الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

تخصص: قانون الأسرة

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

إعداد الطالبة: سعودي سعيدة

تحت عنوان:

معوقات الممارسة القضائية في التشريع الأسري الجزائري (الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نموذجا)

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
			رئيسا
شرفة سامية	أستاذة محاضرة – ب–	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا ومقررا
			مناقشا

السنة الجامعية : 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــــــــــداء

إلى والداي أطال الله في عمرهما ومتّعهما بالصحة والعافية.

إلى زوجي أدامه الله سندا لي في حياتي

إلى وحيدي وقرة عيني "يوسف" رعاه الله وجعله من الصالحين

إلى كل إخوتي وأخواتي وأبنائهم

إلى كل أهلي وأهل زوجي

شـــــكر وعرفـــــــــان

بداية أشكر الله عزّ وجل الذي منحني القدرة على إنجاز هذه المذكرة وأنار لي دربي ووفقني وفتح لي أبواب البحث ،وأسأله تعالى أن يتقبله خالصا لوجهه الكريم

كما أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورة شرفة سامية التي لم تبخل عليّ بالنصح والتوجيه.

والشكر موصول إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة

وأشكر جزيل الشكر زوجي الذي شجعني على مواصلة المشوار الدراسي وتحمّل إلى جانبي كلّ مشاقه

وأشكر كل من قدم لي يد المساعدة وأخص بالذكر رئيس محكمة سطيف بوكروبة أحمد ، وأختي غانم إيمان.

قائمة المختصرات

تحق: تحقيق

ج : جزء

د.س : دون سنة

ص : صفحة

ط : طبعة

ط خ : طبعة خاصة

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ش.أ.م : غرفة شؤون الاسرة والمواريث.

ق أج : قانون الأسرة الجزائري.

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق م ج : القانون المدني.

مج: مجلد.

مقـــــــدمة

إن الأسرة هي الوحدة الأساسية التي يتكون منها المجتمع، وقد جعل لها الإسلام مكانة هامة، حيث وضع لها قواعد تبنى عليها عن طريق الزواج الذي نظر له نظرة تقدير وعناية، و أقامه على قواعد ثابتة من العدل والإنصاف والرحمة، ووصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ في قوله تعالى: ﴿ **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**﴾(النساء:21)، إلا أنه بالرغم من ذلك قد يحدث ما يعكر صفو هذه العلاقة، وقد تصل لحد وضع حد لها وإنهائها عن طريق حل الرابطة الزوجية والذي اعتبرته الشريعة الإسلامية أبغض الحلال.

وقد تناول الفقه الإسلامي موضوع الطلاق وبيّن جميع أحكامه وآثاره وفصّلها على قدر كبير من البيان والوضوح، وتبعا لذلك حرص المشرع الجزائري على بيان أنواع فك الرابطة الأسرية ثم بين آثارها في قانون الاسرة ، وحدد الإجراءات اللازمة لذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم المتعلق بشؤون الأسرة.

ونصوص قانون الأسرة تعدّ مادّة شرعية في أصلها، لأنها مستمدة من فقه الشريعة الإسلامية، على اعتبار ما أقرته المحكمة العليا في كثير من قراراتها القضائية من أن تكون الأسبقية لتطبيق الشريعة الإسلامية بدون منازع والعودة إلى تعاليمها، وأصلا يقضي الدستور الجزائري لسنة 1996[1]في مادّته الثانية باتخاذ الدين الإسلامي دينا رسميا للدولة، فضلا عن اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أ للقانون الجزائري بعد التشريع ، إذ نصّت المادّة01 الفقرة 02 من ق م ج[2] على أنه : "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي قواعد العدالة"، واعتمادا على ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 222 منه[3].

والمتمعن في نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالطلاق يتبين له أنها جاءت من جهة غير منسجمة مع بعضها البعض أو بالأحرى متناقضة، كما أنّ بعضها مخالف لما أجمع عليه الفقه الإسلامي على الرغم من أنها مستوحاة من الشريعة الإسلامية ، مما يؤدي بالقاضي عند الفصل في منازعات الطلاق المعروضة عليه إلى مخالفة الشريعة الإسلامية أو مخالفة النص القانوني في حد ذاته.

---

[1] . دستور 1996 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 16 . 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016، ص 6.

[2] . الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990

3 . القانون رقم 84 . 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو 1984، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 24 سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05 . 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير 2005 الصادر بالجريدة الرسمية العدد 15 سنة 2005.

هذا إضافة إلى أن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بقسم شؤون الاسرة يفترض أنها الآلية المحركة والمفعلة لنصوص قانون الأسرة ، إلا أن بعضها تعترض القاضي ورجال القانون بصفة عامة في إمكانية جعل نصوص قانون الأسرة غير مخالفة للشريعة الإسلامية، وبعضها الآخر يستحيل تطبيقها، مما يفرز بعض الإشكالات والنقائص بل والمعوقات في واقع الممارسة القضائية الناتجة عن التشريع الأسري بشقيه ، وموضوع الدراسة ينصب على هذه المعوّقات.

ونظرا لكون المدة الزمنية الممنوحة لإعداد هذا البحث لا تتسع للإلمام بجميع المعوقات والعيوب التي تطرحها النصوص القانونية المتعلقة بفك الرابطة الزوجية على الواقع العملي، فإنه تم حصر هذه الدراسة في التطرق لبعض المعوقات **الموضوعية والإ**جرائية المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط ، وذلك لكثرتها على المستوى العملي، فجاءت هذه الدراسة تحت عنوان:

" معوقات الممارسة القضائية في التشريع الأسري الجزائري (الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نموذجا).

وتبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تسلط الضوء على بعض الإشكاليات القانونية والواقعية التي تفرزها الممارسة التطبيقية للنصوص القانونية المتعلقة بالطلاق، بالإضافة إلى أنها واكبت أهم المستجدات التشريعية والقضائية المرتبطة بالموضوع، وذلك لمحاولة نشر الوعي حول بعض الثغرات القانونية الموضوعية منها والإجرائية في قسم شؤون الأسرة والحلول القضائية المختلفة الناتجة عنها.

وبما أن موضوع الدراسة ينصب على كشفت عدة عيوب التي تضمنها النصوص القانونية الخاصة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، والإشكالات التي طرحتها على الصعيد القضائي انطلاقا من النقص الذي يعتري النص في جانب قواعده الموضوعية (قانون الأسرة) إلى المشاكل المطروحة في جانب قواعده الشكلية الإجرائية (قانون الإجراءات المدنية والإدارية) ، فإن ذلك يكون من خلال طرح الإشكالية التالية :

ـ ما هي أهم المعوّقات التي تفرزها النصوص القانونية الضابطة لأحكام الطلاق على واقع الممارسة القضائية في التشريع الأسري الجزائري؟ وماهي الإقتراحات العلاجية لذلك؟

وتندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية إشكالات فرعية أهمهما:

. ما هي أهم المعوّقات التي تثيرها نصوص قانون الأسرة فيما يتعلق بإثبات الطلاق بإرادة الزوج ؟

. ما هي المعوقات التي يواجهها قاضي شؤون الأسرة في تطبيق الإجراءات المقررة لتسوية

المنازعات الأسرية (الصلح والتحكيم)، وما مدى نجاعة هذه الوسائل في تحقيق الاستقرار الأسري؟

. ما مدى تأثير ممارسة طرق الطعن في أحكام الطلاق وأثرها الموقف وغير الموقف للتنفيذ على المراكز القانونية للزوجين ، والآثار المترتبة على الحكم المطعون فيه؟

أما أسباب اختيار هذا الموضوع فترجع إلى ما يأتي:

أسباب ذاتية: وتتمثل في ميل شخصي نحو كل ما يتعلق بالاسرة لتعظيمي لها ، ونحو هذا الموضوع بالذات والذي كان ولا يزال محل اهتمامي منذ تولي منصب القضاء وترأس قسم شؤون الأسرة ومواجهة بعض الإشكاليات محل الدراسة شخصيا، وتلقيها من بعض الزملاء في الميدان المشرفين على رئاسة بقية أقسام شؤون الأسرة لا سيما في ظل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، واستحداث القانون رقم 08 ـ 09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أسباب موضوعية : إذا كانت أهمية الموضوع في حد ذاتها تعد سببا من أسباب اختياره، فإن التطرق للإشكاليات العملية التي يثيرها قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بالطلاق، ومناقشتها وإبراز وجه الإشكال والحل المستوجب له لتفادي بعض المخالفات الشرعية من جهة وتفادي التناقض بين القانونين من جهة أخرى يعد سببا آخر ، بالإضافة إلى تقديم بحث علمي تطبيقي يتضمن بعض ما يواجهه القاضي من إشكاليات حينما يجد نفسه محصورا بين النص القانوني من جهة والنص الشرعي من جهة أخرى واجتهاد المحكمة العليا من جهة ثالثة في المسائل المتعلقة بالطلاق، وذلك لإثراء المكتبة القانونية للجامعة به لعله يكون عونا للدارسين في هذا المجال.

كل ذلك لتحقيق الهدف من هذه الدراسة والمتمثل في تسليط الضوء على أهم الإشكالات التي يطرحها التشريع الأسري بشقيه الموضوعي والإجرائي أثناء تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق، في محاولة قد تساهم في إقتراح بعض الحلول ودفع المشرع للتدخل بتعديلها وإضافة نصوص أخرى يستوجبها الموضوع، وذلك نظرا لأن الواقع التطبيقي يتطلب التجديد والمراجعة المتواصلة لما تتضمنه المواد القانونية ذلك أن حيوية التشريع مرتبطة بحيوية واقع تطبيقه.

ولعل من أهم الصعوبات التي يمكن حصرها:

ـ عدم وجود دراسات علمية أكاديمية سابقة تتعلق بالموضوع بنفس العنوان، وإنما توجد دراسات متفرقة لجزئيات هذا البحث.

ـ صعوبة الموضوع في حد ذاته لجدته وإشكالاته، ومحاوره متفرقة في دراسات لجزئيات هذا البحث، وكذا اختلاف الحلول القضائية للإشكاليات موضوع البحث مما جعل الباحث يعيد النظر مرة تلو أخرى في جوانب الدراسة كلما ازداد عمقا في البحث، وتجمعت لديه مادة جديدة أو حل قضائي جديد ليختار منها الأحسن والأقرب إلى المنطق القانوني.

ـ عدم استطاعتي التنقل للمكتبات الخاصة بالجامعات واستغلالها بسبب التدابير المتخذة من السلطات المختصة للوقاية من وباء كورونا، والاكتفاء بما تضمنته مكتبة المجلس القضائي لبرج بوعريريج.

أما بالنسبة للدراسات السابقة المعتمد عليها فإنه و على الرغم من أن موضوع انحلال الرابطة الزوجية والطرق البديلة لحل الخلافات الأسرية وكذا طرق الطعن في الأحكام الفاصلة بالطلاق كانت موضوع اهتمام الكثير من الباحثين إلا أنه على حد علمي لا توجد دراسة بهذا العنوان باستثناء مقال بعنوان " من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري" للدكتور نعوم مراد أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، منشور بمجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية قسم العلوم الاقتصادية العدد 10 جوان 2013 غير أنها تناولت بعض المعوقات الإجرائية فقط التي أفرزها قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يتعلق بقسم شؤون الأسرة، بينما الجديد الذي جاء به موضوع الدراسة هو معوّقات الممارسة القضائية التي تفرضها النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق سواء الموضوعية منها أو الإجرائية.

و من أجل استيفاء الموضوع حقه من البحث وتحقيق أهدافه المرجوة، استدعت طبيعة هذه الدراسة استخدام عدة مناهج:

- **المنهج الاستقرائي**: من خلال تتبع وتقصي النصوص القانونية والإجتهادات القضائية وكذا أراء فقهاء الإسلام المتعلقة بانحلال الرابطة الزوجية، بغرض الإحاطة بعناصر الموضوع.
- **المنهج المقارن**: من خلال اللجوء أحيانا إلى مقارنة النص القانوني أو الإجتهاد القضائي بما ترجح لدى علماء الفقه الإسلامي.
- **المنهج التحليلي**: كأساس لمعرفة مضمون وعمق ما ذهب إليه الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة، وتمحيص النصوص ومناقشتها وبيان الأساس الذي بنيت عليه بغرض الوصول إلى مقصودها، وذلك لأن طبيعة هذا الموضوع تستدعي التركيب بين عدة مناهج علمية للاستفادة منها بحسب ما يخدم البحث.

وسعيا للإجابة على إشكالية الدراسة تم تقسيم الموضوع إلى فصلين ، الفصل الأول يتضمن معوقات الممارسة القضائية الموضوعية المتعلقة بالطلاق يندرج تحته مبحثين، يتناول الأول منهما مفهوم الطلاق والمعوقات الموضوعية المتعلقة بإثباته ، أما المبحث الثاني فيتناول آثار هذه المعوقات على تبعات الطلاق.

بينما يتضمن الفصل الثاني من الدراسة معوقات الممارسة القضائية الإجرائية المتعلقة بالطلاق والتي تثيرها مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم المتعلق بشؤون الأسرة يندرج تحته مبحثين، الأول منهما تناول المعوقات التي تثيرها آليات تسوية الخلافات الأسرية ، بينما تناول الثاني المعوّقات التي تثيرها مسألة الطعن في أحكام الطلاق ، وذلك للوصول إلى نتائج نسبية واقتراحات تشكل نقطة انطلاق جديدة للبحث في هذا المجال من طرف باحثين آخرين.

الفصل الأول

معوقات الممارسة القضائية الموضوعية المتعلقة بالطلاق.

الفصل الأول

معوّقات الممارسة القضائية الموضوعية المتعلقة بالطلاق.

يقصد بالمعوقات الموضوعية تلك الإشكاليات التي يفرضها قانون الأسرة الجزائري على القاضي أثناء تطبيق بعض مواده المتعلقة بالطلاق بالنظر إلى ما يرفعه واقع الممارسة القضائية من تساؤلات وانتقادات لهذه المواد ، لأن جل أحكام هذا القانون مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وتعتبر المادة 49 من ق أ ج[1] من بين أهم النصوص التي تعيق عمل القاضي إذا ما تم ربطها بباقي النصوص الضابطة لأحكام الطلاق، وذلك لما تثيره من إشكاليات تتعلق بالطلاق الذي يقع أمام القاضي والطلاق الواقع خارج ساحة القضاء، وطبيعة الحكم القاضي بالطلاق نتيجة لتطبيق هذا النص.

وتبرز آثار هذه المعوقات أكثر عند الفصل في النزاع القائم بين الزوجين حول تبعات الطلاق سواء المادية منها أو المعنوية، ولذلك وجب التطرق لمفهوم الطلاق والمعوقات الموضوعية المتعلقة بإثباته في المبحث الأول ، ثم إلى آثار هذه المعوقات على تبعات الطلاق في المبحث الثاني.

[1]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1416 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 . الجريدة الرسمية . العدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص 21.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق والمعوقات الموضوعية المتعلقة بإثباته.

حدد المشرع الجزائري أحكام الطلاق ضمن نصوص قانون الأسرة إلا أنه ترك التوسع في معانيه وشروطه إلى الشريعة الإسلامية والدراسة الفقهية باعتبارهما مصدرا من مصادر القانون بصفة عامة ، وقانون الأسرة بصفة خاصة لذا يتعين تناول مفهوم الطلاق وأقسامه في المطلب الأول تمهيدا إلى ضبط الإشكاليات التي تثيرها النصوص الضابطة لأحكام الطلاق في المطلب الثاني.

المطلب الأول:مفهوم الطلاق وأقسامه.

سنحاول التطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الطلاق في الفرع الأول ثم إلى أقسامه في الفرع الثاني:

الفرع الأول:مفهوم الطلاق.

لإبراز مفهوم الطلاق يتطلب الأمر تحديد تعريفه اللغوي والاصطلاحي ثم تبيان دليل مشروعيته من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، وكذا الحكمة من جعله بيده الرجل.

أولا . تعريف الطلاق:

إن تعريف الطلاق يتضمن بالضرورة التطرق إلى تعريفه لغة ثم تعريفه شرعا.

الطلاق لغة : إن لفظ الطلاق مشتق من الفعل طلق ، فيقال ناقة طالق: أي لناقة يحل عنها عقالها وترسل في المرعى ، وأسير مطلق: أي حل قيده وخلي عنه، وطلاق النساء لمعنيين : أحدهما حل عقدة النكاح ، والآخر بمعنى التخلية والإرسال[1].

الطلاق شرعا : هو حل قيد النكاح، أو حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص، فحل رابطة الزواج بالحال يكون بالطلاق البائن، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق بالرجعي.

واللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ الطلاق، والكناية كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها ، ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة المفهمة[2].

وعرفه عبد الرحمان الصابوني بأنه: " الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل الصادرة من أهله في محله، قاصدا لمعناه أمام الشهود[1]

---

[1]- ابن منظور . لسان العرب . دار المعارف . د.س ، مج 4 ، ج 32 . ص 2693.

[2]- وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . الشامل للأدلة الشرعية والأراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية ، الأحوال الشخصية . دار الفكر ، دمشق . ط1 . 1404 هـ / 1984م . ج 7 ، ص 356

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعرف الطلاق، ولكن اعتبره طريقا لانحلال الرابطة الزوجية إذ نص في المادة 47 من ق أج على أنه : " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"[2]، ثم بين صور الطلاق في المادة 48 من ق أج[3]، ومن بين هذه الصور الطلاق الذي يتم بالإرادة المنفردة للزوج[4].

ثانيا . دليل مشروعية الطلاق

سنتطرق إلى الأصل في مشروعية الطلاق وذلك من القرآن الكريم ، السنة النبوية ، الإجماع والمعقول.

1 ـ القرآن الكريم : ورد ذكر الطلاق في آيات كثيرة منها قوله تعالى : ﴿ **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾(البقرة : 229).، وقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ**﴾(الطلاق:1)، بالإضافة إلى قوله عزّ وجلّ :﴿**لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ، حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**﴾ (البقرة : 236).

2 . **السنة النبويّة** : ومن السنة قوله ﷺ: " **ما أحلّ الله شيئاً أبغضَ إليه منَ الطّلاق**"[5]، وعنِ ابن لهيعة عن موسى بن أيوب الغافقي عن عكرمة عن ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: أَتَى النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ سَيِّدِي زَوَّجَنِي أَمَتَهُ، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنِي وَبَيْنَهَا، قَالَ: فَصَعِدَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمِنْبَرَ وقَالَ : " **يَا أَيُّهَا النَّاسُ، مَا بَالُ أَحَدِكُمْ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ أَمَتَهُ ثُمَّ يُرِيدُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا؟ إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ**"[6]،أي الطلاق حق للزوج الذي له أن يأخذ بساق المرأة لا حق المولى[7].

---

[1] . عبد الرحمان الصابوني . مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية . تقديم : محمد ابو زهرة ومصطفى السباعي . دار الفكر . ط2 . 1968 . ص 74.

[2]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة ـ الجريدة الرسمية . العدد 24 المؤرخة في 12يونيو 1984 ، ص 912.

[3]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1416 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 . الجريدة الرسمية . العدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص 21.

[4] . أحمد نصر الجندي . شرح قانون الأسرة الجزائري . دار الكتب القانونية ، مصر . 2009 . ص 102.

[5] . أخرجه أبو داود ، سنن أبي داود ، تحق: شعيب الأرناؤوط ومحمد كامل قره بللي و شادي محسن الشياب، كتاب الطلاق ، باب كراهية الطلاق، دار الرسالة العالمية، دمشق ، ط.خ، 1430هـ/2009م،رقم 2177 ، ج 3 ، ص 504

وقال عنه الألباني : أنه ضعيف ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل . المكتب الإسلامي . ط 1 . 1399 هـ/1979 م . ج7 ، ص 106

[6] ـ أخرجه ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ،كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد ، دار إحياء الكتب العربية ،د.س، رقم 2081 ، ج 1، ص 272.

[7]. المرجع نفسه .

3 . الإجماع : لقد أجمع علماء الأمة على أنه يجوز للرجل أن يطلّق زوجته، وقد ثبت أن المغيرة بن شعبة طلّق زوجاته الأربع، وكذا عبد الرحمان بن عوف طلّق زوجته تماضر، ولم ينكر أحد هذا الأمر، فكان إجماعا منهم.

4 . المعقول: ومن المعقول أن الزواج شرع لمصالح متعددة، فإذا وجد ما يذهب هذه المصالح أو يفسدها، كاستحكام الخلاف بين الزوجين واستتباب الفرقة وتعذر العشرة، كان الطلاق حينئذ هو الحل والمخرج[1]

ثالثا . الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل.

جعل الطلاق بيد الزوج لا بيد الزوجة بالرغم من أنها شريكة في العقد حفاظا على الزواج، وتقديرا لمخاطر إنهائه بنحو سريع ، لأن الرجل الذي دفع المهر وأنفق على الزوجة والبيت يكون عادة أكثر تقديرا لعواقب الأمور، والمرأة غالبا أشد تأثرا بالعاطفة من الرجل، فإذا ملكت التطليق فربما أوقعت الطلاق لأسباب بسيطة لا تستحق هدم الحياة الزوجية، كما أنه يستتبع الطلاق أمور مالية من شأنها حمل الرجل على التروي في إيقاع الطلاق، فيكون من الخير والمصلحة جعله في يد من هو أحرص على الزوجية[2]

الفرع الثاني: أقسام الطلاق.

قسم الفقهاء الطلاق باعتبار الوقت الذي ينبغي أن يوقعه الزوج فيه إلى سني وبدعي ، ومن حيث إمكانية الرجعة من عدمها إلى بائن ورجعي.

أولا . أقسام الطلاق من حيث وقت وقوعه.

ينقسم الطلاق من حيث وقت وقوعه وبالنظر إلى احترام الحدود الشرعية إلى الطلاق السني والطلاق البدعي وهو ما سنبينه على التوالي:

1 . الطلاق السني : يقصد بطلاق السنة الطلاق الذي وافق إيقاعه أمر الله تعالى وأمر رسوله ﷺ، أي الطلاق في الدائرة الشرعية التي رسمها الإسلام لاتباعها، فالطلاق المشروع هو ما كان مرة بعد مرة، بتطليقة واحدة بحيث يكون الطلاق رجعيا يملك الزوج بعد كل مرة أن يمسك زوجته بمعروف وذلك بمراجعتها ، وهذا لقوله تعالى:﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ (البقرة: 229)، وأن تكون طاهرة من غير جماع، أو يطلقها حاملا مستبينا حملها، لقوله تعالى :﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾

[1] ـ أحمد ذيب . قواعد الطلاق وضوابط الفراق (قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري) . دار هومة . 2015 . ص 22.

[2]. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 360.

(الطلاق:1)، وقوله سبحانه : ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً.﴾(البقرة:236)، وهو ما أطلق عليه الفقهاء اسم أحسن الطلاق لكونه موافقا للسنة [1].

2 . الطلاق البدعي : أو طلاق البدعة فهو ما خالف فيه المطلق الطريقة التي أمر الله ورسوله ﷺ باتباعها في إيقاع الطلاق، كأن يطلق الرجل زوجته أكثر من طلقة واحدة في دفعة واحدة ، أو يطلقها في حالة الحيض، أو في حالة الطهر ولكن يكون قد باشرها في هذا الطهر الذي طلقها فيه.

وقد اختلف الفقهاء في من طلق زوجته طلاق البدعة، هل يقع عليه الطلاق أم لا يقع ؟ فذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن طلاقه واقع، وهو آثم لمخالفته الحدود الشرعية في الطلاق، في حين ذهب جماعة من الشيعة وبعض فقهاء المعتزلة إلى أن طلاق البدعة لا يقع ووافقهم في ذلك ابن حزم، وابن تيمية، وابن القيم الجوزية[2]

والمشرع الجزائري لم يشر إلى الطلاق السني أو البدعي، وبالتالي يتعين الرجوع في ذلك إلى ما اتفق عليه جمهور الفقهاء إعمالا لما تنص عليه المادة 222 ق أ ج.

ثانيا . أقسام الطلاق من حيث إمكانية الرجعة.

