقق العدالة لأفراده، والنظام العام فكرة مرنة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، فقد يضيق ويتسع حسب الوقت والظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية السائدة في المجتمع[471].

---

[469] أنظر، أبو داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم ، ج.04، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.س، حديث رقم 4497، ص. 169.

[470] أنظر، بردان إياد محمود، التحكيم والنظام العام، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص.300.

[471] أنظر، محمد السيد عرفة، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط.01، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2006، ص.147.

والمسائل التي لا يجوز التحكيم فيها والمتعلقة بالنظام العام، هي التي تتّصل بأشياء محظورة شرعا، وهذه الأمور لا يصحّ اتفاق الخصوم على التحكيم بشأنها، كالتّحكيم في الحدود التي تجب حقًّا لله تعالى، كحدّ السرقة والقتل ودين القمار وسائر العقود المحرّمة[472].

وتبعا لذلك، من المسائل التي تتعلق بالنظام العام في القوانين الوضعية والتي لا يجوز فيها الصلح ولا التحكيم مسألة مدى استحقاق شخص ما لجنسية الدولة أو سحبها أو إسقاطها عنه، لأنّ ذلك من اختصاص الجهات الرسمية وحدها، كذلك لا يجوز التحكيم في إنكار أو بعض ما جاء في نظام معين ولا في المسائل الجنائية، كما لا يجوز التحكيم بخصوص المنازعات المتعلقة بتعيين الموظفين أو عزلهم، كردّ القضاة أو عزلهم، ولا فيما يتعلق بتحديد الإجراءات القضائية التي يجب اتخاذها أمام أية محكمة أو إجراءات تنفيذ الأحكام[473].

ولقد نصّت المادّة 1006 من ق.إ.م.إ :" يمكن لكلّ شخص اللجوء إلى التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص أو أهليتهم".

ممّا سبق، يفهم أنّ المشرع الجزائري قد حدّد المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها وهي المسألة المتعلقة بالنظام العام كارتكاب جناية مثلا، وحالة الأشخاص كالزواج والطلاق، وكذا أهليتهم كتحديد سنّ الرشد.

كما حدّد المشرع المغربي هو الآخر المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها وهي النزاعات التي تهمّ حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التّي لا تكون موضوع تجارة (الفصل309)،

[472] أنظر، القضاة محمد أحمد حسن، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات- العلوم الإنسانية، مجلد 18، الجامعة الأردنية، الأردن، 2011، ع.04، ص.30.

[473] محمد السيد عرفة، المرجع السابق، ص.148-149.

فيستفاد من هذا الفصل أنّ الأحوال الشخصية للأفراد كالزواج والطلاق والجنسية وما إلى ذلك لا يجوز التحكيم فيها، كما أن أهليتهم في التمتع بالحقوق والوفاء بالالتزامات لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها كما أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن الحقوق الشخصية للأفراد كالحقوق الطبيعية وغيرها من الحقوق لأن هذه المسائل تعتبر من النظام العام لا يجوز الاتفاق على التحكيم فيها.

في الأخير، يمكن القول أنّه حسنا فعل كلّ من المشرعين الجزائري و المغربي بتحديدها المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها لكي لا يقع لبس للزوجين و لتسهيل المهمة للحكمين. لكن هذا لا يكفي حيث ترتبط مهمة الحكمين باتباع إجراءات معينة قد تترتب عليها آثار إمّا ايجابية أو سلبية، والذي سنفصل فيه في الآتي.

المبحث الثاني

إجراءات بعث الحكمين والآثار المترتبة على إعمال التحكيم للشقاق بين الزوجين

تمثل اجراءات التحكيم الجانب التنفيذي لعملية نظر النزاع والتي تأتي بناء على اتفاق الطرفين على حلّ النزاع عن طريق التحكيم وتعيين حكمين، فهذه الإجراءات هي مجموعة الخطوات التي يتبعها أطراف النزاع والتي يعمل القاضي على فرضها على أطراف النزاع والحكمين بناء على القواعد الموجودة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وإنّ تنظيم إجراءات نظر النزاع أمام المحكمة يتطلب المعرفة بها من طرف القضاة والمترافعين والمتنازعين وإنّ الجهل بها قد يؤدي إلى تعثر نظر النزاع وبالتالي بطلان الإجراءات وبطلان الحكم الصادر، لذلك من الواجب الإلمام بهاته الإجراءات من قبل كلّ الأطراف.

وما تجب الإشارة إليه هو أنّ المشرع الجزائري لم يتضمّن الإجراءات المتعلقة ببعث الحكمين وعملهما والشروط الواجب توافرها فيهما ممّا استوجب الرجوع لبعض التشريعات الوضعية التي نظمت الجانب الإجرائي للتحكيم بين الزوجين وتبيان المهام والدور الذي يجب على الحكمين القيام به في سبيل إصلاح ذات البين بين الزوجين على عكس المشرع المغربي الذي بين بعض الإجراءات دون الشروط (**المطلب الأول**)، لكن قد يترتب على إجراء التحكيم آثار معينة، حيث إمّا ستكلّل عملية التحكيم بين الزوجين بالوصول إلى نتائج إيجابية وهي نجاح محاولة التحكيم، وإمّا ستصل جلسات التحكيم إلى نتائج سلبية تتمثل في فشلها (**المطلب الثاني**) .

المطلب الأول

إجراءات بعث الحكمين ومهام الحكمين

من المعلوم أنّه من وظائف الدولة الأساسية توزيع العدالة بين الأفراد عن طريق المحاكم التي تحدثها لهذا الغرض، غير أن بطء وطول إجراءات مسطرة التقاضي وكثرة المصاريف التي تطبع الأنظمة القضائية جعل مؤسسة التحكيم في عالم اليوم قضاء أصليا للبتّ في المنازعات، ومن بينها النزاعات التي تقع بين الزوجين [474].

ونجد أنّ الفقهاء لم يتوسّعوا في بيان إجراءات التحكيم، وتركوا ذلك لاتّفاق الأطراف وتغيّر الأعراف والأحوال، ولذلك فلا يلتزم المحكّم عند نظر القضية بالإجراءات المطلوبة من القضاة، وله

[474] أنظر، رحال البوعناني، دور مؤسسة التحكيم في فض النزاعات، مجلة محكمة، الرباط، المغرب، 2004، ع.03، ص.09.

حرية التحرك والتصرف في الزمان والمكان والعمل، ويستثنى بعض الأمور الضرورية التي يجب الالتزام بها لتيسير العمل، ويجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة ليسير عليها المحكم[475].

و بالتالي تمرّ عملية إجراء بعث الحكمين بعدة مراحل (**الفرع الأول**)، لتصل إلى المهام التي ستوكل إلى الحكمين للإصلاح بين الزوجين (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

إجراءات بعث الحكمين

عند الرجوع إلى الجانب الإسلامي نجد أنّه كان سبّاقا في تبيان إجراءات التحكيم، وذلك من خلال فقهاء الشريعة الاسلامية من بينهم الفقيه القرطبي، حيث بيّن إجراءات التحكيم بين الزوجين بقوله: « إنّ الحكم من أهل الزوج يخلو به ويقول له: أخبرني بما في نفسك أتهواها أم لا، حتى أعلم مرادك فإن قال لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز، وإن قال إنّي أهواها فأرجعها من مالي بما شئت ولا تفرق بيني وبينها فيعلم أنّه ليس بناشز.

كما أنّه، يخلو الحكم من جهته بالمرأة ويقول لها: أتهوين زوجك أم لا؟، فإن قالت فرق بيني وبينه وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم أن النشوز من قبلها وإن قالت : لا تفرق بيننا ولكن حثه أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي علم أن النشوز ليس من قبلها، فإذا ظهر لهما الذي كان النشوز من قبله يقبلان عليه بالموعظة والزجر»[476].

---

[475] أنظر، الزحيلي محمد، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد27، جامعة الشارقة، 2011، ع.03، ص.378.

[476] أنظر، القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج.05، ط.01، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، لبنان، 2006 ، ص.175-176.

فيستنتج ممّا سبق، أنّ القرطبي قد بين إجراءات التحكيم منذ وقت بعيد، وهذا يدلّ على أنّ ديننا الحنيف كان السبّاق في الأخذ بنظام التحكيم.

وعلى الرغم من ذلك، نجد أنّ قانون الأسرة الجزائري من خلال نصّ المادة 56 منه، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتضمّنا إجراءات عقد جلسة التحكيم بين الزوجين، من ميعاد عقد جلسة التحكيم وعدد جلسات التحكيم اللّازمة، بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للحكمين فيما يرونه مناسبا وكذا للزوجين، وغالبا ما يكون مكان انعقاد مجلس التحكيم في مسكن أحد الزوجين أو في مسكن أحد الحكمين.

ويمكن أن تنحصر إجراءات بعث الحكمين في المراحل التّي يمرّ عليها القاضي لتعيين الحكمين والتأكّد من توافر شروط معينة فيهما.

وعليه، يمكن القول أنّه يتمّ تعيين الحكمين[477]، إمّا من طرف القاضي وذلك إمّا من تلقاء نفسه طبقا لنص المادة 56 من قانون الأسرة، والمواد 449- 448 -447 - 446 ق.إ.م.إ، وإمّا بناء على طلب الزوجين بذلك، وتتبع اجراءات تعيين الحكمين إلى غاية تحديد المهام الموكلة لكلّ منهما ألا وهي التوفيق بين الزوجين وتحرير تقرير في أجل معين يقدم إلى القاضي يحتوي على النتائج المتوصّل إليها. لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري عدم تبيان إجراءات تعيين الحكمين هل يتمّ كتابيا أو شفويا لا في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما لم يبين متى يتمّ إعمال إجراء التحكيم هل يتم بعد فشل محاولة الصلح أو قبل إجراء الصلح أو أثناءه.

[477] تجدر الإشارة أنّ المشرع المغربي لم يبيّن إجراءات تعيين الحكمين ضمن مواد مدونة الأسرة المغربية.

لكن الجدير بالذكر أنّ المحكمة العليا قد جاءت بقرار واضح سنة 2011 وهو كالآتي:" القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين، وثبوت الضرر"[478].

بمفهوم المخالفة، يتّضح أنّ القاضي لا يقوم بتعيين الحكمين إلاّ في حالة عدم امكانية إثبات الضّرر، أمّا إذا كان الضّرر موجود وثابت فلا ضرورة لتعيين الحكمين للإصلاح بين الزوجين حيث يفصل القاضي في موضوع الدعوى مباشرة.

وما تجب الإشارة إليه، أنّ المشرع الجزائري لم يشر في نصّ المادّة 56 ق.أ إلى حالة غياب الزوجين لجلسة التحكيم، وهو ما يحيلنا لآراء فقهاء الشريعة باعتبار صفة الحكمان حاكمان أو وكيلان[479].

فإن أخذنا بالقول الذي اعتبر التحكيم قضاء فهنا لا يمكن النظر في النزاع، لغياب الزوجين، وبالرجوع للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال نص المادة 290 منه التي قضت أنه في غياب المدعي دون سبب مشروع جاز الفصل في موضوع الدعوى بطلب من المدعى عليه، وإن لم يحضر هذا الأخير أو وكيله أو محاميه يحكم القاضي غيابيا المادة 292 ق.إ.م.إ.

و بالتالي يمكن القول أنّ غياب الزوجين عن مجلس التحكيم لا أثر له من الناحية العملية لأن الحكمين باعتبارهما وكيلان سينوبان عن الزوجين في حالة غيابهما[480].

---

[478] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2011/04/14، ملف رقم 620084، م.م.ع، 2012، ع.01، ص.299. مقتبس عن، أنظر، سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، ج.02، ط.01، 2014، ص.737.

[479] سبق التفصيل في صفة الحكمين في هاته الرسالة، ص.188 وما يليها.

[480] أنظر، بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، مذكرة شهادة الماجيستير، قانون خاص، تخصص شؤون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011، ص.154.

على نقيض المشرع الجزائري، فإنّ المشرع المغربي تناول إجراءات التحكيم بنوع من التفصيل ضمن نصّ المادتين 95 و96 من مدونة الأسرة التي سبق وأن أشرنا إليها أعلاه. حيث تنحصر إجراءات التحكيم في تقصي الحكمين أسباب الخلاف بين الزوجين ومحاولة الاصلاح بينهما ثم تحرير تقرير يتكون من ثلاث نسخ يوقعها كل من الحكمين والزوجين ثم ترفع للمحكمة، ثم يأتي بعد ذلك تسليم نسخ لكل من الزوجين وتحفظ الثالثة في الملف ويتم الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة، وفي حالة اختلاف الحكمين حول مضمون التقرير أو لم يتم تقديمه خلال الأجل المحدد، يمكن للقاضي أن يجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها مناسبة.

يُستنتج ممّا سبق، أنّ المشرع المغربي كان أكثر وضوحا في تحديد الإجراءات التي يقوم بها الحكمين للتوفيق بين الزوجين من خلال عدّة مواد قانونية في مدونة الأسرة، أكثر منه من المشرع الجزائري الذي نص عليه من خلال مادّة قانونية واحدة وهي نصّ المادّة 56 من قانون الأسرة والتي لم تُلمّ بكلّ الإجراءات حيث نعتبرها مادّة فقيرة من حيث الإجراءات، وزيادة على ذلك فلم يشر المشرع الجزائري إلى اعتبار التحكيم ملزم للقضاة شأنه شأن الصلح ممّا يعرضه للانتقاد.

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ اللجوء إلى إجراء التحكيم شبه غائب على مستوى المحاكم، ولا يعمل به إلاّ ناذرا وهذا ما تبيناه من خلال عدّة مقابلات مع قضاة ومحامين، فمن وجهة نظرهم فالإجراء المعمول به بكثرة هو إجراء الصلح كونه إجراء وجوبي ملزم.

الفرع الثاني

مهمة الحكمين

تقتضي مهمّة الحكمين إصلاح ذات البين وبدل الحكمين جهودهما في ابقاء بيت الزوجية قائما وذلك من خلال اطمئنان الزوجين للحكمين أوّلا والإحاطة بظروفهما إحاطة شاملة تسمح

بمعرفة أسباب شقاقهما[481]، وأن يكرّرا الحكمان محاولتهما والاستماع إلى أقوالهما وأن لا يضيق صدرهما بما يسمعان بل عليهما أن يحتملا كل ما يعتريهما لإصلاح الأسرة حتّى يحققوا الإرادة المنشودة.

للإيضاح، فقد روي في هذا الشأن أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث حكمين للتوفيق بين الزوجين فعادا خائبين فغضب عمر وقال: كذبتما بل لم تكن لكما إرادة صادقة في الإصلاح ولو كانت لكما لبارك الله سعيكما فإنّ الله سبحانه وتعالى يقول إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما فخجل الرجلان و أعادا سعيهما بإرادة صادقة وعزيمة قوية وألقى الله تعالى ما شاء من الوفاق بين الزوجين ونجح الحكمان في إعادة الودّ ومحو الشقاق فكان ذلك يعني عدم تفوّق الحكمين في مهامهما يدلّ على أنهما دخلا بنية عدم الاصلاح وفي ذلك لفت واضح لكلّ حكم بأن ينتبه إلى أهمية المهمة الموكلة إليه[482] .

أمّا المالكية فإنّهم يقولون بأنّ للحكمين حقّ الجمع وحق التفريق فإذا لم يستطيعا الإصلاح فرقا بينهما. وإذا رجعنا إلى عمل القضاء بنظام التحكيم في المحاكم الجزائرية نجد أنّه نادر جدا ولا يعمل به بل الأكثر من ذلك هناك من نادى بأن يكون نظام التحكيم حتى عند مرحلة الطلاق لعلّ تدخّل أهل الإصلاح من العائلة يبدّد عقبة الشقاق فيتراجع الزوجان عن الإقدام على الطلاق الذي به يهدّ كيان الأسرة [483].

إذن، إنّ مهمّة الحكمين محدّدة وتنحصر في أسباب النزاع القائمة بين الزوجين وظروفه وملابساته ثمّ تحديد مسؤولية كل واحد منهما ومحاولة الصلح والتوفيق بينهما بكل الوسائل،

---

[481] أنظر، علي منتصر، التحكيم بين الزوجين في حالة شقاق، رسالة الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، المغرب، 2001-2002، ص.207.

[482] أنظر، محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، 2001، ص.272.

[483] خليل عمرو، المرجع السابق، ص.133-136.

ويقدما تقريرا إلى القاضي يشمل النتائج التي توصلا إليها واقتراحاتهما لحسم الخلاف وهو رأي الحنفية. فوظيفة الحكمين الرئيسية هي الإصلاح بين الزوجين المتنازعين وهذا ما نصّت عليه المادّة (56 ق.أ) و نصّ المادّة (446 ق.إ.م.إ)[484].

وبشأن مهمة الحكمين فقد تولّت مدونة الأسرة المغربية بيان مهامها واختصاصها إذ نصّت في المادة 95 م.أ:" يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ببذل جهدهما لإنهاء النزاع".

إذا توصل الحكمان إلى إصلاح بيت الزوجين حررا مضمونه في ثلاث نسخ يوقعها الحكمان والزوجان ويرفعانها إلى المحكمة التي تسلم لكل واحد من الزوجين نسخة منه وتحفظ الثالثة بالملف ويتم الاشهاد على ذلك من طرف المحكمة ".

ومن خلال هذا يتبين أنّ المشرع المغربي قد جعل مهمة الحكمين محصورة في إصلاح ذات البين بين الزوجين وتأليف قلبهما على المودة وحسن المعاشرة والتوفيق بينهم بعد فهم أسباب الخلاف وأنّه لا حق لهما بعد تعذر الإصلاح في التفريق بين الزوجين لأنّ مهمتهما هي الإصلاح[485].

و ما يلاحظ من خلال مراجعة النصوص في الموادّ 95 – 96 – 97 من المدونة أنّ دور الحكمين لا يحتاجان في انتدابهما إلى حكم تمهيدي، بل يكفي بقرار ولائي تصدره هيئة الحكم كالآتي:

[484] جاء في نص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

[485] كمال العابد، المرجع السابق، ص.46.

– وجوب استقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين، أي حصر وتحديد هذه الأسباب وتوضيحها في التقرير المعدّ من قبلهما أو بسطها شفاهه أمام هيئة الحكم.

– بذل أقصى الجهد للتوفيق والسداد بين الزوجين بأي وسيلة يريانها مفيدة في ذلك.

– إذا نجحا في مسعاهما الرامي إلى الصّلح وجب تحرير مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ، يذيل بتوقيع كل واحد منهما فضلا عن توقيع الزوجين ويرفع التقرير إلى المحكمة ليوضع بالملف موضوع طلب التطليق للشقاق ليتم الإشهاد على وقوع الصلح بين الأطراف بمقتضى حكم.

– في حال فشل مسعى الصلح وجب تضمين ذلك من لدن الحكمين في التقرير أو مشافهة أمام المحكمة مع بيان مسؤولية كل واحد من الزوجين فيما وقع من شقاق مع تحديد أوجه هذه المسؤولية [486].

يستنتج أنّه رغم بذل الحكمين مجهودات ومساعي كبيرة في سبيل اصلاح النزاع بين الزوجين إلاّ أنّه قد تكلل هاته المجهودات بآثار إيجابية أو سلبية، فما هي الآثار المترتبة على إعمال التحكيم للشقاق بين الزوجين ؟. وهذا ما سنجيبه عنه في ما يلي.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على إعمال التحكيم للشقاق بين الزوجين

يعدّ دور الحكمين مهما جدّا في حلّ الخلافات الزوجية خاصة إذا انتهت بالصلح والتوفيق بين الزوجين، لكن هذا الدور قد لا ينتهي بالنتيجة الإيجابية المنتظرة، أو قد تنتهي المدة المحددة للتحكيم التي حددها القاضي ممّا قد ينقضي أو ينهي عمل الحكمين بطرق عادية (**الفرع الأول**)،

[486] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص.39.

وقد تنقضي مهمة الحكمين بطرق غير عادية خارجة عن إرادتهما كعزلهما من طرف القاضي، أو غياب أحد الزوجين ممّا يستحيل معه إجراء التحكيم أو قد يتوفى أحد الحكمين (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

انقضاء التحكيم بالطرق العادية

تنقضي مهمّة الحكمين بعدة طرق تكون عادة عادية والتي سنبينها في الآتي:

أولا– دور الحكمين:

يترتب على مهمة الحكمين نتيجتين فقط وهي إمّا الإصلاح بين الزوجين (أ) وهذا هو الهدف من التحكيم، وإمّا التفريق بين الزوجين (**ب**) وهذا ما لا يحبذه القاضي عادة لأنّه سيؤدي إلى تشتت الأسرة.

أ– الإصلاح بين الزوجين:

اتفق الفقهاء على أنّ المهمة الأولى الأساسية للحكمين السعي للإصلاح بين الزوجين، وتبدأ المهمة بأن يتعرفا على أسباب الخلاف، وبأن يبذلا جهدهما في استئصالها، ثمّ النصح للزوجين بحسن العشرة والتزام المعروف، وأحكام الشريعة في علاقتها وتعاملها، ومتى صدقت الإرادة وفقهما الله للصواب من الحكم أن صلحت نياتهما[487].

أمّا قانونا فنجد أنّ المشرع المغربي قد نصّ على أنّه إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين حرّر مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ يوقع من طرفهما ومن طرف الزوجين ويرفعانه إلى المحكمة التي تسلم نسخة منه لكل واحد من الزوجين وتحفظ الثالثة بالملف ويتمّ الإشهاد على

[487] محمد أحمد القضاة، المرجع السابق، ص.35.

ذلك من طرف نفس المحكمة وهي المسطرة التي تتضمنها المادة 95 من مدونة الأسرة الفقرة الثانية[488].

في المقابل، جاء المشرع الجزائري واضحا من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة على أنّه :" إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعيّن القاضي حكمين حكمًا من أهل الزوج وحكمًا من أهل الزّوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدّما تقريرا عن مهمّتهما في أجل شهرين".

فالملاحظ أنه تمّ قصر مهمّة الحكمين في التوفيق بين الزوجين، وتقديم تقرير عن ذلك إمّا بحصوله من عدمه، وليس لهما تقرير التفريق بل يظل رأيهما مجرد اقتراح غير ملزم للقاضي[489].

وقد جاء في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه :" إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن"[490]، وهو ما يفيد إلى أنّه إذا توصل الحكمين للصلح بين الزوجين يحرران محضر يقدمانه إلى القاضي الذي يتولى المصادقة عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

وهو ما نصّ عليه القانون المصري في المادة 09 منه على أنّه:" وعلى الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين، ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة"[491].

---

[488] أنظر، الحسن العلمي، مسطرة الشقاق في ظل مدونة الأسرة، مجلة المعيار، ع.32، ص.169-170.

[489] أنظر، عبد الله حاج أحمد، التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين، مجلة الشهاب، نوفمبر2015، ع.01، ص.171.

[490] قانون رقم 08-09، السابق ذكره.

[491] الرجوع لقانون الأحوال الشخصية المصري، السابق ذكره.

كما نصّت المادّة 113 في فقرتها 1 و 2 من القانون السّوري على ما يلي:" يبدأ الحكمان عملهما بالبحث عن أسباب الشقاق بين الزوجين، ثم يجمعانهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلاّ الزوجان ومن يرى الحكمان ضرورة حضوره، ويستمران في بذل جهودهما للإصلاح"[492].

ولقد جاء نص المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية الاردني واضحا حيث جاء فيه:" يبحث الحكمان أسباب النزاع والخلاف بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة من بحثهما معه، وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإذا رأيا إمكانية التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرّاها"[493].

فيلاحظ أنّ جل التشريعات الوضعية العربية قد أبدت ضرورة الإصلاح والتوفيق بين الزوجين في نصوص واضحة، مع عدم إبدائها إمكانية التفريق بين الزوجين من قبل الحكمين حيث نجد أن الفقهاء قد اختلفوا في هذا الرأي القاضي بالتفريق بين الزوجين وهو ما سنبينه في الآتي.

ب- التفريق بين الزوجين عند استحالة الصلح بينهما:

اختلف الفقهاء حول ما إذا كان للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين، فقال الشافعي و أبو حنيفة وأصحابهما أنّه ليس لهما أن يفرقا إلاّ بإذن أوْ توكيل من الزوجين، بينما يرى مالك وأصحابه أنّ لهما الفرقة بغير توكيل أو إذن من الزوجين، وحجّة الشافعية والحنفية أنّ الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج، أمّا حجة المالكية ما رواه الإمام مالك في

[492] القانون الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59، بتاريخ 1953/09/07، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل سنة 1975، ثم سنة 2004، والمعدل بالقانون رقم 04، بتاريخ 2019/02/07.

[493] قانون الأحوال الشخصية الأردني، السابق ذكره.

الموطأ من ذلك عن علي بن أبي طالب أنّه قال في الحكمين: « لهما التفرقة بين الزوجين والجمع»، كما أنّ الإمام مالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلّق للضرر متى ثبت[494].

فإذا رأى الحكمان المصلحة في الافتراق، وأنّ استمرار الحياة الزوجية بينهما غير ممكن وقد تحفوها مخاطر مستقبلية، حكما بالتفريق بينهما وكان طلاقهما نافذا ويقع بائنا وإن لم يرض الزوجان بعد إيقاعه، وكذا إذا لم يرض به الحاكم الذي كلّفهما على رأي المالكية وليس للحكمين إيقاع ما زاد عن الطلقة الواحدة.

وهذا القول هو أنّ الحكمين يمكنهما إيقاع الطلاق وإلزام الزوجين به مبني على أنّ عمل الحكمين طريقه الحكم أو القضاء وليس الوكالة أو الشهادة، أي: أن دور الحكمين كدور القاضي، وهذا هو المشهور في المذهب المالكي. فكما يجوز للقاضي أن يوقع الطلاق متى رأى المصلحة في ذلك، يجوز أيضا للحكمين أن يوقعا الطلاق متى رأيا أن المصلحة في ذلك و أنّ الزوجية بينهما لا يمكن أن تستمر حتّى وإن رفض الزوجان هذا الحلّ[495].

فولاية المحكم تنتهي بنهاية مهمته، والمقصود بذلك أنّ: « ولايته تنتهي بصدور الحكم أو بمرور الوقت إذا كان التحكيم مؤقتا دون صدوره »، فالهدف من موضوع التحكيم هو صدور الحكم، فإذا صدر الحكم انتهى المقصود من التحكيم وبذلك تنتهي مهمة الحكم، ويصبح كباقي الناس بالنسبة للخصوم[496].

---

[494] أنظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م.02، ج.03، دار المغرب، بيروت، لبنان، ص.140.

[495] أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010 ، ص.219.

[496] أنظر، هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مذكرة شهادة الماجيستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2014، ص.68.

وبهذا الخصوص، فإنّ حكم الحكمين بالتفريق يقع بصور منها: أنّه قد يكون تفريق بلا مال، إذا وجد الحكمان أنّ الإساءة من الزوج، و يترتب على ذلك أن يكون للمرأة الحق في المطالبة بكافة الحقوق المترتبة على الطلاق من مؤجل صداق و نفقة و عدة. وقد يفرق الحكمان بين الزوجين مخالعة، إذا وجدا أنّ الإساءة من الزوجة ويجب أن تلتزم المرأة بالمال الذي يفرضه الحكمان مقابل الخلع.

وقد يكون التفريق مخالعة بنسبة الإساءة، إذا كانت الإساءة من الطرفين، فتدفع الزوجة مالا بقدر نسبة إساءتها، وقد لا يفرق الحكمان بين الزوجين، بل يأتمنان الزوج على زوجته، ويأمرانه بالصبر عليها، إن وجدا أنّ الأمر لا يستحقّ التفريق، وبعد وصول الحكمين إلى رأي، عليهما أن يأتيا إلى القاضي، وإبلاغه الحكم الذي توصّلا إليه، وعليه تنفيذ حكمهما وجوبا، ولا يجوز تعقبه ولا نقضه من قبل القاضي[497].

أمّا المشرع الجزائري فلم يعطي للحكمين صلاحية التفريق بين الزوجين في حالة استحالة الصلح بينهما، ويظهر هذا جليا من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة السابق ذكرها، التي تلزم الحكمين بالتوفيق والصلح بين الزوجين فقط دون التفريق. بخلاف المشرع الأردني الذي أجاز صلاحية التفريق بين الزوجين من طرف الحكمين وكان أكثر تفصيلا في هذا الأمر طبقا لنص (المادة 132) من مدونة الأحوال الشخصية الأردني[498].

---

[497] أنظر، محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2008، ص.346.

[498] جاء في نص المادة 132 من مدونة الأحوال الشخصية الأردنية:" ...هـ – إذا عجز الحكمان عن الإصلاح ، وظهر لهما أن الإساءة جميعها من الزوجة، قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه، على أن لا يقلّ عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلّها من الزوج، قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة، على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه".

في المقابل، نجد المشرع المغربي هو الآخر سلك نفس نهج المشرع الجزائري حيث أنّه لم يخول للحكمين حق الحكم بشيء وإنّما لهما محاولة الإصلاح، ثم ردّ الأمر للمحكمة للإشهاد على الصلح الذي توصل إليه الحكمان، أو الحكم بالتفريق مراعية مسؤولية كلّ من الزوجين عن سبب الفراق، وهو بذلك ساير نهج المشرع التونسي الذي حصر هو الآخر مهمة الحكمين في الإصلاح فقط، دون أن تصل صلاحياتهما إلى حدّ التفريق بين الزوجين على حسب قواعد الفقه الإسلامي[499].

وتنتهي إجراءات التحكيم في الشقاق بين الزوجين بقرار يصدر من الحكمين بما اتفقا عليه، وقرار الحكمين في الجمع بين الزوجين نافذ بالإجماع، بغير عوض وإن لم يرض بالحكم الزوجان أو الحاكم، وسواء قلنا إن الحكمين وكيلان أم حاكمان إذ إنّ الحكمين لو كانا مقامين من جهة الزوجين فالحكم نافذ في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك، أو أحدهما حتى ولو لم يرض الحاكم فأولى أن يكون حكمهما نافذا إذا أقامهما الحاكم، هذا ما يراه المالكية[500].

