جامعة محمد خيضر بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور الصلح في حل المنازعات الأسرية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون أسرة

من إعداد الطالب:

بقار سليم

تحت إشراف:

د/ يوسفي نور الدين

السنة الجامعة: 2017-2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى كل من ساعدني في إعداد هذا العمل نصيحة وفعلا إلى روح أبي الغالية رحمه الله وأسكنه فسيح جنانه .

إلى منبع الحنان والدفء إلى من ضحت بكل ما تملك في سبيل أن أمضي قدما في دراستي ومستقبلي أمي الحبيبة

إلى شريكة حياتي التي كانت لي سندا ودعما في إنجاز هذا العمل زوجتي الغالية .

الى كل أفراد عائلتي :

إخوتي : الهادي ، عقبة ، مريم ، رزيقة ، صدام حسين

أبنائي : سيد علي ، هبة الرحمان ، محمد سراج

إلى كل زملائي ماستر تخصص قانون أسرة وكل أساتذتي الكرام .

كلمة شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر لأساتذي الكريم الدكتور / **يوسفي نورالدين** وأشكره جزيل الشكر على قبوله الإشراف على مذكرتي ودعمه لإخراجها إلى النور ، لن تكفي أي كلمة شكر لك لتعبر عن مدى إمتناني وعرفاني حفظك الله ورعاك .

خطة البحث

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الصلح في شؤون الأسرة ودور القاضي في تحقيقه

المبحث الأول: مفهوم الصلح في دعاوي فك الرابطة الزوجية

المطلب الأول: تعريف الصلح ومشروعيته

المطلب الثاني: تمييز الصلح في قانون الاسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

المبحث الثاني: وجوبية الصلح في شؤون الأسرة

المطلب الأول: علاقة الصلح بالنظام العام

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح

المبحث الثالث: دور القاضي اثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة الزوجين

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

المطلب الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين

الفصل الثاني: دور القاضي اثناء الصلح بناءً على طلب الزوجة

المبحث الأول: دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق من الزوجة

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحكم التطليق ومدى علاقته بالصلح

المطلب الثاني: محاولات الصلح في دعاوي التطليق

المبحث الثاني: دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع من الزوجة

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح

المطلب الثاني: محاولات الصلح في دعوى الخلع.

المبحث الثالث: إجراءات وشرط الصلح في ظل الممارسة القضائية

المطلب الأول: إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية

المطلب الثاني: دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية والمؤقتة اثناء محاولات الصلح

خاتمة

قائمة المراجع

مقدمة

مقدمة

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية جاءت وافية لمصالح العباد، وقد عنيت بالأسرة باعتبارها اللبنة الأولى للمجتمع والأمم فشرعت لهم الزواج وحثت عليه ولدرجة أن اعتبر الزواج احدى آياته الاعجازية والذي يكون من ثمراته الرحمة والمودة والإحصان بين الزوجين والتناسل لبقاء الجنس البشري يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

لا يتحقق هذه المقاصد والأهداف السامية إلا إذا حسنت العشرة بين الزوجين ولكن إذا ساءت وتنافرت الطباع والأخلاق واستحكم الشقاق، فقد تحدث أمور تعكر صفو العلاقة الزوجين وفي الكثير من الأحيان تصل لدرجة وضع حد لها وانهائها.

وانطلاقا من حرص الشريعة الإسلامية والحفاظ على العلاقة الزوجين وتفادي انحلالها، فقد شرعت وبينت وسائل لذلك ومن أهمها باب الصلح، ليحافظ على العلاقة الزوجية وعدم تفككها.

إن تعدا الأثر الجليل ليؤكد لنا مدى المكانة البارزة التي يحتلها الصلح في التراث القضائي الإسلامي، اذ به تزول الخصومة بين المتنازعين بالتراضي، وتأتلف القلوب وتصفو النفوس وتطيب المشاعر ولعل هذا ما يفسر الاهتمام الكبير الذي أولته كل الشرائع السماوية وكذا القوانين الوضعية خاصة وأنه يعتبر احدى الوسائل الفعالة التي يتم اللجوء اليها في انهاء المنازعات بشكل ودي، كما أن المنطق السليم يوجب في كثير من الأحيان استعمال نوع من المرونة في حل النزاعات بين طرفي الخصومة، بدل حسمها بحكم قضائي يصدر لصالح أحدهما.

من هذا المنطلق، حثت الشريعة الإسلامية على الصلح ودعت اليه في مختلف مصادرها والقرآن الكريم حافل بالآيات الكريمة التي تأمر بالصلح وترغب فيه ومنها على سبيل المثال:

قوله تعالى: «**لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا**»[1] وقوله تعالى:« **إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ**».[2]

سار القضاء الجزائري ومنذ القدم على اعتماد الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات والخصومات وهو نفس التوجه الذي كرسه المشرع الجزائري حيث عمل على تقنينه وتنظيمه بمقتضى نصوص قانونية موضوعية وإجرائية وتزداد أهمية اللجوء الى الصلح حينما يتعلق الأمر بالمنازعات الأسرية كونها تكتسي طابعا خاصا وتتعلق بعلاقات حساسة.

مما جعل المشرع الجزائري يؤكد وجوبية الصلح في القضايا الأسرية خاصة المتعلقة بدعاوى انحلال الرابطة الزوجية، حيث سن له إجراءات مفصلة على خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تمارس تحت اشراف القضاء.

مما لا شك فيه، أن تسوية هذه المنازعات عن طريق الصلح سيساهم لا محالة في الحفاظ على تماسك الاسرة واستقرارها وبالتالي الحد من ظاهرة التفكك الأسري التي يعاني منها المجتمع الجزائري غير أن نجاح الصلح في مجال القضايا الأسرية يظل رهينا بالتطبيق السليم للنصوص القانونية من قبل الفاعلين في الحقل القضائي بتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية والتشكيلة الكفيلة لضمان فعاليته ونجاعته ومن أجل الإحاطة أكثر بهذا الموضوع الهام، تأتي هذه الدراسة العلمية تحت عنوان: دور الصلح في حل المنازعات الأسرية.

ومن هذا تبرز أهمية هذه الدراسة في كونها تسلط الضوء على إحدى الآليات المهمة في حل الخلافات الأسرية وهو الصلح أما منهج الدراسة فاعتمدت على المنهج التحليلي يجعلها دراسة تحليلية نقدية حيث تمس مختلف الجوانب الموضوعية والاجرائية وكذا النظرية والتطبيقية على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالصلح في شؤون الأسرة وهذا من أجل

(1) سورة النساء، الآية 114.

(2) سورة الحجرات، الآية 10 .

الإلمام بدور الصلح في حل المنازعات الأسرية، مركزا على الجانب القضائي باعتبار أن تفعيل إجراءات الصلح يعتمد على الدور الكبير الذي يلعبه القضاء.

أما دواعي الإقدام على خوض غمار هذا البحث وجدته كحافز قوى وضروري لتبيان دور الصلح وضوابطه من خلال نصوص قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية بالإضافة الى جملة من الأسباب التي يمكن ذكرها في النقاط التالية.

1-حداثة الموضوع كونه يتناول بالدراسة والتحليل وإحدى أهم المستجدات التي جاء بها قانون الاسرة الجزائري وفصلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الا هي محاولات الصلح وإجراءاته في قضايا شؤون الاسرة.

2-الرغبة في ابراز فلسفة التصالح التي تبناها المشرع الجزائري في مجال تسوية المنازعات الأسرية في قضايا شؤون الاسرة.

* أما بخصوص الصعوبات التي اعترضتني اثناء انجاز هذا البحث فيمكن أن نلخصها فيما يلي:

1-قلة الدراسات والأبحاث التي تهتم بدور الصلح في حل المنازعات الأسرية مقارنة مع الصلح المدني الذي تطرق له بإسهاب رجال الفقه والقانون.

الإشكالية: التي يمكن أن نطرحها لمعالجة هذا الموضوع

1-ما هو دور الصلح في حل المنازعات الأسرية؟

وكيف يمكن تفعيل محاولات الصلح من أجل الحد من ظاهرة التفكك الأسري؟ والى أي مدى استطاع قاضي شؤون الأسرة في تفعيل هذه الإجراءات بالشكل السليم الذي أراده المشرع؟ والإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت تقسيم البحث إلى:

مقدمة وفصلين، الفصل الأول تطرقنا فيه الى ماهية الصلح في شؤون الأسرة ودور القاضي في تحقيقه والفصل الثاني تطرقنا فيه الى دور القاضي اثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة . ثم أعقبته بخاتمة تم من خلالها الوصول إلى نتائج وتوصيات.

الفصل الأول

ماهية الصلح في شؤون الأسرة ودور القاضي في تحقيقه

إن دراسة ماهية الصلح في شؤون الأسرة يستوجب علينا التطرق الى مفهومه من حيث اللغة والاصطلاح وكذا التطرق الى مشروعيته ثم تميزه عن بعض صور الصلح المشابهة له.

ومن هذا المنطلق يجب تقسيم هذا الفصل الى مبحثين الأول نتطرق فيه الى مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية والمبحث الثاني نتطرق فيه إلى وجوبية الصلح في شؤون الأسرة.

المبحث الأول: مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية

قبل التطرق الى مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية لا بد أن نتعرض الى تعريف الصلح ومشروعيته في المطلب الأول ثم تمييز الصلح في شؤون الاسرة عن مصطلحات المشابهة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف الصلح ومشروعيته

الفرع الأول: تعريف الصلح

لمعرفة مفهوم الصلح يجب تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية مع تسليط الضوء عليه من الناحية القانونية وبصفة خاصة في شؤون الاسرة.

أولا: تعريف الصلح لغة:

الصلح والمصالحة والإصلاح: قطع المنازعة مأخوذ من صلح الشيء: إذا كمل، وهو خلاف الفساد، يقال: صالحته مصالحة وصلاحا ، وصَلُحَ: خلاف فسد وفي الأمر مصلحة: أي خير والجمع المصالح، والصلح اسم منه وهو التوفيق ومنه صلح الحديبية لقوله تعالى: « **وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما**» وعليه يكون الصلح في اللغة بمعنى التوفيق وقطع المنازعة وإزالة الفساد .[1]

والصلح في اللغة أيضا من تصالح القوم بينهم، يقال أصلحوا وصالحو وصَّالحوا بتشديد الصاد ويقال قوم صلوح أي متصالحون.

وكلمة صلح أصل يدل على خلاف الفساد يُقال صَلَحَ الشيء يصلح صلاحا ويقال صلَح بفتح اللام، أما بكسرها: مصدر المصالحة والعرب تؤنثها واسم الصلح يذكر ويؤنث: قال بن بري:

(1) أحمد حمودة أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص40.

صلاح اسم علم لمكة وسمت العرب صالحا ومصلحا وصليحا وجاء في مختار الصحاح: الصلاح ضد الفساد. [1]

الصُلْح (بالضم وسكون الام): اسم من المصالحة خلاف المخاصمة والصلاح الذي هو خلاف الفساد والصلح يختص بإزالة النفار بين الناس، والصلح بالضم أيضا من تصالح القوم بينهم وهو السلم بكسر السين والصلح إسم جماعة متصالحين يقال هم لنا مصالحون وأتى بالصلح هو الخير والصواب ويقال في الأمر مصلحة أي خير، ويقال أيضا صلح المريض، إذا زال عنه المرض، وصلح فلان في سيرته أي أقلع عن الفساد. [2]

ومنه يمكن من خلال استعراض مختلف التعاريف الواردة في باب الصلح لغة، الوصول الى أن لفظ أو كلمة الصلح في اللغة العربية يقصد بها عدة معاني فهو إذا كلمة مشتركة بين هاته المعاني السابق ذكرها.

ثانيا: تعريف الصلح اصطلاحا

لقد تطرق الفقهاء الى مصطلح الصلح في كتبهم بأنه العقد الذي ينهي الخلافات والخصومات الواقعة بين الأطراف النزاعات المختلفة، بعض النظر عن نوع الخلافات وأسبابها، وبصفة عامة وبالرجوع الى مختلف كتب الفقه خاصة المذاهب الأربعة، نجد الحنفية اعتبروا الصلح عقد يرفع به النزاع بحيث جاء في كتاب الاختيار لتعليل المختار: «**عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن**» [3] وفي بديع الصنائع:« **هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين، أما فيها لا يتعين كالدراهم فيتم بلا قبول**».[4]

وعرفه ابن عابدين :« **الصلح شرعا عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة** »[5] وأما الشافعية فقد جاء في كتاب مغنى المحتاج :« **الصلح لغة قطع النزاع وشرعا عقد يحصل به ذلك**»[6] وأما

(1) إبن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، دار الجيل، بيروت،ص226.

(2) محمد سعيد الخضر البدواني شيماء، أحكام عقد الصلح، ط1، الدار العلية والدولية للنشر والتوزيع، الأردن،2003، ص12.

(3) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1975، ص5.

(4) الإمام الكساني، بدائع الصنائع، ج6، دار الكتاب العربي ، ج2، لبنان، بدون سنة نشر ، ص39.

(5) ابن عابدين حاشية، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج 2، دار الفكر، دون بلد نشر ،1979، ص628.

(6) الخطيب الشربيني محمد، مغني المحتاج، دار الفكر، دون بلد النشر، ج2، 1996، ص177.

الحنابلة جاء في المغني والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي :« **الصلح معاقدة يتوصل بها الى الإصلاح بين المتخاصمين**».[1]

وعند المالكية جاء تعريف عرفه :« **هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه**»[2] ، ولهذا التعريف فيه إشارة الى جواز الصلح لتوقي المنازعة غير قائمة ولكنها محتملة الوقوع في المستقبل أي أعطى للصلح دورا جديدا لم يكن له وجود في التعريفات السابقة وذلك بتبيان الدور الوقائي للصلح. ويعد هذا التعريف أحسن تعريف مقارنة بالتعاريف الأخرى.

الفرع الثاني: تعريف الصلح في شؤون الأسرة

لم يتطرق المشرع الجزائري الى تعريف الصلح لا في القانون الاسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فبالرجوع الى نص المادة (49) من قانون الاسرة [3] والتـي جاء فيها:« **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى**» وكذا المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحت عنوان الطلاق بالتراضي وكذا إجراءات الصلح المنصوص عليها في نفس القانون والمتعلقة بقسم شؤون الاسرة إبتداءا من المادة (439) وما يليها ، على اعتبار أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح فإنه في حقيقة الأمر لم يعط تعريفا صريحا وضمنيا للصلح وإنما اعتبره إجراء قضائي تاركا المجال مفتوح للفقه.

ويخلص جانب الفقهاء الى ان الصلح في شؤون الاسرة هو اجراء قضائي وأطلقوا عليه أيضا الصلح القضائي حيث عرفوه على أنه " **الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور امام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق**".[4]

---

(1) شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامع الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، السنة الجامعية2000-2001، ص19.

(2) الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث بمؤسسة الريان، لبنان،2002، ص704.

(3) القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(4) أحمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس الفرنسي العربي، مكتبة لبنان، بدون سنة نشر، ص67،69.

أما عن محاولات الصلح من جانب الفقه يرى الأستاذ" **عمر زودة** " أن محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن طلب الطلاق.[1]

وعرفها الأستاذ لحسن بن الشيخ أث ملويا "هي تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق وإرجاع الزوجين الى بعضهما وهو السبيل ويكون للزوج حق مراجعة زوجته".[2]

لقد ذهب الأستاذ لمطاعي نور الدين الى القول أن محاولة الصلح في قانون الاسرة هي عبارة عن اجراء يهدف الى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج ، حتى يتمكن القاضي من الوصول الى المبتغى والهدف المنشود وهو اقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة لا غير وذلك لا يتأتى إلا اذا تم استعمال هذا الحق خلال مدة عدة الطلاق الرجعي دون حاجة الى ابرام عقد جديد ودفع مهر جديد، بحيث لا يكون الهدف من الصلح اقناع الزوج عن العدول عن الطلاق وإنما مواصلة واستمرار الحياة الزوجية ، طالما أن مدة عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد وعلى القاضي اغتنام الفرصة وعدم تفويتها.

نجد أن المشرع الجزائري عندما نص بضرورة اجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع دعوى والتي لا يمكن للقاضي ان يتجاوزها، كما لا يمكنه أن يقوم بإجراء محاولات الصلح بعد انقضائها.

يعد إجراء الصلح جزء من إجراءات الخصومة ولا يدخل ضمن إجراءات الطلاق، لأن المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين عكس دعوى الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي التي قيدها المشرع بتقديم طلب للقاضي والذي يعتبر فيها الحكم منشأ لفك الرابطة الزوجية، فقد ليستعمل الزوج حقه في ارجاع زوجته اثناء فترة العدة في حالة الطلاق الرجعي والتي من المفروض أن تتطابق مع الفترة التي خصصها المشرع لمحاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من قانون الأسرة فإن حصل الرجوع ولو دون رضا الزوجة يكون الزوج قد مارس حق الرجعة.

لذلك على المشرع أن يتدخل ويغير مصطلح الصلح الوارد في قانون الأسرة واستبداله بمصطلح العدة طالما العلاقة الزوجية لا تزال قائمة فلا يعتبر صلحا عندما يرجع الزوج زوجته بموجب حكم القاضي وانما يكون الزوج في هذه الحالة قد استعمل حق المتمثل في الرجعة ولا مكان

(1) زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص108.

(2) بن الشيخ آث ملويا لحسن، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص254.

للصلح في هاته الحالة، فكيف لنا ان نعتبر ارجاع الزوج لزوجته أثناء العدة صُلحًا ، طالما رضيت الزوجة ، لا يغير من الامر شيئا ، فيجب التمييز بين احكام الرجعة والصلح وبالتالي لا يصح قول المشرع من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد وانما الأصح من راجع زوجته اثناء العدة لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد فوات العدة يحتاج الى عقد جديد.[1]

يقترن حق الزوج في الرجعة بمدة زمنية والتي سماها المشرع "صلح" حيث يقول من راجع زوجته اثناء محاولة الصلح والتي حددتها المادة (49) بثلاثة (3) أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى وهذا يمكن الخطأ انه لم يتم الاخذ بعين الاعتبار بتاريخ وقوع الطلاق وبدأ بسريان مدة العدة فالمشرع هنا لم يقصد التصالح أو الصلح وإنما خص بالذكر المدة الزمنية.

كما نجد أيضا في المادة (50) من قانون الأسرة التي استعملت عبارة (من راجع زوجته) مخاطبا بذلك الزوج صاحب الحق، في حين أن حق الزوج في الرجعة مقترن بمدة زمنية محددة سلفا يسقط بتجاوزها، ولم يقل إذا تراجعا فهو يتكلم مع الزوج بصفته له الحق بينما الزوجة ليس لها الحق وإنما لها فقط الاعتراض.

وإن حصل اتفاق بين الزوجين وتم تحرير محضرا بذلك يجب أن يتم هذا الاتفاق أثناء فترة العدة التي سماها المشرع فترة الصلح، وأما إذا تم هذا تم خارج فترة العدة اعتبرناه اتفاقا أي توافق إرادة الزوجة والزوج.

فالمشرع لم يميز بين الرجوع الواقع داخل فترة العدة والرجوع الواقع خارجها ويكون بذلك قد أهمل فترة العدة.

في الحقيقة هناك حالات تكون بداية العدة سابقة على تاريخ رفع الدعوى الذي يطابق بداية سريان المدة التي يبدا فيها القاضي اجراء محاولات الصلح وهنا عند الربط بين تاريخ رفع الدعوى وتاريخ نطق الزوج بالطلاق وتاريخ إجراء الصلح من طرف القاضي، نجد هذه التواريخ لا تتطابق مع بعضها البعض، فقد تنقضي فترة العدة ولا يصبح للزوج حق الرجعة ويستوجب في هذه الحالة عقد جديد ومهر جديد ورضا الزوجة. [2] وبذلك المشرع يؤكد أنه من راجع بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد والأصح أن نقول من راجعها بعد فوات العدة وقبل صدور الحكم أو حتى بعده يحتاج الى عقد جديد.

---

(1) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2006، ص14 و141.

(2) المرجع نفسه، ص142.

إن تفسير البعض الى المادة (50) من قانون الأسرة على أساس من راجع زوجته اثناء محاولة صلح لا يحتاج الى عقد جديد يرون أن العبرة من فترة الصلح التي مدتها ثلاثة (03) أشهر، مهما طلق الزوج من مرة ومهما كان الزمن الذي مضى على طلاقه، تبدأ متى رفع دعواه امام القاضي وإن راجع زوجته أثناء فترة الصلح فإنه لا يحتاج الى عقد جديد وبتفسيرهم هذا يكونون قد اغفلوا العدة، وهذا هو الخطأ بعينه لأن المشرع قصد بهذه الفترة الزمنية (03) أشهر العدة ويجب مراعاتها بإعتبار أن العدة لم تنقض وكل ما في الأمر أن المشرع أخطأ لما استعمل عبارة أثناء محاولة الصلح قاصدا منه أثناء فترة العدة.

وعليه فالأحسن ان تتغير صياغة النص القانوني وذلك بحذف مصطلح الصلح واستبداله بمصطلح العدة، وذلك بإدراج مادة جديدة تنص على الصلح مع مراعاة العدة، فتكون الصياغة الجديدة يجوز للزوج «**أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون عقد جديد مع مراعاة أحكام المادة(58)**».

أما فيما يخص الصلح في الدعاوى الأخرى غير دعوى الطلاق فالإدارة المنفردة للزوج فالصلح الواردة في المادة (49) من قانون الاسرة يخص طلاق الزوج فقط ولاسيما وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية تضبط الصلح في جميع الدعوى وبذلك اصبح إلزاما أن يتدخل المشرع ويعدل نص المادة (49) و(50) أو يضيف مواد تخص الصلح في التطبيق والخلع أو على الأقل يعتمد نظام الإحالة الى تطبيق إجراءات الصلح مع مراعاة الخصوصيات في فك الرابطة الزوجية حتى يكون القانون الموضوعي منسجم مع القانون الشكلي الاجرائي وبذلك فمفهوم الصلح الوارد في المادة (49) و(50) من قانون الاسرة لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة نظر دعوى أساسها المواد (53)و (54) من قانون الأسرة.

وعليه يمكن أن نستنتج أن الصلح في مادة شؤون الأسرة بعد اجراء وليس عقد يسعى قاضي شؤون الأسرة من خلاله الى إيجاد حل ودي بين الطرفين ووضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية فهو اذن اجراء وقائي يقوم به القاضي وجوبا للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية أو من أجل استمرار الحياة الزوجية [1]، عملا بقوله تعالى:« وَالصُّلْحُ خَيْرٌ».[2]

(1) بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية 2011 و2012، ص115.

(2) سورة النساء، الآية 127.

الفرع الثالث: مشروعية الصلح

لقد كثرت الأدلة على مشروعية الصلح بصفته عامة وفي جميع المجالات وبين الزوجين بصفة خاصة فالصلح ثابت في القرآن الكريم (أولا) والسنة (ثانيا) والإجماع (ثالثا).

أولا: في القرآن

لقد أمر الله عزوجل بالصلح في العديد من الآيات في القرآن الكريم من أجل أن يبين أهميته في تسيير حياة الناس وأنه السبيل الوحيد لحل الأزمات والخلافات ومن أهم الآيات التي تدعو الى الصلح بين الأزواج لقوله تعالى: «وَالصُّلْحُ خَيْرٌ»[1] في هذه الآية يستدل على مشروعية الصلح بين الزوجين، وقوله تعالى: «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا».[2]

يعني أن المرأة إذا علمت من زوجها استعلاء بنفسه فلها إما بغضه إياها أو لكراهية بعض الأشياء منها وظهر انصرافه عنها بوجه عام أو ببعض منافعه التي كانت لها منه، فلا حرج بينهما من أجل استدامة المقام في حبال العقد الذي بينهما والصلح خير وحثت هذه الآية الزوجين على اصلاح ذات البين ، وذلك لعظم الفائدة الموجودة والأجر العظيم والثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل الخير وكله خير في الآية بمعنى خير من الفراق والتمادي في الخلاف والشحناء والمباغضة لأنها شر ، وإن الله سبحانه وتعالى وصف الصلح بالخير إلا ما كان مشروعا مأذونا فيه.[3]

ثانيا: في السنة

لقد جاءت من الأحاديث أشهرها عن كثير بن عمرو بن عرف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول(ص) قال: «**الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو حرم حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما**». [4] إن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ولا يوصف بالجواز إلا ما كان مشروعا في أصله، ولا يظلم فيه أحد الطرفين ولا يحرم حلالا

(1) سورة النساء، الآية 127.

(2) سورة النساء، الآية 35.

(3) شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون ، المرجع السابق، ص123.

(4) الحديث أخرجه الترميذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق وشرح محمد شاكر، دار الكتاب العلمية، لبنان، دون سنة نشر، ص635.

فهو جائز، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهي وقمة العدل وأقرب الى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح والأسرة وصلاح المجتمع ككل.

فعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة قالوا بلى قال صلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة**». (1)

ثالثا: الاجماع

أجمعت الامة 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 انه قال لأبي موسى الأشعري :« **وأحرص على الصلح مالم يتبين لك فصل القضاء**»، كما قال أيضا: «**ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يورث الضغائن**».(2)

فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم الى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، ولم ينكروا عليه فيكون اجماعا من الصحابة، ويكون حجة قطعية لان الصلح شرح للحاجة وهي قطع الخصومة والمنازعة. (3)

ومنه يمكن أن نستنتج أن مشروعية الصلح ثابتة في القرآن والسنة النبوية واجماع الصحابة والفقهاء ولكي نتمكن من الإحاطة بماهية الصلح في شؤون الاسرة، يجب أن لا نكتفي بتعريفه بصفة عامة أو بصفة خاصة بل لا بجد من تمييزه عن غيره من صور الصلح المشابهة له في القوانين الأخرى وهو ما سنتطرق له من خلال المطلب الموالي.

(1) الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء 4، المطبعة المصرية، لبنان،1243هـ ،405.

(2) الإمام بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي علاء الدين أبوبكر، بدائع الصنائع، ج5، المطبعة الجمالية ، دون سنة نشر،1328هـ، ص40.

(3) شتوان بلقاسم، المرجع السابق ، ص126.

المطلب الثاني: تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

الفرع الأول: تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني

لقد تطرقنا سابقا ان الصلح في شؤون الأسرة لا يعتبر عقد وإنما إجراء يجريه قاضي شؤون الأسرة بين الزوجين على خلاف الصلح في القانون المدني الذي يكيف على أنه عقد طبقا لنص المادة (459) منه وإن كان الصلح في شؤون الأسرة والصلح في قانون المدني لهما نفس الهدف بحيث أن كليهما ينهيان النزاع بطريقة ودية بانقضاء الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها كل من المتصالحين، حيث تنقضي الدعوى بالصلح، غير أن ذلك لا يعني وجود اختلاف بينهما.

لقد اخذ المشرع الجزائري بمبدأ الصلح في قانون الاسرة كحالة القوانين العربية ككل، واعتبره من الإجراءات الوجوبية و الأولية التي يلتزم القاضي بها قبل الشروع في مناقشته موضوع الدعوى ، فتجد محاولة الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق مصدرها القانوني في قانون الأسرة بموجب المادة (49) التي تنص:« **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءا من تاريخ الدعوى**» ، وكذا نص المادة (435) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية في الطلاق بالتراضي التي تنص:« **يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا**»، وبصفة عامة في صور فك الرابطة الزوجية في المواد (439) وما يليها ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح في قانون الأسرة اعتبره إجراءا قضائيا يسبق الفصل في القضية دون تقديم تعريف له ، في حين نجده في القانون المدني قد خصص له فصلا كاملا وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني " الالتزامات والعقود " من المادة (459) الى (466) من القانون المدني حيث عرفه في المادة (459) :« **الصلح عقد ينهى به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقعان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه** »، ومنه فالمشرع أقر بالصلح سواء في القانون الخاص أو القانون العام واعتبره عقدا.

وبذلك نجد أن أحد طرفي الصلح في القضايا المدنية إما شخص طبيعي أو معنوي أما بالنسبة لطرفي الصلح في قضايا الاسرة دائما شخصين طبيعيين وهما الزوج والزوجة حسب المادة (04) من قانون الاسرة.

أما عن طبيعة النزاع ففي القانون المدني أن يكون قائم او محتمل، غير أنه بالمقابل يكون إجراء الصلح في شؤون الأسرة لصيقا بنزاع قائم بالضرورة.

طبيعة قضايا شؤون الأسرة تختلف عن قضايا القضاء المدني لأن الأولى تتعلق بحالة الأشخاص بذاتهم ويغلب عليها طابع السرية والحرمة والثانية تتعلق بالأموال سواء كانت منقولة أو عقارية [1] أما فيما يخص ميعاد اجراء الصلح في قضاء شؤون الاسرة نجده محدد بمدة زمنية معينة بحيث يجب على القاضي شؤون الاسرة اجراء الصلح خلال فترة ثلاثة(03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى بينما الصلح في القانون المدني غير مرتبط بمدة زمنية معينة، فقد يكون في بداية النزاع أو قبل الفصل في الدعوى أو حتى بعد اقفال المرافعات إذا رجعت الدعوى الى الجدولة بناء على طلب أحد الخصوم بمعنى آخر يكون في أي لحظة طيلة مراحل سير الدعوى.[2]

أما ما يتعلق بتحديد عدد محاولات الصلح، فنجد أنه في القانون المدني لم يحدد المشرع عدد الجلسات ولم يقيد زمن عقدها وعرض الصلح فيها ويفهم من خلال ذلك أنه يمكن للقاضي وكذلك الخصوم طلب اجراء الصلح في أي مرحلة تكون عليها الخصومة يرون فيها جدية المحاولة، على خلاف قانون الأسرة الذي ذكر ذلك جليا في المادة 49 بأنه يقع على القاضي لزاما اجراء عدة محاولات للصلح ولكن يبقى تقدير هاته المحاولات خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه.

كما يتعين على كل طرف من أطراف الصلح المدني أن يتنازل على وجه التبادل عن حقه، وذلك أن الصلح يقتضي التضحية من الجانبين وغالبا ما تكون التنازلات متوازنة وذات طابع رضائي، فالصلح في المسائل المدنية يتميز بتنازلات متبادلة أو متكافئة بحيث تنص المادة (459) من القانون المدني على ما يلي: «... **وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**». [3]

ويعد تنازل المتنازعين عن ادعائهم العنصر الرئيسي في نظام الصلح المدني بينما الصلح في شؤون الأسرة يكون الزوجين في موقعين غير متكافئين في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة ، قد يكون ناجما عن ممارسة الزوج لحقه في الرجعة في الطلاق الرجعي فمن غير اللائق أن نتكلم عن التنازلات المتبادلة فالحقيقة أن الامر لا يخص مسألة التنازل وإنما يتعلق باستعمال حق ، إذ نجد الزوج يستعمل حقه الثاني وهو الرجعة أثناء عملية الصلح خلال فترة العدة الشرعية بعد ما استعمل

(1) خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012، ص90.

(2) العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية في القوانين الأخرى، منشورات البغدادي، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص43.

(3) قدور محمد سليمان، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية،2011-2012، ص62.