ينقسم الطلاق من حيث إمكان الرجعة من عدمها إلى طلاق رجعي وطلاق بائن وهو ما سنبينه وفق مايلي:

1 . الطلاق الرجعي: فهو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة، ولو لم ترض، وذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل العدة، فإذا انتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائنا، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعقد جديد

2 . الطلاق البائن : الطلاق البائن نوعان : بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى

فالطلاق البائن بينونة صغرى فهو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية إلا بعقد جديد ومهر، أما البائن بينونة كبرى فهو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلّقة إلى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، وذلك بعد الطلاق الثلاث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزوج آخ ر[3] لقوله تعالى :

---

[1] . بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . (الزواج والطلاق) . ديوان المطبوعات الجامعية . ط 5 . 2007 ، ج1، ص 313.

[2] . بلحاج العربي مرجع سابق ،ص 314.

3 . وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 432.

﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾(البقرة:230).

وقد اختلف الفقهاء في الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائنا بينونة كبرى أم لا؟ كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق بالثلاث أو إذا تلفظ بالطلاق ثلاث مرات

للفقهاء آراء ثلاثة في جمع الطلقات الثلاث بكلمة واحدة هي:

الأول: وهو قول الجمهور منهم أئمة المذاهب الأربعة والظاهرية: يقع به ثلاث طلقات، أما الثاني : فهو قول الشيعة الإمامية بأنه لا يقع به شيء، والثالث : وهو قول الزيدية وبعض الظاهرية وابن إسحاق وابن تيمية، وابن القيم : يقع به واحدة ولا تأثير للفظ فيه[1].

أما قانون الأسرة الجزائري فالنص غير واضح في الموضوع من خلال المادة 51 منه[2] التي تنص على أنه : "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء" ، ويُفهم أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة لأنه نص على أن الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي يقع ثلاث مرات متتالية، والطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي، ولا يثبت إلا من خلاله[3]، ولذلك يمكن اقتراح إضافة فقرة ثانية للمادة على النحو التالي: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة".

المطلب الثاني:المعوقات الموضوعية المتعلقة بالطلاق.

نص المشرع في المادة 48 من ق أ ج[4] على أنه : " مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج.." وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد وافق مبدئيا الشريعة الإسلامية في جعل الطلاق بيد الزوج ولا يمكن منعه من ذلك سواء وجد السبب لطلاقه أو انعدم[5] ، إلا أنه نص في المادة 49 ق أ

---

[1]. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 406.

[2]- من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة ـ الجريدة الرسمية ـ العدد 24 المؤرخة في 12يونيو1984 ، ص 913.

[3] بن شويخ الرشيد ـ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) ـ دار الخلدونية ـ الجزائر ـ ط 1، 1429 هـ/2008م ـ ص 178.

[4]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1416 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 ـ الجريدة الرسمية ـ العدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص 21.

[5]. جنادي نبيلة ـ ازدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة وخارجها " مقاربة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري " ـ مقال منشور بمجلة القانون الصادرة عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان ـ مج 07 ـ العدد 2018/10 ـ ص 276.

ج على أنه : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

هذه المادة تضمنت عبارة "لا يثبت" و لم تتضمن عبارات أخرى مثل "لا ينعقد" أو "لا ينشأ" أو "لا يقع الطلاق إلا بحكم" وغيرها من العبارات ، وعليه فإن التساؤل الذي يطرح يتعلق بما يرمي إليه المشرع من خلال هذه العبارة، فهل يقصد أن الطلاق يمكن أن يقع خارج ساحة القضاء إلا أن إثباته يكون باللجوء إلى القضاء؟ أم أنه لا يمكن تصور وقوع الطلاق خارج ساحة القضاء؟

إن الاختلاف في فهم نص المادة أدى إلى بروز إشكالية إثبات الطلاق الواقع خارج ساحة القضاء ، وإشكالية طبيعة الحكم القاضي بالطلاق ما إذا كان حكما كاشفا أم أنه حكما منشئا، وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول:إشكالية إثبات الطلاق العرفي.

حسب نص المادة 49 ق أ ج أنه حتى يكون الطلاق واقعا بطريقة قانونية يفترض أن ترفع الدعوى القضائية بذلك ويقوم القاضي بعقد عدة جلسات صلح، وبعد فشل مساعي الصلح أو التحكيم يصدر الحكم المتضمن الطلاق[1] ، إلا أنه وفي غالب الأحيان إذا أراد الزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة فإنه يتلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء ثم يرفع دعوى الطلاق.

وبالمفهوم السطحي لنص المادة 1/49 المذكورة « لا يثبت الطلاق إلا بحكم .... » فإن هذا الطلاق لا يعتد به ، ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا إذا صدر حكم قضائي بشأنه، وهذا مخالف لأحكام الفقه الإسلامي التي تقر بأن الطلاق يوقعه الزوج ولا يمكن أن يكون القاضي نائبا عنه في ذلك أبدا، إلا أن التعمق في فهم هذا النص مقارنة مع النصوص القانونية الأخرى يوحي بأن القانون يعتد بالطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، وذلك بدليل نص المادة 48 ق أ ج التي أكدت أنه « ... يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة.... »، ولكن تاريخ سريان هذا الطلاق وترتيبه لآثاره هو تاريخ إثباته بحكم قضائي، مما يثير جدلا حول تاريخ الطلاق الذي يجب اعتماده، ما إذا كان تاريخ التلفظ بالطلاق من طرف الزوج أم تاريخ الحكم به من طرف القاضي، باعتبار أن تاريخ وقوع الطلاق له أهمية بالغة فمن خلاله يبدأ الحساب فيما يتعلق بآثار الطلاق.

إن القول بأن المشرع الجزائري لا يعتد بالطلاق العرفي الذي لم يأت على نسق الطريقة القانونية [2]يدفعنا إلى التساؤل حول إمكانية إثباته بحكم قضائي بموجب دعوى قضائية يرفعها أحد الزوجين أو من له مصلحة لإثباته ،

---

[1] . بوجمعة حمد . إثبات الطلاق العرفي في قانون الاسرة الجزائري . مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية . العدد 10 . مج 2 . ص 764.

[2] . المرجع نفسه.

وهذا التساؤل كان لسببين أحدهما يتمثل فيعدم وجود نص قانوني يسمح بإثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي مثل ما نص عليه فيما يتعلق بإثبات الزواج العرفي، وثانيهما يتمثل في تأكيد المشرع على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي بين الطرفين، هذا التساؤل الذي أدت الإجابة عليه إلى اختلاف في العمل القضائي إلى رأين وصدور أحكام قضائية متناقضة فيما بين الجهات القضائية أو حتى فيما بين القضاة في الجهة القضائية الواحدة.

الرأي الأول: يرى بعض قضاة شؤون الأسرة أنه يمكن إثبات واقعة الطلاق العرفي بأثر رجعي بالنسبة للطلاق الواقع قبل سنة 1984، أما بعد صدور قانون الأسرة والنص قانونا على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم فإنه لا يمكن ذلك، وعلى من تلفظ بالطلاق حتى ولو بعد انقضاء العدة أن يرفع دعوى أمام القضاء لاستصدار حكم يقضي بذلك، ويكون تاريخ الطلاق هو تاريخ الحكم وفقا لما نصت عليه المادة 49 ق أ ج سواء قبل أو بعد تعديله بموجب الأمر 05 ـ 02 ، إذ تضمن أحد الأحكام القضائية في حيثياته ما يلي:" حيث أن دفع المدعى عليها إثبات الطلاق بحكم قضائي مردود عليه بأن واقعة الطلاق العرفي المدعى بها كانت سنة 1942 قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 ، وطالما أن الطلاق واقع في الحقبة الاستعمارية أين كانت تخضع فيها للمحاكم الشرعية وللمذاهب الإسلامية فإنه لا مجال لإعمال قاعدة لا طلاق بدون حكم قضائي في دعوى الحال، وعليه يتعين استبعاد الدفع لعدم جديته "[1] ،كما تم رفض دعوى إثبات طلاق عرفي على هذا الأساس وجاء في حيثيات الحكم وأسباب الرفض ما يلي :" .. كما أنه وانطلاقا من قانون الأسرة الصادر سنة 1984 الذي نص على أن أي طلاق وقع بعد صدوره يتم بحكم قضائي بعد محاولات صلح يجريها القاضي ، مما يجعل من الطلب المقدم من طرف المدعية غير مؤسس قانونا يتعين رفضه."[2]

الرأي الثاني :ومفاده إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي باعتباره واقعة مادية وذلك بعد التحقيق فيها بسماع الأطراف و كذا الشهود[3]، حتى وإن وقع بعد سنة 1984 على أساس أنه لا يوجد نص قانوني يتعلق بإثبات الطلاق العرفي، وبالنتيجة العمل وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة[4]، وعلى أساس أن نص المادة 49 من نفس القانون لا يتعلق بإثبات الطلاق العرفي بل يتعلق بالطلاق الذي لم يقع بعد ولم يتلفظ به الزوج ، بل لجأ هذا الأخير لرفع دعوى أمام القاضي لإيقاعه بموجب حكم

والرأي الثاني هو ما تذهب إليه أغلب التطبيقات القضائية باعتباره الأقرب للصواب وهو ما أقره الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في عديد من القرارات منها القرار الصادر بتاريخ 1984/12/03 تحت رقم

---

[1]. أنظر الملحق رقم 01 (الحكم الصادر تحت رقم فهرس 19/4265).

[2]. أنظر الملحق رقم 02 (الحكم الصادر تحت رقم فهرس 19/3152.)

[3]. أنظر الملحق رقم 03 (الحكم الصادر تحت رقم فهرس 6730).

[4]. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة ـ الجريدة الرسمية ـ العدد 24 المؤرخة في 12يونيو1984 ، ص 924 ، تنص على أنه : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

35026 وقد جاء فيه : { المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة الطلاق الذي أثبت أمامهم، وبذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية} [1]، والقرار الصادر بتاريخ 2002/09/25 ملف رقم 288322 { المبدأ: إن الطلاق العرفي الموقع من الزوج، والمثبت قضائيا لا يحرم الزوجة من حقوقها المادية.} [2]، والقرار الصادر عنها بتاريخ 2016/02/07 ملف رقم 1026274 { المبدأ: لا يثبت الطلاق بعد الوفاة بشهادة السماع وإنما يثبت بالشهادة المباشرة أي بأن يشهد الشاهد بما وقع تحت سمعه وبصره من صيغة الطلاق} [3].

كما أن تطبيق المادتين 49 و 50 من ق أ ج أفرز عقبة أخرى تواجه قاضي شؤون الأسرة وتتمثل في حالة ما إذا رفع الرجل دعوى موضوعها فك الرابطة الزوجية بينه وبين زوجته، وحضر الطرفان جلسة الصلح وأثناءها ادعى المدعي بأنه قد تلفظ بالطلاق منذ وقت أدناه انقضاء فترة عدة المرأة،وأكدت ذلك المدعى عليها، فما مصير دعوى الطلاق المنشورة أمام القاضي سواء أصر المدعي على طلبه أو تراجع عنه ؟ هنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا تمسك بطلب الطلاق رغم إقراره بتلفظه بالطلاق قبل اللجوء لرفع دعواه هل يصدر القاضي حكمه بالطلاق واعتبار تاريخ الحكم هو تاريخ الطلاق أم أنه يصدر حكما يتضمن إثبات واقعة الطلاق العرفي بالتاريخ المدعى به؟

هو العائق الذي تفرضه المادة 49 ق أ ج على القاضي بمناسبة نظره هذه الدعوى، إذ أنه في حالة إصداره الحكم بالطلاق واعتبار تاريخه بداية لحساب كل آثاره طبقا لما تنص عليه المادة 50 من ق أ ج ، وغض النظر عما أدلى به المدعي بجلسة الصلح يكون قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية، أما إذا طبق أحكام الشريعة الإسلامية ، وأصدر حكما يتضمن إثبات الطلاق بأثر رجعي يكون قد خالف النص القانوني المتمثل في المادتين المذكورتين لا سيما وأن موضوع الدعوى هو طلب فك الرابطة الزوجية وليس إثبات الطلاق العرفي.

[1]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026 منشور بالمجلة القضائية 1989 العدد 4 ص 86.

[2]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/09/25 ملف رقم 288322 ، المجلة القضائية 2003 العدد 1 ص 375.

[3]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2016/02/07 ملف رقم 1026274 ، المجلة القضائية 2016 ، العدد 2 ، ص 216.

والحل في هذه الحالة حسب ما نراه مناسبا هو حل قضائي ريثما يتدخل المشرع بتعديل قانون الأسرة الجزائري يتمثل في ضرورة تفعيل القاضي لدوره الإيجابي الذي تمنحه إياه المادة 29 ق إ م إ[1] ويقوم بإعادة تكييف الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح بأن يصبح موضوع الدعوى هو طلب إثبات طلاق عرفي بدلا من طلب الطلاق ، ثم يفصل في النزاع بعد إجراء التحقيق بسماع الشهود ان اقتضى الأمر ذلك ، وبهذا يكون تاريخ الطلاق هو نفسه تاريخ التلفظ به من طرف الزوج وفقا لما ذكره الطرفان وأكده الشاهدان.

الحالة الثانية: إذا تراجع عن طلب الطلاق وتم الصلح بين الطرفين فالمشكل الذي يواجهه القاضي أكبر لأنه إذا قضى بالإشهاد بالصلح بين الطرفين وبرجوع الزوجة إلى بيت الزوجية يكون قد جمع بين أجنبين بعلاقة محرمة شرعا، وإذا رفض ذلك وحكم بالطلاق رغم الصلح بين الطرفين يكون قد خالف نص المادة 50 ق أ ج التي تعطي لرافع دعوى الطلاق الحق في مراجعة زوجته أثناء جلسة الصلح.

فالقاضي يبقى بين ما صرح به الزوج من أنه تلفظ بالطلاق ، وانقضاء العدة الشرعية، وبين تصالح الطرفين المطلقين ورضاهما بمواصلة العشرة الزوجية، والحل الوحيد الذي يبقى هو حل قضائي فقط يتمثل في إرشاد الطرفين وتوجيههما إلى ضرورة إبرام العقد الشرعي بالفاتحة طبقا للمادة 2/6 ق أ ج على اعتبار أن عقد الزواج المبرم بينهما على مستوى الحالة المدنية لا يزال قائما لعدم صدور حكم الطلاق.

أما الحل التشريعي فيتمثل في لزوم ربط محاولات الصلح التي يجريها القاضي بالعدة الشرعية لا بالمدة الزمنية، وبذلك يتحقق الانسجام بين النصوص القانونية والأحكام الشرعية ، ولذلك نقترح تعديل المادة 49 من ق أ ج وجعل نصها كالتالي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي خلال فترة العدة الشرعية" وتعديل المادة 50 من نفس القانون بجعل نصها كالتالي: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ما لم تنته العدة الشرعية، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد اذا انتهت العدة الشرعية.

هذا التعديل أصبح ضرورة ملحة لأن إثبات الطلاق العرفي أملته ضرورة المصلحة الاجتماعية نظرا للإشكاليات التي يثيرها أهمها:

أ. أن المشرع الجزائري يعترف بالزواج العرفي ويرتب آثاره حسب مضمون نص المادة 22 ق أ ج[2]، وقد يحدث أن يقدم الزوج الذي تزوج عرفيا ولم يقم بتثبيته بحكم على طلاق زوجته عرفيا أيضا وينصرف كل منهما إلى حال سبيله، فالأمر لا يثير أي إشكال إلا إذا نتج عن زواجهما العرفي أولاد ، وتزوجت المطلقة من زوج آخر

---

[1] . القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداريّة، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، ص 6، والتي تنص على أنه:" يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم، يفصل في النزاع وفقا للقواعد المطبقة عليه."

[2] ـ المادة 22 ق أ ج : " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي..."

عرفيا أيضا، مما يقتضي اللجوء للقضاء لإثبات الزواج العرفي وإلحاق نسب الأولاد بزوجها الأول ، وإثبات واقعة الطلاق العرفي حتى لا ينسب أولادها من الزوج الثاني لزوجها الذي طلقها عرفيا.

ب . في حالة ما إذا تم الطلاق عرفيا بين زوجين متزوجين بموجب عقد رسمي مسجل بمصلحة الحالة المدنية فإننا نميز حالتين:

1 . حالة إعادة الزوج الزواج: و تطرح إشكالا قانونيا إذا ما تزوج بإحدى المحرمات حرمة مؤقتة كأخت الزوجة التي طلقها مثلا[1]أو الزواج بأكثر من أربعة، فهنا من الناحية الشرعية فإن طلاقه واقع طالما تم وفقا للشروط الواردة في الفقه الإسلامي، إلا أنه إذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي فإن الزواج الذي تم فيما بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدخول ووجوب الإستبراء[2]، و من ثمة وجب إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي حتى يبقى الزواج الثاني صحيحا.

2 . حالة إعادة الزوجة الزواج : و هذه الحالة تطرح إشكال كبير، وذلك عندما تعيد المطلقة الزواج عرفيا دون تثبيت الطلاق العرفي الواقع بينها وبين زوجها الأول ، فلو قلنا بعدم إمكانية إثبات طلاقها العرفي بأثر رجعي فيمكن متابعتها بجريمة الزنا وفقا لما تنص عليه المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري[3] باعتبار علاقتها الزوجية مع الزوج الأول لازالت قائمة بموجب عقد رسمي، إذ قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/06/06 ملف رقم 570 على أن :" اقتران الزوجة بزوج ثان رغم وجود الروابط الشرعية مع زوجها الأول فإنها قامت باقتراف جريمة الزنا بكل إرادة ولا مجال لتفسير آخر"[4] .

الفرع الثاني: إشكالية طبيعة الحكم القاضي بالطلاق.

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، وأحكام منشئة ، وأحكام إلزام، وهو الأمر الذي يفرض التطرق إلى الطبيعة القانونية لحكم الطلاق، ما إذا كان حكما منشئا أم حكما كاشفا ؟

اختلف الباحثون حول طبيعة الحكم القاضي بالطلاق المنصوص عليه في المادة 49 من ق أ ج إلى اتجاهين.

---

[1] ـ المادة 5/30 ق أ ج : " الجمع بين الأختين ، أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع .."

[2]. قسنطيني حدة . إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية . مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء . الدفعة الثانية عشر (2001 . 2004 م) ، ص 14.

[3]. تنص المادة 339 من قانون العقوبات على أنه: " يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل إمرأة متزوجة ثبت إرتكابها جريمة الزنا....."

[4]. بلحاج العربي . قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 . 2010 . ديوان المطبوعات الجامعية . ط4 . 2012 . ص 317.

الإتجاه الأول: وحسبه فإن الطلاق حق للزوج يمارسه في كل الأحوال، ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو غيره أن يرد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال حقه وتبعا لذلك أجاز لها القانون طلب التعويض.

وتظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة أنه من الأحكام التقريرية الكاشفة، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم، لأن الذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج[1]

الإتجاه الثاني : يعتبر جانب آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج، وخروجا عن القاعدة العامة أصبح يخضع حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني حسب نص المادة 49 ق أ ج، وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، ومرد هذا القصور يرجع إلى إرادة المشرع وليس إلى ضعف الزوج في قواه العقلية[2].

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم ، وهو ليس شرطا للإثبات وإنما شرط للإنعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح، فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الإتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثمة يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة إثباته، وعليه لا يمكن قبول إدعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادرا عن القاضي يثبت ذلك فحسب هذا الإتجاه يكون حكم القاضي منشئا للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال (03) أشهر، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال خصام الزوجين وما يبرر موقفهم هو نص المادة 49 ق أ ج باللغة الفرنسية التي تعني أن عبارة " لا يثبت " ليست في محلها لأن عبارة " ne peut etre ètabli " لا تعني عبارة "لا يثبت" وإنما تعني عبارة "لا ينشأ" وهو يفيد بأن حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشأ ناتج عن دعوى منشئة.[3]

إلا أنه يتضح جليا أن المشرع قد اعترف وكرس حق الزوج في أن يوقع الطلاق بالإرادة المنفردة وذلك في المادة 48 ق أ ج، وطلاق الزوج بالإرادة المنفردة يتحدد في صورتين

الصورة الأولى: ألا يتلفظ بالطلاق وإنما يتجه ـ في حالة الرغبة في الطلاق ـ إلى المحكمة لرفع دعوى الطلاق، وهنا لا توجد أية صعوبة فتطبق على هذه الحالة أحكام الفقرة الفقرة الأولى من المادة 49 ق أ ج بإجراء الصلح خلال المدة

---

[1] . بن هبري عبد الحكيم . أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري دار هومة للطباعة . الجزائر . جوان 2018 ص 83.

[2] . بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق ، ص 86.

[3] . المرجع نفسه ، ص 87.

المقررة، وإذا لم يفلح القاضي في الصلح بينهما قضى بالطلاق بناء على رغبة الزوج، وهنا يكون حكم القاضي منشئا لواقعة الطلاق[1] على الرغم من أنه بإرادة الزوج المنفردة.

الصورة الثانية: أن يتلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بالطلاق، وهنا سيختلف الوضع عن الحالة الأولى لأن الطلاق قد وقع شرعا من الزوج ولم يبق سوى إثباته من خلال حكم من الناحية القانونية [2]، فيكون الحكم القاضي به هو حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره، وهو ما يستشف مما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في حيثيات القرار الصادر بتاريخ 1984/12/03 فصلا في الطعن رقم 35026[3] وقد جاء فيه: { **المبدأ** : من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلّقها، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية }.

[1]. بن شويخ الرشيد. مرجع سابق ، . ص 181.

[2]. المرجع نفسه.

[3]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1984/12/03 فصلا في الطعن رقم 35026 منشور بالمجلة القضائية، العدد 4/1989 ، ص 86.

المبحث الثاني: آثار المعوقات الموضوعية على تبعات الطلاق

سبق وأن أشرنا إلى أن نص المادة 49 ق أ ج أثار جدلا حول تاريخ الطلاق، فطبقا لهذا النص فإن تاريخ الطلاق هو تاريخ صدور الحكم به ، إلا أن ذلك صحيحا إذا طلق الزوج زوجته على مستوى المحكمة، بينما لو طلقها خارج دائرة المحكمة فإن اعتماد تاريخ صدور الحكم بالطلاق كتاريخ للطلاق ذاته يؤثر على أثار الطلاق سواء المادية منها أو المعنوية.

المطلب الأول : آثار المعوقات الموضوعية على تبعات الطلاق المعنوية

إن بعض الآثار المعنوية للطلاق ومنها النسب والعدة والتي تترتب بمجرد وقوع الطلاق تتأثر بما أثرناه من معوقات وهوما سنبينه فيما يلي:

الفرع الأول: بالنسبة لإثبات النسب

يعتبر النسب من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق لأنه يتعلق بنسب الأولاد باعتبارهم ثمرة هذا الزواج.

ونظرا لأهمية الموضوع ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح إذ جعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه من أبيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى، ولهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش[1]، أي ما نتج عن الزواج الصحيح استنادا للحديث الشريف، فعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: " **الولد للفراش وللعاهر الحجر**"[2]

وإثبات نسب الأولاد إلى آبائهم يحتل مكانة متميزة في الأحكام المنظمة لشؤون الأسرة ، نظرا للدور الذي المهم للنسب في إنشاء الروابط الأسرية لأن النسب يعد رابط الدم والسلالة بين الشخص وأصوله وفروعه، وما يهمنا في موضوع النسب هو مسألة إثباته في ظل وجود ازدواجية تاريخ الطلاق الناتجة عن إشكالية إثباته[3] ، أي هل يبدأ إثبات النسب من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق أو يبدأ من تاريخ صدور الحكم به؟

---

[1]. بن شويخ الرشيد، مرجع سابق ،. ص 227

[2]. أخرجه البخاري ومسلم ، الجامع بين الصحيحين ، جمع وترتيب : صالح أحمد الشامي، مقصد : أحكام الأسرة ،كتاب : أحكام المولود ، الفصل الأول : النسب ، باب : الولد للفراش ، دار القلم ، دمشق ، ط 2 ، 1432 هـ/2011 م ، رقم : 2211 ، ج1 ، ص213.

[3]. جنادي نبيلة . مرجع سابق . ص 284.

