

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم:القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## أحكام الصلح ما بين نصوص قانون الأسرة والممارسة القضائية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص:قانون الخاص

الشعبة:حقوق

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالب:

بن عوالي علي

بداني نورالدين

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ..... بوسحبة جيلالي ..... رئيسا

الأستاذ..... بن عوالي علي ..... مشرفا مقررا

الأستاذ..... بن عودة يوسف .....مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت في : 2023/09/19

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۱۴۳۸

## إهداء

إلى أُمي الغالية صاحبة القلب الحنون أطال الله في عمرها، والتي كانت تدعو لي دائما

بالتوفيق في مساري المهني والدراسي.

إلى أبي وأخي فاروق رحمهما الله تعالى و إلى الشموع التي أنارت حياتي زوجتي وابنتي

سيرين وإخوتي و إلى كل الزملاء الذين رافقوني في مشواري الدراسي.

إلى أصدقائي وأحبتي بلخيرة الهاشمي ونورالدين رويحي و حمايدي رشيد ونورالدين كسار

ومحمود وعمر بن ناصر و ميلود جديد .

أهدي هذا العمل إلى كل من يعرفني من قريب أو من بعيد.

## شكر وعرافان

أحمد الله الذي وفقني لإتمام هذا العمل والذي هو ثمرة جهد متواصل خلال السنة

أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل " بن عوالي علي " المشرف على مذكرتي

والذي أحترمه كثيرا وقد بذل الكثير لإنجاح هذا العمل.

إلى أروع من خلق ربي حفظه الله ورعاه، اللهم أرزقه قلبا نقيا ينفق لطاعتك ويعمل من أجل

رضوانك ودخول جنتك وأحفظه من كيد الكائدين وثبته على الهداية والإيمان

إلى كل طلبة السنة الثانية ماستر قسم قانون خاص

مقدمة

## مقدمة :

اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة باعتبارها اللبنة الأولى والأساسية للمجتمع والأمم، فشرعت الزواج وحثت عليه لما يترتب عليه من ثمرات عديدة، لعل أهمها تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب لبقاء الجنس البشري يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله .

وانطلاقاً من حرص الشريعة الإسلامية للحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، شرعت وسائل لذلك، ومن أهمها باب الصلح التي دعت إليه مختلف مصادرها، وهو نفس التوجه الذي خاضه المشرع الجزائري، حيث عمل على تقنينه وتنظيمه بمقتضى نصوص قانونية وإجرائية، خاصة وأن أهمية اللجوء إلى الصلح تزداد كلما تعلق الأمر بالمنازعات خاصة الأسرية منها كونها تكتسي طابعاً خاصاً مقارنة بباقي المنازعات الأخرى. ويعرف الصلح بأنه : " اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشئة بينهم ودياً "، كما جاء في تعريف آخر للصلح في دعاوي الطلاق على أنه : "محاولة الصلح بين الزوجين عي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلب الطلاق .

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الصلح في قوانين متفرقة بدء بالقانون المدني، الذي تناول أحكامه في المواد من 459 إلى 466 منه حيث عرفته المادة 459 كما يلي : " عقد ينهى به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه" ثم قانون الأسرة الذي كرسه كإجراء إجباري قبل حل الرابطة الزوجية بعد تعديله سنة 2005 بموجب الأمر رقم 02/05 في نص المادة 49 منه، وأخيراً قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي خصص له أحكاماً إجرائية ابتداء من المادة 439 إلى غاية 449 منه .

فالصلح في شؤون الأسرة، يعد إجراء يسعى من خلاله قاضي شؤون الأسرة إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين، ووضع حد للنزاع القائم بينهما، من أجل استمرار الحياة الزوجية، فهو إذا إجراء وقائي، يقوم به القاضي وجوباً للحيلولة دون وقوع فك الرابطة

الزوجية ، أو من أجل استمرار الحياة الزوجية عملا بقوله تعالى : "وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُخْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا" وتستمد أهمية هذا الموضوع من أهمية وغاية تطبيق إجراء الصلح في دعاوي شؤون الأسرة ، وبالأخص دعاوي فك الرابطة الزوجية، وما له من أثر في المحافظة على الروابط الأسرية واستقرارها، وهو ما ينتج عنه استقرار المجتمع وتحقيق المصلحة العامة لأفراده. إضافة إلى المكانة البارزة التي يحتلها الصلح في التراث القضائي الإسلامي، اذ به تزول الخصومة بين المتنازعين بالتراضي وتتألف القلوب ، وتصفو النفوس وتطيب المشاعر .

أما بخصوص أسباب اختيار الموضوع توجد أسباب موضوعية ، وأخرى ذاتية يمكن إجمالها في النقاط التالية :

أولاً: أهمية موضوع البحث ، كونه يتناول بالدراسة والتحليل إحدى أهم المستجدات التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري وفصلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ألا وهي محاولات الصلح وإجراءاته في قضايا شؤون الأسرة .

- عدم وجود دراسة جامعة مانعة في موضوع الصلح الأسري تجمع بين النظري والعلمي في ظل الممارسات القضائية.

- محاولة إثبات أن قانون الأسرة الجزائري يحتاج أكثر إلى التعديل والإثراء .

- الحاجة الملحة لرصد واقع إجراءات الصلح في التطبيق القضائي الأسري الجزائري،

وإبراز أهم الصعوبات التي تعترض إجراءات الصلح في الواقع العملي بمقاربة موضوع الصلح الأسري من الناحية النظرية مع الناحية العملية في التطبيق القضائي الأسري .

- المساهمة في تطوير إجراءات الصلح الحالية من خلال اقتراح بعض الحلول القانونية والواقعية الكفيلة بتفعيل هذه النصوص الإجرائية.

- أهمية الموضوع في حد ذاته تجعله جديرا بالدراسة نظرا لارتباطه المتين بالأسرة والمجتمع ككل.

يكمن الهدف الأساسي من خوض غمار هذه الدراسة في توضيح بعض النقاط الغامضة والمسائل التي تغافل عنها المشرع الجزائري، إضافة إلى المساهمة في إثراء المكتبة الجامعية في هذا المجال.

ومن أجل الإحاطة أكثر بهذا الموضوع الهام ، يأتي هذا البحث تحت عنوان " أحكام الصلح مابين نصوص قانون الأسرة والممارسة القضائية " لتبيان إحدى الآليات المهمة في حل الخلافات الأسرية ، سواء ما تعلق منها بالجانب النظري أو العملي ، محاولا بذلك إلى التطرق إلى العديد من القضايا والإشكالات القانونية والواقعية المتعلقة بإجراءات الصلح من جهة ، والبحث في مدى مواكبتها لأهم المستجدات التشريعية والقضائية المرتبطة بالموضوع من جهة أخرى .

وقد تناولت هذا الموضوع بعض الأبحاث الأكاديمية لكن بشكل عام وكجزئية ثانوية في سياق دراسة مواضيع أخرى من بينها :

زيدان عبد النور ، أين تناول الباحث موضوع " الصلح في الطلاق " ، رسالة ماجستير كلية الحقوق بن عكنون ، سنة 2007 - 2008.

- دراسة بوزيد وردة ، أين تناولت الباحثة في مذكرتها موضوع " الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية " رسالة ماجستير

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي، سنة 2010-2011.

وأخيرا دراسة الطالب بن هبري عبد الحكيم ، أين تناول الباحث في مذكرته موضوع أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، سنة 2014 - 2015.

- وقد اعترضت هذه الدراسة عدة صعوبات وعراقيل تتمثل فيما يلي :

- أ: قلة الدراسات والأبحاث التي تعني بالصلح في قضايا الأسرة مقارنة مع الصلح المدني ، والذي تطرق له رجال الفقه والقانون بشكل مستفيض.
- ب : صعوبة إجراءات الحصول على القرارات القضائية وكذا الإحصائيات ، التي تمكننا من رصد واقع إجراءات الصلح في التطبيق القضائي.
- ج تعدد المقاربات الموظفة في تناول الموضوع ، لكونه يجمع بين ما هو فقهي، قانوني ،قضائي ونفسي واجتماعي.
- ونظرا لكافة الاعتبارات السابقة، وما يكتسبه الموضوع من أهمية بالغة في هذا الصدد ثم طرح الإشكالية التالية :

ما مدى فعالية إجراءات الصلح في حل النزاعات الأسرية وإصلاح ذات البين وتفادي الطلاق بين الزوجين؟ وما هو الإطار القانوني الذي وضعه المشرع لبيان أحكام وإجراءات الصلح في شؤون الأسرة ؟

- للإجابة على هذه الإشكالية، ثم توظيف المنهج الوصفي من خلال عرض حالات الصلح وشروطها، إضافة إلى المنهج التحليلي يجعلها دراسة تحليلية نقدية، تمس مختلف الجوانب الموضوعية والإجرائية، حيث ثم العمل على استقراء وتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالصلح في مادة شؤون الأسرة، بالإضافة إلى التركيز على الجانب القضائي، باعتبار أن تفعيل إجراءات الصلح يعتمد على الدور الكبير الذي يلعبه القضاء، ما يضيف على البحث الطابع التطبيقي كونه يبرز دور القضاء من خلال قرارات المحكمة العليا، المنشورة منها وغير المنشورة لإثراء الموضوع، ومن جهة المنهج المقارن ،مقارنة تنظيم المشرع الجزائري لبعض المسائل مع باقي القوانين المقارنة والفقه الإسلامي.

ولأجل الإجابة عن هذه الإشكالية والتساؤلات المتفرعة عنها قمت بتقسيم بحثي إلى فصلين تطرقت في الفصل الأول لماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك، وقسمته إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول مفهوم الصلح وبيان مشروعيته، أما في المبحث الثاني تطرقت إلى دور القاضي أثناء الصلح ما بين النصوص القانونية والممارسة القضائية.

أما الفصل الثاني فعالجت فيه إجراءات الصلح في ضل الممارسة القضائية والآثار المترتبة عنها ، والذي قسمته الى مبحثين ، في المبحث الأول خصصته لدراسة إجراءات الصلح في ضل الممارسة القضائية ، وفي المبحث الثاني تطرقت إلى الآثار المترتبة على محاولات الصلح وأثار الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية. وفي الأخير أنهيت هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلت لها من خلال هذه الدراسة.

## الفصل الأول

ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك ، تعتبر من المسائل الأولية في هذا الموضوع للوصول إلى أحكام جلسة الصلح وجميع المسائل المتعلقة بها و، ولذلك اشتمل هذا الموضوع للوصول إلى أحكام جلسة الصلح وجميع المسائل المرتبطة بها ولذلك اشتمل هذا الفصل علي مبحثين نخصص الأول لمفهوم الصلح من خلال إيجاد تعريف له في المبحث الأول ثم نخصص في المبحث الثاني دور القاضي أثناء الصلح مابين النصوص القانونية والممارسة القضائية

### المبحث الأول : مفهوم الصلحوبيان مشروعيته

تشتمل هذه المسألة على نقطتين أساسيتين بداية بإيجاد تعريف لمحاولة الصلح خاصة وأن المشرع الجزائري لم يعرفها ( المطلب الأول ) ، ثم نتطرق إلى دور القاضي أثناء الصلح مابين النصوص القانونية والممارسة القضائي ( المطلب الثاني )

### المطلب الأول : تعريف الصلح ومشروعيته

نتعرض في هذه الدراسة إلى تعريف الصلح ( الفرع الأول ) ، ثم إلى مشروعيته (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول : : تعريف الصلح

يستوجب منا تعريف الصلح ضرورة التعرض له من الناحية اللغوية، والاصطلاحية (أولا) ثمحاولة تسليط الضوء عليه من الناحية القانونية وبصفة خاصة في شؤون الأسرة (ثانيا).

### أولا- تعريف الصلح بصفة عامة :

لكي نتمكن من تعريف الصلح بصفة عامة وشاملة ، لا بد من التعرض إلى تعريفه لغة (أ) ، ثم تعريفه اصطلاحا (ب).

أ- تعريف الصلح لغة : الصلح في لغة العرب يقصد به قطع المنازعة ، وفي كلام العرب أيضا بمعنى السلم ، سواء بكسر السين أو فتحها حيث يقال السلم بالفتح ، والسلم

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بالكسر حيث يفيد كلا المصطلحين الصلح ، كما يوصف حسب أهل اللغة بالمصدر فيقال : هو صلح لي ، وهم لنا صلح : أي مصالحوه ، ويقال أصلح في عمله أو في أمره ، بمعنى أتى بما هو صالح ونافع ، وأصبح بينهما أو ذات بينهما أو ما بينهما: أي أزال ما بينهما من عداوة وشقاق<sup>1</sup>.

**الصلح في اللغة أيضا :** من تصالح القوم بينهم ، يقال : قد أصلحو وصالحو أو تصالحو واصلحو بتشديد الصاد ، ويقال قوم صلحو أي متصالحوه ، كأنهم وصفوا بالمصدر<sup>2</sup>.

**فالصلح لهي معان عدة قد يأتي بمعنى الإصلاح :** فهو اسم مصدر أصلح هو الإصلاح ، وقد يكون بمعنى المصالحة فهو اسم مصدر صالح بفتح اللام والحاء الذي هو المصالحة أو الصلاح

### ب- تعريف الصلح اصطلاحا:

أخذ الفقهاء مصطلح الصلح في كتبهم بمعنى العقد الذي ينهي الخلافات والخصومات الواقعة بين أطراف النزاعات المختلفة ، بغض النظر عن نوعية تلك الخلافات وأسبابها ، وبصفة عامة وبالرجوع إلى مختلف كتب الفقه خاصة كتب المذاهب الأربعة ، نجد الحنفية اعتبروا الصلح عقد يرفع به النزاع بحيث جاء في كتاب الأختيار لتعليق المختار : " هو عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن وفي بديع الصنائع : " هو عقد يرفع ويقطع الخصومة ، وركنه الإيجاب مطلقا والقبول فيما يتعين ، أما فيما لا يتعين كالدرهم فيتم بلا قبول ، وعرفه ابن عابدين بقوله : " الصلح شرعا عبارة عن عقد وضع ليرفع المنازعة ، وأما الشافعية ، فقد جاء في كتاب مغني المحتاج : " الصلح لغة قطع النزاع ، وشرعا عقد يحصل به ذلك وفي شرح مذهب الشيرازي " الصلح هو الذي تنقطع

1- شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، السنة الجامعية 2000 2001، ص 2- ابن منظور، لسان العرب الجزء الثالث، دار الجيل، بيروت 426.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

به خصومة المتخاصمين " ويعتبر الصلح سيد الأحكام ، لأنه يجري في سائر العقود وأما الحنابلة ، جاء في المغني والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي "الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين<sup>1</sup>..

عند المالكية ، جاء تعريف ابن عرفة : "هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه"<sup>2</sup>.

هذا التعريف فيه إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة 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 التعاريف مقارنة بالتعريفات الأخرى<sup>3</sup>، والأقرب لفهم قوله تعالى : (امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما إن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تفعلون خبيرا)<sup>4</sup>.

هذه هي التعاريف التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية للصلح والتي نجدها تختلف عن مفاهيم الفقهاء الغربيين.

وعن تعريف الصلح من طرف الفقهاء ورجال القانون، نذكر من بينهم الأستاذ إبراهيم نجار الذي عرفه كمصطلح قانوني بأنه "اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشئة بينهم وديا"<sup>5</sup>.

---

1- ابن فارس أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا معجم مقاييس اللغة الجزء الثالث، الطبعة الثانية، شركة ومطبعة 3031956-.