حقه الأول في الطلاق ، وهنا لا نكون أمام تنازل عن الحقوق وإنما نكون أمام حق مقرر شرعا وقانونا للزوج وهو ما نصت عليه المادة (50) من قانون الاسرة :« **من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج الى عقد جديد**» غير ان هذه الكفة تتساوى عندما تنقضي العدة ويصبح رضا الزوجة أمر ضروري للحديث عن الصلح إذ لها كل السلطة لفرض إرادتها على الزوج.[1]

أما ما يتعلق بقابلية الصلح للطعن فيه، ففي شؤون الأسرة الصلح يكون مثبتا في محضر وهذا المحضر يكون سندا تنفيذيا ، حيث لا يمكن الطعن فيه ولذلك كان قضاء المحكمة العليا في هذا السياق عندما اقر أنه لا يجوز استئناف الحكم المثبت للصلح الذي وقع بين الخصوم لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي فصلت في النزاع الموضوع أمام القضاء، بينما الحكم المصادق والمثبت للصلح لا يقبل الاستئناف لكونه تضمن صلحا بين الأطراف لا غير ويتعين نقض القرار الذي قبل الاستئناف في هذا الحكم. [2]

لكن على اعتبار الصلح سند تنفيذي مع أنه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي يمكن الأطراف من عرض النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الموضوع، فهو يعد سندا رسميا صادرا عن موظف عمومي وهو القاضي، وعليه وطبقا للأحكام العامة للمحررات الرسمية فله حجية مطلقة في الاثبات الى ان يطعن فيه بالتزوير على خلاف الصلح المدني الذي يطعن فيه بالطرق المعروفة كإلتماس إعادة النظر أو الطعن بسبب من أسباب عيوب الاهلية او عيوب الغدارة كالغلط أو التدليس، على أساس أن الصلح في المواد المدنية يكيف على أساس أنه عقد وبالتالي يخضع لأحكام العقود غير أن هناك من يرى أن الصلح المدني الذي يتم امام القضاء هو عقد وليس حكم ويترتب على ذلك الغاء محضر الصلح بدعوى بطلان أصلية وليس بطرق الطعن العادية أو غير العادية ويبنى الادعاء بالبطلان امام المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب القانونية المبطلة للعقود. [3]

(1) قدور محمد سليمان، المرجع السابق، ص62-63.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 103637، المؤرخ في 1994/04/19، المجلة القضائية، عدد خاص،2001، ص94.

(3) بوشيبان فضيلة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة في ظل قانون إجراءات المدنية الإدارية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 18، الجزائر، السنة الدراسية 2007-2010، ص13و14.

الفرع الثاني: التمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية

إن اللجوء للقضاء هو من الحقوق العامة التي يكلفها القانون للناس جميعا ، فكل شخص حق الادعاء أمام القضاء سواء كان محقا في ادعائه أو غير محق فيه، وهو الحق الذي تقضي به القواعد العامة في القانون، بمعنى أن الشخص كلما وضع اعتداء على حقه أو مركزه القانوني نشأ له الحق في مباشرة الدعوى، لكن يمكن أن يورد القانون استثناء على القاعدة بمعنى أنه بالرغم من وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني للشخص، القانون يمنعه من اللجوء الى القضاء إلا بعد القيام بعمل معين أو الحصول على اذن مسبق وهو ما يسمى " المنع المؤقت" ويشكل هذا العمل قيدا على رفع الدعوى ويعتبر هذا القيد عقبة قانونية وضعها المشرع أمام الشخص فلا ينفتح أمامه باب القضاء إلا بعد استيفائه ويشمل هذا القيد صور منها اجراء المصالحة في منازعات العمل بحيث تنص المادة(01/19) من القانون رقم (04/90) على ما يلي :« **يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح امام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية**» يتضح من هذا النص أن المشرع قيد حق الشخص في اللجوء الى القضاء في منازعات العمل بضرورة اجراء محاولة الصلح قصد تسوية النزاع بين الطرفين ، اذ يترتب على رفع الدعوى قبل استيفاء هذا القيد عدم القبول، وفي حالة عدم حصول صلح بين الطرفين حينئذ يحق للخصم اللجوء الى القضاء للمطالبة بالحماية القضائية فهذا القيد من القيود النسبية لأنه يقوم بعمل ، وإذ لم يؤد العمل الى نتيجة يلجأ الى القضاء، ولكن اذا حصل وان لجأ الشخص – العامل– الى القضاء دون أن يقوم الشخص بمحاولة الصلح فما هو الأثر المترتب على الدعوى؟ فيجب عند رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي مراعاة القواعد العامة لرفع الدعوى مع إضافة الشرطين لقبولها شكلا وهما:

– أن ترفق العريضة بمحضر عدم الصلح وتجدر الإشارة بأن التظلم سواء كان تدريجيا أو امام نفس الجهة المستخدمة ولا يحل محل محضر عدم الصلح ولا يعتبر شرطا لقبول الدعوى.

– أن ترفع الدعوى خلال أجل لا يتجاوز 06 أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى وهذا حتى لا يتعسف العمال في رفع دعواهم إلا بعد انقضاء آجال طويلة قصد الحصول على تعويضات تكون أحيانا جد كبيرة. [1]

من خلال ما سبق يظهر الفرق بين محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل باعتبارها قيدا على رفع الدعوى وبين محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة (49) من قانون الاسرة الذي يعتبر في هذه الحالة شرطا وجوبيا للنظر في موضوعها، إذ يعد اجراء من إجراءات المتبعة أمام

(1) زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسيكوبيديا للنشر بن عكنون، الجزائر، ص75.

قسم شؤون الأسرة الذي يجريه القاضي مباشرة بعد رفع دعوى وهو ما تؤكده المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي :«...**بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر...**». (1)

المبحث الثاني: وجوبية الصلح في شؤون الأسرة

تثير محاولة الصلح في قانون الأسرة إشكاليات من حيث مدى إلزاميتها، فقد اختلف الكثير من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المدة (49) من قانون الأسرة الى إتجاهين، بين ما يرى أن إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية، بحيث يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام و يرتبون على الاغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الاجراء بطلان العمل القضائي ومنه بطلان حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي وبين من يرى عكس ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري وتبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام ولا بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو حتى الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول: علاقة الصلح بالنظام العام

نص المشرع على محاولات الصلح في شؤون الاسرة في المادة (49) منه التي جاءت كما يلي:« **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى**» كما نظمه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد (431) و(439) الى (448) منه، إلا ان الفقه والقضاء اختلفا بين إذا كانت محاولة الصلح اجراء جوهري أو وجوبيا أو غير جوهري.

الفرع الأول: محاولات الصلح إجراء جوهري

هناك الكثير من رجال القانون، عند تفسيرهم لنص المادة (49) من قانون الأسرة ، وكذا المواد المنظمة لإجراءات الصلح الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الثاني تحت عنوان الإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية من الباب الأول في الإجراءات الخاصة لبعض الأقسام في الفصل الأول في شؤون الأسرة في القسم الثالث في إجراءات الطلاق في الفرع الثالث في الصلح في المواد (439) وما بعدها ، إن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة، تعد من الإجراءات الأولية والجوهرية والإلزامية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية باعتبارها

(1) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة2، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص361.

من النظام العام هذا من ناحية الفقه (أولا) والجدير بعد الاطلاع على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا نجدها ذهبت الى القول ان القاضي الذي يحكم دون قيامه بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين يعتبر قد أخطأ في تطبيق القانون(ثانيا).

أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح إجراء جوهري

لقد فسر الأستاذ " العربي بلحاج" نص المادة(49) من قانون الاسرة بما يلي: «... **نصا اجرائيا أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث يوجب على القاضي محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق**» وذهب الى القول أن :« ...**محاولة الصلح من مقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني** ». [1]

أما الأستاذة تشوار حميدو زكية تقول :«... لكن دون إغفال عن الصلح الذي أصبح إجراء جوهريا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية وتضيف أنه من خلال ملاحظة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا هذا الموقف يجلى بوضوح أن محاولة الصلح اجراء جوهري على القضاء اتباعه وإلا عرض قرارهم للطعن ، هذه القاعدة في نظر هذا الاتجاه من النظام العام ولا يمكن للقاضي الاستغناء عنها أو تجاوزها و بمعنى أدق أن المستفاد من هذه القرارات الحكم بالطلاق يرتكز أولا على اجراء محاولة الصلح وأن تقدير نتيجة هذه المهمة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي ينبغي عليه القيام بها». [2]

أما الأستاذ" تقية عبد الفتاح" تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية ومهمة جوهرية في الطلاق فقد أكد المشرع في قانون الإجراءات المدنية من خلال المادة (439) أن محاولة الصلح وجوبية وأنها مبدأ أساسي جوهري في قضايا الطلاق. [3]

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2002، ص357.

(2) حميدو تشوار زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد10، 2010، ص121.

(3) تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء، منشورات ثالثة، الجزائر،2011، ص153.

ثالثا: الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري

كان قضاء المحكمة العليا مستقرا بخصوص إجبارية محاولة الصلح عندما كان يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه لنص المادة (17) منه ن فقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى الصادرة بتاريخ: 1968/07/03 أن التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون. [1]

أما بعد صدور قانون الاسرة في سنة 1984 استقر أيضا قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولات الصلح في قراره الصادرة بتاريخ 1989/12/25 على أنه :« **من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي...**» ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد (49) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه. [2]

الفرع الثاني: محاولات الصلح اجراء غير جوهري

هناك من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة (49) من قانون الاسرة، من يعتبر أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة لا تعد من الإجراءات الجوهرية السابقة على الحكم لفك الرابطة الزوجية وبالتالي لا تعد من النظام العام.

أولا: الاتجاه الفقهي المنكر لفكرة الصلح اجراء جوهري

يرى الأستاذ "عادل بوضياف" :« إن الصلح وجوبي بنص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والادارية وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بها القاضي وهو تأكيد لنص المادة (49) من قانون الأسرة والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يفيد ببطلان العمل الاجرائي في حالة تخلف الصلح ولا يظهر جليا، وإن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الاجرائي...» ولأن الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهي النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق. [3]

(1) المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، دون رقم، مؤرخ في 1968/07/03، مجلة الاحكام لوزارة العدل، الجزء 1، دون سنة نشر، ص49 الى 51.

(2) المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم57812، مؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية، عدد03، 1991، ص71.

(3) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط1، كليك للنشر، الجزائر،2012، ص444.

كما قال الأستاذ "عبد العزيز سعد":« في حالة ما إذا أتفق الزوجان على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك وحالة ما إذا أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضة المطلق لمبدأ الصلح، كما تعتبر محاولة الصلح عديمة الفائدة عندما تتمسك الزوجة بالتطليق لغيبة الزوج عنها لمدة طويلة بلا عذر ولا نفقة ولا يدرى أين هو أصلا»[1] كما يرى الأستاذ" لمطاعي نور الدين" أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام مضيفا الذي يدعم أكثر، أن محاولة الصلح ليست اجراء جوهري ، هو أن المشرع حدد لها مدة (03) أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أي بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء العدة المحددة والمخصصة لها وهي (03) أشهر ، فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما قيدها المشرع بتلك المدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول، ويضيف رغم الارتباط الوثيق بين عدة الطلاق الرجعي وجلسة الصلح ، خاصة عند إيقاع الزوجة للطلاق بتاريخ رفع الدعوى فإن محاولة الصلح دائما وابدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام. [2]

ثانيا: الاتجاه القضائي المنكر لفكرة الصلح اجراء جوهري

كانت المحكمة العليا تقضي في قراراتها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق إذ لم يقم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين غير أنه في قرارات أخرى حذت منهجا مغايرا بأن اعتبرت محاولة الصلح ليست اجراءا جوهريا ومن بين تلك القرارات في هذا الشأن نجد هذا القرار الذي قضى بما يلي:« **إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق والتطليق تصدر دائما نهائية** ». [3]

وتبعا لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بأن محاولة الصلح جوازية حيث وردت في أسبابه ما يلي: فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن : أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه المجلس القضائي بمحاولة الصلح بين الزوجين واعتبرت ذلك من مبطلات الحكم ومن مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس ، دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه ، وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ اجراء لا يفرض عليهم

(1) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، ط2 ، دار فسيلة، الجزائر، 2009، ص141، ص126.

(2) سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط2، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر،1989، ص384.

(3) المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم36962، مؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، عدد2، 1990، ص40.

القانون اتخاذه، ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع اجراء جعله القانون جوازيا، لهم فعله أو تركه وأن المادة (17) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالصلح جاء النص فيها عاما وجاء جوازيا ولا يستثنى أي دعوى فالمادة تقول :« **يجوز للقاضي مصالحة الأطراف اثناء نظر الدعوى في اية مادة كانت ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إذ أمكن له ذلك ويتركه إن تعذر عليه الامر ولا يأخذ عليه إن هو تركه**». [1]

حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، استمرت المحكمة العليا باعتبار الصلح اجراء غير جوهري وهو ما تضمنه القرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 والذي قضى بما يأتي :« **لكن حيث أن المادة (49) من قانون الأسرة لا تطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة الى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من قانون الأسرة هي إلا موعظة**». [2]

وأمام هذين الاتجاهين المنكر والمؤيد لفكرة الصلح إجراء جوهري برز منذ صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية موقف يحاول حسم الأمر وإزالة الإشكال، بحيث يعتبر أن نص المادة (439) من هذا القانون هو المعيار الفاصل، بأن جعلها اجراء وجوبي، وفي هذا الشأن فسرت الأستاذة " قودري خيرة" أن جلسات الصلح وجوبية بقولها :« أبانت الممارسة العملية في ظل المادة القديمة بأنه كان يعتريها بعض القصور بحيث أن محاولة الصلح كانت تعد اجراء شكليا تقوم به المحكمة تارة وتغفل عنه تارة أخرى ويظهر ذلك من خلال قراراتها غير المستقر فيها ، ولكن بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أزال التناقض الذي وقع فيه القضاة وأصبحت الأحكام موحدة»[3] وهذا بناء على المادة (439) ومنه التي نصت بقولها :« محاولات الصلح وجوبية » هذه المادة جاءت بصيغة أمر لأن استعمال لفظ " وجوبية" من شأنه أن يلزم القاضي القيام بإجراء الصلح.

كما أن التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة 2005 لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية الصلح في الطلاق، فمن خلال النص يتضح ان المشرع لم يأت بجديد بخصوص مدى الزامية محاولة

(1) المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم3962، مؤرخ 1988/07/18، المجلة القضائية، عدد2، 1990، ص65.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم356657ن مؤرخ 2007/06/13، غير منشور.

(3) قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص211.

الصلح في مواد الطلاق غير ان المشرع تدارك هذا العيب ، وذلك من خلال نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبذلك وجب إعمال هذا النص والقول بوجوبيه وإلزامية الصلح، فرغم تعديل المادة (49) من قانون الاسرة بموجب الامر 02/05 إلا أنه لم يزل اللبس والغموض حول إلزامية الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية ، لذلك لا يزال النقاش مطروح لدى القوانين بين من اعتبره إجراء غير جوهري وإجراء جوهري ، إلا أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أزال هذا الغموض ولم تعد مسالة إلزامية محاولة الصلح تثير أي جدل إذ نصت المادة (439) منه " محاولات الصلح وجوبية " لكن يطرح تساؤل عن الوضع الذي كان سائدا فيما يخص الصلح قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهل تغير الوضع بعد صدوره.

في الحقيقة الأمر لم يتغير أي شيء بخصوص اجراء الصلح سواء في ظل قانون الاسرة لسنة 1984 أو عن تعديله سنة 2005 أو في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى أو حتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بحيث لاقت المادة (49) من قانون الاسرة نقاشا حادا وتضاربا صارخا وهذا راجع الى سوء فهم وتفسير القانون في حين لا يوجد أي اشكال حول اعتبار محاولة الصلح اجراء جوهري أو غير جوهري، فالمادة السالفة الذكر تتكلم عن محاولة الصلح التي كانت موجودة منذ سنة 1984 وحتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، ولكن كل ما في الأمر أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تنص على الصلح المفرد أي الذي يقتصر على محاولة صلح واحدة والجديد الذي يأتي به التعديل 2005 هو زيادة عدد محاولات للحفاظ على الأسرة.

إعتمد المشرع الصلح كإجراء جوبي في نص المادة (49) منذ سنة 1984 وحتى بعد التعديل سنة 2005 ، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الاسرة من خلال نص المادة (439) منه بأن أقر وجوبية محاولات الصلح، فالمشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي او الإجرائي فجاء ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة آمرة لكن لم يقرنها المشرع بجزاء ، لأنه بالرجوع الى فقه القواعد القانونية نجد نوعين من القواعد القانونية، القواعد المكملة والقواعد الآمرة وهذه الأخيرة تنقسم الى نوعين قاعدة آمرة تتضمن جزاء عنه عدم مراعاتها وقاعدة آمرة لا تتضمن جزاء على عدم مراعاة أحكامها ولنا أن نتساءل لماذا المشرع في أحد القواعد الآمرة يعطي الجزاء في امر ما وأحيانا لا يترتب جزاء ، فهذا له دلالة قاطعة على أنه في حالة عدم العمل بذلك المقتضى فلا أثر يترتب

عليه فلا يمكن أن يفسر النص اكثر مما يحتمل ومادام المشرع يقول على القاضي إجراء الصلح ولكن لم يرتب جزاء على تخلف هذا الإجراء ، فهذا دليل يجعل من الصلح اجراء غير جوهري.[1]

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تخلف محاولات الصلح

تبعا للاختلاف الفقهي والقضائي اللذان أوجد قراءتين للنص في مسألة مدى إعتبار جلسة الصلح من النظام العام بين من يرى أن إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية، وبالتالي يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام ويرتبون على إغفاله او عدم قيام القاضي به بطلان العمل القضائي ومنه بطلان حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع وبين من يرى خلاف ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد اجراء جوهري ولا يؤثر تخلفها اطلاقا على صحة الحكم القضائي.

الفرع الأول: بطلان الحكم القضائي

يرى أنصار فكرة اعتبار الصلح اجراء جوهريا بأن محاولة الصلح تعد اجراء لصيق بالنظام العام، ويترتب على اغفاله النقض وبطلان الحكم القضائي وهو ما سنتطرق له من الجانب الفقهي والقضائي.

أولا: من حيث موقف الفقه

يرى الأستاذ بلحاج العربي: «لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء وأن محاولة الصلح أصبحت إجراءا اجباريا يجب على القاضي القيام به من قبل النطق بالطلاق وإذا لم يتم هذا الاجراء فإن الحكم الصادر يكون باطلا»، ويقول أيضا:« سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه». [2]

كما يرى الأستاذ " عمر زودة" :« إن محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني ويترتب على تخلفها بطلان هذا العمل ». [3]

(1) بن جناحي امينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس،2014، ص110-111.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص357.

(3) زودة عمر، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع سابق، ص35.

ثانيا: من حيث القضاء

يستخلص من قرارات المحكمة العليا ان الصلح اجراء أوجبه القانون، يعد من النظام العام واغفال القرار المنتقد القيام بهذا الاجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له، الأمر الذي يستوجب نقضه كما هو ثابت من خلال القرارات التالية.

جاء في قرار صادر بتاريخ 1966/07/03 عن المجلس الأعلى سابقا بأن :« التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون». (1)

كما جاء في قرار آخر قضى بما يلي:« حيث أن وبالرجوع الى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الاسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل اصدار حكم فك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة». (2)

جاء أيضا في القرار الصادر بتاريخ 2013/02/14:« حيث أنه تبين بالرجوع الى الحكم المطعون فيه ومحضر عدم الصلح بتاريخ 2009/09/19 أن المطعون ضدها بصفتها مدعية وطالبة التطليق لم تحضر جلسة الصلح ومع ذلك استجابت المحكمة لدعواها الرامية الى التطليق وحيث أن المحكمة العليا – غرفة شؤون الاسرة والمواريث– قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني ومادام أن المطعون ضدها لم تحضر جلسة الصلح مما يتعين ان يكون نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة طبقا لنص المادة (365) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. (3)

(1) المجلس الأعلى ، غرفة الأحوال الشخصية ، بتاريخ 1968/07/03 ،مجلة الاحكام، ج 1، دون سنة نشر، ص49–51.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم75141، مؤرخ في 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد رقم01، 1993، ص65.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم687997 مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

الفرع الثاني: صحة الحكم القضائي

لقد اخذ بفكرة صحة الحكم القضائي هم المؤيدين لفكرة ان محاولة الصلح ليست اجراء جوهري وبالتالي فهي لا تعد من النظام العام ولا يترتب على اغفاله النقض وبطلان الحكم القضائي وإنما الحكم يكون صحيح ولا يتأثر بإجراء او عدم اجرائها

أولا: من حيث موقف الفقه

ان محاولة الصلح في حقيقة الامر ليست اجراء جوهري من شأنه المساس او التأثير على الحكم القضائي المثبت للطلاق لأن الهدف المتوخي من اجراء محاولة الصلح هو تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج حتى يتمكن هذا الأخير من الوصول الى المبتغى والهدف المنشود ، ألا وهو الوصول إلى إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على العلاقة الزوجية وإستعمال حق الرجعة لا غير وذلك لا يتأتى إلا في حالة تطابق مدة عدة الطلاق الرجعي ومدة الصلح ، وأن الهدف من إجراء الصلح ليس إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق ، كما ذهب البعض إذ لا يستطيع ان يعدل الزوج عن الطلاق لأنه وقع واستعصى الأمر وإنما لأجل مواصلة وإستمرار الحياة الزوجية طالما وأن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعدن الشيء الذي يدعم أكثر بأن محاولة الصلح ليست اجراء جوهري ، هو أن المشرع حدد لها مدة ثلاثة (03) أشهر فقط تسري من يوم دفع الدعوى أي بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء هذه المدة ، فلو كان حقيقة من إجراء جوهري لما قيده المشرع بالمدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول.[1]

أن الصلح وجوبي بنص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي حدود عدة محاولات الصلح يقوم بها القاضي وهو تأكيد لنص المادة (49) من قانون الأسرة ، والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يفيد ببطلان العمل الاجرائي في حالة تخلف الصلح نظرا، لأن البطلان في هذا القانون له ضوابط فاصلة وشروط وإبطال العمل الاجرائي قد تكون متعلقة بإجراء من النظام العام أو بمصلحة الخصم التي قد تتضرر في حالة تخلف هذا الاجراء إلى غيرها من المعايير التي قدمها الفقه والتشريع لإبطال العمل المتخذ عند عدم القيام بالصلح وأنه بالرجوع إلى نص في المادتين (49)، (439) السالفتي الذكر لا يظهر جليا وأن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الاجرائي، وخلص إلى القول أن الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهتي النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق وتمييز طرف عن طرف أو إضرار بطرف على حساب طرف

(1) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص130-132.

الآخر ، وتبعا لذلك يكون الصلح اجراء وجوبي لا يترتب على تخلفه بطلان العمل الاجرائي أو الحكم القضائي. [1]

ثانيا: موقف القضاء

لقد قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ:1985/06/03 " بأن محاولة الصلح جوازية حيث وردت في أسبابه ما يلي: فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن، أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه المجلس القضائي بمحاولة الصلح بين الزوجين واعتبرت ذلك من مبطلات الحكم ومن مخالفته القواعد الجوهرية من جانب المجلس دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه. [2]

جاء أيضا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 1999/02/16 ما يلي: أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما الصلح المذكورة في المادة (49) من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس. [3]

حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 الذي إعتبر ان الصلح إجراء غير جوهري بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 والذي قضى بما يأتي:« لكن حيث ان المادة (49) من قانون الأسرة لا تطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة الى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة المذكور بالمادة (49) من قانون الاسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن. [4]

وجاء قرار آخر قضت فيه المحكمة العليا :«حيث انه عكس ما تدعيه الطاعنة فالحكم قد نص على أن المحكمة سعت للصلح بين الطرفين وأنها لم تتمكن من تحقيق ذلك بسبب غياب الأطراف على عكس الجلسة وبالتالي فهذا الوجه هو الآخر غير قائم على أساس شرعي ، الأمر الذي يستوجب رفضه وحيث أنه من الثابت قانونا أن الاجراء المنصوص عليه في المادة (49) من

(1) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشتركة لجميع الجهات القضائية، مرجع سابق، ص444.

(2) بن الشيخ آث ملويا حسين، الملتقى في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص197-198.

(3) المحكمة العليا، غرة الأحوال الشخصية، قرار رقم216850 المؤرخ في 1999/02/16، المجلة القضائية، عدد خاص ،2001، ص103.

(4) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657، مؤرخ 2007/06/13، قرار غير متسور.

قانون الاسرة فهو اجراء جوهري وله صله بالنظام العام ، لكن المحكمة قد أشارت في حيثياتها أنها قامت باستدعاء الطرفين لإجراء محاولة الصلح إلا أنها لم تتمكن من ذلك بسبب غيات الأطراف وعليه فقاضي أول درجة لما قضى بالصورة المذكورة أعلاه يكون بذلك علل حكمه تعليلا كافيا ومقبولا الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن لعدم قيامه على سند قانوني.[1]

مما سبق نستخلص أن المشكل لا يزال مطروح على مستوى الفقهي بين من يؤمن ببطلان الحكم القضائي (يكون معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه) عند تخلف اجراء محاولات الصلح، بين من ينفي ذلك (وهو الراجح) ، إذ القول بالبطلان يعد خرقا لكل من أحكام الشريعة الإسلامية، كما وليس له أساس قانوني، لان المشرع لم يشترط من خلال المادة (49) من قانون الاسرة إجراء محاولات الصلح من اجل إتمام الطلاق، لأن إذا تلفظ الزوج بالطلاق أصبح مركز موجود، ثم يأتي الحكم القضائي لإثبات ذلك المركز الذي أوقعه الزوج، فالطلاق ليس معلق على أي شيء حيث المادة (49) من قانون الاسرة.

وهنا نجد أن سوء فهم النصوص القانونية خلق في المسألة الواحدة تناقضا بين من يعتبر الصلح إجراء جوهري وبين من يعتبر الصلح اجراء غير جوهري من جهة وبين من يعتقد أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية زال الغموض ولم تعد مسألة إلزامية الصلح تثير أي جدل بحيث تضمنت المادة (439) الجواب بأن اعتبرت محاولات الصلح وجوبية من جهة أخرى ، وفي الحقيقة وجوبية هذا الاجراء من خلال عدة محاولات يجريها القاضي تطبيقا لنص المادة(49) من قانون الاسرة ، وهو ما تؤكده المادة (439) بنصها على ما يلي : « **محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية**» غير أنه يلاحظ غياب صيغة الالزام في نص المادة (49) من قانون الاسرة وكذا النص المعدل لها. أو حتى نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لا تتضمن جزاء على عدم مراعاتها ن فلم يتقيد المشرع النصين تحت طائلة البطلان.

نلاحظ غياب نص صريح يدل على إلزام القاضي اجراء محاولة الصلح اذ يكفي القول بأن نص المادة (49) من قانون الاسرة، جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح إثر تعديلها ، مما يفهم ان المشرع يريد تأكيد على وجوب القيام بمحاولة الصلح، غير ان الامر لا يرقى الى درجة الاجراء الجوهري الذي يمس النظام العام. [2]

---

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 381426، مؤرخ2007/02/14، قرار غير متسور.

(2) بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل الإجراءات المدنية والإدارية الممارسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر، السنة الجامعية2010-2011، ص24-25.

كما تعتبر كلا من المادتين (49) من قانون الأسرة والمادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هما قاعدتان آمرتين كونهما تتضمن صياغة الوجوب، بالرغم أنهما من القواعد الآمرة إلا أن عنصر الجزاء غائب في نصيهما فلم يقرنهما المشرع بجزاء مادي عند مخالفة مقتضياتهما وبالتالي لما تكون القاعدة آمرة أي وجوبية ولكن لا تقترن بجزاء، كون المشرع هو من يجدد القواعد التي هي من النظام العام ويترتب على مخالفتها جزاء وإلى جانب المشرع يوجد أيضا القاضي الذي يحدد هل إعمال قاعدة معينة أو عدم إعمالها يؤدي الى إخلال بالنظام العام.

ويرى هل اعمال هذه القاعدة القانونية أو عدم إعمالها يعرقل حسن سير العدالة كون مصدر النظام العام هو القانون أو القاضي من جهة ومن جهة صياغة الوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الواردة في نص المادة (439) منه لا تفيد ببطلان العمل الاجرائي في حالة تخلف الصلح نظرا لأن البطلان له ضوابط فاصلة. [1]

المبحث الثالث: دور القاضي اثناء الصلح بناء على إرادة الزوجين

إن هدف الشريعة والقانون من عقد الزواج في تكوين أسرة أساسها دوام العشرة بين الزوجين، إلا أن الرابطة الزوجية قد تعتريها بعض العراقيل والمشاكل التي تهز كيانها وتحول دون تحقيق لهدف أسمى منها، فتصبح هذه الرابطة مصدر قلق وشقاق مستمر بين الزوجين، وتنقلب الحياة الى جحيم في جو مكهرب بدلا من الراحة النفسية للأزواج والأبناء، لذلك شرع الله إنحلالها والذي يكون بأحد الأمرين إما بالوفاء أو الطلاق وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة (47) من الامر 02/05: « **تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاء**».

كما تتعدد الطرق التي تنهي العلاقة الزوجية منها، ما يكون بيد الزوج وهو ما يعرف:« بالطلاق بالإدارة المنفردة»، ومنها ما يتعلق بإرادة الزوجين وهو ما يعرف "بالطلاق بالتراضي" وإنطلاقا من حرص المشرع على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها شرع نظام الصلح عن طريق تدخل القاضي سواء في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة أو في حالة التطليق.

المطلب الأول: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

يظهر دور القاضي شؤون الاسرة عند مباشرة إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة من خلال طرح أول سؤال على الزوج رافع الدعوى وهو بمثابة سؤال جوهري وينصب

(1) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشتركة لجميع الجهات القضائية، المرجع السابق، ص444.

مضمونه على النحو التالي : هل سبق للزوج وان أوقع الطلاق؟ من اجل تحديد بعض المراكز والتي من خلالها تتبنى عليه بعض الآثار، وهذا السؤال الجوهري يطرح في أول جلسة للصلح وإذا إفترضنا أن الإجابة بنعم فما على القاضي إلا طرح سؤال ثاني والمتمثل في ما يلي: كم مرة طلقت؟ وهل يجوز على أحكام قضائية سابقة تثبت فك الرابطة الزوجية بينهما، وكيف كانت حالة الزوج عند تلفظه بالطلاق؟.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وعلاقته بالصلح

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، وأحكام منشئة وأحكام إلزام ولذا كل حكم تقابله دعوى خاصة، فحكم الإلزام تقابله دعوى إلزام والحكم التقريري تقابله دعوى تقريرية والحكم المنشئ تقابله الدعوى المنشئة ، لذلك تختلف طبيعة الأحكام القضائية، الأمر الذي يفرض التطرق إلى معرفة الطبيعة القانونية لحكم الطلاق، فهل حقيقة أن الطلاق في الجزائر ينشئه القاضي أم الزوج بمعنى منشئ أو كاشف؟ وما هو الدليل على ذلك من خلال الآراء الفقهية والنصوص القانونية؟

وستكون مناقشة هذا التساؤل من خلال ثلاث جوانب قانونا وفقها وقضاء ، فالأساتذة والباحثون اختلفوا حول طبيعة الحكم القضائي الذي يثبت الطلاق المنصوص عليه في المادة (49) من قانون الأسرة إلى ثلاث اتجاهات فمنهم من يرى بأن حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف ومنهم من يرى بأنه حكم منشأ ومنهم من يجمع بينهما.

أولا: حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف

حسب هذا الرأي فإن الطلاق حق للزوج يمارسه كأي حق آخر مقيد بعدم التعسف ويمارسه في كل الأحوال ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة، رد الزوج في إستعمال حقه في الطلاق ولا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال حقه وتبعا لذلك أجاز لها القانون طلب التعويض.

تظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من الأحكام التقريرية الكاشفة ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج [1] في غير التطليق والخلع، فالحكم فيها منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

لكن هناك من الفقهاء من يعتقد أن الطلاق لا يقع إلا بعد صدور حكم القاضي، فهو مخالف لأحكام المادة (48) من قانون الأسرة، حيث حسب هذا الموقف هناك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلا

(1) تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء، مرجع سابق، ص234.

من إرادة الزوج في حين أن حكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشف للطلاق لا منشئ له، وأن وقوع الطلاق أمر قائم بذاته وإثبات الطلاق أمر آخر، فلكل الأمرين حكمه الخاص به وفي مسألة الطلاق يختلف حكم الطلاق الواقع فعلا عن حكم إثباته [1] فالزوج يوقعه، أما القاضي يسجل تلك الإرادة ويثبتها بموجب حكم تقريري ، فهناك فرق شاسع بين المصطلح " **لا يثبت الطلاق**" ومصطلح " **لا يقع الطلاق**" فالمصطلح الأول يستعمل فقط للإثبات ، ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف، أما المصطلح الثاني فيقصد به إيقاع الطلاق ويكون الحكم بشأنه منشأ غير كاشف.[2]

إذ لو أن القاضي حل محل الزوجة في إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاق بطلب من الزوجة شأنه شأن الخلع والتطليق وبالتالي ليس لإرادة الزوج إعتبار ، وحسب هذا الرأي الطلاق لا يعتد به إلا إذ أوقعه القاضي بالمحكمة قول لا يستقيم مع نصوص وأحكام قانون الأسرة وأن هذا القول يصح فقط عندما ينص المشرع صراحة على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة على غرار ما جاء به المشرع التونسي بينما قانون الأسرة الجزائري أقر بموجب المادة (48) على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، دون تقيدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات الطلاق والكشف عنه لا غير طبقا لنص المادة و(49) قانون الاسرة.[3]

ثانيا: حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم منشأ

يعتبر جانب آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإدارية التي يملكها الزوج وإذ بمجرد تعبير الزوج عن إرادته يحدث الأثر القانوني وهو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق وخروجا عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني حيث المادة (49) وتبعا لذلك أصبحت إدارة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستفتاء الشكل القانوني المحدد ، كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني ومرد هذا القصور يرجع الى إرادة المشرع وليس إلى ضعف الزوج في قواه العقلية.

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطا لإثبات وإنما هو شرط الانعقاد ذلك ، أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فإنه ينفي وقوع

(1) عيدوني عبد الحميد، دور الإدارة في ابرام عقد الزواج وانهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص18.

(2) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص49.

(3) بوكايس سمية ، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل الماجستير في القانون ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص108.

أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ومن ثمة يكون المشرع قد إنحاز إلى الاتجاه 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 إستيفاء إجراء الصلح ، وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة إثباته وعليه لا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادر عن القاضي يثبت ذلك.[1]

فالمشرع قيد الحق في الطلاق ، لأنه أوجب أن يقع أمام القاضي وهذا الشرط ليس سلبا لحق الزوج في الطلاق بل أمر وجوبي على الزوج إذا أراد أن يطلق أن يحترم الشكل الذي يقرره القانون فحسب هذا الإتجاه يكون حكم القاضي منشأ للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة(03) اشهر قبل الحكم واستعمال الصلح يكون خلال سير الدعوى الطلاق وخلال خصام الزوجين، وأن المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم اثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفيا فإن القاضي يمكنه أن يعتمد على البينة الشرعية في إثباته وهذا المعنى فاسد وغير صحيح ، لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمح مطلقا في حالة اذا وقع بعد صدور قانون الأسرة ، ولعل المشرع يقصد الوسيلة العادية لإيقاع الطلاق هو الحكم الذي ينطق به القاضي وانه بإنتفاء هذا الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية 1975 و تاريخ صدور قانون الأسرة ، و يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقبل البينة الشرعية في إثباته و قانون الأسرة لم يوفق في صياغة نص المادة (49) ، لأنه لم يبين ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق، كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الكاشفة الناشئة بل الكاشفة ، و لهذا كان على المشرع أن يستعمل مصطلح " لا يقع" بدلا من لا يثبت.[2]

ثالثا: حكم الطلاق كاشف ومنشئ

ذهب جانب آخر من الفقه الى إعتبار أن حكم القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة هو حكم منشئ وكاشف، حكم منشئ بسبب وجود الصلح، لأن الزوج يرفع الدعوى والقاضي يقوم بمحاولات الصلح وعلى هذا الأساس يصدر حكم بالطلاق بعده ، ويمكن أن يكون حكم كاشف كون الزوج

(1) زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنها الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص105.

(2) كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في اثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية2011-2012، ص109.

تلفظ بالطلاق شرعا ويلجأ إلى القاضي من أجل إثبات هذا الطلاق قضائيا وقانونيا فقط، فالطلاق من حيث طبيعته هو حكم كاشف ومنشئ في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة والآثار وعليه فالطلاق حكم كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف إرادة الزوج الذي يكون تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء ولكن أن الحكم المنشئ يرتب مركزا قانونيا جديدا والذي يتمثل في مركز المطلق والمطلقة.[1] ومما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر يتضح جليا ان الرأي الراجح في مسالة الطبيعة القانونية للحكم القضائي في دعوى طلاق بإرادة الزوج المنفردة هو الاتجاه الأول الذي يعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره ، فإذا وقع الزوج البالغ العاقل غير المكره طلاق زوجته بلفظ صريح يقصده ، فالطلاق واقع لا يختلف في هذا الشأن إثنان ، إذا كانت العلاقة الزوجية صحيحة قائمة فمثل هذا الطلاق لا يحتاج إلى حكم القضائي وإنما الى إثبات وتوثيق لدى المحكمة أو الجهة المختصة ، ضمانا للحقوق ومنعا للتناكر ، الذي قد يحصل ولا يحتاج الى فترة اصلاح لا ساعة ولا يوم ولا ثلاثة أشهر، وإنما كل ما يحتاجه هو اثبات وتوثيقه ويترتب آثار هذا الطلاق من يوم وقوعه ولا يعد الحكم به من طرف القاضي توثيقا وإثباتا له لا غير.

نلاحظ أن المحكمة العليا في قراراتها تؤكد دوما على إعتبار الشريعة الإسلامية معتمدا أساسا في نقض كل الاحكام التي تخالفها عند تطبيق قضاة الموضوع، فإذا كان الزوج قد طلق بإدارته المنفردة خارج المحكمة فيصبح الصلح بلا فائدة ، إلا إذا كان الطلاق رجعيا فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تتجنبا لحدوث الطلاق ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة وليس منشئ له، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية مع النصوص القانونية ، بمعنى على القاضي عندما يثبت الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من يوم تلفظ الزوج خارج المحكمة كون القانون الجزائري لا يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، فالمادة (48) من قانون الأسرة ، خولت للزوج الحق في استعمال الطلاق ولقد استعمل المشرع ذلك من خلال المصطلح إرادة وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة المجسد في

(1) تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء، مرجع سابق، ص231.

القوانين الوضعية والذي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام وترتيب الآثار القانونية دون اشتراط اجراء شكل خاص.[1]

ومنه نستنتج أن العلاقة بين محاولات الصلح وطبيعة حكم الطلاق لأن هذا الأخير يكون كاشفا لتاريخ الواقعة بالتالي فالقاضي عند إجرائه للصلح يربط محاولات الصلح بتاريخ واقعة الطلاق حتى يكون هناك توافق بين المدتين وإلا فيصبح الصلح بلا فائدة إن انقضت العلاقة الزوجية بعد إنقضاء العدة حيث تنتفي المحكمة ويصبح الصلح بلا موضوع وبلا فائدة فالعدة المنصوص عليها في المادة (58) من قانون الأسرة تخص عدة الطلاق الرجعي فقط ، أي بمعنى آخر تتعلق بالعدة التي تتولد وتنجر عن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولم يقصد بها المشرع أبدا العِدد الأخرى فيها يخص الطلاق بالتراضي أو الخلع أو التطليق ، فالأولى يمكن الزوج أن يراجع زوجته بدون عقد جديد في فترة الصلح مادامت العلاقة الزوجية قائمة ،حُكمًا ووقع صلح بين الزوجين لأن طلاق الزوج رجعي بينما في الأنواع الأخرى طلاق بائن، فالطلاق الأول يتلفظ به الزوج بينما الأنواع الأخرى من طرف فك الرابطة الزوجية تكون بيد القاضي ، الأول له عدة حالات أو احتمالات حسب تاريخ وقوع الطلاق وبتاريخ رفع الدعوى الذي يحدد مصير الصلح بينما طلاق القاضي لا يثور مشكل فيما يخص العدة لأن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة ولم تنحل بعد.[2]

الفرع الثاني: دور القاضي تبعا لتاريخ وكيفية إيقاع الطلاق

يجب على القاضي أن يتأكد في دعوى الطلاق المرفوعة من الزوج من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقض بعد، وأنها فعلا مسايرة تماما لمدة الصلح، لأنه وفي بعض الحالات تكون متقدمة عنها وفي بعض الآخر تكون متأخرة.

أولا: دور القاضي تبعا لتاريخ إيقاع الطلاق

أ-إيقاع الطلاق بتاريخ سابق عن رفع الدعوى الطلاق

انطلاقا من السؤال الجوهري الذي يطرحه القاضي عند أول جلسة الصلح يجريها بين الزوجين، فقد يتوصل بأن الزوج قد أوقع طلاقه قبل أن يرفع الدعوى القضائية لإثبات المركز الذي

(1) المصري مبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة وتحليل، دار العلوم للغة العربية وآدابها والدراسات الإسلامية، عدد33، مصر، 2009، ص259.

(2) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص68.

أوجده الزوج بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة (48) ق.أ.ج وما يلاحظ في تطبيقات القضائية وهو أنه كثيرا من الحالات ، نجد أن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة قبل إن يرفع دعوى قضائية طبقا للمادة (49) من ق.أ.ج في اثبات الطلاق ، وهنا تميز بين حالتين حالة انقضاء العدة كليا وحالة انقضاء جزء من العدة ، بحيث يتحرى القاضي لتحديد ما هو التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة إجراء الصلح ولاسيما أن العدة حق من حقوق الله تعالى وأن القضاء وأقرنها بالنظام العام وبالتالي القاضي يجب أن يراعي مسالة العدة وهو في صدد إجراء الصلح.

ب-إيقاع الطلاق بتاريخ موافق لرفع الدعوى

لقد سبق القول أنه في كثير الحالات، يكون الزوج قد أوقع الطلاق قبل تاريخ رفع الدعوى، إلا أنه لا يشكل قاعدة عامة لأنه قد يحصل ويتوصل القاضي إلى معرفة تاريخ إيقاع الطلاق بالضبط والذي قد يتصادف وأن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة (48) من قانون الأسرة بتاريخ رفع الدعوى وفيما يخص أجل حساب مدة العدة الطلاق الرجعي من المسلم به أن المشرع الجزائري يعترف ويقر بالطلاق الرجعي ، وما دام إيقاع الطلاق توافق وزمن رفع الدعوى القضائية لإثبات الطلاق تطبيقا لنص المادة (49) من نفس القانون والذي يتزامن مع بداية إجراءات محاولة الصلح التي يجريها القاضي في مدة لا تتجاوز 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى بحيث تسرى مدة عدة الطلاق الرجعي تلقائيا وآليا من تاريخ وقوع الطلاق.[1]

ج-إيقاع الطلاق بتاريخ لاحق لرفع الدعوى الطلاق

فهنا إيقاع الطلاق يكون بتاريخ لاحق على رفع الدعوى، أي أن الزوج لم يصرح بعد بالطلاق، غير أنه أثناء جلسة الصلح يصرح الزوج أمام كل من زوجته والقاضي والكاتب عن حل الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة طبقا لنص المادة (48) من قانون الأسرة، ففي هذه الحالة يكون الزوج صرح لأول مرة بالطلاق في جلسة الصلح الأولى او الثانية، فيكون التاريخ الصحيح والموافق لتاريخ بداية سريان حساب عدة الطلاق الرجعي، وهو ذلك التاريخ الذي صرح فيه الزوج بالطلاق في جلسة من جلسات الصلح هذا عن الافتراضي الأول.

أما الافتراض الثاني فيمكن في حالة ما إذا الزوج قد صرح بالطلاق بعد انقضاء مدة الصلح ففي هذه الحالة يكون التاريخ الصحيح والموافق لتاريخ بداية سريان حساب عدة الطلاق الرجعي وهو تاريخ تصريح الزوج بالطلاق الذي يكون بعد إنقضاء مدة الصلح أي بعد إستيفاء القاضي لمحاولات

(1) لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص81-82.

الصلح ، أما في حالة عدم النطق بالطلاق من طرف الزوج فلا مجال للكلام عن الرجعة وأحكامها المعروفة شرعا فالمراجعة في هذه الحالة هي إذن إعادة الزوج زوجته عاديا وكأن شيء لم يحدث فلا إعتبار لفترة العدة لأنه لا عدة إلا في طلاق ولا طلاق في هذه الحالة فيكون للقاضي في هذه الحالة دورا كبير في محاولة الصلح. [1]

ثانيا: دور القاضي في تحديد كيفية إيقاع الطلاق

أ-طريقة إيقاع الطلاق من طرف الزوج

إن المشرع الجزائري في تعريفه للطلاق أطلقه من غير قيد بلفظ أو غيره ، فلم يذكر المشرع الالفاظ التي تقع بها الطلاق عكس الفقه الإسلامي فلا يقع الطلاق إلا باللفظ أو ما يحل محله كالكتابة أو الإشارة، فالطلاق من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم ودليل قوله صلى الله عليه وسلم:« **إن الله تجاوز عن أمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم**» وبالتالي اللفظ قسمان صريح وكناية، أي الطلاق الذي يقع بلفظ صريح يسمى الطلاق الصريح والطلاق الذي يقع بلفظ من ألفاظ الكناية وقد يقع الطلاق بما يحل محل اللفظ والكتابة والاشارة وذلك بأن يكتب الزوج طلاق زوجته ويرسل اليها ، وقد يشير الأخرس ما يفهم منه قصد الطلاق فيقع هذا الطلاق .

لم يشر قانون الأسرة الى الألفاظ التي يقع بها الطلاق ومعنى هذا أنه يرجع في ذلك الى الشريعة الإسلامية تطبيقا لما جاء في قانون الأسرة من خلال المادة (222) منه. [2]

ب- اغفال القاضي لطبيعة الطلاق الواقع

تقسم الشريعة الإسلامية الطلاق إلى أقسام وفق معايير متعددة، فعلى سبيل المثال من حيث حكمه إلى طلاق سني وطلاق بدعي وهو الأمر الذي نجد أن كل من الزوجين وحتى قاضي شؤون الأسرة على الخصوص قد لا يعيرون أية أهمية للطلاق فيما أن كان طلاقا سني أو بدعي.

حسب هذا المذهب المالكي الطلاق السني هو ما توافرت فيه أربعة شروط وهي ان تكون الزوجة طاهرا من الحيض والنفاس حين الطلاق وأن لا يكون زوجها قد مسها في ذلك الطهر، وإن كانت الطلقة واحدة وأن لا يتبعها الزوج بطلاق آخر تنقضي عدتها وإلا كان بدعة فإذا طلق الزوج زوجته في حيض أو نفاس أو في طهر مسها فيه فتلك البدعة ، لأن تلفظه بالطلاق غير قائم على

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص316-317.

(2) المصري المبروك، إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة وتحليل ، المرجع سابق، ص114.

أساس شرعي كما أن العلم أثبت أن الزوجة في تلك الفترات تعتريها إختلالات في الهرمونات مما يؤثر على مزاجها وهو ما يثير حفظة الزوج، فلعدم علمه بأحوال النساء ،تزيد حدة الخلاف وقد تنتهي بالتلفظ بالطلاق ، وهذا خلاف للأولى.

فعلى قاضي شؤون الأسرة أثناء جلسات محاولات الصلح أن يوعي الزوجين ولاسيما الزوج بأن يتحرى حال زوجته ويتقي الله فيها.

وأن يعرفه بأن حالتها استثنائية ولا يد لها في هذا الأمر فيتحكم في نفسه لتجنب التلفظ بالطلاق ويرجئ ذلك إلى أن تطهر وإلى حين ذلك غالبا ما يكون الغضب قد زال وعادت الزوجة الى حالتها العادية فيتجنب الزوج طلاقها ويكون هذا الطلاق السني من أنجع السبل للتقليص من الخلاف الزوجي المؤدي إلى الطلاق. (1)

فإذا أتى المطلق إلى المحكمة وهو قد طلقها طلاق البدعة، فإن القاضي يفهم الزوج أولا أن ما فعله محرم وينبغي أن يطلقها طلاق السنة أي في طهر لم يجامعها فيه ويكون بطلقة واحدة، أما ما نراه في الواقع من دعوى إثبات الطلاق أن الزوجة حائض أو نفساء لان قاضي شؤون الأسرة لا يسأل أبدا لا عن كيفية إيقاعه ولا وقته ولا عن حالة الزوجة وقت تلفظ الزوج بالطلاق ، الذي يؤدي إلى نتائج مخالفة للشريعة الإسلامية ولأجل تفادي ذلك ينبغي أن يتأكد القاضي من حال الزوجة والزوج وألفاظه التي تلفظ بها ووقته ، ويفهم الزوجة ما يلزم من عدة وإن كان لها الزواج من غيره أم لا وهل يحق الزوج أن يراجعها ام لا.

فكثير ما نجد رجالا يرفعون دعاوى طلاق، فالواجب في مثل هذه الحالة أن يكونوا عالمين بسنة الطلاق فإن لم يكن عالمين بذلك فيعلمون من طرف القاضي في جلسة الصلح وهنا يظهر دور القاضي المهم في توجيههم وارشادهم إلى طلاق السنة فلا يقتصر دوره على إثبات الطلاق المحرم بل على القاضي أن يدل المطلق على سنة الطلاق وتوضيح ذلك له وإلزامه بإيقاع الطلاق وفق السنة وعدم إيقاعه على الوجه المبتدع، وهذا من المعروف والنهي عن المنكر المنوط بالقاضي عندما يحصل التقصير عن الناس عامة أو نجد رجل طلق ويريد إثبات ذلك فإن كان قد طلق على البدعة وقت الطلاق فيجب إرجاع زوجته لحديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(1) نعوم مراد ، معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري ، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، عدد 10، 2013، ص 122-123 .

إن تبين أن الزوج طلق على البدعة ينبغي على القاضي ان يعلمه على حسب حاله ليتقيد بأحكام الشريعة الإسلامية، استنادا [1] لقوله تعالى: «**وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون**». [2]

ج-دور القاضي في الإرادة المعيبة في الطلاق

لقيد قيد المشرع الإسلامي الطلاق بضوابط خاصة وصريحة ومحددة في أحكام، بأن جعل الطلاق على مراحل ثلاثة وضوابط عامة لاستعمال هذا الحق كأن يصدر في إرادة واعية دون تزيف أو إكراه أو غضب أو انفعال ومنع الهزل في الطلاق، كما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم﴿ **ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق** ﴾ فقد ذكر الطلاق لأن لهذا الموضوع قدسية خاصة به جعلته لا يحتمل المزاح أو الهزل ثم إن هذا الحق المقيد توقيعه في فترة معينة هي فترة طهر الزوجة لم يمسها فيه الزوج.

إن المشرع لم ينظم أحكام قانونية يعتمد من خلالها القاضي للتأكد من حالة وكيفية وزمن وقوع الطلاق، غير أنه لا يوجد ما يمنع من تفعيل نص المادة (222) من قانون الأسرة التي تنص :« **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى احكام الشريعة الاسلامية**» بالإضافة أن قانون الاسرة لم يوضح موقفه من الأزواج الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع طلاقهم ، وإنما اكتفى بالنص على طلاق الزوج بإرادته المنفردة في نص المادة (48) ق.أ.ج مع مراعاة أحكام المادة (49) فالأزواج أقسام وتبعا لذلك يكون الطلاق ، فنجد الهازل والسكران والمجنون والغاضب والنائم والمخطئ والجاهل والغافل والمكره والعاقل.....الخ فالقانون لم يبين أي الأزواج يقصد والأصح أنه يقصد كل ما يصح عليه إطلاق اسم الزوج.

نفهم ونستشف من المادة (48) أن الإرادة شرط لوقوع الطلاق في القانون الجزائري وذلك بقوله: « بإرادة الزوج » العاقل البالغ غير مكره والذي تكون إرادته سليمة للطلاق، أما الهازل والغافل والجاهل والمخطئ والمكره والذي إشتد غضبه كلهم فإن إرادتهم معيبة، فهل يعنى هذا التقييم تقييد الإرادة أم أنه لا يقصد ذلك (المشرع).

فنلاحظ كذلك من نص المادة (49) من قانون الأسرة تقصد العاقل البالغ غير المكره فقط لأن كل الأقسام من الهازل، المكره والسكران لا يريدون الطلاق والتالي يتم الرجوع عنه قبل إثبات الطلاق أثناء محاولة الصلح وقبل الحكم بالطلاق هذا إذا رفع الأزواج دعواهم إلى القضاء، إذ منهم

(1) نعوم مراد ، المرجع السابق ، ص 214.

(2) سورة البقرة ، الآية 230.

قطعا من لم تصح مرافعته إلى القضاء لعدم إعتبار قوله كالصبي والمجنون، ومع ذلك لا نستطيع أن ننسب هذا الحكم لقانون الأسرة لأنه ورد في المادة (222) على أن كل ما لم يرد النص عليه في القانون يرجع فيه إلى الاحكام الشريعة الإسلامية والتي نجدها تزخر بالإختلاف بين الفقهاء ، بين من لا يعترف بطلاق المجنون والصبي وبين من يتبنى طلاق الصبي دون طلاق المجنون ، ويرى الأستاذ سعد فيضل:« أنه من الأشخاص الذي لا يقع طلاقهم حتى ولو صرحوا به هم: المرعوب والمكروه والسكران والغضبان والسفيه».[1]

طلاق الغضبان: الغضبان هو الشخص الذي يعاني في حالة الإنفعال الشديد الذي تلتهب فيه أعصابه ثم ينتابها التوتر والضعف فتزول لديه قوة الادراك وعدم التمييز فتختلط لديه معاني الكلمات التي يتلفضها أو التي يسمعها فيؤخذ حكم المدهوش أو المرهوب ولو إختلف بسبب فقد كل منهما أعصابه فإن تلفظ بالطلاق فلا عبرة بقوله أو بفعله متى صدر منه وهو يعاني في تلك الأزمة العصبية وبهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «**لا طلاق في اغلاق**».

طلاق المكروه: يقصد به من تلقى من جهة أجنبيه عليه تهديدا يلحق به ضررا في ماله أو نفسه فيدفعه إلى قول أو فعل ما ليس فيه رغبة فيكون قوله أو فعله صادرين عن إرادة معيبة وواضح أن المشرع قال عن الطلاق أنه يقع بإرادة الزوج ومن كانت ارادته ناقصة أو معدومة فلا يقع طلاقه وهذا راي جمهور الفقهاء.

طلاق ناقص الاهلية: تنص المادة (43) من القانون المدني :« **كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة ،يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون**» وسن التمييز هو ثلاث عشر(13) سنة وفق المادة (42) من نفس القانون، وسن الرشد هو تسع عشرة(19) سنة حسب المادة(2/40) من نفس القانون، وبالتالي يدخل في مفهوم ناقص الأهلية المميز الذي بلغ ثلاث عشر(13) سنة وكذا السفيه وذا الغفلة وقد يفهم من نص المادة(2/7) من قانون الأسرة أن القاصر أن يوقع الطلاق ويباشر إجراءاته بنفسه بنصها :« **يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والإلتزامات**» ، المادة ترشد القاصر وتمنحه أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج من حقوق والتزامات وليس إيقاع الطلاق ومباشرة إجراءاته والراجح في المسألة أن يعمل بما ورد في نص المادة (437) من قانون الإجراءات

(1) فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989، ص240.

المدنية التي تنص أنه عندما يكون الزواج ناقص الأهلية يقدم الطلب بإسمه من قانون وليه أو مقدمة. [1]

طلاق السكران: السكران هو الذي أذهبت عقله نشوة الخمر أو الكحول مهما كان السائل الذي يتناولها ويدخل في حكمه الحشيش أو الكيف الذي يؤثر على القدرة العقلية للشخص أكثر مما يؤثر عليه الخمر ولقد إختلف الفقهاء في طلاق السكران، فقال أبو حنيفة أنه يفرق بين حاليتين بالنسبة للسكران.

الحالة الأولى: أنه يسكر بمحظور كالخمر والحشيش وعلى نحو ذلك، ففي هذه الحالة إذا تلفظ بالطلاق يقع طلاقه لأن السكر بالمحضور لا يعدم مسؤولية السكران فيكون جزاءه ترتيب طلاق على أقواله لعله ينتهي بعد صحوته على هذه النتائج الثقيلة.

الحالة الثانية: أن يسكر بمحظور للتداوي أو للتخدير وتلفظ بالطلاق تحت تأثير بمفعول المخدر فلا يقع طلاقه وخالفه الأئمة الثلاث في الرأي فقالوا بعدم وقوعه حتى لو سكر بمعصية أي مهما كانت الأداة التي أسكرته بغض النظر في حكمها فلا يقع طلاقه وذلك ما كان عليه الصحابة من قبل وواضح أن عدم تطبيق مذهب أبي حنيفة أفضل لأن توقيع الطلاق السكران كان عقابا فهو ليس منطقا طالما أنه صادر على غير وعي أو مسؤولية التي مناطها التميز والإدراك حيث ينعدم التمييز تنعدم المسؤولية لذلك لا يقع طلاق السكران، بل إن عدم القول به يحقق وحدة شمول الأسرة بل إن الكثير من المدمنين على الخمر يعودون إلى الصواب وطاعة الله فلو قبل القاضي طلاقهم قد يكون ذلك بسب لهم على الاستمرار في السكر وعلى ذلك فلا يقع طلاق السكران دينا وقانونا.[2]

طلاق المضطرب نفسيا : تعرف الاضطربات النفسية بأنها مجموعة من الانحرافات التي تنجم عن علة عضوية أو تلف في تركيب المخ وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع لم يأت بأحكام خاصة بطلاق المضطرب نفسيا إلا أنه بالرجوع الى أحكام نص المادة (450) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمنح للقاضي صلاحية التحقيق باتخاذ كل التدابير الضرورية ، للتأكد من إرادة الزوج وسلامته لدى طلب الطلاق ، فللقاضي سلطة تقديرية بأن ينتدب طبيبا نفسيا للتأكد من المرض النفسي الذي دفع الزوج إلى طلب الطلاق ، ومدى تأثير هذا المرض على إرادة طالب الطلاق.

---

(1) عيدوني عبد الحميد ، دور الإدارة في إبرام عقد الزواج وإنهائه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبوبكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص 152.

(2) فضيل سعد ، المرجع السابق ، ص 242.

وفي نفس السياق تنص المادة (432) من نفس القانون أنه :«**لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم وأظهر عليه اختلالات في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير في ارادته**». [1]

فإذا لاحظ القاضي في جلسة الصلح أن الزوج طالب الطلاق يعاني من إختلالات عقلية ، والزوجة تتمسك بالعلاقة الزوجية ، لأن رافع الدعوى قد لا يحضر معه وليه أو مقدمه ويكتشف القاضي أن الزوج غير سوي من خلال تصرفاته وسلوكاته ، فيسأله عن سنِّه وإسمه وتاريخ ومكان ميلاده ، فإذا لم يجب أو عجز عن الإجابة يسأل الزوجة إن كان مريضا أو يعالج أو هل له ملف طبي أو إذا كان له بطاقة معوق ولقد نصت نفس المادة على أنه :« **يجب إثبات إختلال القدرات الذهنية من قبل طبيب مختص**» كون القاضي غير مختص ليصرح بأن الزوج مريض فهي مسألة غير قانونية بل هي مسألة فنية تدخل في إختصاص الطبيب الخبير وإذا تبين أنه مريض كأن يكون مختل عقليا يطبق النص القانوني ولا يحكم بالطلاق لأنه منعدم الإرادة ، لأن نص القانون صريح ويخص ناقص الأهلية فقط الذي له الحق في أن يطلق ، أما عديم الأهلية والمحجور عليه ومن هو بصفة عامة تحت وضع التقديم لا يمكن له ذلك وحتى الولي لا يمكن له أن يرفع دعوى طلاق لا يوجد نص يبرر له ذلك لكن المعمول به في القضاء عندما ترفع الدعوى ضد المحجور عليه ينوبه الولي أن المقدم ، لأنه إذا كان تحت وضع التقديم أو أنه كان في اختلال القدرات الذهنية فهمنا ليس له أصلا إرادة ولا مجال للصلح هنا ولا يمكنه أن يقدم طلب لإنعدام الإرادة وبالتالي يحكم بعدم القبول بسبب قيام أحد هذه المانعين.

فجلسة الصلح التي يجريها القاضي ، تمكنه من التأكد من إرادة الزوج بإعتبار أن الطلاق هو تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر وللضرورة القصوى جدا وبذلك الذي يوقع طلاقه يشترط أن يكن مؤهلا فإذا صدر لفظ طلاق من زوج مجنون لا يكون له أي قيمة قانونية إذ لا يترتب أي أثر يعتد ، لأن الطلاق من أخطر التصرفات يحتاج إلى عقل سليم لكي يرتب الشارع عليه الآثار اللازمة ، ولا يكون الزوج غير متمتع بقواه العقلية ولا محجور عليه من جهة فالزوج الموقع للطلاق يجب أن يكون سليم الإرادة فلا يتعرض لإكراه من جهة وذلك لأن الإكراه يعدم الإرادة وغياب هذه الأخيرة يجعل التصرف باطلا لأنه ليس تحقيقا لغرض شرعي من الطلاق الذي هو علاج وضعية إستثنائية

(1) عيدوني عبد الحميد، المرجع السابق، ص153.

شاذة في حياة الزوجين وإنما لدفع نتائج محصلة التي قد يتعرض لها المكره إن لم ينطق بالطلاق ، فتكون النية غائبة.[1]

المطلب الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين

لقد نص المشرع على الطلاق بالتراضي في المادة (48) من قانون الأسرة وخصه بإجراءات خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا لإختلافه عن حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى سواء من حيث الطبيعة القانونية للحكم الصادر فيه وعلاقته بالصلح وخصوصية محاولات الصلح فيه.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي بين الزوجين وعلاقته بالصلح.

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين فقد فسر الأستاذ لمطاعي نورالدين أن الطلاق بالتراضي لا يكون له أي أثر إلا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك الى القاضي من أجل فك الرابطة الزوجية ومن ثمة لا يكون له وجود إلا إبتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق التراضي ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد، فيكون حينها الحكم الصادر بشأنه حكما منشأ على عكس الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يكون الحكم فيه كاشفا لواقعة الطلاق لا منشأ لها. [2]

وتعرفه الأستاذة بن عزي هجيرة :« الطلاق بالتراضي هو توافق إرادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح الذي يجمعهما، ووضع حد لعلاقتهما دون تشنجات أو مزايدات وكذا الإتفاق على الأثار المترتبة عنها، غير أن مجرد إتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية بل أن هذا الأثر يظل رهينا بصدور حكم من المحكمة». [3]

ويعرفه الأستاذ عمر زودة :« أن الطلاق بالتراضي لا وجود له في الشريعة الإسلامية وإنما هو فكرة جاءها المشرع نتيجة تأثره بالشريعة الغربية، أي القانون الفرنسي وذلك من خلال مشروع قانون الأسرة لسنة 1958، أين ورد هذا النوع من الطلاق ويرى أنه لا يوجد طلاق بالتراضي بمفهوم

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص76.