وإذا اتفقا الحكمان على التفريق واختلفا على المقابل، كأنّ أحدهما قال بالتفريق بمقابل والآخر بغير مقابل فلا يلزم الزوج الطلاق إلا إذا التزمت الزوجة بالمقابل، فإذا التزمت بالمقابل الذي قضى به أحدهما لزوم الطلاق للزوج، وإذا اتفقا الحكمان على التفريق، واختلفا على مقدار المقابل أو صفته أو نوعه، يقع الطلاق ويكون الواجب خلع المثل وإذا لم يتفقا الحكمان على شيء بعث القاضي غيرهما، حتى يجتمعا على شيء[501].

---

[499] عبد القادر قرموش، المرجع السابق، ص.45-46.

[500] محمد أحمد القضاة، المرجع السابق، ص.43.

[501] أنظر، قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي، ط.01، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2009، ص.262.

و في التشريعات الوضعية فقد تبنى المشرع الأردني رأيا مخالفا الذي يخول للحكمين سلطة الجمع و التفريق، حيث جاء في مقتضيات (المادة 126/ف هـ) منه:" إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وظهر لهما أنّ الإساءة جميعها من الزوجة قررا التفريق على العوض الذي يريانه، على ألا يقل عن المهر وتوابعه، وإذا كانت الإساءة كلها من الزوج، قررا التفريق بطلقة بائنة على أن للزوجة أن تطالبه بسائر حقوقها الزوجية، كما لو طلقها بنفسه.

وجاء في الفقرة (و) من نفس المادة: " 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 أي منهما ".

وهذا القرار الذي يتخذه الحكمان ملزم للقاضي غير معلم له، فقد جاء في الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة: على الحكمين رفع التقرير للقاضي بالنتيجة التي توصلا إليها وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه، إذا كان موافقا لأحكام هذه المادة.

كما خولت المادة المذكورة سلطة الجمع بمقتضى الفقرة (د) منها حيث جاء فيها: " يبحث الحكمان أسباب الخلاف والنزاع بين الزوجين معهما أو مع جيرانهما، أو مع أي شخص يرى الحكمان فائدة في بحثهما معه وعليهما أن يدونا تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه فإذا رأيا إمكان التوفيق والإصلاح على طريقة مرضية أقرّاها"[502].

وسلطة الحكمين في الجمع والتفريق نصّ عليها أيضا المشرع المصري حسب نصّ المادة 10 من القانون رقم 100 لسنة 1985 ونصّها فيما معناه:" إذا عجز الحكمان عن الإصلاح كانت الإساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال قر التفريق بطلقة بائنة "[503]. ونفس السلطة المخولة

[502] الرجوع لقانون الأحوال الشخصية الأردني، السابق ذكره.

[503] الرجوع لقانون الأحوال الشخصية المصري، السابق ذكره.

للحكمين نصّ عليها المشرع السوري من خلال نص المادّة 114 من قانون الأحوال الشخصية السّوري[504].

ثانيا– انقضاء المدة المحددة للتحكيم:

في الفقه الإسلامي نجد أنّ الحنفية اعتبروا أنّه إذا كان التحكيم محدّدا بمدّة وانتهت فإنّ المحكّم ينعزل و ينتهي التحكيم[505].

أمّا قانونا، لقد جاء المشرع الجزائري صريحًا من خلال نصّ (المادة 56 ق.أ) حيث حدّد المدّة اللاّزمة للتّحكيم وهي أجل شهرين، حيث يقدّم الحكمين تقريرهما عن مهمّتهما خلال هاته المدة، وبالتالي يستنتج أنه تنقضي المدة المحددة للتحكيم بانقضاء مدّة الشهرين.

يلاحظ على المشرع المغربي عدم تحديد الأجل الذي يتعين فيه على الحكمين وضع تقريرهما أمام المحكمة، وترك بذلك المجال لسلطتها التقديرية مع مراعاته أجل البث في دعاوى التطليق الذي لا يتعدى ستة (6) أشهر. وبالتالي يفهم ممّا سبق أن مدة التحكيم تنقضي بانقضاء الأجل المتعلق بالبتّ في دعوى الطلاق بين الزوجين وهي ستة أشهر.

فإذا كان الأمر كذلك، يمكن القول أن المشرع المغربي قد خصّص مدة أكبر للحكمين المحددة بستة (06) أشهر من أجل اصلاح ذات البين بين الزوجين، على عكس المشرع الجزائري الذي قلصها بمدة شهرين (02) فقط وهو ما يُفسّر عدم اعطاء المشرع أهمية كبرى للتحكيم.

لكن السؤال الذي تبادر إلى أذهاننا بخصوص هاته المسألة، هو ماذا يترتب على انقضاء المدة المحددة للتحكيم؟، هل يتم الفصل في الدعوى أم يستطيع القاضي تعيين حكمين جديدين؟.

---

[504] الرجوع لقانون الأحوال الشخصية السوري، السابق ذكره.

[505] الحنفي زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ص.28.

في الحقيقة عند البحث عن إجاب شافية كافية للطرح أعلاه، نجد أنّ كلاّ من المشرعين الجزائري والمغربي لم يتكلما في المسألة المتعلقة بالفصل في الدعوى عند انتهاء مدة التحكيم أو عند تعيين حكمين جديدين للنظر في النزاع مرة أخرى.

لكن مع ذلك إذا كان التحكيم مؤقتا، انتهت ولاية الحكم بمرور الوقت المحدّد دون أن يصدر حكمه، فإذا حكّم الخصوم رجلا على أن يقضي بينهم في شهر كذا أو يوم كذا، فإذا مضى الشهر أو اليوم المحدّد دون أن يصدر حكمه انتهت ولايته ولا يكون له نظر النزاع، إلاّ بتجديد التولية[506]. وهو ما جاء في المادة 1846 من مجلة درر الحكام أنّه:" إذا تقيّد التّحكيم بوقت يزول بمرور الوقت مثلا الحكم المنصوب على أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ليس له أن يحكم بعد مرور ذلك الشهر فإذا حكم فلا ينفّذ حكمه"[507].

وعليه، يستنتج ممّا سبق، أنّ الحكمين في التحكيم المؤقت تنتهي ولايتهما على النزاع إذا انتهت المدة المحددة المؤقتة للتحكيم دون صدور حكمهما، ولا يكون لهما نظر النزاع من جديد إلا إذا عينهما القاضي مجددا، ممّا يعني امكانية تجديد التحكيم المؤقت من قبل القاضي إذا رأى ذلك.

الفرع الثاني

انقضاء التحكيم بالطرق غير العادية

وقد ينتهي التحكيم بطرق غير عادية قد تطرأ قبل البدء في عملية التحكيم بين الزوجين أو أثناءها أو بعد انتهاء التحكيم، وهي ربما عوارض قد تطرأ بصورة غير متوقعة على التحكيم، وهو ما سنتطرق إليه في الآتي:

---

[506] قدري محمد محمود، المرجع السابق، ص.285

[507] علي حيدر، المرجع السابق، ص.699.

أولا– عزل الحكمين:

اختلف الفقهاء في ما يتعلّق بعزل الخصمين لأحد الحكمين، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى أنّه يجوز لأحد الخصوم عزل المحكم قبل الشروع في التحكيم وبعده، وقبل اصدار الحكم، ونص بعض الفقهاء إلى جواز العزل فقط قبل الشروع في التحكيم[508]. وهي كالآتي:

أ– القول الأول: أنّ لأحد الخصمين عزل الحكم مطلقا قبل الشروع في التحكيم و بعده قبل الحُكم. و هو قول الحنفية و المالكية و الحنابلة و الشافعية و علّلوا بما يلي:

1– أنّ الحَكم في حقّ الخصمين مثل القاضي المولى من قبل السلطان، لو عزل القاضي قبل الحكم جاز، ذكره الحنفية.

3– أنّ الحكم يشبه الوكيل، وللموكّل عزل الوكيل متى شاء، ذكره الحنابلة والمالكية[509].

و قال الشيخ ابن قدامة المقدسي: « إذا ثبت هذا فإن لكل واحدٍ من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحُكم، لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف. وإن رجع بعد شروعه، ففيه وجهان أحدهما: له ذلك، لأن الحكم لم يتم، أشبه قبل الشروع. والثاني: ليس له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن كل واحدٍ منهما إذا رأى من الحَكَم ما لا يوافقه رجع فبطل به»[510].

---

[508] ابن فرحون، المرجع السابق، ص.50.

[509] مالك ابن أنس، المنتقى في شرح الموطأ، المرجع السابق، ص.227.

[510] أنظر، ابن قدامة، المغني، ج.11، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، د.س، ص.484.

ب- القول الثاني: ليس لأحد الخصمين عزل الحكم بعد الشروع في التحكيم، وله ذلك قبل الشروع فيه. وهو قول المالكية[511]، و الشافعية. وعلّلوا بما يلي:

1- أنّ التحكيم كالوكالة عند القاضي، وليس للموكل عزل الوكيل إذا خاصم عند القاضي، كما أنّه ليس للخصم أن يوكل بعد مباشرته للخصومة بنفسه. و هو رأي المالكية.

2- أنّ في عدم التمكين من العزل إراحة للخصم الممتنع منه من عناء تجديد الخصومة وذلك حق له.

3- أنّ أحد الخصمين إذا استشعر الغلبة عليه بعد الشروع في التحكيم فإنّه سوف يصير على عزل الحكم ممّا سيؤدّي إلى إبطال المقصود من التحكيم وهو فصل النزاع[512] .

ج- القول الثالث: أنّه ليس لأحد الخصمين عزل الحكم بعد الاتفاق على التحكيم والرضى به، قبل الشروع في التحكيم أم بعده [513].

كما يرى هذا القول أن الخصم ينقطع حقه في عزل الُمحكم بالرجوع عن التحكيم بشروع الُمحكم في الحكم وقبل تمامه، فإذا ترافع الخصوم أمام الُمحكم ثم قال أحدهما للمُحكم وقبل أن يشرع في إصدار الحكم "عَ ز لْ تُك" امتنع عليه نظر الخصومة، وإذا قضى بعد ذلك لا ينفذ قضاؤه، أما بعد شروعه في الحكم ولو قبل تمامه فلا أثر لرجوع من رجع منهما[514].

---

[511] وجاء في قول المالكية: « إلى أنّه يحق لأي من الخصمين عزل الحكم قبل الترافع إليه، وليس لهما ذلك بعد الترافع إليه». مقتبس عن، أنظر، الخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، حاشية المختصر على شرح سيدي خليل، ج.07، ط.01، دار الكتب العلمية، د.س، ص.151.

[512] زهير عبد الله علي آل جابر القرني، المرجع السابق، ص.77 وما يليها.

[513] زهير عبد الله علي آل جابر القرني، المرجع السابق، ص.79.

[514] أنظر، البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع. تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ. ص.309. ابن قدامة، المرجع السابق، ص.108.

ويقول ابن الماجيشون :« ليس لأحدهما – أي لأحد الخصوم – أن يبدو له أي الرجوع، كان ذلك قبل أن يفاتحه صاحبه أو بعدما ناشبه الخصومة، وحكمه لازم لهما كحكم السلطان لمن أحب منهما أو كره، نظر لصاحبه كمن ينظر السلطان في حقّ الغائب»[515].

الترجيح: يتبين من سابق الآراء رجاحة الرأي الذي يخول للطرفين عزل الحكم قبل صدور الحُكم، أمّا بعد صدوره فلا يعتدّ بالتراجع حينئذ، فالحكم يعتبر نافذا بالنسبة للخصمين ولا عبرة من التراجع و العزل[516].

أمّا قانونًا فنصّ قانون الإجراءات المدنيّة والإدارية صراحة بنصّ المادة 449 منه على أنّه: " يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبيّنت له صعوبة تنفيذ المهمّة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمرّ الخصومة ". فالنصّ يعطي القاضي صلاحيات إنهاء مهام الحكمين متى تراءى له تنفيذ مهمّة الصّلح الموكلة إليهما أضحت غير ممكنة لأيّ سبب كان، وتبعا لذلك كان له إعادة القضية إلى الجلسة لمتابعة إجراءات الخصومة بصفة عادية [517].

من جهة أخرى إنّ مدونة الأسرة لم تنصّ على عزل الحكمين في المقابل نجد أنّ قانون المسطرة المدنية المغربي قد نصّ على العزل في باب التحكيم في (الفصل 310) منه بقوله:" لا يمكن عزل المحكمين خلال مدّة التحكيم إلاّ إذا أجمع الأطراف على ذلك، ويمكن أن يخصّ هذا العزل أحد المحكمين فقط. يضع العزل حدّا لسلطات المحكمين فيكون كل حُكم قد يصدرونه بعد ذلك باطلا ولو لم يخطروا مقدّما بالعزل" [518].

---

[515] أنظر، الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي، المنتقى.ج.05، ط.01، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ص.227.

[516] هبة أحمد منصور، المرجع السابق، ص.68.

[517] أنظر، سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.01، دار الهدى، الجزائر، ص.619.

[518] قانون المسطرة المدنية، الباب الثامن التحكيم.

وعليه، يستشفّ من نصّ المادّة أنّه للقاضي الأسري إنهاء مهام الحكمين بعزلهما بموافقة الزوجين، مع امكانيّة عزل أحد المحكمين فقط دون الآخر، وفي حالة العزل تبطل سلطة الحكمين ويعدّ كل قرار أو حكم صادر منهما باطلا بطلان مطلق غير ساري التنفيذ.

ثانيا– غياب الزوجين أو أحدهما:

قد يطرأ طارئ على الزوجين أو أحدهما يستحيل معه الحضور الشخصي لجلسة التحكيم، فالسؤال المطروح هنا هو: لو غاب الزوجان أو أحدهما هل يستمرّ الحكمان في النظر في مهمتهما ؟، للإجابة فقد فرق الفقهاء بين حالتين:

أ– إذا كان الحكمان حاكمين: لا يصحّ فعلهما، لأنّ الحكم لا يصح للغائب وإن حكم الحكم عليه، وإن حكما فإنّ حكمهما غير نافذ لأنّ كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلاّ أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم.

ب– إذا كان الحكمين وكيلان: صحّ فعلهما ولهما إنفاذ تصرفهما، لأنّ غيبة الزوجين أو أحدهما بعد البعث لا يمنع الحكمين من الاستمرار في مهمتهما، وتصرّف الوكيل يصحّ بغيبة الموكّل، والوكالة لا تبطل بالغيبة[519].

وهو ما جاء عن ابن قدامة، حيث قال: « فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا أنّهما وكيلان لأنّ الوكالة لا تبطل الغيبة، وإن قلنا

[519] محمد أحمد القضاة، المرجع السابق، ص.46. ونفس القول لعبد الباسط محمد خلف، وسائل إنهاء المنازعات بين الأفراد في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، ط.01، دار المحدثين، القاهرة، 2008، ص.475.

إنهما حكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم لأنّ كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلاّ أن يكونا وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم الوكيل لا بالحكم »[520].

وما تجدر الإشارة إليه، أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى أثر غياب أحد الزوجين أو وكيلهما عن مجلس التحكيم في نص المادة 56 من قانون الأسرة، وهو ما استوجب الرجوع لرأي الفقه الإسلامي السّابق ذكره بهذا الخصوص.

أمّا من خلال الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنّ نصّ المواد 290 و 292 منه قد نصّت في ما معناه على أنّه في حالة غياب المدّعي دون سبب مشروع جاز الفصل في موضوع الدعوى بطلب من المدعى عليه، وإن لم يحضر هذا الأخير أو محاميه أو وكيله يفصل القاضي غيابيا، وهو ما يتفق مع رأي الفقهاء على اعتبار أنّ الحكمين هما حاكمان لا وكيلان، وفي نفس الوقت إنّ إلزام القاضي للحكمين بتقديم تقرير خلال شهرين يفسّر بكلّ وضوح أنّه اعتبر الحكمين وكيلين لا حاكمان.

من جهة أخرى نجد أن المشرع المغربي قد جاء في نص المادة 95 بقوله: " يقوم الحكمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين ويبذل جهدهما لإنهاء النزاع". يفهم من نصّ المادة أن عبارة « ...من في حكمهما... » تعني بمفهوم المخالفة في حالة غياب الحكمين وتولي النزاع من في مرتبتهما مثلا كمقربين من العائلة ...إلخ.

و مقارنة بالقوانين الوضعية فإنّ قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 100 لسنة 1985 قد جاء من خلال نص المادّة 09 منه على ما يلي : " لا يؤثر في سير الحكمين امتناع أحد

[520] أنظر، ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن محمد، المغني على حاشية الشرح الكبير، ج.05، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص.172.

الزوجين عن حضور مجلس التّحكيم متى تمّ إخطاره "[521]، يفهم من النصّ أنّ الحكمين يقومان بمهمتها رغم عدم حضور أحد الزوجين لجلسة التحكيم، حيث يكفي عقد التحكيم بحضور طرف واحد.

كما نصّت المادّة 113 في فقرتها الثانية من القانون السّوري بقولها: " ولا يؤثر في التّحكيم تخلّف أحد الزوجين عن الحضور بعد تبليغه، ويستمرّان في بذل جهودهما للإصلاح ".

ممّا سبق، يتبين أنّ الحكمان يمكن أن يعتبران نائبان في حالة غياب أحد الزوجين ولا يؤثر عدم وجودهما على سير إجراءات التحكيم.

ثالثا– وفاة الحكمين أو أحدهما أو فقدان أهليته:

تجري ولاية الحكم مادام حيًّا ما لم يتّصف بوصف يوجب عزله، ولكنّه إذا مات انتهت ولايته وهذا ما صرّح به الحنفية[522]. فموت الحكمين أو أحدهما هو من أسباب انقضاء التحكيم في رأي الفقه الحنفي.

أيضا، ينتهي التّحكيم بزوال أهلية الحكم فتزول أهلية الحكم بفقدانه إحدى شروط صلاحية الحكم للتحكيم، ويصبح حكمه غير نافذ كأن يرتدّ أو يجنّ أو يصبح أعمى[523].

وبهذا الخصوص، قال الماوردي: وهذا صحِيح، إذا جن أحد الزوجينِ بعد تحكِيمِ الحكمينِ أو أغمِي عليهِ لم يجز لِلحكمينِ أن ينفِذا حكم الشِقاقِ بين الزوجينِ على القولينِ معا؛ لِأنه إن قِيل :إن التحكِيم وكالة فقد بطلت بِجنونِ الموكِلِ. إن قِيل :إنه حكم فالجنون قد قطع

[521] قانون الأحوال الشخصية المصري، السابق ذكره.

[522] أنظر، الحنفي زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.07، ط.02، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1413هـ، ص.28.

[523] هبة أحمد محمد منصور، المرجع السابق، ص.68.

الشِقاق فإن أفاق المجنون مِنهما بطل التحكِيم إن قِيل: إنه وكالة حتى يستأنِفها المفِيق مِنهما دون الآخرِ ولا يحتاج إلى استِئنافِ إذنٍ مِن الحاكِمِ، ولم يبطلِ التحكِيم إن قِيل :إنه حكم، وجاز لِلحكمينِ بِالإذنِ الأولِ إمضاء حكمِهِما على الزوجينِ ولم يؤثِرِ الجنون فِي إبطالِ تحكِيمِهِما، وإنما أثر التوقف إلى إفاقتِهِما لِيعلم حالهما بعد الإفاقةِ فِي مقامِهِما على الشِقاقِ أو إقلاعِهِما عنه[524].

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص، أنّ المشرع الجزائري قد أشار إلى ناقصي الأهلية وعديميها في التقنين المدني وذلك من خلال نص (المادة 42 ق.م)[525]، و نصّ (المادة 43 ق.م)[526] ، كما نصّ قانون الأسرة الجزائري على تصرّفات ناقصي الأهلية و عديميها من خلال نصّ المادة 85 من قانون الأسرة بقولها:" تعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه أو السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" حيث تعتبر تصرفاتهم باطلة بطلان مطلق.

وعلى هذا الأساس، يمكن للقاضي عزل الحكمين إذا توفرت فيهم عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه.

والجدير بالذكر، أنّ المشرع الجزائري لم ينصّ في قانون الأسرة على حالة وفاة الحكمين أو أحدهما، ممّا استوجب الرجوع للقواعد العامة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت المادة 1024 منه: " ينتهي التحكيم بوفاة أحد الحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف..."[527].

---

[524] أنظر، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج.09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419 هـ -1999، ص.609.

[525] تنص المادة 42 من القانون المدني:" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون..."

[526] تنص المادة 43 من القانون المدني:"كل من بلغ سنّ التمييز ولم يبلغ سنّ الرشد وكل من بلغ سنّ الرشد وكان سفيها أو معتوها يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

[527] قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، السابق ذكره، ص.114.

في نفس السياق لم يشر المشرع المغربي عن حالة وفاة الحكمين في مدونة الأسرة بل اكتفى بذكرها في الفصل 312 من قانون المسطرة المدنية:" ينتهي التحكيم بوفاة أحد المحكمين ...". وهو ما يعدّ اغفالا من قبل المشرعين الجزائري و المغربي حيث يجب تنظيم إجراءات وحالات عزل الحكمين المختصين بحل النزاعات الأسرية وفق قانون خاص، أو إدراجها تحت عنوان معين " كحالات عزل الحكمين "، وذلك سواء في موادّ قانون الأسرة الجزائري أو مدوّنة الأسرة المغربية.

في ختام هذا الفصل، جدير بالذكر أنّ إجراءات إعمال الحكمين على مستوى القضاء الجزائري أو المغربي، بالرغم من أهميتها إلاّ أنها غير مفعلة على أرض الواقع على الوجه المطلوب بل قد تنعدم أحيانا، فحبذا لو أخذت مؤسسة الحكمين من الاهتمام من قبل التشريع والقضاء مثلما أخذ به طريق الصلح.

لكن ما قد يبعث الأمل في حلّ النزاعات الأسرية بين الزوجين، هو ظهور طريق جديد للتوفيق والإصلاح والذي لا يزال يبحث عن الأرضية الخصبة لقيامه، وسبل استحداثه و المتمثل في الوساطة الأسرية حيث تعدّ طريق بديل جديد لحلّ النزاعات الزوجية وخاصة لدى الدول العربية، ومنه فالطرح القائم هو ما هي رهانات استحداث الوساطة الأسرية في القانونين الجزائري والمغربي؟. وهذا ما سنجيب عليه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني

رهانات استحداث الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات بين الزوجين

.إن فشل نظام الصلح القضائي أو نظام الحكمين في تسوية النزاعات الأسرية دفع بوزارة التضامن الوطني والأسرة في الجزائر إلى التفكري في استحداث هيئة وطنية للوساطة الأسرية، تتمثل مهمتها في تسوية النزاعات وإقامة الصلح بين الأشخاص الموجودين في حالة نزاع خاصة بين أفراد الأسرة[528]. بل أكثر من ذلك و تأثّرا ببعض التجارب الغربية[529]، قام المشرع المغربي بتبني نظام الوساطة وحاول تجسيده على أرض الواقع بالاستعانة بعدّة مؤسسات وكذا بعض الأطراف لحلّ الخلافات بين الزوجين، لكن في المقابل، واجه هذا النظام الجديد بعض الصعوبات التي حالت دون قيامه الفعلي على أرض الواقع، بل في بعض الأحيان صار كأنّه غير مفعل في المحاكم أو شبه منعدم، ممّا قلّل من فعاليته، أمّا المشرع الجزائري . ولا نستطيع الحديث عن هاته الرهانات قبل التعريج على مفهوم الوساطة الأسرية وتبيان أهميتها (**المبحث الأول**)، ثمّ الانتقال بعد ذلك إلى سبل و رهانات تفعيل وإدماج الوساطة الأسرية ومعيقاتها (**المبحث الثاني**).

[528] أنظر، عبد الحفيظ ميلاط، الوساطة الأسرية في الجزائر بين الواقع والآفاق، مؤتمر دولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، يومي 07 و08 ديسمبر 2015، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المغرب، ص.20.

[529] سنتطرق لها لاحقا بالتفصيل بعنوان نماذج لتجارب الدول الغربية.

المبحث الأول

مفهوم الوساطة الأسرية و أهميتها

بحسب الكثير من المختصين، فإن الوساطة تشكل الآلية الأكثر أهمية لحل النزاعات في الوقت الحالي وفي المستقبل أيضا، بالنظر لكون المتقاضين المستقبليين يشعرون بكونهم أكثر مسؤولية وأقلّ مساعدة، وأن هدف الوساطة هو مساعدة الأطراف على الوصول لحل متوافق عليه أو على الأقل مقبول من قبل مجموع الأطراف[530].

وتجدر الإشارة، أنّ القاضي الجزائري وجب عليه عرض الوساطة في جميع المواد باستثناء شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام (المادة 994 ق.إ.م.إ). أمّا القاضي المغربي فعليه مراعاة عدم اشتمال اتفاق الوساطة، المسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح طبقا للفصل 327/56 من قانون الوساطة الاتفاقية.

لهذا كان لزاما علينا التقصّي حول مفهوم الوساطة بمفهومها العام وذلك بالبحث عن التعريف اللغوي والاصطلاحي لها، وإبراز أهمّ الأطراف الفاعلين بها (**المطلب الأول**)، كما تعتبر الوساطة وسيلة مهمة لحل النزاع حيث سنبين أهميتها وكذا تجارب بعض الدول في الأخذ بالوساطة (**المطلب الثاني**).

[530] عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص.259.

المطلب الأول

مفهوم الوساطة الأسرية والأطراف الفاعلة فيها

لم يكن ظهور الوساطة حديث النشأة بل ضربت بجذورها عرض الزمن الماضي، حيث كان العمل بالوساطة عند العرب في أيام الجاهلية، ثم امتدت للعصر الإسلامي الذي عرفته منذ أربعة عشر قرنا، أي قبل الجهود الدولية الحديثة، حيث اعتبرت الوساطة طريقا فعالا لحل الخلافات بطرق ودية بين القبائل عن طريق شخص كان يدعى "الحكم"[531]، ولمعرفة معنى الوساطة في حدّ ذاتها كان من الأنسب في هذا المطلب التعرض لمفهوم الوساطة لغويا واصطلاحيا وإبراز المفهوم القانوني لها (**الفرع الأول**)، ثمّ الحديث عن خصائصها و الأطراف الفاعلية فيها (**الفرع الثاني**)، و أخيرا إجراءات الوساطة القضائية (**الفرع الثالث**).

الفرع الأول

تعريف الوساطة و التنظيم القانوني للوساطة الأسرية

اختلفت الصياغات في وضع تعريف مناسب للوساطة لكن كلّها في الأخير تصبّ في معنى واحد وهي حلّ النزاع بين الأطراف، وللتّوسّع أكثر في المفهوم سأتناول تعريف الوساطة (**أوّلا**)، ثمّ التنظيم القانوني للوساطة الأسرية (**ثانيا**).

أولا– تعريف الوساطة:

[531] أنظر، أحمد ابراهيم حسن، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية القانونية، أبو عزم للطباعة، العصافرة، مصر، 2003، ص.409.

جاء في القاموس المحيط أن الوسط من كل شيء أعدله، ووسطهم وسطا وسطة جلس وسطهم، وهو وسيط فيهم أي أوسطهم نسبا وأرفعهم محلا، والوسيط المتوسط بين المتخاصمين، وتوسط بينهم عمل الوساطة[532].

وعرّف قاموس لاروس الوساطة بأنّها الوسيلة التي تستهدف الوصول إلى اتفاق، أي أنّ الوساطة هي مصدر للاتّفاق[533]، وعرفها الأستاذ ميشيل سورفاي (Sourvey) : « الوساطة الأسرية هي عملية بناء أو إعادة بناء الروابط الأسرية التي تركز على استقلالية ومسؤولية الأشخاص المتضررين من حالات التمزق أو الانفصال التي يكون فيها طرف ثالث محايدًا ومستقلًا ومؤهلًا وعديم القوة يشجع وسيط الأسرة، من خلال تنظيم المقابلات السرية، اتصالاتهم، وإدارة صراعاتهم في المجال الأسري المفهومة في تنوعها وتطورها، من خلال تنظيم المقابلات السّرية»[534].

ويمكن تعريف الوساطة بصفة عامّة بأنّها: « المساعي التي يقوم بها شخص محايد بين أطراف النزاع ومحاميهم من أجل الوصول إلى حلّ ودّي لهذا النزاع »[535]، والوساطة في الغالب هي وسيلة غير ملزمة لحلّ الخلافات القائمة بين الأطراف، من خلال اتفاقهم هم أنفسهم على تدخل طرف ثالث محايد وموضع ثقة، لإيجاد حل لخلافاتهم عن طريق الحوار[536].

---

[532] أنظر، محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج.02، ط.03، الهيئة العامة المصرية للكتاب، مصر، 1978، ص.388-389.

[533] Timsit Jean , La médiation , Une alternative à la justice et non une justice alternative. Gazette du Palais , recueil Novembre- Décembre 2001, pp. 1773.

[534] Michèle Savourey , La médiation familiale, L'adaptation d'outils extérieurs à la protection de l'enfance révue journal du droit des jeunes, édition WEKA, JDJ-RAJS n°268 - octobre 2007, p .16.

[535] أنظر، محمد سلام، الطرق البديلة لحل النزاعات، التجربة الأمريكية كنموذج، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات، 2004، ع.02، ص.144.

[536] Marie-Thérèse, Meulders-Klein, les modes alternatifs de règlement des conflit en matière familiale, analyse comparative, lacienne topor édition Brylants paris, 1999, p.218.

وتعرّف الوساطة الأسرية أيضا بأنّها: « مؤسسة اختيارية غير قضائية لحلّ جميع النزاعات الأسرية يقوم فيها طرف ثالث محايد وكفء بمساعدة الأطراف بطلب منهم أو بإحالة من قضاء الأسرة للتوصل إلى حلّ رضائي توافقي لا يتعارض مع القانون ومع النظام العام في إطار إجراءات سرية لا يطلع عليها إلاّ الأطراف أو الجهة القضائية الآمرة بإنجازها ولا يحتجّ بنتائجها ولا بما أدلى فيها من نزاع آخر»[537].

فالوساطة إذن، وسيلة غير قضائية تتلخص مهمتها الأساسية في فض النزاعات الأسرية، وذلك من خلال تدخل طرف ثالث محايد يعمل على تهيئة جوّ ملائم للأطراف المتنازعة من شأنه حدوث توافق بينها والحيلولة دون انحلال ميثاق الزوجية.