طبقا لنص المادة 43 من ق أ ج[1] فإنه: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة "

إن القانون قد نص على المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل ، فبمجرد الطلاق او الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة ، إلا أنه لم يحتط لبعض المسائل التي تفرض نفسها، مما قد يؤدي إلى عدم ثبوت النسب[2]

فالنص القانوني يقر بإثبات نسب الولد بعد مرور المدة الأقصى للحمل والتي حددها المشرع بعشرة أشهر يبدأ حسابها من تاريخ الانفصال بين الزوجين، وتاريخ الإنفصال هو تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق طبقا لما تقره المادة 60 من نفس القانون من أن أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، وتاريخ الطلاق قانونا هو تاريخ الحكم به حسب المادة 49 ق أ ج ، وقد أكد ذلك اجتهاد المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2005/03/03 فصلا في الطعن رقم 330464 وقد جاء فيه : { **المبدأ**: ينسب الابن لأبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا، المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق }[3]

وهذا الأمر انعكس على أهم أثر بعد الطلاق، وهو نسب الأبناء، لأنه بهذا الحكم قد يثبت قانون الأسرة نسب أبناء غير شرعيين في حالة الطلاق العرفي ، فمثلا لو طلق الزوج زوجته خارج ساحة القضاء بتاريخ 2019/01/01 ،وبتاريخ 2019/09/01 رفع دعوى الطلاق ، وخلال هذه الفترة أقامت مطلقته علاقة غير شرعية ، وصدر حكم بتاريخ 2019/12/12 قضى بالطلاق بين الطرفين ، وبعد سبعة أشهر من صدور الحكم تلد هذه المرأة ، وتكون مدة العشرة الأشهر المنصوص عليها قانونا لم تنته بعد، فطبقا للقانون يثبت نسب هذا الابن غير الشرعي إلى الزوج المطلق.

ونفس الأمر ينطبق على الحالة التي تكون فيها الزوجة قد غادرت بيت الزوجية ولم تعد إليه مدة من الزمن ثم اعتبرت ناشزا بعد صدور الحكم برجوعها وامتنعت عن تنفيذه ، وبناء على ذلك يصدر حكم القاضي بالطلاق، فإن النص يسمح بثبوت النسب بعد 10 أشهر من تاريخ الطلاق ، ومثل ذلك ما تضمنه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2005/03/03 المذكور أعلاه إذ دفع الطاعن بأن المطعون ضدها لم تصرح بالحمل خلال دعوى الطلاق، وأنها غادرت بيت الزوجية نهائيا في مارس 1998، وتاريخ ولادة الطفل هو 1999/02/21 أي بعد 11 شهرا من مغادرة البيت الزوجي في حين أن أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر حسب نص المادة 42 من قانون الأسرة غير أن

---

[1]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة ـ الجريدة الرسمية ـ العدد 24 المؤرخة في 12يونيو1984 ، ص 912.

[2]. بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق، ص 233.

[3]. قرار صادر عن غ.أ.ش بتاريخ 2005/03/03 رقم الملف 330464 ، المجلة القضائية ، 2005 ، العدد 1 ، ص 293.

قضاة الموضوع أخذوا بعين الإعتبار تاريخ صدور حكم الطلاق، والمحكمة العليا لم تستجب لدفع الطاعن ، وعليه فإن اعتماد مدة 10 أشهر في أحوال مثل هذه لا يستقيم، ويعد وانتهاك لحرمة ديننا الإسلامي.

الفرع الثاني: بالنسبة لاحتساب العدة

العدة لغة: مأخوذة من العد والحساب ، وجمع العدة عدد، وعدة المرأة هي ما تعدّه من أيام أقرائها أو ايام حملها[1].

أما اصطلاحا: فهي اسم لمدة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها في زوجها[2] ، أو هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق ، وهي تربص يلزم المرأة عند النكاح فلا تستطيع أن تتزوج قبل انقضاء عدتها، وإذا تزوجت قبل نهاية مدة العدة فإنها تكون قد خالفت الشريعة الإسلامية والمادة 30 من ق أ ج[3]

واتفق الفقهاء على مشروعية العدة ووجوبها على المرأة عند وجود سببها واستدلوا على ذلك بعدة آيات من الكتاب منها قوله تعالى :﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾(البقرة:234) ، وقوله عز وجل :﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾(البقرة:228) ، بالإضافة إلى قوله تعالى :﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾(الطلاق:4).

فعدة الطلاق إذن هي ذلك الأجل المضروب للزوج المطلق ليتدارك موقفه من جهة ، وللزوجة لمعرفة براءة رحمها حفاظا للأنساب من الإختلاط في حال زواجها مباشرة بعد الطلاق، وهي من النظام العام حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/07/12 فصلا في الطعن رقم 358348 { **المبدأ** : لا طلاق بدون عدة وبدون منح نفقة عنها مادامت العدة من النظام العام }[4] فلا يجوز مخالفة أحكامها الشرعية أو عدم منحها للمطلقة، إلا أن تاريخ بداية حسابها أيضا يطرح إشكالا فهل هو تاريخ التلفظ بالطلاق من طرف الزوج أو تاريخ الحكم بالطلاق؟

---

[1] - ابن منظور ، لسان العرب ، دار صابر ، بيروت ، مج 3 ، ص 284.

[2]. رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي . أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان) . منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت . ط 1 . 2007 . ص 483.

[3]. بن الصغير محفوظ . ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05 . 02 ، دار الوعي، الرويبة (الجزائر)، 2012 ، ص 73.

[4]. قرار صادر عن غ أ ش بالمحكمة العليا بتاريخ 2006/07/12 رقم الملف 358348 ، المجلة القضائية ، 2006 ، العدد 2 ، ص 449.

تناول المشرع الجزائري أحكام العدة في المواد 58 ، 59 ، 60 ، 61 من ق أ ج ، غير أنه ما يجب الوقوف عنده هو أنه لم يقيد فترة الصلح والرجعة دون مهر وعقد جديدين أو المراجعة بعقد ومهر جديدين بالعدة الشرعية حسب ما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، إذ قد تطول إجراءات الحكم به طبقا لنص المادة 49 ق أ ج ، وقد تنعقد جلسة الصلح بعد نهاية العدة الشرعية التي يبدأ حسابها من وقت تلفظ الزوج بالطلاق ، فإذا نجحت وراجع المطلق مطلقته بلا عقد جديد طبقا للمادة 50 من قانون الأسرة ، فقد حصل تعارض بين القانون وأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أن الطلاق صار بائنا بينونة صغرى من الناحية الشرعية، يحتاج المطلّق لإرجاع زوجته إلى عقد ومهر جديدين، بينما لا يحتاج إليه بمقتضى المادة 50 من نفس القانون[1]

كما نصت المادة 58 من ق أ ج على أنه: " تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائسة من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" ، وتطبيق هذه المادة والمادتين 49 و50 من نفس القانوني يؤدي إلى بروز ظاهرة ازدواجية العدة ، عدة شرعية تبدأ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، وعدة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم ذلك أن تاريخ التصريح بالطلاق قانونا هو تاريخ صدور الحكم، وهو ما يؤدي إلى تعارض بين الفقه الإسلامي والقانون من عدة أوجه خاصة بعد فوات العدة الشرعية واستمرار العدة القانونية، ويترتب على هذا التعارض لزوم المطلقة لبيت الزوجية قانونا لا شرعا طبقا لما تنص عليه المادة 61 من ق أ ج ،كما أنه يجوز للزوجة المطلقة المنتهية عدتها شرعا أن تتزوج برجل آخر، ولا يجوز لها ذلك قانونا عند قيام العدة القانونية[2]

المطلب الثاني : آثار المعوقات الموضوعية على تبعات الطلاق المادية

لم يختلف الوضع كثيرا فيما تعلق بالآثار المادية للطلاق فهي الأخرى لم تسلم من الجدل القائم بشأن تاريخ الطلاق، ولذلك سنتطرق إلى أثرها على الأحكام المنظمة لاستحقاق الميراث من جهة ، وأحكام مؤخر الصداق من جهة ثانية.

الفرع الأول: بالنسبة لاستحقاق الميراث.

تعتبر الزوجية الصحيحة سببا من أسباب الميراث، وبمقتضى علاقة الزوجية هذه يثبت حق التوارث بين الزوجين إذا ما توافرت شروط الميراث ولم يوجد مانع من موانع الميراث[3].

---

[1]. محفوظ بن الصغير ، مرجع سابق ، ص 74.

[2]. المرجع نفسه، ص 75.

[3]. رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق ، ص 411

وقد نصت المادة 132 من ق أ ج[1]:" إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث".

ما يهاب على هذا النص أنه سمح بالتوارث بين المطلقين حتى بعد صدور الحكم، ومن هنا فالمشرع يناقض نفسه لأن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بائن ولا يمكن التوارث فيه حتى ولو كانت المطلقة في العدة ، إلا إذا كان هذا الطلاق هو طلاق الفار من الميراث فقد اتفق جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة والإمامية) أنها ترثه[2]، والطلاق الذي يمكن أن يتوارث فيه المطلقين أثناء العدة هو الطلاق الرجعي لأن لأن العلاقة الزوجية لازالت قائمة قبل انقضاء مدة العدة شرعا حسب الأحوال، ولكن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي ، وإنما فصل في الأمر وجعله طلاقا بائنا وهذا الخلل نتج عن سوء تنظيم المادتين 49 ، 50 من قانون الأسرة والمواد المرتبطة بها المتعلقة بالطلاق.

ضف إلى ذلك أن الجزء الأول من نص المادة 132 المذكورة تكلم عن الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق، فإذا توفي أحد الزوجين في تلك الفترة يستحق كل منهما أن يرث الآخر، وهذا الحكم يمكن تطبيقه في الحالة التي لم يتلفظ فيها الزوج بالطلاق، أما إذا حدث العكس أي وقع الطلاق خارج دائرة المحكمة وأصبح الطرفان أجنبيين عن بعضهما بعد انقضاء عدة المطلقة فلا توارث بينهما، بينما القانون يسمح بالتوارث بينهما وهذا خرق واضح للأحكام الشرعية المتعلقة بالميراث والطلاق في نفس الوقت.

الفرع الثاني : بالنسبة لاستحقاق الصداق المؤجل.

الصداق أو المهر هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة[3]، ويعرف أيضا بأنه اسم للمال الذي يجب للمرأة في عقد النكاح في مقابلة الاستمتاع بها[4]وهو واجب بدليل قوله تعالى :﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾(النساء:4) ، وقوله تعالى :﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾(النساء:24)، ويجوز تأجيل الصداق كله أو بعضه على تفصيل المذاهب[5]

فالحنفية قالوا بجواز تأجيل كله أو بعضه ولكن بشرط أن لا يكون الأجل مجهولا جهالة فاحشة كأن يقول لها مثلا تزوجتك بخمسين ألف مؤجلة إلى غاية أن يرجع فلان من سفره، أو يقول إلى أن تهب الرياح أو يأتي

---

[1]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة ـ الجريدة الرسمية ـ العدد 24 المؤرخة في 12يونيو1984 ، ص 918.

[2]. وهبة الزحيلي ، مرجع سابق، ص 453.

[3]. المرجع نفسه ـ ص 251.

[4]. عبد الرحمان الجزيري ـ كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ دار الكتب العلمية بيروت ـ ط2 ـ 2003 ـ ج4، ص 89.

[5]. المرجع نفسه ، ص 138

الغيث، وإلا فلا يثبت ويجب المهر الذي سماه حالا، أما إذا كان الأجل معلوما بأن أجل بعضه كأن يقول تزوجتك بستون ألف دينار معجلا وستون ألف مؤجل إلى سنتين أو ثلاث سنوات فإنه يصح، أو يؤجله كله كأن يقول تزوجتك على مائتا ألف دينار مؤجلة إلى سنتين أو أربع أو أكثر فإنه يصح، ويلحق بالأجل المعلوم أن يؤجل الصداق كله أو بعضه إلى الموت أو الطلاق[1]

والحنابلة أيضا أجازوا تعجيل المهر وكذلك أجازوا تاجيله كله أو بعضه بشرط ان تكون مدة التأجيل معلومة، فإن شرطه مؤجلا إلى مدة معلومة فهو إلى أجله، وإن لم يذكر أجله فقال أبو الخطاب لا يصح ولها مهر المثل قياسا على ثمن المبيع ، وقال القاضي: يصح وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال : إذا تزوج على العاجل والآجل لا يحل الآجل إلا بموت أو فرقة[2]، فإذا قال تزوجتك على صداق مؤجل وسكت فإنه يصح ، ويحمل على التقييد بالفرقة بالطلاق أو الموت، والمراد بالطلاق البائن، أما الرجعي فلا يحل به الصداق المؤجل إلا بعد انقضاء العدة.[3]

بينما الشافعية قالوا بأنه يجوز تأجيل الصداق بشرط أن لا يكون الأجل مجهولا سواء كان المؤجل كل الصداق أو بعضه ، فإذا تزوجها ولم يذكر الأجل أو إلى أجل غير معلوم كوقت نزول الغيث مثلا أو إلى الموت أو الطلاق فسدت تسمية المهر ووجب لها مهر المثل[4]

أما المالكية فالصداق عندهم إما ان يكون معينا موصوفا أي المنضبط قدره وجنسه بالوصف، او يكون غير معين أو موصوف كالنقود وعند المالكية يستحب ان يكون الصداق معجلا وكره مالك تأجيل الصداق.

فإن كان الصداق معينا وحاضرا وجب تعجيل تسليمه كسيارة معينة أو دار بعينها مثلا ويفسد النكاح بتأخير تسليمه فإن كان معينا لكن غير حاضر أو غير موجود في البلد التي تم العقد فيها جاز التأجيل إلى أجل قريب بحيث لا يؤدي إلى تغيره في العادة ، أما غير المعين فإنه يجوز تأجيله كله أو بعضه ، ويجب أن يكون الأجل معلوما ولا مانع من أن يكون الأجل طويلا في مدة تمتد إليها الأعمار كأربعين سنة ، وأما المؤجل كله أو بعضه إلى أجل غير معلوم كتعليقه على الموت أو الفراق وشبهه، ففاسد لأجل الجهالة[5]

وعليه فإن تم تأجيل الصداق إلى أجل غير معلوم بمعنى مجهول كتأجيله إلى الموت او الطلاق فإن النكاح فاسد لأن فيه جهالة.

---

[1]- عبد الرحمان الجزيري ،مرجع سابق، ص 139

[2]- ابن قدامة المقدسي . الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل.. دار الكتب العلمية بيروت . ط1 . 1414هـ/1994م . ج3،ص 62.

[3]- عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 141.

[4]- المرجع نفسه ، ص 142.

[5]- محمد سكحال المجاجي . المهذب من الفقه المالكي وأدلته ، دار الوعي بالجزائر ، ودار القلم بدمشق . ط 1 . 1431هـ/ 2010م . ج2، ص 32.

والمشرع الجزائري أخذ بما أجمع عليه الفقه الإسلامي بخصوص إمكانية تأجيل الصداق ، وذلك في المادة 15 من ق أ ج[1] التي تنص على أنه :" يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا." دون التطرق إلى تحديد أو عدم تحديد أجل الصداق.

فإذا أخذنا بما ذهب إليه الحنفية وقول من الحنابلة فإن الصداق المؤجل إذا تم تحديد أجله بالطلاق أو كان مطلقا بأن يذكر في العقد دون أن يحدد للأجل مدة ، فتستحقه الزوجة بحلول أقرب الأجلين: الطلاق أو وفاة أحد الزوجين.

وبناء على ذلك فإنه إذا رفع الزوج دعوى ضد زوجته طالبا الحكم له بالطلاق ، فالصداق المؤجل يصبح حال الأجل بتاريخ صدور الحكم بالطلاق باعتبار أن هذا الأخير طلاق بائن ، بينما إذا تلفظ الزوج بالطلاق خارج ساحة القضاء وقبل اللجوء إلى القضاء وانقضت عدة المرأة فإن الأمر يثير إشكال هام فمن الناحية الشرعية تستحق الزوجة المطلقة شرعا الصداق المؤجل لكونه أصبح حال الأجل في حالة ما إذا تمت المطالبة به، بينما لا تستحقه قانونا لعدم وجود حكم يثبت هذا الطلاق.

[1]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1416 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 . الجريدة الرسمية . العدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص 20.

الفصل الثاني

معوقات الممارسة القضائية الإجرائية المتعلقة بالطلاق.

الفصل الثاني

معوقات الممارسة القضائية الإجرائية المتعلقة بالطلاق

يقصد بالمعوقات الإجرائية تلك الإشكاليات القانونية والعملية التي فرضها قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبار القسم الخاص منه بشؤون الأسرة هو التشريع الإجرائي الأسري ، ولأن قسم شؤون الأسرة يتميز بأنه ذو طبيعة خاصة فلقد كان من البداهة أن ينَظَم بمثل هذه الأحكام وهو الأمر المجسد في المواد 423 إلى 499 من ق إ م إ[1].

هذه الأحكام ورغم شموليتها الظاهرة وتضمنها للعديد من الإجراءات التي تبدو دقيقة ، إلا أن دراستها وتطبيقها يبين أن بعضها جاءت غير مفصلة أحيانا، وإجراءها يجعل القاضي يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، وبعضها الآخر يستحيل تطبيقها لاستحالة توفر شروطها.

وستقتصر الدراسة في هذا الفصل على الإشكاليات المتعلقة بآليتي تسوية الخلافات الأسرية فيما يتعلق بالطلاق وهما الصلح والتحكيم وذلك في المبحث الأول بينما نتناول مجمل المعوقات التي تثيرها طرق الطعن في الأحكام الصادرة عن هذه المنازعات سواء العادية منها أو غير العادية في المبحث الثاني.

[1]- القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 .

المبحث الأول: المعوقات التي تثيرها آليات تسوية الخلافات الأسرية.

أمام الخطر الذي يهدد كيان الأسرة بات من الضروري من محاولة جادة تعيد الشمل الأسري وتمنعه من التشتّت، وتتمثل هذه المحاولة في الرجوع إلى الطرق البديلة لتسوية النزاعات وتتمثل أساسا في الصلح والتحكيم، ولذلك يتم التطرق لمعوّقات إجراء الصلح في قضايا الطلاق في المطلب الأول بينما يتم تناول إجراء التحكيم والصعوبات التي تحول دون تفعيله في المطلب الثاني.

المطلب الأول: معوّقات إجراء الصلح الأسري في ظل القانون و الممارسة القضائية

ولتوضيح أهم الإشكالات القانونية ومعوقات الممارسة القضائية سواء بالنسبة للقاضي أو المتقاضي الناتجة عن النصوص القانونية التي تحكم إجراء الصلح، ارتأت الباحثة التطرق إلى مفهوم الصلح ومشروعيته في منازعات الطلاق في الفرع الأول، وإلى معوقات إجراء الصلح في قضايا الطلاق في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الصلح في منازعات الطلاق

وسنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الصلح في دعاوى الطلاق أولا، ثم إلى مشروعيته ثانيا.

أولا : تعريف الصلح شرعا وقانونا

يتطلب مفهوم إجراء الصلح الخوض والتعمق فيه وذلك بتعريفه شرعا وقانونا.

أ ـ تعريف الصلح شرعا:عرفه الحنفية بأنه :" عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن"[1]، وعرفه المالكية بأنه:" ترك حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه" [2]، أما الشافعية فقد جاء في تعريفهم للصلح بأن:" الصلح لغة هو قطع النزاع ، وشرعا عقد يحصل به ذلك"[3] ، بينما الحنابلة عرفوه : "معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين "[4]

ب ـ تعريف الصلح قانونا: عرفه المشرع الجزائري في المادة 459 من القانون المدني بأنه:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه" [5]، بينما لم

---

[1] ـ عبد الله الموصلي . الإختيار لتعليل المختار .كتاب الصلح ، دار الكتب العلمية ، بيروت . 1975 ، ج3، ص 5.

[2] ـ الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان ، لبنان ، ط1، 2002، ج 3 ، ص 704

[3] ـ الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، اعتنى به: محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، لبنان ، 1997 ، ج2، ص 230

[4] ـ ابن قدامة ، المغني ـ كتاب الصلح ، تحق : عبد الله التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض،ط3 ، 1417ه/1997 م ، ص5.

[5] ـ الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر عام 1975 المتضمن القانون المدني ج ر 1975، عدد 78 ص 1017، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 . 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 31 سنة 2007.

يعط تعريفا للصلح في مادة شؤون الأسرة عند النص عليه سواء في المادة 49 من ق أ ج أو المادتين 431، 439 من ق إ م إ[1] بل اعتبره إجراء من الإجراءات التي يقوم بها القاضي في منازعات فك الرابطة الزوجية.

ثانيا . مشروعية الصلح:

لقد ثبتت مشروعية الصلح بين الزوجين من خلال القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع.

1. القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾(النساء:35) ، وقوله عز وجل: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا، وَالصُّلْحُ خَيْرٌ، وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ، وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾(النساء:128)

2 ـ السنة النبوية: عن عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال :" **الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرّم حلالا أو أحلّ حراما...**"[2]

3 . الإجماع: أما من الإجماع فقد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الإصلاح بين الناس في كل المجالات بما فيها الصلح بين الزوجين، وقد اشتهر العمل بالصلح بين الصحابة رضوان الله عليهم، إذ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعر ي[3]:" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما.." ،كما قال أيضا:" ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن"[4].

وبناء على ذلك اعتمد المشرع الجزائري الصلح كإجراء وجوبي في قانون الأسرة ، وهو ذات الموقف الذي تبناه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة من خلال نص المادة 439 منه التي تنص على أن: " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

الفرع الثاني: معوقات إجراء الصلح في قضايا الطلاق

يواجه قاضي شؤون الأسرة عدة إشكاليات تعيقه عن إجراء الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق والعمل على إنجاح هذا الإجراء ، والتي نعرضها كالتالي:

---

[1]- القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، ص 37.

[2]. أخرجه الترميذي ، الجامع الصغير، تحق:أحمد محمد شاكر ، دار الكتاب العلمية لبنان ، د.س ، ص 635.

[3]- محمود بن محمد بن عرنوس ، تاريخ القضاء في الإسلام ، المطبعة المصرية الاهلية الحديثة ، د. س ، ص 13.

[4]- الصنعاني . المصنف ،كتاب: البيوع ، باب: هل يرد القاضي الخصوم حتى يصطلحوا ، المجلس العلمي ، المكتب الإسلامي ببيروت ، ط 1 . 1392 هـ/1972م ، رقم 15304 ، ج 8 ، ص 303.

أولا . حول مدى وجوبية إجراء الصلح:

إن المشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين في كلا النصين، الموضوعي أو الإجرائي وذلك في شكل قاعدة آمرة، إلا أنه لم يقرنها بأي جزاء يترتب في حالة تخلف هذا الإجراء ، وذلك له دلالة قاطعة على أنه في حالة عدم العمل بذلك المقتضى فلا أثر يترتب عليه، فلا يمكن أن يفسر النص أكثر مما يحتمل ومادام المشرع يلزم القاضي بإجراء الصلح دون أن يرتب جزاء على تخلف هذا الإجراء فهذا دليل يجعل من الصلح إجراء غير جوهريا[1]

غير أن المحكمة العليا أكدت أن عدم القيام بإجراء الصلح يعرض الحكم القاضي بالطلاق للنقض والإبطال، وذلك في عدة قرارات منها القرار الذي جاء فيه : { **المبدأ** : من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون}[2]، وقرارها الذي جاء فيه : { **المبدأ** : القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع مخالف لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة}[3]

وباعتبار اجتهاد المحكمة العليا أن إجراء الصلح يعد إجراء جوهري يمس بالنظام العام ويعرض الحكم للنقض يواجه القاضي والمتقاضي على حد سواء إشكال يتمثل في أنه يمكن للقاضي أن لا يجري الصلح أصلا في حالة ما إذا تأكد أن أحكام المادة 51 من ق أ ج [4] قائمة، فإجراء الصلح بين امرأة ورجل طلقها ثلاث مرات متباعدة ومتتالية مخالف للنظام العام وللشريعة الإسلامية وكذلك لقانون الأسرة، إذ لا يمكن للرجل أن يراجع مطلقته ثلاثا.

فإذا قام القاضي بإجراء محالة صلح في هذه الحالة وكللت بالنجاح يكون قد خالف الشريعة الإسلامية وأقام بين الطرفين علاقة محرمة شرعا، وإذا لم يقم بإجراء محاولة صلح بينهما على أساس أن الزوج قد تلفظ بالطلاق للمرة الثالثة يكون حكمه الفاصل بالطلاق محل نقض وإبطال من طرف المحكمة العليا.