(2) لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، مرجع سابق.

(3) هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات المعمقة، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول، المغرب، السنة الجامعية2008-2009، ص11و51.

تراضي الإرادتين وإنما يوجد طلاق يملكه الزوج كون العصمة بيده فالطلاق حق له، ولما يقرر الزوج أن يستعمله لا يحتاج إلى موافقة الزوجة». (1)

عندما يمارس الزوج حقه في الطلاق بناء على إرادته لا يحتاج إلى مشاركة الزوجة فهو حق ارادي وليس مشتركك فهو ليس حق يقابله التزام فهو حق مقرر حصرا للزوج والزوجة طرف سلبي في الرابطة تخضع للأثر وبالتالي يطلق بناء على ارادته وبعد الطلاق تبقى قضية توابع فك العصمة التي هي محل الاتفاق والتراضي مثلا: الحضانة والنفقة والسكن، ويكون الطلاق في حد ذاته بموجب قرار ولائي وليس بواسطة حكم، لأن ليس فيه منازعة أما عن توابع فك العصمة تكون بموجب حكم قضائي. (2)

لما سبق ذكره وبعد التطرق لمختلف الآراء الفقهية نخلص الى القول ان الطلاق بالتراضي هو طلاق منشئ، إذ يقدم من خلاله الزوجين عريضة مشتركة والقاضي هو من يطلق بواسطة الحكم القضائي وبالتالي لا يتناقض مع مبدأ العصمة بيد الزوج، وأن الطلاق بالتراضي ليس تراضي على توابع العصمة من نفقة وحضانة وإنما هو تراضي وإتفاق على فك الرابطة الزوجية، وكذا آثارهما وتوابعها على خلاف ما ذهب جانب من الفقه الى اعتبار أن الطلاق بالتراضي هو طلاق الزوج بإرادته طبقا للحق الارادي.

الفرع الثاني: خصوصية محاولات الصلح في دعوة الطلاق بالتراضي.

نظرا لخصوصية العلاقات الأسرية ولحساسية القضايا المرتبطة بها فإن المشرع الجزائري وسعيا منه للحفاظ على إستقرار الأسرة التي يتهدد كيانها بظاهرة إنحلال الرابطة الزوجية ، عمل على استحداث أحكام خاصة بالطلاق بالتراضي إستجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب النزاع بينهما عن طريق إجراءات قضائية قد تطول ، فيظهر بأن هذا النوع من الطلاق لا يثير أي إشكال لأن القاضي ليس له إلا توثيق وإثبات الطلاق غير أن هذه الفكرة ليست صحيحة على اطلاقها ، بحيث جعل المشرع الطلاق يتم تحت رقابة القضاء ، لتكون إجرائته وجميع خطواته المتطلبة قانونا تحت رقابة القاضي الذي يملك سلطات واسعة في ذلك ، ليتدخل من أجل القيام بالدور القانوني والاجتماعي المتاح له أمام حرية الزوجين في إيقاع هذا النوع من الطلاق ، فإتفاق الطرفيين لا يكون بمعزل عن رقابة القاضي لإرادتهما ومدى إحترام شروط الطلاق للنظام العام

(1) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق ، ص114.

(2) عمر زودة، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2013.2014.

ومصلحة الأولاد والأمور المرتبطة بآثار الطلاق قصد حماية الطرف الضعيف ولا سيما الأطفال وكما منحة المشرع دورا فعالا في تمحيص وفهم الاتفاق المبرم بين الطرفين وإمكانية تعديله أو إلغائه.[1]

لذلك خص المشرع قانون الإجراءات المدنية بإجراءات وأحكام خاصة للطلاق بالتراضي التي يجب على القاضي مراعاتها وهي:

أولا: مراقبة القاضي للعريضة مدى قبولها

عرفت المادة (427) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، بحيث يقترب نظام الطلاق بالتراضي بالأنظمة البديلة لحل النزاعات، إذ يتميز بكل ما تتميز به هذه الطرق من خصائص، بالرغم من أن الزوجين يتفقان قبل الالتجاء الى القضاء على فك علاقتهما الزوجية عن طريق التراضي وكما يتفقان على كل الجوانب المادية المترتبة عليه بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة منهما.[2]

تنص المادة (428) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية « **في حالة الطلاق بالتراضي يقدم الطلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط**» أما المادة (429) تنص على البيانات التي يتضمنها الطلب المشترك.

كما تنص المادة (430) من القانون السالف الذكر على ما يلي :« **يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أما القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض**» ويتمتع أطراف النزاع في هذه الحالة بكل امتيازات التي يتمتع بها من يسلك الطريق البديل لحل نزاعه وخاصة السرعة في نظره اذ يتم إخطارهما حالا بعد تسجيل عريضتهما من طرف أمين الضبط بتاريخ الجلسة.

وبالرجوع الى نص المادة (48) من قانون الأسرة نجد أنه من صور حل الرابطة الزوجية الطلاق بالتراضي، فقاضي شؤون الأسرة مختص نوعيا بنظر في مثل هذا الطلب على أن ينعقد

(1) حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري ، مجلة الفقه والقانون ، المغرب ، عدد 19 ، 2014، ص12.

(2) بشير محمد، الطرق بديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، يومي 6 و7 ماي ، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات ، عدد 03 ، الجزائر ،2014 ، ص63و64.

الإختصاص المحكمة في الطلاق بالتراضي يمكن إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما، طبقا لنص المادة (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فيراقب مدى قبول العريضة المتمثلة في الطلب المشترك الرامي الى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة ، وكذا يراقب شروط قبول الدعوى من صفة ومصلحة طبقا النص المادة (13) من نفس القانون. [1]

غير أن شروط الأهلية القانونية له خصوصيات في المادة الأسرية ذلك أن القاصر لا يجوز له أن يباشر دعوى الطلاق بالتراضي بدون نائبه القانوني، إذ أن مجرد منحة أهلية التقاضي عند ترشيده تجعله متمتعا بأهلية التقاضي بشأن مسائل أثار عقد الزواج لا على الطلاق بمعنى يجب مراعاة نص المادة (437) من نفس القانون التي تنص على أنه :«**عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب بإسمه من قبل وليه أو مقدمه بحسب الحالة**».

تجدر الإشارة أنه لم يرتب القانون جزاء على مخالفة هذه البيانات الخاصة بالعريضة الافتتاحية لأنه يفترض في دعوى الطلاق بالتراضي عدم وجود نزاع جدي بين الزوجين ، لأن إرادة الزوجين إتجهت نحو فك الرابطة الزوجية وبالنتيجة لا يثار دفع بشأن ذلك ولا يقبل الدفع المحتمل تقديمه بعدم قبولها شكلا وإذا لم تستوف تلك البيانات يمكن للقاضي إستكمالها من الزوجين أثناء جلسة الصلح ، أما فيما يخص مسألة التوقيع فنجد أن توقيع الزوجة على محضر الصلح من الزوج والقاضي وأمين الضبط وإصرارها على ذلك المحضر وتمسكها بالطلاق بالتراضي يغني عن توقيع عريضة الطلاق بالتراضي .[2]

وهو ما يؤكده قرار غرفة شؤون الأسرة والمواريث لدى المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2014/12/11 والذي ينص على ما يلي :« لكن حيث أن قيام المحكمة بإجراء محاولة الصلح بين الطاعنة والمطعون ضده وتحرير محضر بذلك يوم 2013/12/15 وتوقيع الطاعنة على ذلك المحضر مع المطعون ضده والقاضي وأمين الضبط وإصرارهما في ذلك المحضر وتمسكهما بالطلاق بتراضي، يغني عن توقيع عريضة الطلاق بالتراضي من قبل الطاعنة والمطعون ضده ما دامت العريضة قدمت باسم محاميها». [3]

(1) بشير محمد، المرجع سابق ، ص64-65.

(2) بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي الأسرة من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاء، ج1، العدد 64، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزائر،2009، ص355.

(3) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 097372،بتاريخ:2014/12/11(غير منشور).

ثانيا: الاستماع الى الزوجين والتأكد من رضا الزوجين.

ويتطلب ذلك التطرق الى النقاط التالية:

أ-ضرورة التأكد من هوية الطرفين

عند حضور الزوجين الى جلسة الصلح بعد إخطارهما من طرف أمين الضبط حسب الإستدعاء المسلم لهما من قبله في اليوم والتاريخ المحدد للحضور الى المحكمة، يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول الى مكتب القاضي أو قاعة المداولات أو أي مكان آخر داخل المحكمة، يكون مخصص لإجراء محاولة الصلح.

أول شيء يقوم به القاضي التأكد من هوية الزوجين وإن كان القانون لم ينص على ذلك فإنه من الأهمية بمكان ، لأنه في عدم التأكد من ذلك، قد يدفع بأحد الزوجين الى احضار غير زوجه ليحصل على حكم يقضي بالطلاق في غيبة الزوج الآخر لذلك وجب التأكد عن هوية الطرفين بطلب استظهارهما لبطاقة التعريف الوطنية أو وثيقة تثبت ذلك تفاديا لكل تغرير من أحدهما، وبعد التأكد من هويتهما يباشر الصلح بينهما بسماع أقوالهما أولا. والمشرع خص الطلاق بالتراضي بأحكام خاصة من حيث الإجراءات بحيث يستمع الى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين وللقاضي سلطة تقريرية أن يسمعهما على انفراد أو مجتمعين. [1]

ب- الاستماع إلى الزوجين

ب-1 الاستماع الى الزوجين على انفراد:

سبق القول أن المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في اطار الدور الإيجابي لقاضي شؤون الاسرة الذي يتأكد من التاريخ المحدد للحضور، من رضا الزوج والزوجة ثم معا مجتمعين ويبقى جانب من السلطة التقريرية للقاضي أن يسمعهما معا في البداية وهو المعمول به في ظل الممارسة القضائية ولا يسمع الزوجان على انفراد ، الا عندما يحس القاضي أن الزوجة ربما وقعت في تغرير أو أنهما لا تعلم على ما أمضت أو أنه هددها على أن توقع على الطلاق بالتراضي.

اذا أحس القاضي أن الزوجة ليست راضية رضى حقيقي ، يخرج الزوج ويسمعها على انفراد فيما اذا كانت فعلا موافقة على هذا الطلاق ، ام انها مكرهة أو جاهلة لمحتوى الطلب لا سيما أن بعض الزوجات يجهلن القراءة والكتابة أو أنها مكرهة على ذلك والغاية من السماع الانفرادي أن بعض

(1) زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص103.

الزوجات يرفضن التصريح في حضور الطرف الآخر خوفا أو استحياء منهن ويتأكد القاضي من كل زوج ان كان على علم ببنود الاتفاق خاصة اذ وجد الأولاد ، ويراقب من يتحمل النفقة والحضانة لمن تسند ونفس الاجراء يقوم به مع الزوج الآخر ثم قد ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولا أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما والهدف من الاجراء الذي استحدثه المشرع المتمثل في سماع كل طرف على انفراد يجعل القاضي يتصرف بذكاء ، ففرضا اذا ادعت الزوجة ان الزوج لم يقدم الاسم العائلي للطفل أو الدفتر العائلي يسأل القاضي الزوج اذا كان استخراج دفتر عائلي أم لا فإذا أجاب بنعم وقدمه وثبت أن إبن مسجل بإسمه فهذا يوضح وجود سوء تفاهم بين الزوجين دون أن يبين القاضي للزوجة صراحة انها ادعت خلاف ذلك وكذلك بالنسبة للزوج اذا ادعى أن زوجته تخرج دون إذنه ، يسألها القاضي بحضور الزوج إذا كانت تخرج بإذن زوجها أم لا ، فإذا أجابت بنعم [1] وأضافت أنها تخرج مع أقاربه مثلا ولم يفند هو ذلك يكون حجة عليه ، وبذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل يتمكن من القيام بالصلح على خير وجه ويستمع القاضي للزوج الأخر.

ب-2 الاستماع الى الزوجين مجتمعين والتأكد من رضائهما وموافقتهما:

يقوم القاضي بالاستماع الى الزوجين معا مجتمعين، قصد التوصل لحل الإشكال وتقريب وجهتي النظر والعمل على إصلاح ذات البين بين الزوجين وقد يتطلب ذلك محاولة صلح واحدة كما قد يتطلب عدة محاولات الصلح، متى تبين أن هناك بوادر تفيد إمكانية التوصل الى الصلح بين الطرفين أين يعطي القاضي الكلمة للزوجين بعد أن كون فكرة على النزاع وأسبابه ودوافعه التي يستند عليها طالبي فك الرابطة الزوجية وبعدها يحيل الكلمة إلى الطرف الآخر ليسمع أقواله ورده على ادعاءات الطرف الآخر فيحاول القاضي مصالحتهما فيها. [2]

ج-التأكد من خلو الإرادة من العيوب

إن دعوى الطلاق بالتراضي مؤسسة على مبدأ التراضي الذي تمثل فيه الإدارة عموده الفقري ولذا وجب صدور إرادة حرة وسليمة من كل العيوب التي قد تؤثر على رضا أحد الزوجين أو معا وأن

(1) بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية2007.2010، ص10.

(2) بشير محمد، الطرق بديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق، ص64،63.

يعبر كل زوج عن الرغبة الحقيقية المتجهة نحو إنهاء العلاقة الزوجية وهي الغاية الذي تسعى إليه الإرادتين معا وذلك لا يتحقق الا بصدور تعبير صريح عن الإرادة. [1]

يجب على قاضي الموضوع البحث والتدقيق حول صدور التعبير عن الإرادة فيما إن كانت إرادة واعية جديرة بالاعتبار وتتطلب من صاحبها قدر من الادراك والتمييز وتسمح له بالتعبير عنها لأنه يجب أن لا تعترض الإرادة التي توقع الطلاق عوارض تؤثر على توجهاتها وتصوراتها كالإكراه الذي يقصد به ضغط غير مشروع يصيب الإرادة التي هي أهم عنصر من عناصرها وهو الحرية فيولد في ذهن المتعاقد الآخر حالة من الرهبة والخوف فيدفعه إلى الموافقة على التعاقد لكي يتجنب ما قد يصيبه من أضرار سواء المادية كالتهديد بغرض معين في الجسم أو المال ، أو المعنوية فيما قد يصيب النفس بالرعب والخوف ، وهذا كله قصد توجيه النية والتحكم فيها الأمر الذي يؤدي الى فساد الإرادة وتعيبها .

ونظر للاعتبارات السابقة فإنه يقع على القاضي إلتزام التأكد من طلب الطلاق بالتراضي حقيقة وأن طلب حل الرابطة الزوجية انصرف الى تجسيد إرادة الزوجين المشتركة ، بإعتبار هذا الطلاق عمل تعاقدي مبني على التوافق والتراضي وإذا أغفل القاضي عن هذا الإلتزام يكون بذلك قد خالف نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن لم يتقيد بالأحكام الخاصة في الطلاق بالتراضي الأمر الذي يجعل حكمه عرضه للنقص والابطال من قبل المحكمة العليا.[2]

ثالثا: محاولة اصلاح ذات البين

نتطرق من خلال هذه الجزئية الى:

أ-عدد محاولات الصلح

قبل أن يثبت قاضي شؤون الأسرة في دعوى فك الرابطة الزوجية يقوم بإجراء عدة محاولات صلح في جميع الدعاوي إستنادا الى نص المادة (439) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لذلك لا يكون الطلاق بالتراضي إستثناء ، لأن هناك اتفاق متبادل بل يجب التأكد مرة أخرى في مدى صلاحية الحياة الزوجية للبقاء ومحاولة إيجاد خيط من المودة والرحمة ولو كان رقيقا وهو ما أكدته المادة (431) التي جاء فيها :« **يتأكد القاضي في التاريخ المحدد لحضور ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا**» ويدخل ضبط أجال نظر الصلح في مدة (03) أشهر مبدئيا بعد تسجيل

(1) هجيرة بن عزين مرجع سابق، ص44.

(2) المرجع نفسه، ص45.

عريضتهما بإخطارهما في الحال ، بتاريخ حضورهما أمام القاضي و تسليمهما إستدعاء بالحضور لهذا الغرض فيتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما فيتجنبان بذلك إجراءات التكليف بالحضور وإجراءات الصلح في جلسات متعددة وأخيرا إجراءات الخصومة القضائية المعقدة ، ولكن يجب حضور الزوجين معا الى جلسة الصلح ولا يكفي حضورهما طرف واحد دون الآخر.

أما لعدد محاولات الصلح قد يثار تساؤل حول عدد محاولات الصلح التي يمكن للقاضي أن يجريها في الطلاق بالتراضي لا سيما أن نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت على صياغة العموم «... **ويحاول الصلح بينهما إذا كان دلك ممكنا** ....» ولم يستعمل المشرع مصطلح عدة محاولات صلح، كما فعل في نص المادة (49) من قانون الأسرة، يرى جانب من الفقه أن محاولة الصلح الطلاق بالتراضي تكون مرة واحدة على أكثر، لأن المحكمة تقوم فقط بالإشهاد على هذا الطلاق. [1]

غير جانب آخر من الفقه يرى أن مسألة عدد محاولات الصلح تندرج ضمن السلطة التقريرية للقاضي الذي له أن يجري محاولة صلح واحدة أو اثنين أو ثلاث حسب ظروف كل قضية على حدى ولا سيما إن وجد هناك أطفال مادام أن تعدد محاولة الصلح تتقرر لصالحهم أولا وأخيرا بإعتبارهم نواة الأسرة وهو نفس المنهج الذي سار عليه القضاء الجزائري في إعمال السلطة التقديرية لقاضي الموضوع حسب خصوصية كل ملف.

هو ذات الاتجاه الذي تباه القضاء الجزائري وما يؤده ذلك هو موقف قضاء المحكمة العليا من خلال قرار صادر عنها يقضي بأن محاولة الصلح ، تقدير عدد جلسات يخضع لقضاة الموضوع ولرقابة المحكمة العليا على ذلك ، حيث أن الطاعن أثار في هذا القرار ثلاثة أوجه للطعن لتأسيس طعنة بالنقض عن الوجه الثاني والفرع الثاني منه المأخوذ من خرق أحكام المادة (49) من قانون الأسرة والذي جاء فيه :« أن المحكمة عقدت جلسة صلح لمرة دون أن تسعى إلى إعطاء فرصة ومهلة قبل الطلاق المقررة بثلاثة أشهر إلى جادة الصواب» وأجابت المحكمة العليا عن هذا الوجه كما يلي :« لكن حيث أن تقرير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقريرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا ، مادام أن الطاعنة تغيبت عن جلسات الصلح كما

(1) بوزيد وردة ،الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل الإجراءات المدنية والإدارية الممارسة ، المرجع السابق، ص42.

يظهر من الحكم بمطعون فيه وغرم إستدعائها عن طريق محاميها وتأجيل القضية من أجل حضورها وعليه فإن هذا الفرع غير مؤسس كذلك ويتعين رفضه».[1]

1-مسألة حضور الزوجين والجزاء المترتب عن تخلف إحداهما أو كلاهما

نميز هنا حالتين:

- **حالة حضور الزوجين:** إن حالة حضور الزوجين لا تثير أي إشكال أو عائق فالقاضي يحاول إجراء محاولة أو عدة محاولات صلح كونه يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك وعملا بنص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعقد جلسة صلح لإصلاح ذات البين بين الطرفين الحاضران أمامه ويتأكد من تصريحاتهما بأنهما متفقان على الطلاق بالتراضي فإما يصل إلى صلح ويحرر محضرا بذلك أو تفشل محاولة الإصلاح فينتهي الى تحرير محضر عدم الصلح.[2]

- **حالة عدم حضور الزوجين معا والجزاء المترتب عن ذلك :** تؤكد المحكمة العليا في العديد من قراراتها على ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه والأصلح شطب دعواه ، فهل نفس الحكم ينطق على تخلف الزوجين في الطلاق بالتراضي عن الحضور لجلسة الصلح في التاريخ المحدد لذلك ، بالرجوع الى قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع لم يرتب جزاء قانونيا على عدم الحضور الشخصي للطرفين لجلسة الصلح ، على خلاف التشريع المغربي الذي أوجد جزاء في نص المادة (81) من مدونة الأسرة .[3]

رتبت المادة أعلاه جزاء قانونيا في حالة مخالفتها مثل هذه القاعدة الإجرائية لا نجد لها مقابل في القانون الجزائري وبالتالي السؤال الذي يمكن طرحه هنا ما هو موقف المحكمة العليا في حال تخلف الزوجين عن الحضور وخاصة أن المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم ترتب جزاء على ذلك فنجد القضاء المغربي أكد أن الحضور الشخصي من قبل الطرفين لجلسة الصلح يبقى اجراء ضروريا يترتب عن عدم التقيد به عدم استكمال المحكمة لإجراءات الخاصة بالطلاق مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب. [4]

(1) المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار رقم813976 في 2012/10/11(غير منشور).

(2) أنظر المادة (443) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) تنص المادة81 على ما يلي: تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح إذ توصل الزوج شخصيا بالاستدعاء ولم يحضر إعتبر ذلك تراجعا عن طلبه.

(4) هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي ، مرجع سابق، ص63.

نفس الاتجاه استقر عليه قضاء غرفة شؤون الأسرة بالمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور محاولات الصلح من طرف المدعي والمدعى عليه اذ جاءت أسباب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/06/14 كما يلي :« حيث طبقا لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة صلح بين الطرفين من طرف القاضي ، وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا ، فحرر محضر عدم الصلح إثباتا لذلك وحيث أنه ما دام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين المثارين سديدين ومنه يتعين نقض الحكم بدون إحالة». [1]

وبالتالي قرار المحكمة العليا مبرر من الناحية القانونية لأن مسألة التأكد من رضائها على حل الرابطة الزوجية لا تثبت القاضي إلا من خلال مثولها أمامه وبحثه في الإرادة والتأكد من سلامتها وخلوها من العيوب وعدم الاكتفاء بالطلب المشترك المعروض عليه بل يتطلب القانون حضورهما لمعرفة مدى إصرارهما على موقفهما بفك الرابطة الزوجية وتمسكهما بطلبهما المشترك سواء بقيود وشروط أو دونها عملا بمقتضيات المواد (439)،(431)،(430) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ب- عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح

بالنسبة للوكالة في الزواج الأمر واضح بخصوصها ، لأن المشرع ألغاها بموجب نص المادة (20) من قانون الأسرة لكن بالنسبة للوكالة في الطلاق وإن كان القانون لم ينص على منعها ، غير أنه لا تجوز ولا تصح وهذا الشيء الذي نهجه قرار المحكمة العليا فلا يوجد تناقض بين المحكمة العليا والقانون ، فيما يخص الوكلاء لأن الفهم الصحيح للقانون والأولوية في التطبيق يكون بنص القانوني وليس الى إجتهاد المحكمة العليا لأن نص المادة 4/431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء على أنه ينظر القاضي مع الزوجين أو كلاهما في الاتفاق وبذلك فالوكلاء يقتصر دورهم على الأمور المادية وليس فيما يخص فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها ، لأن جلسة الصلح

(1) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم0851107 في 2013/05/09، غير منشور.

شخصية لكي تتأكد أن الزوجين موافقين على فك الرابطة الزوجية فذلك لا يثبت إلا في جلسة الصلح بعد حضور الزوجين شخصيا .

ج- في حالة فشل القاضي في محاولات الصلح

إن فشل القاضي في إصلاح ذات البين ليس معناه أن جلسة الصلح أفرغت من محتواها وإنما رغم فشلها، قد يقتنع القاضي من أن الزوجين متمسكين بفك الرابطة الزوجية ومهما أجل القاضي إلى عدة جلسات أخرى فلن يفيد الامر في شيء، مما يجعل القاضي بفتح صفحة أخرى وينظر بعد ذلك مباشرة مع الزوجين أو الوكلاء في الاتفاق المبرم بين الزوجين الذي يبقى خاضعا لرقابة قضائية سابقة على نفاذه لان مجرد اتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية بل هذا الأثر يظل رهينا بصدور حكم القاضي. [1]

رابعا: مراقبة القاضي مدى مراعاة الاتفاق للنظام العام ومصلحة الأولاد

ينقسم الطلاق بالتراضي الى نوعين رئيسين من الطلاق فالنوع الأول يتمثل في طلاق بالتراضي المجرد وهو الطلاق الذي يلجأ إليه الزوجان بإتفاقهما دون أن يعلقاه على شروط أو قيود محددة ، وأما عن النوع الثاني يتمثل في الطلاق بالتراضي المقيد وهو الذي يقيده طرفاه بشرط أو أكثر ويتعين وجوبا أن هذه القيود أو الشروط لا تتنافى مع النظام العام وأن لا تكون متعارضة مع المصلحة الأولاد أو له تبعات سلبية على مصالح الأبناء وحقوقهما المكتسبة وتجدر الإشارة أن كلا النوعين يخضعان وجوبا لرقابة القاضي الذي يحاول الصلح بينهما قصد التأكد من اتفاقهما على مبدأ إنهاء الرابطة الزوجية . [2]

إن المشرع الجزائري لم ينص على النظام العام في أحكام المواد الإجرائية المتعلقة بالصلح ولكنه نص عليه في أحكام الاتفاق على الطلاق بالتراضي فإذا تبين للقاضي أثناء إجرائه للصلح بين الزوجين أنه إتفقا على أمر مخالف للنظام العام وجب عليه أن يصرف النظر عن ذلك الاتفاق فالنظام يتجاوز الخصوم والقاضي ، فانه لا يمكن ان يكون موضوع تصالح بينهم ، فدور القاضي هو ضبط إرادة المتصالحين التي وإن لم تكن مطابقة لقواعد العدالة والإنصاف ، إلا أنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام وعليه فالقاضي لا يجري الصلح إلا في إطار المسموح به قانونا

(1) هجيرة عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي ، مرجع سابق، ص51-64.

(2) المرجع نفسه، ص96.

بحيث له دور في إجراءات الطلاق لأنه لا يجوز له أن يقف موقف الحياد السلبي سواء في الدعوى في الطلاق بصفة عامة وخاصة الطلاق بالتراضي ، وإنما يجب أن يقوم بدور حيادي إيجابي حيث يتعين عليه أن يراقب شروط الطلاق .

سمح القانون للزوجين بكل حرية تعليق الطلاق بالتراضي بالاشتراط فيما بينهم سواء تعلقت هذه الشروط بحق أحد الزوجين أو أحد الحقوق المشتركة بينهما ، إلا أنهما مقيدين بشرطين أساسيين ، وهما عدم مخالفة النظام العام وكذلك مراعاة مصلحة الأطفال .[1]

خامسا: إصدار حكم الطلاق بالتراضي

إذا تعذر الصلح في الطلاق بالتراضي يثبت إرادة الزوجين بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي بينهما ويصرح بالطلاق بالتراضي بإرادة الزوجين ومتى تراضا الزوجين على كل المسائل والتي يضمنها القاضي في محضر عدم الصلح وتكون كتسبيب للحكم فيها بعد الى تحول أمام الزوج عند ممارسته للطعن. [2]

(1) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص74.

(2) بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي الأسرة من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق، ص355.

الفصل الثاني

دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءً على طلب الزوجة

يختلف دور القاضي شؤون الأسرة أثناء قيامه بمحاولات الصلح، حسب حالات فك الرابطة الزوجية ولإحاطة جيدا بهذا الدور الفعال لا بد من التطرق لكل هذه الحالات على حدى حيث نحاول تبيان دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءً على طلب الزوجة .

فكما للرجل الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار العصمة بيده، فإن الشريعة الإسلامية أجازت للمرأة حق فك الرابطة الزوجية، إذا كان في دوام هذه الرابطة مضرة لها، وأن الحياة أصبحت لا تطاق مع هذا الزوج وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في قانون الاسرة.

المبحث الأول: دور القاضي في الصلح عن طلب التطليق من الزوجة

لقد سبق القول ان الصلح في شؤون الاسرة وجوبي بنص المادة (493) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فليس معنى ذلك أنه إجراء جوهري يترتب عن تخلفه البطلان، فالقاضي يقع عليه إلتزام الوفاء به متى أمكن ذلك، لكن أحيانا إجراءه يكون مخالفا للنظام العام كما هو الشأن في الطلاق بالثلاث (طلاق الزوج) ونفس الأمر يلاحظ في دعاوى التطليق فهناك أسباب عديدة عددّتها المادة (53) من قانون الأسرة والسبب العاشر منها وسع الباب بأن أجاز التطليق لكل ضرر.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحكم التطليق ومدى علاقته بالصلح

يتفق الفقه بأن طبيعة الحكم القضائي الصادر بالتطليق هو حكم منشئ ولذلك لا يطرح إشكال بين رجال الفقه ففي هذا الصدد يرى الأستاذ تقية عبد الفتاح :«أن الشريعة الإسلامية فتحت باب للزوجة فجعلت لها حق للجوء للقضاء لطلب تطليقها، واوجبت على القاضي الاستجابة لها متى ثبت لديه السبب المبرر شرعا لطلبها وامتنع الزوج أن يفارقها بالمعروف» وعددت المادة (53) من قانون الاسرة أسباب طلب التطليق، وعلى ذلك فالقاضي يقدر الضرر إعمالا للسلطة التقديرية ولا رقابة للمحكمة العليا في ذلك وبذلك فأحكام التطليق من حيث طبيعتها هي أحكام إنشائية وذهب الى القول: فالتطليق يجعل امر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة (53) فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتطليق فهو حكم منشئ له، فالنوع الأول تنعدم فيه إرادة القاضي، أما النوع الثاني

فتلعب إرادة القاضي في إنشائها وتكوينها دورا هاما وايجابيا، بل تعتبر إرادة القاضي العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم. [1]

إن السند القانوني المعتمد من طرف القضاء لإجراء الصلح في دعاوى قبل أن يصدر قانون الأسرة هو نص المادة (17) المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية الملغى ، والتي كانت تجيز الصلح في جميع المواد لما فيها قضايا شؤون الأسرة فيما يخص دعاوى الطلاق بوجه عام وهو ما تبناه القضاء في قضايا فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها وعند صدور قانون الأسرة سنة 1984 الذي جاء بنص المادة (49) منه التي تنص على إجراء محاولة الصلح، عمد كل من الفقه ورجال القانون وحتى القضاء الذي بادر إلى تطبيق نص المادة (49) منه كأساس قانوني على جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها دعوى التطليق .

فكان هنالك خلط وعدم التميز بين الصلح الذي يتم أمام القاضي بعد نطق الزوج بالطلاق والذي أساس إجراء الصلح فيه هو نص المواد (49) ، (50) مع الصلح الذي يجرى في دعاوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة الذي أخضعه كل من الفقه والقضاء إجراءه إلى نفس المادتين السالفتي الذكر ، الشيء الذي أدى إلى وقوع الإلتباس والتداخل في أحكامهما وخير دليل هو تطبيقهم نص المادة (49) من قانون الأسرة على كل من التطليق والخلع في حين أن هذا النص يخص الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط ولا علاقة لها بالتطليق فدعاوى التطليق يجرى فيها صلح ليس إستنادا لنص المادة (49) كما يذهب إليه السواد الأعظم من الفقه وهو خطأ شائع.[2]

فإذا أتينا الى نص المادة (49) من قانون الأسرة، المشرع أبدا لم يقصد تطبيقها على دعوى الخلع أو الطلاق قبل بناء أو دعوى التطليق، لأنه ولو فرضنا أنه لا يمكن تطبيق نص المادة (49) على دعاوى التطليق، فإنه يصح كذلك تطبيق نص المادة (50) من نفس القانون وهذا لا يعقل لأن هذه المادة في حد ذاتها تنص عن من يراجع زوجته وليس من تراجع زوجها، فهل يعقل أن نقول من راجعت زوجها؟ فالمشرع يخاطب الزوج الذي أوقع الطلاق بإرادته المنفردة ويراجعها خلال مرحلة الصلح ولم يقل مطلقا من راجعت زوجها وهذا يستنتج من روح نصوص

(1) تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء، مرجع سابق، ص235،241.