وأيضا تُعرّف الوساطة على أنّها طريق بديل لفض المنازعات بين الأشخاص بعيدا عن أروقة القضاء وجلساته العلنية، من خلال إجراءات ودية اختيارية، سرية وسريعة، تقوم على محاولة تقريب و جهات النظر بين أطراف النزاع، وتتم عبر تدخل طرف ثالث محايد تسمى الوسيط مستعملا فنون مستحدثة في إدارة المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية للنزاع تكون مرضية لجميع الأطراف[538].

وفي عملية الوساطة يساعد الوسيط أطراف النزاع على التوصل إلى قراراهم الخاص بشأن مواقف النزاع المعقدة، والتوصل إلى الطريقة المقبولة لإصلاح الأضرار وتقليل الخسائر خلال السعي لتسوية موقف النزاع[539].

---

[537] أنظر، خالد حجازي، السياسة التشريعية في مجال الأسرة في ضوء الواقع العملي قراءة نقدية، مجلة دراسات أسرية، 2016، ع.02، ص.161.

[538] أنظر، حمه مرامرية، نظام الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، م.30، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2019، ع.03، ص.24.

[539] Bernard s. Mayer, Conflict resolution, in, Encyclopdia,of social work, 19th , Ed,vo,1,U . S. A.NASW press ,1995, p. 621.

وعليه، يستنتج أنّ الوساطة هي:" قيام طرف محايد بالسعي إلى مساعدة الأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمِها وتوظيفِ مهاراته في إدارة المفاوضات لمحاولة التوصل إلى حل النزاع، وتسويتِهِ بشكل ودي وقائم على التراضي".

ثانيا – التنظيم القانوني للوساطة الأسرية:

لم يعرّف المشرع الجزائري للوساطة كطريق بديل لفض المنازعات لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، و إنّما اكتفى بوضع إجراءات الوساطة في الموادّ 994 إلى 1005 ق. إ.م.إ. ولقد نص المشرع في قانون الإجراءات الجزائية على الوساطة الجزائية في المادة 37 مكرر، و على الجنح الأسرية التي يجوز فيها الوساطة[540]. منها ترك الأسرة المادة 330 من قاون العقوبات، وعدم تسديد النفقة المادة 331 ق.ع، وعدم تسليم الطفل للحاضن المادة 328 ق.ع.

و بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجدها لم تشر كذلك في نصوصها الموضوعية والإجرائية إلى مصطلح الوساطة وإنّما نصّت في مادتها 82 على أنّه للمحكمة أن تقوم بكلّ الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة ومن تراه مؤهّلا لإصلاح ذات البين فتكون بنصّها هذا قد فتحت الباب على مصراعيه لقاضي الصلح لاتخاذ كلّ ما يراه مناسبا وضروريا لإصلاح ذات البين بين الزوجين والاستعانة بكل من يراه مؤهلا للقيام بهذه العملية، وهي بذلك تعطي مؤشرات لتفعيل إجراء الوساطة في مجال قضاء الأسرة.

[540] الأمر رقم 15- 02 مؤرخ في 07 شوال عام 1436 الموافق لـ 23 يوليو سنة 2015، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع.40، ص.30 و ما يليها.

ونجد أن المشرع المغربي قد عرف الوساطة الاتفاقية من خلال الفصل 56/327 من قانون المسطرة المدنية بأنّها :" العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بإبرام الصلح لإنهاء نزاع نشأ أو ينشأ فيما بعد"[541] .

الفرع الثاني

خصائص الوساطة الأسرية و أطرافها

أولا– خصائص الوساطة:

تنفرد الوساطة باعتبارها طريق بديل لحلّ النزاعات بين الأطراف بجملة من الخصائص والتي يمكن تبيانها في الآتي:

أ– السرعة:

من مميزات الوساطة أنها تتمّ بشكل سريع على خلاف النزاع الكلاسيكي الذي يثار أمام المحاكم أو أمام المحكم، فالنزاع يمكن أن يتوصل فيه الأطراف إلى اتفاق في يوم واحد فقط. لأنهم قاموا بتقييم الوسيلة الناجحة للاتفاق و المصالحة في مرحلة مبكرة إيمانا منهم بأن البحث عن الحل، أحسن من ضياع الوقت للوصول إلى الحق بأكمله[542].

وجدير بالملاحظة، أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ السرعة وذلك من خلال تحليل نص المادة 996 من قانون الإجراءات المدني والإدارية الذي حدّد مدة الوساطة في أجل لا يتجاوز

[541] قانون المسطرة المدنية المغربية.

[542] أنظر، فتحي عادل، الوساطة في حلّ منازعات قضايا الأسرة بين النظرية والتطبيق في الممارسة القضائية المغربية، مشروع نهاية الدراسة، إجازة مهنية تخصص الوسيط الاجتماعي، كلية التربية، جامعة محمد الخامس السويسي، المغرب، 2009، ص.43.

ثلاثة (03) أشهر مع امكانية تجديدها مرة واحدة فقط في حالة أن طلب الوسيط ذلك بعد موافقة الخصوم.

ب- المرونة:

تعدّ الوساطة وسيلة سهلة ومرنة تهدف للوصول إلى نتائج منصفة للنزاع ترضي جميع الأطراف. و من أهم مزايا الوساطة أنها تتم في جو تنتفي فيه التوتّرات والمشاحنات التي تلازم عادة المحاكمة وتعمل على اقتراح حل البديل الذي تجنّب الأطراف هاجس احتمال خسارة الدّعوى بسبب خطأ في الدّفاع[543]. وتتسم الوساطة بالبساطة وعدم تقييدها بالإجراءات المشروعة في الخصومة القضائية فأطراف النزاع هم العناصر الفاعلة فيها لا يهمهم سوى بلوغ حل يرضيهم، فالوسيط غير ملزم باتباع اجراءات معينة مادام الدف هو ايصال الأطراف للحلّ المرغوب[544].

ت- السرية:

تتميز الوساطة عمومًا بأنّ جلساتها التي تجمع الوسيط بكل طرف أو بالأطراف مجتمعين تتم في سرية وهذه قاعدة أساسية في الوساطة بحيث لا يجوز الاحتجاج بما تم في الجلسات أو بما تم فيها من تنازلات من قبل الأطراف أمام الجهات القضائية أو أية جهة أخرى في حالة فشل الوسيط في التوصل إلى حلّ ونص المشرع الجزائري في نصّ المادة 1005 من قانون الإجراءات المدنية والادارية بأنّه : "يلتزم الوسيط بحفظ السّر إزاء الغير"[545] .

---

[543] أنظر، ادريس جلام، الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها القضاء، مجلة المحاكم، المغرب، فبراير 2008، ع.12، ص.97.

[544] أنظر، كمال فنيش، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، ج.02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع.خ، ص.569 وما يليها.

[545] أنظر، العارية بولرباح، الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة مقارنة، ط.01، 2009، ص.42-43.

ويعتبر الهدف الأساسي من جعل النزاع يتم في سرية خاصة هو كون أنّ بعض القضايا لا يمكن جعلها في جلسة علانية. وذلك بتفادي المحاكم القضائية نظرا لما ينتج عنها من جراء العلانية التي تعود بالسلب على الأطراف وقد تضر بمصالحهم وتسيء بسمعتهم[546].

وفي حالة عدم التزام الوسيط القضائي بالتزامه القاضي بالسرية فإنّه يتعرض للعقوبات الجزائية المقررة بموجب نص المادة 301 من قانون العقوبات والتي تنص على ما يلي:" يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون افشاءها ويصرح لهم بذلك"[547].

وهو ما نصّ عليه المشرع المغربي في الفصل 66-327[548] على أنّه يلتزم الوسيط بوجوب كتمان السر المهني بالنسبة إلى الأغيار وفق المقتضيات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي المتعلقة بكتمان السر المهني.

فخاصية السرية تعطي للأطراف المتنازعة حرية الإدلاء بإفاداتهم من دون أن تترتب عليهم أي مسؤولية أو حجية أمام القضاء .

ث- التكلفة:

تعدّ الوساطة من الأعمال التي تؤدّى بمقابل فهو ليس عمل تطوعي أو مساعدة قضائية، وهو ما جاء في نصّ المادة 125 من المرسوم 09-100:" يتقاضى الوسيط القضائي مقابل أتعاب يحدّد مقداره القاضي الذي عينه..."، ما يمن للوسيط القضائي أن يطلب تسبيقا ماليا من

---

[546] أنظر، مروش أحمد، الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة شهادة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 18، 2007- 2010، ص.42.

[547] قانون العقوبات الجزائري.

[548] القانون رقم 05-08، السابق ذكره.

القاضي لقاء أتعابه التي سيقوم بها. وتجدر الإشارة أنّ المشرع الجزائري لم يحدد الجهة التي يودع على مستواها مقابل أتعاب الوسيط.

وبهذا الخصوص فقد نصت (المادة 12/فـ 02) من المرسوم التنفيذي رقم 09- 100 المحدد لكفيات تعيين الوسيط القضائي على أنّه :" يتحمل الأطراف مناصفة مقابل أتعاب الوسيط ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، أو ما لم يقرر القاضي خلاف ذلك بالنظر إلى الوضعية الاجتماعية للأطفال"[549].

ج- تخفيف العبء عن القضاء:

تعمل الوساطة باعتبارها وسيلة بديلة لحل النزاع على تخفيف العبء على المحاكم والقضاة، فهو طريق بديل يقود الأطراف إلى حل ودي للنزاع يضمن في اتفاق الوساطة يصادق عليه القاضي، ويكتسب صفة السّند التنفيذي ولا يكون قابلا للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المعروفة، فنتيجة هذا الاتفاق انقضاء الخصومة وهو ما يقلل من اللجوء إلى القضاء[550].

ثانيا- أطراف الوساطة الأسرية:

باعتبار الوساطة الأسرية آلية بديلة لتسوية النزاعات الأسرية، فإنها تحتاج عند قيامها على الوجه الأكمل تدخّل عدّة فاعلين تختلف نوعية مساهماتهم في إنجاح هذه الآلية كل على حسب مهمته، و في الغالب يضمّ النزاع المستلزم التدخل بآلية نظام الوساطة الأسرية ثلاثة أفراد وهم: الوسيط (أ)، والمدعى عليه (ب)، والطرف المتضرر (ج).

---

[549] أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المحدد لكفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر، ع.16، 2009.

[550] أنظر، محمد الطاهر بلموهوب، الوساطة القضائية دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الجزائري، رسالة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة باتنة 1، 2016-2017، ص.47.

أ- الوسيط:

يعدّ الوسيط[551] من أهم الأطراف الفاعلين في عملية الوساطة حيث بدونه لا يتم عقد جلسة وساطة، وتكمن مهمته في أنّه يعمل على معرفة طبيعة النزاع ومحاولة حله وتقريب وجهات نظر الأطراف بكل الوسائل والطرق المتاحة ومساعدة الأطراف إلى الوصول إلى حل ودي يرضي الطرفين، وذلك طبعا يتطلب خبرة وشروط يجب توافرها في الوسيط.

وفي سياق ذلك، فقد حدّد المشرع الجزائري الشّروط العامّة الواجب توافرها في الوسيط وذلك من خلال نص المادة 998 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نصت:" يجب أن يعين الشخص الطبيعي[552] (وقد يكون الوسيط جمعية طبقا لنص المادة 997 ق.إ.م.إ) المكلّف بالوساطة من بين الأشخاص المعترف لهم بحسن السّلوك والاستقامة، وأن تتوفّر فيه الشروط الآتية:

---

[551] Le médiateur n'est ni un juge ni un arbitre, c'est-à-dire qu'il ne tranche pas le litige mais aide les parties à trouver elles-mêmes une solution à leur différend. Il est indépendant, impartial, neutre et formé au processus de la médiation :
Indépendant : il n'entretient aucune relation d'intérêt professionnel avec l'une ou l'autre des parties.
Impartial : le médiateur doit non seulement être impartial mais aussi apparaître impartial aux yeux des parties. Il ne prend pas partie, il est uniquement un facilitateur.
Neutre : le médiateur doit adopter ce positionnement vis-à-vis de la solution choisie par les parties.
Formé : le médiateur doit impérativement être formé au processus de médiation. Il doit ainsi réunir des compétences professionnelles, mais aussi humaines : qualité d'écoute, diplomatie, disponibilité, créativité…L éxavoué, Les modes alternatifs de règlement des conflits ,édito sur les marc, société d'avocats : L éxavoué, France, p.24.

[552] على نقيض المشرع المغربي الذي عهد بالوساطة بصفة عامة إما لشخص ذاتي أو لشخص معنوي أي عن طريق الوساطة المؤسسية بواسطة مركز للوساطة له أنظمة ومسطرته (67-327) مع الإشارة إلى أن قانون المحاماة يخول في فصله 09 للمحامي القيام بهذه المهمة.
وفي حالة اللجوء إلى القضاء رغم وجود اتفاقية الوساطة فإن على المحكمة التصريح بعدم قبول الدعوى إلى حين استنفاذ مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة ويتعين أن يثير الطرف المعني الدفع بعدم القبول ولا يجوز أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها. منشور في الموقع الالكتروني: https://www.bibliotdroit.com

1- ألاّ يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعا من حقوقه.

2- أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه. وبهذا الخصوص فقد ألزمت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 09 - 100 أن يكون الوسيط حائزا على شهادة جامعية أو دبلوم أو تكوين متخصص أو أية وثيقة تؤهله لتولي الوساطة.

3- أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة، وتحدّد كيفيّات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". ولقد نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي 09 - 100 على ضرورة اخطار القاضي من طرف الأطراف أو الوسيط نفسه لاتخاذ الإجراءات اللازمة إذا ما ظهر مانع ما يحول دون عقد جلسة الوساطة، كوجود قرابة سابقة بين الوسيط والأطراف أو مصلحة شخصية للوسيط.

كما يجب على الوسيط تأدية القسم قبل أداءه لمهامه الصلحية وهو ما جاء في المادة 10 من المرسوم 09 – 100 على ما يلي: "يؤدي الوسيط القضائي، قبل ممارسة مهمته أمام المجلس القضائي المعين في دائرة اختصاصه اليمين الآتية:" أقسم بالله العلي العظيم أن أقوم بمهمتي بعناية وإخلاص، وان أكتم سرها وأن أسلك في كل الظروف سلوك الوسيط القضائي النزيه والوفي لمبادئ العدالة والله على ما أقول شهيد". وعليه هذا إن دل فهو يدل على مدى اهتمام المشرع الجزائري بضرورة أن يكون الوسيط نزيها عند أداء مهامه.

كما حدّد المرسوم التنفيذي 09-100 الشروط اللازمة للتسجيل في قائمة الوسطاء القضائيين وذلك من خلال نص المادة 02 منه[553].

[553] جاء في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09-100 ما يلي:

- أن لا نكون قد حكم عليه بسبب جناية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية،
- أن لا يكون قد حكم عليه كمسير من أجل جنحة الإفلاس ولم يرد اعتباره،
- أن لا يكون ضابطا عموميا قد وقع عزله ، أو محاميا شطب اسمه، أو موظفا عموميا عزل بمقتضى اجراء تأديبي نهائي".

وتكون إجراءات تعيين الوسيط عادة من خلال إعداد قائمة حيث يتم اختيار الوسيط من ضمن هاته القائمة، وتكون قائمة في كل مجلس قضائي، ويؤدي الوسيط المختار اليمين أمام القاضي[554]، وتوجه طلبات التسجيل إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يقع بدائرة اختصاصه مقر إقامة المترشح، مرفقة بالوثائق الكفيلة بتحديد مدى توفر الشروط المطلوبة، ويقوم النائب العام بإجراء تحقيق اداري بشأن تلك الملفات، ثم يحولها إلى رئيس المجلس القضائي، ويستدعي هذا الأخير لجنة لانتقاء الطلبات والفصل فيها[555].

وأخيرا، بعد إعداد القوائم ترسل إلى وزير العدل للموافقة عليها بموجب قرار، وبعد ذلك يؤدي الوسطاء اليمين أمام المجلس القضائي المعينين في دائرة اختصاصه، وبمجرد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط .يخطر الوسيط القضائي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخير ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة[556]. هذا عن شروط الوسيط بصفة عامة في القانون الجزائري، أمّا عن شروط الوسيط في التشريع المغربي فلم يحدده بنص خاص، وإنّما نص فقط على شرط السرية المهنية و ذلك ضمن القانون رقم 05-08 والمتمثل في ضرورة التزام الوسيط بالسر المهني بالنسبة إل الأغيار (الفصل 66-327) من المسطرة المدنية.

وهو ما يعدّ غير كافي مقارنة بالمشرع الجزائري فحسنا فعل المشرع عندما عمل على وضع شروط تعيين الوسيط القضائي بصفة عامة ضمن قانون خاص، بالرغم من عدم تخصيص شروط معينة للوسيط القضائي الأسري، وهو ما نرجو أن يقوم به مستقبلا مثله مثل المشرع المغربي.

---

[554] المادة 04/فـ .03 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009 يحدد كيفيات تعيين الوسيط القضائي.

[555] المادة 08 من المرسوم التنفيذي 09-100، السابق ذكره.

[556] المادة 1000 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- المدعى عليه:

عادة يقصد بالمدعى عليه المتسبّب بالضّرر، وفي إجراء الوساطة يجب أن تتوفر في المدّعى عليه نفس الشّروط العامّة المتوفرة فيمن ترفع عليه الدعوى القضائية بصفة عامة. حيث يعمل الوسيط على محاولة التوفيق بين المدعى عليه المتسبب في النزاع وبين المتضرر الضحية، والوساطة الأسرية تكون غالبا بين الزوجين حيث قد يكون أحدهما مدعى عليه والآخر متضررا سواء أكان الزوج أو الزوجة.

ج- الطرف المتضرر:

يعدّ الطرف المتضرر أهمّ أطراف عملية الوساطة الأسرية فلا يتصور قيامها بدون رضائه، فهدف الوساطة هو ضمان جبر الضرر سواء بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو تعويض مالي أو عيني عن الضّرر الحاصل للمتضرر من الفعل المجرم شرعا أو قانونا المنسوب للمدعى عليه، وليس لوكيل الجمهورية دور في اتفاق الصلح بينهما، وعليه ينبغي على المتضرر المشاركة الفعالة في عملية الوساطة الأسرية.

ومن الضّمانات التي توفرّها الوساطة الأسرية للمتضرّر الحقّ في طلب رفع الضرر أو ردّ الاعتبار ولو نفسيا أو اجتماعيا، أو حتى حصوله على تعويض مناسب وعادل، كما يكون له الحق الكامل في قبول الوساطة أو رفضها أو الانسحاب منها وكذلك حقه في الاستعانة بمحام[557].

وتظهر أهمية عمل الوسيط كطرف في حلّ النزاعات الزوجية، حيث يقوم بإجراءات معينة عملية للتوفيق بين الزوجين، وتجدر الإشارة أنّ المشرعين الجزائري والمغربي لم يضعا اجراءات تتعلق

[557] أنظر، سنوسي علي، الشغور القانوني في إجراءات المادة الأسرية، مجلة الاجتهاد القضائي، مج.12، 17 أكتوبر 2019، ع.02، ص.77.

بالوساطة الأسرية بالتحديد، حيث سنتطرق إلى الوساطة القضائية بصفة عامة ثمّ نقيس على أساسها اجراءات الوساطة الأسرية فيما يلي.

الفرع الثالث

إجراءات الوساطة القضائية

حدّدت المواد من 999 الى 1001 من قانون الاجراءات المدنية والادارية إجراءات سير الوساطة، وتنحصر هاته الاجراءات في عرض القاضي الوساطة على الخصوم (**أولا**)، وتحديد مدة الوساطة (**ثانيا**) ثم تحرير محضر اتفاق من عدمه (**ثالثا**).

أوّلا– عرض القاضي الوساطة على الخصوم:

القاضي ملزم بإجراء الوساطة على الخصوم وذلك واضح في نصّ المادّة 994 من قانون الإجراءات المدنية والادارية بقولها:" يجب على القاضي اجراء الوساطة على الخصوم"، ففي حالة قبول الخصوم لإجراء الوساطة (نصّ المادّة 999 ق.إ.م.إ)[558]، يتمّ تعيين وسيط قضائي يحاول حلّ النّزاع بين الأطراف المتخاصمة وعليه من خلال عقد جلسات وساطة فردية و مشتركة[559]، يتولى القاضي تعيين الوسيط، ويقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة من أمر تعيين وسيط إلى الخصوم والوسيط وهذا ما نصت عليه (المادة 1000 من ق.إ.م.إ)[560].

---

[558] جاء في نص المادة 999 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يجب أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط ما يأتي:

1- موافقة الخصوم

2- تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية إلى الجلسة".

[559] هذا ما أكدته نص المادة 994 ق.إ.م.إ بتكليف الوسيط بدعوة أطراف النزاع إلى جلسة وساطة :" ...لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم...".

[560] جاء في نص المادة 1000 ق.إ.م.إ:" بمجرّد النطق بالأمر القاضي بتعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم و الوسيط".

لكن في المقابل، نجد أن المحكمة العليا قد خرجت على نصّ المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاءت بالمبدأ الآتي:" عدم عرض الوساطة على الخصوم، لا يرتب البطلان الإجرائي"[561].

ثانيا– تحديد مدّة الوساطة

تعتبر المدة الزمنية في الوساطة ذات أهمية بالغة في حلّ النزاع حيث كلما كانت المدّة أطول كلّما كانت فرص الصلح والوفاق أكثر، فبعد قبول الخصوم للوساطة وتعيين القاضي للوسيط القضائي، وتقدّر مدّة الوساطة بمدة ثلاثة (03) أشهر قابلة للتجديد لمرّة واحدة بطلب من الوسيط بعد موافقة الخصوم وذلك عند الاقتضاء (المادة 996 ق.إ.م.إ).

ونفس المدّة أخذ بها المشرع المغربي فيما يتعلق بالوساطة مع قابلية التمديد إذا تطلب الأمر ذلك من خلال الفصل 65-327 الذي جاء فيه :" يحدد الأطراف مدة مهمة الوسيط

---

[561] وجاء في حيثيات القرار ما يلي:

" **وجه الطعن المثار من الطاعن المرتبط بالمبدأ** :

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات المادة (01/358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: لكون الحكم المؤيد بالقرار محل الطعن خالف قاعدة جوهرية في الإجراءات منصوص عليها بالمادة (994) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تلزم القاضي بعرض إجراء الوساطة على الخصوم ومنها القضايا العقارية, والحكم المستأنف لم يعرض الوساطة على الأطراف وهو إجراء جوهري وجوبي يؤدي إغفاله إلى مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات تؤدي إلى نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ :

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات المادة (01/358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: وحيث أن الطاعن يعيب على قاضي الدرجة الأولى عدم عرض إجراء الوساطة على الخصوم عملا بالمادة (994) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والحال أن المادة المحتج بها لا ترتب أي جزاء على عدم عرض هذه الوساطة, فضلا عن كون المادة (60) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية, تقضي بأنه لا يقرر بطلان الإعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك, وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه, ومن ثم فالوجه المثار يبقى غير مبرر ويتعين رفضه.**منطوق القرار** :قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا "، أنظر، المحكمة العليا، قرار رقم 1147501، بتاريخ 2018/12/13، منشور في الموقع الالكتروني: http://www.coursupreme.dz، اطلع عليه، بتاريخ 15 ماي 2020، الساعة 13:05.

في أول الأمر دون أن تتجاوز أجل ثلاثة أشهر من التاريخ الذي قبل فيه الوسيط مهمته. غير أن للأطراف تمديد الأجل المذكور باتفاق يبرم وفق نفس الشروط المعتمدة لإبرام اتفاق الوساطة "[562].

ثالثا– تحرير محضر اتفاق من عدمه:

يقوم الوسيط عند الانتهاء من مهمته بإخبار القاضي كتابيّا بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه، وفي حالة الاتفاق يحرر الوسيط محضرا ويوقعه من الخصوم، ثم ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقا طبقا لنص المادة 1003 ق.إ.م.إ. وعند اتفاق الخصوم يقوم القاضي بالمصادقة عل محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ويعدّ محضر الاتفاق سندا تنفيذيا طبقا لنص المادة 1004 ق.إ.م.إ [563]. أما في حالة عدم وقوع الصلح لأي سبب من الأسباب فإن الوسيط يسلم وثيقة عدم وقوع الصلح إلى القاضي المختص موضحا فيها السبب الذي أدّى إلى ذلك، وهنا يجب أن ترجع القضية للجدول، على اعتبار أنّه لا يترتّب عن الوساطة تخلي القاضي عن النزاع. ولا يقلّل بأيّ حال من الأحوال حقّ الأطراف في اللجوء إلى القضاء[564].

وإنّ فشل الوساطة يعيد المتنازعين يعيد المتنازعين إلى مسلك الطريق القضائي الذي ينهي النزاع بالحكم، وقد يكون عدم التوصل إلى اتفاق راجع إلى تعذّر الوصول إلى اتفاق أو بسبب إنهاء الوساطة أو بسبب عدم متابعة إجراءات الوساطة من طرف الخصوم[565].

---

[562] قانون المسطرة المدنية، السابق ذكره.

[563] قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السابق ذكره.

[564] حمه مرامريه، المرجع السابق، ص.30.

[565] أنظر، العايب لبنى، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والإدارية، مذكرة شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 24، الجزائر، 2013-2016، ص.52.

ونفس الإجراء نجده عند الوسيط المغربي حيث يقترح الوسيط، عند انتهاء مهمته، على الأطراف مشروع صلح أو بيانا عن الأعمال التي قام بها. ويحرر ذلك في وثيقة صلح تتضمن وقائع النزاع وكيفية حله وما توصل إليه وما اتفق عليه الأطراف على الشكل الذي يضع حدا للنزاع القائم بينهم. و يوقع الوسيط مع الأطراف وثيقة الصلح الذي توصل إليه. وفي حالة عدم وقوع الصّلح لأي سبب من الأسباب فإن الوسيط يسلم وثيقة عدم وقوع الصلح التي تحمل توقيعه للأطراف[566].

في الأخير يمكن القول أنّه لا يكفي تحديد مفهوم الوساطة وشروطها لكي ندرك فعالية الوساطة ومكانتها لحل النزاع بين الأطراف، بل يجب تبيان أهميتها و ابراز تجارب بعض الدول التي تبنت هذا النظام المستحدث وهو ما سنتطرق إليه في الآتي.

المطلب الثاني

أهمية الوساطة الأسرية و نماذج لتجارب بعض الدول الغربية والعربية في مجال الوساطة الأسرية

تكمن أهمية الوساطة الأسرية في كونها تحافظ على الكيان الأسري و تمنع الأسرة من التّفكّك والانهيار، ممّا يعزّز من مكانتها وأهميتها (**المطلب الأول**)، ولقد تبنّت معظم الدول الغربية نظام الوساطة الأسرية في قوانينها وكانت السبّاقة في ذلك ثمّ حذت حذوها الدول العربية (**المطلب الثاني**).

[566] الفصل 68-327 من قانون المسطرة الدنية.

الفرع الأول

أهمية الوساطة الأسرية وأنواعها

سأبين في هذا الفرع أهمية الوساطة الأسرية (**أوّلا**)، ثمّ سنتطرق إلى أنواع الوساطة (**ثانيا**):

أولا– أهمية الوساطة الأسرية:

بحسب الكثير من المختصين، فإنّ الوساطة تشكل الآلية الأكثر أهمية لحلّ النزاعات في الوقت الحالي وفي المستقبل أيضا، بالنّظر لكون المتقاضين المستقبليين يشعرون بكونهم أكثر مسؤولية وأقلّ مساعدة، وأنّ هدف الوساطة هو مساعدة الأطراف على الوصول لحلّ متوافق عليه أو على الأقل مقبول من قبل مجموع الأطراف[567].

فلا يمكن إنكار الأهمية التي تمثلها الوساطة الأسرية كوسيلة بديلة لحل الخلافات الناشبة بين طرفي الخصومة، بشكل ودي لتفادي كل ما من شأنه أن يكون سببا في إيقاع الطلاق بينهما، وذلك عن طريق التقليص من حدّة النزاعات، وبناء علاقات متينة بين أطراف النزاع داخل الأسرة، وتأهيل هؤلاء لتقوية التوازنات النفسية، والتوافقات السلوكية والاجتماعية بين الأزواج.

كما أنها تشكل جسرا للتواصل بين الأزواج وأداة فعالة للتخفيف من العبء الملقى على أقسام قضاء الأسرة، أضف إلى أنّ الدور الأساسي للوساطة يتجلّى في تحويل سلوكيات النّزاع إلى إدراكات واعية والعمل على بلورة منهجيّات تسمح بالتوسّط.

وما يزيد من أهميّة الوساطة الأسرية ويرفع من مكانتها في حلّ الخلافات الأسرية، هو أنّ اللجوء إليها قد يكون مجانيّا أو بتكاليف تقل بكثير عن تلك التي يتحملها المتقاضون أمام

[567] أنظر، عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائيين العدالة المؤسساتية والعدالة المكملة أو البديلة، ط.01، الرباط، 2013، ص.259.

المحاكم، هذا فضلا عن كون طرفي النزاع يشاركون في صياغة حلول لنزاعاتهم، بشكل يشجعهم على تنفيذها والالتزام بها، على خلاف الأحكام التي تكون صادرة عن المحاكم[568].

ثانيا– أنواع الوساطة:

نجد أنّ للوساطة عدّة مسّميات كالوساطة القضائية و الوساطة الخاصّة، و الوساطة الاتفاقية، وكذا الوساطة الجنائية فكل نوع منها له ميزات خاصة ينفرد بها عن الآخر، لكن السؤال المطروح هو: هل لهذه الأنواع من الوساطة نفس المهام أم تختلف عن بعضها كلّ على حسب مسمّاه؟، وهذا ما سنجيب عنه في الآتي:

أ– الوساطة القضائية:

وتتمّ من خلال القاضي الناظر في القضية، بحيث يعرض الصلح على الطرفين قبل البتّ في القضية، وتطوّر الأمر حتى أصبح هناك محاكم أو مراكز تابعة للمحكمة متخصّصة في النظر في قضايا الوساطة[569].

و تعتبر الوساطة "قضائية" عندما يتم اقتراحها من قبل قاضي في القضايا العائلية إلى أطراف النزاع وبعد الحصول على موافقتهم، ويقوم القاضي بتعيين خدمة أو وسيط لإشراكه[570].