وعليه نخلص إلى أن الزوجين اللذين تم حل نكاحهما فعليا بتاريخ سابق وآل بالطلاق إلى البينونة لا يستوي في حقهما الصلح الواجب في جانب القاضي كما تنص عليه المادة 439 من ق إ م إ ، لأن الصلح يتحول إلى غير ذي جدوى، ومع هذا تتخلف الآلية القانونية التي تسمح للقاضي بمثل هذا الحكم الصحيح والصائب.

---

[1]. بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق، ص 61

[2]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75141، المجلة القضائية ، 1993، العدد 1 ، ص 63.

[3]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 477546، المجلة القضائية، 2009، العدد 2 ، ص 279.

[4]. والتي نصها : " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"

ثانيا . حول الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح.

يجب إجراء الصلح في مقر المحكمة وهو ما أكدته المحكمة في قرار لها جاء فيه :{ **المبدأ** : محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط } [1] ، وعليه يثور التساؤل حول م ا إذا كان إجراء الصلح يقتصر على قضاة أولى درجة فقط أم أنه يمتد الاختصاص إلى قضاة المجلس القضائي؟

فإذا فصل القاضي برفض طلب فك الرابطة الزوجية لسبب معين يكون للطرف الذي رفضت دعواه أن يرفعها من جديد لعدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجية الشيء المقضي به [2] أو استئناف الحكم ، لأن هذا الحكم يكون قابلا للاستئناف بمفهوم المخالفة لنص المادة 57 من ق أ ج [3]، ويمكن أن تقضي جهة الاستئناف بالطلاق، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء في حيثياته : { من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق ..} [4] ، وإذا اختار المتقاضي استئناف الحكم فإن قضاة المجلس القضائي يفصلون فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون طبقا لما تنص عليه المادة 339 من ق إ م إ[5]، فهل تتم محاولات الصلح مرة أخرى على مستوى المجلس أم أنه يتم الاكتفاء بالمحاولات التي تمت على مستوى المحكمة؟

لم يفصل التشريع الأسري الجزائري في هذه المسألة، وتولت المحكمة العليا التصدي لذلك في قراراتها منها القرار الذي جاء فيه:{ **المبدأ:** محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط وليس أمام المجلس}[6]، وجاء في حيثياته أن " المادة 49 من ق أ ج ملزمة لقاضي أول درجة دون قضاة الاستئناف فإن ما ذهب إليه قضاة المجلس في قرارهم كان يتماشى والقانون"

غير أنه يتبين أن تسبيب المحكمة العليا عندما انتهت إلى عدم اختصاص قضاة المجلس تسبيب قاصر لأنه لا يوجد ما يبرر قانونا أن نص المادة 49 من ق أ ج ملزم لقاضي أول درجة ويخاطبه هو فقط دون قضاة المجلس الذين يعتبرون أيضا قضاة موضوع ينظرون في القضية من حيث الوقائع والقانون، فقد تظهر مستجدات في النزاع الرامي إلى الطلاق تؤدي إلى رغبة الطرفين في الصلح في أي مرحلة كانت عليها الدعوى سواء أمام المحكمة أو

---

[1] . قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 2006/11/15 ملف رقم 372130 ، المجلة القضائية ، 2007، العدد 2 ، ص 463.

2 . قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 2005/09/14 رقم الملف 342470 ، المجلة القضائية 2005، العدد 2 ، ص 409.

[3] . القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1416 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 . الجريدة الرسمية . العدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، ص 22 ، والتي تنص على ما يلي:" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية..."

[4] . قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 1999/02/16 ملف رقم 216850 ، المجلة القضائية ، 2001 ، عدد خاص، ص 100.

[5] . القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، ص29.

[6] . قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.أ.ش بتاريخ 2006/11/15 ملف رقم 372130 ، المجلة القضائية ، 2007 ، العدد 2، ص 463.

أمام المجلس ويحقق إجراء الصلح الهدف الذي شرّع لأجله، كما أن استماع قضاة الموضوع لطرفي النزاع ومحاولة الصلح بينهما أقوى بكثير من مجرد الإطلاع على محاضر عدم الصلح المحررة من طرف قاضي أول درجة والتي لا يمكن أن تتضمن كل ما سرده الطرفين، وبالتالي فإن القول بأن الصلح لا يتم على مستوى جهة الإستئناف سيحرم الطرفين من التصالح المقرر شرعا وقانونا.

ولذلك نرى بأن جهة الإستئناف ملزمة بإجراء محاولة الصلح متى تم الفصل برفض دعوى طالب الطلاق أو الفصل بعدم قبول الدعوى لسبب من الأسباب أو بعدم الاختصاص مثلا على مستوى الدرجة الأولى على أن يكون في المدة المحددة قانونا، وعلى المشرع والإجتهاد القضائي مراعاة ذلك لمصلحة الطرفين وحماية للأسرة من التفكك.

ثالثا . حول المدة المحددة لإجراء الصلح

إن المشرع الجزائري عندما نص على ضرورة إجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى والتي لا يمكن للقاضي أن يتجاوزها، كما لا يمكنه أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضائها، ولم يتبين هدف المشرع من اعتماد هذه المدة (03 أشهر)، فهل المقصود بها المدة اللازمة لانقضاء عدة المطلقة فيكون المشرع قد احتاط لوجود طلاق رجعي؟ أم أنه اعتبرها المدة الكافية للتصالح بين الزوجين؟

إذا لم يتلفظ الزوج بالطلاق قبل رفع الدعوى فإن مدة ثلاثة أشهر لا تصلح كمدة لانقضاء العدة لأنه لا يوجد طلاق أصلا، وإنما تصلح كمدة يتم فيها الصلح فقط [1]، ولكن تقديرها بهذا القدر غير كاف في بعض الأحيان لتحقيق الصلح بين الزوجين لأنهما خلال هذه المدة لا يزالا تحت الضغط النفسي فلو قدمنا لهما الوقت الكافي والطويل قد يتريث طالب الطلاق ويتراجع عن موقفه كأن تكون مدة الصلح ستة أشهر فما فوق ما دامت العلاقة الزوجية قائمة، مما يحقق حماية قبلية للأسرة من التفكك، كما قد يحدث خلال هذه الفترة الطويلة ظروف وعوامل تغير من موقف الزوج في طلاقه.

كما أنه قد يتزامن رفع الدعوى قبل العطلة القضائية بشهر على الأكثر أو 20 يوما على الأقل وهي المدة المقررة للتكليف بالحضور للجلسة ولتكن بتاريخ 07 جوان فتحدد أول جلسة لاتصال القاضي بالدعوى بعد 20 يوما ولتكن بتاريخ 28 جوان ، وبما أن العطلة القضائية تكون ابتداء من أول جويلية إلى غاية أول سبتمبر ويتوقف سير الجلسات خلالها فإن القاضي يجد نفسه مضطرا لتأجيل الدعوى إلى غاية 06 سبتمبر ، وبالتالي تكون مدة ثلاثة أشهر المقررة لإجراء الصلح قد انقضت أو شارفت على ذلك ، ولا يتمكن من إجراء أية محاولة للصلح أو يتمكن من ذلك ولكن في حدود محاولة واحدة فقط يراها القاضي غير كافية، لا سيما وإن بدت له بوادر نجاح المحاولات التالية لها.

[1]. بن الشيخ آث ملوية لحسن ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة ، الجزائر، 2005، ج1 ، ص 197.

ونفس الأمر يحدث في حالات القوة القاهرة كما هو الحال بالنسبة لتعليق العمل القضائي بسبب جائحة كورونا ابتداء من تاريخ 2010/03/17، فلو أن طالب الطلاق يكون قد قيد دعواه بتاريخ 2020/03/01 وحددت له أول جلسة لاتصال القاضي بالدعوى بتاريخ 2020/03/22 ، وبما أنه تم تعليق العمل القضائي فإن هذه الجلسة لا تنعقد وتؤجل تلقائيا إلى أول جلسة بعد استئناف العمل القضائي وليكن 01 جوان، فإن المهلة المقررة قانونا لإجراء الصلح تكون قد انقضت.

وفي المثالين إشكال ومعوق فعلي لإجراء الصلح يمس بعمل القاضي وبمصلحة المتقاضي ، إذ أن الحكم الفاصل بالطلاق يصبح معرض للطعن بالنقض سواء لعدم إجراء محاولة الصلح أو لإجرائها خارج المدة المقررة لها حسب ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا.

ويثور إشكال آخر فيما إذا كانت الزوجة التي طلب الزوج طلاقها حامل وعدتها الشرعية لازالت قائمة ، فإنه إذا قام القاضي بإجراء محاولة صلح بينهما وفشل في ذلك وجب عليه التصدي للفصل في طلب المدعي والحكم بالطلاق بينهما، ولا يمكن للزوج بعد ذلك مراجعتها إلا بعقد جديد حسب نص المادة 50 من ق أ ج، في حين أنها لازالت في عدتها من طلاق رجعي ويجوز شرعا مراجعتها بدون عقد جديد أو دفع مهر جديد وحتى دون رضاها.

أما إذا تلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة وانتهت عدة الطلاق المقررة شرعا فلا مجال لإجراء الصلح ذلك أن الطلاق أصبح بائن بينونة صغرى ، وإذا كانت الطلقة الثالثة فإنه لا يمكن أيضا للقاضي إجراء الصلح باعتبار أن الزوجة أصبحت محرمة شرعا على زوجها حتى تتزوج غيره فيطلقها أو يموت عنها بعد البناء وتنقضي عدتها منه، وفي هاتين الحالتين يجد القاضي نفسه أمام معضلة كبيرة وهي مخالفة صريحة للفقه الإسلامي ومخالفة للقانون الذي يلزمه بتطبيقها انطلاقا من نص المادة 222 من ق أ ج ، فإذا نجحت محاولة الصلح التي يجريها وفصل برجوع الطرفين إلى علاقتهما الزوجية يكون قد دفعهما إلى إقامة علاقة غير شرعية، وإذا امتنع عن إجراء الصلح على هذا الأساس يكون قد خالف نص المادة 49 من ق أ ج.

رابعا . حول قواعد الحضور والغياب في جلسة الصلح

ينبغي تبليغ الزوجين بتاريخ وساعة إجراء الصلح لحضورهما جلسة الصلح ، وذلك من طرف القاضي بأمر شفوي في جلسة علنية ويؤشر بهذا الأمر على حافظة الملف، غير أنه قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ المحدد لجلسة الصلح، ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد عالج حالات الغياب وميز بين حالة تغيب أحدهما أو كلاهما [1]، فنصت المادة 441 من ق إ م إ[2] على أنه :" إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث

[1]. بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق ، ص 228

[2] . القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، ص 37.

له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاضي أخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك"

فالمادة المذكورة توضح أنه في حالة ما إذا كان تغيب الطرف بعذر ، بحيث يستطيع الحضور في الجلسة الثانية فإن القاضي وبعد تأكده من العذر المقدم من طرف دفاعه أو ممن يمثله قانونا يأمر بتأجيل جلسة الصلح إلى تاريخ لاحق، وإذا كان من المستحيل على الطرف المتغيب الحضور كأن يكون محبوسا في مؤسسة عقابية تقع خارج دائرة اختصاص المحكمة التي تنظر الدعوى فإن القاضي في هذه الحالة يندب قاضي آخر من المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها المؤسسة العقابية المحبوس فيها لسماعه، وهذا الأخير إما أن يأمر باستخراج المحبوس وسماعه في المحكمة أو ينتقل للمؤسسة العقابية وسماعه إن كان الجرم المدان به على درجة من الخطورة.

أما إذا كان الغياب بدون أي عذر فإن القاضي يحرر محضر غياب هذا الطرف ، وبالتبعية يستمع للطرف الحاضر ويحرر محضر بتصريحاته حول مساعي الصلح، إلا أنه وعمليا . حسب ممارستنا القضائية . يتم تأجيل جلسات الصلح عدة مرات حتى ولو كان غياب أحد الطرفين بدون أي عذر، وذلك أملا من القاضي في الصلح بين الزوجين.

وفي حالة حضور الطرفين معا فإن القاضي يسمع لكل طرف على انفراد ثم يسمعهما معا حسب ما تنص عليه المادة 440 من ق إ م إ[1] ، وإذا فشل في مسعى الصلح يمكنه منح مهلة للزوجين للتفكير على أن لا تتجاوز كل التأجيلات وفي جميع الحالات المذكورة المدة المقررة قانونا وهي مدة ثلاثة أشهر.

غير أن الإجتهاد القضائي كان متذبذبا في مسألة غياب طرفي النزاع أو أحدهما لجلسة الصلح فبعد أن كان يفسر الغياب بعدم الرغبة في الصلح ورفضه وذلك في عدة قرارات منها القرار الذي جاء فيه: { أن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر} [2]، أصبح وتزامنا مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية يؤكد على ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية سواء المدعي أو المدعية جلسة الصلح ، وفي حالة غيابه ترفض دعواه ، وهو الثابت في القرار الذي جاء فيه :{ **المبدأ**: يجب على الزوج طالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه} [3]، والقرار الذي جاء فيه :{**المبدأ**: استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على وجوب حضور طالب فك

---

[1]. القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، ص 37.

[2]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 1997/10/23 ملف رقم 174132، نشرة القضاة، 1999، عدد 55، ص 179.

[3]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 474956، المجلة القضائية ، 2009، العدد 2 ، ص271.

الرابطة الزوجية شخصيا جلسات محاولة الصّلح{ [1]، وفي قضية الحال صدر الحكم بالطلاق مع تظليم المطلّق وأشار الحكم إلى عدم حضوره جلسة الصلح ، وقد قضت المحكمة العليا بنقض الحكم، كما أكدت المحكمة العليا بضرورة الحضور الشخصي للصلح والعبرة في ذلك بحضور طالب فك الرابطة الزوجية وذلك في القرار الذي جاء فيه:{ لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ، أن المحكمة قامت بإجراء محاولة الصلح وحضر المطعون ضده لذلك وتمسك بالطلاق ، والعبرة في احترام نص المادة 439 وما يليها من ق إ م إ، هي بحضور طالب الطلاق ـ المطعون ضده ـ لجلسة محاولة الصلح، وهذا ما قامت به المحكمة وتأكدت من تمسكه بالطلاق ، وبالتالي فهي غير ملزمة بإجراء عدة محاولات صلح ، ما دامت قد حددت جلستين لذلك وتغيبت الطاعنة ، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه} [2]، والقرار الذي جاء فيه:{ **المبدأ** : يجب حضور الطرفين شخصيا جلسة الصلح، القاضي غير ملزم بإصدار إنابة دولية في حالة حضور طالب الطلاق جلسة الصلح وتغيب الطرف الآخر المقيم خارج الإقليم الجزائري} [3]، والقرار الذي جاء فيه :{ لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة سعت لإجراء محاولتي صلح بين الطاعن والمطعون ضدها وتمسكت هذه الأخيرة بفك الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين الطاعن عن طريق الخلع، بينما تغيب هذا الأخير ، وبذلك تكون المحكمة قد طبقت نص المادة 49 من ق أ ج وسايرت اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا التي استقر اجتهادها على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح كاف لاحترام نص المادة 49 من قانون الأسرة}[4]

ويرى المستشار نجيمي جمال أن هذا الاجتهاد الذي يشترط حضور طالب الطلاق شخصيا دون أي استثناء مخالف للقانون وذلك من جهة أولى أن المادة 441 من ق إ م إ تنص في فقرتها الثانية على أنه :" إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك " ، وأيضا الفقرة الأخيرة من المادة 443 من نفس القانون التي تنص على أنه :" ... في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى." فلم ينص القانون على عدم قبول الدعوى، كما أنه من جهة أخرى مخالف للحكم الشرعي والقانوني وهو أن العصمة بيد الزوج، إضافة إلى أن نتيجته وهي رفض الطلاق ليست في صالح الطرفين معا وخصوصا الزوجة التي تبقى معلقة [5]، ونوافقه في دورنا في هذا الرأي.

---

[1]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 2013/05/09 ملف رقم 798882 ، المجلة القضائية ، 2013، العدد 1، ص286.

[2]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 2013/09/12 ملف رقم 857934، المجلة القضائية ، 2013، العدد 2 ، ص297.

[3]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 2012//06/14 ملف رقم 751790 ، المجلة القضائية ، 2014، العدد 2، ص 251.

[4]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 2014/04/10 ملف رقم 901209 ، المجلة القضائية ، 2014، العدد 2، ص273.

[5]. نجيمي جمال ، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي، دار هومة ، الجزائر ، 2016 ، ص 123.

هذا بالإضافة إلى أن وجوبية إجراء الصلح المنصوص عليها في المادة 439 من ق إ م إ تتعلق بالقاضي وهي ملزمة له وليست ملزمة لطرفي الدعوى

هذا الاجتهاد القضائي أثار إشكالا على مستوى الممارسة القضائية إذ أنه لا يمكن الحكم برفض دعوى طالب الطلاق لمجرد غيابه عن حضور جلسة الصلح وذلك لما فيه من مخالفة للقانون وللفقه الإسلامي ، ومن جهة أخرى لا يمكنه الفصل بالطلاق في حالة غياب المدعي لكي لا يعرض حكمه للنقض والإبطال من طرف المحكمة العليا ، مما جعل القضاة . ومن بينهم الباحثة . يعتبرون أمرهم بحضور الطرفين لجلسة الصلح هو أمر قضائي، وغياب المدعي عن حضور الجلسة هو عدم قيام بالإجراء المأمور به قضاءا طبقا لما تنص عليه المادة 216 من ق إ م إ وبالتبعية يأمرون بشطب القضية من الجدول كأسلم حل للتوفيق بين القانون والشريعة الإسلامية من جهة، والإجهاد القضائي من جهة أخرى.

خامسا . حول مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين

أثير نقاش على المستوى العملي حول ما إذا كان من حق الزوجين توكيل غيرهما لحضور إجراءات الصلح أم لا؟ وسبب هذا النقاش هو اختلاف العمل القضائي في هذا الخصوص.

وطبقا للقواعد العامة يمكن التوكيل في إجراء الصلح بشرط أن يكون بوكالة خاصة، إلا أن الأمر يختلف في شؤون الأسرة لخصوصية العلاقة الزوجية، وهو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا الذي جاء فيه :{ **المبدأ:** يجب على الزوج طالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه} [1] ، وهو الأمر الصائب لسبب بسيط وهو أن المشرع ذكر في المادة 2/49 من قانون الأسرة أنه :".. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين " أي لا بد من حضور الطرفين ، وذكر أيضا في نص المادة 431 من ق إ م إ أن القاضي يستمع للزوجين على انفراد ثم معا ويتأكد من رضائهما ولم يقل يستمع إلى الوكلاء، وإنما ينظر مع الوكلاء في الإتفاق [2]، هذا بالإضافة إلى أن المواد 440، 441، 442 من نفس القانون كلها تضمنت مصطلح الزوج أو الزوجين ولم تتضمن الوكلاء.

إلا أنه وتفاديا لكل غموض كان على المشرع تجسيد ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا بشأن منع الوكالة في إجراءات الصلح ، بأن يعدل نص المادة 439 من ق إ م إ بأن تصبح صياغتها كالتالي :" محاولات الصلح وجوبية، وتتم بحضور الزوجين شخصيا، وتتم في جلسة سرية".

وختاما يمكنني القول بأن إجراء الصلح يعد أهم مرحلة في دعاوى فك الرابطة الزوجية ، ونجاح المحاولة مرهون بالظروف المتاحة لإجرائها، وظروف قاضي شؤون الأسرة المتمثلة في كثرة الملفات المنشورة أمامه إذ يعتبر

---

[1]. قرار المحكمة العليا الصادر عن غ.ش.أ.م بتاريخ 2009/01/14 ملف رقم 474956، المجلة القضائية ، 2009، العدد 2 ، ص271.

[2]. بن هبري عبد الحكيم ، مرجع سابق ، ص243

قسم شؤون الأسرة من أكثر الأقسام المدنية من حيث القضايا المعروضة عليه لا تسمح بإجراء محاولات صلح ذات فاعلية ولو حاول جاهدا لذلك ، وللتخفيف عليه نقترح إسناد مهمة إجراء الصلح بين الزوجين إلى أشخاص أكفاء تتوفر فيهم الشروط اللازمة كأن يكونوا مختصين في قانون الأحوال الشخصية أو في الشريعة الإسلامية واستحداث مكتب مخصص لذلك يتم اللجوء إليه قبل رفع الدعوى مع اعتبار محضر عدم الصلح قيدا على رفع الدعوى، ولخصوصية الأسرة ومحافظة على أسرارها نقترح محاكم خاصة بالأسرة مستقلة وبعيدة عن المحاكم العادية.

المطلب الثاني: معوّقات إجراء التحكيم الأسري في ظل القانون و الممارسة القضائية

إذا كان قاضي شؤون الأسرة يضطلع بإجراء الصلح بين الزوجين بالنظر إلى اختصاصه الأصيل في تسوية المنازعات الأسرية فإنه يمكن إشراك أشخاص آخرين مؤهلين لإجراء الصلح وإنهاء النزاع تحت إشراف ومتابعة القاضي وهو ما يعرف بالتحكيم أو الصلح عن طريق محكمين ممثلين لعائلة كل من الزوجين المتنازعين.

وللتعرف على هذا الطريق كآلية لتسوية المنازعات الأسرية المتعلقة بالطلاق ارتأت الباحثة تناوله في فرعين بحيث تم التطرق في الفرع الأول إلى مفهوم التحكيم في منازعات الطلاق ، أما الفرع الثاني فتم تخصيصه لبيان صعوبات تفعيل إجراءات التحكيم الأسري.

الفرع الأول : مفهوم التحكيم في منازعات الطلاق.

إن التعرض لمفهوم التحكيم الأسري، يتطلب تعريفه (أولا)، ثم التطرق لمشروعيته (ثانيا)

أولا . تعريف التحكيم

سنتطرق في هذه النقطة إلى تعريف التحكيم في اللغة ثم بيان معناه في الاصطلاح على النحو التالي:

أ . تعريف التحكيم لغة :

التحكيم في اللغة يدور حول عدة معاني ومنها: المخاصمة، الإتقان والإحكام، التفويض ، المنع ، القضاء. فيطلق لفظ التحكيم ويراد به المخاصمة، فيقال المحاكمة: المخاصمة إلى الحاكم، واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا[1]، ويقال حكموه بينهم: أمروه أن يحْكُم بينهم.

2 ـ اصطلاحا : عرف الفقهاء التحكيم أكثر من تعريف وتقترب في مجملها من التعريف اللغوي.

فالتحكيم عند الحنفية معناه تولية الخصمين حكما يحكم بينهما [2]، و عند المالكية معناه : " أن الخصمين إذا حكّما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما، فإن ذلك جائز في الأموال وما معناها" [3]، أماعند الشافعية فمعناه : " أن يحكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه" [4] ، بينما عند الحنابلة معناه :" أنه إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه، وكان ممَّن يصلح للقضاء ، فحكم بينهما، جاز ذلك ، ونفذ حكمه عليهما"[5]

وقد عرفه فقهاء القانون على أنه : " تولية الخصمين حكما بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما"[6]

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعرّف التحكيم بل أجاز القيام بإجرائه في المادة 56 منه التي تنص على أنه :"إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة...."

وعليه فإن التحكيم في المنازعات الأسرية المتعلقة بالطلاق يعرف بأنه وسيلة يلجأ إليها القاضي بتعيين حكمين أحدهما من أهل الزوج وثانيهما من أهل الزوجة من أجل محاولة التوفيق بين الزوجين المتنازعين.

ثانيا . مشروعية التحكيم:

لقد وردت أدلة كثيرة أثبتت مشروعية التحكيم وذلك في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول وسنعرضها فيما يلي:

---

[1]. ابن منظور . لسان العرب . دار صادر . بيروت . ج 4 . ص 187.

[2]. محمد القادري . تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتب العلمية ببيروت، ط 1 ، 1418 هـ / 1997م . ج 7 ، ص 41.

[3]. ابن فرحون . تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام . فصل 8 : في التحكيم ، دار عالم الكتب . الرياض ، ط خ ، 1423هـ/2003م ،ج 1 ، ص 50.