2- البابي الحلبي و أولاده، مصر 1956م ص 303.

3- ابن منظور، لسان العرب، المرجع نفسه، 426

4- المرجع نفسه، ص 427.

5- محمد سعيد خضر البدراني شيماء، أحكام عقد الصلح، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 12

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

أما الأستاذة ابتسام القرام فرأت أنه : " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو محتملاً وذلك من خلال التنازل المتبادل لكلا الطرفين عن ادعاءاته<sup>1</sup>.

نستنتج من خلال كل التعريفات السالف ذكرها وإن كانت تختلف عن بعضها البعض سواء من حيث اللفظ أو الصياغة ، أنها تتفق تقريباً في اعتبار الصلح عقد كسائر العقود<sup>2</sup>، وهو ذات الموقف الذي تبناه المشرع من خلال أحكام المادة ( 459) من القانون المدني والتي عرفته كما يلي:

"عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه"<sup>3</sup>. الأمر الذي يختلف اختلافاً جوهرياً بين موقف المشرع في<sup>4</sup> القانون المدني في اعتبار الصلح عقداً ، وبين موقفه في قانون الأسرة الذي يعتبره كإجراء قضائي لا كعقد ، وفي الأخير<sup>5</sup>.

وبعد ما تمكنا من الإحاطة والتعرف على المفهوم العام للصلح ، فلا مناص لنا الآن ، من التطرق إلى تعريف الصلح في شؤون الأسرة من خلال النقطة الموالية .

---

1- مرتضى الحسيني الزبيدي محمد تاج العروس من جواهر القاموس الجزء السادس، دار التراث العربي ودار الجيل العراق، دون سنة نشر، ص 546

2- السيد سابق، فقه السنة، المعاملات، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، لبنان، 1977، ص375

3- محجوب عبد النور محمد الصلح و أثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، مجموعة رسائل الدكتوراه، 1987 ص 26

4- محجوب عبد النور محمد المرجع السابق، ص 26

5- البستاني بطرس، محيط المحيط ، قاموس مطول اللغة العربية، لبنان، 1983، ص 515

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### ثانيا - تعريف الصلح في شؤون الأسرة:

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>..

فبالرجوع إلى نص المادة (49) من قانون الأسرة 1، والتي جاء فيها مايلي:

" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء 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 الأسرة ابتداء من المادة (439) وما يليها ، على اعتبار أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح فانه في حقيقة الأمر لم يعط تعريفا صريحا وضمنيا للصلح وإنما اعتبره إجراء قضائي تاركا في ذلك المجال مفتوح للفقهاء.

خلص جانب من الفقهاء إلى أن الصلح في شؤون الأسرة هو إجراء قضائي و أطلقوا عليه أيضا الصلح القضائي ، حيث عرفوه على أنه : " الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق<sup>2</sup> .

جاء في تعريف آخر أنه : " إجراء تفرضه بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم بالحضور أمام هيئة مختصة كمكتب المصالحة في قضايا العمل ، أو أمام قاضي شؤون الأسرة حتى يحاولوا أن يصلحوا قبل مواصلة إجراءات الخصومة"<sup>3</sup>.

1- قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الاسرة و المعدلالمتمم بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1924 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005.

2- أحمد زكي بدوي إبراهيم القاموس القانوني فرنسي عربي مكتبة لبنان، بدون سنة، ص: 67-69 .

3- الأخضر قوادري، مرجع سابق، ص 18

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

كما جاء أيضا أنه: " السعي والتوسط بين المتخاصمين لأجل رفع الخصومة والاختلافات، عن طريق التراضي والمصالحة<sup>1</sup>.

عرف القضاء بمحكمة التعقيب التونسية الصلح في مادة شؤون الأسرة في قرارها التعقيبي عدد 17646 المؤرخ في 12/2/1988، بأنه " وليد رغبة الطرفين المشتركة في وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها الصلح الذي يعتبر ماضيا في حقها<sup>2</sup>.

يتضح من خلال هذا التعريف أن الصلح في النزاعات الأسرية وخاص الطلاق و إن كان ينبع من إرادة الطرفين ورغبتهما الحقيقية في الرجوع من جديد الى الحياة الزوجية إلا انه من خلال التعريف يبقى الدور الإجرائي للقاضي في إيقاع الصلح بينهما هاما ورئيسيا وذلك لما له من تأثير معنوي على نفسية الطرفين<sup>3</sup>.

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 عن التراجع عن طلب الطلاق<sup>4</sup>.

وعرفها الأستاذ لحسين بن شيخ اث ملويا : " هي تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تقادي الطلاق ، وإرجاع الزوجين إلى بعضهما هو السبيل المنشود ويكون للزوج حق مراجعة زوجته<sup>5</sup> في حين عرفت الأستاذة ابتسام القرام

---

1- دهم رابع، أحكام الصلح بين المبايعين في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة والقانون الجزائر، 2010-2011، ص 13

2- دياب عز الدين حسن الصلح وسيلة لفض النزاعات من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات يومي 6 و 7 ماي 2014 الجزائر، منشور في حوليات جامعة الجزائر ، عدد 03، 2014، ص 211

3- المرجع نفسه، ص 211

4- زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص108

5- بن الشيخ أث ملويا لحسين المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية الجزء الأول، دار دهومه، الجزائر، 2005، ص

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بأنه: " محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع ، سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التسوية بالتراضي"<sup>1</sup>.

ذهب الأستاذ لمطاعي نور الدين إلى القول بأن : "محاولة الصلح في قانون الأسرة هي عبارة عن إجراء يهدف إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج ، حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى المبتغى والهدف المنشود ألا وهو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق ، بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية ، واستعمال حق الرجعة لا غير، وذلك لا يأتي إلا إذا تم استعمال هذا الحق خلال مدة عدة الطلاق الرجعي دون حاجة إلى إبرام عقد جديد ودفع مهر جديد ، بحيث لا يكون الهدف من الصلح إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق ، وإنما من اجل مواصلة واستمرار الحياة الزوجية، طالما أن مدة عدة الطلاق الرجعي لم تنتقض بعد ، وعلى القاضي اغتنام الفرصة السانحة وعدم تفويتها"<sup>2</sup>.

نجد المشرع الجزائري عندما نص بضرورة إجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى والتي لا يمكن للقاضي أن يتجاوزها، كما لا يمكنه أن يقوم بإجراء 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 يستعمل الزوج حقه في إرجاع زوجته أثناء فترة العدة في حالة الطلاق الرجعي والتي من المفروض ان تتطابق مع الفترة التي خصصها المشرع لمحاولة الصلح المذكورة في المادة (49) ، فان حصل الرجوع ولو دون رضا الزوجة يكون الزوج قد مارس حق الرجعة.

1- القرام ابتسام، مرجع سابق، ص 58.

2- لمطاعي نور الدين عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006ء ص 141 و 14 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

لذلك يجب 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 قضائي ، وإنما يكون الزوج في هذه الحالة قد استعمل حقه المتمثل في الرجعة ولا مكان للصلح في هاته الحالة . فكيف لنا أن نعتبر إرجاع لزوجته أثناء العدة صلحا ، طالما رضى الزوجة لا يغير من الأمر شيئا ، فيجب التمييز بين أحكام الرجعة و أحكام الصلح.

وبالتالي لا يصح قول المشرع : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج الى عقد جديد " وإنما الأصح : " من راجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد ، ومن راجعها بعد فوات العدة يحتاج إلى عقد جديد " .

يقترن حق الزوج في الرجعة بمدة زمنية ، والتي سماها المشرع " صلح " حيث يقول من ( راجع زوجته أثناء محاولة الصلح ) والتي حددتها المادة (49) بثلاثة أشهر تسري من تاريخ رفع الدعوى ، وهنا يكمن الخطأ حيث نجد أنه لم يتم الأخذ بعين الاعتبار تاريخ وقوع الطلاق وبدأ سريان مدة العدة فالمشرع هنا لم يقصد التصالح أو الصلح وإنما خص بالذكر المدة الزمنية ، ونجد أيضا في المادة (50) من قانون الأسرة التي استعملت عبارة ( من راجع زوجته ) مخاطبا بذلك الزوج صاحب الحق ، في حين أن حق الزوج في الرجعية مقترن بمدة زمنية محددة سلفا يسقط بتجاوزها ، ولم يقلق إذا تراجع فهو يتكلم مع الزوج بصفة له الحق بينما الزوجة ليس لها حق وإنما لها فقط الاعتراض .

وان حصل اتفاق بين الزوجين وتم تحرير محضرا بذلك ، يجب أن يتم هذا الاتفاق أثناء فترة المدة التي سماها المشرع فترة الصلح ، أما إذا 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 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

في الحقيقة هناك حالات تكون بداية العدة سابقة على تاريخ رفع الدعوى الذي يطابق بداية سريان المدة التي يبدأ فيها القاضي إجراءات 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 ، وبذلك المشرع يؤكد أنه : " من راجع بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد " و الأصح أن نقول : " من راجعها بعد فوات العدة وقبل صدور الحكم أو حتى بعده ، يحتاج إلى عقد جديد " ، والذي يستوجب الركن الأساسي هو الرضا ، وإذا وافقت على الرجوع فهذا هو الصلح الحقيقي بمعنى توافق إرادتين وليس الرجعة أثناء عدة الطلاق الرجعي .

فتفسير البعض للمادة (50) من قانون الأسرة على أساس من راجع زوجته أثناء محاولة صلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، أنهم يرون أن العبرة بفترة الصلح ، والتي مدتها ثلاثة (03) أشهر، مهما طلق الزوج من مرة ومهما كان الزمن الذي مضى على طلاقه ، تبدأ متى رفع دعواه أمام القاضي وان راجع زوجته أثناء فترة الصلح فانه لا يحتاج إلى عقد جديد وبتفسيرهم هذا يكونون قد أغفلوا العدة ن وهذا هو الخطأ بعينه لأن المشرع قصد بهذه الفترة الزمنية والمقدرة بثلاثة (03) أشهر العدة ولذلك يجب مراعاتها باعتبار أن العدة لم تنتقض ، وكل ما في الأمر أن المشرع اخطأ لما استعمل عبارة أثناء محاولة الصلح قاصداً منه أثناء فترة العدة .

فالأحسن أن تتغير صياغة النص القانوني وذلك بحذف مصطلح "الصلح" واستبداله بمصطلح "العدة" وذلك بإدراج مادة جديدة تنص على الصلح مع مراعاة العدة ، فتكون الصياغة الجديدة كما يلي :

" يجوز للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون عقد جديد مع مراعاة أحكام المادة (58) من قانون الأسرة " .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

أما فيما يخص الصلح في الدعاوي الأخرى غير دعوى الطلاق بالردة المنفردة للزوج ، فالصلح الوارد في المادة (49) من قانون الأسرة يخص طلاق الزوج فقط ، ولا سيما وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية تضبط الصلح في جميع الدعاوي ، وبذلك أصبح لازماً أن يتدخل المشرع ويعدل نص المادتين (49) و(50) من قانون الأسرة أو يضيف مواد تخص الصلح في التطليق والخلع، أو على الأقل يعتمد نظام الإحالة إلى تطبيق إجراءات الصلح مع مراعاة الخصوصيات في فك الرابطة الزوجية ، حتى يكون القانون الموضوعي منسجم مع القانون الشكلي الإجرائي ، وبذلك فمفهوم الصلح الوارد في المادتين (49) و(50) من قانون الأسرة لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة نظر دعوى أساسها المواد (53)(54) من قانون الأسرة.

دائماً في إطار تعريف مفهوم الصلح في شؤون الأسرة تجدر الإشارة إلى أن المشرع خص الصلح في قانون الأسرة بطريقتين : صلح يتم عن طريق القاضي مباشرة ، وصلح عن طريق الحكمين تحت إشراف القاضي وذلك في حالة عدم ثبوت الضرر وفقاً لنص المادة (56) من قانون الأسرة التي نصت على الصلح عن طريق بعث الحكمين ، وهذا النوع من الصلح يخرج من مجال دراستنا ، كونها تقتصر على الصلح القضائي في مادة شؤون الأسرة فيما يخص دعاوى فك الرابطة الزوجية .

نخلص إلى القول أن الصلح في مادة شؤون الأسرة يعد إجراء وليس عقداً ، يسعى قاضي شؤون الأسرة من خلاله إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين ووضع حد للنزاع القائم بينهما من أجل استمرار الحياة الزوجية فهو إذن إجراء وقائي<sup>1</sup>، يقوم به القاضي وجوباً للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية أو من أجل استمرار الحياة الزوجية ، عملاً بقوله تعالى : ( والصلح خير)<sup>2</sup>، هذا جل ما يمكن أن يقال في تعريف الصلح ، ولنا أن نتساءل عن مشروعية

1- بن حلينة يمينة خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت السنة الجامعية 2011-2012، ص.115

2- سورة النساء، الآية 127

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

الصلح في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع ، وهو ما سيتم بيانه في الفرع الثاني الموالي.

الفرع الثاني: مشروعية الصلح مابين الشريعة والتشريع

أولا : مشروعيته في الشريعة الإسلامية

أ - مشروعيته من القرآن الكريم :

لقد أمر الله تعالى بالصلح في الكثير من الآيات في القرآن الكريم ، وذلك من أجل أن يبين أهميته الكبيرة في تسيير حياة الناس ، وأنه هو الحل الوحيد لحل الأزمات والخلافات ، ومن بين تلك الآيات ، قوله تعالى : ﴿ لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ﴾<sup>1</sup> فالقيام بالإصلاح بين المتخاصمين أمر مطلوب ، حتى يعودوا إلى ما كانوا عليه من الألفة و الإخاء ، فيجوز فيه من النجوى ما لا يجوز فيغيره ، ويدخل الصلح بين الزوجين في هذا المعنى ، وكذا الأجر العظيم الذي يجزي به الله لعظم الفائدة المرجوة والثواب الجزيل للمصلحين من هذا المعروف ، وقوله تعالى أيضا : ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله و الرسول فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم و أطيعوا الله ورسوله إن كنتم مؤمنين ﴾<sup>2</sup>.

جعل الله إصلاح ذات البين من طاعته ، فان دل هذا فإنما يدل على أهمية الإصلاح الذي يخلق المودة والأخوة والألفة ، وترك أسباب الاختلاف، والتنازع والشقاق، وهو ما يؤكد مشروعية الصلح بصفة عامة، ويستدل على مشروعية الصلح بين الزوجين قوله تعالى: (والصلح خير)<sup>3</sup>.

تشمل هذه الآية جميع أنواع الصلح بما فيها الصلح بين الزوجين، كما قال جل شأنه أيضا : ﴿وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريد

1- سورة النساء، الآية 113.

2- سورة الأنفال، الآية 1. سورة النساء، الآية

3- شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 123 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً<sup>1</sup>. فإذا خيف وقوع الشقاق والخلاف بين الزوج والزوجة ، فيشرع في هذه الحالة في الصلح ليزيل الشقاق وتستمر الحياة الزوجية ، ويتضح من الآية الكريمة ، أن الله لما وعد الحكمين والزوجين بالتوفيق بشرط إرادة الإصلاح دل على محبة الله للإصلاح ، وهذا يدل دلالة إلزامية علمشروعية الصلح<sup>2</sup>.