ويمكن أن يكون الوسيط مؤسّسة مختصّة في الوساطة، كمكتب للدراسات والاستشارات القانونية، أو جمعية مهنية أو شركات متخصّصة في الوساطة الأسرية، وفي هذا الإطار نجد بعض

---

[568] أنظر، أحلام علمي، دور مؤسسة الوساطة في حل المنازعات الأسرية، يوم دراسي حول عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة الحصيلة والآفاق، يوم 05 يناير 2015 جامعة محمد الأول، الكلية متعددة التخصصات، الناظور، دار النشر القلم، الرباط ، ص.171-172.

[569] أنظر، عبد الله بن محمد العمراني، الوساطة في تسوية المنازعات – دراسة فقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مجلة قضاء، دار النشر الجمعية القضائية السعودية، 2013، ص.104.

[570] Michèle Savourey, op cit, p.15.

المحاكم الأجنبية كالأمريكية والبريطانية يمارس لديها وسطاء معينون الوساطة بصفة منتظمة، كما نجد وسطاء يعملون بمراكز ومعاهد متخصّصة في الوساطة، قد تستعين بهم هذه المحاكم في القيام بالوساطة [571].

وتجدر الإشارة أنّ الوساطة القضائية هي التي أخذ بها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما يتبين من نص المادة 994 ق.إ.م.إ :" يجب على القاضي عرض اجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد...".

ب–الوساطة الخاصّة:

هي وساطة يقوم بها وسيط خاص يعينه القاضي المكلف بالدعوى، من خارج الهيئة القضائية للمحكمة باتفاق الخصوم، ويعين الوسطاء الخصوصيون من طرف رئيس المجلس القضائي، بتنصيب من وزير العدل وذلك من بين القضاة المتقاعدين أو المحامين و المهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المعتمدين لدى وزارة العدل، أو الجهة المماثلة المخولة لمثل هذا الاعتماد.

ت– الوساطة الاتفاقية:

وتتمّ من خلال الوسيط المتفق عليه من قبل أطراف النزاع[572]. ويتم اختيار الوسيط الأسري في الوساطة الاتفاقية بناء على رضى الطرفين المشترك، واعتمادا على ما يتمتّع به الوسيط من قيم ومؤهّلات علميّة وعمليّة، تؤهّله للقيام بفتح الحوار بين الطرفين وتهيئ أجواء التواصل وسبل التفاهم واستعراض البدائل المتاحة للوصول إلى قرار يضع حدّا للنزاع بينهما[573]. وهي التي أخذ

[571] أنظر، أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، طنجة، 2014– 2015، ص.476.

[572] عبد الله بن محمد العمراني، المرجع السابق، ص.104.

[573] أنس سعدون، المرجع السابق، ص.477.

بها المشرع المغربي في قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية حيث نص في الفصل 56-327 على أنّ:" اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين الوسيط يكلف بتسهيل ابرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد".

ث-الوساطة الجزائية:

يتطلب تطبيق" الوساطة الجزائية"[574] من قبل المدعي العام في إطار سلطته لتسريع المحاكمات، قبل الشروع في دعوى عامة في التقاضي العائلي، يتم استخدامه بشكل رئيسي لجرائم مثل هجر الأسرة، وعدم النفقة، وعدم رعاية الطفل، وأحيانًا في حالات الشكاوى بشأن "العنف" وفي حالة الشقاق الزوجي على سبيل المثال، ومهما كان سبب التدخل، فإن الأطراف المعنية تشارك بشكل مباشر في العملية التي تتكون دائمًا لدعم قدرة الأشخاص المشاركين في الحوار ، وعزله واتخاذ قرارات مشتركة[575].

و لقد استحدث المشرع الجزائري نظام الوساطة الجزائية من خلال الأمر رقم 15-02[576]، ونجد المادة 37 مكرر قد نصّت على إجراء الوساطة، فجاء فيها :" يجوز لوكيل الجمهورية قبل أي متابعة جزائية أن يقرر بمبادرة منه أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه إجراء وساطة عندما يكون من شأنها وضع حدّ للإخلال الناتج عن الجريمة أو جبر الضّرر المترتّب عليها. تتمّ الوساطة بموجب اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة و الضحية" .

[574] Plus précisément, «la médiation pénale est une mesure alternative aux poursuites pénales. Sur proposition du Parquet, elle réunit l'auteur et la victime d'une infraction pénale, en présence d'un tiers médiateur habilité par la justice. Elle consiste à trouver une solution librement négociée et à définir les modalités d'une réparation». ROIG Eric, Médiation pénale (définition), in Droit-finances, janvier 2019. Adapte de Djilali TCHOUAR, La médiation pénale en matière familiale en droit français, revue méditerranéenne de droit et d'économie, Volume 3, Numéro 2, 17/06/2018, p.10.

[575] Michèle Savourey , op cit , p.15.

[576] الأمر 15-02، السابق ذكره، ص.30.

أمّا المشرع المغربي فلم يعرف تطبيق لآلية الوساطة الجنائية باعتبارها وسيلة حديثة وإجراء غير تقليدي ضمن بدائل الدعوى العمومية[577].

في الأخير، تجدر الإشارة أنّ أنواع الوساطة المذكوره أعلاه هي على سبيل المثال فقط لا الحصر وهي ليست الوحيدة بل يوجد عدة أنواع أخرى[578]، وهذا إن دلّ فهو يدلّ على مدى أهمية هذا النظام في إجراء الصلح، لهذا عملت الدول سواء الغربية أو العربية على تبنيه في قوانينها على شكل تجربة، وهو ما سنتطرق له في الآتي.

الفرع الثاني

نماذج لتجارب بعض الدول الغربية والعربية في مجال الوساطة الأسرية

لم تعد الوساطة الأسرية كتجربة جديدة بديلة لحل النزاعات الأسرية مقتصرة على الدول الغربية والأوروبية فقط (**أوّلا**)، بل تبنتها بعض الدول العربية أيضا كمصر والأردن (**ثانيا**).

أولا– نماذج لتجارب الدول الغربية:

[577] أنظر، عبد الرحمان المليانى، بدائل الدعوى العمومية في السياسة الجنائية الحديثة، أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2013-2014، ص.280.

[578] تتخذ الوساطة أنواعا عديدة: كالوساطة البسيطة وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى الى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين. وهناك الوساطة تحت شكل قضاء صوري وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضمّ وكلاء عن أطراف النزاع وذل للوصول إلى حل مقبول من الطرفين. وهناك الوساطة الاستشارية وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من المحامي أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لحل النزاع. وهناك وساطة التحكيم وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة. مقتبس عن،
Jean-claude Goldsmith, les modes de règlement amiable des différends Rdal.1996, n°01, p.222.

غنيّ عن البيان، أنّ الدّول الغربية هي السّباقة في تبنّي نظام الوساطة وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال بعض النماذج كالنموذج الأمريكي، و الفرنسي والكندي، وذلك فيما يلي:

أ- النموذج الأمريكي:

حظيت مؤسسة الوساطة[579] بتنظيم تشريعي في الولايات المتحدة الأمريكية منذ سنة 1946 بموجب القانون الفيدرالي للوساطة و المصالحة للتصدي لحل المنازعات سواء في القطاع العام أو الخاص. و فيما يخص الوساطة الأسرية[580]، بدأ العمل بها ابتداء من سنة 1970، و يرجع الفضل للأبحاث التي قام بها المحامي الأمريكي "J.Cowlson" ، حيث انطلق من تقنيات التحكيم للتخفيف من آثار الطلاق، و في سنة 1980 قام المحامي "O.J.Coogler" من ولاية أطلانطا، بفتح أول مركز للوساطة الأسرية، و في نفس السنة ، تبنت ولاية كاليفورنيا أول قانون يخص الوساطة الأسرية، حيث تجبر مقتضيات هذا القانون الآباء في حالة حصول النزاع حول حضانة الأبناء اللجوء إلى وسيط أسري "un médiateur familial"، لتنظيم حق الزيارة، و بعدها تلتها ولايات أخرى، لتنتقل إلى وراء الحدود، بعد أن فرضت وجودها بفعل خصائص الفعالية و السرعة و يسر المسطرة و بذلك أصبح لنظام الوساطة إشعاع على المستوى العالمي. والوساطة في النموذج الأمريكي[581] إمّا:

1- **وساطة قضائية:** في هذا النوع، يتطلب وجود نزاع مطروح أمام القضاء، الذي يعين وسيط معتمد لدى المحاكم، و قد يكون محاميا أو قاض متقاعد أو خبير، و قد يكون يعمل بصفة

---

[579] أنظر، أحمد الفقيه، قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، الندوة الجهوية الحادية عشر، قصر المؤتمرات بالعيون- الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى - 01-02 نونبر 2007، ص.455.

[580] "La médiation familiale"، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: http://www.lamediationfamiliale.fr ، اطلع عليه بتاريخ: 14- 10 –2020، الساعة 14:08.

[581] زهور الحر، المرجع السابق، ص.126 .

منتظمة في بعض المحاكم كمحكمة الاستئناف الفيدرالية بولاية كاليفورنيا التي تؤدي أجرا مقابل الخدمة، فالوساطة تتم بالمجان و لا يؤدي الأطراف أي أجور لهؤلاء الوسطاء.

2- **وساطة اتفاقية:** و التي لا يكون فيها نزاع مطروح أمام المحاكم، حيث يتفق الطرفان على وسيط بعيدا عن المحكمة. و بموجب القواعد النموذجية للوساطة في القضايا العائلية و الطلاق سنة 2000، فقد تم استحداث ما يعرف بوسيط الطلاق الشخصي[582].

و إذا كانت ولاية فلوريدا أول ولاية اعتمدت الوسائل البديلة لحل النزاعات، فهذه التجربة تعتبر الرائدة من نوعها كإنجلترا التي تعتمد على الممارسة و التجربة الفعلية و العملية دون الاكتراث للقوانين.

ب- النموذج الفرنسي:

انتقلت الوساطة إلى فرنسا من الولايات المتحدة الأمريكية في نهاية الثمانيات من القرن الماضي بوصفها مقاربة جديدة و مكملة للقانون في مجال تسوية النزاعات الأسرية المرتبطة بالطلاق و انفصال الأزواج[583].

وضع أوّل قانون ينظم الوساطة الأسرية في فرنسا بتاريخ 1973/1/3، تمّ وضع قانون آخر تم بمقتضاه تعيين وسيط الجمهورية في 1976/12/24 وبتاريخ 1990/4/5 تمت المصادقة على قانون خاص بالوساطة القضائية ، إلاّ أنّه لم يطبّق إلاّ بصورة محتشمة من لدن بعض القضاة اعتمادا على مقتضيات المادة 21 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، وبقي الامر كذلك إلى حين صدور قانون 07 فبراير 1995 الذي نظّم مسطرة الوساطة الأسرية، حيث أسند لقاضي الموضوع مباشرة الصلح تلقائيا، أو بطلب من المتنازعين ، وذلك بتعيين وسيط من الأفراد أو

[582] أنظر، بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القضائية- دراسة في القانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص. 54 .

[583] Annie, babu et Pierrette Bonnoure-Aufiere, guide de la médiation familiale- étape par étape, ed premiéres 2006, Ramonville sait- agne ,p. 22-23-24

الجمعيات تحدد مهامه وأتعابه، والطرف الذي يتحملها، ومدّة الوساطة في قرار التعيين تحت طائلة البطلان، وذلك لمدّة لا تزيد عن ثلاثة أشهر قابلة للتمديد لمرّة واحدة بناء على طلب الوسيط[584].

ج- النموذج الكندي:

اقتبس المشرع الكندي (كيبيك) نظام الوساطة الأسرية، من النموذج الأمريكي حيث صدر قانون 1985 الخاص بالطلاق ليؤسس للوساطة الأسرية بإلزامه المحامي بتوجيه الخصوم اللجوء ابتداء إلى المصالح المكلفة بالوساطة الأسرية قبل اللجوء إلى القضاء، وبتاريخ 1993/09/10 تمّ تعديل قانون المسطرة المدنية لينصّ على إجبارية الوساطة قبل اللجوء إلى المحكمة الأسرية، ليدخل قانون الوساطة الأسرية كنظام حيّز التطبيق بتاريخ 1997/9/1، والذي كفل مجانية هذه الخدمة الإجبارية بالنسبة للأزواج والأبناء أثناء تقديم طلبات الطلاق والحضانة والنفقة[585].

ثم قام المشرع الكندي بإدخالها في قانون الإجراءات المدنية سنة 2003 وأصبحت الوساطة القضائية تدخل ضمن النظام القضائي التقليدي تحت عنوان وسائل الحل القضائية و هذا و بموجب المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية فإن المحكمة تتدخل للتأمين الحسن لسير الإجراءات، وتبعا لذلك فإن القضاة لا يملكون فقط السلطة في هذه الممارسة بل عليهم واجب يتمثل في التسيير الحسن للملف القضائي[586].

---

[584] عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، المرجع السابق، ص.376.

[585] عادل حاميدي، المرجع السابق، ص.377.

[586] Ginette Latulippe, la médiation judiciare: un nouvel éxercise de justice, Mémoire présente a la Faculty des etudes supérieures de l'université Laval – Québec Midrise en droid, 2010, p.18.

ثانيا– نماذج لتجارب بعض الدول العربية:

بعد نجاح التجارب الغربية في مجال الوساطة حاولت الدّول العربية هي الأخرى استحداث هذا النظام في قوانينها ونذكر على سبيل المثال التجارب المصرية والأردنية والكويتية وهذا ما سنشرحه في الآتي:

أ– التجربة المصرية:

أنشأت محاكم الأسرة التي تتولّى الفصل في النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وتتولى مكاتب تابعة لوزارة العدل حلّ الخلافات الأسرية وإزالة أسباب الشقاق بين الأطراف، حتى إذا تعذّر التوفيق أمكن حينها اللجوء إلى مسطرة التقاضي العادية.

وتضمّ مكاتب تسوية المنازعات الأسرية حسب المادة 05 من القانون أعلاه عددا مهما من الأخصائيين القانونيين، الاجتماعيين، والنفسانيين، الذين يتمّ اختيارهم بناء على قرار من طرف وزير العدل، بتشاور مع باقي الوزراء المعنيين، ويرأس كلّ مكتب أحد الخبراء القانونيين أو المختصين في شؤون الأسرة، المقيدين في الجدول المعتمد من طرف وزارة العدل، ويتم اللجوء إلى هذه المكاتب دون رسوم أي بصفة مجانية ويجب أن تنتهي التسوية خلال (15) خمسة عشر يوما، من تاريخ تقديم الطلب ولا يجوز تجاوز هذه المدة باتفاق الخصوم[587].

فإذا تمّ الصّلح حرّر رئيس مكتب تسوية المنازعات الأسرية محضرا بذلك لإثباته يوقعه أطراف النزاع ويلحق بمحضر الجلسة التي تمّ فيها وتكون له قوة السندات الواجبة التنفيذ وينتهي بهم النزاع في حدود ما تمّ الصلح فيه، أمّا إذا لم تنجح الجهود الرامية إلى التسوية في جميع عناصر النزاع أو بعضها و أصرّ الطالب على استكمال السير فيه يحرر محضر بما تمّ منها ويوقعه أطراف

[587] الرجوع لنص المواد 07-08-09 من القانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة المصرية.

النزاع وترفق به تقارير الأخصائيين وتقرير رئيس المكتب ويرسل الجميع إلى كتابة ضبط محكمة الأسرة المختصة التي ترفع إليها الدعوى وذلك في موعد لا يتجاوز سبعة أيام من تاريخ طلب أي واحد من أطراف النزاع وذلك للسير في الإجراءات القضائية أمام محكمة الأسرة، بالإضافة كذلك ألزم المشرع المصري خلال المحاكمة بالاستعانة بالأخصائي الاجتماعي والنفسي واللذين عليهما أن يقدما للمحكمة تقريرا في مجال تخصّصهما[588].

ت- التجربة الأردنية:

لقد ترك المشرع الأردني المجال مفتوحا أمام طرفي الخصومة الأسرية باللجوء إلى عدّة جهات تتواجد في مقرات المحاكم المخصصة للنظر في النزاع وبالرجوع لقانون الوساطة الأردني يمكن استخلاص أنواع الوساطة في هذا البلد في وساطة قضائية ووساطة اتفاقية ووساطة خاصّة. فإذا كانت الأولى تتمّ من قبل قضاة والثانية من طرف جهة يتفق أطراف النزاع على اللجوء إليها، فإنّ هذه الأخيرة تتمّ من خلال قضاة متقاعدين ومحامين ومهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحياد والنزاهة يعينهم رئيس المجلس القضائي بقرار من وزير العدل.

إلاّ أنّ أمر اللجوء إلى أي من الأنواع السالفة الذكر لا يتمّ إلاّ في حالتين ، فأمّا الأولى: أن يحيل القاضي المكلف بالنظر في الدعوى هذا الأمر إلى جهة التي ستتولى مهمة الوساطة الأسرية بعد اجتماعه بالخصوم أو من ينوب عنهم وبناء على طلبهم، وأمّا الحالة الثانية فتتمّ الإحالة فيها من طرف قاضي الصلح في ضوء الإجراءات المتبعة في الحالة الأولى[589].

[588] القانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة المصرية.

[589] أحلام عليمي، المرجع السابق، ص.185- 186.

ب- التجربة الكويتية:

الكويت كغيرها من الدول اتجهت نحو اعتماد الطرق البديلة لحل النزاعات انسجاما مع الموضة العالمية في هذا المجال وكذلك مع التوجهات الاستراتيجية لكافة دول الخليج في تطوير مؤسسة القضاء. ولهذا الغرض قام المشرع الكويتي بإحداث مكتب الاستشارات الأسرية سنة 1966 تابع لوزارة العدل، ويقدم هذا المكتب خدماته الاستشارية في حالات قبل وبعد الطلاق وتتجلى أهدافه في التقليل من نسب الطلاق وتحقيق التعامل الايجابي بين المطلقين والأبناء إلى جانب دراسة الطلاق التي ترد إدارة الوثيقات الشرعية قبل القيام بالإجراءات القانونية اللازمة لإتمام الطلاق ويبلغ الزوجة بموعد الطلاق ويعطي للزوجين مهلة تتراوح بين أسبوع وثلاثة أسابيع ليتمكنوا من خلالها من مراجعة نفسيهما قبل إيقاع الطلاق[590].

ت- التجربة الجزائرية:

جدير بالتنويه أن المشرع الجزائري كان يستعمل الطرق البديلة لحل النزاعات قديما تحت مسمى الزوايا و تاجماعت[591] وحلقة العزابة[592].

حيث كان يشكل قضاء الصلح العرفي الذي تقوم به المؤسسات القبلية والدينية بمنطقتي القبائل ووادي مزاب منذ آلاف السنين أهمية بالغة للنظام القضائي الوطني، لاعتباره من جهة

---

[590] أنظر، وكالة الانباء الكويتية كونا، اطلع عليه بتاريخ 2020/02/15، الساعة 17:05. منشور على الموقع الالكتروني: www.kuna.net.

[591] تاجمعت مؤسسة تقليدية تمارس سلطة اجتماعية على مختلف التركيبات الاجتماعية التقليدية في القرى القبائلية في المجتمع الجزائري، كما انّها تعتبر بمثابة الوسيط الوحيد الذي يحمل على عاتقه مهمة الوساطة المجتمعية، فكان لكل قرية كيان مستقل ما أكّده كل من "هاناتو" و "لوترنو" وهذا الكيان له حياته الخاصة وكيانه، وهو الذي يختار رؤساؤه ويضع قوانينه، ويدير نفسه بنفسه. أنظر،

Letoumux A, hanoteux A ,La kabylie et les cotumes Kabyles, Paris, Edition Bouchene, 03 livres, 2003. p.1236.

[592] عبد الحفيظ ميلاط، المرجع السابق، ص132.

نموذجا يجسد فلسفة المجتمع وقوانينه الأصيلة في الحفاظ على مبدأ التضامن والانسجام بين أفراده لتحقيق الاستقرار الاجتماعي؛ ولكونه من جهة أخرى آلية فعالة وسريعة لتفعيل مضمون المادة 459 من القانون المدني، تساهم في معالجة النقائص الفادحة التي يمثلها قضاء الدولة المثقل بالبيروقراطية، وتخفف العبء عن الجهاز القضائي الدولاني[593].

أمّا قانونا فظهر التجربة الجزائرية من خلال القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصّ على الوساطة كبديل لحلّ النزاعات حيث نظّمها ضمن (12) مادة قانونية، أي من نصّ المادة 994 إلى نصّ المادة 1005 منه، لكن ما يعاب على هذا القانون أنّه استثنى من الوساطة القضائية قضايا الأسرة والقضايا العمّالية على اعتبار أنّ لها إجراءات خاصّة بها[594].

ث- التجربة المغربية:

أمّا المشرع المغربي فقد عمل على توفير إطار قانوني حديث للوسائل البديلة لحل المنازعات في المغرب من خلال بنود القانون 05 - 08 المتعلق باتفاقية الوساطة والتحكيم، ويظهر أن المشرع المغربي قد فضّل اتباع التدرج في إدخال ثقافة الوساطة في القضايا المدنية وضمنها قضايا الأسرة، على مراحل وخطوات، تبتدئ بجعلها اختيارية وليست إلزامية، وذلك من أجل التّشجيع على اللّجوء إليها باعتبارها وسيلة ناجعة لفضّ النزاعات بشكل مريح للطرفين[595]. وبالنّسبة

[593] أنظر، عبد الله نوح، المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب، طريقة أصيلة، بديلة وفعالة لحل النزاعات بواسطة الصلح ، مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2017/05/07، مج25، ع.01، ص.38.

[594] جاء في نص المادة 994 ق.إ.م.إ :" يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية و كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام .

[595] أنظر، زهور الحر، الصلح والوساطة الأسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، الندوة الجهوية الحادية عشر حول الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، قصر المؤتمرات بالعيون يوم 1و2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط، ص.142.

للعمل بالوساطة القضائية فقد كانت هناك تجربة بسيطة على مستوى بعض المحاكم قبل تعديل قانون المسطرة المدنية سنة 2007، إلاّ أنّها لم تفعّل بشكل كبير لعدة أسباب ممّا أدى إلى التخلي عنها.

وتجدر الإشارة، أنّ الوساطة المتبعة في المغرب هي الوساطة الاتفاقية، على نقيض المشرع الجزائري الذي اتبع الوساطة القضائية، حيث يمكن أن يرفع أحد المتنازعين قد رفع الدعوى أمام القضاء مع البدء في إجراءاتها ثم يتم الاتفاق على الوساطة، وبذلك توقف اجراءات التقاضي الى غاية الانتهاء من عملية الوساطة القضائية[596].

لكن ما يمكن استخلاصه من هاته التجارب هو أنّ الدول العربية كانت أقلّ اقبالا على بديل الوساطة الأسرية خاصة بالجزائر والمغرب، بالرغم من أن الدول الغربية كانت سباقة لهذا الإجراء لتبنيه في قوانينها، ممّا جعلنا نتساءل عن رهانات تفعيل وادماج الوساطة ضمن القوانين الأسرية وأهمّ المعيقات التي حدّت من تفعيلها والنهوض بها، وبما أن المغرب بادرت إلى استحداث الوساطة أكثر منه من المشرع الجزائري، فقد تم التطرق إلى الرهانات التي عمل بها المشرع المغربي كنموذج في المبحث الآتي.

المبحث الثاني

رهانات تفعيل وإدماج الوساطة الأسرية ومعيقاتها

في الغالب، نجد أنّه أية محاولة لاستحداث نظام جديد يتطلب تهيئة المناخ المناسب والأرضية الخصبة لها، وهذا ما عمل به المشرع المغربي حيث حاول إدخال نظام الوساطة من خلال عدّة طرق أو رهانات لتفعيله وإدماجه في القانون المغربي (**المطلب الأول**)، لكن في المقابل فقد واجه

[596] أنظر، بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص.54.

المشرع عدّة معيقات وعقبات حالت دون تفعيل نظام الوساطة على أرض الواقع (**المطلب الثاني**) ، وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

المطلب الأول

رهانات تفعيل وإدماج الوساطة الأسرية بالمغرب

عمل المشرع المغربي على تفعيل نظام الوساطة من خلال ادماجه في النظام العائلي (**الفرع الأول**)، والاستعانة بالمجتمع المدني من خلال استحداث المساعدة الاجتماعية، وجهود الجمعيات والمجالس العلمية (**الفرع الثاني**)، والذي سنتناوله في الآتي:

الفرع الأول

إدماج الوساطة بالنظام العائلي

في المغرب اتّخذت وزارة العدل من برنامج دعم قضاء الأسرة[597]، لتفعيل مدوّنة الأسرة مرجعية نحو إقرار وإدخال الوساطة في التخصّصات العائلية، ويندرج السياق العامّ لهذا البرنامج في وجوب البحث عن تخصّصات جديدة كعمل الوسيط، المساعد الاجتماعي، العالم النفسي...وآخرون، لمواكبة المسار القضائي من ناحية التوجيه والمساعدة وتيسير النزاعات. ذلك أنّ الوساطة تسهل تطبيق مدونة الأسرة وتجنب النزاعات وتساهم في حماية حقوق الطفل والتقليص من نسبة الطلاق.

[597] وعمل هذا البرنامج بالتعاون مع وزارة العدل من أجل إقرار ميكانيزمات الوساطة في المجال الأسري عبر خلق وتكوين أربع خلايا في كلّ من جهات الدار البيضاء، إنزكان، بنسليمان، وطنجة، ويتجسد الهدف من توجيهها في تسهيل عمل القضاة والمتدخلين الآخرين عن طريق البحث الاجتماعي، الإصغاء، التوجيه وتتبع وضعية الأسرة التي تواجه صعوبات، كما يطمح هذا البرنامج إلى تبني ملحق خبرة متخصصة يهدف إلى خلق هيأة أو نشاط خاص بالوساطة.

و تبعا لذلك عملت وزارة العدل على تطوير الوساطة العائلية من خلال خلق حوار وتواصل بين الزوجين في طور الانفصال. وحفظ الترابط بين أفراد العائلة وتجنب الظروف السلبية التي تؤدي إلى الاختلاف والانفصال مع وجوب مراعاة حقوق الطفل. و تسهيل عمل القضاة.

الفرع الثاني

دور جمعيات المجتمع المدني في تفعيل الوساطة الأسرية

ينحصر دور جمعيات المجتمع المدني في الاستعانة بأشخاص محدّدين كالمساعد الاجتماعي (**أولا**)، أو عن طريق الاستعانة بمؤسّسات متمثّلة في الجمعيات و المجالس العلمية (**ثانيا**)، وذلك لتجسيد آلية الوساطة على أرض الواقع وتفعيله.

أولا– المساعدة الاجتماعية:

إنّ المساعدة الاجتماعية هي تلك الخدمات المادية والمعنوية ذات الصبغة الإنسانية، والمجهودات المنظمة التي تقدم إلى من يحتاجها من الأفراد والجماعات والمجتمعات في مؤسسات أو هيئات بواسطة أشخاص مهنيين معدين إعدادا نظريا وعمليا للقيام بالمسؤوليات المطلوبة منهم[598].

عمل المشرع المغربي على تعيين مجموعة من المساعدين والمساعدات الاجتماعيين في عدد من محاكم المملكة بغرض إدماجهم في أقسام قضاء الأسرة، وللمساعدة الاجتماعية دور علاجي المتمثل في العمل على مساعدة الأسرة التي تعرف بعض الهزات الارتدادية، من خلال إنجاز مسطرة الصلح الأسري في قضايا الطلاق والتطليق، نظرا لمؤهلاتهم وقدرتهم على التواصل بعائلتي الزوجين والجيران، وعقد جلسات متكررة مع أطراف النزاع تحت الإشراف المباشر للمحكمة، مع

[598] أنظر، أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1982، ص.399.

توفرهم على تقنيات عالية في التواصل وكلّ تجاهل لهذه الإمكانيات سواء العملية أو الاجتماعية من شأنه التأثير على نجاح الصّلح[599].

ثانيا– الجمعيات و المجالس العلمية:

سأتطرق إلى تبيان دور الجمعيات في عمل الوساطة وتفعيله (أ)، ثمّ سأتناول المجالس العلمية **(ب)** فيما يلي:

أ– **الجمعيات:**

إنّ جمعيّات المجتمع المدني وخاصّة الجمعيات المختصّة في قضايا الأسرة، يمكن أن تقوم بوظيفة التّأهيل للحياة الزوجية وكذلك الصلح الأسري وإزالة الشقاق، فالجمعيات شريك أساسي في التربية والتعليم ويمكنها من خلال الندوات والدورات التكوينية أن تقوم بدور كبير في ترسيخ قيم الحوار والصّلح وفي القيام به أيضا عن طريق جلسات الإنصات والتوجيه، كما يمكنها بشراكة مع المؤسسات الجامعية القيام بدراسات حول أهمّ المشاكل الأسرية وأسبابها والاستفادة من ذلك في تنوير الرأي العام بأهمية الصلح[600].

زيادة على ذلك، تعبّر عن العمل التطوعي والتكافل الاجتماعي، وذلك بتوفيرها مراكز الاستماع والاستقبال، لمساعدة الأسر التي تعيش وضعية نزاع وعدم تفاهم، وذلك من خلال تقديم مساعدات نفسية وقانونية، ومن خلال مبادرات ومحاولات الصلح والإرشاد، حيث يكون من السهل التمهيد للوساطة من طرفهم، خاصة وأن المقبلين على هذه المراكز يكونون في الغالب

[599] أنظر، سعاد الأخريسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2005، ص.70. أنظر، الملحق رقم 14، ص303.

[600] أنظر، الحسين الموس، قيم الصلح ومدونة الأسرة، مجلة دراسات أسرية، فبراير 2016، ع.01، ص.44.

أميّين وفي حالة نفسية يمكن أن تتقبّل كلّ الحلول[601]، ممّا يسهل إقناعهم بولوجها في هذه المبادرات[602].