[4]. الماوردي . أدب القاضي . تحق : محي هلال السرحان، مطبعة العاني ببغداد . 1392 هـ / 1972 م . ج2، ص320.

[5]. ابن قدامة . المغني . تحق : عبد الله التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو ، . دار عالم الكتب، الرياض . ط3، 1417 هـ / 1997 م . ج 14، ص 92.

[6]. نبيل صقر . الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية . دار الهدى بالجزائر . 2008/2007 م . ص 547.

1 . الكتاب:

يتبين من القرآن الكريم أن التحكيم عقد أباحه الشرع ونذكر على الخصوص ما دل على التحكيم بين الزوجين لوجود شقاق بينهما في قوله تعالى :﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾(النساء:35).

2 ـ السنة النبوية:

عن أَبِي سعِيدٍ الْخُدرِيرضِياللَّهعنْهقَال: لَما نَزلَتْ بنُو قُرِيظَة علَى حكمِ سعدٍ هو ابنمعاذٍ، بعَث رسولُ اللَّهِ إليه ـ وكَانقَرِيبا مِنْه ـ فَجاءعلَى حِمارٍ، فَلَما دنَا قَال رسولُ اللَّهِ ﷺ:« **قُوموا إِلَى سيدِكُم**» فَجاء، فجلَسإِلَى رسولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ لَه: « **إِنّهؤُلَاءِ نَزلُوا علَى حكمِك** ،قَالَ: فَإِنِّي أَحكُمأَنتُقْتَلَ الْمقَاتِلَةُ وأَنتُسبِى الذُّريةُ، قَالَ: « **لَقَدحكَمتَ فِيهِمبِحكْمِ الْملِكِ**»[1]

وروى أبو شُرِيحٍ أن رسول اللَّهِ ﷺقال له : « إناللَّههوالْحكَمفَلِمتُكْنَى أَبا الْحكَمِ؟»، قَالَ: إِنقَومِي كانوا إِذَا اخْتَلَفُوا فِيشَيءٍ أَتَونِي فَحكَمتُ بينَهمفَرضِيالفريقان، قال: « **فما أَحسنهذَا ، فَمن أكبر ولدك** ؟» ، قَالَ شُرِيح، قَالَ: « **فَأَنْتَ أَبو شُرِيحٍ**»[2]

3 . الإجماع:

كان الصحابة رضي الله عنهم مجمعين على جواز التحكيم، لأن ذلك وقع لجمع من الصحابة، ولم ينكر مع اشتهاره فكان إجماعا، ومن ثمة فالإجماع منعقد على جواز التحكيم ولم يخالف هذا الإجماع مخالف إلى يومنا هذا[3].

ومن الآثار التي رويت عن الصحابة أنه : جَاءَ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ إِلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ وَمَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِئَامٌ مِنَ النَّاسِ ، فَأَمَرَهُمْ عَلِيٌّ ، فَبَعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا ثُمَّ قَالَ لِلْحَكَمَيْنِ : تَدْرِيَانِ مَا عَلَيْكُمَا ؟ عَلَيْكُمَا إِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تَجْمَعَا أَنْ تَجْمَعَا ، وَإِنْ رَأَيْتُمَا أَنْ تُفَرِّقَا أَنْ تُفَرِّقَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ : رَضِيتُ بِكِتَابِ اللَّهِ بِمَا عَلَيَّ فِيهِ وَلِي ، وَقَالَ الرَّجُلُ : أَمَّا الْفُرْقَةُ فَلَا فَقَالَ عَلِيٌّ : كَذَبْتَ ، وَاللَّهِ حَتَّى تُقِرَّ بِمِثْلِ الَّذِي أَقَرَّتْ بِهِ"[4].

---

[1]. البخاري ، صحيح البخاري ، باب إذا نزل العدوّ على حكم رجل ، . دار ابن كثير . دمشق ، بيروت . ط1، 1423 هـ / 2002 م . رقم 3043 ، ص 749

[2]ـ أخرجه أبو داود ، سنن أبي داوود ، كتاب الآداب ، باب : في تغيير الاسم القبيح ، تحق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وعبد اللطيف حرز الله ، دار الرسالة العالمية ، الجمهورية العربية السورية ، ط خ ، 1430هـ / 2009م ، رقم 4955 ، ج7 ، ص 309.

[3]. قدري محمد محمود ، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية . دار الصميعي . السعودية . ط1 . 1430هـ/ 2009م ، ص 59.

[4]. البيهقي . السنن الكبرى . تحق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت . ط3 ، 1424 هـ/ 2003م . ج7، ص 498 .

4 . المعقول:

أن الحاجة داعية للتحكيم وخصوصاً في الشقاق بين الزوجين ،لأنه يعتبر ظهيراً للقضاء سهم معه في تحقيق العدالة،ففيه سعة على الناس في فصل منازعاتهم عن طريق من يختارون من المحكمين، وذلك دفعا لطول أمد المرافعة ، والابتعاد عن الخصومة ، فما دام التحكيم يتحدث عن إصلاح ذات البين وفض المنازعات فإن فقدانه يؤدى إلى تفرق الناس بسبب وجود المنازعات فيما بينهم[1]

الفرع الثاني: صعوبة تفعيل إجراءات التحكيم الأسري

إن الحديث عن نظام التحكيم الأسري يحتم علينا طرح المعوقات التي يواجهها القاضي عمليا على مستوى الممارسة القضائية في إجراءات تعيين الحكمين، ثم إلى مثلها في إجراءات عمل المحكمين.

أولا . معوقات إجراءات تعيين الحكمين:

نظم المشرع الجزائري إجراءات التحكيم الأسري بالمواد من 446 إلى 449 ق إ م إ [2] إذ نصت المادة 446 على أنه :"إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"

وقانون الأسرة الذي أحالت إليه هذه المادة نص على نظام التحكيم في مادة واحدة وهي المادة 56 منه التي تنص على أنه:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحَكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"

ومن هذا المنطلق يواجه قاضي شؤون الأسرة عدة إشكاليات تعيقه عن إجراء الصلح عن طريق التحكيم بين الزوجين في دعاوى الطلاق ، والتي نعرضها كالتا

أ . معوّقات تفعيل التحكيم في منازعات الطلاق بالنظر لشروطه:

بالنظر إلى النص الموضوعي المتمثل في المادة 56 من ق أ ج [3] فإنه لإجراء التحكيم يتوجب توفر شروط نوردها فيما يلي:

---

[1] . وائل طلال سكيك . التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة . رسالة ماجستير في القضاء الشرعي .كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة . 2007 ، ص 27.

[2]- القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، ص 38.

[3]- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة . الجريدة الرسمية . العدد 24 المؤرخة في 12يونيو1984 ، ص 913.

الشرط الأول: شدة الشقاق بين الزوجين.

عرف القرطبي الشقاق بتشبيه كأن كل واحد من الزوجين يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه[1]، ويعرّف الشقاق أيضا بأنه ذلك النزاع الشديد بين الزوجين ودوام السباب الفاحش والتضارب بينهما[2].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه لم يعرف الشقاق بل اكتفى بالنص عليه في المادة 56 منه ، والتي يمكن أن نستنبط منها تعريفه بأنه ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر.

إلا أن هذا التعريف يصطدم بإضافة المشرع للمادة 53 من ق أج سببا من أسباب التطليق وهو الشقاق المستمر بين الزوجين وذلك بموجب تعديل على قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، فيطرح التساؤل عن مفهوم الشقاق الذي نصت عليه هذه المادة ؟، وما هو الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 من نف القانون ؟

لذلك ينبغي على المشرع التدخل بتعريف الشقاق الوارد في المادة 53 منه ق أ ج كسبب من أسباب التطليق وشروطه حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بين الشقاق المستمر، وشدة الشقاق الوارد ذكرها في المادة 56 من نفس القانون.

الشرط الثاني : عدم ثبوت الضرر.

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر أي المحق من المبطل لقوله تعالى : "وإن خفتم شقاق...." [3]، وأَشكل أمرهما ولم يدْرَ ممن الإساءة منهما، فأما إذا عرف الظالم، فإنه يؤخذ له الحق من صاحبه، ويجبر على إزالة الضرر[4].

بينما المشرع الجزائري ـ وعلى خلاف الفقه الإسلامي ـ اشترط مع حدة واشتداد الشقاق بين الزوجين عدم ثبوت الضرر ، وهذا الشرط يعتبر أحد معوقات تفعيل إجراء التحكيم بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة لأنه لا يُتصور حدوث اجتماع الشرطين في منازعة الطلاق من الناحية العملية لأن الزوج إذا رفع دعوى يطلب من خلالها الطلاق، فالأمر لا يتعدى حالتين:

---

[1]. القرطبي ـ الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمّنه من السنّة وآي الفرقان ـ تحق: عبد الله التركي ـ مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ ط1، 1427 هـ/ 2006 م ـ ج6 ـ ص 289

[2]. النووي ـ روضة الطالبين وعمدة المفتين ـ المكتب الإسلامي لصاحبه زهير الشاويش ـ ط 3، 1412 هـ/ 1991 م ، ج 7 ، ص 370

[3]. ابن رشد ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت ، ط6 ، 1402 هـ/ 1982 م، ، ج2، ص 98.

[4]. القرطبي ، مرجع سابق ، ص 291.

إما أن يثبت مبررات طلب الطلاق، وما إن تأكد القاضي بأن المبررات المدعى بها ثابتة يصدر حكمه بالطلاق ، وبالتبعية جعل مسؤولية ذلك على عاتق الزوجة التي ثبت إخلالها بأحد التزامات العلاقة الزوجية، والضرر في هذه الحالة مفترض بمجرد ثبوت إخلال الزوجة بالتزاماتها الزوجية أو ارتكابها خطأ تنحل معه العلاقة الزوجية لأن ويتمثل في فك الرابطة الزوجية ، وبالتالي تُلزم الزوجة بتعويض الزوج عن ذلك.

وإما أن يطلب الطلاق بدون أي مبرر أو بناء على مبررات لم تثبت للقاضي، فيصدر هذا الأخير حكمه بالطلاق بناء على إرادة الزوج مع تحميله مسؤولية ذلك إعمالا لقاعدة التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من ق م[1] ، ومن ثمة تعويض الزوجة طبقا لذلك وطبقا لما تنص عليه المادة 52 من ق أ ج التي تجعل من الضرر اللاحق بالزوجة مفترض ولا يحتاج إلى إثبات.

ولذلك نقترح أن يستغني المشرع أن شرط عدم ثبوت الضرر لإجراء التحكيم في منازعات الطلاق تماشيا مع ما أقره الفقه الإسلامي من أن الشرط هو عدم معرفة أي من الزوجين الظالم والمتسبب في الشقاق على النحو الذي سبق ذكره ، وبالتالي يصبح نص المادة 56 من ق أ ج على الشكل التالي: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يتبين أي منهما المتسبب فيه ..."

الشرط الثالث: أن يعيّن حكَم من أهل الزوج وحكَم من أهل الزوجة.

إن المادة 446 من ق إ م إ لم تنص على إجراءات تعيين الحكمين وأحالت مباشرة لمقتضيات النص الموضوعي المتمثل في المادة 56 من ق أ ج ، وهذه الأخيرة لا تتضمن من إجراءات تعيين الحكمين إلا على وجوب أن يكون الحكمان أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة بنصها على أنه :" ... يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة..." وذلك عملا بقوله تعالى عز وجلّ : ﴿ **فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَا**..﴾ ، دون تفصيل لا سيما في حالة ما إذا لم يعثر القاضي على من يقبل أن يكون حكما من أهالي الزوجين أو من أهالي أحدهما[2]

وإعمالا للمادة 222 من ق أ ج والرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية فإن الفقهاء اتفقوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الرجل والمرأة، إذ هما أعلمُ بأحوال الزوجين ، ويكونان من أهل العدالة وحسن

[1] . القانون رقم 05 . 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدِّل والمتمم للأمر رقم75 . 78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 2005، العدد 44، المؤرخة في 0 يونيو 2005، . ص23.

[2] .كريمة محروق، دور القاضي في حماية الاسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة ،ألفا للوثائق بقسنطينة (الجزائر)،ط1 . 2019 ، ص 233.

النظر والبصر بالفقه، فإن لم يوجد من أهلهما من يصلح لذلك، فيرسل من غيرهما عدلين عالمين [1] ، وبالتالي فإن قاضي شؤون الأسرة وفي حال تعذر تعيين الحكَمين من أهالي الزوجين يمكنه أن يعينهما من غيرهما.

وهنا يطرح التساؤل حول هدف المشرع من استثناء المنازعات الأسرية بما فيها منازعات الطلاق من نظام الوساطة القضائية بموجب المادة 994 من ق إ م إ ، إذ أنه وفي حالة تعيين القاضي لحكَمين من غير أهل الزوج وأهل الزوجة يصبح نظام التحكيم شبيه تماما بنظام الوساطة ولا يختلف عنه سوى في مدة الإنجاز[2].

هذا ولم يبيّن أيضا المشرع الجزائري ما إن كان تعيين الحكَمين من أهل الزوج ومن أهل الزوجة يكون باختيارهما ورضاهما وبطلب منهما أم يكون تلقائيا من طرف القاضي ، لا سيما وأنه يحدث أن لايقبل بعض الأزواج أن تنشر أسرارهم الزوجية إلى أقاربهم لاعتبارات معينة ويفضّلون أن يكون إجراء الصلح بينهما أمام القاضي فقط ويرون فيه أنه أأمن من أهاليهم على علاقتهما الزوجية فيرفضون بذلك اللجوء إلى التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن أهم سبب فرضه الوضع العام لحال الأسرة الجزائرية يجعل القاضي يستغني عن اللجوء إلى التحكيم ـ وهو ما لمسته من خلال ممارستي مرحب قاضي شؤون الأسرة ـ هـ و نقص الوازع الديني لدى الزوجين إذ يعمد في غالب الأحيان كل من الزوجين أو أحدهما في حالة وجود خصام بينهما إلى نشر أسباب وتفاصيل هذا الخصام إلى أهله ، مما يؤدي إلى بغض وكره أهل الزوج للزوج الأخر، وينحاز الحكم في حالة تعيينه من أهل الزوج لقريبه، وبذلك تتحول بعض نتائج الخصام من الزوجين إلى ما بين الحكمين مما يؤدي إلى اختلافهما وعدم اتفاقهما.

ب ـ معوّقات تفعيل التحكيم الأسري بالنظر لمدى إلزاميته.

إذا كان قانون الأسرة قد نص على بعث الحكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين، فإن ذلك المقتضى بقي بدون جدوى ودون أثر يذكر خاصة وأن المادة 446 من ق إ م إ جعلت من بعث الحكمين وسيلة جوازية[3]".. جاز للقاضي أن يعين حكَمين .." على خلاف الصلح ، وعرض الوساطة القضائية، فالمحكمة بناء على هذا النص ليست ملزَمة بانتداب حكَمين، وبالتالي يمكن الإستغناء عن هذه الآلية.

ثم بعد ذلك تحيلنا المادة المذكورة إلى نص المادة 56 من ق أ ج الذي يجعل من بعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين وجوبيا " ..وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.." ، وأكده اجتهاد المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: { من المقرر قانونا، أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد

---

[1]. القرطبي. مرجع سابق ، ص 291.

[2]. إنجاز تقرير المحكّمين يكون في مدة أقصاها شهرين طبقا للمادة 56 من ق أ ج ، بينما إنجاز محضر الوساطة يكون في مدة أقصاها 03 أشهر طبقا للمادة 996 من ق إ م إ.

[3]. كريمة محروق. مرجع سابق . ص 233.

الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ،ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدا يعد خطأ في تطبيق القانون،

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية : 49، 55 ، 56 ق أ يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه ، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] }.

هذا التناقض الصارخ بين النص الإجرائي الواجب تطبيقه في إجراءات تعيين الحكمين ، وبين النص الموضوعي الذي أحال عليه يعد من معوّقات الممارسة القضائية ، إذ لا يُفهم ما إذا كان التحكيم إجراء جوهري ووجوبي يتعين اللجوء إليه في كل قضايا الطلاق، أم أنه جوازي يمكن الاستغناء عنه ، وهو الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع للفصل في هذه المسألة.

ثانيا . معوّقات إجراءات عمل الحكَمين

إن المطّلع على النصوص القانونية الضابطة لإجراءات التحكيم في منازعات الطلاق يدرك النقص و الشغور في توضيح هذه الإجراءات إذ أن المواد 446 ، 447 ، 448 ، 449 من ق إ م إ جاءت جد مقتضبة وغير كافية إلا أنه يمكننا أن نستوحي منها الإجراءات التالية:

1 . يباشر الحكمان مهمتهما في الصلح بعد تعيينهما من القاضي، وتتلخص مهمتهما في محاولة التوفيق بين الزوجين، وذلك من خلال مساعيهما الحثيثة بين الطرفين، ولم يبين قانون الإجراءات المدنية والإدارية متى يبدأ الحكَمان في تنفيذ مهمتهما، هل من يوم تعيينهما ، أم من يوم تبليغهما بالحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع بتعيينهما.

2 . بالنسبة لجلسة الصلح التي يعقدها الحكَمان لم يحدد القانون الجزائري مكانها (المحكمة أو مكان آخر)، وفي الحالتين فإن عملية التحكيم تتم تحت إشراف ومتابعة القاضي بدليل أنهما يلتزمان باطلاع القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ مهمتهما[2]، وتقديم تقرير عن مهمتهما في أجل شهرين طبقا لما تنص عليه المادة 56 من ق أ ج ، وإذا تم الصلح من طرف الحكَمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن طبقا لنص المادة 448 من ق إ م إ ، مع التنبيه إلى أن القاضي لا يحضر جلسة الصلح عن

[1] . قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1989/12/25 . ملف رقم 57812 ، مجلة قضائية عدد 3 لسنة 1991 ، ص 71.

[2] . المادة 447 من ق إ م إ :" يطلع الحكَمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة.

طريق الحكَمين[1] ، وعمليا لا يمكن أن تكون المصادقة على محضر اتفاق الطرفين بموجب أمر بل تكون بموجب حكم فاصل في دعوى الطلاق الأصلية والتي أعيدت للسير فيها.

هذا ولم يوضح المشرع الجزائري ، كيفية استماع الحكَمين للزوجين، كما هو الشأن في استماع القاضي لهما أثناء الصلح[2] إذ يستمع إلى كل زوجين على انفراد ثم معا طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 440 من ق إ م إ ، ومثل ما أقره الفقه الإسلامي فيقول القرطبي: يقال : أن الحَكَم من أهل الزوج، يخلو به ويقول له: أخبرني بما في نفسك، أتهواها أم لا ، حتَّى أعلم مُرادك ، فإن قال: لا حاجة لي فيها، خذ لي منها ما استطعت، وفرق بيني وبينها، فيعرف أنَّ من قبله النشوز، وإن قال : إنّي أهواها فارضها من مالي بما شئت، ولا تفرّق بيني وبينها، فيُعلم أنه ليس بناشز

ويخلو الحكم من أهل المرأة بها ويقول لها: أتَهْوَيْنَ زوجك أم لا؟ فإن قالت : فرّق بيني وبينه، واعطه من مالي ما أراد، فيُعلم أن النشوز من قبَلها، وإن قالت: لا تفرق بيننا، ولكن حثَّه على أن يزيد من نفقتي ويُحسن إليَّ، عُلم أن النشوز ليس من قبَلها[3].

فإذا ظهر لهما الذي كان النشوز من قبَله، يقبلان عليه بالعظة والزجر والنهي [4] ، فذلك قوله تعالى:

﴿فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾

03 . في حالة ظهور أية إشكالات تعترض الحكمين في تنفيذ مهمّتهما، يطلع الحكمين بذلك طبقا لما توجبه المادة 447 من ق إ م إ ، حتى يتخذ القاضي ما يراه مناسبا من التدابير والإجراءات، ومن ذلك غياب أحد الزوجين أو كليهما عن جلسة الصلح أو امتناعهما عن الحضور.

04 . يعتبر محضر الصلح المحرر من الحكَمين نافذا، بدليل أن القاضي يصادق على محضر الصلح بموجب أمر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن[5] كما نصت عليه المادة 448 من ق إ م إ.

05 . إذا تبين للقاضي صعوبة تنفيذ المهمّة على الحكمين، جاز له إنهاء مهامهما تلقائيا، وتتم إعادة السير في الدعوى طبقا لما تنص عليه المادة 449 من ق إ م إ.

---

[1] . عبد المنعم نعيمي . مدى استفادة قاضي شؤون الاسرة الجزائري من الكيفية الشرعية لإجراء الصلح بين الزوجين المنصوص عليها في الفقه الإسلامي المقارن . مداخلة للمشاركة بها في اليوم الدراسي الموسوم بعنوان " الشغور القانوني في المادة الإجرائية ، إجراءات قسم شؤون الأسرة نموذجا" يوم 2019/10/17 .كلية الحقوق بجامعة الجزائر 01 .

[2] . عبد المنعم نعيمي ، مرجع سابق.

[3] . القرطبي . مرجع سابق ، ص 291.

[4] - المرجع نفسه.

[5] - عبد المنعم نعيمي . مرجع سابق.

وختاما لهذا المطلب يمكن أن نخلص إلى أن تخويل القاضي تعيين الحكمين من غير جدوى لعدم جدية النص عليه دون تحديد لإجراءات صريحة في التعيين فضلا عن بيان شروط الانتقاء وطرقه وغيرها من المهام والإجراءات لا سيما وأن إعمال الإجراءات العامة للتحكيم لا تتطابق والتحكيم في مجال الطلاق ، بالإضافة إلى أن أحكام قانون الأسرة المحال عليها شبه منعدمة.

وعليه وجب على المشرع التدخل لتحديد إجراءات التحكيم الأسري بنصوص قانونية إضافية مع اقتراح إنشاء مكاتب خاصة تسمى مكاتب التحكيم و الصلح ، يتجه إليها الزوجان قبل القضاء لتنظر في قضايا النزاع والشقاق بحيث لا يعرض ملف الطلاق على المحكمة إلا بعد المرور عليها ويعتبر ذلك قيدا على رفع دعوى الطلاق.

المبحث الثاني: المعوّقات التي تثيرها مسألة الطعن في أحكام الطلاق.

قرر المشرع طرق الطعن في الحكم القضائي تطبيقا لمبدأ التقاضي على درجتين وفصل أحكامها العامة في المواد من 313 إلى 397 من ق إ م إ [1] ، وبما أن موضوع دراستنا ينصب حول تطبيق هذه الإجراءات على أحكام الطلاق ، و قانون الإجراءات المدنية والإدارية قسم طرق الطعن في المادة 313 منه إلى طرق طعن عادية وأخرى غير عادية فإنه كان لزاما علينا أن نتطرق إلى الطعن في أحكام الطلاق بطرق الطعن العادية في المطلب الأول ثم الطعن في أحكام الطلاق بطرق الطعن غير العادية في المطلب الثاني بغية إبراز أهم الإشكاليات ومعوّقات العمل القضائي في تطبيقها.

المطلب الأول: الطعن في أحكام الطلاق بالطرق العادية.

تنص المادة 313 من ق إ م إ في فقرتها الأولى على أن : "طرق الطعن العادية هي الاستئناف والمعارضة"، وبناء على ذلك نتطرق إلى المعارضة في الأحكام الفاصلة بالطلاق في الفرع الأول، ثم إلى استئنافها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطعن بالمعارضة في الأحكام الفاصلة بالطلاق.

المعارضة هي طريق من طرق الطعن في الأحكام الغيابية،إذ يجوز لكل من صدر حكم في غيبته أن يتقدم إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار لكي تسمع دفاعه وتراجع الحكم المذكور حسب مقتضيات المادة 327 من ق إ م إ التي تنص على أنه " تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي..."، ومقتضيات المادة 328 من نفس القانون التي تنص على أنه : " يكون الحكم أو القرار الغيابي قابلا للمعارضة أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" ، وذلك خلال أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم الغيابي، إذ ليس من العدل أن لا يُسمع دفاع شخص في خصومة مرفوعة عليه، لجواز أن يكون ذا عذر في التأخير عن الحضور[2]، وتعد تجسيدا لمبدأ الوجاهة الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية لكونها حق للطرف الغائب في حضور الجلسة وتقديم الطلبات والدفوع[3].