وقال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله : «**وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تفعلون خبيراً**»<sup>3</sup>

يعني أن المرأة إذا علمت من زوجها استعلاء بنفسه عليها ، إما لبغضه إياها أو لكرهية بعض الأشياء منها ، وظهر انصرافه عنها بوجه عام أو ببعض منافعه التي كانت لها منه ، فلا حرج عليهما أن يصلحا بينهما ، من أجل استدامة المقام في حبال العقد الذي بينهما ، والصلح خير ، وحثت هذه الآية الزوجين على إصلاح ذات البين ، وذلك لعظم الفائدة المرجوة والأجر العظيم والثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل الخير ، وكلمة "خير" في الآية بمعنى : خير من الفراق والتمادي في الخلاف والشحناء والمباغضة لأنها شر، وإن الله سبحانه وتعالى وصف الصلح بالخير ، ولا يوصف بالخير إلا ما كان مشروعاً مآدونا فيه .

### ب - مشروعيته من السنة

يعتبر الصلح من الأمور الجائزة والمرغوب فيها بين الناس جميعاً في المجتمع، والأخرى بين الزوجين ، وهو ما تؤكد السنة القولية (1) ، والسنة الفعلية (2)

1- سورة النساء، الآية 35.

2- الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، سنة 1243 ص 405 ، وقد جاء تفسير الحالقة مرفوع من قول النبي صلى الله عليه وسلم : « لا أقولُ تخلق الشني، ولكن تحق الذين». الإمام العسقلاني ابن حجر، المرجع نفسه، ص 228 و 229.

3- سورة النساء، الآية 127.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### 1- السنة القولية:

جاءت جملة من الأحاديث أهمها : عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف الزني عن أبيه عن جده أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حلالا حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» إن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ولا يوصف بالجواز إلا ما كان مشروعاً في أصله ، ولا يظلم فيه أحد الطرفين ولا يحرم حلالاً فهو جائز ، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهى وقمة العدل وأقرب إلى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة 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 »

### 2- السنة الفعلية :

ثبت في صحيح البخاري : " أن النبي صلى الله عليه وسلم ذهب إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم " ، وعن أم كلثوم بنت عقبة رضي الله تعالى عنها ، أنها سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس ، فينمي خيراً أو يقول خيراً " ، وروى عبد الله بن كعب عن كعب بن مالك رضي الله عنهم لما تنازع مع أبي حدود في دين على ابن أبي حدود ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أصلح بينهما بأن استوضع من دين كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر فدل ذلك على جواز الصلح.

ثالثاً : مشروعيته من الإجماع :

اجتمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الإصلاح بين الناس : في كل المجالات ، بما فيها الصلح بين الزوجين ، وقد اشتهر العمل بالصلح بين الصحابة رضوان الله عليهم ، إذ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري : " واحرص

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء " ، كما قال أيضا : " ردوا الخصوم حتى يصلحوا فان فصل القضاء يورث الضغائن<sup>1</sup>.

فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر الصحابة الكرام رضوان الله عليهم ، ولم ينكروا عليه فيكون إجماعا من الصحابة<sup>2</sup> ، ويكون حجة قطعية لان الصلح شرع للحاجة وهي قطع الخصومة والمنازعة<sup>3</sup>.

وقال صاحب كتاب المغنى : " وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع ، صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل و أهل البغي ، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما<sup>4</sup>.

وفي الأخير نخلص أن مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والفقهاء ، ولكي نتمكن من الإحاطة جيدا بماهية الصلح في شؤون الأسرة ، ينبغي أن لا نكتفي بتعريفه بصفة عامة أو بصفة خاصة ، بل لابد من تميزه عن غيره من صور الصلح المشابهة له في القوانين الأخرى وهو ما سوف نتطرق إليه من خلال المطلب الثاني الموالي .

---

1- المرجع نفسه، ص 238.

2- الإمام بن مسعود بن أحمد الكساني الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، المطبعة الجماليةدون بلد النشر 1328هـ، ص 40.

3- شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص 126 .

4- المقدسي ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد المغني والشرح الكبير، كتاب الصلح، الجزء الخامس دار الكتاب العربي دون بلد النشر 1983، ص 6

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

**المطلب الثاني : تميز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى**

لإبراز خصوصية الصلح في قانون الأسرة ، لا بد من محاولة تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني (الفرع الأول) ، وكذا تمييزه عن الصلح المعروف في المادة الاجتماعية (الفرع الثاني)، ثم نتطرق إلى تمييزه بالصلح الذي أتى به قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،والذي يعتبر طريق بديل لحل النزاعات (الفرع الثالث).

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

سبق وأن خالصنا للقول أن 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 ، وان كان الصلح في شؤون الأسرة والصلح في القانون 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 عدم وجود اختلاف بينهما.

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الصلح في قانون الأسرة كحالة القوانين العربية ككل ، واعتبره إجراء وجوبيا يلتزم القاضي بها قبل الشروع في مناقشة موضوع الدعوى ، فتجد محاولة الصلح بين الزوجين في دعاوي الطلاق مصدرها القانوني في قانون الأسرة بموجب المادة (49) منه ، بحيث تنص على ما يلي : " لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.."، وكذا نص المادة (431) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الطلاق بالتراضي ، والتي 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.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

نلاحظ أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح في قانون الأسرة اعتبره إجراء قضائياً، يسبق الفصل في القضية دون تقديم تعريف له ، في حين نجده في القانون المدني قد خصص له فصلاً كاملاً وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني : الالتزامات والعقود وذلك من المادة (459) إلى (466) من القانون المدني ، حيث عرفه في نص المادة (459) بما يلي : "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه" ، وبذلك ويكون المشرع قد أقر بالصلح في سواء القانون الخاص أو في القانون العام واعتبره عقداً<sup>1</sup>.

وبذلك نجد أحد طرفي الصلح في القضايا المدنية ، إما شخص طبيعى أو معنوي ، أما بالنسبة لطرفي الصلح في قضايا شؤون الأسرة فهما دائماً شخصين طبيعيين ، وهما الزوج والزوجة حسب المادة الرابعة من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

أما عن طبيعة النزاع ، ففي القانون المدني يمكن أن يكون نزاع قائم أو محتمل وتبعاً لذلك يكون الصلح بهدف حل نزاع قائم و صلح بهدف توقي نزاع محتمل ، غير أنه بالمقابل يكون إجراء الصلح في شؤون الأسرة لصيقاً بالنزاع القائم بالضرورة ، وهو النتيجة المباشرة والمؤكدة بعد رفع الدعوى ، إضافة إلى الاختلاف في محل النزاع ذاته فأى نزاع يمكن أن يكون محلاً للصلح في القانون المدني مهما<sup>3</sup>.

كان الحق المتنازع فيه ، وأياً كانت ترتيباته وصحته ومداه ، رغم وجود بعض القيود على مبدأ حرية التصالح والتي ترجع أساساً إلى فكرة النظام العام ، على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي له طابع استثنائي ، لا يقبل النزاع المستقبلي أو الاحتمالي ، ذلك أن

---

1- خوخي خالد التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر -

1- السنة الجامعية 2011-2012، ص 90

2- تذكر على سبيل المثال المشرع المغربي في المواد (81) و (82) من مدونة الأسرة المغربية، والمشرع التونسي

فيالفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية

3- قانون رقم 84-11 المعدل والمتمم، مرجع سابق.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

موضوع فك الرابطة الزوجية مطروح على قاضي شؤون الأسرة الذي يكون محلا للصلح ، وعليه فالقاضي ينظر فيما هو عالق أمامه من مسائل و خلافات زوجية<sup>1</sup>.

طبيعة قضايا شؤون الأسرة تختلف عن طبيعة قضايا القضاء المدني ، لأن الأولى تتعلق بحالة الأشخاص بذاتهم ويغلب عليها طابع السرية والحرمة ، والثانية تتعلق بالأموال سواء كانت منقولة أو عقارية<sup>2</sup>، يلاحظ أيضا أن الصلح في شؤون الأسرة لا يتوفر على نص إجرائي يتعلق بالصلح ، الذي يتم خارج الجهات القضائية وبعيدا عن الخصومة القضائية ، التي ترفع أمامها والتي يطلب بعدها من القاضي الإشهاد للأطراف به خلافا لما هو منصوص عليه في الصلح المدني

إن القائم والمبادر بالصلح في شؤون الأسرة ، القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة ، وهو ما تؤكد نص المادة (49) من القانون الأسرة ، وكذا المواد (431) و (439) و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فيمكن للقاضي أن يقوم بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين بنفسه أو يقوم به الحكمين تحت إشرافه ، أما الصلح في القانون المدني فقد يكون بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو بسعي من القاضي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

وأما فيما يخص ميعاد إجراء الصلح في قضاء شؤون الأسرة، نجد محدد بمدة زمنية معينة ، بحيث يجب على قاضي شؤون الأسرة إجراء الصلح خلال فترة ثلاثة (03) أشهر من تاريخ رفع الدعوى، إذ ليس له السلطة التقديرية في اختيار اللحظة المناسبة لإجراء الصلح ، وإنما آليا وبمجرد أن ترفع دعوى أمامه حيث يجب عليه أن يبدأ بإجراء عدة محاولات للصلح دون أن يتجاوز المدة المحددة له من قبل المشرع ، بينما الصلح في القانون

1- مثل المصالحة في القانون الإداري، وقد صدرت عدة قوانين خاصة تجيز المصالحة في فئة معينة من الجرائم ذات

الطابع المالي والاقتصادي مثل الجرائم الجمركية وجرائم المنافسة والأسعار وجرائم الصرف.. الخ

2- تنص المادة (4) من قانون الأسرة على مايلي: الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة و التعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

المدني ، غير مرتبط بمدة معينة ، فقد يكون في بداية النزاع أو قبل الفصل في الدعوى ، أو حتى بعد إقفال باب المرافعات إذا رجعت الدعوى إلى الجدول بناء على طلب أحد الخصوم ، معنى يمكن أن يكون في أي لحظة طويلة مراحل سير الدعوى ، بحيث خول المشرع للقاضي وللإطراف إبرام الصلح في اللحظة المناسبة ، والسبب في ذلك يرجع إلى تطور الخصومة من مرحلة إلى مرحلة أخرى ، فقد تكون بعض لحظات الخصومة أكثر ملائمة من اللحظات الأخرى للقيام بعملية الصلح<sup>1</sup>. وعليه فالقاضي المدني يملك السلطة التقديرية لاختيار الزمن المناسب لعرض الصلح على أطراف النزاع ، على خلاف قاضي شؤون الأسرة الذي يكون سلطته مقيدة<sup>2</sup>.

أما ما تعلق 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 وكذا الخصوم طلب إجراء الصلح في أي مرحلة تكون عليها الخصومة يرون فيها جدية المحاولة ، فيتجلى هذا الطابع الاختياري للصلح ، وهنا أيضا وعلى خلاف قانون الأسرة الذي ذكر جليا في المادة (49) بأنه يقع على القاضي لزاما إجراء عدة محاولات للصلح ولكن يبقى تقدير عدد هاته المحاولات خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك.

يتعين على كل طرف من أطراف الصلح المدني أن يتنازل على وجه التبادل عن حقه ، ذلك أن الصلح يقتضي التضحية من الجانبين ، وغالبا ما تكون التنازلات متوازنة وذات طابع رضائي ، فالصلح في المسائل المدنية يتميز بتنازلات متبادلة أو متكافئة<sup>3</sup>.

1- تنص المادة (459) من القانون المدني على ما يلي: " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

2- خوخي خالد، مرجع سابق، ص 90.

3- العيش فضيل الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادية ، الجزائر، دون سنة النشر،

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بحيث تنص المادة (459) من القانون المدني على ما يلي : "...وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

ويعد تنازل المتنازعين عن ادعائهم العنصر الرئيسي في نظام الصلح المدني<sup>1</sup>. 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 الأمر لا يخص مسألة التنازل وإنما يتعلق باستعمال حق ، إذ نجد الزوج يستعمل حقه الثاني وهو الرجعة أثناء عملية الصلح خلال فترة العدة الشرعية بعدما استعمل حقه الأول في الطلاق ، وهنا لا نكون أمام تنازل عن حقوق وإنما نكون أمام حق مقرر شرعا وقانونا للزوج ، وهو ما نصت عليه المادة (50) من قانون الأسرة في ذلك : "من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

غير أن هذه الكفة تتساوى عندما تنقضي العدة ويصبح رضا الزوجة أمر ضروري للحديث عن الصلح إذ لها كل السلطة لفرض إرادتها على الزوج.

يترتب على الصلح المدني باعتباره عقد من الناحية القانونية ما يترتب على العقد بصفة عامة ، مما يعني أن عقد الصلح يخضع لجميع أحكام العقد الواردة في القانون المدني<sup>2</sup>، وتطبق عليه أحكام الفسخ المنصوص عليها في المادة (119) ، فمتى أخل أحد المتصالحين بالتزاماته بعد إبرامه لعقد الصلح ، يجوز للطرف الآخر طلب فسخ العقد لأن الصلح عقد ملزم للجانبين ، وبذلك فالصلح المدني عقد قابل للفسخ والانقضاء والبطلان<sup>3</sup>، ولا يكتفي عقد الصلح بهذه القواعد العامة ، إذ أنه أيضا ينفرد بقواعد خاصة تميزه عن العقود

1- وهو يماثل نص المادة (129) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية التي تتناول الصلح الذي يتم خارج الخصومة القضائية ويطلب أطرافه من القاضي الإشهاد لهم به

2- خوخي خالد سابق، ص 128

3- المرجع نفسه، ص 130.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

الأخرى إذ تنص المادة (466) من القانون المدني ، " الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض"2 ، بينما الصلح في قانون الأسرة إجراء قضائي ، فلا يخضع للنظرية العامة للعقد ، وإنما يخضع لإحكام الإجراءات فلا يكون محلا للفسخ ، ولا البطلان بمفهوم القانون المدني ، وبالتالي لا مجال للحديث حتى على البطلان الإجرائي لعدم وجود الجزاء عن تخلفه ، فلا يترتب عن إغفال القاضي له أي بطلان ، لأن المشرع لم ينص على أي جزاء في حالة مخالفته له وفي هذا الصدد تقضي المادة (60) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلا إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به إثبات الضرر الذي لحقه " .

أما عن إمكانية تجديد النزاع ، ففي الصلح المدني نلاحظ أنه لا يمكن رفع الدعوى من جديد في نفس الموضوع والأطراف والسبب الذي سبق الفصل فيه عن طريق الصلح ، مما يعني انقضاء الخصومة طبقا لنص المادة (220) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تعتبر القاعدة العامة وذلك بنصها على أنه : "تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح .."<sup>1</sup>. فبعد أبرام الصلح بين الطرفين يستطيع كل طرف أن يلزم الآخر بهذا الصلح فيمنعه من تجديد النزاع، وهذا عن طريق الدفع بالصلح.

أما في قانون الأسرة ، وبالتحديد قضايا الحالة ودعاوى فك الرابطة الزوجية ، إذا تم رفع دعوى سواء من الزوج على أساس الطلاق بالإرادة المنفردة أو من الزوجة طالبة الخلع أو التطلق ، وانتهى القاضي إلى الإصلاح بينهما ، فان هذا الصلح لا يحول دون معاودة رفع دعوى فك الرابطة الزوجية مرة أخرى على أساس أنه لا يمكن الاحتجاج

1- خوخي خالد المرجع نفسه، ص 90.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بمحضر الصلح السابق على أساس سبق الفصل ، لأنه في مسائل الحالة والطلاق لا يمكن الاحتجاج بقاعدة حجية الشيء المقضي به نظرا للطبيعة المتغيرة لهذا النوع من القضايا . حيث نجد المحكمة العليا تؤكد على هذه النقطة وذلك من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2005/09/14 " ..عدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة حجية الشيء المقضي به " ، كما هو معلوم فالطلاق يدخل ضمن حالة الأشخاص ، وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 2009/01/14 الذي جاء بمبدأ عدم اكتساب الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص لحجية الشيء المقضي به <sup>1</sup>.