(2) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص76.

قانون الأسرة بإستعمال طرق التفسير الداخلية ولا سيما موقع النصوص القانونية وطريق ورودها منهجيا ومنطقيا.

لكي يتأكد الدليل ويقوي أكثر عند اللجوء الى طرق التفسير الخارجية وضع المشرع ونص المادة (222) من قانون الأسرة التي تحيل الى الشريعة الإسلامية وهنا نطرح سؤال مفاده: لمن يثبت حق الرجعة للزوج أو للزوجة؟ ومتى وفي أي نوع من أنواع فك الرابطة الزوجية؟ وبالتأكيد سوف يكون الجواب يثبت للزوج كحق خالص له وبمفرده وأثناء فترة محددة أي أثناء العدة في الطلاق الرجعي وبالتالي لا علاقة للتطليق بالمواد (49)، (50)، (51) و(52) لأنه تخص فقط الطلاق بالإرادة المنفردة. [1]

المطلب الثاني: محاولات الصلح في دعاوي التطليق

وردت حالات في نص المادة (53) من قانون الأسرة عشوائيا بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل قضية وأمام غياب نصوص قانونية نستثني بعض الحالات إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه اقتضى الامر تناول حالات التطليق التي اجراء الصلح فيها يكون له فائدة، حالات إجراء الصلح فيها يعد إجراء تشكيلي لا جدوى منه حالات الصلح يكون مخالفا للنظام العام على ان تقتصر الدراسة في هذه النقطة على بعض حالات التطليق وليس كلها.

أولا: الصلح المنتج في بعض حالات التطليق

هناك حالات يكون فيها للصلح أثر منتج منها:

أ- الحكم على الزوج عن جريمته فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة (04/53) من قانون الأسرة للزوجة ان تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمته فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة

(1) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص77.

والحياة الزوجية ومن خلال تفحص هذه المادة يتبين أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق على هذه الأساس إلى يتوفر الشروط التالية: [1]

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به.
- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي إرتكبه الزوج وصمة عار على الأسرة ومن قبيل هذه الجرائم ضرب وشتم الفروع للأصول، جريمة هتك العرض ، خطف الأطفال ...الخ
- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا حيث يتحول الحب الى بغض وكراهية وتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق وبجمع هذه الشروط المجتمعة ، يمكن للزوجة طلب تطليق وللقاضي سلطة تقريرية في ذلك وفي هذا المجال وجب التمييز بين ما اذا كان اجراء الصلح في حد ذاته منتجا أو لا جدوى منه بحيث ظروف ووقائع القضية بحيث يتطلب الأمر أن يكون القاضي في بداية الأمر مطلعا جدا على الملف وبناء على ظرف القضية يجري الصلح فإذا كانت هناك دعوة تطليق مرفوعة من قبل الزوجة على أساس صدور حكم جزائي ضد الزوج يقضي بعقوبة ماسة بشرف الأسرة وهو في المؤسسة العقابية فعلى القاضي من خلال جلسات الصلح التي يعقدها أن يأمر بإحضاره ليمثل أمامه إذا كان بالإمكان إخراج المحبوس أو على الأقل سماعه بموجب إنابة قضائية .

ب- التطليق بناءً على عدم الانفاق

إن النفقة أثر من أثار عقد الزواج فتنص المادة (74) من قانون الأسرة :« **تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة**» مع مراعاة أحكام المواد (78)، (79)، (80) من هذا القانون ولهذا أولى المشرع إهتماما كبيرا بمسألة الانفاق على الزوجة في كل الأحوال.

وأكد على الطابع الالزامي لتسديدها والاخلال بهذا الالتزام موجب للزوجة حق طلب التطليق ولذلك إشترط المشرع شروط هي:

(1) تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق ، قانون الأسرة والتطورات العلمية ، مخبر القانون كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، 2012، ص54.

- شرط عدم إنفاق الزوج على زوجته بإمتناعه عن تقديم ما تحتاجه الزوجة طبقا للمادة (78) من قانون الأسرة.
- شرط استظهار الزوجة حكم قضائي بالنفقة على الزوج لقبول دعواها لكن هناك من يرى أنه ليس من ضروري إحضار الزوجة حكم قضائي صادر عن قاضي شؤون الاسرة يقضي بموجب النفقة ورفض الزوج الامتثال أو استظهار حكم جزائي يقضي بالإهمال العائلي لعدم الانفاق، بل يكفي أن تلتمس الزوجة التطليق بأن تثبت عدم إنفاق الزوج عليها لمدة معقولة. (1)
- شرط ان لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج عند العقد فإذا وجد القاضي أثناء الصلح أن الزوجة كانت عالمة بعسر الزوج عند عقد الزواج ، فلا يحق لها طلب التفريق للإعسار ، لرضاها بالعقد فتكون بذلك أسقطت حقها في طلب التطليق ، وما نلاحظه أن المشرع لم يحدد للزوجة ضمن أحكام قانون الأسرة مدة الانتظار التي تكون ما بين تاريخ الحكم بوجوب الانفاق وبين تاريخ عدم الامتثال ، فأمكن القاضي أن يمهل الزوجة الى فترة شهرين قياسا على نص المادة (331) من قانون العقوبات وبذلك ينهج القاضي الزوجة أن تنتظر مهلة شهرين متتابعين واذا امتنع الزوج عن النفقة يكون مبررا لها طلب التطليق (2).
- أن يكون الزواج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي وتسعى لتنفيذه وفقا للإجراءات والشروط المنوه عنها قانونا فاجتهاد المحكمة العليا استقر على أن :« نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء كان موسرا أو معسورا وتخضع للنفاذ المعجل وأن يسر الزوجة لا يسقط حقها في النفقة بدون مبرر شرعي ولذلك يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يصلح بين الزوجين ويفهم الزوج بأنه هو المسؤول على الانفاق». (3)

ج-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

يعد هذا السبب من بين الأسباب المستحدثة بموجب الامر رقم (05/02) في الفقرة التاسعة من المادة (53) من قانون الاسرة ، فالأصل ان الشارع هو الذي يرتب أثار عقد الزواج وذلك

(1) تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص،18، 54.

(2) قويدي خيرة، حالات التطليق في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، مرجع سابق، 18.

(3) ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص30.

صونا وضمانا لهذا العقد حتى لا يتعرض الى شروط قد تتنافى ومقتضاها وتتعارض مع مقاصد الشرع واستثناء من ذلك فإنه يبقى للزوجين حق تضمين عقد زواجهما بالشروط التي يرونها ضرورية والتي من شأنها أن تعدل من أثار هذا العقد بالزيادة أو النقصان كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو تشترط إكمال دراستها أو عملها أو الاتفاق حول نصيب كل من الزوجين في الأموال المكتسبة بعد زواجهما وهو ما ذهب اليه المشرع الجزائري في المادة (19) من قانون الاسرة ، شريطة أن لا تخالف هذه الشروط احكام قانون الاسرة ، ومن ثمة يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد أو للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة ، بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري .

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفض الزوج أن يمتثل كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج وتبقى مستمرة في عملها وإنما لها الحق في التطليق ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوبا في عقد رسمي، بل لها الحق في طلب التعويض حسب المادة (53) مكرر من قانون الاسرة وبهذا أراد المشرع ان يجعل حدا نسبيا لتلاعب الذي كان يصدر عن الزوج من حيث أنه كان يوافق على جل الشروط عند ابرام العقد ولا يلتزم بها بعد تنفيذه.

- قد يجد القاضي في جلسة الصلح من خلال سماع الزوجين لتصريحاتهما أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشرط وإنما حول صحة الشرط من الشروط ومما لا شك أن القاضي من خلال محاولات الصلح وماله من سلطة تقديرية في اختيار رأي من الآراء الفقهية في هذا المجال. فقد يكون الشرط صحيحا لكن يتعذر الوفاء به فيحاول القاضي أن يقنع الزوجين بتعديل الشرط أو الاعفاء منه، حرصا منه على استمرار الحياة الزوجية وعدم تعليقها على هذا الشرط. [1]

1- الضرر المعتبر شرعا

من بين حالات تطليق الزوجة من زوجها ما جاءت به المادة (10/53) :« **لكل ضرر معتبر شرعا**» يلاحظ أن عبارات هذه الفقرة عامة وغير محددة ، لأن المشرع لم يقيد حق المرأة للتطليق لضرر معين مانحا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي ، في تقدير الاضرار التي يمكن للزوجة ان تطلب بمقتضاها التطليق وان هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ويكون

(1) بولحواس صافية، سلطة القاضي في التفريق لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2013-2014، ص2.

المشرع قد أخذ بالعادات والتقاليد داخل المجتمع الجزائري ، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى أضف الى ذلك الأمر لا يختلف من مكان الى مكان آخر فقط ، بل من زمن الى زمن أخر .

والواقع بإمكان المشرع الجزائري أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة (53) من قانون الاسرة لان هذا السبب يشمل جميع الحالات ومن ثمة متى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فعليها أن ترفع أمرها الى القاضي ولها ان تثبت له جميع وسائل الاثبات ان الزوج لا يحسن معاملتها وعندها فما على القاضي في حالة الاثبات الا ان يستجيب الى طلبها واذا عجزت عن اثبات ذلك ينبغي على القاضي أن يقوم بتعيين حكمين للتوفيق بينهما ، حسب نص المادة (56) من قانون الاسرة وان الضرر لا يكون كسبب موجب للتطليق ، الا اذا كان صاحب الضرر هو الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته وأن ينتج عن الخطأ أضرار تلحق بالزوجة ولا يكون هناك ضرر اذا مارس الزوج حقه الشرعي كرفضه ان تكون تربية الأولاد على ديانة أمه المسيحية .[1]

2- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

اذا رجعنا الى الفقه الإسلامي ، الزوجة ليس لها الحق في طلب التطليق اذا نشب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة ، لأن ذلك ليس في نظره سببا من أسباب التطليق وهذا ما دفع المشرع الجزائري في قانون الاسرة قبل التعديل الى عدم ذكره ، لأنه في الشريعة في مثل هذه الحالة يبعث حكمين من أهلها وبالتالي لم يكن سببا من أسباب التطليق ، غير أن التعديل الذي طرأ على المادة (53) من قانون الاسرة في 2005 أدخله واعتبره سببا من أسباب التطليق المستحدثة في تعديل الوارد على قانون الاسرة في مجال انحلال الرابطة الزوجية ، نجد أن المشرع قد سمح للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين ، وهو سبب استنبطه واضعوا التعديل من بعض القرارات القضائية .[2]

(1) تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق ، قانون الأسرة والتطورات العلمية ، مرجع سابق، ص57.

(2) بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي الأسرة من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص358.

ثانيا: الصلح اجراء شكلي في بعض حالات التطليق

في بعض الحالات يعتبر الصلح مجرد اجراء شكلي ومن بين هذه الحالات ما يلي:

أ- التطليق للفقدان والغيبة

نتعرض الى فكرة اجراء الصلح في دعاوى التطليق للفقدان وفي دعاوى التطليق للغيبة وقبل ذلك نعرج باختصار الى تعريف كل من المفقود والغائب ومطالبة الزوجة للتطليق بناء على ذلك، معظم شراح القانون الجزائري اخذو بالتعريف القانوني الوارد في نص المادة (109) من قانون الاسرة فعرفه الأستاذ إبراهيم منصور :« الشخص الذي غاب عن وطنه فترة طويلة وانقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا» [1] أما الأستاذ بلحاج العربي عرف أنه :« الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره وجهل مكانه ولا تعرف حياته أو مماته». [2]

ولقد ورد تعريف المفقود في قانون الاسرة وحتى في القواعد التي تضمنتها القوانين الخاصة، الظرفية والمتعلقة بظروف إستثنائية كانت أم أمنية.

نجد الأستاذة حنيفي لويزة عرفته على أنه :« هو من لا يعرف مكان اقامته الحالية ولا يعلم عنه شيئا بحيث أصبح وجوده محل شك والغائب سواء كان داخل الوطن او خارجه بالنسبة للقانون الأسرة الجزائري ويلاحظ أن كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود ولذلك المشرع الجزائري استعمل عند تعريفه للغائب المفقود هو الشخص الغائب». [3]

فكما نعلم أن من بين الواجبات الزوجية التي تقتضي المعاشرة هي ألا يغيب الزوج غيبة تتضرر منها الزوجة، فإذا غاب الزوج غيبة طويلة بدون عذر شرعي او كان مفقودا فإن الزوجة تتضرر من هذه الغيبة أو الفقدان مما قد يدفعها الى الإنحراف أو الفتنة مما يؤثر على الكيان الخلقي، لأن فقدان أو غياب الزوج يفوت على الزوجة أغراض ومقاصد الزواج. [4]

فعلى الزوجة التي تريد أن ترفع دعوى التطليق للفقدان عليها أن تستصدر حكم فقدان لتثبت واقعة الفقدان الزوج لكي يقبل لها القاضي طلبها للتفريق والمفقود لا يعتبر كذلك الا بموجب

(1) إبراهيم منصور إسحاق، نظريتا الحق والقانون، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص219.
(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق، ص508.
(3) نوي عبد النور، مرجع سابق، ص28.
(4) قويدي خيرة، حالات التطليق في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، مرجع سابق، ص72.

حكم قضائي ، لا يمكن تطبيق الاحكام والآثار المتعلقة بالفقد الا بعد إثبات وضعية الفقدان أمام القاضي، أو ما يقوم مقامه في حالة الإستثنائية بموجب نصوص خاصة لها منحى آخر كالمحاضر الاثبات والمعاينة التي تحرر من طرف الضبطية والتي تعد كافية لتقرير حالة الفقد.

فعندما ترفع الزوجة الدعوى على أساس التطليق لفقدان أو لغياب الزوج والسؤال الذي يبقى يطرح نفسه بإلحاح على مفاده هل يجري القاضي الصلح في هذه الأحوال؟ والقاضي يعلم جيدا أن مثل هذه الدعوى لا تقبل الا إذا استندت على حكم يقضي بفقدان أو غياب الزوج والغريب في الامر انه قد يكون القاضي المعروض عليه الدعوى هو من أصدره، نفرض جدلا أنه أجرى الصلح، فما الغرض المتوخي من إجراء الصلح أمام الضرر البين والفادح الذي لحق الزوجة؟ وأن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة حضور الطرفين شخصيا الى جلسة الصلح فكيف يحضر وهو مفقود أو غائب وصدر حكم بفقدانه أو غيابه؟

ان هذا الإجراء المتمثل في محاولة الصلح بين الزوجين، لا يقوم الا بين الطرفين المتنازعين وهنا الزوج غير موجود ليس لعدم حضوره أو عدم رغبته في الحضور، بل راجع الى وجود حكم يؤكد واقعة الفقدان أو واقعة الغيبة، وأن اجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه والحكمة من إجراءاته مفقودة هي الأخرى في قضية الحال. [1]

ما يجعل جلسة الصلح بدون جدوى وبدون موضوع ويجعل من الاجراء الذي قام به القاضي إجراء شكلي وسبق وأن قلنا أن الصلح ليس اجراء جوهري وتخلفه لا يؤدي الى بطلان الحكم القضائي بل ان المشرع كان ذكيا وفطنا لما وضع قاعدة عامة مفادها وجوبية اجراء الصلح بموجب المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولم يقرنها بجزاء أي ليس هناك بطلان اذا لم يجر القاضي الصلح في مثل هذه الأحوال واضف الى ذلك أن القاضي هو حارس الإجراءات فيرى هل اعمال الصلح او عدمه يؤثر على الحكم الذي سوف يصدر ويصبح اجراء الصلح في هذه الحالة مجرد اجراء شكلي وتتحول جلسة الصلح الى مجرد جلسة سماع ، ليتأكد من خلالها القاضي مدى تمسك الزوجة بطلبها في التطليق ليس الا ولا علاقة له بمفهوم الصلح في قضاء شؤن الاسرة.

(1) قويدري خيرة ، حالات التطليق في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي والقضاء ، مرجع سابق ، ص 7.

ب- التطليق للحكم على الزوج عن جريمته فيها مساس بشرف الاسرة

قلنا في ما سبق أن اجراء الصلح في مثل هذه الحالة يقتضي الامر التمييز بين ما اذا كان اجراء الصلح في حد ذاته منتج كإجراء او لا جدوى منه حسب ظروف وقائع القضية.

الأصل أن يجري القاضي الصلح بهدف التوفيق والإصلاح بين الزوجين لدفع الزوجة الى تجاوز الضرر ، غير أنه اذا كان الزوج في بعض الأحيان حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنوات طويلة لبشاعة الجريمة وخطورتها وكان الزوج قد ارتكب جريمة القتل العمد مثلا أو إحدى الجنايات الأخرى وحكم عليه مؤبد وإلى جانب مشكل إحضار الزوج المسجون لأنه غالبا ما يتم تحويله الى ولاية أخرى ولاسيما اذا كان الزوج محكوما عليه مؤبدا ، فهنا اجراء الصلح لا جدوى منه ، فتتحول جلسة الصلح الى جلسة سماع الزوجة على محضر ويتأكد القاضي من إرادتها في طلب التطليق ، كون الصلح في هذه الحالة مستحيل مع الطرف الآخر وبالتالي غياب الغاية من إجراءه .[1]

ج- حالات تطليق اجراء الصلح يكون مخالفا لنظام العام

يمكن الجزم بأن اجراء الصلح في بعض حالات التطليق على أساس الضرر المعتبر شرعا مخالفا للنظام العام، بل ان إجرائه في حد ذاته مخالف لقانون الاسرة الجزائري وهو خرق لأحكام الشريعة الإسلامية، فمن يعتبر أن الصلح اجراء جوهري وأن القاضي لا بد من استيفائه في كل الأحوال والا كان حكم فك الرابطة الزوجية باطلا ويكون عرضة للنقض والابطال، كيف يكون موقفهم في حالة رفع دعوى تطليق على أساس الضرر المعتبر شرعا كون الزوجة تضررت من زوجها الذي ارتد عن دين الإسلام.

(1) نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية للأحكام الشرعي ، الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين ثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق وعلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة –عين الدفلى ، يومي 04 و05 ماي 2014، ص46.

لقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2014/04/12 والذي تضمن المبدأ الآتي :« يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق ، في حالة ارتداد الزوج عن دين الإسلام يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام» وردا على أوجه الطعن بالنقض التي أثارها الطاعن ، كان تسبيب غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا كالآتي « حيث أنه بالرجوع الى أحكام قانون الأسرة وخاصة الفصل المتعلق بموانع الزواج يتبين أن زواج المسلمة مع غير المسلم محرما مؤقتا وفقا لنص المادة (30) ويبقى هذا المانع أو التحريم قائما ما يبقى السبب وبالتالي فإن ارتداد الزوج في الإسلام تقع به الفرقة في الحال لأن الردة فكما تمنع الزواج ابتداء فإنه تمنعه بقاء ويكون من حق الزوجة اللجوء أمام المحكمة للمطالبة بالفرقة وهي غير ملزمة بالبقاء مع الزوج المرتد الذي استعمل حريته في تغير معتقده بل أن بقائها معه مخالف للنظام العام طالما أنها أصبحت محرمة عليه ، وفق للمعتقد الذي تدين به وتزوجته على أساسه وفق أحكامه وكذا وفق نص المادة (30) من قانون الأسرة فضلا عن أن في بقائها معه يلحق بها أفدح الضرر من الجانب المعنوي وأن المحكمة بقضائها بالتطليق قد طبقت صحيح القانون وأوردت أسبابا كافية تبرر ما إنتهت إليه من قضاء وأن مسألة المساواة بين المواطنين وحرية المعتقد والفكر طبقا لنص المادة (29) و(36) من الدستور لا علاقة لهما بقضية الحال مما يجعل الوجهين غير مؤسسين وينعدم معهما أي مخالفة للقانون أو قصور في التسبيب حيث أنه يصبح الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن».[1]

المبحث الثاني: دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع من الزوجة

ما تم التوصل إليه أن الصلح ليس إجراء جوهريا، هو نفس الأمر ينطبق الى دعوى الخلع وقبل التطرق إلى مسالة تدخل القاضي لإجراء محاولات الصلح يستوجب الأمر التطرق الى الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح (الفرع الأول)، ثم إلى تدخل القاضي لإجراء الصلح في دعوى الخلع (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح

لم يتفق الفقهاء على الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع بحيث يرى الأستاذ أحمد شامي «... أنه لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إداري

(1) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم699785، مؤرخ في2012/04/12، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2012، ص275-277.

يملكه الزوج ومن هنا حكم القاضي يعتبر حكم كاشف للطلاق بالإرادة المنفرد وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع، الذي هو إتفاق بين الزوج والزوجة على مخالفته مقابل ما تدفعه له، وهنا يكون حكم القاضي كاشفا لإرادة الزوجة وليس على مخالعة زوجها مقابل مال تدفعه له وعندها على القاضي إلا كشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية ليحتج بها ..». [1]

ويذهب في نفس الإتجاه الأستاذ فضيل سعد «أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ بسبب الخلع فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل ولم يقم إلا بدور كاشف الطلاق». [2]

على خلاف ذلك يذهب الأستاذ لمطاعي نور الدين إلى القول «أن كل من التطليق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطليق لأجل ذلك وهذا ما نصت عليه المادة (48) من قانون الأسرة وبطلب من الزوجة ...» ومن ثم لا يكون لهما وجود إلا ابتداء عن تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطليق أو الخلع، ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد فيكون حينها الحكم القضائي الصادر بشأنها حكما منشأ على عكس الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة والذي يكون فيه الحكم القضائي كاشف لواقعة الطلاق لا منشأ لها [3] والرأي الراجع هو إعتبار حكم القاضي بالخلع حكما منشأ ولا يكون له أثر إلا بصدور حكم قضائي لأن الرابطة الزوجية تبقى قائمة.

يعاين القاضي كذلك ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدة تأسيس الطلب فالمشرع يتكلم عن طلب يرفع إلى القاضي ولم يتكلم عن طلاق بالخلع بإرادة الزوجة فدور القاضي إيجابي في دراسة ومعاينة والفصل في مدى تأسيس الطلب ففي الخلع العلاقة الزوجية تبقى قائمة الى غاية استجابة القاضي الى طلبها وقد لا يحكم لها بالخلع إذ قد يرفض طلبها فالخلع حالة من الحالات التي تسمح للزوجة بفك الرابطة الزوجية

(1) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان السنة الجامعية 2013–2014، 298.

(2) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، مرجع سابق، ص340،339.

(3) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص73.

قضائيا دون موافقة الزوج ويقع بائنا وفقا للقاعدة الفقهية الطلاق الذي يوقعه القاضي طلاق بائن. [1]

أما بخصوص إجراء الصلح في دعوى الخلع لم يكن موقف المشرع الجزائري واضحا ، بحيث لا نجد أي نص يشير صراحة إلى ذلك لا في قانون الاسرة ولا قانون الإجراءات المدنية الملغى ، وإنما كان القضاء يطبق نص المادة (17) كما ذكرنا سالفا ، غير أنه بموجب صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تضمن مواد إجرائية خاصة بالصلح (المواد 439 منه وما بعدها) التي تشير صراحة ولأول مرة إلى منح القاضي صلاحية وكيفية إجراء محاولات الصلح بين الزوجين في جميع صور فك الرابطة الزوجية ، بما فيها دعاوى الخلع ، غير أن رجال القانون والفقه عمموا نص المادة (49) من قانون الأسرة على جميع طرق فك الرابطة الزوجية بل وأكثر من ذلك هناك قرارات قضائية أسقطت نص المادة (50) على الرجوع في الطلاق في حين هو ليس طلاق رجعي وإنما هو طلاق بائن ولا يكون إلا بعد صدور حكم قضائي ، بحيث يلاحظ أنها دائما تحاول إسقاط أحكام المادة (49) من قانون الأسرة عند إجرائها للصلح، في حين نص هذه المادة خاص بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة ولأجل ذلك لا يمكن أيضا تطبيق أحكام المادة (50) على هذا النوع من طرق فك الرابطة الزوجية ، وهذا التطليق القضائي ترسخ مع مرور الزمن في القضاء الجزائري دون أن يكون له أساس قانوني صحيح وطالما أن الخلع ينشئه القاضي فلا يوجد حل الرابطة الزوجية قبل نطق القاضي بالخلع.[2]

المطلب الثاني: محاولات الصلح في دعوى الخلع.

يلاحظ منذ صدور الامر رقم 02/05 تهافت الزوجات على المحاكم طالبين الخلع وإن كان الأصل لا إجتهاد مع صراحة نص، ولكن ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة دور إيجابي في معالجة كل حالة بحكمة وتبصر، سيما وأن المشرع أعطى له تلك الإمكانية أثناء محاولة الصلح الواجبة قانونا وأن يعمل على الحد من إستعمال الخلع إستهتارا بالمعاني والأهداف السامية للأسرة.

(1) بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص118.

(2) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق وآثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص69.

فمحاولة الصلح بطبيعة الحال الغاية منها معرفة المشاكل التي تحول دون إستمرار الحياة الزوجية ، ومحاولة حلها وتقريب وجهات نظر الطرفين وإصلاح ذات البين ينهما، لإعادة بناء أسرتها التي تعتبر خلية من خلايا المجتمع الأمر الذي يتطلب حضور الطرفان ولو أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا ، قد استقر على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لمحاولة الصلح كاف لإحترام الإجراء ، وفي هذا الشأن تطبق على دعوى الخلع نفس أحكام التي سبق التعرض لها مع بعض الخصوصيات بالنسبة لطلاق الزوج وطلاق القاضي .[1]

إذا توصل القاضي مع الزوجين إلى الصلح فإنه يثبت ذلك في المحضر وهذا الأخير يعد سندا تنفيذيا غير أنه قد لا تكلل محاولات الصلح دائما بالنجاح مما يعني فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع ، فيباشر مناقشة الزوجين بدل الخلع وكذا نفقة الأولاد وحضانتهم والاثاث ومتاع الزوجين والمصوغ وغيرها من الأمور العالقة ويعتبر بدل الخلع عنصر الجوهري في دعوى الخلع ، إذ لا يكون للخلع أثر إلا بتوفره ، بعد تيقن القاضي من فشل محاولات الصلح وتمسك الزوجة بطلبها والذي ليس للزوج حق الاعتراض على طلبها ولا تشترط موافقته ، بل له فقط حق مناقشة بدل الخلع .[2]

المبحث الثالث: إجراءات وشروط الصلح في ظل الممارسة القضائية

خص المشرع محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة بإجراءات وقواعد منها موضوعية وشكلية والإحاطة جيدا بإجراءات وقواعد الصلح في التطبيق القضائي الأسري كان لا بد إلى التطرق إلى إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية في المطلب الأول ودور القاضي في إيجاد التدابير الضرورية والمؤقتة أثناء محاولات الصلح في المطلب الثاني.

المطلب الأول: إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية

تقتضي دراسة إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية إلى التطرق إلى معالجة الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح في الفرع الأول وكذا الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح في الفرع الثاني.

---

(1) المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار رقم0964769 المؤرخ في 2014/07/10 غير منشور.

(2) بن الشيخ آثم لوريا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص427.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح

تتمثل الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح في ضرورة رفع الدعوى التي موضوعها فك الرابطة الزوجية، ثم تتطلب أطراف جلسة الصلح بالإضافة إلى ضرورة قيام العلاقة الزوجية.

أولا: ضرورة رفع الدعوى

طبقا لنص المادة(48) من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما مورد في المادتين(53) و(54) أي التطليق والخلع، وعليه فالمشرع وإعتبر كل هذه الصور طلاقا بمعناه العام لحل الرابطة الزوجية وما دام حق فك الرابطة الزوجية ثابت للزوجين، فإن ممارسته يجب أن تتم عن طريق التوجه للقضاء وتسجيل الدعوى القضائية. [1]

ثانيا: أطراف جلسة الصلح

غني عن البيان أن أحد اهم الأشخاص الرئيسية في جلسة الصلح محاولته الصلح هو طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجان، غير أن عند عرض الطلب على القضاء، توجد أشخاص أخرى هم القاضي المكلف بشؤون الأسرة الذي يجري محاولة الصلح وأمين الضبط وبذلك تتحدد أشخاص جلسة محاولة الصلح في ثلاثة أطراف هم، الزوجين القاضي، أمين الضبط. [2]

ثالثا: وجود العلاقة الزوجية

إن محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما فلا صلح في غياب هذه الرابطة ومن ثم نتساءل متى نكون بصدد علاقة زوجية قائمة فعلا؟ وهل يشترط لإجراء الصلح من طرف القاضي أن يحصل دخول حقيقي بين الزوجين وما هو الحل إذا كان الزواج زواجا عرفيا؟

لقد ذكر البعض من الفقهاء بأن الزواج: عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليها من واجبات. [3] قال تعالى: «ومن **آياته أن خلق لكم من**

(1) الغوثي بن ملحة، القانون الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص227.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابقن ص232.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص19.

أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون». [1] وبالرجوع الى نص المادة (04) من قانون الأسرة جاء فيها «**الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة...**» فلا يمكن القول بمحاولة الصلح من غير وجود لعقد زواج قائم فعلا بين زوج وزوجته.

وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح، وعقد الزواج الرسمي هو وسيلة والتي يمكن من خلالها إثبات الصفة في ذلك لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد زواج قائم فعلا من الناحية الشرعية على الأقل ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن إجراء الصلح.

يرى فقهاء المذهب المالكي فيما يتعلق بإجراء الصلح في الطلاق قبل البناء، أن بعث الحكمين يكون في الحالتين، أي قبل الدخول وبعده لأن حصول الشقاق وعدم الوفاق بين الزوجين قد يحدث حتى قبل البناء، فجاء في مدونة الإمام مالك «المرأة ممن لم يدخل بها يجري أمرها مع الحكمين مجرى الدخول بها». [2]

والوقائع أن المشرع الجزائري لم يوضح الأمر بشأن هذه المسألة فالأخذ بما ذهب إليه المالكية هو المنطق السليم، لأن حدوث الخصام بين الزوجين قد يكون حتى قبل الدخول وهو أمر متصور ومحتمل جدا ولهذا لا يصح إجراء الصلح من طرف القاضي متى رفع إليه النزاع، فالعبرة بوجود عقد الزواج في ملف الدعوى.

لكن يمكن المشكل من الناحية العملية عندما يكون ثمة زواج شرعي غير مكتمل الشروط الشكلية المطلوبة قانونا، بمعنى عقد زواج عرفي ففي هذه الحالة ينبغي إثبات الزواج، ثم النظر في قضية هل الرابطة الزوجية فحسب المادة(22) من قانون الأسرة «يثبت **الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي**» والثابت في الاجتهاد القضائي أنه يمكن في هذا النوع من الزواج (الزواج العرفي) إثباته وتثبيته وفي نفس الوقت الحكم بالطلاق.[3]

(1) الآية 21 من سورة الروم.

(2) الإمام مالك بن أنس، مرجع سابق، ص215.

(3) زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية في الإجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، سنة الجامعية 2006-2007، ص101.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح

لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة لذلك، إلا أن المشرع تدارك وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بإنعقاد إجراءات الصلح(أولا) ثم شروط شكلية متعلقة بسير إجراءات الصلح (ثانيا).