---

[1]- القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008 ، من ص27 إلى ص 33.

[2]. يعقوبي عبد الرزاق . الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء اجتهادات الجهة القضائية العليا . شرح الكتاب الأول : الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية . دار هومة . 2018 . ص301.

[3]. المرجع نفسه.

فالأصل أن كل الأحكام والقرارات القضائية الغيابية سواء كانت ابتدائية أو ابتدائية نهائية قابلة للطعن فيها بالمعارضة، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، والتشريع الأسري بشقيه الموضوعي أو الإجرائي لم يتضمن أي نص خاص يتعلق بالطعن بالمعارضة في الحكم القاضي بالطلاق.

فإذا رفع الزوج دعوى الطلاق، وقام بتبليغ زوجته وهي ببيت أهلها تبليغا صحيحا [1]كأن يستلم والدها أو أحد أقاربها محضر التكليف بالحضور للجلسة، ثم تتخلف الزوجة عن حضور كل الجلسات بما في ذلك جلسات الصلح ، فإن القاضي يصدر حكمه بالطلاق بين الزوجين بناء على إرادة الزوج المنفردة وطلبه، ويكون هذا الحكم غيابيا بالنسبة للمدعى عليها طبقا لما تنص عليه المادة 292 من ق إ م إ ، فهل لها الحق في الطعن فيه بالمعارضة تطبيقا للقاعدة العامة وهي جواز المعارضة ما لم يوجد نص مقيد ؟ وما مصير هذا الطعن؟

إن مجرد قيد المعارضة من قبل الخصم الذي صدر الحكم في غيبته ، يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون، ويصبح الحكم المعارض كأن لم يكن ما لم يكن مشمولا بالنفاذ المعجل [2]طبقا لما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 327 من ق إ م إ، وبناء على ذلك فإنه وبمجرد تسجيل المدعى عليها معارضة في الحكم الغيابي في حقها والقاضي بالطلاق بينها وبين زوجها يصبح هذا الحكم منعدما، ويقوم الإشكال بالنسبة للفصل في معارضة الزوجة، هذا الإشكال يُعد من أهم المعوقات التي يواجهها قاضي شؤون الأسرة.

فحكم الطلاق تترتب عليه أثار من بينها النفقة والعدة والميراث والنسب، والحضانة [3]، وإذا اعتبر القاضي أن الحكم المعارض فيه مُلغى بمجرد تسجيل المعارضة فيه تصبح العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين ، ويتصدى من جديد لطلب الزوج الرامي للطلاق فإن كل آثار الطلاق تتأثر بهذا الإعتبار على أساس أنه سبق وأن صدر حكم بالطلاق والذي اعتبره المشرع طلاقا بائنا بموجب المادة 50 من ق أ ج، وأصبحت المرأة المطلقة أجنبية عمن طلّقها، وبالتالي يصبح التصدي للدعوى من جديد فيه مخالفة صريحة لأحكام الفقه الإسلامي سواء تمسك المدعي بطلب الطلاق أو تراجع عنه.

أما إذا اعتبر أن الطلاق حق إرادي للزوج لا يحتاج فيه إلى رأي الزوجة ، فإنه يحكم بعدم قبول المعارضة شكلا ، ويكون بذلك قد خالف القانون صراحة بحرمان الزوجة من ممارسة حقها في المعارضة.

الفرع الثاني: الطعن بالإستئناف في أحكام الطلاق.

الطعن بالاستئناف هو إعادة طرح النزاع من جديد أماما لدرجة الثانية وذلك لمراجعة أو إلغاء الحكم الصادر عن المحكمة طبقا لما تنص عليه المادة 332 من ق إ م إ ، والقاعدة الواردة في المادة 333 من نفس

---

[1] - يعد التبليغ صحيحا إذا تم في موطن المراد تبليغه الأصلي إلى أحد أفراد عائلته المقيمين معه أو في موطنه المختار طبقا لما تنص عليه المادة 410 من ق إ م إ.

[2]. الأحكام الواجبة التنفيذ بقوة القانون أو حالة الأمر بالنفاذ المعجل رغم المعارضة والإستئناف إذا ما توافرت مقتضيات المادة 323 من ق إ م إ.

[3] . عمرو خليل . الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق . مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية . كلية الحقوق . جامعة سعد دحلب بالبليدة . ص 207.

القانون مفادها أن الأحكام في جميع المواد قابلة للإستئناف عندما تفصل في موضوع النزاع أو في دفع شكلي أو في دفع بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر ينهي الخصومة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك كما فعل بشأن الأحكام الفاصلة في الدعاوى التي لا تتجاوز فيها قيمة الطلبات 200.000 دج[1]، وعليه سنبين ما إذا كانت أحكام الطلاق تخضع للقاعدة العامة أو الإستثناء الوارد عليها أولا ثم التطرق إلى تفويت حق الزوج في استئناف الجوانب المادية للطلاق بسبب جزئية تم الأمر فيها بإجراء من إجراءات التحقيق ثانيا.

أولا . المعوّقات التي يثيرها الطعن بالاستئناف في أحكام الطلاق:

نص المشرع في المادة 57 من ق أ ج على أن الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية وذلك على خلاف القاعدة العامة التي تجعل الأحكام جميعها قابلة للأستئناف ، وحسنا فعل المشرع لأن عرض النزاع الصادر بشأنه حكم الطلاق على الدرجة الثانية والفصل فيه من حيث الوقائع والقانون من جديد سيؤدي إلى آثار مخالفة للفقه الإسلامي ، وهنا نقول أن هذا النص الإجرائي[2] بالنسبة للاستئناف بالفعل قد خدم الموضوع،وكان على المشرع أن يقضي في المعارضة بمثل هذا النص[3].

إلا أن نص المادة المذكورة يشوبه بعض الغموض إذ يُفهم أنه جاء عاما لجميع الأحكام القضائية الصادرة بمناسبة دعاوى الطلاق والتطليق والخلع سواء بالاستجابة للطلب أو رفضه[4]، وفي هذا الفهم حرمان المدعي الذي رفضت دعواه من حق الاستئناف ، كما يمكن فهم النص على أساس أنه يتعلق بالأحكام التي تتضمن الاستجابة لطلب المدعي والفاصلة بفك الرابطة الزوجية فقط وذلك من خلال عبارة " فيما عدا جوانبها المادية " والجوانب المادية عادة لا تكون إلا بعد الحكم بالطلاق، وهذا الرأي الأخير هو ما ذهب إليه اجتهاد المحكمة العليا في عدة قرارا صادرة عنها ويتبين من خلالها جواز استئناف الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع إذا لم تتضمن الحكم بفك الرابطة الزوجية[5]،لذلك يستحسن تعديل نص المادة بأن الأحكام المقصودة هي أحكام الطلاق والتطليق والخلع بدلا من الأحكام الصادرة في هذه الدعاوى.

---

[1] . المادة 33 ق إ م إ تنص على أنه :" تفصل المحكمة بحكم في أو ل وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار 200.000 دج.

[2] . المادة 57 التي تضمنها قانون الأسرة باعتباره قانون موضوعي هي في حقيقة الأمر مادة إجرائية كونها تنص على عدم قابلية احكام الطلاق للطعن فيها بالاستئناف.

[3] . عمرو خليل . مرجع سابق . ص 207.

[4] . أنظر : نجيمي جمال . مرجع سابق . ص 161.

[5] . أنظر قرارات المحكمة العليا التالية:

. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/10/11 رقم 365244 . المجلة القضائية 2007 . العدد 1 . ص 467.

. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 رقم 372130 . المجلة القضائية 2007 . العدد 2 . ص 463.

. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2010/10/14 رقم 581222 . المجلة القضائية 2011 . العدد 1 . ص 248.

ولكن السؤال المطروح: هل الأحكام الفاصلة بإثبات الطلاق العرفي تصدر أيضا في أول وآخر درجة غير قابلة للاستئناف أم أنها تصدر في أول درجة تقبل الطعن فيها بالاستئناف؟

لم يتطرق المشرع الجزائري لذلك مطلقا مادام وأن قانون الأسرة لم ينص أصلا على إثبات الطلاق العرفي. هذا الشغور القانوني سواء من الناحية الموضوعية أو حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية أدى عمليا إلى عدم توحيد العمل القضائي فيما يتعلق بهذه المسألة ، فهناك من يرى أن إثبات الطلاق العرفي يعني إثبات واقعة مادية ، ولذلك يكون الفصل في الدعوى في أول درجة لما في ذلك من تقدير للأدلة لا سيما شهادة الشهود ، وحتى لا يحرم طرفي الخصومة من مبدأ التقاضي على درجتين[1].

وهناك من يرى أنه وبمجرد التحقق من واقعة التلفظ بالطلاق بطرق الإثبات المقررة قانونا لا سيما شهادة الشهود فإن الطلاق قد وقع، وبما أن القانون نص على حرمان الزوجة التي طلقها الزج عن طريق المحكمة من حق الاستئناف فإنه الزوجة المطلقة طلاقا عرفيا وتم إثباته بحكم قضائي تحرم أيضا من هذا الحق لأن العبرة في عدم جواز الاستئناف هو الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين ، وبالتالي وإعمالا للمادة 57 ق أ ج يجب أن يصدر الحكم الفاصل بإثبات الطلاق العرفي ابتدائيا نهائيا فيما يتعلق بانحلال الرابطة الزوجية[2].

ولذلك وجب على المشرع التدخل لتفادي الشغور القانوني بخصوص هذه المسألة والفصل فيها وذلك بالنص أولا على الطلاق العرفي وإجراءاته ثم إلى وصف الحكم الفاصل في دعوى إثباته.

ثانيا : تفويت حق الزوج في استئناف الجوانب المادية والحضانة لحكم الطلاق

الحكم بالطلاق قد يشتمل في جوانبه المادية على إجراء تحقيق يكون لازال قائما لم تعقد بشأنه جلسة ، ومثال ذلك إجراء تحقيق بين الطرفين حول متاع البيت[3]، هذا الحكم مادام لم يكتمل فيه هذا الإجراء فإنه لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف طبقا للمادة 334 من ق إ م إ التي تنص على أن : " الأحكام الفاصلة في جزء من موضوع النزاع أو التي تأمر بالقيام بإجراء من إجراءات التحقيق أو تدبير مؤقت، لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في أصل الدعوى برمّتها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

ويحدث أن تقوم الزوجة بتبليغ هذا الحكم للزوج أمام عدم وجود ما يمنعها من ذلك ويبدأ حساب أجل الاستئناف ، فإذا قام الزوج باستئنافه يتم الفصل بعدم قبول الاستئناف شكلا لعدم قابلية هذا الحكم للاستئناف إلا مع الحكم القطعي، إذ لا يمكنه الاستئناف إلا بعد القيام بالإجراء المأمور به، وإذا لم يقم

---

[1]. أنظر الملحق 4 (الحكم الصادر تحت رقم فهرس 14/1701) .

[2] . أنظر الملحق رقم 5 (الحكم الصادر تحت رقم فهرس 13/4248.) والملحق رقم 03 السابق ذكره.

[3] . نعوم مراد . مقال بعنوان " من معوّقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري" . الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية . قسم العلوم الإقتصادية والقانونية . العدد 10 . جوان 2013 . ص 126.

باستئنافه منتظرا إلى أن يتم القيام بإجراء التحقيق المأمور به تكون المدة القانونية للطعن بالاستئناف قد انقضت، وبالتالي تفوّت على الزوج فرصة الاستئناف وتحقيق مبدأ التقاضي على درجتين

لذا يجب على المشرع أن يمنع بنص خاص أو ضمن نفس النص القانوني تبليغ الأحكام التي تتضمن في جزء منها إجراء من إجراءات التحقيق إلى غاية الفصل في هذا الجزء بحكم قطعي كأن تصاغ المادة 334 من ق إ م إ على النحو التالي "... لا تقبل الاستئناف إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى برمتها، مع عدم قابلية هذا الحكم للتبليغ إلا بعد الفصل في الأجزاء المتعلقة به "[1]

المطلب الثاني: المعوقات التي تثيرها مسألة الطعن في أحكام الطلاق بالطرق غير العادية

طرق الطعن غير العادية هي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض طبقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 313 من ق إ م إ ، وبناء على ذلك نتطرق إلى الطعن بالنقض في أحكام الطلاق وهو الأكثر إثارة للإشكاليات العملية في الفرع الأول ثم إلى الطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام الطلاق في الفرع الثاني ، ثم إلى الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الفرع الثالث.

الفرع الأول : بالنسبة للطعن بالنقض في أحكام الطلاق.

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي[2] يكون في الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة الفاصلة في موضوع النزاع أو التي تنهي الخصومة بالفصل في أحد الدفوع الشكلية أو بعدم القبول أو أي دفع عارض آخر طبقا لما تنص عليه المادتين 349 ، 350 من ق إ م إ ، وهو لا يقصد به إعادة طرح النزاع من جديد وإنما يقتصر دور المحكمة العليا على تقرير المبادئ القانونية السليمة في النزاع المعروض أمامها ودون أن تفصل فيه فهي إما أن ترفض الطعن وإما أن تقبل الطعن وتنقض الحكم محل الطعن بالنقض وتعيد القضية والأطراف للفصل فيها من جديد.

وبناء على الأثر غير الموقف للتنفيذ للطعن بالنقض الذي أقرّه قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك من خلال المادتين 348 ، 361 مرهـ ، بالإضافة إلى تأكيده من خلال المادة 452 من ق إ م إ التي نصت على أنه : "لا يوقف الطعن بالنقض أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 ، 451 أعلاه" ويقصد بذلك الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والتطليق والخلع، فإن الطعن بالنقض في الحكم الفاصل بالطلاق يثير عدة إشكالات في حالة قبوله ونقض الحكم المطعون فيه لأنه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق وفقا للقواعد العامة فتهتز المراكز القانونية التي ترتبت عن الطلاق [3] منها العدة ، والميراث في حالة وفاة أحد الزوجين ، والنفقة.

---

[1]- نعوم مراد ، مرجع سابق ، ص 126.

[2]- المادة 313 /2 من ق إ م إ

[3]- عمرو خليل . مرجع سابق . ص 208.

أولا . مسألة العدة:

من المقرر قانونا أن الحكم بالطلاق هو طلاق بائن طبقا لما تنص عليه المادة 50 من ق أ ج ، وبالتالي بعد صدوره تصبح المرأة أجنبية عن الرجل لانتهاء عدتها، فإذا تم الفصل في الطعن بالنقض في الحكم الفاصل بالطلاق بينهما والتصدي له بالنقض ثم يقوم الطرف الطاعن بإعادة السير في الدعوى بعد النقض يجد القاضي نفسه أمام أكبر معوّق للفصل فيها إذ أنه من جهة المرأة بانت من زوجها والأغلب أنها تزوجت بزوج ثان وأنجبت منه ، ومن جهة أخرى حكم الطلاق تم نقضه وإبطاله وبالتالي العلاقة الزوجية بينها وبين زوجها الأول لازالت قائمة ، فما هو الحل القضائي في هذه الحالة هل يناقش الطلب الرامي لفك الرابطة الزوجية من جديد فتخاصم المرأة مطلّقها على أساس أنه زوجها وهي متزوجة بزوج ثان؟، مع العلم أن زواجها الثاني صحيح سواء من الناحية الشرعية أو القانونية ، ويكون القاضي أما عقدي زواج قائمين لامرأة واحدة ، أحدهما صحيح من الناحيتين القانونية والشرعية وهو الزواج الثاني ، والآخر صحيح من الناحية القانونية، منحل وغير قائم من الناحية الشرعية وهو الزواج الأول.

ثانيا . مسألة الميراث:

من المعلوم أنه إذا وقع الطلاق بين الزوجين وانتهت عدة المرأة فإن الطلاق يصبح بائنا و لا توارث بين الزوجين من الناحية الشرعية ، وأن الحكم الفاصل بالطلاق بائنا، فإذا تم الفصل في الطعن بالنقض في الحكم الفاصل بالطلاق بينهما والتصدي له بالنقض يصبح حكم الطلاق منعدما وبالتبعية العلاقة الزوجية بين الطرفين قائمة ، فلو حدث وأن توفّيَ أحد الزوجين أثناء ممارسة حق الطعن بالنقض أو بعد صدور قرار المحكمة العليا فإنه الزوج الآخر لا يرث من الناحية الشرعية في حين يتكرس حقه في الميراث من الناحية القانونية ، ويضطر قاضي شؤون الأسرة إلى توريثه على أساس أنه لا زال زوجا، والزواج سبب من أسباب الميراث ، وفي حكمه هذا مخالفة لأحكام الميراث المقررة شرعا.

ثالثا . مسألة النفقة :

مادام أنه في حالة قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه فإن الطرفين يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الحكم بالطلاق فإن الزوجة توجب لها النفقة استنادا إلى أن قيام الزوجية قانونا باق،والزوجة لها النفقة بموجب عقد الزواج حتى ولو دامت مدة الطعن سنوات[1] طبقا لما توجبه المادة 74 من ق أ ج ، في حين يمكن أن تكون المرأة قد تزوجت بشخص آخر ونفقتها واجبة عليه خلال هذه الفترة ، كما أن النفقة وجدت على أساس القرار في البيت، وهنا المرآة لم تكن في خدمة زوجها حتى تجب لها النفقة.

---

1. عمرو خليل . مرجع سابق . ص 210.

الفرع الثاني: بالنسبة للطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام الطلاق.

إن الطعن بالتماس إعادة النظر يهدف إلى مراجعة الحكم الفاصل في الموضوع ، والحائز لقوة الشيء المقضي به، وذلك للفصل في من جديد من حيث الوقائع والقانون حسب ما تنص عليه المادة 390 من ق إ م إ ، وذلك للأسباب الواردة في المادة 391 من نفس القانون ، وهما :

. إذا بُني الحكم على شهادة شهود أو على وثائق أُعترف بتزويرها، أو ثبت تزويرها بعد صدور الحكم.

. إذا اكتشفت بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم.

والتماس إعادة النظر يجب أن يكون خلال ميعاد شهرين تبدأ من تاريخ ثبوت تزوير شهادة الشاهد أو ثبوت التزوير أو تاريخ اكتشاف الوثيقة المحتجزة وفقا لنص المادة 393 منق إ م إ.

وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ينص على عدم قابلية أحكام الطلاق للطعن فيها بطرق الطعن الطعن غير العادية بصفة عامة ، وبالتالي وتطبيقا للقاعدة العامة فهي تقبل الطعن بالتماس إعادة النظر مادام الحكم نهائيا في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية ، كما لم ينص على أثر الطعن بالتماس إعادة النظر ما إذا كان يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه أم لا ، كما فعل بالنسبة للطعن بالنقض، إلا أنه و عمليا لم نقف ولو على حالة واحدة تتمثل في الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم الفاصل بالطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة ، ولا يمكن تصور وقوعها باعتبار أن الحكم بالطلاق كان نتيجة استعمال الزوج لحقه المقرر له شرعا وقانونا ، كما أن التماس إعادة النظر لا يكون إلا ممن كان طرفا في الحكم ، وطرفي الحكم القاضي بالطلاق هما الزوج والزوجة ، كما أنه وفي حالة توافر أسباب الطعن بالتماس إعادة النظر فقد يؤثر ذلك على الجوانب المادية فقط.

وعلى فرض أنه تم الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم القاضي بالطلاق فإن الآثار المترتبة عن ذلك في حالة قبول الالتماس هي نفسها التي تكلمنا عنها في الطعن بالنقض

وعلى خلاف ذلك يمكن تصور الطعن بالتماس إعادة النظر في الحكم القاضي بإثبات الطلاق العرفي لأن القاضي يحقق في واقعة الطلاق ويعتمد على شهادة الشهود و مستندات الخصوم.

الفرع الثالث . بالنسبة للطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة في أحكام الطلاق

تنص المادة 381 من ق إ م إ على أن : "يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفا ولا ممثلا في الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة" ويتبين من ذلك أن هذا الطريق من طرق الطعن مقرر للغير الذي له مصلحة ، ولا يمكن ممارسته من أطراف الخصومة ، ويهدف أيضا إلى مراجعة أو إلغاء الحكم المطعون فيه والذي فصل في أصل النزاع ، ويتم الفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون حسب ما تنص عليه المادة 380 من نفس القانون.

والدعوى التي يرفعها الزوج للمطالبة بالطلاق أطرافها هم الزوج والزوجة وممثل النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في المنازعات الأسرية[1] ، ولا يمكن توقع أن يكون الحكم الفاصل فيها بالطلاق محلا للطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة لعدم وجود من له مصلحة في ذلك ، ولأن الحكم بالطلاق يقوم على أساس العصمة الزوجية.

غير أنه يمكن أن نتصور ممارسة الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة في الحكم الفاصل بإثبات الطلاق العرفي لأنه غالبا ما يتم صدور الحكم بإثبات الطلاق العرفي بعد وفاة أحد الزوجين ، فيكون للورثة (الغير) مصلحة في ممارسة هذا الطعن تحقق إذا ما نتج عن إثبات الطلاق العرفي مساس بحقوقهم الميراثية .

وإذا تم في هذه الحالة قبول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فإنه قانونا تبقى العلاقة الزوجية قائمة بين المثبت طلاقهما، وتترتب نفس الآثار التي سبق وأن اشرنا إليها فيما يتعلق بالطعن بالنقض لا سيما ما تعلق منها بالميراث.

ونظرا للمعوّقات التي تثيرها طرق الطعن في أحكام الطلاق سواء العادية منها أو غير العادية، وخطورة الأمر على الأسرة ،ينبغي على المشرع أولا إلغاء نص المادة 57 من قانون الأسرة لأنه نص إجرائي وليس نص موضوعي ، وثانيا إضافة نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يندرج ضمن القواعد العامة لطرق الطعن في الباب التاسع تحت عنوان في طرق الطعن يتضمن أن الأحكام الفاصلة بالطلاق غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن انسجاما مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

[1]- المادة 03 مكرر من ق أ ج تنص على أن : " تعد النيابة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون"

الخـــــاتمة

وختاما نصل في دراستنا المتعلقة بمعوقات الممارسة القضائية في التشريع الأسري (الطلاق نموذجا) تم التوصل إلى عدة معوقات تطرحها النصوص القانونية سواء في شقها الموضوعي أو الإجرائي ويجد القاضي نفسه أثناء الممارسة القضائية مضطرا لعدم العمل بها أو مضطرا لمخالفة الشريعة الإسلامية وعرف وعادات المنطقة، وتم استخلاص النتائج التالية:

1 ـ عدم إشارة المشرع إلى إثبات أو تثبيت الطلاق العرفي سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على الرغم من أن الاجتهاد القضائي كرسه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا.

2 ـ عدم اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي بجعل الطلاق الذي يتم بحكم قضائي طلاقا بائنا من خلال المادة 50 من ق أ ج ، وعدم اعترافه بتلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء من خلال نص المادة 49 من نفس القانون ، وهو ما أثار إشكالية إثبات الطلاق العرفي ، وأدى إلى تضارب واختلاف في الحلول القضائية لهذه الإشكالية.

3ـ عدم وضوح نص المادة 51 من ق أ ج التي تبين موقف المشرع الجزائري من الطلاق البائن بينونة كبرى، ويُفهم أنه يعتبر اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة لأنه نص على أن الطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي يقع ثلاث مرات متتالية، والطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي, ولا يثبت إلا من خلاله.

4 ـ جهة الاستئناف ملزمة بإجراء محاولة الصلح متى تم الفصل برفض دعوى طالب الطلاق أو الفصل بعدم قبول الدعوى لسبب من الأسباب أو بعدم الاختصاص مثلا على مستوى الدرجة الأولى على أن يكون في المدة المحددة قانونا.

5 ـ الاجتهاد القضائي في مسألة اشتراط حضور طالب الطلاق شخصيا لجلسة الصلح تحت طائلة رفض دعواه مخالف لنص المادتين 441 ، 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بالإضافة، بالإضافة إلى أن وجوبية إجراء الصلح المنصوص عليها في المادة 439 من ق إ م إ تتعلق بالقاضي وهي ملزمة له وليست ملزمة لطرفي الدعوى.

6 ـ لم يجسد المشرع ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا بشأن منع الوكالة في إجراءات الصلح بنص قانوني يتم بموجبه منع الوكالة في حضور جلسة الصلح في منازعات الطلاق.