إلى جانب كل هذا نجد أن الصلح المدني قد يقتصر على بعض المسائل ، ويترك البعض الآخر للقضاء الذي يبيت فيها ، ويجوز للطرفين الحصول على إشهاد فيما اتفقا عليه حتى يضمن كل منهما عدم رجوع الآخر عليه <sup>2</sup>، الأمر الذي لا نجده في الصلح المتعلق بقضايا فك الرابطة الزوجية إذ لا يمكن تصور الصلح في مسائل دون لأخرى . وما يتعلق بالوكالة ، في القانون المدني نجد أنه يجوز للشخص أن يوكل غيره لبيره صلحا مع خصمه ، كما يجوز للوكيل توقيع محضر صلح مع الخصم ، وفي هذه الحالة لا يجوز للوكيل سواء كان محاميا أو غيره أن يصالح عن حقوق موكله ما لم يكون منصوصا عليه في عقد التوكيل <sup>3</sup>، حسبما نصت عليه المادة (574) من القانون المدني، وإذا تجاوز الوكيل حدود نيابته كان الصلح قابلا للإبطال <sup>4</sup>.

---

1- قدور محمد سليمان الصلح كطريق بديل لحل النزاعات مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص 62.

2- حمدادو لمياء، سلطة القاضي في تسير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- ، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 43

3- خوخي خالد، مرجع سابق، ص 121

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 342470 مؤرخ في 14/9/2005 ، المجلة القضائية ، عدد - 02-2005، ص 409 غالى 411.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

إلا إذا أقره الموكل<sup>1</sup> ، وعلى خلاف ذلك في قضايا شؤون الأسرة ذهب قضاء المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 2009/01/14 أنه : " حيث يتبين من الاطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح ، بل أناب عنه محامية أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها أنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة "، لكن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا جلسة الصلح والذي طلب فك الرابطة الزوجية من أجل إبداء طلباته<sup>1</sup>.

أما فيما يخص قابلية 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 المرفوع 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<sup>2</sup>.

لكن على اعتبار الصلح سند تنفيذي مع أنه لا يجوز 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 للقواعد العامة للمحرمات الرسمية فله حجية مطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيه بالتزوير<sup>3</sup>. على خلاف الصلح المدني الذي يطعن فيه بالطرق المعروفة كالتماس إعادة النظر أو الطعن بسبب من

1- قدور محمد سليمان، مرجع سابق، ص 65

2- المرجع نفسه، ص 27.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 474956 مؤرخ في 14/01/2009، مجلة المحكمة العليا عدد 02، 2009، 271 وما بعدها.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

أسباب عيوب الأهلية أو عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس ، على أساس أن الصلح في المواد المدنية كيف على أساس أنه عقد وبالتالي يخضع لأحكام العقود<sup>1</sup>.  
غير أن هناك من يرى أن الصلح المدني الذي يتم أمام القضاء هو عقد وليس حكم، ويتربط على ذلك إلغاء محضر الصلح بدعوى بطلان أصله وليس بطرق الطعن العادية أو الغير العادية ويبنى الإدعاء بالبطلان أمامك المحكمة المختصة، بناء على أحد الأسباب القانونية المبثلة للعقود<sup>2</sup>.

وأخيرا إن حاولنا تطبيق الأحكام السابقة على الصلح بين الزوجين ، نجد أن بعض الأحكام تتوافق مع الصلح المدني كونه يتم أمام القضاء وتحت إشرافه عن طريق تحرير محضر صلح يوقعه الزوجين والقاضي وأمين الضبط ، وبهذا فهو يعتبر صلح قضائي ، بيد أنه من ناحية أخرى نجد كثيرا من الأحكام لا تنطبق عليه كما سبق وأن بينا ، نظرا للطابع الخاص للعلاقة الزوجية والصلح الذي يتم في خصوصها يختلف عما هو معروف في القواعد العامة لأنه صلح يتعلق بالأشخاص لا بالأموال<sup>3</sup>.

بعد ما تم تبيان تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني ، سيتم الآن تبيان تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية ، وذلك من خلال الفرع الثاني التالي .

---

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 103637 مؤرخ في 19/4/1994، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 94 و ما بعدها.

2- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة الثامنة عشر الجزائر، السنة الدراسية 2007-2010، ص 13 و 14.

3- خوخي خالد، مرجع سابق، ص 91

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### الفرع الثاني : تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية

إن حق اللجوء للقضاء هو من الحقوق العامة التي يكفلها القانون للناس جميعا ، فلكل 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 وقع اعتداء على حقه أو مركزه القانوني نشأ له الحق في مباشرة الدعوى ، لكن يمكن أن يورد القانون استثناءا على القاعدة بمعنى أنه بالرغم من وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني للشخص القانون يمنع من اللجوء إلى القضاء إلا بعد القيام بعمل معين أو الحصول على إذن مسبق وهو ما يسمى بـ: " المنع المؤقت " ، ويشكل هذا العمل قييدا على رفع الدعوى ، يعتبر هذا القيد عقبة قانونية وضعها المشرع أمام الشخص فلا يفتح أمامه باب القضاء إلا بعد استيفائه ويشمل هذا القيد صور منها : إجراء المصالحة في منازعات العمل بحيث تنص المادة (1/19) من القانون رقم 90-04 على ما يلي : " يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية " ، يتضح من هذا النص أن المشرع قيد حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في منازعات العمل ، بضرورة إجراء محاولة الصلح ، قصد تسوية النزاع بين الطرفين ، إذ يترتب على رفع الدعوى قبل استيفاء هذا القيد عدم القبول<sup>1</sup> ، وفي حالة عدم حصول صلح بين الطرفين حينئذ يحق للخصم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القضائية ، فهذا القيد من القيود النسبية لأنه يقوم بعمل وإذا لم يؤدي العمل إلى نتيجة يلجأ إلى القضاء<sup>2</sup> ، لكن إذا حصل وأن لجأ الشخص - العامل - إلى القضاء دون أن يقوم بمحاولة الصلح فما هو الأثر المترتب على الدعوى؟

1- بوذريعات محمد الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات يومي 6 و 7 ماي منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات عدد 03 الجزائر 2014، ص 98.

2- العيش فضيل، مرجع سابق، ص 43

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

فيجب عند لرفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي مراعاة القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى مع إضافة شرطين لقبولها شكلا وهما :

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

- أن ترفع الدعوى خلال اجل لا يتجاوز ستة (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<sup>1</sup>.

من خلال ما سبق يظهر الفرق بين محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل باعتبارها قيда على رفعالدعوى ، وبين محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة (49) من قانون الأسرة الذي يعتبر في هذه الحالة شرطا وجوبيا للنظر في موضوعها ، إذ يعد إجراء من الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة الذي يجريه القاضي مباشرة بعد رفع الدعوى ، وهو ما تؤكد المادة (49) من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي : " ...بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ...".

أما فيما يخص محاولة الصلح في قانون العمل فالمشرع يخاطب صاحب الحق ، وعلى هذا الأساس لا يعتبر الصلح في هذه الحالة إجراء من إجراءات الخصومة ، بل هو إجراء مستقل خارج عن الخصومة والدليل على ذلك ، في حالة حصول العامل على محضر عدم المصالحة ورفع بعد ذلك دعوى قضائية ونفرض جدلا أنها انتهت إلى بطلان الإجراءات فكل الإجراءات التي تمت من يوم رفع الدعوى إلى آخر إجراء باطلة باستثناء

1- زودة عمر الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر،

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

محضر عدم الصلح إذ لا علاقة له بالخصومة المنعقدة بالمحكمة ، فالمحضر يبقى صحيحا، ويمكن رفع دعوى من جديد استنادا إلى هذا المحضر لأنه لا يعد جزءا من إجراءات الخصومة.ورد إجراء المصالحة في أماكن مختلفة من تشريعات العمل ، إذ نص عليه المشرع في القانون رقم 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب<sup>1</sup>.

كإجراء يمكن اللجوء إليه لحل الخلاف الجماعي في العمل قبل اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم ، وكذا تناول المشرع المصالحة كإجراء إلزامي في نزاعات العمل الفردية قبل رفع الدعوى القضائية ، في القانون رقم 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل 3 ، بموجب المادة (19) من القانون السالف الذكر.

نجد المشرع يفرق بين نوعين من منازعات العمل فيما يخص المصالحة فيهما، بحيث نجد النزاع الفردي<sup>2</sup>. ومن جهة أخرى النزاع الجماعي<sup>3</sup>. أما بالنسبة لشؤون الأسرة

---

1- جعل المشرع من هذه الإجراءات شرطا جوهريا قبل الانتقال إلى مرحلة الحكم، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا فهناك حالات لا تجدي المصالحة نفعاً بل قد تكون مستحيلة و هذا ما تؤكدته المادة (19/2) من قانون رقم 90-04، بحيث تؤكد المادة 19 الفقرة الثانية منها، أن إجراء المصالحة المنصوص عليه يعتبر اختياريا، عندما يكون المدعى عليه مقيما خارج الإقليم الجزائري، أو عندما يكون صاحب العمل في حالة إفلاس أو تسوية قضائية، وهو شيء طبيعي منطقي لأنه لا يمكن التوفيق بين أطراف احدهما غير مؤهل وغير قادر على تنفيذ الاتفاق الذي يمكن أن يتوصل إليه. زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص 76 و 77.

2- فتسريح عامل يعد بمثابة اعتداء على حق أو مركز قانوني فمن المفروض العامل يلجأ إلى القضاء، لكن القانون منعه من ذلك بان أوجد ما يسمى بالقضاء البديل وهو أن يسوى النزاع داخليا وديا وإذا لم يفلح يلجأ إلى مكاتب المصالحة، وإذا انتهت هذه المحاولة إلى نتيجة ايجابية يعفى من اللجوء إلى القضاء أما إذا انتهى إلى نتيجة سلبية فيكون من حقه اللجوء إلى القضاء ولذا محاولة الصلح في منازعة العمل تعتبر قينا على رفع الدعوى .

هو حق مقيد بمدّة زمنية لممارسته تحت طائلة سقوط الحق باعتباره قاعدة أصولية تحتم على صاحب الحق ان يستعمله في وقت معين والا يسقط، ومن ثم يكون الميعاد المسقط عنصرا من عناصر الحق يدخل في تكوينه أنظر : : عشاش عبد الله، تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2010، ص84

3- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الطبعة الثانية منشورات بغدادي، الجزائر ، 2009 ص

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

دائماً يكون النزاع فردياً ، حيث أن أحد أهم الأشخاص الرئيسية في جلسة محاولة الصلح عما طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجين وبعد مباشرة الدعوى وعرض الطلب على القضاء يظهر أشخاص آخريين هم ، قاضي شؤون الأسرة وهو الذي يشرف على محاولة الصلح ، وأمين الضبط (كاتب القاضي)<sup>1</sup>. حيث يكون الطرفين في مركزين متعادلين ، بينهما في قانون العمل بحكم العلاقة المتميزة أساساً نجد الأطراف في مراكز ذات مصالح مختلفة ومتناقضة ، في ظل علاقات إنتاجية وحركية وحيوية ، فنجد من جهة العامل وهو الطرف الضعيف في العلاقة ، ورب العمل من جهة أخرى في مركز أقوى وأعلى ، فيكون طرفاً المنازعة الفردية عامل واحد أو مجموعة صغيرة من العمال على أن يكون موضوع النزاع مشترك بالنسبة لهم وصاحب العمل، ويكون طرفاً النزاع الجماعي عدداً من العمال الأجراء سواء كانت هذه المجموعة منظمة أو نقابة أو لم تكن كذلك<sup>2</sup>.

أما في ما يخص القائم بالصلح نجد في شؤون الأسرة القاضي هو المختص بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين رفقة أمين الضبط ، الذي يحرر محضراً بين مساعي ونتائج محاولات الصلح ساعياً بذلك إلى إقناع الزوجين أو احدهما على العدول عن فكرة الطلاق<sup>3</sup>، بينما في منازعات قانون العمل الفردية 5 فالقائم بالمصالحة حسب نص المادة 19 من قانون 90-04 والتي تنص على أنه : "... موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة ... غير أنه ما يلاحظ في ظل القانون الحالي أي قانون رقم 90-03 ، تراجع

---

1- قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب معدل ومتمم بالقانون رقم 91-2 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991 و الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

2- قانون رقم 90-04 مؤرخ في 01 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 91-28 المؤرخ في 6 يوليو 1991.

3- عرفته المادة الثانية من قانون رقم 90-04 على النحو الآتي: يعد نزاعاً فردياً في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عماليات تسوية

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

المشرع عن موقفه السابق المتمثل في إسناد مهمة إجراء محاولة المصالحة في النزاع الفردي إلى مفتش العمل ، بحيث نجده انتزع منه هذه المهمة و أسندها إلى هيئة أخرى تتمثل في مكاتب المصالحة ، التي خول لها المشرع مهمة متمثلة في إجراء الصلح الذي يعد مسألة إجبارية يستوجب القيام بها قبل الانتقال إلى مرحلة التقاضي لا، فقد جعل من هذه الإجراءات شرطاً جوهرياً حسب نص المادة (19) من قانون رقم 04-90 بعد المرور أولاً بالتسوية الداخلية ، وفي حالة استنفاذها ، يمكن للعامل أن يخطر مفتش العمل وفقاً للإجراءات المحددة في القانون وخلال (03) أيام من تبليغه بإخطار مكتب المصالحة واستدعاء الأطراف إلى الاجتماع ، وتحسب ثمانية (08) أيام على الأقل من تاريخ الاستدعاء إلى اليوم المحدد لحضور الأطراف ، فإذا لم يحضر المدعي أو ممثله المؤهل دون مبرر شرعي يحق لمكتب المصالحة أن يقرر شطب القضية.

أما إذا لم يحضر المدعي عليه يتم استدعاؤه من جديد للحضور وفي حالة غيابه في اجتماعين متتاليين للمصالحة تنتهي إلى حلين : ففي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف يعد المكتب محضراً بعدم المصالحة ، أو حالة اتفاق الأطراف على كل أو جزء من الخلاف فيعد مكتب المصالحة محضراً بالمصالحة على ذلك ، ويعتبر المحضر المعد من قبل مكتب المصالحة في النزاعات الفردية في العمل سواء بالمصالحة أو بعدمها ، والذي يجب أن لا يتضمن شرطاً ينافي القوانين والنظم المعمول بها في مجال علاقات العمل ، حجة إثبات ما لم يطعن فيه بالتزوير<sup>1</sup>.

نفس الأمر تنتهي إليه محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة ، ففي حالة وقوع صلح بين العامل وصاحب العمل فإن مال الصلح يكون التنفيذ مبدئياً ، فيكون تنفيذ محضر المصالحة في منازعات العمل الفردية حسب المادة (33) من قانون رقم 04/90 التي تنص

---

1- داخل الهياكل المستخدمة، في حين نجد منازعات العمل الفردية تنظمها المواد 6 إلى 35 من القانون نفسه. حيث تتضمن هذه المواد أحكام تخص مكاتب المصالحة، وتشكيلتها، واختصاصها في مجال المنازعات الفردية داخل الهيئات المستخدمة

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

على ما يلي : "ينفذ الأطراف اتفاق المصالحة وفق الشروط والآجال التي يحددها فان لم توجد ففي آجال لا يتجاوز 30 يوما من تاريخ الاتفاق"، وهذا النوع من الصلح لا يلعب فيه القاضي رئيس القسم الاجتماعي أي دور في تحقيقه ، إذ يتم خارج الخصومة القضائية ، غير أنه يمكن له أن يتدخل ، طبقاً لأحكام المادة (22) من القانون رقم 04/90 السالف الذكر بمناسبة تطبيق أو تفسير كل اتفاق مبرمفي إطار الإجراءات الخاصة بالمصالحة أمام مكتب المصالحة .