أولا: الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد وإجراءات الصلح

تتمثل الشروط الشكلية في كل من:

أ-الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح

يجب إجراء الصلح في مقر المحكمة لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما مدى إمكانية إختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح. [1]

1-وجوبية إجراء محاولات الصلح أمام المحكمة

تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة وهو ما توضحه المادة(32) من قانون الإجراءات المدنية والادارية «**المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام تفصل في جميع القضايا، لاسيما شؤون الأسرة**».

وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى إنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذلك حسب المادة(423) من نفس القانون وحسب المادة(49) من قانون الأسرة التي تنص «**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح إبتداءا من تاريخ رفع الدعوى**» فالمشرع يتكلم عن إجراء الصلح في بدايته نظرا للنزاع عند عرضه على مستوى المحكمة أما المادة(49) تنص على أنه يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات تصلح، وقد جاء في قرار عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ2006/11/15 والذي أقر مبدأ الآتي «محاولة الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط» [2] نجد في هذا

(1) تنص المادة(57) من قانون الأسرة «تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية...».

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم372130 مؤرخ في2006/11/15، المجلة القضائية، عدد02، 2007، ص463 -467.

القرار أن اجراء الصلح يتم وجوبا أمام المحكمة فإذا كان الأمر كذلك فان سؤالا هاما يطرح نفسه بخصوص ما اذا كان إجراء الصلح يقتصر على قضاة أولى درجة فقط ؟ أم يمتد الاختصاص الى قضاة المجلس القضائي؟

2-مدى إختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح

قد يحدث وأن يحكم قاضي أول درجة برفض دعوى طالب فك الرابط الزوجية لسبب قواعد الإختصاص أو لسبب آخر وبالرجوع إلى نص المادة (57) من قانون الأسرة، وبمفهوم المخالفة لهذا النص، يجوز الاستئناف مادام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بالرابطة الزوجة ناهيك عن الشق المادي الذي لم يتعرض له أصلا، حيث يمكن لرافض الدعوى أن يعيد رفعها من جديد، أوله أن يستأنف وهو ما إستقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ:1999/02/16 والذي جاء في حيثياته «أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بين الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق...». [1]

ومنه يبقى لقضاة الموضوع على مستوى المجلس القضائي إجراء الصلح باعتبار القضية مطروحة عليهم لكون قاضي الدرجة الأولى لم يفصل في فك الرابطة الزوجية وأن الاستئناف بهدف إلى دراسة القضية من حيث الواقع والقانون [2] ولا يوجد مانع على مستوى المجلس من إجراء الصلح الذي يقوم به المستشار المقرر، غير أن راي المحكمة العليا الذي لا يوجد له إجتهاد قضائي مستقر حول هذه النقطة مبني على تسبيب واضح وموضوعي، بل مجرد حيثيات ورد ذكرها في بعض القرارات السالف ذكرها، ربما قد نجد تبرير للمحكمة العليا في تسببها أن المادة (49) تخاطب قاضي أول درجة ولا تخاطب قضاة المجالس، ذلك أنها تريد غلق باب الطعن بالنقض حتى في قرارات المجلس القضائي في حالة عدم إجراء الصلح، بأن إعتمدت على الصلح أمام المحكمة فقط، غير أن هناك من يحاول تفسير إجتهاد المحكمة العليا السابق بخصوص عدم إمكان عقد الصلح أمام المجلس القضائي، لأنه غير مختص في ذلك، فلا يمكنه إصدار وحكم بالطلاق بصفة نهائية بإعتبار هذه الأحكام تصدر مباشرة من محكمة أول درجة.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم216850 مؤرخ في1999/02/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص100.

(2) تنص المادة(339) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي «تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الوقائع والقانون».

ب-تحديد مدة الصلح

نصت المادة(49) من قانون الأسرة و (442) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاث(3) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، لكن السؤال الذي يطرح هل المدة التي حددها المشرع بثلاثة أشهر والتي تسري من تاريخ رفع الدعوى هي مدة كافية للإمكان الصلح أو إجرائه أصلا؟

وهل تقدير المدة مرتبط بأمر آخر، أراد المشرع اخذه في الحسبان؟ كانت المادة(49) من قانون الأسرة قبل التعديل، تنص على أنه تكون جلسة الصلح خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة (03) أشهر وكانت هذه النقطة محل خلاف عند الدارسين إنتهى إلى إتفاق بإلتزام ما جاء في الشريعة الإسلامية، لأنه الأعدل والأكثر إنصافا.

فنجد المشرع الجزائري بموجب الأمر02/05 الذي عدل المادة(49) من قانون الأسرة بمقتضى أحكام المادة(12) منه أصبحت تنص على ما يلي «**لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...**» بحيث أصبح النص الحالي يحدد متى يشرع القاضي في إجراء الصلح، وإن كان المشرع حدد سريان هذه المدة من تاريخ رفع الدعوى وهي مدة من الجانب القانوني الوضعي مقبولة غير أنها من الجانب الشرعي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أول وأساسي لقانون الأسرة غير مقبولة شرعا، لأنها من قبيل الخطأ المادي في الصياغة، حيث يقصد المشرع من خلالها مراعاة العدة وذلك عندما يكون تاريخ إيقاع الطلاق موافق لتاريخ رفع دعوى الطلاق حتى تتوافق مدة إجراء الصلح مع مدة العدة وهو الرأي الذي يشاطره جانب من الفقه بخصوص ارتباط مدة الثلاثة اشهر مع أمر آخر قد يكون المشرع أخذه في الحسبان الذي يرتبط بفترة العدة الشرعية. [1]

ج-تحديد بدأ سريان هذه المدة (فترة الصلح)

تساءل بعض الفقهاء عن بداية ثلاثة أشهر المتعلقة بالصلح والنصوص عليها في المادة(49) من قانون الأسرة، فيما إذ كانت تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق؟ أو من تاريخ طرح النزاع على المحكمة؟

(1) عبد النور زيدان، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية في الإجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص108.

وللإجابة على هذا السؤال حاول الأستاذ بلحاج العربي الإجابة بقوله «إن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة».

ويرى الأستاذ بن الشيخ آث ملويا الحسين: حيث يجيب أن مدة الصلح يجب أن تكون ثلاثة أشهر، وأن المكلف بإجراء محاولة الصلح هو القاضي نفسه إلا أنه تساءل بقوله متى يستطيع القاضي مباشرة عملية الصلح؟ وأجاب بأن الأمر ليس بالصعب فقبل رفع الدعوى لا يستطيع عمله في محاولة الصلح في أول جلسة يحضرها طرفي النزاع أمامه حيث حينها يستطيع الإجتماع بالزوجين في مكتبه ويباشر عملية الصلح، وإنتهى الى أن مدة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى التي يحضرها الطرفان أمام القاضي. (1)

غير أنه يلاحظ غموض بشأن المدة التي حددها المشرع في المادة(49) ورتب عليها آثارا في المادة (50) في ما يخص بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها وأثر ذلك على العدة فإذا أخذنا بتاريخ طرح النزاع على المحكمة فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهرين سابقين على تاريخ طرح النزاع ، فهل تحسب العدة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم من يوم صدور الحكم الأمر الذي يقتضي التفريق بين أمرين فيما يخص جلسة الصلح وعلاقتها بالعدة، فأما أن الزوج ينطق بالطلاق ثم يتقدم هو أو زوجته لإثبات بواسطة الحكم، ففي هذه الحالة يجب أن يتم التأكد من تاريخ حصول الطلاق والبحث في مسالة العدة وإن كانت الرجعة ممكنة أم لا، فإن بانت الزوجة من زوجها فلا رجعة، حيث لا تكون جلسة الصلح ذات فائدة، حيث يجب في هذه الحالة فقط إثبات الطلاق بحكم لتصبح الرجعة بعد ذلك بعقد جديد، أما إن إتضح للقاضي أن مدة العدة لم تنته وأن الرجعة ما تزال قائمة، أمكن تحديد جلسة الصلح للتأكد من رغبة الطرفين في التصالح وإلا يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية. (2)

د-كيفية تبليغ طرفي الصلح (استدعاء الأطراف)

نص المشرع من خلال نص المادة(440) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين وكان عليه أن

(1) بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقي في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص260-259.

(2) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص325،326.

يتدارك هذه النقطة بأن يضيف نص يخص مسالة تبليغ الزوج بجلسة الصلح دون الاكتفاء بتبليغ العريضة وإن دأب العمل القضائي على تبليغ الزوجين جلسة الصلح في جلسة يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور سواء بإعلامهما شخصيا إو بإعلام موكيليهما حسب الأمر الذي تسير عليه إجراءات الاستدعاء الذي يكون بشكل شفهي من طرف القاضي في جلسة المحاكمة، لأن تبليغ العريضة يكون عن طريق التبليغ الرسمي وهو نفسه التبليغ الذي يعتمد عليه القاضي للتأكد من أن الزوجة أو الزوج أي المدعي عليه بلغ بأول جلسة والتي يفترض أنها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح.

وبالتالي القاضي الذي لا يحدد جلسة الصلح ولا يدعوا الأطراف لحضورها بكون قد خالف الإجراءات، فالقاضي ملزم بالقانون وواجب عليه قانونا القيام بالإجراءات التمهيدية للصلح ولا تدخل القضية إلى المداولة بدون دعوى الأطراف أو تحديد جلسة الصلح، فمحاولة الصلح هي جميع الإجراءات التمهيدية وهذه الإجراءات تبدأ من يوم تحديد القاضي تاريخ الجلسة وإستدعاء للأطراف. [1]

ثانيا: الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح

تتمثل الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح فيما يلي:

أ-ضرورة التأكد من هوية الطرفين

إن المعمول به في ساحة القضاء في الجلسة العلنية بعدما ينطق القاضي بالقضايا المفصول فيها والتي كانت محل النظر ، ينادي على القضايا المجدولة سواء القديمة أو الجديدة في ما يتعلق بقضايا فك الرابطة الزوجية ، ينادي على رقم القضية وكذا أطرافها ثم يدعوا الأطراف إلى إجراء محاولة صلح بعد رفع الجلسة العلنية وذلك بإستدعائهما إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط لحضور جلسة الصلح يقوم الكاتب المناداة على الزوجين للدخول الى مكتب القاضي أو قاعة المداولات أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح وتجدر الإشارة إلى التأكيد على ضرورة التأكد من هوية الزوجين من طرف القاضي وإن كان القانون لم ينص

(1) لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وآثار الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص103.

على ذلك فإنه من الأهمية بمكان ، فلا بد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم مع إحضار بطاقة تعريف الوطنية أو أي وثيقة تفيد الهوية مرفقة بالصورة الشخصية للمعني .[1]

ب-مباشرة القاضي للصلح بسماع الزوجين

خص المشرع في إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة بإجراءات متميزة عن الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات حيث نجد المادة (440) تنص على أنه «**في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على إنفراد ثم معا ..**» ولعل الغرض من ذلك هو تفادي الضغط والإكراه في الطلاق وحرية كشف وقائع من المعتذر الكشف عنها عند المواجهة وما هو جاري به من الناحية العملية إستقبال المدعي أولا للمكتب وبعد تأكد القاضي من هويته يستمع إليه على إنفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه الى الطلاق ويقوم من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفين بأسلوب لين يتضمن النصح والوعظ ولعل الاستماع إلى كل زوج على إنفراد بدء من رافع طلب فك الرابطة الزوجية ، تمكن كل طرف من القول ما لا يستطيع البوح في حضور الطرف الآخر ، كما قد يتردد في قول حقيقة المشكلة الحاصلة بينهما ، ثم يتم سماع الطرف الثاني (المدعى عليه) ويستفسر القاضي (معه أو معها) عن السبب الحقيقي الذي جعل الزوج يطلب الطلاق ، حيث يتقصى نيتهما ورغبتهما في الطلاق أو تمسكهما بالعودة إلى منزل الزوجية ، تدون بعد ذلك طلباتها على المحضر وبذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه .[2]

ج – سرية جلسة الصلح

تنص المادة (07) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن « **الجلسات علنية ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة**» خلافا للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية فإنه في دعاوى فك الرابطة الزوجية أن جلسة الصلح تتوافق مع التراث الجزائري فجاء بنص المادة (439) من نفس القانون وأكد على أن «**محاولات الصلح وجوبية**

(1) بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح ، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، يومي 6 و7 ماي ، منشور في السلسة الخاصة بالملتقيات والندوات ، عدد 3 ، الجزائر،2014، ص95.

(2) حميش حسان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة، 2010، ص1-2.

وتتم في جلسة سرية» فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسررا الاسرة وحرمتها ، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين والقاضي وكاتبه ، حيث تجرى أمام القاضي خارج قاعة الجلسات وبحضور الزوجين شخصيا دون ممثليهما أو محاميهما .[1]

د-عدد محاولات الصلح

نصت المادة (49) من قانون الأسرة قبل تعديلها «**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح..**» أما بعد التعديل فأصبحت نفس المادة تنص على أنه «**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح ...**» يفهم من نص المادة بعد التعديل أن القاضي ملزم بأن يعقد عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، على أن عدة محاولات معناها لا أقل من محاولتين أو ثلاث محاولات من أجل إستغراق مدة الثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الدعوى حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الدعوى، فالمفروض أن القاضي لا يقل عن الأجل المنصوص ولا يزيد.

وجديد المادة (49) هو جعل جلسة الصلح مكررة لا واحدة كما كانت من قبل التعديل فقد تميز التعديل بوجوب تكرار محاولة الصلح وذلك رغبة في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لمزيد بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين، أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف موافقة ويعدل عن تمسكه بفك الرابطة الزوجية. [2]

في حين ذهب البعض من الفقه الى اعتبار «التعديل التشريعي بخصوص ضرورة اجراء عدة محاولات صلح لا فائدة منه واقعيا »، لا نعرف كيف للقاضي الجزائري القيام وفقا للنص الجديد على الأقل بثلاث محاولات صلح وينبغي عليه أن يبذل مزيد من الجهد للتوصل الى الصلح بين الطرفين وكثيرا ما يجد نفسه ولا سيما في هذا المجال تحت ضغط متواصل من الملفات ذلك سيعيقه عن بذل الجهد الحقيقي وتخصيص الوقت المتطلب لإجراء محاولات صلح بالكيفية التي جاء النص القانوني ويبرهن الواقع المعاش بأن هذه المحاولات أصبحت عبارة عن إجراء بلا نتيجة خاصة إذا علمنا أن المتخاصمين من الزوجين لا يلجأ الى القضاء الا بعد أن تبوء كل محاولات الصلح التي قام بها أقارب الزوجين فلا فائدة من التعديل الذي أدخله المشرع

(1) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص444.

(2) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، دون سنة نشر، ص114و115.

على نص المادة (49) فلا جدوى عنها بل ستضحى منبعا للزيادة في الخصام ولشدة كراهية الطرف الآخر باستخدام الخصام .[1]

هـ- قواعد الحضور والغياب في جلسة محاولة الصلح

1- قواعد الحضور والغياب في نظر القانون

ينبغي تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح سواء عن طريق القاضي في الجلسة عند حضورهما أمامه أو عن طريق المحضر القضائي واذا كان المشرع لم يوضح الطرق الذي يسعى الى تبليغ الخصم المتخلف عن حضور الجلسة ، فقد يكون موكل أحد الخصوم ولكن اذا لم يحضر عنه الموكل بعد تكليف الخصم ، يقع التبليغ على عاتق المحكمة أن تحدد من يقع عليه تبليغ الخصم الآخر بتاريخ الجلسة وبعد التبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح ، وتحديد تاريخها بوضوح يكون على الزوجين الحضور [2] ، غير أنه قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ المحدد ففي هذه الحالة نجد ان المشرع قد عالج حالات الغياب وميز بين حالة تغيب أحدهما أو كلاهما ، فإذا كان التغيب للضرورة الملحة لسبب مقنع ومشروع كالمرض مثلا فالقاضي في هذه الحالة يندب قاضي آخر لمساعدته وسماع الخصم المريض وهذا بموجب إنابة قضائية.

وفي حالة ما كان سبب التغيب لفترة قصيرة وحيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة الثانية فيمكن تأجيل القضية وجلسة الصلح إلى تاريخ لاحق مادام ذلك ممكنا وذلك أفضل من اتباع إجراءات الإنابة القضائية وتنفيذها مما قد تستغرق وقت أطول.

وعليه وفي كل الأحوال فإذا تغيب أحد الزوجين أجل القاضي القضية الى جلسة لا حقة ما دامت هناك عدة محاولات وهذا من أجل منحه فرصة لحضور وتقديم طلباته أو دفوعه أما إذا حصل له مانع فللقاضي إمكانية منحه أجل آخر أو اللجوء الى الانابة القضائية. [3]

(1) تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق ، مرجع سابق، ص131و132.

(2) بوضياف عادل، مرجع سابق، ص445و446.

(3) زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية في الإجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص112.

2- قواعد الحضور والغياب في نظر القضاء

بينما في نظر القضاء طرح تساؤل مفاده: هل يمكن اعتبار غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح رفضا لها؟ بعبارة أخرى هل أن عدم حضور أحد الزوجين أو كليهما جلسة الصلح يعتبر بمثابة رفضهما لمبدأ الصلح؟ وكيف يتصرف القاضي حيال ذلك؟

تجدر الإشارة إلى أنه بعدما كان يفسر القضاء عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح دليلا على عدم الرغبة في الصلح ، فكان الموقف السابق للمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح بدون عذر رفضا للصلح ، فعدم حضور وغياب أحد الزوجين أو كليهما لجميع جلسات الصلح رغم علمه الشخصي بها يعتبر رافضا لها ، فيحرر القاضي محضر عدم الصلح ليشرع بعدها في مناقشة الموضوع ، فكان لا يعد وإلا أن يكون الصلح مجرد إجراء على القاضي استيفائه ويكون ثابتا في محضر يثبت قيامه بهذا الاجراء هو الرأي الذي استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا اذ جاء في احد قراراتها الصادر بتاريخ 1997/10/23 ما يلي : إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيلها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما لأن المادة (49) من قانون الاسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر. [1]

إن تطور موقف القضاء من مسألة عدم حضور أحد الزوجين الذي تزامن بصدور قانون الإجراءات المدنية والادارية في اطار الدور الإيجابي للقاضي من خلال التقصي والبحث في الحقيقة والتأكد من رغبة طالب فك الرابطة من مدى إصراره وعزمه على فك الرابطة بحيث منح القاضي سلطات واسعة لإتخاذ ما يراه لازما من مختلف التدابير التي يراها ضرورية للوصول الى معرفة الإرادة الحقيقية لرافع دعوى فك الرابطة الزوجية وكذا رضى الزوجين إن القضاء ميز بين عدم حضور المدعي والمدعى عليه وكذا حالة عدم حضورهما معا لجلسات محاولات الصلح ، فيمكن تقسيم الموقف الحالي للمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح إلى ثلاث مواقف وهي :

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 174132، مؤرخ في 1997/10/23، نشرة القضاء، عدد55، ص179.

الموقف الأول : يتمثل في عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولات الصلح ، حيث في هذه الحالة مهما كان نوع دعوى فك الرابطة الزوجية فتجد أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة إستقر على المبدأ الآتي من خلال القرار الصادر بتاريخ 2009/01/14 على أنه «يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية وحضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه» حيث جاءت أسباب القرار كما يلي «وحيث يتبين من الاطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح بل أناب عليه محاميه ليمثله أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها بأنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملا بأحكام المادة (49) من قانون الأسرة ، لكن حيث أن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طالب بفك الرابطة الزوجية جلسة الصلح وابداء طلباته وفي حالة غيابه كرفض دعواه».[1]

الموقف الثاني : يتمثل في عدم حضور المدعي عليه في دعوى فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولات الصلح ، في هذه الحالة أيضا يستوي الامر في دعوى طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من قانون الاسرة ، فنجد أن إجتهاد غرفة شؤون الأسرة كان قضائها كما يلي : «لكن حيث أنه يتبن من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء الصلح وفقا لنص المادة (49) من قانون الأسرة وحددت جلسة لذلك وأن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة إستدعائه مما يجعل الاجراء المنصوص عليه في المادة المذكورة قد تم احترامه ويكون الفرع بذلك غير سديد...». [2]

الوقف الثالث : يتمثل في عدم حضور المدعي والمدعى لجلسات محاولات الصلح ، حيث إستقر إجتهاد غرفة شؤون الاسرة كذلك عند عدم حضور المدعي والمدعى عليه يتم تحرير محضر عدم الصلح وهو ما توضحه الحيثيات التالية «حيث وطبقا لأحكام المادة (49) من قانون الاسرة فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة صلح بين الطرفين من طرف القاضي ، وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا فحرر محضر عدم الصلح اثباتا لذلك وحيث أنه ما دام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح ، فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم474956، مؤرخ في 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد02، ص271 وما بعدها.

(2) المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار رقم 0801583، مؤرخ في 2014/07/10، غير منشور.

الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة ، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين ومن يتعين نقض الحكم بدون إحالة». [1]

و-مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين

أثير نقاش حاد على المستوى العلمي ما إذا من حق الزوجين توكيل غيرهما لحضور إجراءات الصلح قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية بينهما أم لا؟ وسبب هذا النقاش هو إختلاف العمل القضائي في هذا الخصوص ويتجاذب هذا الموضوع إتجاهان مختلفان، يدعو الأول منهما إلى مشروعية الوكالة في إجراء الصلح بين الزوجين قبل الطلاق، بينما يرى الاتجاه الثاني الذي يجد تطبيقا واسعا على المستوى العملي أن الصلح بين الزوجين مسألة شخصية غير قابل لإجرائه بطريق الوكالة ولكل من الاتجاهين مناصرون يتمثلون في رجال القانون والقضاء ومازال النقاش الى يومنا هذا يشق طريقه بين أخذ ورد وهذا ناتج عن غياب نصوص قانونية واضحة تعالج هذا الموضوع.

نعرج في البداية الى مقصود بالوكالة: يقصد بالوكالة أو النيابة تسليم وتفويض لغير، بمعنى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع إنصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة لشخص الأصيل، كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو. [2]

وقد كان لهذا الغرض التشريعي إتجاهين فقهيين وقضائيين متضاربين الإتجاه الأول يذهب الى ان إجراءات محاولات الصلح كما تصح من الزوجين شخصيا تصح كذلك من وكلائهم ولا مجال للقول بخصوصية قضايا شؤون الاسرة لا سيما وأن المشرع لم يستثني الوكالة من قضايا شؤون الأسرة والدليل نستشفه من صياغة المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص «**يتأكد القاضي ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا ينظر مع الزوجين أو كلاهما...**».[3]

كما ذهب أصحاب الإتجاه الثاني بقولهم أن الصلح يقتضي تنازلات من الطرفين والتي تستلزم تواجدهما شخصيا ، من أجل استرشاد القاضي بالتفسيرات التي يبديها الزوجان وإن كانت جل القضايا التي تثار بشأنها نزاعات هي شخصية محضة بين الزوجيين ، ومع ذلك يجوز مباشرتها

(1) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 687997، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

(2) بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل الإجراءات المدنية والإدارية الممارسة، مرجع سابق، ص61.

(3) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص264.

عن طريق الوكالة ، فإنه لا يوجد سبب لرفض الوكالة في إجراءات الصلح بين الزوجين بمجرد الإجتهاد الذي لا يساير المنطق من جهة ولا يساير القواعد القانونية والشرعية العامة التي تتسم بذلك من جهة ثانية ومع ذلك فإن حضور الممثل القانوني لم يستبعده النص بل نص على إعتماده صراحة وهذا هو القرينه القاطعة على صحة الوكالة في إجراءات الصلح بين الزوجين وزيادة على ذلك فإن المشرع لو كانت له رغبة في منع الوكالة في إجراءات الصلح أو جعل حضور الزوجين شخصيا لجلسة الصلح واجبة لنص المشرع على ذلك صراحة .[1]

ي-إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح

إستحدث المشرع بموجب المادة (440) من قانون الإجراءات المدنية والادارية إجراء وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح لكن بمفهوم الإنابة فيمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح، حيث إستبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة، نظرا لخصوصية النزاع وسريته ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية وكل ذلك خلال 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى وهو ما ينسجم من نص المادة (49) من قانون الأسرة.

تكون غاية هذا الاجراء تفعيل محاولة الصلح فنجد المشرع مكن القاضي والأطراف من احضار أحد أفراد العائلة الذي يملك تأثير على الزوج أو الزوجة، ليساعد القاضي والزوجين على الصلح بينهما فيمكن للقاضي إدخال أحد أفراد العائلة سواء من عائلة الزوج أو الزوجة أو من كلاهما الى جلسة الصلح للمساعدة في إنجاز الصلح وليس لإعتباره أمرا شكليا يتعين القيام به وكفى.[2]

المطلب الثاني: دور القاضي في إتخاذ التدابير الضرورية والمؤقتة أثناء محاولات الصلح

منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي سلطات واسعة ولا سيما في إطار التحقيق وإتخاذ أي تدابير يراه مناسبا، فعزز من دور قاضي شؤون الاسرة ولم يصبح القاضي في وضع الحياد السلبي بل أصبح للقاضي دور إيجابي في سير إجراءات الخصومة حيث نحاول تبيان دور القاضي في إتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح (الفرع الأول)،

(1) بن الشيخ آث ملويا لحسين، رسالة في الخلع والطلاق، مرجع سابق، ص161و162.

(2) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص445.

ثم نبين دور القاضي في إتخاذ التدابير المؤقتة أثناء مباشرة محاولات الصلح (الفرع الثاني)، مع تبيان عوارض الخصومة التي قد تطرأ على إجراءات الصلح (الفرع الثالث).

الفرع الأول: دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح

من بين الأمور المستحدثة والتي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه اعطى للقاضي بصفة عامة ولقاضي لشؤون الاسرة بصة خاصة صلاحيات واسعة في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي للقاضي ، فاصبح هذا الأخير يتدخل في الخصومة من أجل أن يكون على بينة من امره وفي سبيل الوصول الى الحقيقة ، قبل الفصل نهائيا في النزاع المطروح امامه فيما يخص شق فك الرابطة الزوجية وما يجسد ذلك مقتضى نص المادة : (450) من القانون السالف الذكر حيث اصبح القاضي يتخذ كل التدابير يراه ضروريا ولازما من اجل الكشف والبحث عن إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية بما في ذلك وسائل التحقيق من اجل التأكد من إرادة طلب فك الرابطة الزوجية.

ارتأى المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن يوسع من نطاق التحقيق مستحدثا بذلك إجراءات جديدة تتبع في قسم شؤون الاسرة بحيث تنص المادة (425) من نفس القانون على ما يلي « يمارس رئيس قسم شؤون الاسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الإستعجال ويحوز له بالإضافة الى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في أطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية او طبيب خبير او اللجوء الى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة ويمكن اللجوء الى الإستشارة في أي وقت وحتى اثناء إجراءات الصلح. [1]

كما منح المشرع لقاضي شؤون الاسرة صلاحية التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق ، في إطار تأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق وفي سبيل ذلك مكنه من ان يمارس أو يتخذ أي إجراء أو تدبير يراه ضروريا ولا سيما إذا لم يحضر جلسات الصلح ، فالمشرع في المادتين (450) و (451) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فتح الباب على مصرعيه ، فمتى رأى القاضي في إطار التحقيق ان يتخذ تدبير ما ، كتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب مختص أو اللجوء الى مصلحة مختصة في الموضوع ، بغرض الاستشارة في أي وقت وحق اثناء إجراءات

(1) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص340.

الصلح أو اللجوء الى الإنابة القضائية لندب قاضي أخر لسماع الزوج الغائب طبقا لنص المادة (441) من نفس القانون ويمكن أن نجمل هذه التدابير [1] فيما يلي :

أولا: الخبرة الطبية

حسب مقتضى نص المادة (450) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، يمكن للقاضي إتخاذ التدابير التي يراها ضرورية حسب النزاع ، حيث يختلف في ما إذا كان الزوج هو الذي يطلب الطلاق او الزوجة وهذه الأخيرة ممكن أن تدفع ان زوجها في حالة جنون أو أنه عقيم أو أنه يعاني من مرض عقلي أو نفسي أو يعاني من إدمان على الكحول أو شيىء آخر ، فالقاضي يتدخل و يتخذ أي تدابير في هذا المجال وهذا ما يحدث غالبا ، لأنه بالنسبة للطلاق سوف تتخذ عليه آثار بالنسبة للأسرة والتدابير المنصوص عليها تتعلق بالأسرة ، يمكن اللجوء إليها أثناء فترة الصلح .

حيث نصت المادة (450) من نفس القانون، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر بإتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك ومعنى ذلك أن القاضي هنا له سلطة واسعة في أن يتأكد أن طالب الطلاق له أهلية وله إرادة، ليس مجنون أو مختل عقليا وليس مضطربا نفسيا ويتأكد من إرادته حقيقة هل طلق أو لا؟ وإن كان سليم الإرادة أو مكره وفي سبيل ذلك للقاضي سلطة واسعة لتعيين خبير. [2]

جاءت المادة (425) تحت عنوان من صلاحيات قسم شؤون الاسرة ، ولو كان ذلك في مرحلة إجراءات الصلح لأنه قد يلاحظ القاضي تصرفات أحد الزوجين غير عادية ويعاين في أحد الزوجين مظاهر المرض أو الجنون أو إختلاف في القدرات الذهنية التي من شأنها أن تمنعه من التعبير عن إرادته وإثبات إختلال القدرات الذهنية في هذه الحالة لا يكون إلا من قبل طبيب مختص ، لأنه متى تبين أثناء محاولة الصلح أن أحد الزوجين يعاني من إضطراب عقلي فللقاضي أن يأمر بإجراء خبرة عقلية للتأكد من سلامته ، فإذا تبين أن الزوج مختل عقليا تم التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا لإنعدام الأهلية طبقا للمادة (64) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

(1) بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص340و 341.

(2) بوشبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق، ص37.

قد يحتاج القاضي أثناء محاولات الصلح إلا ما ينوره فيما يخص النوازل والمسائل التي ليس له بها دراية ، وبناء على السلطات التي منحه إياها القانون له بأن يصدر أمر إستعجالي عن أجل تعيين خبير طبي إذا كان موضوع النزاع المعروض عليه يتطلب ذلك كأن يأمر بإجراء فحص طبي أو فحص نفساني أو عقلي ، من أجل التأكد من السلامة العقلية للزوج [1] ، نجد في هذا المجال قرار المحكمة العليا قضى بما يلي « لكن حيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه بالنقض ان الخبرة المعتمد عليها المودعة بتاريخ 2008/11/25 قد خلصت إلى أن المطعون ضده لا يعاني من أية إصابة عقلية ، وأن سليم عقليا وقادر على إتخاذ قراراته بنفسه ومن ثم فإن القضاء من قبل محكمة الدرجة الأولى بالاستجابة إلى طلبه الرامي الى فك الرابطة الزوجية بينه وبين الطاعنة إستنادا الى ذلك يعد تسيبا مقنعا ويجعل الوجه المثار غير مؤسس ويتعين عدم الاعتداد به والقضاء نتيجة لذلك برفض الطعن ..». [2]

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2008/03/12 والذي تضمن المبدأ الآتي «...إن الطلاق من المسائل الإرادية ومنه فإن كل ما يمكن أن يثير الشك في سلامة هذه الإرادة من العيوب الشرعية والقانونية ، يستوجب التصدي له بالبحث والتدقيق بواسطة أهل الخبرة قبل البت فيه ...» ولذلك في هذا القرار تنعي الطاعنة على الحكم المطعون فيه قبوله طلب الطلاق من زوج مصاب بمرض عقلي مثبت بملف طبي مدفوع أمام المحكمة للمناقشة والتأكد من ذلك بواسطة طبيب مختص ، للقول فيما إذا كانت إرادته سليمة أم لا ؟ تطبيقا للمواد (42)، (43)من القانون المدني والمادة (79)من القانون المدني التي أحالت الى تطبيق أحكام قانون الأسرة لا سيما نص المادة (58) منه. [3]

ثانيا: المساعدة الاجتماعية

لم يكن هذا الإجراء معمولا به سابقا إلا أمام قضاة الأحداث في المواد الجزائية إلا أن المشرع الجزائري نص في المادة (425) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اللجوء إلى هذا الاجراء وهو جوازي للقاضي ، ولم يحدد المشرع كيف يتم تعين المساعد الاجتماعي ولا المهام

(1) بوشبان خديجة ، مرجع سابق، ص22.