واقترحت المتحدثة شائعة جعفري رئيسة المرصد الجزائري للمرأة، ضرورة الاستعانة بالوسطاء القضائيين في قضايا الطلاق، حيث تبدأ مهمتهم قبل لجوء الزوجين إلى جلسات الصلح، حيث يقترب الوسيط من الزوج والزوجة لمحاولة الإصلاح بالاستعانة بالعائلة الكبيرة قبل لجوء الزوجين إلى المحكمة، حيث أكدت جعفري أن الكثير من الجزائريين يعانون من عقدة من المحاكم، حيث تمنع كرامة الزوج العودة إلى الزوجة بعد وقوفه في المحاكم وكشف أسراره وكذلك الأمر للزوجة وهذا ما يجعل مهمة القاضي في الإصلاح بينهما صعبة، عكس الوسيط القضائي الذي يدخل العائلة ويستعين بحكمائها قبل اللجوء إلى أروقة المحاكم[603].

ب- المجالس العلمية:

لعلّ من أبرز المؤسّسات التّي يمكن أن تقوم بدور الوسيط الأسري هي المجالس العلمية المحلية[604]، نظرا للمؤهّلات المفترضة في القائمين عليها في رأب الصّدع بين الأزواج وإشاعة ثقافة

---

[601] كمال العابد، المرجع السابق، ص.117.

[602] من بين هذه المبادرات، نذكر ما قامت به جمعية كرامة التي تعتبر من الجمعيات النسائية الناشطة بمدينة طنجة وإسهامها في حل المشاكل الاجتماعية والنفسية وبناءها لمراكز اجتماعية وتعليمية واقتصادية خاصة بالأسرة ومشاكلها، وكذلك" جمعية جسور ملتقى النساء المغربيات" والتي نظمت بالرباط بتاريخ 2008/10/17 وبشراكة مع المركز الدولي للوساطة والتحكيم، وكذا بتعاون مع وزارة العدل والحريات لقاءا لتمهيد الطريق نحو نشر ثقافة الوساطة الأسرية بالمجتمع ودفع الأسر المغربية إلى الإقبال عليها واختيارها كبديل للجوء مباشرة إلى القضاء، وعليه فان هذه الجمعية تعمل على محو الأمية القانونية وتتوفر على مركز للاستماع. من خلال هذا اللقاء ، تم التوقيع على اتفاقية تنص على إحداث مراكز للإنصات والوساطة الأسرية حيث سيكون على طالبي الوساطة اللجوء إلى مركز الانصات والوساطة الموجودة إمّا بمقر جمعية جسور أو بالمركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط وسيتحمل مركز الاستماع أتعاب الوسيط. مأخوذ من كمال العابد، المرجع السابق، ص.118.

[603] أنظر، بلقاسم حوام، جلسات صلح في 03 دقائق تنتهي بطلاق، بتاريخ 2016/10/06، اطلع عليه بتاريخ 2020/04/16، الساعة 04:15، على الموقع الإلكتروني: https://www.echoroukonline.com،

[604] أنظر، الملحق، رقم. 14، ص.309.

التّسامح في صفوف العائلات والأُسر، من جهتها تعول وزارة العدل والحريات كثيرا على المجالس العلمية المحلية لأداء دور فعال في مجال الوساطة الأسرية[605]، حيث أصدر وزير العدل والحريات منشورا حثّ فيه على ضرورة التّعاون والتّنسيق بين أقسام قضاء الأسرة والمجالس العلمية المحلية من أجل إصلاح ذات البين بين الأزواج[606].

في الأخير يمكن القول، فمن أجل تقوية دور الوساطة فإنه يجب حذو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، حيث قام الفاعلين الفرنسيين بخلق العديد من المؤسسات التي تسمى بدور العدالة والقانون، والتي تمّ إحداثها عن طريق اتفاق بين رؤساء المحاكم ومخاطبيهم المحليين (أي المنتخبين)، فهذه الدور هي عبارة عن أماكن قضائية تركز أنشطتها في ثلاثة مستويات، الأول يتمثل في الحل الودي للنزاع من خلال الوساطة والتوفيق، أمّا الثاني فيتجلى في دورها في اعتماد المساعدة التي يقوم بها الوسطاء الاجتماعيين والمحامون، وفي الأخير يبرز المظهر الثالث من خلال سياسة التواصل لاسيما في الثانويات والإعداديات[607].

الفرع الثالث

ضرورة إنشاء مراكز خاصة لممارسة الوساطة وتكوين الوسطاء

إلى جانب المجهودات التي يقوم بها المجتمع المدني من أجل تفعيل دور الوساطة الأسرية، يجب أن تعمل الدول المتبنية لنظام الوساطة على ضرورة إنشاء مراكز خاصة لممارسة الوساطة (**أوّلا**) وتكوين الوسطاء (**ثانيا**)، من أجل أن يكون بديل الوساطة له الأرضي الخصبة لقيامه، و الدور الفعال لحلّ النزاعات الأسرية بين الزوجين.

---

[605] خالد ججازي، المرجع السابق، ص.163.

[606] أنظر، وزارة العدل والحريات، المناشير والدوريات والنماذج التطبيقية المتعلقة بمقتضيات مدونة الأسرة، الرباط، 24 ديسمبر 2010، عدد 24 س2، ص.25.

[607] عبد الرحمان الشرقاوي، المرجع السابق، ص.269.

أولا– ضرورة إنشاء مراكز تكوين للوسطاء

ضرورة إنشاء مراكز خاصة لتكوين وتأهيل أشخاص لممارسة الوساطة، يتميزون بكل المواصفات التي يجب توفرها في شخص الوسيط، من إلمام بالعلوم القانونية والاجتماعية، والنفسية، والخبرة في التعامل، مع قوة الإقناع وفتح الحوار. بالإضافة إلى ضرورة وضع إطار قانوني ينظم مهنة الوسطاء على غرار قانون المحاماة، والنظام الأساسي لرجال القضاء يبين اختصاصاتهم ويحدد حقوقهم.

إذ ليس من الممكن اختيار أي شخص ليكون وسيطا إنما لابد أن تحظى كفاءته ومؤهلاته برضي الأطراف، بعد أن تكون الجهات المعنية بتكوين الوسطاء قد استكملت التكوين من خلال مسايرة بعض التجارب التي حققت نتائج في ميدان الوساطة الأسرية حيث عملت على إحداث شعب خاصة بالوساطة العائلية بهدف تكوين عملي ينصب حول آليات طرق التفاوض وآليات تقريب وجهات النظر عن طريق دورات تكوينية يشرف عليها خبراء في مجال الوساطة يجمعون بين ملكة التكوين النظري وخبرة الممارسة الميدانية.

ثانيا– إنشاء مراكز لممارسة الوساطة

يلزم إنشاء مراكز لممارسة الوساطة تخضع لنظام خاص يتماشى مع طبيعة نظامها، ولا تخضع فيه لأية سلطة أو تبعية، يمكن أن تؤثر على نتائجها. وإذا كان هذا الأمر يرتبط تحقيقه بالمدى البعيد لما يحتاج من دراسة كيفية توزيعها على التراب الوطني، وإيجاد الأطر التي ستديرها وتمولها، نقترح تخصيص أجنحة مستقلة داخل محاكم الأسرة لممارسة الوساطة، تتوفر على مكتب للإرشاد القانوني حول الوساطة الأسرية وممارستها، إذا تعلق الأمر بوساطة قضائية، حيث يحيل القاضي الذي يأمر بها الأطراف على مكتب الوساطة.

ومن جانب آخر يجب العمل على تشجيع الوساطة الأسرية الاتفاقية وذلك بإنشاء مرافق عمومية تابعة للدولة ومعترف بها لممارستها، أو إسنادها للجمعيات كما مر بنا في المطلب السابق حيث من خلال هذا النوع من الوساطة يتم تحقيق تخفيف العبء عن المحاكم وإعفاءها من القضايا البسيطة التي يمكن حلها وبفعالية أكبر من خلال إعمال هذه البدائل.

فإنشاء هاته المكاتب من شأنه أن يخفف كاهل قضاء الأسرة الذي يعاني من كثرة القضايا والبطء في تصريف أحكام هذه المكاتب التي ستكون تابعة لأقسام قضاء الأسرة ويشرف على إدارتها اطر ذوي كفاءة في ميدان الوساطة هذه الأطر التي من اللازم أن تتوفر على دبلوم في الوسائل البديلة لحل المنازعات أو دبلوم الوسيط العائلي، وكفاءة في العمل الاجتماعي وخبرة في حقل العمل التربوي أو النفسي إضافة إلى امتلاك مهارة التسيير وإدارة النزاع بشكل جيد يمكنه من تحقيق الهدف من الوساطة[608].

وعليه، فمعنى التوصل لحل المشكل القائم معتمدا في ذلك على إشراك الطرفين في اقتراح الحلول ومساعدتهم في التوصل إلى حل يرضي طموحاتهم وتطلعاتهم في اللجوء إلى مؤسسة الوساطة.

لكن مع ذلك، يستنتج في الأخير أنّه بالرغم من محاولة وضع بعض الرهانات والسُبل للقيام بنظام الوساطة، إلاّ أنّه تعترضه مجموعة من المعيقات التي تحول دون قيامه على الوجه المطلوب وهو ما سنتعرض إليه في الآتي.

[608] أنظر، بنسالم أوديجا، ادماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب السياق العام الاشكالات المطروحة، أيّ دور للمحامي في التجربة، سلسلة الندوات الجهوية طيلة سنة 2007 بمناسبة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الاعلى الموسومة الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الاعلى الندوة الجهوية الحادية عشر قصر المؤتمرات بالعيون يومي 1 و 2 نونبر 2007، مطبعة الأمنية الرباط، ص.44.

المطلب الثاني

معيقات إدماج الوساطة الأسرية

تعتبر الوساطة الأسرية مهمّة جدّا في حلّ النزاعات بين الزوجين، لكن بالرغم من أهميتها إلاّ أنها قد تعترضها مجموعة من المعيقات التي تحدّ من فعاليتها ودورها سواء كانت هذه المعيقات قانونية (**الفرع الأول**) ، أو مؤسسية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

معيقات قانونية

من أهمّ المعيقات التي تعترض الوساطة الأسرية هي المعيقات القانونية كون كلّ من المشرعين الجزائري و المغربي لم يضعا نصّا صريحا في قانون الأسرة أو المدوّنة الأسرية يوضّح فيه مسألة الوساطة الأسريّة لكي يكون لهذه الآلية حجّة قانونية مقنّنة ومنظمة، كما لم يستحدثا قانونا خاصّا متعلق بالوساطة الأسرية وشروطه وكيفية إجراءه، بل اكتفيا بالإشارة إلى الوساطة بصفة عامة في القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وقانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية المغربي حيث لم تحظى الوساطة الأسرية بإطار قانوني دقيق وواضح يتناسب مع خصوصيتها.

بل أكثر من ذلك، المشرع الجزائري أو المغربي حينما نظم الوساطة القضائية نجده لم ينص على الجزاء القانوني المترتب في حال عدم عرض هذا الإجراء في المنازعات الملائمة لها على الأطراف من قبل القاضي، بالإضافة إلى عدم وجود نص قانوني يمنح للقاضي سلطة فرض إجراء

الوساطة على الأطراف قبل البت في موضوع النزاع واعتبار ذلك قيد أو شرط لقبول الدعوى كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية[609].

الفرع الثاني

معيقات مؤسسية

تتعرض الوساطة الأسرية غالبا إلى معيقات مؤسسية تعيق نموها وتطورها ومن مظاهر القصور نجد غياب الهياكل البشرية المؤهلة للاضطلاع الفعلي بالمهمّة، بالإضافة إلى الأطر المتخصّصة من خبراء في علم النفس وعلم الاجتماع والتربية والقانون...، بل إن القصور يمتدّ إلى الجمعيات حيث تفتقر هذه الأخيرة إلى التجهيزات والإمكانيات المادية الضرورية لمزاولة عملها[610].

الفرع الثالث

معيقات اجتماعية ونفسية

انعدام حسن النية لدى المتنازعين، من شأنه أن يؤدي إلى عدم فعالية الوساطة فنجد أنهم يقبلونها في البداية ثم يعملون على فشلها لاحقا. كما أن تمسك كل فرد بادعائه دون تقديم تنازلات و توافق مع الطرف الآخر يعيق عمل الوساطة.

كما أن الدّور السّلبي للخصوم والمحامين والقضاة أثّر بشكل مباشر على عدم تطبيق الوساطة القضائية لحل المنازعات في الجزائر والمغرب بشكلها الفعلي والصحيح، إذ في الواقع يتم

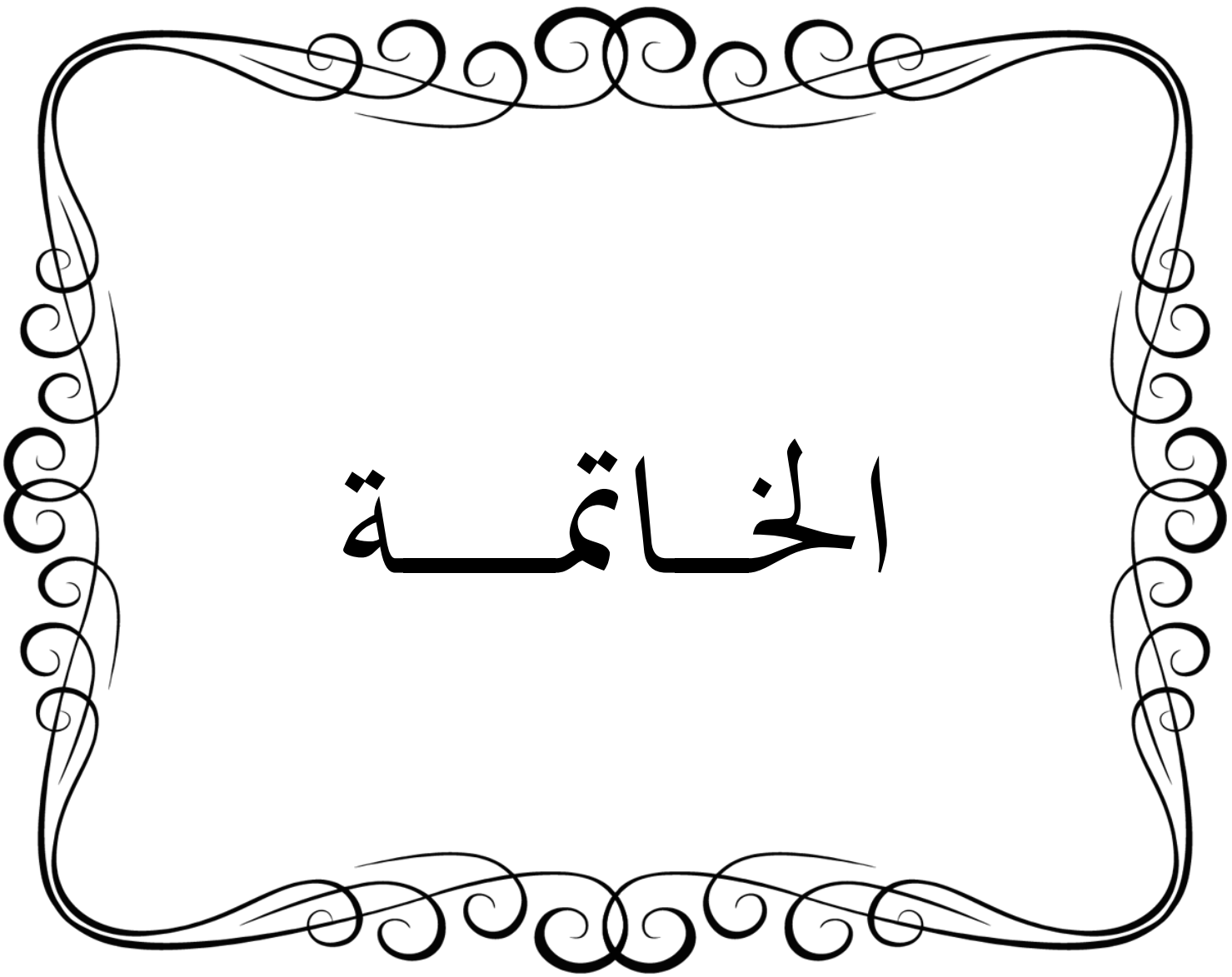
---

[609] أنظر، ماجري يوسف، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019، ص.253.

[610] أنظر، خديجة علاوي، نحو مؤسسة الوساطة العائلية بالمغرب، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، قضايا الأسرة، ج.02، الرباط، 2014، ص.174.

رفض إجراء الوساطة بمجرد عرضها من طرف القاضي، هذا وأن القاضي لا يعرضها على الأطراف بجدية شارحا ضرورتها ومعناها، بل يعرضها كإجراء شكلي [611].

[611] ماجري يوسف، المرجع السابق، ص.255.


الخـــاتمـــــة

من أهداف الزواج إنشاء أسرة مستقرة تشكل أساسا قويما لبناء مجتمع قوي ودائم النموّ والازدهار، غير أنّ هذه الغاية السّامية لا يمكن تحقيقها إذا كانت العلاقة بين الأزواج متدهورة يسودها الخلاف والشقاق. لهذا وضع كلّ من المشرعين الجزائري والمغربي آليات كفيلة لحلّ النزاعات الأسرية بين الزوجين تسمّى بالطرق البديلة لحل النزاعات.

ومن خلال ذلك، فقد جاء موضوع الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية بين الزوجين لإبراز دور كلّ من الصلح والتحكيم والوساطة لحلّ النزاعات الأسرية، بالتحديد النزاعات الحاصلة بين الزوجين، ففي طريق الصلح تم تبيان طبيعة الصلح حيث وجدنا تضاربا بين قرارات المحكمة العليا التي اعتبره إجراء وجوبيا ثم اجراءً شكليا جوازيا إلى أن تمّ تعديل قانون الأسرة الجزائري الذي حسم الأمر حيث أنّ هذا الأخير اعتبره إجراءً وجوبيا ملزما للقاضي وهو ما تمّ التأكيد عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي التشريع المقارن المغربي اعتبر الصّلح اجراء وجوبيا من النظام العام من خلال مدونة الأسرة المغربية وقرارات محكمة النقض المغربية.

وعليه، من خلال ما سبق استخلصنا جملة من النتائج والتي نجملها كما يلي:

– تبدو فعالية الصّلح في التوفيق بين الخصوم من خلال تبيان دوره عند قيام الرابطة الزوجية فنجده عند النزاع في الخطبة سواء برد الهدايا أو التعويض الذي يعتبر جبرا للضرر وصلحا بين الخطيبين على آثار العدول عن الخطبة. كما يلعب الصلح دورا كبيرا عند النزاع حول الصداق أو المهر حيث يجوز للزوجة التنازل عن صداقها للزوج وتبرئته منه ممّا يعتبر صلحا هذا من جهة. من جهة أخرى يكون الصّلح على النزاعات القائمة عند انحلال وفكّ الرابطة الزوجية وذلك من ناحية النفقة التي تتبرّء منها الزوجة عادة بالتنازل عنها، وكذا فيما يتعلق بالنزاع حول متاع البيت والمال المشترك بين الزوجين وكذا بدل الخلع و الميراث. ومراعاة لمصلحة الأطفال المحضونين قد يتبع الأبوين طريق الصّلح من حيث الاتفاق على حضانتهم وحق الزيارة وكذا سكناهم.

– من أجل حلّ هاته النزاعات الواقعة بين الزوجين يتّخذ قاضي شؤون الأسرة إجراءات محدّدة لعقد الصّلح بينهما وذلك وفق شروط موضوعية و أخرى شكلية، مستعينا بجهات مختصّة. مع استعانة القاضي بتدابير معينة إذا استلزم الأمر لإجراء الصلح بين الزوجين. لكن تبقى هذه الإجراءات شكلية غير مطبقة في الواقع العملي.

– ومع ذلك لا تكفي الجهود التي يبذلها القاضي لإجراء الصلح، فالقول بنجاح إجراء الصلح كنظام بديل لتسوية المنازعات الأسرية رهين بمدى الاستعداد الذي يمكن أن تبديه الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح وتسوية النزاع، بطريقة سريعة و فعالة والتي لا تتطلب أيّة شكلية للحصول على رضى الطرفين، حيث أنّه في حالة نجاح إجراء الصّلح يحرّر محضر يكتسب الصفة التنفيذية، أمّا في حالة فشله يحرّر محضر عدم الصّلح و يشرع في مناقشة موضوع الدعوى من قبل القاضي. هذا عن نظام الصلح.

– أمّا التحكيم فقد اختلف الفقه والقضاء حول طبيعته، ومن وجهة نظري أجد أنّ التحكيم هو ذو طبيعة قضائية نظرا لعدّة اعتبارات من بينها اتجاه الأطراف إلى طلب تدخّل المحكمة لإصلاح الشّقاق بينهما.

– وقانونا نجد انّ المشرع الجزائري قد أجحف من ناحية تنظيم التّحكيم حيث خصّص له مادة واحدة يتيمة، لم تتضمن الإجراءات المطلوبة للتحكيم، عكس المشرع المغربي الذي كان أكثر حرصا على ذلك.

– اختلف الفقهاء في تحديد صفة الحكمين، فمنهم من اعتبرهما حكمان، وآخرون اعتبروا أنهما وكيلان عن الزوجان، وقال بعضهم بأنّهما مرسلان من قبل القاضي، أمّا الرأي الراجح فقال بأنهما حكمين. ومن وجهة نظري أجد أنّ الرأي الراجح هو اعتبارهما مرسلان من قبل القاضي. وهذا ما أستشفه من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 449 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، ونفس الطرح أخذ به المشرع المغربي من خلال نصّ المواد 95 و 97 من مدونة الأسرة.

– يتطلّب التّحكيم وجود شروط ضروريّة متعلقة الزوجين من بينها رضا الزوجين بالحكمين وعدم امكانية اثبات الضرر من قبلهما، وتبعا لذلك يستلزم أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، ويكون الدور الرئيسي لهما هو مهمّة الجمع بين الزوجين تقديم تقرير خلال مدة محدّدة.

– لا تكفي الشروط المتعلقة بالزوجين فقط، بل يجب أن تتوافر الى جانبها شروط متعلقة بالحكمين والتّي جاء بها فقهاء الشريعة الاسلامية، وهي التكليف والعدالة، الاسلام و الذكورة ويجب أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، ولابدّ من العلم بما يحكم به. حيث أولت الشريعة الإسلامية عناية خاصّة بالحكمين وشروطهما.

– إجراءات التّحكيم بين الزوجين لم تلق اهتماما كبيرا من المشرع الجزائري على عكس المشرع المغربي، الذي كان أكثر وضوحا في تبيان الإجراءات التي يقوم بها الحكمين للتوفيق بين الزوجين من خلال عدّة مواد قانونية في مدونة الأسرة.

– تكون مهمّة الحكمين الأساسية هي الإصلاح والجمع بين الزوجين لكن في بعض الأحيان إذا لم يتوصّل الحكمين للتوفيق بين الزوجين يمكن أن يفرقا بينهما لاستحالة الصّلح، وهو ما جاء به الفقه المالكي.

– قد يتبع القاضي بعض الطرق العادية و الغير عادية لإنهاء مهام الحكمين إذا رأى ضرورة لذلك، فالعادية هي أداء الحكمين لمهمّتهما بالإصلاح أو التّفريق بين الزّوجين وانتهاء مدة التحكيم، أمّا غير العادية فتحدث بغتة دون سابق إنذار كعزل القاضي للحكمين، في حالة غياب الزوجين أو أحدهما، أو وفاة الحكمين أو أحدهما أو فقدان أهليته.

– تعتبر الوساطة الأسرية البديل الذّي أخذت به جلّ التشريعات الأجنبية من خلال تجربتها في تشريعاتها باعتبارها آلية مهمّة، وهي حديثة النّشأة في البلدان العربية. وقد فعّلت عدّة رهانات لاستحداث الوساطة وهو ما سعى إليه المشرّع المغربي حيث تم دراسته كنموذج، وقد عمل المشرع على إدماج الوساطة بالنظام العائلي، واستحدثت جمعيات المجتمع المدني و كذا المجالس العلمية، ناهيك عن المساعدة الاجتماعية المتواجدة على مستوى المحاكم المغربية، و لدعم نظام الوساطة

أكثر فجل هاته المراكز والجمعيات تنادي بضرورة إنشاء مراكز خاصة لممارسة الوساطة وتكوين الوسطاء.

– ما يحدّ من تفعيل الوساطة بشكلها المطلق على أرض الواقع هو مجموعة من المعيقات التي تحدّ من فعاليتها ودورها سواء كانت هذه المعيقات قانونية أو مؤسسية.

– إنّ نجاح الصلح أو مؤسسة التحكيم أو الوساطة كأنظمة بديلة لتسوية المنازعات الأسرية رهين بمدى الاستعداد الذي يمكن أن تبديه الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح، وتسوية النزاع واستيعابهم لجدوى هذه العدالة اللينة، السريعة والفعالة والتي لا تتطلب أية شكلية للحصول على رضى الطرفين. وإنما المهم هو أن يكون هناك اتفاق على اللجوء لهذه الوسيلة من طرف المتنازعين.

بناء على ما توصلنا إليه من نتائج، يمكن أن نقترح ما يلي:

– أوّل المقترحات التي نشيد بضرورة وجودها، على المشرع العمل بأحكام الشريعة الإسلامية كونها مصدر شرعي واتباع الرأي الأنسب لفقهاء الشريعة للتوفيق بين المتنازعين، وكذا لأنّ أحكام الشريعة الاسلامية كانت السّباقة في وضع أحكام الطرق البديلة لحل النزاعات من الصلح والتحكيم.

– ضرورة العمل بالطرق البديلة خارج المحاكم القضائية، وذلك لتخفيف العبء عن هاته الأخيرة.

– توحيد آليات الطرق البديلة وإدماجها ضمن مقرّرات البحث و التعليم الجامعي.

– ضرورة انشاء غرفة قانونية متخصصة في الصلح ين الزوجين تعمل على اطالة مدة صدور الحكم من ثلاثة أشهر إلى سنة كاملة.

– الدعوة إلى القيام بدراسات و أبحاث نفسية واجتماعية و ثقافية تتناول العوامل الرئيسية المساهمة في التفكّك الأسري.

– على المشرع التّفصيل أكثر في نظام الصلح والتحكيم من حيث الإجراءات بقانون خاصّ، وكذا إدراج الوساطة ضمن مواد قانون الأسرة تحت عنوان الوساطة الأسرية. والعمل على إحداث

نصوص تؤصّل وتؤسس للوساطة الأسرية والتحكيم من خلال وضع دليل أو قانون للمهنة ينظمها بصفة مستقلة، والذي يجب أن يعترف به من طرف الدولة والسلطات العامة والجمعيات.

– محاولة تفعيل والعمل بإجراء التحكيم على أرض الواقع وعدم الاكتفاء بالنص عليه في مادة واحدة.

– استحداث برامج التدريب والتكوين لفائدة الشباب المقبل على الزواج تسهم في تعرفه على مسؤولياته وتعلمه كيفية تدبير شؤون الأسرة على أساس العدل والاحترام.

– استحداث لجان ومكاتب أسرية على مستوى المحاكم ضمن أقسام شؤون الأسرة متخصّصة فقط في حلّ النزاعات الأسرية وتضمّ متدخلين للإصلاح ذوي خبرة وكفاءة ومكانة في المجتمع، تكون مهمة هاته المكاتب الفصل في النزاعات في أقصر مدّة مع عدم تكليف الخصوم بمصاريف معينة، أي أنّها تكون بمثابة دعم من المحكمة لإيقاع الصّلح ومنع التفكك الأسري.

– نظريا نصّ المشرع على قيام القاضي بعدّة محاولات للصّلح من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة، لكن عمليّا نجد أنه يقوم بمحاولة واحدة للصلح في جلسة واحدة كما لو أنّه لا يزال يطبق نص المادة الملغاة، مع عدم القيام بالتحكيم بين الزوجين، فعلى القاضي أن يطبق نص المادة 49 بحذافيرها للحفاظ على الكيان الأسري من التفكك والانحلال.

وأخيرا باعتبار الوساطة نظام جديد غير معمول به في التشريعين الجزائري والمغربي نقترح هاته التوصيات لعل وعسى أن يفعّل في المستقبل، وهي كالآتي:

– محاولة جعل الوساطة إلزامية، تفاديا للّجوء إلى المحكمة. واستحداث نظام للإرشاد الأسري كآلية وقائية للأسرة من التفكك.

– الدعوة إلى استقلالية الوساطة الأسرية عن الجهاز القضائي، مع بقاء و استمرار التّنسيق معه.

– مواصلة توعية وتحسيس المجتمع المدني العامل في مجال الوساطة الأسري بأهمية دوره المحوري في المساهمة في الاستقرار الأسري.

- الدعوة إلى إنشاء مركز تدريبي لتكوين الوسطاء الأسريين، ضمانا لمواكبة دائمة للأسر بمختلف مكوناتها. و إحداث مؤسسة للتكوين في مجال الوساطة الأسرية بتعاون مع مختلف الفاعلين في المجال، وإعطائها بعدا جهويا ومحليا.

- ضرورة إحداث مراكز جهوية للوساطة الأسرية، خصوصا بالمحاكم ومراكز الشرطة وداخل السجون.

قـائـمة المـلاحق

قائمة الملاحق:

1- نسخة من احصائيات ديموغرافيا- الطلاق- من سنة 2005 إلى سنة 2019 على المستوى الوطني، الديوان الوطني للإحصاءات الجزائري، ص.292.

2- رسم بياني للجدول أعلاه، ص.293.

3- جدول يبين عدد حالات الصلح، ومجموع حالات الطلاق في ولاية تلمسان مع رسم بياني من سنة 2011-2020، ص.294.

4- رسم بياني للجدول أعلاه، ص.295.

5- نموذج عن محضر الصلح، ص.296.

6- نموذج عن محضر عدم الصلح والطلاق بالتراضي، ص.297.

7- نموذج عن محضر صلح (تغيب المدعى عليه). ص.298.

8- نموذج عن النماسات النيابة العامة، ص.299.

9- نموذج محضر أداء اليمين، ص.300.

10- نموذج محضر سماع الشهود، ص.302.

11- نموذج محضر تحقيق حول الزواج العرفي، ص.303.

12- نموذج حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة- المغرب- يتضمن الاشهاد على تصالح الزوجين، ص.305.

13- نموذج حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط- المغرب- يتضمن فشل جلسات الصلح بين الزوجين (انتداب خال الزوج ووالدة الزوجة للقيام بمحاولة الصلح)، ص.306.