كما يمكن للقاضي أن يتدخل طبقاً للمادة (34) من نفس القانون للأمر في أول جلسة بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع فرض غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25 بالمائة من الراتب الشهري في حالة عدم تنفيذ الاتفاق من قبل أحد الأطراف ، وهو ما أكده المشرع هذه من خلال المادتين (508) و (509) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، على خلاف الصلح في قضاء شؤون الأسرة أين يلعب القاضي دوراً كبيراً في إجراء الصلح ، بمساعدة الخصوم وتقريب وجهات نظرهما ، بإبداء النصح والرشد من أجل الوصول إلى حل يرضي الطرفين ، بغض النظر عن مدى مطابقة هذا الحل للعدالة الواقعية ، فالمهم هو تراضي الأطراف ، ومثل هذا العمل لا يمكن أن يكون عمل موثق ولا عمل قاضي بالمعنى

---

1- عرفته المادة الثانية من قانون رقم 05-02 على النحو الآتي: يعد نزاعاً جماعياً في العمل خاضعاً لإحكام هذا القانون كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية و المهنية في علاقة العمل والشروط العامة للعمل، ولم يجد تسوية بين العمال والمستخدم باعتبارهما طرفين في نطاق المادتين 4 و 5 أدناه، وفيما يخص المصالحة في إطار القانون رقم 90-02 نجد أن المشرع الجزائري يفرق بين الأحكام التي تطبق على الهيئات المستخدمة غير المؤسسات والإدارات العمومية، وبين الأحكام التي تطبق على المؤسسات والإدارات العمومية خاصة الأحكام المنظمة للمصالحة بموجب المواد (06)، (07)،(08)، (09) التي تطبق على الهيئات المستخدمة غير المؤسسات والإدارات العمومية، أما المواد (16)، (17)، (18)، و(19) فتطبق على المؤسسات والإدارات العمومية. زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2006/2007، ص

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

القضائي للكلمة ، فالقاضي هذا يتقصد دور المصلح الاجتماعي لإصلاح ذات البين<sup>1</sup>، حيث يتبين فعلا وجليا الدور الايجابي الذي يلعبه القاضي في عرضه الصلح على المتخاصمين من الزوجين فهو لا يكتفي فقط بعرضه الصلح بينهما ، بل ينصرف جهده إلى اقتراح الحلول ، وفي الوقت ذاته ، يحافظ على عدم فصم عرى الزوجية ، وليس الغرض من ذلك فقط مجرد عرض شكلي قصد إتمام واستيفاء الإجراءات قبل الحكم ، فهو أقصى ما يتمتع به القاضي من دور ايجابي في إنهاء النزاع

تجدر الإشارة أن تنفيذ اتفاق محضر الصلح يرجع بالدرجة الأولى لإرادة ورغبة الأطراف أنفسهم في الالتزام به وتنفيذه حرفيا ، أو على الأقل التزام الطرف الملقى عليه الالتزام ، إلا أن مرحلة تنفيذ محضر الصلح تثير مشاكل فان كان المشرع الاجتماعي عمل على توفير ضمانات تنفيذية من شأنها إعطاء فاعلية للتنفيذ وإعطاء دفعا وحزما صارمين للتنفيذ ، وكمثال على ذلك الغرامات التهديدية التي تفرض في هذا الشأن.

بينما نجد في شؤون الأسرة أن المشرع لم يعط ضمانات لتنفيذ محضر الصلح بين الزوجين بحيث اكتفى باعتبار محضر الصلح سندا تنفيذيا بمقتضى نص المادة (443) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي على ما يلي : "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر يحرر في الحال. يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا" ، غير أنه لم يبين الإجراءات المتبعة في حالة عدم التزام أو تنفيذ محضر الصلح من طرف أحد الزوجين ، وهو ما سوف نتناوله بالدراسة في موضع آخر من هذا البحث فيما يخص إشكالية تنفيذ محضر الصلح ، ونميز أيضا بخصوص محاضر الصلح التي يحررها مفتشوا العمل أنها لا تصلح لأن تكون سندات تنفيذية بموجب المادة (600) الفقرة الثامنة منها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا لكون أنها غير مؤشر عليها من طرف القضاة.

1- أنه يختلف الأمر في حالة النزاع الجماعي في العمل حيث يكون القائم بالمصالحة حسب الأوضاع الآتية : الوضع الأول: في منازعات العمل الجماعية التي تتعلق بالهيئات المستخدمة غير المؤسسات والإدارات العمومية ، بالرجوع إلى أحكام المواد (5) و (6)، وفي قانون رقم 90-02 نجد نوعين من المصالحة في هذا المجال، الأولى تسمى بالمصالحة

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ويتم تنفيذ هذه المحاضر طبقاً لما تنص عليه المادتين (33) و(34) من القانون رقم 90-04 المؤرخ في 06/02/1990 والمتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل والمتمم ومحضر الصلح لا يحل محل محضر عدم المصالحة في قبول الدعوى القضائية المرفوعة أمام القاضي الاجتماعي وبذلك نخلص للقول أن الفرق بين الصلح في شؤون الأسرة والصلح في المادة الاجتماعية ، أن هذا الأخير هو صلح غير قضائي وهو الأصل ، لأنه يكون قبل اللجوء إلى القضاء ، أما الصلح في شؤون الأسرة فهو الاستثناء ، فالقاضي يجري الصلح بين الزوجين بعد رفع النزاع أمامه فهو إجراء وجوبي في حين أن الصلح في الشؤون الاجتماعية يكون قبل اللجوء إلى القضاء ، فهو قيد أو عقبة قبل رفع الدعوى ويترتب على عدم احترامه عدم قبول الدعوى ، حيث تنص المادة (36) من قانون رقم 90-04 على ما يلي : " في حالة عدم المصالحة ، يرفع الطرف الذي له مصلحة دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية ، على أن ترفع العريضة الموجهة إلى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة الصادر عن مكتب المصالحة " ، بينما في شؤون الأسرة عند فشل الصلح يحزر القاضي محضر عدم الصلح ويشعر في مناقشة موضوع النزاع .

بعدما تم تبيان تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية ، سيتم بعدها تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات ، وذلك من خلال الفرع الثالث التالي.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### الفرع الثالث : تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات

استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق بديلة لحل النزاعات<sup>1</sup>، من بينها الصلح الذي يهدف إلى إنهاء النزاع بين الخصوم ويؤدي إلى تخفيف العبء عنهم ، لأن إجراءات التقاضي فيها كثير من التعقيد والمشقة ، كونها تستغرق وقتا طويلا وتتطلب تكاليف باهظة ، بالإضافة إلى أن الصلح يؤلف بين القلوب ويضع حدا لما تتركه الخصومات من أحقاد في النفوس وشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة<sup>2</sup>، والتقليل من حجم الدعاوى المعروضة على المحاكم والمجالس وحفاظا على العلاقات المستقبلية للأطراف مما يترتب عنه استقرار الأوضاع<sup>3</sup>، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل الصلح كطريق بديل يأخذ نفس المفهوم الذي يأخذه الصلح في قانون الأسرة أم أن له مفهوم آخر؟.

وضع المشرع القواعد الإجرائية العامة للصلح كطريق بديل لحل النزاعات ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، فحين تناول خارجه بعض الأنظمة الشبيهة والقريبة منه كإجراء الصلح في شؤون الأسرة في قضايا فك الرابطة الزوجية وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بحيث يغلب على إجراء الصلح في نزاعات فك الرابطة الزوجية الطابع الوجوبي الإجرائي المسبق للصلح بعد رفع الخصومة القضائية وقبل السير فيها<sup>4</sup>، باعتبار إجراء من إجراءاتها فهو بهذا يختلف عن الطرق البديلة لحل النزاعات المنصوص

1- أنظر محضر المصالحة وعدم المصالحة الملحق رقم (1)

2- وزاني توفيق السند التنفيذي في المواد المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة السابعة عشرة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2006-2009، ص

2- حمدي باشا عمر القضاء الاجتماعي منازعات العمل و التأمينات الاجتماعية، دار، هومه الجزائر، 2014، ص 275  
3- استعمل المشرع مصطلح طريق بديل، ومن الناحية اللغوية استعمال عبارة "طريق بديل يعني وجود طريق أصلي وعند الاقتضاء نستعمل الطريق البديل والطريق الأصلي يقصد به هنا الدعوى، وتضمنت المواد من ( 990 ) إلى ( 993 ) الأحكام المتعلقة بالصلح في المادة المدنية.

4- حبار حليلة دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد مجلة المحكمة العليا عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم الجزء الثاني، 2009 ص.597.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

عليها في الكتاب الخامس من نفس القانون والتي تعتبر طرق تعويضية للخصومة القضائية يلتجئ إليها المتقاضى بصفة اختيارية ، متخليا بذلك كقاعدة عامة عن الكثير من إجراءاتها ، لكن إجراء الصلح في نزاعات دعاوي فك الرابطة الزوجية وحتى منازعات العمل ، وبالرغم مما يميزها من هذه الزاوية عن الطرق البديلة لحل النزاعات ، إلا أنهما يهدفان إلى الغاية نفسها وهي التوفيق بين الأطراف سواء كانت كقيد على رفع الدعوى ، أو من الإجراءات الأولية بعد رفع الخصومة القضائية أو مواصلته .

ولذلك فكرة الصلح كطريق بديل ليس بالفكرة الجديدة في قانون الإجراءات المدنية في الجزائر ، إذ سبق وأن تناولها المشرع في المادة (17) من قانون الإجراءات المدنية الملغى ، ولو أنه اكتفى آنذاك بهذا النص الذي أجازى للقاضي بصفة عامة مصالحة الأطراف أثناء الدعوى وفي أي مادة كانت<sup>1</sup> ، كما احتفظ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنفس هذه المقترضات في المادة الرابعة منه ، إلا أن إجراء الصلح هذه المرة ورد ضمن الأحكام التمهيدية وكرسه مع المبادئ الإجرائية العامة وذلك لما له من أهمية . غير أنه ذكر الصلح في الكتاب الخامس كطريق بديل وليس كإجراء 1 ، مثلما هو عليه في شؤون الأسرة .

عالج المشرع القواعد الإجرائية للصلح كطريق بديل في أربع مواد من (990) إلى (933) وردت في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الخامس ، ولم يعرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصلح كطريق بديل خلافا لما هو عليه الحال في الصلح في القانون المدني من خلال نص المادة (459) منه ، لكن حسب الأستاذ بشير محمد الذي يرى أنه وإن أكدت هذه المواد الصلح المنصوص عليه في القانون المدني حسب ما جاء في مذكرة عرض أسباب المادة (990) ، إلا أن الصلح الذي عنيت به يحمل مدلول أضيق ، إذ

1- كراطار بن حواء مختارية صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، مجلة المحكمة العليا عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم، الجزء الثاني 2009 ، ص -632

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

يقتصر ذلك على الصلح الذي يتم أثناء الخصومة القضائية ، ولذلك فإن تلك المواد القانونية مرتبطة بالطبيعة القضائية للصلح باعتباره ينم في مراحل الخصومة القضائية<sup>1</sup> .  
تلقائيا بين الأطراف أو بسعي من القاضي ، ويثبت في محضر بوقع من طرف الأطراف ومن القاضي وأمين الضبط ويودع في أمانة ضبط الجهة القضائية ليتمتع بعد ذلك بصفة السند التنفيذي .

أوضحت المادة (990) السالفة الذكر الطابع الجوازي لمحاولة الصلح ، إذ تركت فيه خيار إتمامه لطرفي النزاع بمبادرة منهما ( بالرغم من أن مبادرة الأطراف لصلح وإقدامهم عليه كطريق بديل لم تكن في قانون الإجراءات المدنية السابق الذي لم ينص على هذه الحالة ، بحيث اكتفى بالنص على الصلح الذي يتم بتدخل من القضاء ولم يعرف الصلح التلقائي بسعي من الأطراف ) ، بينما الصلح في قضاء شؤون الأسرة لا بد من تدخل القاضي ، نظرا للطابع الوجوبي له .

حسب مقتضيات نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لا يتمتع القاضي بكامل السلطة التقديرية حياله وليس للأطراف حق عدم إجرائه ، كون الصلح حسب نص المادة (49) من قانون الأسرة الذي يتضمن قاعدة تخاطب وتلزم القاضي لا الأطراف ، فقد يرقى الصلح إلى حد أن يكون التزاما على عاتق القاضي يجب الوفاء به قبل أن ينظر في الدعوى ويصدر حكما فيها<sup>2</sup> .، فيحين الصلح كطريق بديل لا يفرض أي التزام على القاضي بعرضه على الأطراف ، فهو بذلك ذو

طابع جوازي يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة يختار بمقتضاها المكان والزمن الذي يراها مناسبة للمبادرة يبقى هذا منوطا بموافقة الصوم عليه على خلاف الصلح في شؤون الأسرة حيث يكون بدون حاجة إلى استشارة أطراف النزاع ، وأحيانا فإن القاضي لا يجريه متى كان

1- بشير محمد مرجع سابق ص59

2- المرجع نفسه، ص 59

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

إجراؤه بحد ذاته مخالفا للنظام العام مثل حالة الطلاق البائن أو الطلاق أو التطليق لردة احد الزوجين .

ولذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري جاء بعدة أنظمة خاصة بالصلح الأمر الذي يجعله فيقانون الإجراءات المدنية والإدارية يختلف عنه في شؤون الأسرة . فالطبيعة الخاصة لنزاعات الطلاق والآثار المختلفة المترتبة عليها جعلت المشرع يفرض إجراءات وقواعد خاصة تضبط محاولات الصلح بين الزوجين في المواد (439) وما يليها .

فبالنسبة لعدد محاولات الصلح في شؤون الأسرة فإن المشرع لم يبينها ، ولكنه حين ذكر **"..عدة محاولات .."** ، يفهم منها أنها أكثر من محاولتين ، فهو يدعو إلى عدم تسرع القاضي في الحكم بالطلاق والتركيز على الإصلاح بين الزوجين ، بينما في الصلح كطريق بديل قد يعرض مرة واحدة مهما كانت مرحلة إجراءات الخصومة ، ولم يربطه بأجل فيمكن أن يعرض ذلك في جلسة النطق بالحكم إذا كان كلاهما حاضرا ، ما لم ينطق القاضي بالحكم بعد ، غير أن الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية محدد بثلاثة (03) أشهر وفقا لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة وكذا مقتضيات المادة 442 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، إذا فالصلح طريق بديل لا أجل له ، حيث يبقى مفتوحا ما لم يتم الفصل

يرى الأستاذ بشير محمد أن الصلح المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة (439) وكذا المادة (49) من قانون الأسرة لا يختلف في مضمونه وآثاره عن الصلح الذي أجاز المشرع للأطراف وللقاضي السعي إليه ( الصلح كطريق بديل ) فكلاهما يهدف إلى التوفيق بين طرفي النزاع ، ويعد المحضر الذي يجسدانه سندا تنفيذيا بعد توقيعه من قبل الأطراف والقاضي وأمين الضبط وإيداعه لدى أمانة الضبط حيث يعتبر الصلح كطريق بديل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من الطرق التعويضية للخصومة

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

القضائية، يتم سلوكها من الأطراف بعد رفع نزاعهم أمام القضاء ، ويترتب على اختيارهم لها تخليهم عن إجراءات الخصومة القضائية.