(2) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0639647، مؤرخ في 2011/07/14.

(3) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 416686، مؤرخ في 2008/03/12، نشرة القضاة، عدد67، ص247.

التي يقوم بها مما يفهم من ذلك تطبيق القواعد العامة ، فيتعين العمل بالتنسيق مع مكتب المساعدة الاجتماعية لتعيين مساعدة إجتماعية من ضمن المساعدين المعنيين لمراكز تخضع لوزارة التضامن الوطني [1] فعلى فرض أن القاضي لجأ الى هذا الإجراء في إطار عملية الصلح بين الزوجين المتخاصمين فالمساعد الاجتماعي يصبح كوسيط مكلف بالتواصل المباشر مع الزوجين ومحاولة معرفة الحالة الاجتماعية التي يعيشانها وكذا حال الأطفال القصر ، حتى يتسنى للقاضي التحكم في الموضوع قررت المادة 2/425 من القانون السالف الذكر ، على أن التحقيق ينتهي بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المساعد الاجتماعي والحلول المقترحة ويطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد ، حيث تركت المادة تحديد الأجل للسلطة التقريرية للقاضي كما أنها لم تحدد المدة التي يجب عليه أن يقوم بمهامه فيها .[2]

غالبا ما يتم الى المساعدة الاجتماعية بخصوص لم تؤول حضانة الأولاد الصغار ، سواء قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية ، كتدبير يلجأ إليه القاضي لإسناد حضانة مؤقتة أثناء الصلح وقبل الحكم بالطلاق لأن مصلحة الأبناء تستنتج من قبل بحث تقوم به مساعدة إجتماعية ، أين تظهر فيه عناصر موضوعية يمكن للقاضي الوقوف عليها وهو ما ذهب إليه موقف المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، التي أرجعت مسألة إستخلاص مصلحة المحضون للسلطة التقريرية للقضاة مع عدم إلزامهم بالاستعانة بالمساعدة الاجتماعية ، فجاء في إحدى قراراتها ما يلي «لكن حيث أن القضاة غير ملزمين باللجوء إلى مساعدة إجتماعية ما دام إستندوا الى وثائق موجودة بالملف كما يظهر من الأسباب التي أوردها ....». [3]

غير أن المحكمة العليا في قرار آخر ذهب الى ضرورة الإستعانة بالمرشدة الاجتماعية حيث جاء كما لي «... ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن يدفع بأن المطعون ضدها لم تمارس الحضانة على أولادها منذ مغادرتها البيت الزوجية ، ولم تطلب بها في المهلة القانونية ، فكان على قضاة الموضوع أن يجروا تحقيقا معمقا فيما يخص إدعاء الطاعن وذلك بالإستعانة

(1) بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشتركة لجميع الجهات القضائية ، مرجع سابق، ص431.

(2) بوشبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة في ظل قانون إجراءات المدنية الإدارية، مرجع سابق، ص39.

(3) المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار رقم650014، مؤرخ في 2011/09/13، مجلة المحكمة العليا، عدد01، 2012ن ص313و317.

بمرشدة إجتماعية وتحرير محضر على ذلك ولما قضى قضاة الموضوع بإسناد الحضانة للأم دون أن يجروا أي تحقيق عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب ، مما يستوجب نقض القرار جزئيا...».[1]

ثالثا: الاستشارة

قال النبي صلى الله عليه وسلم «ما خاب من إستخار وما ندم من استشار» وطبقا لنص المادة (425) من قانون الإجراءات المدنية والادارية فإن القاضي يمكنه اللجوء لأي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة وأضاف أنه يمكن اللجوء الى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح فما المقصود بالاستشارة وما نوع هذه الاستشارة التي يقصد بها المشرع يصف البعض الاستشارة أنها خبرة مصغرة تتم بإجراءات مبسطة وسريعة بأقل تكلفة ويكون اللجوء إليها عادة عندما ينطوي النزاع على مسائل خارجه عن إختصاص القاضي ويرغب في الحصول على مجرد الاستشارة في شأنها أين لا يتطلب الأمر تحريات أو معلومات معمقة أو تقنية بحتة وهو التوجه الجديد في فرنسا الذي يفضل الاستعانة بالاستشارة وتعميم اللجوء إليها لتحقيق الفعالية وربح الوقت .[2]

ولعل السبب في إستحداث المشرع لإجراء الاستشارة في قضايا شؤون الأسرة بصفة عامة وفي إجراءات الصلح بصفة خاصة أن القاضي قد تعترضه بعض المسائل حيث يجد نفسه مضطرا لإستعانة وإستشارة الغير، كالإستعانة بمختص في مركز الصم، بعد أن يحضر هذا المختص شهادة تكوين في هذا المجال، دون أن لا يؤدي اليمين القانونية بل يكتفي بترجمة إشارات المصاب بالصم والبكم وليس بالضرورة إحضار مترجم رسمي ممكن محامي بعد أداءه اليمين القانونية لكي يسرد نفس الكلام الذي يصرح به هذا المختص ولا ينقص أو يضيف، وإذا لاحظ القاضي بأن أحد الزوجين مريض نفسيا أثناء جلسة الصلح يحضر طبيب، لكي يستشيره في ما يخص حالته النفسية أو العقلية. [3]

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم386514، مؤرخ في2007/03/14، غير منشور، منقول عن لعناني اميرة، مرجع سابق، ص36.

(2) بوضياف عادل ، مرجع سابق، ص22.

(3) المرجع نفسه، ص431.

يكون اللجوء الى أي مصلحة مختصة في مجال معين، فقد يكون من المراكز الاستشفائية او النفسية أو غير ذلك، فإن اللجوء الى هذه المصالح أو الأطباء أو الخبراء الاستفادة من استشارتهم وفي أي وقت وحتى أثناء إجراء الصلح طبقا لنص المادة(425)الفقرة الأخيرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فله أن يأمر بإجراء استشارة إذا كانت وقائع النزاع لها جانب علمي يتطلب توضيحات من متخصصين في شأن الموضوع حل الاستشارة.

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اجراء الاستشارة كإجراء عام يطبقه جميع القضاة في جميع المواد ما لم يكن هناك استثناء، بل ذكره كإجراء خاص في قضايا شؤون الاسرة التي تجيز للقاضي المكلف بشؤون الاسرة في اطار صلاحياته الاستناد اليها في اطار التحقيق ورغم أن القانون السالف الذكر لم يلزم القضاة باللجوء الى استشارات قبل اللجوء الى الخبرة، فالمادة (75) منه تترك للقاضي مطلق الحرية في اختيار الاجراء الذي يراه مناسبا لكل قضية ، بشرط أن يكون هذا الاجراء من الإجراءات التي يسمح بها القانون ، لأنه أحيانا اللجوء الى الخبرة قد لا يكون ضروريا رغم أن للنزاع جوانب غير قانونية، أي إنطواء النزاع على أمور فنية متخصصة خارجة عن مجال تخصص القاضي بحيث يمكن لهذا الأخير أن يلجأ إلى الإستشارة بدلا من الخبرة وفور إنتهاء التحقيق المنجز من الطبيب أو الخير أو المصلحة المستشارة يحرر محضر بذلك ، حسب ما تقتضيه الاستشارة المطلوبة من القاضي لحل النزاع وبدون الحلول المقترحة .[1]

إذا من المفيد أن نجد المشرع الجزائري في هذا المجال حذا حذو التشريعات الإجرائية الحديثة وبهذه الكيفية يكون قد تعزز دور القاضي الإيجابي في اطار صلاحيات التحقيق وحتى في إجراءات الصلح مما يجعله متحكما في زمام الأمور وتكون هذه الاستشارة شفاهة، لأنه لو إستعصى عليه الأمر إلى درجة إصدار أمر كتابي فإنه يلجأ إلى طريق آخر من طرق التحقيق كالخبرة مثلا ، ولكن الاستشارة يلجأ إليها عندما لا تكون المسألة المعرضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة أنه لا يستطيع الفصل فيها إلا بالتحقيق المعمق وعليه حتى ولم يذكر المشرع هذا الأمر فإن القاضي سيستشير زملائه القضاة وكل له فائدة في إستشارته .[2]

(1) بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة ، المرجع السابق، ص22.31.

(2) المرجع نفسه، ص42.

رابعا : الإنابة القضائية

الأصل أن تقوم المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى التي ترفع إليها بإتخاذ كافة الإجراءات بشأنها ، إلى حين صدور حكم فيها لاسيما فيما يخص مرحلة الصلح للتأكد من إرادة الزوج أو إجراء محاولة الصلح ، طبقا لنص المواد (49) من قانون الأسرة و (439) ، (440)، (441) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الا أنه إستثناء قد تتوافر ظروف تفرض الخروج عن القواعد العامة كأن يتطلب التحقيق القيام ببعض الإجراءات خارج نطاق إختصاصها ، حيث يجد القاضي نفسه أمام إستحالة قانونية لإجراء تحقيق ما، الامر الذي يشكل إعاقة في العمل القضائي من أجل التأكد من إرادة الطلاق وحتى يكون القاضي في بينة من أمره فيما إذ كان الزوج طلق أم لا أو أنه يرغب في إيقاع الطلاق أو أن طالب فك الرابطة الزوجية بصفة عامة متمسك برأيه وطلبه ودفوعاته، أو التأكد من موقف الزوجة حيال الدعوى التي رفعها زوجها عليها ولهذا قرر المشرع إستعمال الإنابة القضائية للحصول على إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق الضرورية ، لذلك أن الإنابة القضائية إستثناء عن الأصل الذي مفاده قيام المحكمة بنفسها بإجراء التحقيق .[1]

نجد ان المشرع قد ذكر هذا الاجراء في نص المادة (441) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فيما يخص الفرع المتعلق بالصلح ، حيث يجوز للقاضي أن يندب قاض آخر في إطار الإنابة القضائية لسماع احد الزوجين ، فإذا تعذر عليه الحضور الى الجلسة شخصيا لمانع ما كأن تكون الزوجة حامل بالمستشفى او يكون الزوج بمؤسسة عقابية بعيدة....الخ[2]، حيث لم يقدم المشرع بالتفصيل نوع الإنابة وإجرائها وشروطها وطريقة تنفيذها ، لكن تناول هذا الإجراء في الفصل الخاص بالتحقيق وعليه في حالة ما إذا احتاج القاضي اللجوء الى الإنابة القضائية في غيرها بما أتت به المادة (441) يعمد الى القواعد العامة في الإجراءات ومفاد ان الإنابة القضائية في شؤون الاسرة لا تقتصر فقط على سماع الأطراف وإنما تتعداها الى أي إجراء منتج في الدعوى ، كما نعلم أن الإنابة القضائية هي ذات طابع اختياري حسب المادة (441) و(108) من نفس القانون وتخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، فإذا رأى ضرورة اللجوء إليها يقوم بإتخاذ هذا التدبير.

(1) بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص42.43.

(2) حميش حسان،، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مرجع سابق، ص5.

خامسا: الاستماع الى الشهود

من بين التدابير التي يمكن للقاضي أن يتخذها في إطار التحقيق هي الاستماع الى الشهود فالقاضي له سلطات في اجراء تحقيق وسماع الشهود، حتى يتمكن من الوقوف على مسالة إيقاع الزوج للطلاق وتحديد تاريخ ايقاعه ومن ثمة معرفة تاريخ بداية سريان عدة الطلاق الرجعي أو سماع الزوجة.

نجد المشرع من خلال المادة(150) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز للقاضي بأن يأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائز ومفيد للقضية، ويحدد القاضي في الأمر بسماع شهود الوقائع التي سيدلي بها الشهود في اليوم وساعة الجلسة المحددة لذلك وبإستثناء الفروع يجوز سماع الأشخاص المذكورين في المادة (153) من نفس القانون في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، ويجوز حتى سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال وخلال ذلك يجوز للقاضي ان يطرح أسئلة مفيدة على الشهدون وتدون اقوالهم في محاضر السماع فالتحقيق امر ضروري كما ذهبت المحكمة العليا الى ذلك. [1]

سادسا: الانتقال الى المعاينة

في إطار التأكد من إرادة الزوج بخصوص الطلاق الذي لم يحضر الى جلسة الصلح لسبب قانوني، جاز للقاضي شؤون الاسرة ان ينتقل لمعاينة الحياة الزوجية واستجواب الاقارب والجيران في عين المكان وهو ما نصت عليه المادة(3/451) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإن اقتضى الامر إصدار امر أو إذن الى المحضر القضائي بالانتقال الى المعاينة من أجل معاينة وجود الزوجة ببيت الزوجية من عدمه وتكون المعاينة عدة مرات بصفة مفاجئة وهذا كله من أجل التأكد من ادعاءات الزوج.

بعد ما تم تبيان دور القاضي في اتخاذ التدابير في إطار التحقيق اثناء محاولات الصلح سيتم الآن التطرق الى دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة اثناء محاولات الصلح من خلال الفرع الثاني التالي.

(1) بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة ، المرجع السابق، ص46.

الفرع الثاني: دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة اثناء محاولات الصلح

من بين التعديلات التي جاء بها الامر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المتعلق بقانون الأسرة هو إضافة المادة (57) مكرر التي تنص على ما يلي: «**يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن**».

بهذا النص يكون المشرع قد سمح للقاضي وأعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق بهذه المسائل على الوجه المؤقت الى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، حتى ولو كان ذلك في مرحلة الصلح، بمقتضى نص المادة(442) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي: «...**يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن وفي جميع الحالات يجب الا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق**» ونجد كذلك المادة (444) من القانون السالف الذكر التي تنص على ما يلي: «**يمكن للقاضي ان يأخذ بعين الاعتبار مما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة**».

وجاء في نص المادة (445) ما يلي: «**يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف، ان يلغي او يعدل او يتم التدابير المؤقتة التي امر بها، ما لم يتم الفصل في الموضوع هذا الامر غير قابل لأي طعن**».

فقد منح قانون الإجراءات المدنية والادارية لقاضي شؤون الاسرة بمناسبة نظرة في قضايا المعروضة عليه، باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية اثناء سير الخصومة، مثل منح نفقة مؤقتة، حضانة مؤقتة، زيادة مؤقتة، اثاث أطفال، اثاث الزوجة او الزوج.... الخ. [1]

وقبل ذلك يتطلب الامر الإشارة والى:

- مبررات التدابير المؤقتة مبررات (استخدامها في دعاوى فك الرابطة الزوجة) (أولا).
- حالات اللجوء الى التدابير المؤقتة (ثانيا).

(1) بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي الأسرة من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق، ص353،ص354.

أولا: معنى التدابير المؤقتة ومبررات استخدامها في دعاوى فك الرابطة الزوجية

نشير الى ان التدابير المؤقتة في ظل القانون 11/84، المتعلق بقانون الاسرة اجراء مستحدث ولاسيما اثناء محاولات الصالح وهو الامر الذي تسبب في ضياع حقوق الأولاد من حيث النفقة أو الحضانة او السكن أو في حقهم لرؤية اوليائهم ومن جهة أخرى طول إجراءات التقاضي في مواد فك الرابطة الزوجية او حتى اثناء فترة الصلح والتي تعادل 3 أشهر وعليه اثناء مدة اجراء القاضي للصلح تطرح إشكالية مصير حقوق الأولاد المادية والمعنوية لأنه اثناء رفع الدعوى يكون الزوجين في حالة كبيرة من درجة الخلاف والشقاق ما قد يدفعهم الى اهمال الأولاد وأمام هذه الوضعية تدخل المشرع الجزائري لحل هذه التكملة باستحداثه للمادة (57) مكرر من قانون الاسرة وأسباب هذا التفعيل نجدها مؤسسة على ان مسائل الأسرة لا تقبل التأخير وتقتضي السرعة وعدم التراخي. [1]

يعرف الأستاذ أحمد شامي التدابير المؤقتة الاستعجالية: تلك الإجراءات أو التدابير المؤقتة والمتعلقة بقضايا لا تحتمل البطء والتأخير، في الفصل لتعلقها بحقوق شخصية لا تقبل التنازل أو الإهمال. [2]

ثانيا: حالات اللجوء الى التدابير المؤقتة

خولت المادة(57) مكرر القاضي إمكانية الفصل على وجه السرعة والاستعجال، بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة سواء اثناء مرحلة الصلح او بعدها وفي كل مراحل النزاع بصفة عامة في دعاوي فك الرابطة الزوجية والتي جاءت على سبيل المثال ومن بين الأمور الاستعجالية التي يمكن أن تثار نجد ما يلي:

أ-التدبير المؤقت المتعلق بالنفقة

أقر المشرع إجراءات سريعة للحصول على النفقة لأنه جرى في الواقع المعاش أن تنتقل الزوجة الى بيت زوجها حال قيام دعوى فك الرابطة الزوجية او قبلها واثناء هذه الفترة تحتاج حتما لمن ينفق عليها لسد حاجياتها هي وأولادها، ومن هنا كان للزوجة أن تلجأ إلى القاضي حيث

(1) جناحي امينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص102.

(2) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – ، مرجع سابق، ص176.

أصبح يتمتع بصلاحيات قاضي الأمور المستعجلة قد استصدار أمر على عريضة يتضمن الحكم لها ولأولادها بمبلغ من المال كنفقة، كما نصت المادة (78) من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: «**تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة..**» ريثما يصدر حكم في الموضوع او قد يتوصل القاضي للصلح بين الزوجين.

تطبق هذه التدابير على جميع الدعاوى فك الرابطة الزوجية وللوصول الى ذلك يتطلب من الزوجة رافعة الدعوى أن يتقدم طلب ضمن عريضة مبررة وموقعة، حسب ما تفتضيه(5/426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي منحت الاختصاص في مثل هذه الحالة الى المحكمة الواقع في دائرتها موطن الدائن بالنفقة وعن تحقق القاضي من جدية قيام دعوى الطلاق ومن[1] مبرراته، يستطيع حينها اتخاذ التدابير استعجالية مؤقتة لتجاه الزوج، بأن يقدم مبلغا ماليا كنفقة لها الى غاية صدور الحكم في موضوع الدعوى.

ب-التدبير المؤقت المتعلق بالحضانة

رتب قانون الاسرة في ظل المادة (64) أصحاب الحضانة ترتيبا جديدا ومنح حق الحضانة للأم، ثم الأدب، ثم الجدة لام، ثم الجدة لاب ثم الخالة، ثم العمة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك أما المادة (57) مكرر حددت وضع آخر بالنسبة الى حق الحضانة في فترة ما بين إقامة دعوى فك الرابطة الزوجية وبين صدور حكم يقضي بفك الرابطة الزوجية، حيث نصت على اسناد صلاحية واختصاص الفصل في طلب الحضانة الى قاضي شؤون الاسرة وهو نفسه قاضي الموضوع والذي له صلاحية قاضي الاستعجال الذي يفصل بصفة مؤقتة بموجب امر على عريضة في تدبير يخص أمر حضانة القصر.

فإذا كان أحد الزوجين اقام دعوى الطلاق امام المحكمة المختصة وكان بينهما ولد أو أكثر ممن هو في سن الحضانة، فإن الفصل في طلب اسناد حق الحضانة مقرر الى أحد مستحقيها في تلك الفترة وغالبا ما تكون اثناء فترة محاولات الصلح قبل صدور حكم في الموضوع حيث يراعى القاضي مصلحة المحضون بالأخذ بعين الاعتبار سنه بين رضيع وطفل يدرس

(1) بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص103.

وطفل معاق او مريض...الخ وبين ما إذا كانت الام تأخذ كل الأولاد او من بين الأولاد من يبقى مع الاب. [1]

ج-التدبير المؤقت المتعلق بالزيارة

كان قضاة المحاكم قبل تعديل قانون الأسرة بعد ان حكموا بالطلاق يحكمون مباشرة بحق الزيارة أي زيارة المحضون للزوج الآخر، الذي لم تسند له الحضانة وذلك تطبيقا لمضمون المادة (64) من قانون الأسرة، اما بعد التعديل أضاف المشرع المادة (57) مكرر وكذا نص المادة (442) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد اصبح من حق أي واحد من مستحقي الحضانة بما فيهم الاب والام أو غيرهما أن يتقدم بطلب في شكل عريضة مسببة موقعه الى قاضي شؤون الاسرة قصد استصدار امر على عريضة، فيفصل القاضي بموجب امر يمنح حق الزيارة المؤقت للطرف الذي لم تسند له الحضانة، من يوم رفع دعوى فك الرابطة الزوجية ولاسيما أثناء فترة الصلح الى غاية ان يفلح الصلح او ان يصدر حكم في الموضوع.

إذا كان الولد عند حاضنته او حاضنه او غيرهما، فليس من حق من تقررت الحضانة بمصلحته ان يمنع الزوج الآخر او من له الحق من رؤية وزيارة الأولاد، غير أنها لا تجبر على إرساله الى مكان إقامته، بل يكفي إخراجه الى مكان يمكن من خلاله له رؤيته وإن كان عند ابيه فيجب عليه أن يمكنها من رؤية المحضون على الوجه السالف الذكر، كما هو محدد في امر الزيارة، لان مرد ذلك تمتع كل من الزوجين بالحق على الولد، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر. [2]

د-التدبير المؤقت المتعلق بالسكن

لم يستثن المشرع في تعديله الحق المِؤقت في السكن وهي مسألة في غاية الأهمية والغالب في الواقع أن الزوجة والأولاد هم الذين يعانون من مشكلة السكن لان الزوجة عادة ما تخرج من مسكن الزوجية وتأخذ أولادها لتجد نفسها امام واقع إجتماعي لا يرحمها أحد، فقد يأبى أقرب الناس إليها إيوائها هي وابنائها ولما كان أمر كذلك كان للزوجة ان تتقدم طلبا مؤقتا في مسالة

(1) بن جناحي امينة، مرجع سابق، ص19.

(2) المرجع نفسه، ص20.

سكنها وسكن أبنائها اثناء فترة طلبها للحكم بالطلاق او التطليق ولا سبيل الى ذلك إلا اللجوء الى القضاء لاستصدار أمر على عريضة للحصول على مسكن ريثما يتم الفصل في موضوع النزاع.

يكمن دور قاضي شؤون الاسرة في الفصل على وجه الاستعجال في الطلب المتعلق بالتدبير المؤقت المتعلق بالسكن، بعد التحقيق من مبرراته بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد هذا خروجا عن القواعد العامة المقررة في المادة (312) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن هذا ليس على إطلاقه لأنه وبمقتضى نص المادة(445) تنص على ما يلي «يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة ان يلغي او يعدل او يتمم التدابير المؤقتة التي أمر بها، بما لم يتم الفصل في الموضوع، هذا الامر غير قابل لأي طعن».

يمكن لقاضي شؤون الأسرة وفي كل الأحوال أثناء إجراءات الصلح أن يأخذ بعين الاعتبار ما إتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة، سواء المتعلقة بحضانة الأطفال أو النفقة أو السكن أو الزيارة أو أي مسألة أخرى وهنا لا يتعلق الأمر بالطلاق بالتراضي فالمشرع لم يتناول ذلك في الإجراءات الخاصة به ومن جهة أخرى الزوجين متفقين على كل شيء مثلا الزوجين متفقين من أجل مصلحة أولادهما وعدم إقحامهم في المشاكل فيتفقان على وضع الأولاد عند أحد اقاربهما، فالقاضي يراعي ما اتفقا عليه فيتخذ القاضي التدبير بناء على اتفاق الطرفين ، لأنه ممكن أحد الزوجين يطلب من القاضي تدبير والزوج الآخر يوافق على ذلك التدبير لاسيما ما يتعلق بمصالح القصر. [1]

هـ-التدابير المتعلقة بالأشياء الخاصة بالزوجين

من بين المسائل الأخرى التي قد تطرح وتكون ذات طابع مستعجل ومؤقت ويمكن ان تتخذ بشأنها تدابير بموجب أوامر على عرائض أثناء سير الدعوى، نجد أموال الزوجين المشتركة وخوفا من أن يستغل الزوج الآخر الوضع ويتصرف فيها مضرا بالطرف الآخر، يقدم أحد الزوجين أمر على عريضة يفصل من خلاله القاضي بتدبير مؤقت، في كل ما من شأنه أن يحمي المصالح أثناء الخصومة ولا سيما أثناء وفترة الصلح من أجل ضمان محافظة على حقوق الزوجين.

(1) بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة ، مرجع سابق، ص18.

فيمكن أن تترك الزوجة محل الزوجية بسبب وقوع خلاف، فبناء على طلب منها يتخذ القاضي تدابير يلزم الزوج أن يمكنها من متاعها وحاجياتها وغيرها من الأشياء الشخصية فيكون بذلك متاع الزوجين من بين المسائل المستعجلة التي تتطلب إتخاذ تدابير مؤقتة بشأنها خلال هذه المدة، خوفا تبديدها من طرف الزوج الآخر. (1)

الفرع الثالث: عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح

قد تطرأ على الخصومة بصفة عامة واثناء جلسات الصلح بصفة خاصة طارئ أو ما يسمى عوارض الخصومة سواء فيها تعلق الامر بالجانب الموضوعي للصلح، او الجانب الإجرائي له.

أولا: أثر وفاة أحد الزوجين على الجانب الموضوعي للصلح

قد يحدث ان يتوفى أحد الزوجين ففي مرحلة الصلح سواء في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو في دعوى التفريق القضائي– الخلع، التطليق والطلاق بالتراضي.

أ–وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى طلاق الزوج بإرادته المنفردة

إن الزوج له حق إداري، يتمثل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة طبقا لنص المادة(48)من قانون الاسرة كحق مقرر شرعا وقانونا ومكفول قضاء، فيرفع دعوى قضائية لأجل إثبات ذلك المركز القانوني الذي أوجده وتكون القضية في مرحلة محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الاسرة والتي قد يتصادف أثنائها أن توفي الزوج او احدهما ذلك قبل إتمام إجراءات محاولات الصلح وقبل صدور الحكم المثبت لهذا الطلاق. (2)

نجد قضاة المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ:2011/11/10 بالمبدأ الآتي «تؤدى وفاة الزوج بعد رفعه دعوى الطلاق الى انقضاء الخصومة وليس الانقطاع عن الخصومة،

(1) تبودشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2000، ص207.206.

(2) لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص172.

فلا يحق لا للورثة وللقاضي تغير موضوع دعوى الزوج في إيقاع الطلاق الى تثبيته بأثر رجعي».[1]

وعليه نستنتج انه في هذا الصدد تجدر الإشارة على ان القاضي ان ينتبه الى الطلب القضائي لطلب فك الرابطة الزوجية، بناء على الإرادة المنفردة طبقا لنص المادة(48)من قانون الاسرة، بين ما إذا تعلق الطلب بإيقاع الطلاق أو اثباته، لأنه قد تحصل الوفاة بعد ما ترفع دعوى فك الرابطة الزوجية ويتزامن والقضية في مرحلة اجراء محاولات الصلح حيث تختلف الآثار فالطلب القضائي المقدم من الزوج رافع الدعوى يدخل في إطار انحلال الرابطة الزوجية، فإما أن يكون طلبه اثبات واقعة الطلاق وإما أن يكون طلبه الرغبة في فك الرابطة الزوجية.

فالمدعي هو الذي يحدد نطاق الخصومة من حيث الأشخاص والموضوع والسبب وأن القاضي شؤون الاسرة وهو قاضي الموضوع، مقيد بموضوع الدعوى ولا يمنكه تغيره والحكم في غير الموضوع المطروح عليه، فهذا الزوج وإما أنه أوقع الطلاق بتاريخ سابق لرفع الدعوى وتكون العدة قد انقضت او أنه رفع دعوى طلاق على زوجته، فيجب على القاضي ان يلتفت الى طلب الزوج المحدد والمذكور في العريضة ويتأكد منه شخصيا عند حضوره الى جلسة الصلح.

إذا كان الزوج طالب فك الرابطة الزوجية لم يصرح بعد بالطلاق، واثناء جلسة الصلح صرح بالطلاق امام كل من زوجته والقاضي والكاتب في حل الرابطة الزوجية، ففي هذه الحالة يكون الزوج صرح لأول مرة بالطلاق في جلسة الصلح الأولى او الثانية ثم توفي مباشرة ولم تنقض فترة محاولات الصلح المحددة بثلاثة أشهر، قبل إتمام إجراءات محاولات الصلح وقبل صدور الحكم المثبت لهذا الطلاق وبالتالي حينئذ يتعين على القاضي ان لا يصدر حكما بانقضاء الدعوى دون الالتفاف الى هذا الطلاق الذي اوقعه الزوج او الى العدة المنجرة عنه.

يرى العديد من القانونيين والباحثين أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة لا يعتد به حتى ولو صرح به الزوج امام قاضي شؤون الاسرة عدة مرات اثناء جلسات الصلح طالما لم يصدر حكم قضائي بقضي بذلك، معتقدين ما دام انه اذا توفى احد الزوجين خلال فترة الصلح، فان القاضي سوف يصدر حكم بانقضاء الخصومة بسبب وفاة احد اطراف الدعوى الزوج او

(1) المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة المواريث، قرار رقم2653324 مؤرخ في 2011/11/10، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2012، 241،238.

الزوجة طبقا لنص المادة (2/220) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و خاصة ان نص المادة (25) من القانون المدني التي تنص على ما يلي « تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا، و تنتهي بموته» و بذلك لا يأخذون بعين الاعتبار واقعة الطلاق التي وقعت خارج مساحة القضاء او بالأحرى واقعة الطلاق التي شهدها القاضي بحد ذاته مع كاتبه وأحد الأزواج خلال جلسة الصلح ان الاخذ بهذا الراي سيؤدي حتما الى بروز عدة تناقضات و يطرح اشكال كبير فيما بعد الان اغفال اثبات الطلاق الواقع الذي يؤثر لاسيما في مسالة استحقاق الارث والعدة كون الرابطة الزوجية حلت بالطلاق قبل الوفاة، ونفس الموقف اتخذته المحكمة العليا ومنه اذا توفى احد الزوجين خلال محاولة الصلح استحق الذي منهما الإرث كون ان الزوجية تكون قائمة.

حكما في حالة الطلاق الرجعي او قائمة حقيقية في طلاق القاضي الامر الذي يتماشى ونص المادة (126) من قانون الاسرة، فالأمر يتوقف على القاضي الذي يجب عليه ان يتأكد من ان عده الطلاق الرجعي لم تنقص بعد. [1]

فاذا توفى الزوج الذي هو في مرض الموت اثناء سير دعوى الطلاق ولم يكن تلفظ بالطلاق قبل تمام فترة الصلح، تنقضي دعوى الطلاق وتصبح الزوجة في حكم الارملة فكان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا واضحا في هذه المسالة حيث جاء في قرار ما يلي: «على انه اذا توفى الزوج اثناء سير دعوى الطلاق فتنقضي دعوى الطلاق و تصبح الزوجة في حكم الارملة ولها الحق في الميراث طبقا لأحكام الموارد التالية(47-132) قانون الاسرة و المادة (25) من قانون المدني». [2]

ب-وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى التفريق القضائي الاخرى

قد تحصل الوفاة بعدما ترفع دعوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53-54 من قانون الأسرة أو ترفع بناء على إرادتي الزوجين المشتركة، وتكون القضية في محاولات الصلح هنا لا يوجد اشكال بما ان حكم التطليق الخلع والطلاق بالتراضي حكم منشئ ولا وجود لهذه المراكز، الا من يوم صدور حكم القاضي.