14- نموذج حكم صادر عن المحكمة الابتدائية- جرسيف- المغرب- فشل محاولة الصلح (انتداب المجلس العلمي لإجراء الصلح)، ص.309.

15- نموذج حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط- المغرب- تبث في قضية التطليق للشقاق (غياب الطرفين عن جلسات الصلح)، ص.311.

16- نموذج تقرير حول القيام بجلسة الصلح بواسطة المساعدة الاجتماعية، ص.313.

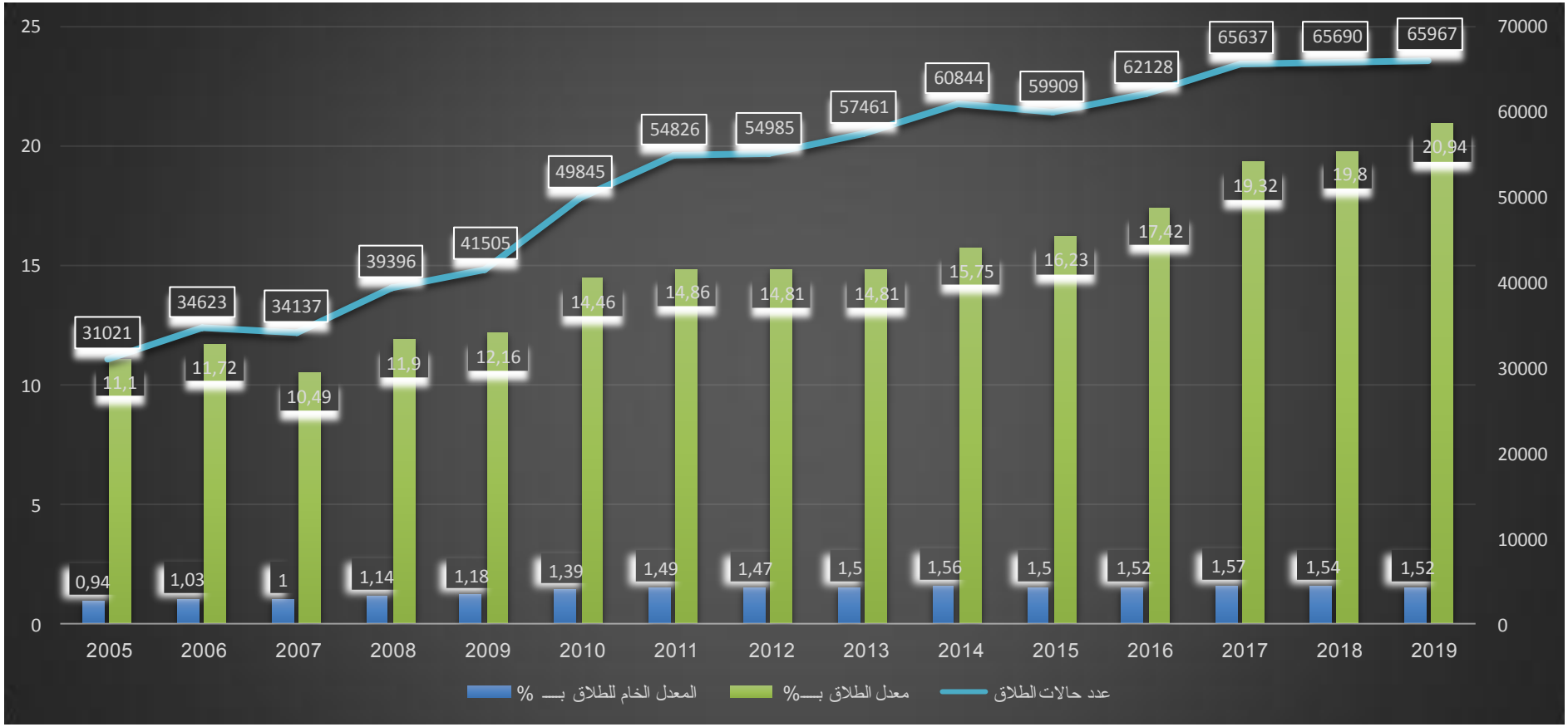
نسخة من احصائيات ديموغرافيا– الطلاق– من سنة 2005 إلى سنة 2019 على المستوى الوطني، الديوان الوطني للإحصاءات الجزائري

ملحق رقم (01)

السنة	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
الـــــطـــــلاق															
عدد حالات الطلاق	31021	34623	34137	39396	41505	49845	54826	54985	57461	60844	59909	62128	65637	65690	**65967**
المعدل الخام للطلاق بـــ %	0.94	1.03	1.00	1.14	1.18	1.39	1.49	1.47	1.50	1.56	1.50	1.52	1.57	1.54	**1.52**
معدل الطلاق بـــ%	11.10	11.72	10.49	11.90	12.16	14.46	14.86	14.81	14.81	15.75	16.23	17.42	19.32	19.80	**20.94**

رسم بياني للجدول أعلاه:

ملحق رقم (02)

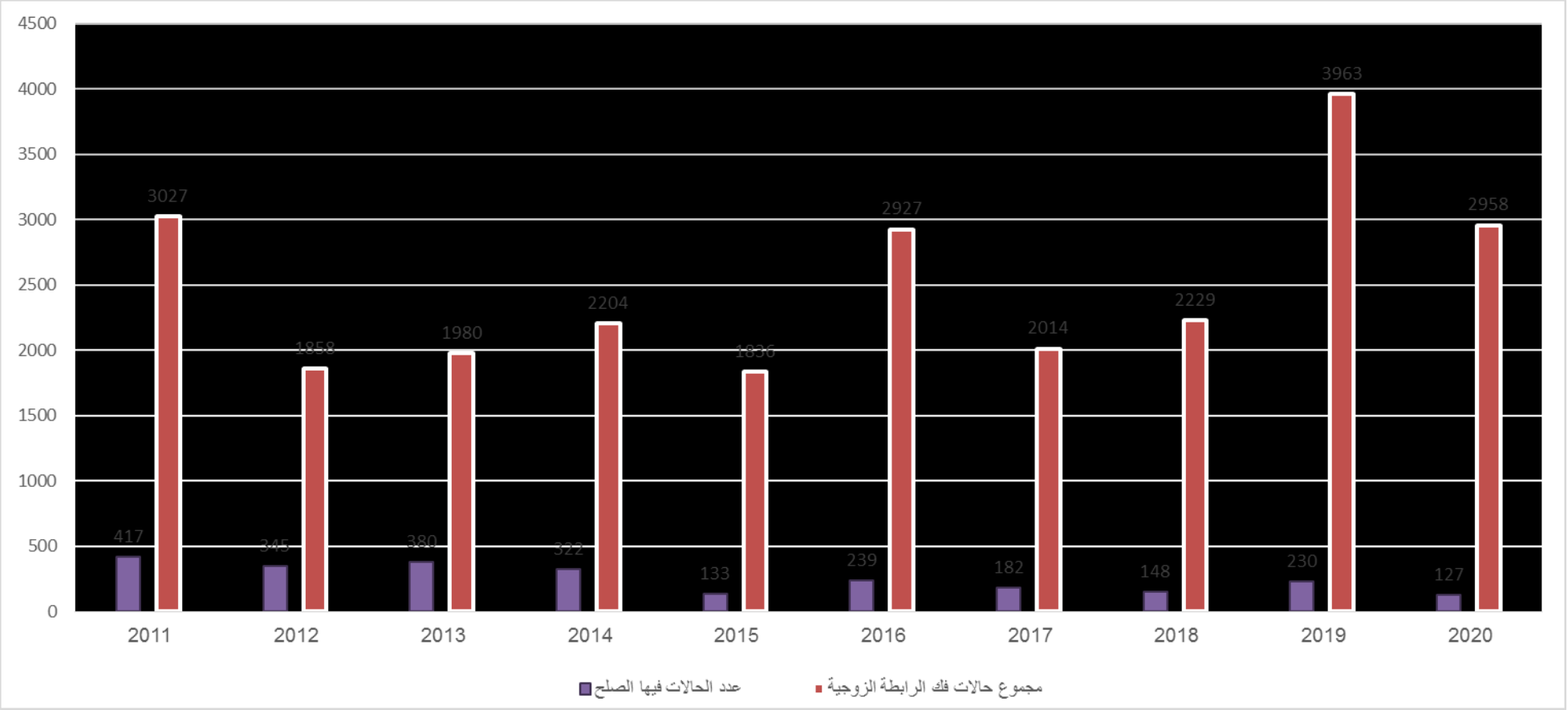


جدول يبين عدد حالات الصلح، ومجموع حالات الطلاق في ولاية تلمسان من سنة 2011–2020 ملحق رقم (03)

السنة	عدد الحالات التي تم فيها الصلح	مجموع حالات فك الرابطة الزوجية
2011	417	3027
2012	345	1858
2013	380	1980
2014	322	2204
2015	133	1836
2016	239	2927
2017	182	2014
2018	148	2229
2019	230	3963
2020	127	2958

رسم بياني عن الجدول أعلاه :

ملحق رقم (04)



ملحق رقم (05)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل
مجلس قضاء تلمسان
محكمة
قسم شؤون الأسرة

صلحق 03

محضر الصلح

بتاريخ من شهر من سنة ألفين وواحد وعشرين
أمامنا نحن السيد(ة) : رئيس قسم شؤون الأسرة
و بمساعدة الأستاذ(ة): أمين الضبط لدى محكمة مغنية .
حضر بمقر محكمة مغنية كل من :

- أعلمته بتراجع عن طلب الطلاق الموقع عليه أعلاه

- أعلمتها بحق الرجوع فيما أسروجه دونا فيه أعلاه

إثباتا لما سبق حرر هذا المحضر ووقعنا و أمين الضبط و الأطراف للرجوع إليه عند الاقتضاء.

الزوج	الزوجة	أمين الضبط	الرئيس

ملحق رقم (06)

الجمـــــهورية الجزائـــــرية الديمـــــقراطية الشعبية

وزارة العدل
مجلس قضاء تلمسان
محكمة [redacted]
قضية رقم:

ملحق 06

محـــضر عـــدم الصـــلح و الطلاق بالتراضي

و في يـــوم من شـــهر سنة ألفـــين وواحد وعشرين
أمـامـــنا نحن السيد(ة) رئـــيس قســـم شـــؤون الأســـرة
و بمساعـــدة الأستاذة (ة) امين ضبط لدى محـــكـــمة
مغـــنية

حضر بمقر محكمة مغنية كـل مـن :

و صرحـا أنهمـا متفقـان على الطلاق بالتراضي قبل/ بعد الدخول بدون قيد و لا شرط.

و اتفقا على إسناد حضانة الولد/ة إلى والدته مع منحه حق الزيارة بواقع 4000 دج لكل واحد من الأبناء وتحديد مكان الزيارة بـ [illegible]

الإشهـاد للطرفين على اتفاقهما على الطلاق بالتراضي
الإشهـاد ببراءة ذمـة كل طرف اتجاه الآخـر.
اثباتا لما سبق حـرر هـذا المحضـر و وقعاه و أمين الضبط و الأطراف للرجوع إليه عنـد الاقتضـاء.

الزوج الزوجـــة أمين الضبط الرئيس

ملحق رقم (07)

ملحق 06

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء تلمسان

محكمة تلمسان

القسم شؤون الأسرة " "

قضية: 21/

محضر تحقيق/صلح/أداء اليمين

في اليوم الثاني من شهر فيفري سنة ألفين و واحد عشرون

أمامنا نحن السيد (ة) قاض لدى المحكمة.

وبمساعدة الأستاذ(ة) أمين ضبط لدى المحكمة.

وبعدما أمرت المحكمة شفاهة بالحضور الشخصي لأطراف الدعوى لإجراء محاولة الصلح وفقا للمواد 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و49 من قانون الأسرة

حضر المدعي(ة): المولود بتاريخ: 19/10/1983 ابن: عبد القادر و عوال زبيدة و الحامل ب ت و/ ر س رقم: 113197 الصادرة بتاريخ 09-12-2016 عن:

بتاريخ: حضرت و صرحت بأنها عادت إلى بيت الزوجية عن طريق المحامي مقابل حمو 18 جوان و لكن لا تستطيع العيش مع الزوجة كونه يستغل بتصرفاته و أنه لا يهتم بها و يقوم بضربها و قد عادت إلى بيت أهلها.

المدعى عليه(ها) المولود بتاريخ: 10-08-1988 ابن: خالد و بعزوز الخضر والحامل ل ب ت و / ر س رقم الصادرة بتاريخ عن:

تخلف

.....

.....

.....

.....

وبعد تلاوة المحضر من طرف أمينة الضبط طبقا للمادة105 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقع كل من:

الرئيس أمين الضبط المدعي(ة) المدعى عليه

ملحق رقم (08)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ملحق 08

وزارة العـدل

مجلس قضاء تلمسان

محكمة مغنية

إلتمـاســـات نيـابـــة الجمهـوريـــة

مساعد وكيل الجمهورية لدى محكمة مغنية المكلف بقسم شؤون الأسرة .

- بعد الإطلاع على قانون 1-2-3 من قانون الأسرة .
- بعد الاطلاع على المادة 3 مكرر من الأمر 02/05 المتعلق بقانون الأسرة .
- بعد الأطلاع على الدعوى المقدمة من طرف :

المدعي :

المدعى عليه :

الموضوع :

- أمام رئيس قسم شؤون الأسرة و الحاملة للرقم : /21
- بعد الإطلاع على طلبات الأطراف .
- بعد الإطلاع على الوثائق المرفقة بالملف .

---- نلتمس من هيئة المحكمة -----

في الشكل : قبول الدعوى شكلا

في الموضوع : □ تطبيق القانون □ إجراء تحقيق □ تعيين خبير .

مغنية في :

وكيل الجمهورية

ملحق رقم (09)

ملحق 07

الجمـــهورية الجزائرية الديمـــقراطية الشعـــبية

وزارة العدل
مجلس قضاء تلمسان
محكمة
قسم شؤون الأسرة

محـــضر أداء الـــيمـــين

بتاريخ من شهر ألفين وواحد وعشرين

نحن السيـــد(ة) قاضي قسم شؤون الأسرة
و بحضور السيـــد(ة) أمين الضبط المحلف

حضر(ت) :

مؤديا اليمين القانونية بالصيغة التالية :

أقسم بالله العلي العظيم ان لا اتخذ الشاكي زلاجة . سراة هام . سراة اعد قل - ما السوق وما وساد فضم هم ملكي واني اشتريتهم منه مالي راضيا والله على ما اقول

شهيد
. اعد انه سعد لتنكيها من طاولة كبيرة - سلة فاكهة باذنجان بيضاء ورمادية - سلة فاكهة بالعلابس . طاولة ملاعق - 2 دلو

المدعي المدعى عليه أمين الضبط الرئيس

- أقسم بالله العلي العظيم أن الخطاة [redacted] تشرك بمكين عند مغادرتها باقي الأثاث والمنقول كما أقول شهيد.

- عند الصداق، أقسم بالله العلي العظيم، أني أبرأت ذمتي من صداق الزوجة [redacted] ولم يبق منه شيئا معي والله على ما أقول شهيد.

المدعي المدعى عليه

ملحق رقم (10)

ملحق 08

الجمـــهورية الجزائرية الديـــمقراطية الشعـــبية

وزارة العدل
مجلس قضاء تلمسان
محكمة مغنية

محضر سماع الشهود

في يوم : من شهر من سنة ألفين و عشرين

أمامنا نحن رئـــيس قسم شـــؤون الأسرة
و بمساعدة الأستاذ أمين الضبط لدى محكمة مغـــنية
قمنا بسماع الشهود التالية أسمائهم :
الشاهد الأول:

الشاهد الثاني :

أمين الضبط الرئيس

ملحق رقم (11)

ملحق 09

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء تلمسان

محكمة مغنية

قسم شؤون الأسرة

رقم القضيـة

محضر تحقيق حول الزواج العرفي

بتاريخ:.....وعلى الساعة.....

نحن السيـد(ة) رئيس قسم شؤون الأسرة.

بمساعدة الأستاذ(ة) أمين الضبط.

قمنا بتلقي تصريحات:

المدعى: المولود .....ب.....الساكن ب.....

الحامل(ب،ت،و/ر.س) رقم:.....الصادرة:.....بـ.....والذي صرح بأنه

المـــدعى عليـــه(ا): المولـــودة .....ب.....الســـاكنة ب.....

الحامل(ب،ت،و/ر.س) رقم:.....الصادرة:.....بـ.....والتي صرحت بأنها

الولي:..... المولود في.....الساكن.....الحامل لبطاقة الهوية المتمثلة في.....الصادرة.....عن.....

وصرح أنه بإعتباره.....قد تولى أمر تزويجها مع.....

بتاريخ.....ب.....بحضور جماعة من المسلمين على مهر قدره .....مؤكدا أن القران تم تبادل الرضا بين الطرفين وخلوهما من موانع الزواج

المؤبدة والمؤقتة

الشاهد الأول:.....المولود .....ب.....الساكن.....

الحامل(ب،ت،و/ر.س) رقم:.....الصادرة:.....بـ.....والذي أدلى بشهادته و بعد تأديته لليمين القانونية

الشـــاهد الثـــاني:.....المولـــود فـــي:.....ب..... الســـاكن ب.....الحامل (ب،ت،و/ر.س):.....الصادرة:.....بـ..... والذي أدلى بشهادته و بعد تأديته لليمين القانونية

الرئيس أمين الضبط

المدعي المدعي عليه الولي

الشاهد الأول الشاهد الثاني

ملحق رقم (12)

ملحق ١٥

المملكة المغربية

محكمة الاستئناف

بوجدة

المحكمة الابتدائية

بوجدة

••••••••••••

قسم قضاء الأسرة

••••••••••••

ملف

قم:2015/1445.

حكم

قم:.....

بتاريخ:

2016/03/15.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون.

بتاريخ:2016/03/15 أصدرت المحكمة الابتدائية بوجدة-قسم قضاء الأسرة-و هي تبث في قضايا التطليق و بجلستها العلنية الحكم الآتي نصه:

بين السيد: [illegible]

الساكن بمركز البريد زليجة بوبكر.

النائب عنه ذ/عبد الكريم الزحاف المحامي بهيئة وجدة. مدعيا من جهة.

و بين السيدة: [illegible]

الساكنة بزنقة سيدي ادريس زنقة العياشي رقم 108 وجدة. بصفتها مدعى عليها من جهة أخرى.

و بحضور النيابة العامة لدى هذه المحكمة.

الوقائـع:

بناء على الطلب الذي تقدم به المدعي إلى كتابة ضبط هذه المحكمة و المؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ:2015/04/10 و الذي التمس من خلاله الحكم بتطليقه من زوجته المدعى عليها للشقاق لاستحالة العشرة بينهما.

وأرفقت الطلب بصورة شمسية طبق الأصل من عقد زواج.

و بناء على ملتمس النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون.

و بناء على إدراج القضية بجلسات الصلح التي حضرها الطرفان والدفاع وبعد القيام بمساعي الصلح مع انتداب المجلس العلمي و التي تكللت بالنجاح أكد الطرفان أنهما تصالحا والتمسا الإشهاد على ذلك.

وبجلسة:2016/03/01 حضر نائب المدعي وأكد ما سبق، فتقرر وضع القضية في المداولة لجلسة:2016/03/15.

وبعد المداولة :

حيث إنه طبق المادة: 82 و 113 من مدونة الأسرة قبل البت في دعوى الطلاق أو التطليق تسعى المحكمة إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين و إذا تم ذلك حرر به محضر و تم الإشهاد به من طرفها.

و حيث حضر الطرفان لجلسات الصلح وبعد عرض الصلح عليهما أكدا أنهما تصالحا والتمسا الإشهاد على ذلك.

و حيث إن إجراءات التطليق قد بوشرت في هذه الدعوى وأجريت محاولة للصلح بين الطرفين انتهت بالنجاح.

و حيث تم تحرير محضر بالصلح طبقا للقانون.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

و تطبيقا للفصول:1 ،3 ،32 ،50 و 124 من ق م م و المادة 82 من مدونة الأسرة.

لهذه الأسباب:

حكمت المحكمة علنيا ابتدائيا وحضوريا.

بالإشهاد على تصالح الزوجين مع تحميل الجهة المدعية الصائر.

ملحق رقم (13)

ملحق 11

المملكة المغربية
السلطة القضائية
محكمة الاستئناف بالرباط
المحكمة الابتدائية بالرباط
قسم قضاء الأسرة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

ملف عدد:
2019/1626/1383

حكم عدد: 913

صدر بتاريخ:
2019/02/07

بتاريخ 2019/02/07 أصدرت المحكمة الابتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة وهي تبت في قضايا التطليق الحكم الآتي نصه:

بين السيد: عماد الصالحي
عنوانه: دوار أولاد مبارك المنزه
ينوب عنه ذ/ خالد الإدريسي المحامي بهيئة الرباط
بصفته مدعيا من جهة

و السيدة: غزلان الكهيلي
عنوانها: 24 بلوك 2 ت ب 1 حي التضامن عين العودة
بصفتها مدعى عليها من جهة اخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعي بواسطة نائبه القانوني، المسجل و المؤداة عنه الرسوم القضائية بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2018/09/17، والذي يعرض فيه أن المدعي عليها زوجته، وأنه نظراً للشقاق الحاصل بينهما الناتج عن عدة أسباب فإنه يلتمس الحكم بتطليقها منه للشقاق وأرفق المقال بنسخة طبق الأصل من عقد زواج مضمن بعدد 121 صحيفة 128 بتاريخ 2017/03/01 كناش الزواج رقم 462 توثيق الرباط،

وأدرجت القضية بجلسة الصلح المنعقدة بتاريخ 2018/10/08 حضرها الزوج و نائبه كما حضرتها الزوجة، و عن أسباب رغبته في التطليق أوضح المدعي أن زوجته لا تطيعه و لا يتفاهم معها و لا يحس بالراحة معها، و عارضت الزوجة في الطلب مفيدة أنهما متفاهمان و أن المشكل بينهما بسيط وقع بسبب نقاش عادي مع والدته، و انها حاليا تقيم مع شقيقها و أن المدعي امتنع عن الإنفاق عليها و أضاف هذا الاخير أنه يعمل حارس أمن بأجر شهري قدره 2500 درهم، و أفادت الزوجة أن دخله الشهري هو 2600 درهم،

و بناء على انتداب خال الزوج و والدة الزوجة للقيام بمحاولة الصلح بين الطرفين،

و بجلسة 2018/11/26 حضر خال الزوج و صرح بفشل محاولة الصلح و أكد المدعي رغبته في التطليق من زوجته مفيدا أن لهما إبن واحد عمره ستة أشهر، و تمسكت الزوجة بالعلاقة الزوجية،

وبناء على فشل محاولة الصلح بين الطرفين وإحالة الملف على الجلسة العلنية،

وبناء على ملتمس النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون،

و بناء على المذكرة الجوابية مع طلب مضاد المدلى بها من طرف المدعى عليها بصفة شخصية و التي جاء فيها أنها تسكن بدوار اولاد امبارك المنزه التابع لمدينة عين العودة و بالتالي يكون الاختصاص المحلي منعقد للمحكمة الابتدائية بتمارة، و أضافت أن طلب المدعي يتسم بالتعسف، و أن ادعاءاته واهية و أنه لم يصر عنها أي فعل ينم عن إخلالها بواجباتها الزوجية إلى أن طلب منها مغادرة بيت الزوجية بتاريخ 2018/08/28 و أمسك عن الإنفاق عليها و على إبنها منه زكرياء رغم أنه يتوفر على عمل و له دخل مهم و قار، و التمست بخصوص الطلب الأصلي الحكم أساسا بعد اختصاص هذه المحكمة للبت فيه و إحالة الملف على المحكمة الابتدائية بتمارة و

وحيث يراعى في تقدير المتعة فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب إنهاء العلاقة الزوجية،

وحيث إنه بالنظر لمدة العلاقة الزوجية ولوضعية المدعي المالية و مدى جدية أسباب طلب التطليق ترى المحكمة تحديد متعة المدعى عليها في مبلغ 10000 درهم،

وحيث إنه بسبب تعذر إسكان المدعى عليها ببيت الزوجية خلال العدة لتواجدها خارجه قبل الحكم بالتطليق وأخذا بعين الاعتبار وضعية المدعي المالية المشار إليها أعلاه وحال المدعى عليها ومستوى الأسعار ترى المحكمة تحديد واجب سكنها خلال العدة في مبلغ 5000 درهم،

وحيث إن نفقة الأبناء تكون من مال والدهم و لكون الإبن زكرياء يعيش حاليا تحت كنف والدته فإنه يتعين تحديد نفقته الشهرية في مبلغ 400 درهم،

وحيث إن أجرة سكن المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة مما يتعين معه تحديد اجرة سكنه في مبلغ 400 درهم،

وحيث أودع المدعي مبلغا إجماليا قدره ثمانية عشر ألف درهم وهو شامل لجميع الحقوق أعلاه مما يتعين معه الإشهاد على ذلك،

وحيث إن انتهاء العلاقة الزوجية بين الطرفين ينتج عنه إسناد حضانة الإبن زكرياء لوالدته المدعى عليها و تستحق معه أجرة حضانته و نفقته وأجرة سكنه شهريا ابتداء من تاريخ انتهاء العلاقة الزوجية إلى حين سقوط الفرض عنه شرعا،

وحيث يحق لغير الحاضن من الأبوين زيارة المحضون وتفقد أحواله وأنه نظرا لعدم وجود أي اتفاق بين الطرفين بهذا الخصوص و لكون الطفل زكرياء مولود بتاريخ 2018/05/31 و لا زال صغيرا ترى المحكمة تنظيم الزيارة وفق ماسيرد بمنطوق الحكم،

و حيث التمست المدعية الحكم لها بنفقتها ابتداء من 2018/08/28 ،

و حيث أقر المدعى عليه أنها غادرت بيت الزوجية قبل تقديمه طلب التطليق بتاريخ 2018/09/17 و لم ينازع في إمساكه عن الإنفاق عليها منذ ذلك الحين،

و حيث إن نفقة الزوجة في مال زوجها و يقضى بها من تاريخ الإمساك،

و حيث يكون طلبها تبعا لذلك مرتكز على أساس قانوني سليم مما يتعين الاستجابة له،

و حيث إن باقي الطلبات غير مبررة مما ينبغي رفضها.

وحيث إن مستحقات المحضون أعلاه ذات طابع معيشي وتشمل النفقة مما يتعين شمولها بالتنفيذ المعجل،

وحيث إنه نظرا للطابع الإجتماعي للزيارة وتأثيرها النفسي الإيجابي على المحضون ترى المحكمة شمول الزيارة بالتنفيذ المعجل،

وحيث يتعين إبقاء الصائر على عاتق المدعي،

وتطبيقا للفصول 1-2-3-50-124-147-197 من قانون المسطرة المدنية و للمواد 83-84-85-94-95-97-122-126 من مدونة الأسرة.

لهذه الاسباب

حكمت المحكمة علنيا و انتهائيا في الشق المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية و ابتدائيا في الباقي و حضوريا:

في الطلبين الأصلي و المضاد:

في الدفع بعدم الاختصاص المكاني: برفضه

في الشكل : _ بقبولهما

في الموضوع : _ بتطليق المدعى عليها غزلان الكهيلي من عصمة زوجها المدعي عماد الصالحي طلقة أولى بائنة للشقاق،

_ بالإشهاد على إيداع المدعي للمدعى عليها مستحقاتها المترتبة عن الطلاق و حقوق الإبن زكرياء الصالحي مفصلة كالتالي:

ـ مبلغ 10000 عشرة ألاف درهم عن المتعة،

ـ مبلغ 5000 خمسة ألاف درهم عن أجرة سكنها خلال العدة،

ـ مبلغ 400 أربعمائة درهم شهريا عن نفقة الإبن زكرياء ومبلغ 400 أربعمائة درهم شهريا عن أجرة سكنه مع الاستمرار إلى حين سقوط الفرض عنه شرعا ،

ـ إسناد حضانة الإبن المذكور لوالدته المدعى عليها،

ـ بأداء المدعي لفائدة المدعى عليها أجرة حضانة الإبن محددة في مبلغ مائة 100 درهم في الشهر ابتداء من تاريخ الحكم بالتطليق إلى حين سقوط الفرض عنه شرعا،

ـ تمكين المدعي من زيارة إبنه كل يوم أحد من الساعة العاشرة صباحا إلى الساعة الثانية زوالا،

و بأداء المدعي للمدعى عليها نفقتها عن المدة من 2018/08/28 إلى غاية 2019/02/06 بحسب ستمائة 600 درهم شهريا،

ـ شمول النفقة و مستحقات المحضون وحق الزيارة بالتنفيذ المعجل، و رفض باقي الطلبات و إبقاء الصائر على رافع الطلب،

و الأمر بتوجيه ملخص هذا الحكم إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الطرفين.

بهذا صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية في اليوم والشهر والسنة اعلاه وكانت الهيئة متكونة من:

الاستاذ / فؤاد كحيحلي	رئيسا
الاستاذ / فريد بنعزيزي	مقررا
الاستاذ / عبد الرحيم زويتن	عضوا
وبمساعدة / السيدة السعدية تعزى	كاتبة للضبط

الرئيس　　المقرر　　كاتب الضبط

ملحق رقم (14)

12 ملحق

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بتازة
المحكمة الابتدائية بجرسيف
ملف شخصي
رقم 16/36
حكم عدد. 263
صدر بتاريخ
2016/05/02

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ 2016/05/02 أصدرت المحكمة الابتدائية بجرسيف وهي تبت في قضايا الأسرة الحكم الاتي نصه:

بين السيد .

الساكن بحي حمرية قرب الحاسي القديم بجرسيف.

مدعيا من جهة

والسيدة :

الساكنة بحي القدس 02 بلوك 03 رقم الدار 45 تازة.

مدعى عليها من جهة أخرى

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى والمودع بكتابة الضبط لدى هذه المحكمة والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2016/01/25 الذي تقدم به المدعي عرض فيه، أن المدعى عليها تعتبر زوجته على كتاب الله وسنة وسوله، **غير أنها غادرت بيت الزوجية منذ تاريخ 2014/08/06 وامتنعت عن الرجوع اليه رغم محاولاته المتكررة، وقد سبق له وان استصدر حكما برجوعها الى بيت الزوجية غير انها امتنعت عن الرجوع**. ملتمسا الحكم بتطليقها منه للشقاق وتحميلها الضائر، وأرفق المقال بنسخة من رسم زواج مضمن اصله بعدد 753 سجل الزواج عدد 56 بتاريخ 2011/02/08 توثيق تازة.