كما أن الطابع الجوازي له يستثنى الصلح الذي فرضه القانون على القاضي أو جهة أخرى في مرحلة معينة من مراحل الخصومة في شؤون الأسرة ، لأنه منظم بنصوص خاصة به بحيث يغلب عليه طابع الوجوبية أو حتى الصلح الذي يقوم به مكتب المصالحة كشرط لقبول الخصومة القضائية .

أما من حيث جواز الوكالة في الصلح كطريق بديل ، فلا بد من وكالة خاصة ، فلا يجوز للمحامي أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوصا عليه في عقد التوكيل طبقا لنص المادة (574) من قانون المدني ، بينما الوكالة في الصلح في قانون الأسرة نجد أن قرارات المحكمة العليا لم ترخصه ولا كان ذلك عن طريق المحامي . كما سوف يتم تبيانه بالتفصيل في موضع آخر من هذا المبحث .

من بين الاختلافات أيضا ، أن الصلح في شؤون الأسرة يقتصر أطرافه على الزوجين مع القاضي وأمين الضبط ، ولا يتدخل أي شخص آخر ماعدا الإجراء المستحدث وهو إدخال أحد أفراد العائلة للمشاركة في الصلح وهذا ليس مفهوم الوكالة ، لكن الصلح كطريق بديل اختلف الفقه حول تدخل الغير في الخصومة هل وقف الصلح أو يعجله دون أثر على هذا الغير ، واستقر الرأي على أن التدخل الاختصامي يفرض على المحكمة أن لا تقبل الصلح إلا بعد الفصل في موضوع التدخل وفي جميع الأحوال فان للغير الذي تضرر من الصلح ، أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه إذا فاته الاعتراض على الصلح ، بموجب دعوى أصلية للبطلان لا دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي لا تكون إلا في الأحكام وليس في محاضر الصلح

إن الصلح كطريق بديل بما انه إجراء جوازي ، فلا يترتب على إغفاله أي جزاء إجرائي ، فالقاضي غير مجبر على عرضه وكما أن الخصوم غير مجبرين على الصلح

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

المعروض عليهم من قبل القاضي ، على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي يكون وجوبيا على القاضي إجراءه وإثباته في محضر الذي يعد سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط وبالتالي يمكن تنفيذه عن طريق إجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليه في المواد (600) وما بعدها ، غير أن الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد يكون كليا ، فهنا يعتبر محضر الصلح هو السند التنفيذي الوحيد للتنفيذ الجبري أما إذا كان الصلح جزئيا فهنا نكون أمام سنيين تنفيذيين : الأول محضر الصلح الجزئي ، والثاني يتمثل في الحكم وهذا لا نجده في شؤون الأسرة ولا يمكن تصوره .

فالصلح كطريق بديل في إطار ما يسمى بالطرق التعويضية لحل النزاع أو كإجراء في شؤون الأسرة يعتبر سندا رسميا ، من بين السندات التنفيذية ، يمكن بموجبه اقتضاء الادعاءات بطريق التنفيذ الجبري

وأخيرا نقول لقد أحسن المشرع صنعا لما استثنى من الطرق البديلة قضايا شؤون الأسرة ، ويشكل هذا الاستثناء حالة خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لكون المشرع في قانون الأسرة فضل الصلح الذي يقوم به القاضي مباشرة مع الطرفين ، فلا يمكن له بعدها أن يفرض إجراء الصلح كطريق بديل أو الوساطة ، بل أن تبرر استثناء إجراءات الصلح كطريق بديل في مجال قضايا شؤون الأسرة ويرجع إلى احتواء التشريع الخاص بها إلى ما يتكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات

بعد ما تم دراسة مفهوم الصلح في دعاوي فك الرابطة الزوجية ، وكذا تميزه عن صور الصلح في القوانين الأخرى ، بقي سؤال مهم يطرح نفسه ، مفاده هل محاولات الصلح في شؤون الأسرة لها علاقة بالنظام العام أم لا ؟ أي بمعنى آخر ، هل محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة تعد من الإجراءات الجوهرية أو غير الجوهرية ؟ هذا ما سيتم دراسته من خلال المطلب التالي.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### المطلب الثالث : وجوبية الصلح في شؤون الأسرة وعلاقته بالنظام العام

تثير محاولة الصلح في قانون الأسرة ، إشكالات من حيث مدى الزاميتها ، فقد اختلف العديد من رجال القانون في تفسيرهم للمادة (49) من قانون الأسرة إلى اتجاهين ، بين من يرى أن إجراء الصلح هو من الإجراءات الجوهرية ، بحيث يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام ويرتبون على إغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الإجراء بطلان العمل القضائي ، ومنه يكون بطلان حكم الطلاق أو التطلق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي ، وبين من يرى عكس ذلك بان محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهرية ، وتبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام ولا بالطلاق أو التطلق أو الخلع أو حتى الطلاق بالتراضي ومنه تطرح عدة أسئلة مفادها : هل محاولة الصلح تعد إجراء جوهرية له علاقة بالنظام أم أنها إجراء غير جوهرية ؟<sup>1</sup>.

وما هو الفرق بين الإجراء الجوهري والإجراء الغير الجوهري ؟.

وهل تخلف إجراء الصلح في دعاوي فك الرابطة الزوجية يؤثر على صحة الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية أم لا ؟ للإجابة على هذه الأسئلة قسمت هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول خصصت فيه تبيان محاولات الصلح إجراء جوهرية أما الفرع الثاني خصصت فيه تبيان محاولات الصلح إجراء غير جوهرية

### الفرع الأول : محاولات الصلح إجراء جوهرية

هناك من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة (49) من قانون الأسرة ، من يعتبر أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة ، لا تعد من الإجراءات الجوهرية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية ، وبالتالي لا تعد من النظام العام ، هذا من ناحية الفقه (أولا) و الجدير بالذكر حين الاطلاع على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ص 357 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

، نجدها ذهبت إلى القول أن محاولة الصلح بين الطرفين ليست من الإجراءات الجوهرية ، وأنها لا تعد إلا إجراءات شكلية غير جوهرية (ثانياً).

**أولاً - الاتجاه الفقهي الذي يرى أن محاولات الصلح إجراء جوهري :**

فسر الأستاذ العربي بلحاج نص المادة (49) من قانون الأسرة بما يلي : " ..نصاً إجرائياً ، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق ، حيث يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم بالطلاق<sup>1</sup>.

وذهب إلى القول أن "... محاولة الصلح أصبحت إجراء إجبارياً على القاضي القيام به<sup>2</sup>، وذهب الأستاذ عمر زودة إلى القول أن: "محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني<sup>3</sup>.

اعتبر الأستاذ لحسين بن الشيخ اث ملويا أن محاولة الصلح " إلزامية للقاضي وهي من النظام العام ، لكون المشرع في المادة (49) من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم ، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح ، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري ، فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق"<sup>4</sup>، وأضاف : " أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية وان عدم القيام بها إطلاقاً يعد إخلالاً بإجراء جوهري .

**أما الأستاذة تشوار حميدو زكية تقول :** " ..لكن دون الإغفال عن الصلح الذي أصبح إجراء جوهرياً في جميع حالات فك الرابطة الزوجية وتضيف : " أنهم خلال ملاحظة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا... هذا الموقف يجلي بوضوح أن محاولة الصلح إجراء جوهري على القضاة إتباعه وإلا عرض قرارهم للطعن ، هذه القاعدة في نظر

1- المرجع نفسه ص 356 .

2- زودة عمر طبيعية الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مرجع سابق، ص 35

3- بن شيخ آث ملويا لحسين المنقفي في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 197

4- المرجع نفسه، ص 199 و 200 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

هذا الاتجاه من النظام العام ولا يمكن للقاضي الاستغناء عنها أو تجاوزها ، وبمعنى أدق أن المستفاد من هذه القرارات الحكم بالطلاق يرتكز أولاً على إجراء محاولة الصلح وأن تقدير نتيجة هذه المهمة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي ينبغي عليه القيام بها<sup>1</sup>.

ويرى الأستاذ **تقية عبد الفتاح** أنه تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية ومهمة وجوهرية في الطلاق فقد أكد المشرع في قانون الإجراءات المدنية من خلال المادة (439) " أن محاولة الصلح وجوبية وأنها مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق ..."<sup>2</sup>، كذلك الأستاذ **أحمد شامي** : إن قيام القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين من صميم النظام العام ، على ما يتضح من الصيغة الأمرة التي استعملها المشرع طبقاً لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة ، والتي استعملت صياغة ( لا يثبت ... ) ، وكذا ما أكدته المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " <sup>3</sup>.

أما الأستاذة **جلييلة دريسي وسناء ماحي** : " جدير بالذكر أن قيام المحكمة بالصلح أمر وجوبي لا نقاش فيه وهذا يحيلنا بشكل مباشر إلى أن المشرع قد اعتبر محاولة الصلح من طرف المحكمة مسألة ضرورية تتعلق بقاعدة أمرة من قواعد النظام العام التي يجب أن لا نتجاوزها " <sup>4</sup>.

1- حميدو تشوار زكية مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطبيق عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 10، 2010، ص 121

2- حميدو تشوار زكية، المرجع نفسه، ص130

3- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة الجزائر ، 2011، ص 153

4- شامي أحمد السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية . رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014 ص100

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ويضيف الأستاذ سليم سعدي أنه : " ... يحاول القاضي الإصلاح بينهما وفقا للمادة (49) من قانون الأسرة ، وهذه الإجراءات من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>1</sup>. وترى الأستاذة قودري خيرة : " أنه قبل الفصل في دعوى التطلق فان القاضي ملزم بالقيام بإجراء الصلح بين الزوجين ، وهذا الإجراء من النظام العام ، حيث أكد على وجوبيته نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وفي نفس السياق نصت المادة (49) من قانون الأسرة على إلزام القاضي بإجراء عدة محاولات صلح قبل الفصل في الطلاق وإصدار الحكم به<sup>2</sup>. ، وذهبت الى القول : " هذه المادة جاءت بصيغة أمر ، لأن استعمال لفظ ( وجوبية ) من شأنه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح باعتباره إجراء من الإجراءات الجوهرية<sup>3</sup>.

وتضيف الأستاذة بوكايسسومية : "...مما يعني أن محاولات الصلح هو إجراء وجوبي و جوهري أقره المشرع من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القاضي " ، وأضافت : " اشترط المشرع من خلال المادة 49 من قانون الأسرة أن إجراء محاولات الصلح من أجل إتمام الطلاق ، أما الأستاذ فيرى أنه : " يعتبر إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية التي يتم القيام بها سواء تعلق الأمر بالطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج وفي حالة التطلق أو الخلع ، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة وإجراء الصلح إجراء وجوبي وهو من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم ، خلافا لبعض قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت الصلح إجراء غير جوهري إلى أن استقر الأمر على أن إجراء الصلح إجراء جوهري وهو ما تم تكريسه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- دريسي جلييلة، سناء الماحي، مسطرة الصلح في قضاء الأسرة ، مجلة الملف ، عدد 14، المغرب، 2009 ، ص229

2- سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي منكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 الجزائر السنة الجامعية 2011، ص65

3- قويدري ،خيرة حالات التطلق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر ، السنة الجامعية 2008-2009، ص 191.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ترى الأستاذة **بن حليمة يمينة** : "المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعبر عن عرض الصلح بأنه التزام وجوبي يقع على عاتق المحكمة ، فالمقصود بذلك تطبيق هذه المادة ليس اختياريًا

### ثانيا - 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<sup>1</sup>، فقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى الصادرة بتاريخ في **1968/07/03** أن " التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"<sup>2</sup>.

أما بعد صدور قانون الأسرة في سنة 1984 استقر أيضا قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولات الصلح ، في قراره الصادر بتاريخ **1989/12/25** على أنه : " من المقرر قانونا أنه لا يثبتالطلاق 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 ... " ، وكذلك في القرار الصادر في **1991/06/18** أين جاءت أحد قرارات المحكمة العليا أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون ، وقد جاء تحييبها كما يلي : بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن ، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون ، خصوصا المادة (49) من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقا بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة

1- المرجع نفسه، ص 211

2- بوكايس سمية المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان السنة الجامعية 2013-2014 ص 110 و 111.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

الصلح قبل ذلك ولم يتعرض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح ، وأن المادة (49) من قانون الأسرة تنص صراحة على أنه : " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح... "، إذا فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام ، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له ما يستوجب نقضه <sup>1</sup>، وأيضا على نفس المنوال وحتى بعد

تعديل قانون الأسرة 2005 فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2012/06/14 ما يلي :

"حيث وطبقا لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح 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 مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فان القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة (49) من قانون الأسرة ، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة <sup>2</sup>.

بعد أن تم توضيح الاتجاه الفقهي والقضائي الذي يعتبر أن الصلح إجراء جوهري ، ويعد من النظام العام ، ويبقى لنا أن نتطرق إلى توضيح الاتجاه الفقهي والقضائي المناقض له ، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال الفرع الثاني .

1- المرجع نفسه، ص 109

2- حمليل صالح إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه و القانون، عدد 19، ماي 2014، ص 14 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### الفرع الثاني: محاولات الصلح إجراء غير جوهري

هناك من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة (49) من قانون الأسرة ، من يعتبر أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة ، لا تعد من الإجراءات الجوهرية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية ، وبالتالي لا تعد من النظام العام ، هذا من ناحية الفقه (أولا ) والجدير بالذكر حين الاطلاع على بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا ، نجدها ذهبت إلى القول أن محاولة الصلح بين الطرفين ليست من الإجراءات الجوهرية ، وأنها لا تعد إجراءات الشكلية غير جوهريّة (ثانيا ) .

**أولا - الاتجاه الفقهي الذي يرى أن محاولات الصلح إجراء غير جوهري :**

حيث يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين أن : " محاولة الصلح لا تعد من النظام العام ، في بعض الحالات إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة ، يعد في حد ذاته إجراء مخالفا للنظام العام كما فيفي حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة (51) من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين <sup>1</sup> .

ورأى أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام <sup>2</sup>. مضيفا : " الذي يدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري ، هو أن المشرع حدد لها 3 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 3 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،

1- بن حليلة يمينة، مرجع سابق ، ص 113 .

2- نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، عدد 10، الشلف 2013، ص 124 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

خاصة عند إيقاع الزوج للطلاق بتاريخ رفع الدعوى ، فان محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة بالنظام العام<sup>1</sup>.

ويرى الأستاذ **عادل بوضياف** : " إن الصلح وجوبي بنص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بها القاضي وهو تأكيد لنص المادة (49) من قانون الأسرة ، والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لا يفيد ببطان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح ، ولا يظهر جليا وان الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي ...، ولأن الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهتي النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق"<sup>2</sup>.

وذهب الأستاذ **الأنور عبد الرحيم** إلى القول : " ولقد قضى المجلس الأعلى بأن عدم القيام بمحاولة الصلح ليس من النظام العام ، وأنه يمكن تغطية هذه المحاولة بالتصدي للموضوع"<sup>3</sup>.