(1) لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص172.

(2) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم3525557 مؤرخ في2005/01/04 غير منشور.

وبالتالي ما دام وفاة أحد الزوجين حصلت اثناء فترة الصلح سواء في جلسة الصلح الأولى او الثانية او غيرها لا يوجد اشكال لان الفرقة كل الآثار المترتبة عنها لا ترتب الا من يوم صدور الحكم القضائي، فلا تطرح هاهنا مسالة العدة وبالتالي يسحق الحي منهما الإرث عن إرادة الأطراف طبقا للمادتين (25) من القانون المدني (47) من قانون الاسرة وفي هذه الحالة أسباب الإرث متوفرة لان الزوجة كانت قائمة حقيقة لحظة الوفاة وتعتد الزوجة عدة المتوفي عنها زوجها.

اما فيما يخص الدعوى على القاضي ان يصدر حكم بانقضاء الدعوى على أساس الوفاة لان الرابطة الزوجية حلت بالوفاة طبقا للمادة(47) من قانون الاسرة التي تنص «تحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة»، فان الخصومة تكون بذلك قد انقضت بوفاة المدعي و لا يصح اعتبار الخصومة في حالة انقطاع. [1]

ثانيا: العوارض المتعلقة بالجانب الاجرائي للصلح:

من اهم العوارض التي تلحق الخصومة القضائية ما يلي:

أ- شطب دعاوي فك العصمة لعدم حضور المدعي:

يستشف من نص المادة (216) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي جاء على محمل الجواز انه يمكن للقاضي بصفة عامة وقاضي شؤون الاسرة بصفة خاصة ان يأمل بشطب القضية بسبب عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون او تلك التي امر بها كما يمكن له الامر بشطب القضية بناء على طلب مشترك من الخصوم، طبقا لنص المادة (216) من نفس القانون وفي هذا الصدد نميز بين دعاوي الطلاق بالإرادة المنفردة ودعاوي طلاق القاضي.

1-في طلاق الزوج (الإرادة المنفردة)

في حقيقة الامر رغم ان شطب القضية هو اجراء قانوني ذو طابع جوازي وليس الزامي بالنسبة للقاضي، الا انه لا يمكن تطبيق هذا النص بالأخص دعوى فك الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة للزوج لاسيما عندما يصرح الزوج بالطلاق ويؤكد على ذلك في العريضة الافتتاحية

(1) غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية، 2011.2012، ص61.

للدعوى وفي مقابل ذلك يأمر القاضي بحضور المدعي والمدعي عليه بالحضور الى جلسة الصلح التي يجريها.

قد لا يحضر المدعي الزوج في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح لسبب اعتراض وصوله وحضوره جلسة الصلح في الوقت المحدد لها بسبب تأخر وسيلة النقل او مرض...الخ، فنجد فريق من القضاء يعمدون الى تطبيق نص المادة (216) ويحكمون بشطب الدعوة فورا، مما يؤدي الى عواقب وخيمة تضر بالأسرة دون ان يلتفتوا الى الطلاق الذي قد وقع الى العدة التي تسري من تاريخ الذي تلفظ الزوج بالطلاق فيه.

كما لا ننسى مصير هذا الطلاق الذي أحدثه الزوج ولا يخض على أحد انه عن اصدار القاضي للحكم بشطب الدعوى فانه لم ولن يتطرق للطلاق أصلا وفي غالب الأحيان لا يطلع أصلا على فجوى وهو موضوع الدعوى، الامر الذي جعل الزوجين الاجنبيين مجتمعيين وهو حرام شرعا وهذ ناتج عن الاثار التي يرتبها الشطب ولاسيما عند عدم انتباه القاضي الى مضمون الطلب القضائي. [1]

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه الى القول انه «لا بد من التفرقة بين ما هو للعباد وما هو حق الله تعالى فان كان للقاضي حق شطب الدعوى لعدم حضور الاطراف، غير ان ما تعلق بحق الله تعالى فلا حق للقاضي بشطب الدعوى الا بعد التحري والتحقيق أن كان قد وقع الطلاق، فاذا وجد ان الطلاق قد وقع يثبته ولا يشترط في وقوعه ان يقع امام القاضي».

غير ان العمل القضائي انقسم في هذا الشأن الى فريقين، فريق من القضاء يرى بضرورة شطب دعوى الطلاق المرفوعة من طرف الزوج طبقا لنص المادة (216) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أساس ان محور الدعوى يدور حول فك الرابطة الزوجية وأن المحكمة أمرت بحضور لجلسة الصلح بتاريخ معين الا ان الزوجين تغيبا فتؤجل المحكمة الدعوى أي تاريخ لاحق لنفس الغرض الا انه كان بدون جدوى وطالما يجب حضور الزوج الذي يطالب بفك الرابطة

(1) لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص161.162.

الزوجية حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة عدم قبول دعوى وفقا لما استقر عليه القضاء.[1]

بينما فريق اخر من القضاة لا يلجؤون الى شطب القضية اذا لم يحضر رافع الدعوى لانهم يعتبرون ذلك رفضا للصلح، وانه مجرد اجراء على القاضي استيفائه و يكون ثابتا في المحضر وهذا ما كان مستقر عليه سابقا من طرف المحكمة العليا حيث نجد احدى هذه القرارات الصادرة بتاريخ 1999/03/16 تضمنت ما يلي« لكن حيث ان الحكم المطعون فيه، القاضي الأول لم يغفل محاولة اجراء الصلح بل استدعى المدعي عليه و حدد جلسة الصلح للقيام بالإجراء المذكور اجلت القضية و حددت جلسة خاصة لإصلاح ذات البين، غير ان المدعي تغيب عمدا عن جلسة الصلح و بذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة الصلح و غياب المدعي عليه جلسة الصلح مما ينفذ عدم رغبته في الصلح».[2]

وعليه يستحسن تفادي الشطب في قضايا فك الرابطة الزوجية ولاسيما وان المشرع جعل من هذا الاجراء جوازي عند عدم القيام بالإجراءات التي امر بها القاضي، فلا يعتبر الشطب في حد ذاته من النظام العام، فالقاضي مخول قانونا لذلك ومن جهة أخرى ان لا يقضي بالشطب وإنما يقوم باتخاذ إجراءات أخرى والتي ورد ذكرها في نص المادة (441)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذا استحال على أحد الزوجين ولاسيما المدعي الحضور في التاريخ المحدد او حدث له مانع جاز للقاضي اما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض اخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

2-في دعاوي طلاق القاضي

نجد في دعاوي فك الرابطة الزوجية بطلب الزوجة في حدود المادتين(53) و(54) من قانون الاسرة أو بطلب من الزوجين حسب المادة (48)من نفس القانون وانه لا يوجد اشكال في حالة شطب القضية لان الاثار تكون اقل حدة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع او

(1) المصري المبروك، اثبات الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار العلوم للغة العربية، وآدابها والدراسات الإسلامية، مصر،2009.

(2) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم217179، مؤرخ في 1999/03/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص123.

التطليق او الطلاق بالتراضي او الطلاق قبل البناء لان العلاقة الزوجية لا تزال قائمة ولم تنحل بعد وان العدة لا تترتب لا بعد فك الرابطة الزوجية. [1]

ب-الأثر المترتب على التنازل عن الدعوى على إجراءات الصلح

تنص المادة (220) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: «**تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى او بالتنازل عن الدعوى**» و المادة (221) تنص ما يلي: « **تنقضي الخصومة أصلا بسبب سقوطها او التنازل عنها...**» يعرف التنازل بانه إمكانية مخولة للمدعي لإنهاء الخصومة ولا يترتب عنه التخلي عن الحق في الدعوى و يتم التعبير عنه كتابة او بتصريح يحرره رئيس أمناء الضبط و تضنيف المادة(232) ما يلي: « **يكون تنازل المدعي معلقا على قبول المدعي عليه**» إن عن الدعوى أمر مقبول ومستحسن في الكثير من الحالات ويمكن إدخاله حتى في إطار التخفيف من أعباء القضاء ، لأنه كثيرا ما يتصالح الأطراف خارج قطاع العدالة في أي مادة كانت ومنه لا داعي لإستصدار حكم قضائي بشأن هذه الخصومة التي تم التصالح فيها.

ففي حقيقة الأمر إن كان التنازل أو ترك الخصومة إجراء منطقي ولا يترتب عنه أثار في دعاوى طلاق القاضي بالتراضي أو التطليق أو الخلع إلا أن الامر يختلف تماما اذا تعلق الامر بدعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وكان الزوج قد أوقع الطلاق وبقيت مسألة إثباته فقط ، فمن غير الجائز تجاهل ذلك بل لابد على القاضي عندما يرى أن الزوج المدعي الذي أوقع الطلاق وأكد عليه أثناء جلسات محاولات الصلح أن يصدر حكما بالإشهاد على التنازل عن الخصومة وكما يجب على النيابة العامة خاصة وبإعتبارها طرفا أصليا أن تعترض على طلب التنازل في مثل هذه الحالات التي تعد من النظام العام ، لا سيما اذا كان الطلب القضائي يرمي الى اثبات الطلاق بل عليها أن تسعى وتطلب تثبيت الطلاق بموجب حكم لتسجله بسعى منها في الحالة المدنية ، ليحتسب من عدد الطلقات التي يحكمها الزوج وأن تحرص على ذلك لأنه بأمور شرعية وبالنظام العام غير أن طلب التنازل عن الخصومة تختلف أثاره بين طلاق الزوج وطلاق القاضي.

(1) لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية ، المرجع السابق، ص162.

1-في طلاق الزوج

لا يمكن تطبيق وإعمال نص المادة (221) من قانون إجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتنازل عن الخصومة بشكل مفرط دون ضغط أو معيار، على القضايا المتعلقة بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، إذ لا يمكن إصادر حكم يقضي بالإشهاد للزوج المدعي بترك الخصومة، دون الالتفاف الى هذا الطلاق الذي أوقعه ودون إحتسابه أو النظر إلى طبيعته.

2-في طلاق القاضي

لا يوجد إشكال في طلاق القاضي بما أن حكم التطليق والخلع والطلاق بالتراضي حكم منشئ ولا وجود لهذه المراكز، إلا من يوم صدور حكم القاضي وبالتالي ما دام الطلب المقدم من الزوجة أو من الزوجان الهدف منه التنازل عن الخصومة ولو أثناء فترة الصلح سواء في جلسة الصلح الأولى أو الثانية أو غيرها، لا يوجد إشكال لأن الفرقة وكل الاثار المترتبة عنها لا وجود لها إلا من يوم صدور الحكم القضائي لأن الدعوى منشئة وأن العلاقة الزوجية لا تزال قائمة ولم تنحل بعد، وأن العدة لا تترتب إلا بعد فك الرابطة الزوجية. [1]

(1) لمطاعي نورالدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الاحكام القضائية، مرجع سابق، ص175.

خاتمة

الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع دور الصلح في حل المنازعات الأسرية يمكن أن نخلص إلى أن قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات التي تميزه عن أغلب القوانين العربية والإسلامية والمتعلقة بالأحوال الشخصية ، فهذا القانون فتح مجالا واسعا أمام القاضي لحل كل نزاع يطرح أمامه بماله من سلطة تقريرية واسعة في هذا المجال فالحلول القضائية وإن كانت تعبر عن إرادة المشرع أو تهدف إلى ذلك إلا أن الطابع الشخصي وقدرات القاضي نصيب فيها ، إضافة إلى مرونة جل خصومه وعدم أخذه بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة وإنما إستنبط أحكامه من أغلب المذاهب وهذا ما يسميه فقهاء الشريعة بالإجتهاد الإنتقائي .

كما خول القانون القاضي إجراء عملية الصلح بين الزوجين في مسائل شؤون الأسرة خاصة منها (الطلاق، الخلع والتطليق) لما له من دور كبير في التأثير على الزوجين من أجل إستمرار وإستقرار الأسرة كما أن الصلح طريق من طرق فض النزاع بين الخصوم وقد ثبتت مشروعيته بالقرآن والسنة والإجماع لما له من دور في إبعاد الضغائن ويحل الوئام والمحبة بين المتخاصمين.

كما نشير أيضا من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى بعض النتائج التي يمكن استخلاصها في النقاط التالية:

1-تهدف محاولات الصلح إلى تقديم النصح ولإرشاد والموعظة الحسنة للزوج (الذي أوقع الطلاق) بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية وإستعمال حق الرجعة أثناء فترة عدة الطلاق الرجعي ولا يهدف إلى إقناع الزوج بالعدول عن الطلاق.

2-يعتبر إجراء الصلح جزء من إجراءات الخصومة ولا من إجراءات الطلاق كون المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين وكل ما في الأمر أنه عندما نص على إجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى، دون أن يتجاوزها القاضي.

3-الصلح الوارد في المادة 49 من قانون الأسرة يخص الطلاق بالإرادة المنفردة ولا يمت بأي صلة لدعاوى التطليق والخلع والطلاق بالترضي وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية اضبط الصلح في شؤون الأسرة، فإجراء الصلح فيها يجعل القاضي لا يستند لنص

المادة 49 من قانون الأسرة وإنما يعتمد على الأحكام التي جاءت بها المواد 439 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- في دعاوى التطليق او الطلاق بالتراضي او الخلع يكون الحكم القضائي منشئا فالقاضي عند إجراء الصلح ليس مقيد بمدة معينة لإجراء الصلح وبالتبعية لا علاقة لها بالمادة 50 من قانون الأسرة ، كون المشرع لم يقل إذا تراجع الزوجين عن طلب الطلاق أثناء محاولة الصلح وبذلك مفهوم الصلح الوارد في المواد 49 و50 من قانون الأسرة لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة نظر دعوى أساسها المواد 53 أو 54 من قانون الأسرة.

5- ما يعزز ويؤكد الخصوصية الصلح في شؤون الأسرة هو تميزه عن الصلح في القوانين الأخرى بكونه إجراء وليس عقد كما أنه يخص النزاع القائم وليس توقي نزاع محتمل وقد خصه المشرع بطابع الوجوبية فالقاضي ليس له السلطة التقريرية في إختيار اللحظة المناسبة لإجراء الصلح وإنما آليا بمجرد أن ترفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة .

6-إن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حيث نصت المادة 439 منه على وجوبية محاولة الصلح، غير أن المشرع وضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بعدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي أو الإجرائي فهذه قاعدة آمرة لكن لم يقرنها المشرع بجزاء فلم يقيد المشرع النصين تحت طائلة البطلان مما يفهم أن المشرع يريد تأكيد على وجوب القيام بمحاولة الصلح إلا أن الأمر لا يرقى إلى درجة الإجراء الجوهري الذي يمس بالنظام العام.

7- لا يجري القاضي الصلح إذا تأكد ان أحكام المادة 51 من قانون الأسرة قائمة فإجراء الصلح بين امرأة ورجل طلقها ثلاث مرات متباعدة ومتتالية مخالف للنظام العام والشريعة الإسلامية ولقانون الأسرة بحد ذاته .

8- لا تعد محاولة الصلح من النظام العام وليست إجراء جوهري من شأنه المساس أو التأثير على الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية لأن الهدف المتوخى من إجراء محاولات الصلح هو تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوجين .

9-إن الرأي الراجح في مسألة الطبيعية القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى طلاق بإدارة الزوج المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى الا لقريره من أجل ضمان لحقوق ومنعا للتناكر الذي قد يحصل.

10-يتحرى القاضي خلال جلسة الصلح عن التاريخ الذي يعتد به لحساب العدة وما علاقة ذلك بمدة إجراء الصلح ولا سيما أن العدة حق من حقوق الله تعالى وأن القضاء أقرنها من النظام العام وبالتالي القاضي يجب ن يراعي مسألة العدة وهو في صدد أجراء الصلح.

11-يتفق الفقه على أن طبيعة الحكم القضائي الصادر بالتطبيق هو حكم منشئ ولا يكون له أي الا إذا تقدمت الزوجة بطلبه وبادر القضاء الى تطبيق نص المادة 49 من قانون الاسرة كأساس قانوني للصلح الى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي عمم إجراءات الصلح في المادة 439 منه.

12-وردت حالات التطليق في نص المادة 53 من قانون الأسرة عشوائيا بالإضافة الى خصوصية وظروف كل قضية ولا سيما في ظل غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه، فنجد حالات يكون فيها الصلح ذو فائدة في حالة التطليق وحالات مجرد إجراء شكلي فقط وحالات أخرى يكون مخالفا للنظام العام.

13-لم يحدد المشرع عدد الجلسات وإنما إكتفى بثلاثة أشهر وأخضع تحديدها الى السلطة التقريرية للقاضي، التي يستشفها من خلال مناقشة مع الطرفين ومدى إرادتهما ورغبتهما وإصرارهما على فك الرابطة الزوجية من عدمها.

14- إن قانون الاجراءات المدنية والإدارية أعطى للقاضي بصفة عامة وقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة ، صلاحيات واسعة في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي للقاضي بأخذ كل تدبير يراه ضروريا ولازما من أجل كشف وبحث إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية وأجاز له أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة ويكون اللجوء إليها عادة عندما ينطوي النزاع على مسائل خارجة عن إختصاص القاضي .

15- من أهم التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 02/05 هو إضافته للمادة 57 مكرر فبهذا يكون المشرع قد سمح للقاضي وأعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق بإتخاذ

جميع الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء سير الخصومة ، مثل منح نفقة مؤقتة ، حضانة مؤقتة ، حق الزيارة ، ذلك إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه بموجب أمر غير قابل لأي طعن .

16- يجب على المشرع أن يضيف نص في قانون الأسرة يوضح فيه موقفه من الأزواج الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع طلاقهم ، أي بنص على أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم والذين لا يقع طلاقهم .

17- إذا حدث أن أوقع الزوج الطلاق بإرادته المنفردة ورفع دعوى قضائية لأجل إثبات الطلاق ثم يتوفى الزوج خلال الشروع في جلسات الصلح وقبل صدور الحكم فعلى القاضي أن لا يصدر حكما بإنقضاء الخصومة وأن يلتفت إلى هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج وإلى العدة التي تنجز عنه ويصدر حكم بإثبات الطلاق لأن عقد الزواج حل بالطلاق قبل الوفاة .

18- جاء المشرع بموجب المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة وكذا المواد 439 وما يليها لا سيما نص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، هو أن القاضي يتعين عليه تحرير محضر كسند تنفيذي يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح ، مع التوقيع عليه وكاتب الضبط والطرفين إلا أن هذا الأخير لم يحض بضمانات تنفيذية .

19- نقض المحكمة العليا لأحكام قضت بفك الرابطة الزوجية على أساس أنن الصلح إجراء جوهري يرتب نتائج عديدة من بينها ، إحياء العلاقة الزوجية وإلزام الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية عليه وتوارث بين المطلقين وتعدد الأزواج بالنسبة للمرأة ومتابعة الزوجة بجريمة الزنا ...إلخ.

تعتبر هذه بعض النتائج والمقترحات التي توصلت إليها من خلال بحثي هذا راجيا أن أكون قد وفقت في ذلك، لتحقيق ما فيه خير للأمة والمصلحة العامة وإني لا أدعي إستيفاء الموضوع حقه بالشكل المطلوب بل إنني أقر وأعترف بالعجز والقصور في مقاربته من مختلف جوانبه .

المصادر والمراجع

I. المصادر

- القرآن

II. كتب السنة

1- ابن عابدين حاشية، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ج 2، دار الفكر، دون بلد نشر ،1979

2- الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء 4، المطبعة المصرية، لبنان،1243هـ .

3- الإمام الكساني، بدائع الصنائع، ج6، دار الكتاب العربي، لبنان، دون بلد نشر، ج2.

4- الإمام بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي علاء الدين أبوبكر، بدائع الصنائع، ج5، المطبعة الجمالية ، دون سنة نشر،1328هـ.

5- الخطيب الشربيني محمد، مغني المحتاج، دار الفكر، دون بلد النشر، ج2، 1996.

6- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث بمؤسسة الريان، لبنان،2002.

III. الكتب العامة

1- إبراهيم منصور إسحاق، نظريتا الحق والقانون، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

2- إبن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، دار الجيل، بيروت.

3- أحمد حمودة أبو هشهش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

4- أحمد زكي بدوي إبراهيم، القاموس الفرنسي العربي، مكتبة لبنان، بدون سنة نشر.

5- العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية في القوانين الأخرى، منشورات البغدادي، الجزائر ، دون سنة نشر. القانون الجزائري، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.

6- المصري المبروك، اثبات الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، دار العلوم للغة العربية، وآدابها والدراسات الإسلامية، مصر،2009.

7- بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي الأسرة من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاء، ج1، العدد 64، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزائر،2009.

8- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة2، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.

9- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2002.

10-بن الشيخ آث ملويا لحسن، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005.

11- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجديد، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، دون سنة نشر.

12- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط1، كليك للنشر، الجزائر،2012.
13- بوكايس سمية ، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، مذكرة لنيل الماجستير في القانون ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2013-2014 .
14- بولحواس صافية، سلطة القاضي في التفريق لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2014،2013.
15- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع و القضاء، منشورات ثالثة، الجزائر،2011.
16- ذيابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية، ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
17- زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسيكوبيديا للنشر بن عكنون، الجزائر ، بدون سنة نشر .
18- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.
19- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، ط2، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر،1989.
20- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1975.
21- فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1989.
22- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية، ط2، دار فسيلة، الجزائر، 2009.
23- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر.
24- محمد سعيد الخضر البدواني شيماء، أحكام عقد الصلح، ط1، الدار العلية والدولية للنشر والتوزيع، الأردن ،2003 .

IV. رسائل الدكتوراه و الماجستير

1- بن جناحي امينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس،2014.
2- بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية 2011 -2012.
3- بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل الإجراءات المدنية والإدارية الممارسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، الجزائر، السنة الجامعية2010-2011.
4- تبودشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2000.
5- خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الإدارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.
6- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية في الإجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، سنة الجامعية 2006-2007.

7- شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامع الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، السنة الجامعية2000-2001.
8- عيدوني عبد الحميد ، دور الإدارة في إبرام عقد الزواج وإنهائه ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبوبكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2013-2014 .
9- عيدوني عبد الحميد، دور الإدارة في ابرام عقد الزواج وانهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، كلية الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.
10- غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية، 2011.2012.
11- قدور محمد سليمان، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية،2011-2012.
12- قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الاسرة الجزائري على ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.
13- كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في اثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، السنة الجامعية2011-2012.
14- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2006.
15- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة –دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية – ، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان السنة الجامعية 2013-2014،
16- هجيرة بن عزي، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات المعقمة، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول، المغرب، السنة الجامعية2008-2009.

V. المحاضرات

1- عمر زودة، محاضرات ألقيت على طلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2013.2014.

VI. المقالات والدراسات

1- تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق ، قانون الأسرة والتطورات العلمية ، مخبر القانون كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ،2012.
2- نعوم مراد ، معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري ، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية ، عدد 10، 2013.

VII. الملتقيات العلمية الوطنية والدولية

1- بشير محمد، الطرق بديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، يومي 6 و7 ماي ، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات ، عدد 03 ، الجزائر ،2014.

2- بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح ، الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، يومي 6 و7 ماي ، منشور في السلسة الخاصة بالملتقيات والندوات ، عدد 3 ، الجزائر،2014.

3- حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري ، مجلة الفقه والقانون ، المغرب ، عدد 19 ، 2014.

4- حميدو تشوار زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد10، 2010.

5- حميش حسان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة، 2010.

6- نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية للأحكام الشرعي ، الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين ثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق وعلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة –عين الدفلى ، يومي 04 و05 ماي 2014.

VIII. مذاكرات إجازة القضاة

1- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الدراسية2007.2010.

IX. النصوص التشريعية

1- القانون رقم 11/84، المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005.

2- القانون 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المؤرخ في 2008.

3- الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

X. المجلات القضائية

1- المجلة القضائية، عدد2، 1990.

2- المجلة القضائية، عدد03، 1991.

3- المجلة القضائية، عدد خاص ،2001.

4- نشرة القضاة، عدد67.

5- نشرة القضاء، عدد55.

6- المجلة القضائية، عدد02، 2007.

7- مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد02.

8- المجلة القضائية، عدد رقم01، 1993.

9- مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2012.

الفهرس

المقدمة ..... أ.ب.ج

الفصل الأول: ماهية الصلح في شؤون الأسرة ودور القاضي في تحقيقه

المبحث الأول: مفهوم الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية 5
المطلب الأول: تعريف الصلح ومشروعيته 5
الفرع الأول: تعريف الصلح 5
أولا: تعريف الصلح لغة: 5
ثانيا: تعريف الصلح اصطلاحا 6
الفرع الثاني: تعريف الصلح في شؤون الأسرة 7
الفرع الثالث: مشروعية الصلح 11
أولا: في القـرآن 11
ثانيا: في السنة 11
ثالثا: الاجماع 12
المطلب الثاني: تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى 13
الفرع الأول: تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني 13
الفرع الثاني: التمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية 16
المبحث الثاني: وجوبية الصلح في شؤون الأسرة 17
المطلب الأول: علاقة الصلح بالنظام العام 17
الفرع الأول: محاولات الصلح إجراء جوهري 17
أولا: الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح إجراء جوهري 18
ثالثا: الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري 19
الفرع الثاني: محاولات الصلح اجراء غير جوهري 19
أولا: الاتجاه الفقهي المنكر لفكرة الصلح اجراء جوهري 19
ثانيا: الاتجاه القضائي المنكر لفكرة الصلح اجراء جوهري 20
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن تخلف محاولات الصلح 23

الفرع الأول: بطلان الحكم القضائي 23
أولا: من حيث موقف الفقه 23
ثانيا: من حيث القضاء 24
الفرع الثاني: صحة الحكم القضائي 25
أولا: من حيث موقف الفقه 25
ثانيا: موقف القضاء 26
المبحث الثالث: دور القاضي اثناء الصلح بناء على إرادة الزوجين 28
المطلب الأول: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج 28
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وعلاقته بالصلح 29
أولا: حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف 29
ثانيا: حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم منشأ 30
ثالثا: حكم الطلاق كاشف ومنشئ 31
الفرع الثاني: دور القاضي تبعا لتاريخ وكيفية إيقاع الطلاق 33
أولا: دور القاضي تبعا لتاريخ إيقاع الطلاق 33
أ-إيقاع الطلاق بتاريخ سابق عن رفع الدعوى الطلاق 33
ب-إيقاع الطلاق بتاريخ موافق لرفع الدعوى 34
ج-إيقاع الطلاق بتاريخ لاحق لرفع الدعوى الطلاق 34
ثانيا: دور القاضي في تحديد كيفية إيقاع الطلاق 35
أ-طريقة إيقاع الطلاق من طرف الزوج 35
ب- اغفال القاضي لطبيعة الطلاق الواقع 35
ج-دور القاضي في الإرادة المعيبة في الطلاق 37
المطلب الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين 41
الفرع الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي بين الزوجين وعلاقته بالصلح. 41
الفرع الثاني: خصوصية محاولات الصلح في دعوة الطلاق بالتراضي. 42
أولا: مراقبة القاضي للعريضة مدى قبولها 43
ثانيا: الاستماع الى الزوجين والتأكد من رضا الزوجين. 45
أ-ضرورة التأكد من هوية الطرفين 45
ب- الاستماع إلى الزوجين 45
ب-1 الاستماع الى الزوجين على انفراد: 45

ب-2 الاستماع الى الزوجين مجتمعين والتأكد من رضائهما وموافقتهما: 46
ج-التأكد من خلو الإرادة من العيوب 46
ثالثا: محاولة اصلاح ذات البين 47
أ-عدد محاولات الصلح 47
ب- عدم جواز الوكالة في محاولات الصلح 50
ج- في حالة فشل القاضي في محاولات الصلح 51
رابعا: مراقبة القاضي مدى مراعاة الاتفاق للنظام العام ومصلحة الأولاد 51
خامسا: إصدار حكم الطلاق بالتراضي 52

الفصل الثاني : دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءً على طلب الزوجة

المبحث الأول: دور القاضي في الصلح عن طلب التطليق من الزوجة 54
المطلب الأول: الطبيعة القانونية لحكم التطليق ومدى علاقته بالصلح 54
المطلب الثاني: محاولات الصلح في دعاوي التطليق 56
أولا: الصلح المنتج في بعض حالات التطليق 56
أ- الحكم على الزوج عن جريمته فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية 56
ب- التطليق بناءً على عدم الانفاق 57
ج-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج 58
ثانيا: الصلح اجراء شكلي في بعض حالات التطليق 61
أ- التطليق للفقدان والغيبة 61
ب- التطليق للحكم على الزوج عن جريمته فيها مساس بشرف الاسرة 63
ج- حالات تطليق اجراء الصلح يكون مخالفا لنظام العام 63
المبحث الثاني: دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع من الزوجة 64
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح 64
المطلب الثاني: محاولات الصلح في دعوى الخلع. 66
المبحث الثالث: إجراءات وشروط الصلح في ظل الممارسة القضائية 67
المطلب الأول: إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية 67
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح 68
أولا: ضرورة رفع الدعوى 68
ثانيا: أطراف جلسة الصلح 68

ثالثا: وجود العلاقة الزوجية 68
الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح 70
أولا: الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد وإجراءات الصلح 70
أ-الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح 70
ب-تحديد مدة الصلح 72
ج-تحديد بدأ سريان هذه المدة (فترة الصلح) 72
د-كيفية تبليغ طرفي الصلح (استدعاء الأطراف) 73
ثانيا: الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح 74
أ-ضرورة التأكد من هوية الطرفين 74
ب-مباشرة القاضي للصلح بسماع الزوجين 75
ج – سرية جلسة الصلح 75
د-عدد محاولات الصلح 76
ه- قواعد الحضور والغياب في جلسة محاولة الصلح 77
و-مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين 80
ي-إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح 81
المطلب الثاني: دور القاضي في إتخاذ التدابير الضرورية والمؤقتة أثناء محاولات الصلح 81
الفرع الأول: دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح 82
أولا: الخبرة الطبية 83
ثانيا: المساعدة الاجتماعية 84
ثالثا: الاستشارة 86
رابعا : الإنابة القضائية 88
خامسا: الاستماع الى الشهود 89
سادسا: الانتقال الى المعاينة 89
الفرع الثاني: دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة اثناء محاولات الصلح 90
أولا: معنى التدابير المؤقتة ومبررات استخدامها في دعاوى فك الرابطة الزوجية 91
ثانيا: حالات اللجوء الى التدابير المؤقتة 91
أ-التدبير المؤقت المتعلق بالنفقة 91
ب-التدبير المؤقت المتعلق بالحضانة 92
ج-التدبير المؤقت المتعلق بالزيارة 93

د-التدبير المؤقت المتعلق بالسكن 93
ه-التدابير المتعلقة بالأشياء الخاصة بالزوجين 94
الفرع الثالث: عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح 95
أولا: أثر وفاة أحد الزوجين على الجانب الموضوعي للصلح 95
أ-وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى طلاق الزوج بإرادته المنفردة 95
ب-وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى التفريق القضائي الاخرى 97
ثانيا: العوارض المتعلقة بالجانب الاجرائي للصلح: 98
أ- شطب دعاوي فك العصمة لعدم حضور المدعي: 98
ب-الأثر المترتب على التنازل عن الدعوى على إجراءات الصلح 101
الخاتمة 103

قائمة المصادر والمراجع