و بناء على إدراج الملف **بجلسة الصلح المنعقدة** بتاريخ 2016/03/01 التي حضرها الزوجان وصرحا بأن البناء وقع ولا ابناء لهما والزوجة غير حامل، وبأن الزوج يرغب في التطليق لكون الزوجة لم ترغب في الرجوع لبيت الزوجية، ذلك أنها تتواجد منزل والدها منذ حوالي سنتين تقريبا، وصرحت الزوجة بأن زوجها لم يحضر لمنزل والدها لإرجاعها لبيت الزوجية، وأنها مستعدة للرجوع لبيت الزوجية شريطة اسكانها منفردة وعارضت في التطليق، فتقرر انتداب المجلس العلمي لإجراء محاولة صلح بين الطرفين، وأدرج الملف **بجلسة** 2016/03/29 التي حضرها الزوجان وصرحا بأن الصلح لم يقع بينهما، والفي بالملف بتقرير المجلس العلمي بتعذر الصلح بين الطرفين، **وصرحت الزوجة بأنها تتنازل عن مستحقاتها المترتبة عن التطليق**. فتقرر الإعلان عن فشل محاولة الصلح بين الطرفين.

وبناء على إدراج الملف بالجلسة الأخيرة بتاريخ 2016/04/14 التي حضرها المدعي وتخلفت المدعى عليها عن حضورها رغم الاعلام، والفي بالملف بملتمس السيد وكيل الملك الرامي إلى تطبيق القانون، واعتبرت المحكمة القضية جاهزة وحجزتها للمداولة والنطق بالحكم لجلسة 2016/05/02.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل : حيث إن الدعوى جاءت مستوفية لشروطها الشكلية المتطلبة قانونا مما يتعين قبولها.

في الموضوع :

حيث يهدف المدعي الى انهاء العلاقة الزوجية للشقاق للأسباب المبينة أعلاه.

وحيث إن العلاقة الزوجية المطلوب انهاؤها ثابتة بين الطرفين من خلال رسم الزواج المشار اليه.

وحيث ان المحكمة باشرت اجراءات التطليق للشقاق باستدعاء الزوجين لجلسة الصلح، وانتدب المجلس العلمي لأجراء محاولة صلح بين الطرفين، غير أن المحاولة باءت بالفشل، لإصرار الزوج على التطليق، مما تكون معه العلاقة الزوجية في شقاق، ويكون الحل المناسب لها هو انهاؤها، مما قررت معه المحكمة بتطليق الزوجة من عصمة زوجها طلقة أولى الشقاق.

وحيث تنازلت المدعية عن مستحقاتها المترتبة عن التطليق مما يتعين الاشهاد عليها بذلك (تنازل عدد 1659 بلدية جرسيف بتاريخ 2016/03/23)

وحيث يتعين تحميل المدعي الصائر.

وتطبيقا لأحكام المواد 32و 79 وما يليهما من مدونة الأسرة، والفصول31و 32و50 و124 من قانون المسطرة المدنية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة علنيا انتهائيا وحضوريا للزوج وبمثابة حضوري للزوجة.

في الشكل: بقبول الطلب.

في الموضوع :بتطليق السيدة من عصمة زوجها السيد .

طلقة أولى بائنة للشقاق. والإشهاد على تنازل المدعى عليها عن مستحقاتها المترتبة عن التطليق وبتوجيه ملخص هذا الحكم لضابط الحالة المدنية لمكان ولادة الطرفين قصد تضمينه بطرة رسم ولادتهما. وبتحميل المدعى الصائر.

وبهذا صدر الحكم في التاريخ أعلاه وكانت هيئة الحكم مشكلة من السادة :

- محمد الحداد رئيسا ومقررا
- نجاة الحوط عضـوا
- عمر زهري عضـوا
- فؤاد الربع كاتبا للضبط

الرئيس كاتب الضبط

ملحق رقم (15)

ملحق 13

المملكة المغربية
السلطة القضائية
محكمة الإستئناف بالرباط
المحكمة الإبتدائية بالرباط
قسم قضاء الأسرة
ملف رقم : 18/1626/341
حكم عدد [illegible]/18
بتاريخ : 18/03/22

أصل الحكم المحفوظ بكتابة الضبط
بالمحكمة الإبتدائية بالرباط .

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون .

بتاريخ 2018/03/22 .

أصدرت المحكمة الإبتدائية بالرباط - قسم قضاء الأسرة - في جلستها العلنية وهي تبت في قضايا الطلاق والتطليق الحكم الآتي نصه :

بين السيدة : لبنى العمراني .

عنوانها : 13 زنقة الحزان كوتيل الملاح - الرباط -

بصفتها مدعية من جهة .

وبين السيد : محمد الفرجي .

عنوانه : الملاح درب الدجاج رقم 08 الرباط .

بصفته مدعى عليه من جهة أخرى .

الوقائع :

بناء على المقال الإفتتاحي للدعوى الذي تقدمت به المدعية لدى كتابة ضبط هذه المحكمة ، والمسجل والمؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 18/02/27 ، والذي جاء فيه أنها متزوجة بالمدعى عليه ، وأن العلاقة الزوجية أصبحت مستحيلة بينهما، ملتمسة الحكم بتطليقها من المدعى عليه للشقاق .

وبناء على إدراج الملف بجلستين ، كانت أخرهما جلسة 18/03/15 ، تخلف عنها الطرفان ، وألفي بالملف ملتمس النيابة العامة الرامي إلى تطبيق القانون ، فتقرر حجز القضية للمداولة لجلسة 18/03/22 .

وبعد المداولة طبقا للقانون :

حيث تقدمت المدعية بطلب يرمي إلى الحكم وفق ما سطر أعلاه .
وحيث تخلفت المدعية عن جلسة الصلح رغم التوصل شخصيا ولم تدل بعذر مقبول .
وحيث إن مسطرة الشقاق هي مسطرة تصالحية وتقتضي حضور الطرفين لجلسة الصلح للتأكد من الخلاف القائم بينهما .
وحيث تعذر على المحكمة إتمام محاولة الصلح لتخلف المدعية ، كما تعذر عليها التأكد من استمرار حالة الشقاق .
وحيث يتعين التصريح بعدم قبول الطلب .
وحيث يتعين تحميل رافع الدعوى الصائر .

وتطبيقا للفصول 1-2-3-9-32-37-38-39-45-179 من قانون المسطرة المدنية ، والمواد 84- 94- 97- 122 128-196 من مدونة الأسرة .

لهذه الأسباب :

حكمت المحكمة علنيا ، ابتدائيا ، وبمثابة حضوري .

بعدم قبول الطلب ، وتحميل رافعه الصائر .

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه ، وكانت المحكمة متركبة من السادة :

فؤاد كحيلي رئيسا و مقررا ، رشيد مهيد عضوا ، عبد الرحيم زويتن عضوا ، لحسن ابودرار كاتب الضبط .

كاتب الضبط .

الرئيس .

1/1

ملحق رقم (16)

ملحق 14

وزارة العدل و الحريات
محكمة الاستئناف بالرباط
محكمة الابتدائية بالرباط
قسم قضاء الأسرة

من المساعد(ة) الاجتماعي(ة)بقسم قضاء الأسرة

إلى

السيد المقرر في ملف التطليق للشقاق

2019/1626/1311

الموضوع : تقرير حول جلسة قصد القيام بجلسة الصلح بواسطة المساعدة الاجتماعية .

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد، تبعا لحكمكم التمهيدي المشار إلى موضوعه أعلاه بخصوص انتدابنا لإجراء جلسة الصلح في ملف التطليق للشقاق عدد:

2019/1626/1311

تاريخ الجلسة المقررة :2019/10/29

تاريخ جلسة الصلح : 2019/10/09

-المدعي/ة:

-الاسم الكامل : رشيدة صوفي

-ب ت و :A482524

-المهنة :مربية

-المدعى/ة عليه/ها :

-الاسم الكامل : رحال عميري

-ر ب و :

-المهنة :

يشرفني أن أخبركم انه تم حضور الزوجة لجلسة الصلح، حيث انها مصرة على التطليق للشقاق.

النتيجة : فشل محاولة الصلح

المساعد(ة) الاجتماعي(ة) القضائي(ة)

قـائـمة الـمـراجـع

القرآن الكريم

أولا– المعاجم والقواميس:

1- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، ط.01، دار الجيل، بيروت، 1990.

2- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، بيروت، لبنان، ج.01، 1990.

3- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، ج.04، ط.04، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999.

4- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، مادة شقق، ج.10، ط.04، دار صادر، بيروت، د.س.

5- أبي نصر اسماعيل بن حمّاد الجوهري، الصّحاح تاج اللّغة وصحاح العربية، ج.01، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت. 1990.

6- أحمد بن محمد بن محمد أبي الوليد لسان الدين ابن الشح الحلبي، لسان الحكام، البابي الحلبي، القاهرة، 1973.

7- أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، مكتبة لبنان، بيروت، 1982.

8- الصّاحب إسماعيل بن عبّاد، المحيط في اللّغة، عالم الكتب، بيرت، 1994.

9- الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987.

10- رفيق العجم، موسوعة مصطلحات الإمام الغزالي، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان، 2000.

11- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، دار التحرير، مصر، 1989.

12- محي الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج.02، ط.03، الهيئة العامة المصرية للكتاب، مصر، 1978.

ثانيا– الكتب الفقهية:

أ– الفقه المالكي:

1- ابن العربي، القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، ط.03، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، 2003.

2- ابن عرفة الرّصّاع، شرح الحدود، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الاسلامي، ج.02، ط.01، بيروت، لبنان، 1993.

3- ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج أحكام، ج.01، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.

4- أبي عبد الله محمد الخرشي، على المختصر الجليل،ج.04، ط.02، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، سنة 1317 هـ.

5- أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة وغيرها من الأمهات، المجلد.05، ط.01، دار الغرب الاسلامي، بيروت، 1999.

6- الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي، المنتقى شرح الموطأ، ج.05، ط.01، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ.

7- الدردير سيدي أحمد أبو البركات، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج.02، دار الفكر، بيروت، د.س.

8- الخرشي محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، حاشية المختصر على شرح سيدي خليل، ج.07، ط.01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

9- الصّاوي أحمد بن محمد، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج.04، دار الفكر، بيروت، د.س.

10- القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، ج.05، ط.02، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1964.

11- القرطبي ابن رشد الحفيد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.03، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2004.

12- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج.05، ط.01، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، لبنان، 2006.

13-شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.02، دار إحياء الكتب العربية، د.س.

14- مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج.03، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.

15- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة الكبرى، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، 1415هـ، 1994م.

16- مالك بن أنس الأصبحي، المنتقى في شرح موطأ مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009.

ب- الفقه الحنفي:

1- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، ج.03، ط.02، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده، مصر، 1966.

2- ابن عابدين، رد المحتار على الدرر المختار، ج.05، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.

3- ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج.07، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.

4- إبراهيم بن محمد ابن ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحار،ج.03، ط.01، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1998.

5- أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، كتاب النفقة، ج.05، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.

6- أبي محمد محمود بن أحمد العنيني، البناية في شرح الهداية، ج.09، ط.02، دار الفكر، بيروت، 1990.

7- الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان، ج.09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000.

8- الرازي الجصاص الحنفي أبي بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، ج.01، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1917.

9- الرازي زين الدين محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1987

10- الرازي الجصاص الحنفي أبي بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، ج.03، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992.

11- الحنفي زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.07، ط.02، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1413هـ.

12- السمرقندي علاء الدين، تحفة الفقهاء، ج.02، ط.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1984.

13- الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.03، ط.02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.

ت– الفقه الحنبلي:

1- ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني على حاشية الشرح الكبير، ج.05، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.

2- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ، المغني ويليه الشرح الكبير، ج.08، دار الكتاب العربي، بيرت، لبنان، 1983.

3- ابن قدامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني، ج.11، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.

4- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.05، ط. 02، 1964، دار الكتب المصرية ، القاهرة.

5- البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.

6- البهوتي منصور بن يونس ، كشف القناع، ج.15، ط.01، وزارة العدل، الرياض، 2008.

7- ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج.01، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.

ث–الفقه الشافعي:

1- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ط.01، دار الفكر، بيروت، 1414هـ، 1994.

2- أبو داود، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، كتاب الديات، باب الإمام يأمر بالعفو في الدم، ج.04، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، د.س.

3- الإمام الشافعي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، اشترك في تأليف هذه السلسلة: الدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، علي الشّرْبجي، ج.08، ط.04، دار القلم، دمشق، 1992.

4- الشربيني الشافعي شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.04، ط.01، دار الكتب العلمية، 1994.
5- النووي محي الدين، روضة الطالبين، ج.05، دار النشر المكتب الاسلامي، بيروت، 1991.
6- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج.09، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ 1999.

ج- الفقه الإسلامي:

1- أبي عبد الله مصطفى بن العدوي، فقه التعامل بين الزوجين وقبسات من بيت النبوة، ط.01، دار ابن رجب، 1996.
2- البخاري، صحيح البخاري كتاب باب عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير، دار الكتاب العربي.
4- الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، مج.02، ط.01، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996.
5- القرطبي القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.02، دار الفكر، لبنان، 1995.
6- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج.05، ط.01، مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، لبنان،، 2006.
7- مصطفى البغا، مختصر صحيح البخاري، دار المصطفى للنشر، 2011.
8- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.09، ط.04، دار الفكر المعاصر، سورية، 1997.

ثالثا– الكتب العامة:

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.

2- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.

3- أحمد نصر الجندي، نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، 2006.

4- أحمد ابراهيم حسن، فلسفة وتاريخ النظم الاجتماعية القانونية، أبو عزم للطباعة، العصافرة، مصر، 2003.

5- أمير بنغازي، الممارسات الضارة وأثرها على العلاقة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.

6- ادريس الفاخوري، انحلال الرابطة الزوجية في مدونة الأسرة، ج.02، ط.02، مكتبة المعرفة، مراكش، 2018.

7- الجمعية الديمقراطية لنساء المغرب، هيئة استشارية معتمدة لدى المجلس الاقتصادي و الاجتماعي للأمم المتحدة، مدونة الأسرة بين النص والتطبيق من خلال العمل القضائي لمحكمة النقض، يناير، 2019.

8- الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.01، دار هومة، الجزائر، 2005.

9- الشافعي محمد، الطلاق والتطليق في مدونة الأسرة، ط.01، سلسلة البحوث القانونية ، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2010.

10- الشافعي عبد الرحمان السيد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين، ط.01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.

11- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الاولاد في الفقه الإسلامي، ط.01، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر، الجزائر، 2013.

12- بدر الدين أبي الفضل محمد بن أبي بكر الأسدي الشافعي، بداية المجتهد في شرح المنهاج، مج.03، ط.01، دار المنهاج، السعودية، جدة، 2011.

13- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

14- بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ اجتهاد المحكمة العليا، خلال أربعين سنة، ط.03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

15- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.

16- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه والقانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

17- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.01، دار الخلدونية للنشر، 2008.

18- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.02، الجزائر، 2012.

19- بوقندورة سليمان، الروائع الفقهية في الأحوال الشخصية، شرح قانون الأسرة، الباب الأول، ط.01، دار الألمعية للنشر، 2015.

20- جاسم محمد مهلهل، قضايا الزواج، ط.01، دار الدعوة للنشر، الكويت، 1988.

21- حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، بحقيق المحامي فهمي الحسيني، ج.04، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.

22- حسين تونسي، المعاينة والخبرة القضائية في المواد المدنية والتجارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2017.

23- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015.

24- دليل عملي لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، دار القلم، وزارة العدل، الرباط، 2004.

25- سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج.04، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

26- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.01، دار الهدى، الجزائر.

27- سايس جمال، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي الجزائري، ج.02، ط.01، 2014.

28- سعاد الأخريسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2005.

29- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.03، دار هومة، 2011.

30- شريقي نسرين وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري،ط.01، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

31- طاهري حسين، الإجراءات المدنية والإدارية، الموجزة لشرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، جزء.01، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.

32- طاهري حسين، قانون الأسرة، دار الخلدونية، الجزائر، 2015.

33- عادل حاميدي، التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2015.

34- عادل حاميدي، الدليل الفقهي و القضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، ط.01، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط ، المغرب، 2016.

35- عباس الجميلي، المرشد إلى الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، ج.01، ط.01، دار الإحياء للكتب الإسلامية، مطبعة النعمان، النجف، 1958.

36- عبد الباسط محمد خلف، وسائل إنهاء المنازعات بين الأفراد في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، ط.01، دار المحدثين، القاهرة، 2008.

37- عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائيين العدالة المؤسساتية والعدالة المكملة أو البديلة، ط.01، الرباط، 2013.

38- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام،ج.01، منشأة المعارف، 2003.

39- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، الجزائر،2011.

40- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر و التوزيع، ط.03، الجزائر، 1991.

41- عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، ط.01، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.

42- عبد الفتاح تقية، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، تالة للنشر، د. س. ن.

43- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط.01، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

44- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.03، البصائر للنشر، 2016.

45- عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، منشورات المعارف، فاس، 2013.

46- عبد المومن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلية، الجزائر.

47- عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط.02، دار القلم، الكويت، 1990.

48- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مجلد.04، دار عالم الكتب، بيروت، 2003.

49- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، ط.01، منشورات دار القضاء بالمغرب، 2014.

50- عمر زودة، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.

51- فوزي أكريم، شرح مدونة الأسرة، طنجة، 2019.

52- لوعيل أمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، ط.02، دار هومة، 2012، الجزائر.

53- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، ط.03، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2008.

54- محمد الشافعي، الزواج وانحلاله في مدونة الأسرة، ط.04، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، المغرب، 2020.

55- محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الطبعة الثانية، دار الآفاق المغربية للنشر، الدار البيضاء، 2015.

56- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.03، دار الفكر العربي، مصر، 1957.

57- محمد خليفة الشيخ، الخبرة القضائية بين القانون و الممارسة، دار الكتب الوطنية، مجلس الثقافة العامة، بيروت، 2010.

58- محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 2008.

59- محمد متولي الشعراوي، أحكام الأسرة والبيت المسلم، مكتبة التراث الإسلامي، القاهرة، 2001.

60- محمد محدة، الخطبة والزواج، ط.02، دار الشهاب، 2000.

61- محمود محجوب عبد النور، الصلح و أثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، دار الجيل بيروت طبعة 1408 – 1987.

62- محمد الصادق الشطي، لباب الفرائض شامل للفقه والحساب والعمل، ط.03، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1988.

63- نبيل صقر، قانون الأسرة نصّا وفقها وقضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006.

64- نبيل صقر، الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الطلاق وتوابع فك العصمة، دار الهدى، الجزائر، 2015.

65- نجيمي جمال، قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2016.

66- نسرين شريقي وكمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط.01، دار بلقيس، الجزائر، 2013.

67- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، تخارج- تسوية، ج.11، ط.02، الكويت، 1988.

68- وزارة العدل والحريات، القضاء الأسري، الواقع والآفاق، عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة دراسة تحليلية إحصائية 2004-2014، ماي 2014.

69- يوسف دلاندة، قانون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2014.

رابعا – المراجع المتخصّصة:

I- باللغة العربية:

1- أبو الوفا أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ط.02، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.

2- أبو الوفا أحمد، التحكيم الاختياري والإجباري، ط.04، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.

3- أحمد محمود أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية ط.01، دار الثقافة، عمان، 2010.

4- الأنصاري النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة، 2001.

5- العارية بولرباح، الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دراسة مقارنة، ط.01، 2009.

6- بردان إياد محمود، التحكيم والنظام العام، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

7- بركات علي، خصوم التحكيم في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية المقارن، القاهرة.

8- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018.

9- جلول دليلة، الوساطة القضائية في القضايا المدنية و الإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2012.

10- حسن محمّد المعلمي، مفهوم الإصلاح في القرآن الكريم، ط.01، دار غيداء للنشر، 2012.

11- خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، ط.02، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012..

12- سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، ط.01، دائرة القضاة، أبوظبي، 2014.

13- سميرة سيد سليمان بيومي، التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1989.

14- عبد الله بن محمد العمراني، الوساطة في تسوية المنازعات - دراسة فقهية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، مجلة قضاء، دار النشر الجمعية القضائية السعودية، 2013.

15- علاء أبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات –دراسة مقارنة، ط.01، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

16- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007.

17- قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.03، كتاب ناشرون، عمان ، الأردن، 2017.

18- قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعي، ط.01، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2009.

19- محمد السيد عرفة، الصلح والتحكيم وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط.01، دار الحامد، عمان، 2014.

20- محمد بلاج، خدمة الوساطة والإرشاد الأسري بالمغرب، ط.01، مطبعة النجاح الجديدة، الناشر مركز الدراسات الأسرية والبحث في القيم والقانون، الدار البيضاء، المغرب، 2015.

21- محمود محجوب عبد النور، الصلح و أثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، دار الجيل بيروت طبعة 1408 – 1987.

22- مسعد عواد حمدان البرقاني الجهني، التحكيم في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، ط.01، مكتبة دار الإيمان، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1994.

II- باللغة الفرنسية:

1- Annie, Babu et Pierrette Bonnoure –Aufiere, Guide de la médiation familiale - étape par étape, Ramonville sait- agne, 2006.

خامسا – المقالات العلمية:

I –باللغة العربية:

1- ابراهيم الدسوقي، قواعد واجراءات التحكيم وفقا لنظام التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1993، ع. 1.2.

2- إدريس الفاخوري، الصلح في العمل القضائي" الطلاق نموذجا"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، دار النشر الجسور، وجدة، المغرب، 2002، ع.05.

3- إدريس جلام، الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها القضاء، مجلة المحاكم، فبراير 2008، ع.12.

4- الحسن العلمي، مسطرة الشقاق في ظل مدونة الأسرة، مجلة المعيار، ع.32.

5- الحسن بن دالي، دور الحكمين في حسم النزاع بين الزوجين بين أحكام المذهب المالكي ونصوص مدونة الأسرة، مجلة المناظرة، 2005، ع.10.

6- الحسين الموس، قيم الصلح ومدونة الأسرة، مجلة دراسات أسرية، فبراير 2016، ع.01.

7- الزحيلي محمد، التحكيم الشرعي والقانوني في العصر الحاضر، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد27، جامعة الشارقة، 2011، ع.03.

8- القضاة محمد أحمد حسن، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات – العلوم الإنسانية، مجلد.18، الجامعة الأردنية، الأردن، 2011، ع.04.

9- القطيفي عبد المحسن، دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، المجلد الأول، 1996، ع.01.

10- اللهيبي صالح أحمد، عقد التخارج، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، للسنة 26، يناير 2012، ع.49.

11- المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج.01، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح و الدلائل، فبراير2009، ع.10.

12- بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990.ع.03.

13- بن قوية سامية، الصلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، عدد خاص، الجزائر.

14- بن محمود فاطمة الزهراء، الآليات الصّلحية في مجلة الأحوال الشخصية، مجلة القضاء والتشريع، أبريل 2008، ع.04.

15- بوجمعة حمد، إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، م. الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مج.02، جوان 2018، ع.10.

16- حاتم محمد الحاج، نظرية التحكيم في الشريعة– نظام التحكيم وضوابطه الشرعية والإجرائية– ، مجلة الفقه والقانون، 2015، ع.34.

17- حمه مرامرية، نظام الوساطة القضائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، م.30، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2019، ع.03.

18- خالد حجازي، السياسة التشريعية في مجال الأسرة في ضوء الواقع العملي، قراءة نقدية، كلية الحقوق أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، مجلة دراسات أسرية، المغرب، 2016، ع.02.

19- خديجة علاوي، نحو مؤسسة الوساطة العائلية بالمغرب، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، قضايا الأسرة، ج.02، الرباط، 2014.

20- دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، أبريل 2007، ع.01.

21- رحال البوعناني، دور مؤسسة التحكيم في فض النزاعات، مجلة محكمة، الرباط، المغرب، 2004. ع.03،

22- رشيد عمري، تنازع الزوجين في جهاز ومتاع البيت دراسة مقارنة، مجلة الراشدية، جامعة معسكر، الجزائر، 2010، ع.02.

23- سنوسي علي، الشغور القانوني في إجراءات المادة الأسرية، مجلة الاجتهاد القضائي، مج.12، 17 أكتوبر 2019، ع.02.

24- سلام محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات، التجربة الأمريكية كنموذج، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات، 2004، ع.02.

25- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة نشرة القضاة، وزارة العدل، جانفي 1986، ع.01،

26- عبد القادر أحنوت، مبدأ التحكيم الإسلامي بين الزوجين، مجلة التذكرة، صادرة عن المجلس العلمي للدار البيضاء، المغرب،2009، ع.13.

27- عبد الله حاج أحمد، التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين، مجلة الشهاب، نوفمبر2015، ع.01.

28- عبد الله نوح، المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب، طريقة أصيلة، بديلة وفعالة لحل النزاعات بواسطة الصلح، مجلة حوليات جامعة الجزائر، 2017/05/07، مج25، ع.01.

29- عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، ، مارس2007، ع.01.

30- عصام الهاشمي، دور الصلح في تسوية المنازعات الأسرية، مجلة المحامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ع.72.

31- عندليب علي، التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة التوحيد اللبنانية، 1997، ع.87.

32- فائزة جروني، تدخل النيابة العامة في ظل قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جوان 2016، ع.13.

33- فريجة حسين، التحكيم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، الجزائر، ع.18.

34- كمال الودغيري، الخبرة القضائية في القانون المغربي، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط،2002، ع.02.

35- كمال فنيش، الوساطة، مجلة المحكمة العليا، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم، ج.02، قسم الوثائق، الجزائر، 2009، ع.خ.

36- محمد أحمد القضاة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين، مجلة دراسات- العلوم الإنسانية-، المجلد 18، تشرين الأول، الجامعة الأردنية، عمادة البحث العلمي، 1991، ع.04.

37- محمد أوراغ، أهمية مجلس العائلة على ضوء مدونة الأسرة والمرسوم المنظم له، مجلة رسالة الدفاع، 2004، ع.15.

38- محمد برحيلي، إشكالية الخبرة القضائية في المادة المدنية بين هدف تحقيق العدالة ومشكلة إطالة التقاضي: قراءة تحليلية للنصوص المنظمة للخبرة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، الرباط، فبراير2005، ع.60.

39- محمد سلام، الطرق البديلة لحل النزاعات، التجربة الأمريكية كنموذج، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات، 2004، ع.02.

40- محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد.09، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يونيو2012، ع.02.

41- محمد شيلح، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق والتطليق، منشور في مجلة القضاء المدني، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2012، ع.02.

42- محمود عبد الرحيم الديب، الطبيعة القانونية للاتفاق التحكيمي، مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، 2003، ع.21.

43- منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية، بغداد، 1389هـ، 1949، ج.03.

44- ناصر بن محمد بن مشري الغامدي، التخارج بين الورثة أحكامه وصوره في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة أم القرى لعلوم الشريعة والدراسات الاسلامية، مكة المكرمة، 1429 هـ، ع.45.

45- نوري عمر، النظام القانوني للصلح بين الزوجين في تشريع الأسرة الجزائري، مجلة آفاق للعلوم، جامعة الجلفة، ع.03.

46- نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية، جامعة خميس مليانة، مجلة دراسات قانونية ، دار الخلدونية للنشر، 2013، ع.18.

47- هرادة عبد الكريم، الصلح و الوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري، نشرة المحامي لمنظمة سطيف، 2009، ع.09.

48- وزارة العدل والحريات المغربية، المناشير و الدوريات والنماذج التطبيقية المتعلقة بمقتضيات مدونة الأسرة، الرباط، 24 ديسمبر 2010، ع. 24 س2.

49- وفاء بونكاب، دور مؤسسات الصلح غير القضائية في حماية الأسرة، مجلة القانون المغربي، مطبعة دار السلام، الرباط، ع.03.

II– باللغة الفرنسية:

1-Bernard s. Mayer, Conflict resolution, in, Encyclopdia, of social work, 19 th , Ed, RL Edwards, Washington, DC: NASW, 1995.

2- Djilali Tchouar, La médiation pénale en matière familiale en droit français, revue méditerranéenne de droit et d'économie, Volume 3, n° 02, 17/06/2018.

3- Gresy Jean-Edouard, Analyse juridique des notions voisines de la médiation, à la recherche d'une possible cohérence, Cahier de la Revue Personnel ANDCP, 1999.

4-Jean-claude Goldsmith, Les modes de règlement amiable des différends, Droit des affaires international, 1996, n°1, pp.222.

5- Letoumux A, hanoteux A, La kabylie et les cotumes Kabyles, Paris, Edition Bouchene, 3 livres, 2003.

6- L éxavoué, Les modes alternatifs de règlement des conflits, édito sur les marc, société d'avocats: L éxavoué, Lyon, France.

7- Loïc Cadiet, Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français, revue RLR, Ritsumeikan Law Review, No. 28, 2011.

8-Marie-Thérèse, Meulders-Klein, Les modes alternatifs de règlement des conflit en matière familiale, analyse comparative, R.DC, Paris, 1997, n°02, pp. 383-407

9- Michèle Savourey, La médiation familiale, L'adaptation d'outils extérieurs à la protection de l'enfance, revue journal du droit des jeunes, édition WEKA, JDJ-RAJS n°268 - octobre 2007.

10-Timsit Jean, La médiation, Une alternative à la justice et non une justice alternative. Gazette du Palais, recueil Novembre- Décembre 2001.

سادسا – المداخلات في الملتقيات:

1- أحمد خرطة، التطليق للشقاق بين المنظور التشريعي والتصور القضائي قراءة في المواد 94 إلى 97 من م.أ " أشغال الندوة الوطنية المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة يومي 17 و18 فبراير2005، مدونة الأسرة عام من التطبيق الحصيلة والآفاق، منشورات مجموعة البحث في القانون والاسرة ، سلسلة الندوات، 2005، ع.01.

2- أحمد إد الفقيه، قراءة في مشروع قانون الوساطة بالمغرب، الندوة الجهوية الحادية عشر، قصر المؤتمرات بالعيون- الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى - 01-02 نونبر 2007.