7 ـ لم يعرف المشرع الجزائري الشقاق في المادتين 53 ، 56 من ق أ ج ، ولم يبين معيار الاستمرارية والشدة فيه

8 ـ اشترط المشرع لإجراء التحكيم في منازعات الطلاق عدم ثبوت الضرر ، إلا أنه لا يتماشى مع ما أقره الفقه الإسلامي من أن الشرط هو عدم معرفة أي من الزوجين الظالم والمتسبب في الشقاق.

9 . سكت المشرع عن الحل في حال تعذر تعيين الحكَمين من أهالي الزوجين فإن قاضي شؤون الأسرة يمكنه أن يعينهما من غيرهما عملا بأحكام الفقه الإسلامي،وهنا يطرح التساؤل حول هدف المشرع من استثناء المنازعات الأسرية بما فيها منازعات الطلاق من نظام الوساطة القضائية بموجب المادة 994 من ق إ م إ.

10 . تناقض المشرع حول مدى إلزامية اللجوء إلى إجراء التحكيم بين النص الإجرائي الواجب تطبيقه في إجراءات تعيين الحكمين والمتمثل في المادة 446 من ق إ م إ وبين النص الموضوعي المحَال عليه المتمثل في المادة 56 من ق أ ج.

11 لم يحدد المشرع لنظام التحكيم الأسري إجراءات صريحة في التعيين وبيان شروط الإنتقاء وطرقه وغيرها من المهام والإجراءات، بالإضافة إلى أن أحكام قانون الأسرة المحال عليها شبه منعدمة.

12 . نص المادة 57 من ق أ ج على أن الأحكام الفاصلة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ، إلا أن المقصود بذلك هي الأحكام الفاصلة بالطلاق والتطليق والخلع وليست كل الأحكام الفاصلة في دعاوى المطالبة بها ، ذلك أن الأحكام الفاصلة بمنطوق أخر غير الطلاق تقبل الاستئناف.

13 . وبمفهوم المخالفة للمادة 57 من ق أ ج فإن أحكام الطلاق تقبل الطعن فيها بالمعارضة ، وبما أنه وبمجرد المعارضة فيه يعتبر الحكم كأن لم يكن ، فإن العلاقة الزوجية تكون لازالت قائمة في حين أن بعض الآثار والمراكز القانونية قد ترتبت على الطلاق ويستحيل إعادتها إلى ما كانت عليه.

14 . إذا ما تضمن الحكم الفاصل بالطلاق مع تبعاته التحقيق في جزئية فإنه لا يمكن استئنافه إلا مع الحكم الفاصل في الدعوى برمّتها، وإذا ما لجأت الزوجة إلى تبليغ الزوج به فإنها تفوت عليه بذلك فرصة الطعن بالاستئناف في الجوانب المادية التي تضمنها.

16 . مادام المشرع الجزائري لم ينص أصلا على إثبات الطلاق العرفي واعتمده في اجتهاد المحكمة العليا فقط فإن ذلك يؤدي إلى عدم معرفة قابلية أو عدم قابليته للطعن فيه للطعن فيه بالاستئناف، حدة 57 من ق أ ج من عدم تطبيقه.

17 . طرق الطعن غير العادية كلها لها أثر غير موقف للتنفيذ، ويمكن للزوجة أن تتزوج ثانية ، ومن جهة أخرى في حالة قبول الطعن لا سيما الطعن بالنقض ، يتم نقض الحكم وإحالة الملف للفصل فيه من جديد ، وبالتالي يعاد الزوجين إلى علاقتهما الزوجية والفصل في طلب المدعي من جديد ، وفي ذلك مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية ، وضرب للمراكز القانونية والآثار المترتبة على الطلاق، إذ يجد القاضي نفسه محصورا بين أمرين ، إما أن يفصل في الدعوى ، ويجري الصلح بين مطلقين وهو بذلك يخالف النصوص الشرعية، وإما أن لا يفعل ذلك ، في حين أنه ملزم بالامتثال لقرار المحكمة العليا في ذات القضية.

وعليه ومما سبق أقترح ما يلي:

أولا . حل تشريعي يتمثل في :

01 ـ لزوم ربط محاولات الصلح التي يجريها القاضي بالعدة الشرعية لا بالمدة الزمنية، وبذلك يتحقق الانسجام بين النصوص القانونية والأحكام الشرعية فيتم تعديل المادة 49 من ق أ ج ليكون نصها كالتالي:" **" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي خلال فترة العدة الشرعية**" ، وتعديل المادة 50 من نفس القانون بجعل نصها كالتالي: " **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ما لم تنته العدة الشرعية، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد إذا انتهت العدة الشرعية**".

02 ـ ضرورة أن يخص المشرع إثبات الطلاق العرفي بنص خاص على غرار النص على إثبات الزواج الشرعي، وتحديد إجراءاته ، نظرا للتضارب في الحلول القضائية بين ضرورة إثباته ، وبين عدم إثباته ، وتضاربها أيضا فيما يتعلق بوصف الحكم الصادر فيه ما إن كان نهائيا لا يقبل الاستئناف أو يصدر ابتدائيا يقبل الطعن فيه بالاستئناف.

03 ـ إضافة فقرة ثانية للمادة 51 من ق أ ج على النحو التالي: "**ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة**".

04 ـ تعديل نص المادة 439 من ق إ م إ بأن تصبح صياغتها كالتالي :" **محاولات الصلح وجوبية، وتتم بحضور الزوجين شخصيا، وتتم في جلسة سرية**"، وذلك تجسيدا لما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا بشأن منع الوكالة في إجراءات الصلح.

05 ـ ينبغي عليه التدخل بتعريف الشقاق الوارد في المادة 53 منه ق أ ج كسبب من أسباب التطليق وشروطه حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بين الشقاق المستمر، وشدة الشقاق الوارد ذكرها في المادة 56 من نفس القانون، بالإضافة إلى تعريف الشقاق المشترط للجوء القاضي للتحكيم ، وتبيان معيار شدته.

06 ـ تعديل المادة 56 من ق أ ج بأن تصبح صياغتها على الشكل التالي: " **إذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يتبين أي منهما المتسبب فيه** ..."

07 ـ عدم استثناء المنازعات الأسرية بما فيها منازعات الطلاق من نظام الوساطة القضائية بموجب المادة 994 من ق إ م إ ، إذ أنه وفي حالة تعيين القاضي لحكَمين من غير أهل الزوج وأهل الزوجة عملا بأحكام الفقه الإسلامي وتطبيقا للمادة 222 من ق أ ج ، يصبح نظام التحكيم شبيه تماما بنظام الوساطة ولا يختلف عنه سوى في مدة الإنجاز، أو يستحدث المشرع في القسم المتعلق بالإجراءات الخاصة بقسم شؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يسمى بنظام الوساطة الأسرية ويحدد له إجراءات تتلاءم وطبيعة النزاع باعتباره يتعلق بالأسرة وبما يستوجبه طابع هذا النزاع من سرية.

08 ـ على المشرع الفصل في مسألة وجوبية أو جوازية اللجوء إلى التحكيم الأسري ، وأقترح أن يستقر الأمر على جوازيته ، ذلك أنه وبالنظر لكل المعوّقات التي أثرناها بشأنه فقد يكون في بعض الأحيان مجرد إجراء يزيد في عمر النزاع بين الزوجين ولا يحقق الغرض الذي شرّع من أجله.

09 ـ إضافة نصوص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتعلق بالتحكيم الأسري فيحدد له إجراءات صريحة في التعيين وبيان شروط الانتقاء وطرقه وغيرها من المهام والإجراءات تفاديا للشغور القانوني في هذا الخصوص.

10 ـ إسناد مهمة إجراء الصلح والتحكيم بين الزوجين إلى أشخاص أكفاء واستحداث مكتب مخصص لذلك يتم اللجوء إليه قبل رفع الدعوى مع اعتبار محضر عدم الصلح قيدا على رفع الدعوى، ولخصوصية الأسرة ومحافظة على أسرارها نقترح محاكم خاصة بالأسرة مستقلة وبعيدة عن المحاكم العادية.

11 ـ إلغاء نص المادة 57 من ق أج لأنه نص إجرائي وليس نص موضوعي، وإضافة نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يندرج ضمن القواعد العامة لطرق الطعن يتضمن أن **الأحكام الفاصلة بالطلاق غير قابلة للطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن** انسجاما مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

ثانيا ـ حل قضائي لبعض النتائج المتوصل إليها فقط لأن بعضها الآخر يحتاج فيها القاضي نفسه إلى حل عن طريق التشريع ليتمكن من الفصل في النزاع المعروض أمامه، و يتمثل في ما يلي:

01 ـ إثبات الطلاق العرفي سواء الواقع قبل سنة 1984 أو بعدها ، نظرا للضرورة الاجتماعية الملحة وحفاظا على المراكز المكتسبة بعد الطلاق الذي تم وفقا لأحكام الفقه الإسلامي.

02 ـ في حالة ما إذا رفع الزوج دعوى يطلب فيها الطلاق ثم يصرح أثناء جلسة الصلح أنه تلفظ بالطلاق قبل أجل أدناه انقضاء فترة العدة ويتمسك بطلبه فحسب ما نراه مناسبا هو اعتماد حل قضائي ـ ريثما يتدخل المشرع بتعديل قانون الأسرة الجزائري ـ يتمثل في ضرورة تفعيل القاضي لدوره الإيجابي الذي تمنحه إياه المادة 29 ق إ م إ ويقوم **بإعادة تكييف الوقائع والتصرفات** محل النزاع التكييف القانوني الصحيح بأن يصبح موضوع الدعوى هو طلب إثبات طلاق عرفي بدلا من طلب الطلاق ، ثم يفصل في النزاع بعد إجراء التحقيق بسماع الشهود إن اقتضى الأمر ذلك ، أما إن تراجع عن طلبه وتمسك برجوع زوجته إلى بيت الزوجية فلا يبقى أمامه إلا إرشاد الطرفين وتوجيههما إلى ضرورة إبرام العقد الشرعي بالفاتحة طبقا للمادة 2/6 ق أ ج على اعتبار أن عقد الزواج المبرم بينهما على مستوى الحالة المدنية لا يزال قائما لعدم صدور حكم الطلاق.

03 ـ إن الحل القضائي الأسلم للتوفيق بين القانون و الشريعة الإسلامية من جهة، والاجتهاد القضائي من جهة أخرى في مسألة غياب طالب فك الرابطة الزوجية عن جلسة الصلح هو اعتبار الأمر بحضور الطرفين لجلسة الصلح هو أمر قضائي، وغياب المدعي عن حضور الجلسة يعد عدم قيام المدعي بالإجراء المأمور به قضاءا ، وبالتبعية الأمر بشطب القضية من الجدول طبقا لما تنص عليه المادة 216 من ق إ م إ.

وفي الأخير أتمنّى أنّي قد وُفّقت في تحقيق الهدف المرجو من اختيار موضوع الدراسة ولو بجزء يسير وإفادة كلية الحقوق به، كما أتمنّى أن تجد هذه الدراسة صداها لدى المختصين بسن القوانين لإزالة المعوّقات المطروحة، ويتماشى بذلك القاضي مع القانون ومع الشريعة الإسلامية، حماية للأسرة وحفاظا على استقرارها وتفاديا للثغرات القانونية.

قائمة المصادر والمراجع

ـ القران الكريم

أولا . النصوص القانونية:

1 ـ دستور 1996 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 16 . 01 المؤرخ في 06 مارس 2016 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

2 ـ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة ـ الجريدة الرسمية . العدد 24 المؤرخة في 12 يونيو 1984.

3 ـ القانون رقم 05 . 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدِّل والمتمم للأمر رقم75 . 78 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 2005، العدد 44، المؤرخة في 0 يونيو 2005، . ص23.

4 ـ القانون 09/08 مؤرّخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 32 أبريل 2008.

5 ـ الأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1416 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005 . الجريدة الرسمية . العدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 م المتضمن قانون الأسرة

6 ـ الأمر رقم 75 . 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر عام 1975 المتضمن القانون المدني ج ر 1975، عدد 78 ص 1017، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 . 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 31 سنة 2007.

ثانيا ـ الكتب :

1 ـ أحمد ذيب . قواعد الطلاق وضوابط الفراق (قواعد وضوابط مالكية مذيلة بالشرح والتدليل والتمثيل مع المقارنة بقانون الأسرة الجزائري) . دار هومة . 2015.

2 ـ أحمد نصر الجندي . شرح قانون الأسرة الجزائري . دار الكتب القانونية بمصر . سنة 2009 .

3 ـ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي . السنن الكبرى . تحقيق: محمد عبد القادر عطا . دار الكتب العلمية ببيروت ، الطبعة الثالثة ، 1424 هـ / 2003م .

4 ـ أبو حسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي . أدب القاضي . تحقيق : محي هلال السرحان ـ مطبعة العاني، بغداد . 1392 هـ / 1972 م.

5 ـ أبو داود سليمان بن الأشعب الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي وعبد اللطيف حرز الله ، دار الرسالة العالمية ، الجمهورية العربية السورية ، طبعة خاصة ، 1430هـ / 2009م .

6 . أبو داود سليمان بن الأشعب الأزدي السجستاني ، سنن أبي داود ، تحقيق : شعيب الأرنؤوط ومحمد كامل قره بللي و شادي محسن الشياب ، دار الرسالة العالمية، دمشق ، طبعة خاصة ، 1430هـ/2009م.

7 ـ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي . الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمّنه من السنّة وآي الفرقان . تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي . مؤسسة الرسالة . بيروت . الطبعة الأولى . سنة 1427 هـ / 2006 م.

8 ـ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري . الطبعة الأولى . دار ابن كثير . دمشق ، بيروت . سنة 1423 هـ / 2002 م .

9 ـ أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور . لسان العرب . دار صادر . بيروت ، دون سنة.

10 ـ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد . بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة السادسة ، 1402 هـ . 1982 م.

11 ـ البخاري ومسلم ، الجامع بين الصحيحين ، جمع وترتيب : صالح أحمد الشامي ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الثانية ، سنة 1432 هـ/2011 م.

12 ـ برهان الدين بن شمس الدين ابن فرحون . تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، دار عالم الكتب . الرياض ، طبعة خاصة ، 1423هـ/ 2003 .

13 ـ بلحاج العربي . قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966 . 2010 ـ ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الرابعة . 2012 .

14 ـ بلحاج العربي . الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري . الجزء الأول (الزواج والطلاق) . ديوان المطبوعات الجامعية . الطبعة الخامسة . 2007 .

15 ـ بن الشيخ آث ملوية لحسن ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة ، الجزائر، 2005.

16 ـ بن شويخ الرشيد . شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) . دار الخلدونية . الجزائر . الطبعة الأولى . 1429 هـ / 2008م .

17 ـ بن الصغير محفوظ . ، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05 . 02 ، دار الوعي، الرويبة (الجزائر)، 2012 .

18 ـ بن هبري عبد الحكيم . أحكام الصلح في شؤون الأسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري دار هومة . الجزائر . جوان 2018.

19 ـ جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي . نصب الراية لأحاديث الهداية . مع حاشيته النفيسة المهمة بغية الألمعي في تخريج الزيلعي ، تصحيح : محمد عوامة . دار القبلة للثقافة الإسلامية بجدة . مؤسسة الريان . المكتبة المكية.

20 ـ رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي . أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء (دراسة لقوانين الأحوال الشخصية في مصر ولبنان) . منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت . الطبعة الاولى . سنة 2007 .

21 ـ شمس الدين محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، اعتنى به محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، لبنان ، 1997.

22 ـ الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 2002 .

23 ـ عبد الرحمان الجزيري .كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ دار الكتب العلمية بيروت . الطبعة الثانية . 2003.

24 ـ عبد الرحمان الصابوني . مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الأحوال الشخصية العربية . تقديم : محمد ابو زهرة ومصطفى السباعي . دار الفكر . الطبعة الثانية . سنة 1968 .

25 ـ عبد الرزاق بن همام الصنعاني . المصنف ، المجلس العلمي ، المكتب الإسلامي، بيروت ، الطبعة الاولى . 1392 هـ/1972م.

26 ـ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي . الإختيار لتعليل المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت . 1975.

27 ـ قدري محمد محمود ، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية . الطبعة الأولى . دار الصميعي . السعودية . 1430 هـ/ 2009م.

28 ـ كريمة محروق، دور القاضي في حماية الاسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة ،ألفا للوثائق بقسنطينة (الجزائر)، الطبعة الأولى . 2019.

29 ـ محمد بن حسين بن علي الطوري القادري . تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق . الطبعة الأولى . دار الكتب العلمية بيروت . 1418 هـ / 1997م.

30 ـ محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذي ، الجامع الصغير، تحقيق وشرح أحمد محمد شاكر ، دار الكتاب العلمية لبنان ، دون سنة.

31 . محمد بن يزيد الربعي القزويني ، أبو عبد الله ابن ماجة . سنن ابن ماجة ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي . دار إحياء الكتب العربية ، دون سنة.

32 ـ محمد سكحال المجاجي . المهذب من الفقه المالكي وأدلته . دار الوعي بالجزائر ، ودار القلم بدمشق . الطبعة الأولى . 1431 هـ ، 2010م.

33 ـ محمد ناصر الدين الألباني . إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل . المكتب الإسلامي . الطبعة الأولى . 1399 هـ/1979 م.

34 ـ محمود بن محمد بن عرنوس ، تاريخ القضاء في الإسلام ، المطبعة المصرية الاهلية الحديثة .

35 ـ محي الدين بن شرف النووي . روضة الطالبين وعمدة المفتين . المكتب الإسلامي لصاحبه زهير الشاويش . الطبعة الثالثة . 1412 هـ/ 1991 م.

36 ـ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمدبن محمد بن قدامة . المغني . تحق : عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو ـ دار عالم الكتب بالرياض . الطبعة الثالثة، 1417 هـ / 1997 م.

37 ـ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي . الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل . دار الكتب العلمية بيروت . الطبعة الأولى . 1414 هـ . 1994 م.

38 ـ نبيل صقر . الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية . دار الهدى بالجزائر . 2008/2007 م .

39 ـ نجيمي جمال ، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والإجتهاد القضائي، دار هومة ، الجزائر ، 2016 .

40 ـ وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . الشامل للأدلة الشرعية والأراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية، الأحوال الشخصية . دار الفكر للطباعة ، دمشق . الطبعة الأولى . 1404 هـ / 1984م.

41 ـ يعقوبي عبد الرزاق . الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء اجتهادات الجهة القضائية العليا . شرح الكتاب الأول : الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية . دار هومة . 2018 .

ثالثا ـ الرسائل والمذكرات

01 ـ قسنطيني حدة . إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية . مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء . الدفعة الثانية عشر . سنة 2001 . 2004 .

02 ـ وائل طلال سكيك . التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة . رسالة ماجستير في القضاء الشرعي . كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة . سنة 2007.

رابعا ـ المقالات

01 ـ بوجمعة حمد . إثبات الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري . مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية . العدد العاشر . المجلد الثاني .

02 ـ جنادي نبيلة . ازدواجية الطلاق بإرادة الزوج بين الواقع أمام المحكمة وخارجها " مقاربة بين الشريعة الإسلامية وقانون الإسرة الجزائري " . مقال منشور بمجلة القانون الصادرة عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة بغليزان . المجلد السابع . العدد 2018/10 .

03 ـ عبد المنعم نعيمي . مدى استفادة قاضي شؤون الاسرة الجزائري من الكيفية الشرعية لإجراء الصلح بين الزوجين المنصوص عليها في الفقه الإسلامي المقارن . مداخلة للمشاركة بها في اليوم الدراسي الموسوم بعنوان " الشغور القانوني في المادة الإجرائية ، إجراءات قسم شؤون الاسرة نموذجا" يوم 2019/10/17 . كلية الحقوق بجامعة الجزائر 01.

04 ـ عمرو خليل . الطعن في الأحكام القضائية الصادرة بالطلاق . مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية . كلية الحقوق . جامعة سعد دحلب بالبليدة .

05 ـ نعوم مراد . مقال بعنوان " من معوّقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري" . الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية . قسم العلوم الإقتصادية والقانونية . العدد 10 . جوان 2013

خامسا ـ الإجتهاد القضائي

01 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 1989 العدد 4

02 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 1991 العدد 3
03 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 1993 العدد 1
04 . نشرة القضاة، 1999، عدد 55.
05 . المجلة القضائية للمحكمة العليا 2001 عدد خاص.
06 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2003 العدد 1
07 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2005 العدد 1
08 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2005 العدد 2
09 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2006 العدد 2
10 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2007 العدد 2
11 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2009 العدد 2
12 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2013 العدد 1
13 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2013 العدد 2
14 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2014 العدد 2
15 ـ المجلة القضائية للمحكمة العليا 2016 العدد 2

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
المقدمة.	أ
الفصل الأول : معوّقات الممارسة القضائية الموضوعية المتعلقة بالطلاق	**6**
المبحث الأول: مفهوم الطلاق والمعوقات الموضوعية المتعلقة بإثباته	**7**
المطلب الأول : مفهوم الطلاق وأقسامه	**7**
الفرع الأول : مفهوم الطلاق	**7**
أولا: تعريف الطلاق	**7**
ثانيا: دليل مشروعية الطلاق	**8**
ثالثا: الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل	**9**
الفرع الثاني: أقسام الطلاق.	**9**
أولا . أقسام الطلاق من حيث وقت وقوعه.	**9**
ثانيا . أقسام الطلاق من حيث إمكانية الرجعة.	**10**
المطلب الثاني : المعوقات الموضوعية المتعلقة بالطلاق	**11**
الفرع الأول: إشكالية إثبات الطلاق العرفي.	**12**
الفرع الثاني: إشكالية طبيعة الحكم القاضي بالطلاق.	**16**

المبحث الثاني: آثار المعوقات الموضوعية على تبعات الطلاق	**19**
المطلب الأول:آثار المعوقات الموضوعية على تبعات الطلاق المعنوية.	**19**
الفرع الأول: بالنسبة لإثبات النسب.	**19**
الفرع الأول: بالنسبة لاحتساب العدة.	**21**
المطلب الثاني: آثار المعوقات الموضوعية على تبعات الطلاق المادية	**22**
الفرع الأول: بالنسبة لاستحقاق الميراث.	**22**
الفرع الثاني: بالنسبة لاستحقاق الصداق المؤجل.	**23**
الفصل الثاني: معوّقات الممارسة القضائية الإجرائية المتعلقة بالطلاق	**26**
المبحث الأول: المعوقات التي تثيرها آليات تسوية الخلافات الأسرية	**27**
المطلب الأول:معوّقات إجراء الصلح الأسري في ظل القانون و الممارسة القضائية	**27**
الفرع الأول: مفهوم الصلح في منازعات الطلاق.	**27**
أولا ـ تعريف الصلح شرعا وقانونا.	**27**
ثانيا ـ مشروعية الصلح.	**28**
الفرع الثاني: معوقات إجراء الصلح في قضايا الطلاق.	**28**
أولا ـ حول مدى وجوبية إجراء الصلح	**29**
ثانيا: حول الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح.	**30**

ثالثا: حول المدة المحددة لإجراء الصلح.	**31**
رابعا: حول قواعد الحضور والغياب في جلسة الصلح.	**32**
خامسا: حول مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين.	**35**
المطلب الثاني:معوّقات إجراء التحكيم الأسري في ظل القانون و الممارسة القضائية	**36**
الفرع الأول: مفهوم التحكيم في منازعات الطلاق.	**36**
أولا : تعريف التحكيم	**36**
ثانيا: مشروعية التحكيم	**37**
الفرع الثاني: صعوبة تفعيل إجراءات التحكيم الأسري	**39**
أولا: معوقات إجراءات تعيين الحكمين.	**39**
أ . معوّقات تفعيل التحكيم في منازعات الطلاق بالنظر لشروطه	**39**
ب . معوّقات تفعيل التحكيم الأسري بالنظر لمدى إلزاميته	**42**
ثانيا . معوّقات إجراءات عمل الحكَمين.	**43**
المبحث الثاني: المعوّقات التي تثيرها مسألة الطعن في أحكام الطلاق.	**46**
المطلب الأول: الطعن في أحكام الطلاق بالطرق العادية.	**46**
الفرع الاول: الطعن بالمعارضة في الأحكام الفاصلة بالطلاق.	**46**
الفرع الثاني: الطعن بالإستئناف في الأحكام الفاصلة بالطلاق.	**47**
أولا ـ المعوّقات التي يثيرها الطعن بالإستئناف في أحكام الطلاق	**48**

ثانيا ـ تفويت حق الزوج في استئناف الجوانب المادية والحضانة لحكم الطلاق	**49**
المطلب الثاني: المعوقات التي تثيرها مسألة الطعن في أحكام الطلاق بالطرق غير العادية	**50**
الفرع الأول: بالنسبة للطعن بالنقض في أحكام الطلاق.	**50**
الفرع الثاني: بالنسبة للطعن بالتماس إعادة النظر في أحكام الطلاق	**52**
الفرع الثالث: بالنسبة للطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة في أحكام الطلاق	**52**
الخاتمة	**54**
قائمة المراجع	**59**
الفهرس	**64**
الملاحق	

الملاحـــق

الملحق الأول

وان جده بقي في فرنسا بعد ان طلق جدته وقد سافر اليه سنة 1982 مع العلم ان جدته قد اعادت الزواج بالمرحوم [redacted] حوالي سنة 1950

حيث حضرت المدعى عليها وصرحت بأن والدتها المسماة [redacted] لن تتطلق من والدها المرحوم [redacted] وانهما بقيا متزوجان الى غاية وفاته وانهما انجبا المدعى عليها رفقة شقيقهما العربي وابراهيم

حيث حضر الشاهد الاول المدعو [redacted] للمدعي حضر بعد ادائه اليمين القانونية بصفته من نفس المنطقة التي يقيم بها المدعي وانه لم يعرف المرحوم [redacted] الا بفرنسا سنة 1957 الا انه لم يخبرني يوما بأنه قد طلق زوجته المسماة [redacted] وسمع من العائلة واعيان المنطقة بحسناوة بأن المرحومين [redacted] متزوجين عرفيا وتطلقا عرفيا دون تأكيد سنة الطلاق

حيث حضر الشاهد الثاني المدعو [redacted] للمدعي حضر بعد ادائه اليمين القانونية بصفته صهر المدعي الا انه لم يتمكن بالإدلاء بأي تصريح لجهله سبب حضوره الى المحكمة

- حيث أن المحكمة العليا قررت في الملف رقم 216850 في القرار الصادر بتاريخ 16-02-1999 فإنه من المقرر شرعا بأن الطلاق العرفي يثبت بشهادة الشهود أمام القضاء و أنه متى ثبت وقوعه أمام جماعة من المسلمين فإن قضاة المجلس بإجرائهم تحقيقا استمعوا من خلاله للشهود الذين أكدوا واقعة الطلاق العرفي ثم قاموا بتثبيت الطلاق طبقوا القانون تطبيقا صحيحا .