كما يرى الأستاذ **زيدان عبد النور** : " ...بعد أن كان الموقف لدى المحكمة العليا مستقر على إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق ، نجد بعض القرارات التي تفيد عكس هذا تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري ، الغاية منه الوعظ دون غيره ، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي ولا يترتب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائي المترتب مخالفة له<sup>4</sup>.

---

1- بوزيد ورده الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي السنة الجامعية 2010-2011، ص 9

2- المرجع نفسه، ص 26

3- المادة (17) من الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم

4- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، دون رقم، مؤرخ في 03/07/1968، مجلة الأحكام لوزارة العدل الجزء الأول دون سنة النشر، ص 49 إلى 51.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

وذهب إلى حد القول : " نجد في موقف المحكمة العليا بعض التبرير ، لأنه إن اعتبرنا محاولة الصلح من النظام العام ورتبنا البطلان للحكم القضائي بالطلاق الذي لم ترع فيه جلسة الصلح ، فكيف ستكون نتائج إبطال هذا الحكم ؟ ، وكيف يتصور إرجاع المطلقين إلى الحالة التي كانا عليها قبل الحكم ؟<sup>1</sup> ، ويلاحظ أنه وبخصوص بعض الحالات تصبح محاولة الصلح في دعاوي الطلاق غير ذات أهمية أو غير ضرورية فتصبح إجراء غير جوهري بالنظر لوقائع بعض هذه الحالات ، التي من بينها ، كما قال الأستاذ **عبد العزيز سعد** حالة ما إذا اتفق الزوجان على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك ، وحالة ما إذا أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضه المطلق لمبدأ الصلح<sup>2</sup> ، كما تعتبر محاولة الصلح عديمة الفائدة عندما تتمسك الزوجة بالتطبيق لغيبة الزوج عنها مدة طويلة بلا عذر ولا نفقة ولا يدري أين هو أصلا<sup>3</sup>.

### ثانيا - الاتجاه القضائي الذي يرى أن محاولات الصلح إجراء غير جوهري :

كانت المحكمة العليا تقضي في قراراتها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق ، إذ لم يرق القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين غير أنه في قرارات أخرى حذت منها مغايرا بأن اعتبرت محاولة الصلح ليست إجراء جوهريا ومن بين تلك القرارات في هذا الشأن نجد هذا القرار الذي قضى بما يلي : " إن محاولة الصلح بين الطرفين في

1- المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 57812، مؤرخ في 25/12/1989، المجلة القضائية عدد 03 1991، ص 71

2- المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 75141 ، مؤرخ في 18/06/1991، المجلة القضائية عدد 01 1993، ص 65 وما يليها، وجاء في قرار آخر أيضا حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الأسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه واحالته على نفس المحكمة " أنظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 96688، مؤرخ في 18/1/1994، نشرة القضاة، عدد 50، 1997، ص 80 الى 84

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 687997 ، مؤرخ في 14/06/2012، غير منشور

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

دعاوى الطلاق ، ليست من الإجراءات الجوهرية وان لفظ الطلاق والتطبيق تصدر دائما نهائية.

وتبعا لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بأن محاولة الصلح جوازية<sup>1</sup>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 إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه ، ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا، لهم فعله أو تركه، وقد أكدت أيضا في قرار آخر لها (غرفة الأحوال الشخصية لدى المجلس الأعلى ) بأن " محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية ...<sup>2</sup>وورد كذلك في قرار آخر والذي قضى بما يلي : " إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق ، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة (49) من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة<sup>3</sup>.

كما جاء في قرارها آخر لها والذي قضى بما يلي : " إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما ، لأن المادة (49) من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر".

حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 ، استمرت المحكمة العليا باعتبار الصلح إجراء غير جوهرى وهو ما تضمنه قرار صادر أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية

1- لمطاعي نور الدين عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيلا، الجزائر، 2009 ص.141

2- المرجع نفسه، ص : 126

3- المرجع: نفسه، ص132

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بتاريخ 2007/06/13 والذي قضى على ما يلي : " لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من قانون الأسرة هي إلا موعظة...<sup>1</sup>، وفي قرار آخر قضت بما يلي : " لكن حيث إن الطاعن لم يبين مصلحته في إثارة تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة وعدم حضوره جلسة الصلح مع المطعون ضدها لتغييبهما ، مادام أنه هو كان مدعيا وطالب بالطلاق وتحميل المطعون ضدها مسؤولية ذلك ، ولم يقدم ما يثبت تراجع عن طلب الطلاق ، وبالتالي فإن المحكمة لم تخالف أحكام المادة 49 المذكورة عندما عقدت عدة جلسات لإجراء محاولات الصلح والتي لم تتم بسبب تغيب الطرفين ، وعليه فإن الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه و يرفض الطعن"

وأمام هاذين الاتجاهين المنكر والمؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري برز مند صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية موقف يحاول حسم الأمر وإزالة الأشكال ، بحيث يعتبر أن نص المادة (439) من هذا القانون هو المعيار الفاصل ، بأن جعلها إجراء وجوبي ، وفي هذا الشأن فسرت الأستاذة قودري خيرة : أن جلسات الصلح وجوبية بقولها : " أبانت الممارسة العملية في ظل المادة القديمة بأنه كان يعترتها بعض القصور بحيث أن محاولة الصلح كانت تعد إجراء 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 بناء على المادة (439) منه التي نصت بقولها "محاولات الصلح وجوبية " هذه المادة جاءت بصيغة الأمر ، لان استعمال لفظ " وجوبية " من شأنه ان يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح<sup>2</sup>.

1- المرجع نفسه . ص126

2- بوضياف ، عادل الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 444

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

وفي السياق ذاته ، ذهبت الأستاذة أمينة بن جناحي إلى القول : " ... كما أن التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة 2005 لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية محاولات الصلح في الطلاق ، فمن خلال النص يتضح أن المشرع لم يأت بجديد بخصوص مدى إلزامية محاولة الصلح في مواد الطلاق ، غير أن المشرع تدارك هذا العيب ، وذلك من خلال نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبذلك وجب إعمال هذا النص والقول بوجوبية وإلزامية إجراء الصلح ، فرغم تعديل نص المادة (49) من قانون الأسرة ، بموجب الأمر رقم 02/05 إلا أنه لم يزل اللبس والغموض حول إلزامية الصلح في دعاوي فك الرابطة الزوجية ، لذلك لا يزال النقاش مطروح لدى القانونيين بين من اعتبره إجراء غير جوهري وإجراء جوهري، إلا أنه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، أزال هذا الغموض ولم تعد مسألة إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل إذ نصت المادة 439 منه "محاولات الصلح وجوبية ، لكن يطرح تساؤل هنا عن الوضع الذي كان سائدا فيما يخص الصلح قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهل تغير الوضع بعد صدوره ؟ في حقيقة الأمر لم يتغير أي شيء بخصوص إجراء الصلح سواء في ظل قانون الأسرة لسنة 1984 أو عمد تعديله سنة 2005 ، أو في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى ، أو حتى بعد صدورهما إجراء الصلح بل من أجل السعي الحثيث لإقناع الزوجين بضرورة مواصلة الحياة الزوجية .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### المبحث الثاني : دور القاضي أثناء الصلح

**المطلب الأول : دور القاضي أثناء الصلح عند الطلاق بإرادة الزوج أو بإرادتهما المشتركة**

يكمن غرض الشريعة والقانون من عقد الزواج في تكوين أسرة أساسها دوام العشرة بين الزوجين ، إلا أن الرابطة الزوجية قد تعثرها بعض العراقيل والمشاكل التي تهز كيائها ، وتحول دون تحقيق الهدف الأسمى منها ، فتصبح هذه الرابطة مصدر قلق وشقاق مستمر بين الزوجين ، وتتقلب الحياة إلى جحيم في جو مكهرب بدلا من الراحة النفسية للأزواج والأبناء ، لذلك شرع الله انحلالها ، والذي يكون بأحد الأمرين إما الوفاة أو الطلاق وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 47 من الأمر رقم 02/05 : " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة " . تتعدى الوسائل التي تنهي العلاقة الزوجية منها ما يكون بيد الزوج وهو ما يعرف " بالطلاق بالإرادة المنفردة " ، وما منها ما يتعلق بإرادتهما المشتركة معا وهو ما يعرف " الطلاق بالتراضي " ، وانطلاقا من حرص المشرع على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتقادي انحلالها ، شرع نظام الصلح عن طريق تدخل القاضي سواء في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الفرع الأول ، أو في حالة الطلاق بإرادتهما المشتركة الفرع الثاني .

### الفرع الأول : دور القاضي في الصلح عند الطلاق بإرادة المنفردة للزوج

يظهر دور قاضي شؤون الأسرة عند مباشرة إجراءات محاولات صلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة من خلال طرح أول سؤال على الزوج الذي رفع الدعوى وهو بمثابة سؤال جوهرى وينصب مضمونه على النحو الآتي : " هل سبق للزوج وأن أوقع الطلاق ؟ ، بغية تحديد بعض المراكز والتي من خلالها تتبني عليه بعض الآثار ، وهذا السؤال الجوهرى يطرح في أول جلسة للصلح ، وإذا افترضنا إن الإجابة كانت بنعم فما على القاضي إلا طرح سؤال ثانى والمتمثل في ما يلي : كم مرة طلقت ؟ وهل يحوز على أحكام قضائية سابقة تثبت فك الرابطة الزوجية بينهما ، وكيف كانت حالة الزوج عند تلفظه بالطلاق ؟ .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

قبل الحديث عن دور القاضي في الصلح ، عند تاريخ إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نعالج مسألة الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في علاقته بالصلح

أولا ثم دور القاضي تبعا لتاريخ وكيفية إيقاع الطلاق ثانيا.

**أولا : الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في علاقته بالصلح**  
تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية ، أحكام منشئة وأحكام إلزام ولذا كل حكم تقابله دعوى خاصة ، فحكم الإلزام تقابله دعوى إلزام والحكم التقريري تقابله دعوى التقريرية ، والحكم المنشئ تقابله الدعوى المنشئة بمعنى الحكم الصادر في أحد هذه الدعاوي إنما هو انعكاس لها<sup>1</sup>.

ولذلك تختلف طبيعة الأحكام القضائية<sup>2</sup>، الأمر الذي يفرض التطرق إلى معرفة الطبيعة القانونية لحكم الطلاق فهل حقيقة أن الطلاق في الجزائر ينشئه القاضي أم الزوج بمعنى هل هو منشئ أو كاشف ؟ ، وما هو الدليل على ذلك من خلال الآراء الفقهية والنصوص القانونية والتطبيقات القضائية ؟ .

وسوف تكون مناقشة هذا التساؤل من خلال ثلاث جوانب : قانونا وفقها وقضاء .  
فالأستاذة والباحثين اختلفوا حول طبيعة الحكم القضائي الذي يثبت الطلاق المنصوص عليه في المادة 49 منقانون الأسرة إلى ثلاث اتجاهات بين من يرى بأن حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف ( أ ) ، وبين من يرى بأنه حكم منشئ ( ب ) وبين من يجمع بينهما ( ج ) .

1- الأنوار عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر السنة الجامعية 1975-1976، ص 81.

2- زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 118 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

أ - حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف :

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

تظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة ، أنه من الأحكام التقريرية الكاشفة ، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم ، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج<sup>1</sup> ، في غير التطليق والخلع ، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>.

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 هنالك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلاً من إرادة الزوج<sup>3</sup> ، في حين أن حكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشفاً للطلاق لا منشئ له ، وإن وقوع الطلاق أمر قائم بذاته وإثبات الطلاق أمر آخر ، فلكل من الأمرين حكمه الخاص به ، وفي مسألة الطلاق يختلف حكم الطلاق الواقع فعلاً عن حكم إثباته<sup>4</sup> ، فالزوج يوقعه .

أما القاضي يسجل تلك الإرادة ويثبتها بموجب حكم تقريري ، فهناك بون شاسع بين مصطلح " لا يثبت الطلاق " ومصطلح " لا يقع الطلاق " فالمصطلح الأول يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف.

1- المرجع نفسه، ص 119 .

2- سعد عبد العزيز الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة الجزائر، 1989، ص 384 .

3- زيدان عبد النور، المرجع نفسه، ص 119.

4- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962 مؤرخ في 03/06/1985، المجلة القضائية، عدد 02.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

أما المصطلح الثاني فيقصد به إيقاع الطلاق ويكون الحكم بشأنه منشأ غير كاشف<sup>1</sup>.  
إذ لو ان القاضي حل محل الزوجة في إيقاع الطلاق فان هذا الطلاق يعتبر طلاق بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع والتطليق ، وبالتالي ليس لإرادة الزوج اعتبار<sup>2</sup> وحسب هذا الرأي الطلاق لا يعتد به ، إلا إذا أوقعه القاضي بالمحكمة قول لا يستقيم مع نصوص وأحكام قانون الأسرة وان 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 أقر بموجب أحكام المادة ( 48 ) من قانون الأسرة على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، دون تقيدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه لا غير طبقا لنص المادة (49) من قانون الأسرة<sup>3</sup>.  
وما يعزز به أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة (52) من قانون الأسرة وهو مصطلح الطلاق وليس مصطلح الحكم بالطلاق ، أي بمعنى عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم ، ففي الأولى لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده ، لأن العصمة بيده وان الزوج لما يلجأ إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق ، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دورا سلبيا إذ لا يجوز له أن يناقش سبب الطلاق أو يرفض إثبات الطلاق<sup>4</sup>. هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها<sup>5</sup>.

1- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 36962 مؤرخ في 18/07/1988، المجلة القضائية، عدد 02 1990، ص 65 و ما بعدها

2- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 200198، مؤرخ في 21/07/1998، نشرة القضاة ، عدد 56 2000، ص 40

3- بالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 174132 مؤرخ في 23/10/1997، نشرة القضاة، عدد 55 1999، ص 179 وما بعدها .

4- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 356657 مؤرخ في 13/06/2007 ، غير منشور

5- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية رقم الملف 0597294 بتاريخ 09/12/2010/ قرار غير منشور 2010.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

وان اعتبار الحكم الصادر في دعوى الطلاق ذو طابع إنشائي إذا تمسكنا بالقانون الوضعي ، لكن بتفسير عبارة نص المادة (49) من قانون الأسرة وهي " لا يثبت حكم الطلاق ... " ، تبين أن الحم الذي يصدر في الدعوى يؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية ، التي لم تعد قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج ، وأما الحكم القضائي فما هو إلا كاشف هذه النية وهذا ما يتفق مع الشريعة الإسلامية والقاعدة المعروفة " إنما الأعمال بالنيات <sup>1</sup> .

### ب - حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم منشأ :

يعتبر جانب آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج وإذ بمجرد تعبير الزوج عن إرادته يحدث الأثر القانوني ، وهو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق ، وخروجاً عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني حسب نص المادة (49) ، وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد . كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني ومرد هذا القصور يرجع إلى إرادة المشرع وليس إلى ضعف الزوج في قواه العقلية <sup>2</sup> .

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم ، فهو ليس شرطاً للإثبات وإنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح ، فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي ، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في ذلك ، ومن ثم يعد محرر القضائي شرطاً لصحة

1- قويدري خيرة، مرجع سابق، ص 211

2- بن جناحي، أمينة دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس، 21/05/2014، ص 110 .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة إثباته ، وعليه لا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادر عن القاضي يثبت ذلك<sup>1</sup>.