3- ابراهيم بحماني، الصلح والوساطة في قضايا الأسرة، الندوة الجهوية الحادية عشر، الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، قصر المؤتمرات، العيون، 01و02 نونبر، مطبعة الأمنية، 2007.

4- إدريس الفاخوري، واقع الصلح في العمل القضائي الأسري، ، أشغال الندوة الدولية تطبيق مدونة الأسرة في المهجر، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 09 و10 أبريل 2010.

5- أشغال الندوة الدولية التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، الوسائل الودية لفض المنازعات الوساطة – التحكيم- الصلح، منشورات مجلة الحقوق المغربية، الرباط، 2012، ع.04.

6- الحسن بويقين، أسباب عدم نجاح مسطرة الصلح في النظام القضائي المغربي والوسائل الكفيلة بتفعيل هذه المسطرة، ندوة الطرق البديلة لتسوية المنازعات، منشورات جمعية المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، 2004، ع.02.

7- بنسالم أوديجا، ادماج الوساطة في النظامين القانوني والقضائي بالمغرب السياق العام الاشكالات المطروحة، أيّ دور للمحامي في التجربة، سلسلة الندوات الجهوية طيلة سنة 2007 بمناسبة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى الموسومة الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الندوة الجهوية الحادية عشر، قصر المؤتمرات بالعيون يومي 1 و 2 نونبر 2007، مطبعة الأمنية الرباط.

8- سوالم سفيان، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه و آليات تفعيله، في الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي 04 و05 نوفمبر 2015.

9- عبد الحفيظ ميلاط، الوساطة الأسرية في الجزائر بين الواقع والآفاق، مؤتمر دولي حول الوساطة الأسرية ودورها في الاستقرار الأسري، يومي 07 و08 ديسمبر 2015، قصر المؤتمرات، الصخيرات، المغرب.

10- مجيدي السعدية، الصلح في مسطرة التطليق للشقاق، الوسائل الودية لفض المنازعات الوساطة- التحكيم- الصلح، أشغال الندوة الدولية التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، منشورات مجلة الحقوق المغربية، 2012، سلسلة الأعداد الخاصّة.

11- محمد البقالي الحسني، النيابة العامة والصلح الأسري على ضوء مدونة الأسرة، ألقيت ضمن فعاليات المائدة المستديرة التي نظمتها "جمعية مودة لتنمية المرأة ورعاية الأسرة بالعرائش"، حول الوساطة الأسرية الرهانات والتطلعات، يوم الخميس 26 ماي 2016، الساعة 16.00 مساءا، بمكتبة عبد الصمد الكنفاوي، العرائش.

12- محمد بودريعات، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، حوليات جامعة الجزائر 1.

13- زهور الحر، الصلح والوساطة الأسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، الندوة الجهوية الحادية عشر، حول الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، قصر المؤتمرات بالعيون يوم 1و2 نوفمبر 2007، مطبعة الأمنية، الرباط.

سابعا – الرسائل والمذكرات:

أ- الرسائل الجامعية:

1- أحلام عليمي، واقع انحلال الرابطة الزوجية بالتطليق وانعكاساته المجتمعية- طنجة تطوان نموذجا-، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الملك السعدي، طنجة، 2013- 2014.

2- أنس سعدون، وضعية المرأة المغربية على ضوء منهاج عمل بيجين، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، طنجة، 2014- 2015.

3- بن خدّة رضى، الطرق البديلة لتسوية النزاعات بين الإطار النظري ورهان التطبيق، رسالة الدكتوراه في القانون، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل، مكناس، المغرب، 2014- 2015.

4- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004-2005.

5- سي بوعزة ايمان، دور النيابة العامة في المسائل الأسرية، رسالة الدكتوراه، تخصّص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018-2019.

6- عبد الرحمان المليايني، بدائل الدعوى العمومية في السياسة الجنائية الحديثة، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2013- 2014.

7- علي منتصر، التحكيم بين الزوجين في حالة شقاق، رسالة الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، أكدال، الرباط، المغرب، 2001-2002.

8- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة الدكتوراه في القانون،كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006.

9- ماجري يوسف، الوساطة القضائية في التشريع الجزائري، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019.

10- محمد الطاهر بلموهوب، الوساطة القضائية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، رسالة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة 1، 2016-2017.

11- محمد بودلاحة، وضعية المرأة في تقنيات الأحوال الشخصية لدول المغرب العربي، رسالة الدكتوراه في الشريعة، 1999- 2000.

II- باللغة الفرنسية:

- Ginette Latulippe, La médiation judiciaire : un nouvel Exercice de justice, Mémoire présente à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval – Québec Madérise en droit, 2010.

ب- المذكرات:

1- بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي، مذكرة شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2014.

2- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر، 2014- 2015.

3- بوزنة ساجية، الوساطة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة شهادة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

4- بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، مذكرة شهادة الماجيستير، قانون خاص، تخصص شؤون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011.

5- بتشيم بوجمعة، النظام القانوني للوساطة القضائية- دراسة في القانون المقارن، مذكرة شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

6- حدّاد فاطمة، حق المطلقة الحاضنة في المسكن من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة شهادة الماجيستير، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، 2014.

7- خالد ابراهيم المسيعديين، أحكام الصلح بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة شهادة الماجيستير، دار المنظومة، الأردن، 2006.

8- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، مذكرة شهادة الماجيستير، تخصص التشريع الجنائي الاسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008.

9- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، مذكرة شهادة الماجيستير، في القانون الخاص، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، بن عكنون ، 2006-2007.

10- عطيات هود فضل الله محمد صالح، التحكيم بين الزوجين في الفقه والقانون، مذكرة شهادة الماجيستير، دار المنظومة للنشر، جامعة أم درمان الاسلامية، السودان، 2007.

11- فاطمة الزهراء القيسي، دور الصلح في حماية الأسرة، مذكرة دبلوم في الدراسات المعمقة، تخصص قانون خاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2006-2007.

12- لعناني أميرة، نزاعات الحضانة في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة شهادة الماجيستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، 2013-2015.

13- محمود محجوب عبد النور، الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، مذكرة شهادة ماجيستير في الشريعة الإسلامية، ط1، دار الجيل، بيروت،1987.

14- هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مذكرة شهادة الماجيستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2014.

15- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مذكرة شهادة الماجيستير،كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.

ج- مذكرات التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء:

1- العابد كمال، تقنيات الصلح الأسري على ضوء العمل القضائي رسالة نهاية التدريب، المعهد العالي للقضاء، الرباط، 2011- 2013.

2- العايب لبنى، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة تخرج شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 24، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2013-2016.

3- شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2005- 2008.

4- فتحي عادل، الوساطة في حلّ منازعات قضايا الأسرة بين النظرية والتطبيق في الممارسة القضائية المغربية، مشروع نهاية الدراسة، إجازة مهنية تخصص الوسيط الاجتماعي، كلية التربية، جامعة محمد الخامس السويسي، 2009.

5- نادية المزاوير، حميد فضلي، عمر لمين، مدخل إلى الوساطة التسهيلية في مجال الأسرة، الفصل الخامس، التطبيق العملي للتقنيات الوساطة في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين، المعهد العالي للقضاء، الرباط، المغرب، 2015.

ثامنا – مواقع الأنترنت الإلكترونية:

1- ابتهاج حجازي بدوي سالم غبور، الشورى في الاسلام، شبكة ألوكة، ص.10، اطلع عليه بتاريخ2020/02/15،الساعة17:25،على الموقع الالكتروني: http://www.alukah.net.

2- آمنة سماتي، 70 ألف طلاق في الجزائر في أقل من سنة، مج الحوار، اطلع عليه بتاريخ 09 ديسمبر 2019، الساعة 06:09، على الموقع الالكتروني: elhiwardz.com.

3- العين الاخبارية، الطلاق في الجزائر، اطلع عليه بتاريخ 2019/02/20 ، الساعة 15:27، على الموقع الالكتروني: https://al-ain.com/article/divorce-in-algeria.

4- بلقاسم حوام، جلسات صلح في 03 دقائق تنتهي بطلاق، بتاريخ 2016/10/06، اطلع عليه بتاريخ 2020/04/16، الساعة 04:15، على الموقع الإلكتروني: https://www.echoroukonline.com.

5- محمد حميدا، ارتفاع معدل الطلاق في المغرب بشكل مخيف، اطلع عليه بتاريخ 29 جوان 2021، الساعة 12.25، على الموقع الاكتروني: www.febrayer.com.

6- عمار صابر، اتفاق التحكيم، محاضرة القيت بنقابة المحامين، بتاريخ ماي 2006، على الموقع الإلكتروني: https://qawaneen.blogspot.com.

7- قرار وزير العدل الإماراتي:" بشأن لائحة المحكمين في دعاوى الطلاق بين الأزواج"، رقم 107، ج.ر، ع.576، بتاريخ 2015/02/17، اطلع عليه بتاريخ 2021/02/22، على الموقع الالكتروني: www. rakpp.rak.ae.

50- موقع العرب، غرفة صلح بالمحاكم الجزائرية للحد من تفشي من ظاهرة الطلاق، اطلع عليه بتاريخ 2020/02/14، الساعة 22:07، على الموقع الالكتروني: https://alarab.co.uk، منشور بتاريخ الخميس 22 مايو 2014.

8- محمد بن حسين الشيعاني، بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، مج. كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأمير سونكلا، تايلند، 2014/07/10، ع.1/211، اطلع عليه بتاريخ 2019/10/10، الساعة: 12:02، على الموقع الالكتروني: www.alukah.net

9- وكالة الانباء الكويتية كونا، اطلع عليه بتاريخ 2020/02/15، الساعة 17:05، على الموقع الالكتروني: www.kuna.net .

10- "La médiation familiale"، اطلع عليه بتاريخ: 2020/10/14، الساعة 14:08، على الموقع الإلكتروني: http://www.lamediationfamiliale.fr.

تاسعا – المصادر:

I– النصوص القانونية الوطنية:

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، ع.15، مؤرخة في 17 فبراير 2005.

2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير، 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع.21، مؤرخ في 23 أبريل 2008.

3- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 20 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم.
4- الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، ع.44، المعدل بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر، ع.31، 2007.
5- الأمر رقم 15- 02 مؤرخ في 07 شوال عام 1436 الموافق لـ 23 يوليو سنة 2015، يعدّل ويتمم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع.40.
6- المرسوم التنفيذي رقم 09-100، المؤرخ في 15 مارس 2009، المحدد لكفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر، ع.16، 2009.

II- النصوص القانونية الأجنبية:

1- الظهير الشريف رقم 22.04.01، بتاريخ 03 فبراير 2004، المتضمن تنفيذ القانون رقم 03-70 الصادر في 2004/02/03 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، رقم 5184، بتاريخ 05 فبراير 2004.
2- الظهير الشريف رقم 9 رمضان 1331، بتاريخ 12 اغسطس 1913، المتضمن قانون الالتزامات والعقود المغربي، المعدل بتاريخ 18 فبراير 2016، ، ج.ر، ع.6440.
3- القانون رقم 18-33 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 44-19-1، بتاريخ 25 مارس 2019، المتضمن القانون الجنائي المغربي، ج.ر، ع.6763.
4- الظهير الشريف رقم 1.14.14، بتاريخ 2014/03/06، المتضمن قانون المسطرة المدنية، المعدل للظهير الشريف بمثابة قانون رقم17.44.47، بتاريخ 28 سبتمبر 1974، ج.ر،

ع.16240، الصادر في 20 مارس 2014، المعدل بالظهير الشريف رقم 1.19.118 الصادر في أوت 2019، ج.ر، ع.6807، ص.5847، سنة 26 أوت 2019.

5- القانون رقم 27 سنة 1994، المتضمن قانون التحكيم المصري، ج.ر، ع.16، 1994/04/21.

6- القانون رقم 25 سنة 1920، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، و المعدل بالقانون رقم 01 لسنة 2000.

7- القانون رقم 36 سنة 2010، المتضمن بقانون الأحوال الشخصية الأردني، ج.ر، ع.5061، مؤرخ في 2010/10/17. المعدل بالقانون رقم 15 لسنة 2019، ج.ر، ع. 5578، بتاريخ 2019/06/02.

8- القانون رقم 10 سنة 1984، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي، ج.ر، ع.22، السنة 29، بتاريخ 1991/11/09. المعدل بالقانون رقم 14 الموافق لـ 2015/10/14، تعديل بعض أحكام القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج و الطلاق وآثارهما.

9- القانون الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، المعدل سنة 1975، ثم سنة 2004، والمعدل بالقانون رقم 04، بتاريخ 2019/02/07.

10- القانون رقم 10 لسنة 2004 المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة المصرية.

1- المرسوم المغربي رقم 2002/04/88، بتاريخ 25 ربيع 1425 الموافق 14 يونيو 2004، بشأن تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه، ج.ر، ع. 5223، بتاريخ 21 يونيو 2004.

الفـــهـــرس

مــقدّمــة 1

الباب الأول:الصّلح كطريق بديل لحلّ النّزاعات الأسريّة بين الزوجين 10

الفصل الأول:ماهية الصّلح كطريق بديل لحلّ النّزاعات الأسرية بين الزّوجين 13

المبحث الأول:مفهوم الصّلح بين الزوجين وخصائصه وتمييزه عن الأنظمة المشابهة له والمسائل الأسرية التي لا يجوز الصلح بشأنها 14

المطلب الأول:مفهوم الصّلح و خصائصه 14

الفرع الأول:تعريف الصلح 15

أوّلا– تعريف الصّلح لغة و اصطلاحا: 15

أ– تعريف الصّلح لغة: 16

ب– تعريف الصّلح اصطلاحا: 16

1– الصّلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية: 17

2– مشروعية الصلح: 18

ثانيا– تعريف الصلح في القانون: 19

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للصّلح و خصائص 21

أوّلا– الطبيعة القانونية للصلح:..... 21

أ– الصّلح باعتباره إجراء جوهري: 21

1– قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984: 22

2– بعد صدور قانون الأسرة:..... 22

ب– الصلح باعتباره إجراء شكلي:..... 25

ثانيا– خصائص إجراء الصلح: 28

أ– وجود نزاع قائم أو محتمل:..... 28

ب– إلزامية الصلح من القاضي: 29

ت– رضى الزوجين لإجراء الصلح: 32

المطلب الثاني:تمييز الصلح عن الأنظمة المشابهة له والمسائل الأسرية التّي لا يجوز الصّلح بشأنها 33

الفرع الأول:تمييز الصّلح عن التحكيم و الوساطة 34

أولا– تمييز الصلح عن التحكيم: 34

أ– أوجه الشبه بين الصلح و التحكيم:..... 34

ب– أوجه الاختلاف بين الصلح و التحكيم:..... 35

ثانيا– تمييز الصلح عن الوساطة: 36

أ– أوجه التشابه بين الصلح و الوساطة: 36

ب– أوجه الاختلاف بين الصلح و الوساطة: 37

الفرع الثاني:المسائل التي لا يجوز الصلح بشأنها 39

المبحث الثاني:الصّلح في النّزاعات القائمة عند قيام الرّابطة الزّوجية وعند انحلالها 41

المطلب الأول:الصّلح في النزاعات القائمة عند قيام الرابطة الزوجية 42

الفرع الأول:أحكام الصلح المترتّب عن العدول عن الخطبة 42

أوّلا– مفهوم الخطبة..... 43

أ– تعريف الخطبة لغة وقانونا: 43

1– تعريف الخطبة لغة:..... 43

2– تعريف الخطبة قانونا:..... 44

3– مشروعية الخطبة: 45

ب– الطبيعة القانونية للخطبة 46

ثانيا– مظاهر الصلح عند العدول عن الخطبة: 47

أ– الصّلح بردّ الهدايا إلى الخاطب المترتبة عن العدول: 48

ب– الصّلح على التعويض عن الضّرر المادّي و المعنوي:..... 51

الفرع الثاني:الصّلح على الصّداق في حالة النزاع 54

المطلب الثاني:الصلح على النزاعات القائمة عند انحلال الرابطة الزوجية..... 60

الفرع الأول:الصلح على النزاعات المتعلقة بالزوجين عند فك الرابطة الزوجية 60

أولا– الصّلح على النفقة عند فك الرابطة الزوجية:..... 61

ثانيا– الصلح حول النزاع في متاع البيت: 68

ثالثا– الصلح عند النزاع حول النظام المالي المشترك للزوجين:..... 72

رابعا– الصلح حول بدل الخلع: 74

أ– تعريف الخلع: 74

ب– إجراء الصلح حول بدل الخلع:..... 75

خامسا– الصلح بين الزوجين على الميراث وصوره: 81

أ– المقصود بالتخارج:..... 81

ب– صور الصلح في التخارج: 83

ج- الصلح على الميراث قانونا:..... 84

سادسا- أثر إجراء الصلح عند عدة الطلاق: 87

الفرع الثاني:الصّلح في النزاعات المتعلقة بالأطفال المحضونين عند فك الرابطة الزوجية 90

أولا- الصلح حول حضانة الأطفال بالتنازل:..... 90

ثانيا- إمكانية الزّيارة باتّفاق الأبوين:..... 94

ثالثا- الصلح حول مسكن الحضانة بالتنازل: 96

الفصل الثاني:إجراءات الصلح والآثار المترتبة على إعماله في دعاوى فك الرابطة الزوجية 98

المبحث الأول:إجراءات الصّلح في دعاوى فكّ الرابطة الزوجية 99

المطلب الأول:إجراءات الصلح بين الزوجين المتخذة من قبل القاضي..... 99

الفرع الأول:شروط إجراء الصلح بين الزوجين والجهات المختصة بتطبيقه..... 100

أولا- شروط موضوعية: 100

أ- وجود عقد زواج: 101

ب- رفع دعوى طلاق: 102

ثانيا– الشروط الشكلية:..... 105

أ– الحضور الشخصي للزوجين ومدى عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح: 105

1– الحضور الشخصي للزوجين: 105

2– مدى عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح: 111

ب– ميعاد و انعقاد جلسة الصلح: 114

1– بالنسبة لميعاد عقد جلسة الصلح: 114

2– بالنسبة لسير وانعقاد جلسة الصلح: 115

الفرع الثاني:الجهات المختصة بإجراء الصلح بين الزوجين 117

أولا– قاضي الصلح: 117

ثانيا– مؤسسة الحكمين : 120

ثالثا– مجلس العائلة: 121

رابعا– دور النيابة العامة في إجراء الصلح بين الزوجين: 126

المطلب الثاني:التدابير المتخذة من قبل القاضي في فترة الصلح..... 130

الفرع الأول:اتخاذ تدابير مؤقتة وضرورية في فترة الصلح 130

أولا– اتخاذ تدابير مؤقتة: 130

ثانيا– اتخاذ تدابير ضرورية: 132

أ– الخبرة والمساعدة الاجتماعية: 132

1– الخبرة الطبية:..... 133

2– المساعدة الاجتماعية:... 136

ب– الاستشارة و الإنابة القضائية: 138

1– الاستشارة:..... 138

2– الإنابة القضائية:..... 140

ت– الاستماع إلى الشهود و الانتقال للمعاينة: 141

1–الاستماع إلى الشهود:..... 141

2–الانتقال للمعاينة:..... 143

الفرع الثاني:عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح..... 145

أولاً – وفاة أحد الزوجين: 145

ثانيا– عدم حضور أحد الطرفين:..... 146

ثالثا– التنازل عن الدعوى: 147

المبحث الثاني:الآثار المترتبة على إعمال الصلح في دعاوى فكّ الرابطة الزوجية 149

المطلب الأول:أثر نجاح محاولات الصّلح 149

الفرع الأول:تحرير محضر الصّلح واكتساب المحضر صفة السند التنفيذي 149

أوّلا– تحرير محضر الصّلح:..... 150

ثانيا– اكتساب المحضر صفة السند التنفيذي: 151

الفرع الثاني:الحكم بانقضاء الدعوى..... 153

المطلب الثاني:أثر فشل مسعى الصلح 154

الفرع الأول:تحرير محضر عدم صلح ومناقشة موضوع الدعوى من قبل القاضي 154

الفرع الثاني:أسباب فشل مسعى الصلح..... 158

أولا– الأسباب القانونية و القضائية: 159

أ– على مستوى القضاء: 159

ب– على المستوى القانوني: 161

ثانيا– الأسباب المتعلقة بالدفاع و المتخاصمين: 162

الباب الثاني:التّحكيم للشّقاق بين الزّوجين ورهانات استحداث الوساطة كطريق بديل لحلّ النّزاعات بين الزّوجين 164

الفصل الأول:التحكيم للشقاق بين الزوجين وإجراءات تطبيقه 166

المبحث الأول:ماهية التحكيم للشقاق بين الزوجين و شروط تعيين الحكمين..... 167

المطلب الأول:ماهية التحكيم للشقاق بين الزوجين 167

الفرع الأول:التطوّر التاريخي للتّحكيم و مفهومه 168

أوّلا– التطور التاريخي للتحكيم: 168

أ– التحكيم عند غير العرب: 169

1–التحكيم عند السومريين: 169

2–التحكيم عند البابليين و الآشوريين: 170

3–التحكيم عند الإغريق:..... 170

4–التحكيم عند الرومان:..... 171

5–التحكيم عند قدماء المصريين:..... 172

ب– التحكيم عند العرب قبل الإسلام: 173

ثانيا– حقيقة التحكيم و طبيعته: 173

أ– ماهية التحكيم:..... 174

1– تعريف التحكيم لغة واصطلاحا: 174

2– المفهوم القانوني و القضائي للتحكيم: 176

ب – طبيعة التحكيم:..... 179

1– الطبيعة التعاقدية للتحكيم: 180

2– الطبيعة القضائية للتحكيم: 180

3– الطبيعة المختلطة أو المزدوجة للتحكيم: 181

4– طبيعة التحكيم المستقلة: 182

ثالثا– ماهية الشقاق: 184

أ– تعريف الشقاق في اللغة: 184

ب– تعريف الشقاق في الاصطلاح: 184

ت– تعريف الشقاق قانونا: 186

الفرع الثاني:صفة الحكمين 188

أولا– الرأي الأول: صفة حكمان 189

ثانيا– الرأي الثاني: صفة وكيلان 190

ثالثا– الرأي الثالث: صفة أنّ الحكمين مرسلان من قبل القاضي 190

رابعا– الرأي الرابع: الرأي الراجح: 191

المطلب الثاني:شروط تعيين الحكمين للشقاق بين الزوجين والمسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها 192

الفرع الأول:شروط تعيين الحكمين 193

أولا– شروط متعلقة بالزوجين: 193

أ– وجود رابطة زوجيّة: 194

ب– رضا الزوجين بالحكمين: 194

ت– عدم امكانية اثبات الضرر: 195

ج– تقديم تقرير خلال مدة محددة: 198

د– أن تكون مهمّتهما الجمع بين الزوجين: 199

ثانيا– شروط متعلقة بالحكمين: 200

أ– أن يكون الحكمان مكلفين شرعا: (أهلية الحكمين) 201

ب– العدالة: 203

ت– الإسلام: 204

ث– الذكورة: 205

ث– أن يكون الحكمان من أهل الزوجين: 207

ج– العلم بما يحكم به: 211

الفرع الثاني:المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها 213

المبحث الثاني:إجراءات بعث الحكمين والآثار المترتبة على إعمال التحكيم للشقاق بين الزوجين 216

المطلب الأول:إجراءات بعث الحكمين ومهام الحكمين 217

الفرع الأول:إجراءات بعث الحكمين..... 218

الفرع الثاني:مهمة الحكمين 221

المطلب الثاني:الآثار المترتبة على إعمال التحكيم للشقاق بين الزوجين..... 224

الفرع الأول:انقضاء التحكيم بالطرق العادية 225

أولا– دور الحكمين:..... 225

أ– الإصلاح بين الزوجين:..... 225

ب– التفريق بين الزوجين عند استحالة الصلح بينهما:..... 227

ثانيا– انقضاء المدة المحددة للتحكيم:..... 232

الفرع الثاني:انقضاء التحكيم بالطرق غير العادية..... 233

أولا– عزل الحكمين: 234

ثانيا– غياب الزوجين أو أحدهما:..... 237

ثالثا– وفاة الحكمين أو أحدهما أو فقدان أهليته: 239

الفصل الثاني:رهانات استحداث الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات بين الزوجين ... 242

المبحث الأول:مفهوم الوساطة الأسرية و أهميتها 243

المطلب الأول:مفهوم الوساطة الأسرية والأطراف الفاعلة فيها 244

الفرع الأول:تعريف الوساطة و التنظيم القانوني للوساطة الأسرية 244

أولا– تعريف الوساطة: 244

ثانيا – التنظيم القانوني للوساطة الأسرية:..... 247

الفرع الثاني:خصائص الوساطة الأسرية و أطرافها 248

أولا– خصائص الوساطة:..... 248

أ– السرعة:..... 248

ب– المرونة: 249

ت– السرية:..... 249

ث– التكلفة:..... 250

ج– تخفيف العبء عن القضاء:..... 251

ثانيا– أطراف الوساطة الأسرية: 251

أ– الوسيط: 252

ب– المدعى عليه: 255

ج– الطرف المتضرر: 255

الفرع الثالث:إجراءات الوساطة القضائية 256

أوّلا– عرض القاضي الوساطة على الخصوم:..... 256

ثانيا– تحديد مدّة الوساطة..... 257

ثالثا– تحرير محضر اتفاق من عدمه: 258

المطلب الثاني:أهمية الوساطة الأسرية و نماذج لتجارب بعض الدول الغربية والعربية في مجال الوساطة الأسرية 259

الفرع الأول:أهمية الوساطة الأسرية وأنواعها 260

أولا– أهمية الوساطة الأسرية:..... 260

ثانيا– أنواع الوساطة:..... 261

أ– الوساطة القضائية:..... 261

ب–الوساطة الخاصّة:..... 262

ت–الوساطة الاتفاقية: 262

ث–الوساطة الجزائية: 263

الفرع الثاني:نماذج لتجارب بعض الدول الغربية والعربية في مجال الوساطة الأسرية .. 264

أولا– نماذج لتجارب الدول الغربية: 264

أ– النموذج الأمريكي: 265

ب–النموذج الفرنسي: 266

ج–النموذج الكندي: 267

ثانيا– نماذج لتجارب بعض الدول العربية: 268

أ– التجربة المصرية: 268

ت– التجربة الأردنية: 269

ب– التجربة الكويتية: 270

ت– التجربة الجزائرية: 270

ث– التجربة المغربية: 271

المبحث الثاني:رهانات تفعيل وإدماج الوساطة الأسرية ومعيقاتها 272

المطلب الأول:رهانات تفعيل وإدماج الوساطة الأسرية بالمغرب 273

الفرع الأول:إدماج الوساطة بالنظام العائلي 273

الفرع الثاني:دور جمعيات المجتمع المدني في تفعيل الوساطة الأسرية 274

أولا– المساعدة الاجتماعية: 274

ثانيا– الجمعيات و المجالس العلمية:..... 275

أ– الجمعيات:. 275

ب– المجالس العلمية: 276

الفرع الثالث:ضرورة إنشاء مراكز خاصة لممارسة الوساطة وتكوين الوسطاء..... 277

أولا– ضرورة إنشاء مراكز تكوين للوسطاء 278

ثانيا– إنشاء مراكز لممارسة الوساطة 278

المطلب الثاني:معيقات إدماج الوساطة الأسرية 280

الفرع الأول:معيقات قانونية..... 280

الفرع الثاني:معيقات مؤسسية..... 281

الفرع الثالث:معيقات اجتماعية ونفسية..... 281

قـائـمة المـلاحق..... 290

قـائـمة الـمـراجع 314

الفــهــرس 345

الملخص:

تكتسي الطرّق البديلة لحلّ النزاعات الأسرية المتعلقة بالزوجين أهمّية بالغة، سواء تعلّق الأمر بالصّلح أو التّحكيم للشقاق أو الوساطة، لكن نجد أن كلاّ من المشرعين الجزائري والمغربي لم يدركا مدى فعاليّة هاته الطرق أو الوسائل في حلّ النزاعات، لهذا كان هناك نوع من العزوف في تطبيقها على المستوى العملي، خاصة ما تعلّق منها بإعمال التّحكيم والوساطة اللّتان نجدهما تكادا تنعدما. و نجد أنّ تكرار محاولات الصّلح من قبل القاضي في النزاعات الزوجية جدّ محتشم وقليل وذلك لعدة معيقات قانونية أو اجتماعية ...إلخ، وهو ما يفسر ارتفاع نسبة الطلاق بصوره المتعدّدة وفشل إصلاح ذات البين بين الزوجين.

الكلمات المفتاحية: طرق– صلح– وساطة– بديلة– تحكيم– نزاعات– أسرة– زوجين.

Résumé:

Les modes alternatifs de résolution des conflits familiaux liés aux conjoints sont extrêmement importants, qu'il s'agisse de réconciliation ou d'arbitrage pour discorde ou de médiation, mais nous constatons que les législateurs algérien et marocain ne se sont pas rendu compte de l'efficacité de ces méthodes ou moyens pour résoudre les litiges, il y avait donc une sorte de réticence à les appliquer au niveau pratique, surtout en ce qui concerne le travail d'arbitrage et de médiation, que nous trouvons presque inexistant. Nous constatons que les tentatives répétées de réconciliation par le juge dans les litiges matrimoniaux sont très modestes et peu nombreuses en raison de plusieurs obstacles juridiques ou sociaux ... etc., ce qui explique le taux élevé de divorce de multiples manières et la non-réconciliation des deux époux.

Mots clés: méthodes - conciliation - médiation - alternative - arbitrage - contentieux - famille - couple.

Abstract :

Alternative methods of resolving family disputes related to spouses are extremely important, whether it is related to reconciliation or arbitration for discord or mediation, but we find that both the Algerian and Moroccan legislators did not realize the effectiveness of these methods or means in resolving disputes, so there was a kind of reluctance to apply them to The practical level, especially with regard to the work of arbitration and mediation, which we find almost non-existent. We find that the repeated attempts at reconciliation by the judge in marital disputes are very modest and few due to several legal or social obstacles ... etc., which explains the high rate of divorce in multiple ways and the failure to reconcile the two spouses.

Key words: methods - reconciliation - mediation - alternative -arbitration - disputes – family-couple.