حيث ان دفع المدعى عليها بوجوب اثبات الطلاق بحكم قضائي مردود عليه ذلك ان واقعة الطلاق العرفي المدعى بها قد كانت سنة 1942 وهي قبل صدور قانون الاسرة الجزائري الذي كان سنة 1984 وطالما ان الطلاق واقع في الحقبة الاستعمارية اين كانت تخضع فيها للمحاكم الشرعية وللمذاهب الاسلامية فإنه لا مجال اعمال قاعدة لا طلاق بدون حكم قضائي في دعوى الحال وعليه يتعين استبعاد الدفع لعدم جديته

حيث انه من المستقر عليه قضاء إنه لا يثبت الطلاق بعد الوفاة بشهادة السماع وانما يثبت بالشهادة المباشرة اي بأن يشهد الشاهد بما وقع تحت سمعه وبصره من صيغة الطلاق - قرار محكمة عليا غرفة شؤون الاسرة والمواريث تحت رقم 1026274 بتاريخ 2016/12/07

حيث الثابت للمحكمة من خلال الاطلاع على أوراق الملف وكذا التحقيق المجرى ان تصريحات شهود المدعي قد جاءت متناقضة وناقصة ايضا باعتبار ان الشاهد الثاني قد كان جاهلا اصلا لسبب حضوره للمحكمة كما ان الشاهد الاول لم يحدد بدقة وقوع الطلاق من عدمه حتى بعد معرفته لصاحب الشأن المرحوم علي مهني محمد بن النواري الذي صاحبه بشكل مباشر الا انه لم يعرف يوما عنه انه فعلا قد طلق زوجته بالجزائر ، كما ان الشاهد لم يؤكد بأن صيغة الطلاق قد تمت مباشرة امام سمعه وانما سمع به من اعيان المنطقة بعد رجوعه الى الجزائر دون ان يؤكد سنة وقوع هذا الطلاق العرفي

حيث انه وخلافا ايضا لما استدل به المدعي بتقديم عقد زواج المرحومة [redacted] بالمسمى [redacted] المرفق بالملف المسجل تحت رقم 768 والمحرر بتاريخ 1950/08/25 ببرج بوعريريج ، مؤكدا به ان الطلاق العرفي قد بين جديه بدليل ان جدته المرحومة قد اعادت الزواج مجدد مع شخص آخر الا ان هذا العقد لا يمكن ان يكون دليلا على ان الطلاق العرفي قد وقع سنة 1942 لاختلاف بيانات الزوجة في كلا العقدي في تاريخ الميلاد على انه ذكر بالعقد المسجل تحت رقم 225 على ان المرحومة بنور بركاهم ولدت بتاريخ مفترض عام 1918 وبالعقد الثاني ذكرت على انها ولدت بتاريخ مفترض سنة 1917 ، فضلا عن ان المحكمة قد اخذت بعين الاعتبار الاحداث الواقعة بحقبة الاستعمار وما نتج عنه من اعداد المفقودين او المهاجرين الى فرنسا دون ان يعرف عنهم خبر وطالما ان جدي المدعي قد فارقا الحياة ولم تتم صيغة الطلاق مباشرة على مسمع كل من المدعي وشهوده يجعل من واقعة الطلاق العرفي غير ثابتة في دعوى الحال وبدون اساس قانوني يتعين التصريح برفض الدعوى

حيث ان المصاريف القضائية قع على عاتق خاسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

رقم الجدول: 19/03121
رقم الفهرس: 19/04265

الملحـــق رقم 02

حوالي شهر التقى بالمدعى عليه الذي اخبره بأنه حقيقة قد قام بتطليق المدعية ثم قام بمراجعتها
حيث انه من المقرر قانونا ان فك العصمة الزوجية يكون بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة او بالتراضي او بالتطليق اذا ما توفرت شروط المادة 53 من قانون الاسرة او بالخلع بطلب من الزوجة
حيث الثابت للمحكمة ان المدعية ترمي من وراء دعواها الى اثبات واقعة الطلاق العرفي على ان المدعى عليه قد سبق لها ان تلفظ بالطلاق وذلك بتاريخ 2019/04/25
حيث انه من المقرر قانونا انه لا طلاق الا بحكم قضائي
حيث ان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة واثبات هذا الطلاق لا يكون الا بعد عدة جلسات صلح تتأكد فيها المحكمة عن الارادة الحقيقة للزوج بتوقيعه للطلاق كما ان حكم القاضي يكون كاشفا وغير منشئ لحالة الطلاق وان المدعية بسعيها في دعوى الحال بإثبات ارادة الزوج في ايقاع الطلاق والحلول محله في هذه الدعوى يجعل من طلبها غير مؤسس قانونا طالما ان القانون خول لها اللجوء الى العدالة للمطالبة بالتطليق لتضررها من هذا الزواج او ان تطالب بالخلع مقابل ما تفتدي به للزوج من طلاقها على ان لا يجاوز صداق مثيلاتها وقت صدور الحكم ،
فضلا ان الشاهد المقدم من طرف المدعية قد اكد بأن المدعى عليه قام بمراجعة المدعية ،
كما انه لو تم التسليم جدلا بواقعة الطلاق العرفي الا انه المدة التي ادعت فيها المدعية بوقوع الطلاق وذلك بتاريخ 2019/04/25 لم تمض فيها عدتها ويجوز للمدعى عليه ان يراجعها خلال هذه المدة طالما لم يمض عليها 3 اشهر كما انه وانطلاقا من قانون الاسرة الصادر سنة 1984 الذي نص عن اي طلاق قد تم بعد صدوره يتم بحكم قضائي بعد محاولات صلح وجوبية يجريها القاضي ما يجعل من الطلب المقدم من طرف المدعية غير مؤسس قانونا يتعين رفضه
حيث ان المصاريف القضائية قع على عاتق خاسر الدعوى طبقا للمادة 419 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

ولـهـذه الأسـباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الاسرة علنيا ابتدائيا اعتباريا حضوريا
في الشكل : قبول الدعوى
في الموضوع : رفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني
تحميل المدعية المصاريف القضائية بما فيها رسم تسجيل الدعوى المقدر بـ 450 دج
بذا صدر الحكم الحالي وافصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه وامضي اصله من طرفنا نحن الرئيس وامين الضبط

الرئـيس (ة) أمـيـن الضبـط

رقم الجدول: 19/02244
رقم الفهرس: 19/03152

الملحق رقم 03

- ولقد تم عرض النزاع على ممثل النيابة لإبداء طلباتها وفقا لأحكام المادة 03 مكرر الذي التمس تطبيق القانون.
- وضعت القضية في النظر لجلسة 09-11-2017 ليصدر الحكم الاتي بيانه:

وعليـه فـإن المحكـمة

- بعد الإطلاع على ملف الدعوى ومرفقاته.
- بعد الإطلاع على المواد:
419,277,276,275,272,37,32,23,19,18,16,15,14,13,11,8,7,1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- بعد الإطلاع على أحكام قانون الأسرة.
- بعد الإطلاع على التماسات النيابة.
- بعد النظر قانونا.
من حيث الشكل:
- حيث أن الدعوى جاءت مستوفية لكافة الشروط المقررة في المادة 03 مكرر قانون أسرة والاوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مما يتعين التصريح بقبولها شكلا.
من حيث الموضوع:
- حيث رافعت المدعية المدعى عليه ملتمسة الحكم لها باثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين بتاريخ 11-03-2017 مع تمكينها من حقوقها المادية .
-حيث اجاب المدعى عليه ملتمسا رفض الدعوى لعدم التأسيس.
-حيث اجاب ممثل النيابة ملتمسا تطبيق القانون.
-حيث ان موضوع النزاع يتعلق اصلا بطلب اثبات طلاق عرفي .
-حيث من المقرر قانونا أن العصمة بيد الزوج الذي خوله القانون و الشرع حق فكها بإرادته المنفردة .
و حيث للزوج التلفظ بلفظ الطلاق ثم اللجوء للقضاء لاثبات هاته الواقعة بأثر رجعي و يكون حكم القاضي في هاته الحالة كاشف لهاته الواقعة .
- حيث للوقوف على حقيقة وقوع طلاق عرفي بين الطرفين أمرت المحكمة باجراء تحقيق للاستماع لطرفي الدعوى و ذلك بتاريخ 02-11-2017 و على اثره حضر المدعى عليه و اكد انه قد تلفظ بلفظ الطلاق اتجاه المدعية في شهر مارس 2017 و لم يراجعها منذ ذلك التاريخ و هو الامر الذي اكدته المدعية
-حيث ان طلاق المدعى عليه للمدعية ثابت باقرارهما و حيث لم يقم المدعى عليه البينة على تسبب الزوجة باي من تصرفاتها في تلفظه بالطلاق اتجاهها و منه فان الطلاق الحاصل بين الطرفين لا يقوم على اي سبب جدي و يعد المدعى عليه متهرب من تحمل أعباء الحياة المشتركة و متعسف في استعمال حقه و منه تعين افادة الزوجة من تعويض معقول للضرر اللاحق بها نتيجة تعسف الزوج في طلاقها .
-حيث من المقرر قانونا أن الزوجة المطلقة تستحق نفقة عن فترة عدتها لتغطية حاجياتها من غذاء و علاج و مسكن و ملبس طيلة فترة تربصها ببيت الزوجية الا انه ثبت للمحكمة من خلال اقرار الطرفين ان المدعية قد اعتدت ببيت الزوجية اذ بقيت فيه من تاريخ وقوع الطلاق في شهر مارس 2017 لحين شهر جويلية 2017 و منه فانها غير مستحقة لنفقة العدة باعتبارها امضت فترة عدتها ببيت المدعى عليه و على نفقته .
-حيث من الثابت قانونا أن الزوجة تستحق نفقتها بالدخول بها و أنه يستوجب على المحكمة الحكم بها من تاريخ رفع الدعوى أو سنة قبل ذلك متى قامت البينة على الإهمال على أن تراعي في تقديرها ظروف المعاش .
و انه تجب نفقة الابناء على الاباء ما لم يستغنوا عنها بالكسب .

رقم الجدول: 17/04502
رقم الفهرس: 17/06730

الملحق رقم 03

حيث التمست المدعية الحكم لها بنفقة إهمالها و نفقة الابناء المشتركين على ان تسري من شهر مارس 2017 و ان طلبها لنفقتها غير مؤسس اذ بتلفظ الزوجة بالطلاق اتجاهها فان علاقة الزوجية التي كانت تمنحها الصفة للمطالبة بالنفقة قد انقطعت و بالتالي فانها اصبحت اجنبية عنه و لا يحق لها مطالبته بالانفاق عليها .

و كذا فان طلبها لنفقة الابناء غير مؤسس لثبوت تواجدهم لدى والدهم لحين النظر في دعوى الحال و منه تعين رفض الطلب .

-حيث انه من المقرر قانونا اعمالا لنص المادة 64 من قانون الاسرة ان الام أولى بحضانة ولدها و انه يراعى عند اسناد الحضانة مصلحة المحضون و انه على القاضي عند الحكم بالحضانة تقرير حق الطرف الاخر في الزيارة.

و يمنح القاضي اعمالا لنص المادة 87 من قانون الاسرة الولاية لمن أسندت له حضانة الولد.

و انه تجب نفقة الولد على الاب ما لم يستغني عنها بالكسب.

و حيث التمست المدعية اسناد حضانة الابناء: [redacted]

لها و حيث لا يوجد بالملف ما يوحي بان منحها حضانتهم مخالف لمصلحتهم مما يتعين معه الاستجابة لطلبها بهذا الشأن مع الزام الاب بالانفاق على المحضونين بمبلغ يتماشى و الحد المعقول و منح الحاضنة حق الولاية عليهم و تقرير حق الاب في الزيارة .

-حيث انه من المقرر قانونا اعمالا لنص المادة 72 من قانون الاسرة ان يلتزم الاب بتوفير مسكن لممارسة الحضانة و ان تعذر عليه ذلك فعليه دفع بدل ايجار و حيث التمست المدعية تمكينها من ذلك و اسندت لها الحضانة فان طلبها مؤسس و يتعين الاستجابة له مع رفض طلبها بالبقاء ببيت الزوجية لحين تنفيذ هذا الشق ذلك انها متواجدة خارجه و لا يجوز لها الدخول اليه مجددا باعتبارها اجنبية عن المدعى عليه .

-حيث أن خاسر الدعوى يتحمل مصاريفها عملا بالمادة 419 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ولـهـذه الأسـباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا، نهائيا، فيما يتعلق بالطلاق و ابتدائيا فيما عداه :.

في الشكـــل: قبول الدعوى .

في الموضوع : اثبات الطلاق العرفي الواقع بتاريخ 11-03-2017 بين المدعية [redacted] بنت مسعود و المدعى عليه [redacted] بن علي على مسؤولية الزوج مع أمر ضابط الحالة المدنية بالبلدية المختصة بتسجيل الطلاق الواقع على سجلات الحالة المدنية و التأشير به على هامش عقدي ميلادهما و زواجهما.

-وإلزام المدعى عليه بادائه للمدعية :

-مبلغ 250000دج(مائتان و خمسون ألف دينار جزائري) تعويضا لها عن الطلاق التعسفي .

-اسناد حضانة الابناء [redacted] لامهم على نفقة ابيهم بحسب مبلغ 5000دج شهريا لكل واحد منهم يسري من تاريخ النطق بالحكم لحين سقوط الحضانة مع منح الحاضنة حق الولاية عليهم و تقرير حق الاب في الزيارة كل يومي جمعة و سبت و في انصاف الاعياد الدينية و في ايام العطل الوطنية من الساعة التاسعة صباحا الى الخامسة مساء مع اقتسام العطل المدرسية مناصفة بين الوالدين.

-الزام المدعى عليه بتوفير مسكن ملائم لممارسة الحضانة فيه او دفع بدل ايجار بقيمة 8000دج شهريا يسري من تاريخ النطق بالحكم لحين سقوط الحضانة .

- المصاريف القضائية و من بينها الرسوم القضائية المستحقة قانونا للخزينة العمومية و المقدرة ب 450دج يتحملها المدعى عليه .

بذا صدر هدا الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ و الساعة المذكورين

رقم الجدول: 17/04502
رقم الفهرس: 17/06730

الملحق رقم 04

هذا ثابت من خلال تصريحات طرفي دعوى الحال المتطابقة وشهادة الشاهدين ، غير أن هذا الطلاق لم يتم قيده بموجب حكم قضائي مما يتعين معه الاستجابة لطلبهما بإثبات الطلاق الواقع بينهما مع الأمر بتسجيل ذلك بسجلات الحالة المدنية للبلدية المختصة و هي بلدية القصور طالما أن عقد الزواج قد تم في دائرة اختصاصها مع الأمر بالتأشير به على هامش عقد زواجهما و عقدي ميلادهما .

03 - حول المصاريف :

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر دعواه ما لم يقرر القاضي تحميلها لخصم آخر طبقا للمادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- حيث أن المحكمة استجابت للطلب المشترك للطرفين فقد ارتأت جعل المصاريف القضائية مناصفة بينهما

ولـهـذه الأسـباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا ابتدائيا حضوريا:

01 - في الشكل: قبول الدعوى.

02 - في الموضوع : بإثبات الطلاق الشرعي الواقع خلال سنة 1967 بين المدعية [redacted] و المسمى [redacted] والأمر بتسجيله لدى مصلحة الحالة المدنية لبلدية القصور ، والتأشير به على هامش عقدي ميلادهما.

03 - والمصاريف القضائية ومن بينها الرسوم المقدرة بثلاثمائة دينار جزائري(300،00 دج) يتحملها الطرفين مناصفة .

بذا صدر الحكم و أفصح به جهارا بالجلسة العلنية المنعقدة بالمكان والتاريخ المذكورين أعلاه ولصحته أمضى على أصله الرئيس وأمين الضبط.

الرئيس (ة) أمين الضبط

رقم الجدول: 14/00968
رقم الفهرس: 14/01701

الملحق رقم 05 -

طلاقهما لم يتم تسجيله بالحالة المدنية لبلدية حسناوة ، ولدى سماع المدعى عليه صرح أنه يرغب في قيد طلاقه من المدعية [redacted] والتي تم خلال أواخر سنة 1961 دون أن ينجب معها أبناء وأن الطلاق الواقع بينهما اتجهت ارادته اليه ولم يتم تسجيله بالحالة المدنية لبلدية حسناوة لحد الآن .

حيث أن الشاهد [redacted] 1937-11-10 وبعد أدائه اليمين القانونية على قول الحقيقة صرح أنه يعلم بحكم قرابته للمدعية أنها تطلقت من المدعى عليه [redacted] خلال سنة 1961 دون أن ينجب معها أبناء وأن الطلاق الواقع بينهما كان وديا ولم يتم تسجيله بالحالة المدنية لبلدية حسناوة لحد الآن .

حيث أن الشاهد [redacted] وبعد أدائه اليمين القانونية على قول الحقيقة صرح أنه يعلم بحكم قرابته للمدعية أنها تطلقت من المدعى عليه [redacted] خلال سنة 1961 دون أن ينجب معها أبناء وأن الطلاق الواقع بينهما كان بطريقة ودية ولم يتم تسجيله بالحالة المدنية لحد الآن .

و حيث أنه و لما سبق فقد تبين للمحكمة أن الطلاق العرفي الذي وقعه المدعى عليه الذي تدعيه المدعية و الذي وقعه خلال سنة 1961 حصل فعلا و هذا من خلال اجماع الشهود في شهادتهم عليه و أنه كان بإرادة تامة للمدعى عليه و قد اتجهت ارادته إلى توقيعه و احداث أثره و ما يعززه هو اقرار المدعى عليه بواقعة الطلاق ثبوت الأمر الذي يتعين معه تثبيت واقعة الطلاق العرفي وبالتاريخ المشار له أعلاه .

حيث أنه يتعين طبقا لمقتضيات قانون الحالة المدنية لاسيما المواد 58 ، 59 ، 60 منه أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية مكان إبرام عقد الزواج بقيد هذا الطلاق الواقع بسجلاته و التأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وعلى هامش عقدي ميلادهما ببلدية مسقط رأسيهما.

وحيث أنه وطبقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة فإن الأحكام المتعلقة بالطلاق و التطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية مما يتعين جعل الحكم القاضي بالطلاق نهائيا في هذا الشق .

حيث أن طلبات طرفي الدعوى توقفت عند الحكم بتثبيت الطلاق مما يتعين مراعاة ذلك .

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها خاسر الدعوى طبقا لنص المادة 419 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ولـهـذه الأسـباب

حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا نهائيا فيما يخص الطلاق وابتدائيا فيما سواه :

في الشكل : قبول الدعوى .

في الموضوع : تثبيت الطلاق العرفي الحاصل بين طرفي الدعوى خلال سنة 1961 و من ثم القضاء بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بين المدعية [redacted] بحسناوة لأبيها [redacted] وأمها [redacted] ، والمدعى عليه [redacted] بحسناوة لأبيه [redacted] وأمه [redacted] ، مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية حسناوة بقيد هذا الطلاق والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وعقدي ميلادهما وتحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية.

بذا صدر هذا الحكم وأفصح به جهارا في اليوم والشهر والسنة المذكورين أعلاه

وأمضي أصل هذا الحكم من طرفنا نحن الرئيس وأمين الضبط

الرئيس (ة) أمين الضبط

رقم الجدول: 13/03382
رقم الفهرس: 13/04248

الملخص

تناولت في موضوع الدراسة تحت عنوان معوّقات الممارسة القضائية في التشريع الأسري الجزائري (الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نموذجا) أهم ما تثيره نصوص قانون الأسرة ن وقانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من معوّقات بالنظر إلى ما يفرزه واقع الممارسة القضائية.

حاولت أولا طرق ما تعلق منها بقانون الأسرة ، وتتمثل في معوقات الممارسة القضائية الناجمة عن نص المادة49 منه وكل المواد المرتبطة بها، ومن بين ذلك إشكالية إثبات الطلاق العرفي وطبيعة الحكم القاضي بالطلاق.

وتعرضت ثانيا لما أفرزته نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالطلاق من معوّقات على الصعيد العملي ، ومن ذلك النصوص المرتبطة بإجراءات الصلح والتحكيم في منازعات الطلاق، وطرق الطعن في الأحكام القضائية الفاصلة في هذه المنازعات بالطلاق.

هذه بعض النقاط التي تطرقت إليها، لعلّ هذه الدراسة تجد صداها لدى المختصين إن وجدت نية لتعديل التشريع الأسري وتزال المعوّقات المطروحة بتعديل النصوص القانونية المعنية بالبحث.

الكلمات المفتاحية: قانون الاسرة ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الطعن ، الصلح ، التحكيم ، المنازعات.

Abstract

The main topic of the study is the obstacles to judicial practice in Algerian domestic legislation (divorce by the sole will of the husband is a model), the most important of the provisions of the Family Law and the Civil and Administrative procedures Law concerning divorce by the individual will of the husband, given the legal practice.

We will first try to address the problems of family law, namely, the obstacles to judicial practice arising from the text of article 49 of the family law and all related articles, including the problems of establishing customary divorce and the nature of the divorce judgment.

Secondly, we are concerned with the practical obstacles set forth in the Civil and Administrative procedures Act concerning divorce, including those relating to the procedures for conciliation and arbitration in divorce disputes, and the methods of challenging the judicial decisions in those disputes by divorce.

This is a few points that I wanted to address, and this study may find its resonance with the specialists if there is an intention to amend the family legislation and remove the obstacles raised by amending the legal texts concerned with the research.

The operative word: Family Law, Civil and Administrative Procedure Law, Appeal, Reconciliation, Arbitration, disputes.