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 يقره القانون<sup>2</sup> فحسب هذا الاتجاه يكون حكم القاضي منشأ للطلاق ، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة 3 أشهر قبل الحكم ، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال خصام الزوجين<sup>3</sup>، وان المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي ، وأنه عندما يقع عرفيا ، فان القاضي يمكنه أن يعتمد البينة الشرعية في إثباته ، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلقا في حالة إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة ، ولعل المشرع يقصد الوسيلة العادية لإيقاع الطلاق هي الحكم الذي ينطق به القاضي وأنه بانتفاء هذا الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية 1975 وتاريخ صدور القانون الأسرة.

ويمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقبل البينة الشرعية في إثباته ، وقانون 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

---

1- دلهوم نجوى محاولة الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة 19 المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2008 - 2011، ص3.

2- أنظر: ملحق محضر الجلسة، المنعقد يوم الأحد 22 أبريل 1984، بمقر المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، الصادر في 2 شعبان 1404 هـ الموافق ل 3 ماي 1984 السنة الثالثة ، عدد 47، ص 16.

3- بن شيخاآت ملويا لحسين المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 198 و 201.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

الأحكام الناشئة بل الكاشفة . ولهذا كان على المشرع أن يستعمل مصطلح " لا يقع " بدلا من " لا يثبت " <sup>1</sup>.

يذهب هذا الرأي إلى القول أنه لا يعقل أن الطلاق كاشف وما يبزر موقفهم هو نص المادة ( 49 ) من قانون الأسرة باللغة الفرنسية التي تعني أن عبارة " لا يثبت " ليست في محلها لأن عبارة "ne peut etre etablí" لا تعني عبارة لا يثبت و إنما تعني عبارة لا ينشأ أو عبارة لا يتم إقرار أو لا يتم تأسيس ، لذلك فإننا نص المادة (49) باللغة الفرنسية صحيح و هو يفيد بأن الحكم هو منشأ و ليس كاشف لذلك على المشرع إعادة صياغة المادة (49) المكتوبة باللغة العربية ، و يخلص هذا الرأي إلى أن الطلاق صار بيد المحكمة فلا يقع إلا بحكم ، فهذا يعني عمليا تخليه عن الطلاق الرجعي .  
وعليه حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشأ ناتج عن دعوة منشأة .

### ثالثا - حكم الطلاق كاشف و منشئ :

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أن حكم القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة هو حكم منشأ و كاشف ، حكم منشأ بسبب وجود الصلح ، لأن الزوج يرفع الدعوة و القاضي يقوم بمحاولة الصلح و على هذا الأساس يصدر حكم بالطلاق بعده ، و يمكن أن يكون حكم كاشف كون الزوج تلفظ بالطلاق شرعا ، و يلجأ إلى القاضي من أجل اثبات هذا الطلاق قضائيا و قانونيا فقط ، فالطلاق من حيث طبيعته هو حكم كاشف و منشئ في نفس الوقت ذلك ان حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة و عليه في الطلاق حكم كاشف لأن القاضي عندما ينطق بحكم الطلاق فهو يكشف إرادة الزوج الذي يكون تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء ، و لكون ان الحكم المنشأ يرتب مركزا قانونيا جديدا و الذي يتمثل في مركز المطلق و المطلقة <sup>2</sup>.

1- بوزيد وردة، مرجع سابق، ص 28 .

2- ممكن عدم قيام القاضي بإجراء الصلح يعرضه إلى مسألة تأديبية من قبل مفتشية القضاء من الوزارة

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ومما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر يتضح جليا أن الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر 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 اثنان إذا كانت العلاقة الزوجية صحيحة قائمة . فمثل هذا الطلاق لا يحتاج إلى حكم القاضي ، وإنما يحتاج إلى إثبات وتوثيق لدى المحكمة أو الجهة المختصة ، ضمانا للحقوق ومنعا للتناكر الذي قد يحصل ولا يحتاج إلى فترة إصلاح لا ساعة ولا يوم ولا ثلاثة أشهر ، وإنما كل ما يحتاجه هو إثباته وتوثيقه وتترتب 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 دائما على اعتبار الشريعة الإسلامية معتمدا أساسا في نقض كل الأحكام التي تخالفها عند تطبيق قضاة الموضوع ، فإذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة خارج المحكمة فيصبح الصلح بلا فائدة ، إلا إذا كان الطلاق رجعيا فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنبا لحدوث الطلاق ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون كاشفا للطلاق إلى أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة وليس منشأ 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 يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة ، فالمادة (48) من قانون الأسرة ، خولت للزوج الحق في استعمال الطلاق ولقد أستعمل المشرع ذلك من خلال المصطلح " إرادة " وهو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة المجسد في القوانين الوضعية والذي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام وترتيب الآثار القانونية واشتراط إجراء شكل خاص .

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

هذا التطبيق السلبي للإرادة المنفردة ي إيقاع الطلاق عن طريق إرساء الطلاق القضائي والذي يعتبر من المستجدات التي لم يأتي بها قانون الأسرة ، ولم يزل الطابع الشخصي الطلاق الذي يبقى حق للزوج أن يوقعه متى شاء .

ولا يحسن التعلل في هذه الحالة بأن القاضي إذا لم يحكم بالطلاق بسبب التوصل إلى الإصلاح بين الزوجين لا يستطيع توثيق وإثبات الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة ، بعلّة التوصل إلى إصلاح ذات البين فالمادة (49) نصت أولاً : أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات الصلح ، ولم تنص على أنه إذا توصل للإصلاح الذي أوقعه الزوج لا يثبت الطلاق الواقع ، الذي أقرته المادة (48) من قانون الأسرة ومن ثم جاز الجمع ، بل وجب للخروج من التعارض الظاهري الذي تفرضه ظواهر النصوص ، وحتى يتفق الحكم مع أحكام الشريعة الإسلامية ، كما أكدت ذلك المحكمة العليا في قراراتها حيث جاء ضمن حيثيات ملف رقم 39463 قرار بتاريخ 1986/12/10 مايلي :

" من المتفق عليه فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي ، وإن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل عن طلب الطلاق أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه . وكذلك الطلاق الذي يوقعه بناء على طلب الزوجة بدفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها ان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ولذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً .

ان القول أن الزوج إذا طلق زوجته لا يعتد به حتى يحكم القاضي به وإلا فهو ليس بطلاق في نظر القانون ، إلا في حال عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين فيحكم القاضي بالطلاق مخالف لكتاب الله . وهذا مايقوله الأستاذ الدكتور محمد بلتاجي : " فمن الثابت المقطوع به نصاً وإجماعاً أن الزوج إذا طلق زوجته بإرادته الصحيحة ، وهي محل صحيح

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

لإيقاع الطلاق ، وقع طلاقها على الفور لم تعد زوجة مطلقة دن توقف هذا الحكم على شيء آخر ، بإطلاق ولا حكم قاضي ولا انتظار زمان ولا غير ذلك ، ولا يمكن لأحد أن يقول أن الطلاق لا يقع شرعا إلا أمام القاضي أو بعد التحكيم أو محاولة الصلح ، لأنه لم يروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولا عن صحابته ، ولا عن أحد من سلف هذه الأمة ، أنهم كانوا لا يوقعون طلاقا لرجل إلا أمام القاضي وبعد التحكيم عن النحو السابق ، فالقول بذلك اشترط في شرع الله تعالى بغير ما شرط أو بينه رسوله القائم على أمور التشريع أو جمهور صحابته الذين شهدوا عصر التنزيل ، وعائشه أوضاعه فقد كان رجل منهم يوقع طلاق زوجته فيقع ، ولم يروعن أحد منهم أن الواحد منهم كان ينتظر في كل طلاق التحكيم وإيقاعه أمام القاضي كما يدعي البعض

ومن خلال ملاحظة نص المادة (49) من قانون الأسرة بالغة الفرنسية أن عبارة « **ne peut etre etabli** » ، " لا يثبت " ، عند ترجمتها لها عدة معاني ومن بينها : "ثبت" ، "رتب" ، "أسس" ، "وطد".

### الفرع الثاني : دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين

خص المشرع الطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة (48) من قانون الأسرة بإجراءات خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لاختلافه عن حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى ، سواء من حيث الطبيعة القانونية للحكم الصادر فيه وعلاقته بالصلح ( أ ) ، وكذا بالنظر إلى خصوصيات محاولات الصلح فيه ( ب ) .

#### أ - الطبيعة القانونية للحكم الصادر فيه وعلاقته بالصلح

حيث اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين ، فقد فسر الأستاذ نور الدين لمطاعي : " أن الطلاق بالتراضي لا يكون له أي أثر إلا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك للقاضي من أجل فك الرابطة الزوجية ، ومن

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ثم لا يكون له وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد ، فيكون حينها اذن الحكم الصادر بشأنه حكماً منشأ ، على عكس الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يكون الحكم فيه كاشفاً لواقعة الطلاق لا منشأ لها<sup>1</sup>.

وترى الأستاذة بن عزي هجيرة : " الطلاق بالتراضي هو توافق إرادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح الذي يجمعهما ، ووضع حد لعلاقتهم دون مزيدات وكذا الاتفاق على الآثار المترتبة عنها، ولكن عند اتفاق الزوجين على الطلاق فإنه لا ينهي الرابطة الزوجية ، بل يكون أثره رهينا بصدور حكم من المحكمة<sup>2</sup> .

ويرى الأستاذ فضيل سعد إلى : " أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ من قبل نتيجة اتفاق الزوجين عليه فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي ليثبت أمر قد حصل من قبل ، ولم يتم إلا بدور كاشف للطلاق ومن أمثلة الحكم الكاشف أن يتفق الزوجان على الطلاق وذلك طبقاً للمادة (48) من قانون الأسرة<sup>3</sup> ، سايره الأستاذ لحسن بن شيخ اث ملويا حيث قال : " الحكم الصادر بالطلاق بتراضي الزوجين طلاق بائن ، وهذا لأنه صدر بموجب حكم قضائي<sup>4</sup> ، يقضي بالإشهاد للطرفين على طلاقهما بالتراضي حيث أن القاضي لم ينشأ الطلاق ، ولم يكن دور القاضي ايجابيا بل اكتفى بالإشهاد لهما بذلك ، فحكم القاضي مقرر للطلاق وليس منشأ له<sup>5</sup> .

<sup>1</sup>- لمطاعي نورالدين ، محاضرات القيت على طلبة الماجستير، مرجع سابق..

<sup>2</sup>- هجيرة بن عزي ، الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الاسرة والعمل القضائي ، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، جامعة محمد الاول ، المغرب ، السنة الجامعية 2008-2009.

<sup>3</sup>- فضيل سعد - مرجع سابق

<sup>4</sup>- بن الشيخ اث ملويا أحسن ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق

<sup>5</sup>- المرجع نفسه.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بينما يرى الأستاذ عمر زودة : " أن الطلاق بالتراضي لا وجود له في الشريعة الإسلامية وإنما هو فكرة أتى بها المشرع نتيجة تأثره بالشريعة الغربية<sup>1</sup> ، أي القانون الفرنسي وذلك من خلال مشروع قانون الأسرة لسنة 1958 ، أين ورد هذا النوع من الطلاق ، حيث يرى أنه لا يوجد طلاق بالتراضي وإنما يوجد طلاق يملكه الزوج وهذا لكون العصمة بيده فالطلاق حق له ولا يحتاج الزوج عندما يطلق إلى موافقة الزوجة .

بعدما تم التطرق إلى مختلف الآراء الفقهية نخلص إلى القول أن الطلاق بالتراضي هو طلاق منشئ ، إذ يقدم من خلاله الزوجين عريضة مشتركة والقاضي هو من يطلق بواسطة الحكم القضائي .

### المطلب الثاني : دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة

الشريعة الإسلامية أعطت الحق للرجل في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة باعتبار العصمة بيده ، فإنها أيضا أجازت للمرأة حق فك الرابطة الزوجية ، وذلك إذا كان في دوام هذه الرابطة مضرة لها<sup>2</sup> ، وأن الحياة مع هذا الزوج صارت لا تطاق، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع في قانون الأسرة بإتباع إجراءات التطليق أو الخلع<sup>3</sup> ، ولذلك سوف نتطرق إلى دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق (الفرع الأول) ودوره في الصلح عند طلب الخلع (الفرع الثاني) .

<sup>1</sup>- عمر زودة ، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، مرجع سابق

<sup>2</sup>- محمد لوعيل ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2006

<sup>3</sup>- فلم يهدر المشرع الجزائري حق المرأة في إنهاء الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تتحملها اما بسبب تقصير وعدم قيام الزوج بواجبه، وذلك مما فتح لها باب التطليق على مصراعيه ، لدرء الضرر عليها وتكون الحياة الزوجية مستحيلة - تشوار حميدو زكية

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### الفرع الأول : دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق من الزوجة

الصلح في شؤون الأسرة وجوبي وذلك بنص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، وهذا لا يعني أنه إجراء جوهري يترتب عن مخالفته البطلان ، فالقاضي يقع عليه التزام الوفاء به متى أمكن ذلك ، لكن أحيانا إجرائه يكون مخالفا للنظام العام كما هو الشأن في الطلاق الثلاث (طلاق الزوج) ، وكذلك نفس الشيء نراه في دعاوى التطليق ، لأن هناك أسباب عديدة ذكرتها المادة (53) من قانون الأسرة<sup>1</sup> والسبب العاشر منها اجاز التطليق لكل ضرر ، وقبل الخوض في مسألة دور القاضي في محاولات الصلح سوف نتطرق للطبيعة القانونية للحكم الصادر بالتطليق وعلاقته بالصلح ( أ ) وبعدها نتطرق لمحاولات الصلح في دعاوى التطليق ( ب ) .

### أ- الطبيعة القانونية لحكم التطليق ومدى علاقته بالصلح

يجمع الفقهاء على أن طبيعة الحكم القضائي الصادر بالتطليق على انه حكم نشئ ولا يطرح إشكال بين رجال الفقه ، ومن الفقهاء حيث يرى الأستاذ عبد الفتاح تقيية : " أن الشريعة الإسلامية سمحت للزوجة وفتحت عليها باب وجعلت لها حق اللجوء للقضاء لطلب تطليقها ، وأوجبت على القاضي الاستجابة لها إذا ثبت السبب المبرر شرعا لطلبها ، حيث عدت المادة (53) من قانون الأسرة عن أسباب طلب التطليق والقاضي بذلك يقدر الضرر وذلك إعمالا بالسلطة التقديرية ، وأحكام التطليق في طبيعتها هي أحكام إنشائية<sup>2</sup> ، حيث قيل : " ... فالتطليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي اذا كان لديه احد الأسباب الواردة في المادة ( 53 ) حيث أن الحكم الصادر بالطلاق هو حكم كاشف لإرادة الزوج بينما الحكم الصادر بالتطليق فهو حكم منشئ له ، فالنوع الأول لا تدخل فيه إرادة القاضي

<sup>1</sup>- المادة (53) من قانون الأسرة

<sup>2</sup>- تقيية عبد الفتاح ، مرجع سابق

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

بينما النوع الثاني تدخل فيه إرادة القاضي وتلعب دورا ايجابيا وتعتبر إرادة القاضي الأساس في هذا الحكم .<sup>1</sup>

ويرى الأستاذ نور الدين لمطاعي : " حيث يرى أن التطلق والخلع كلاهما ليس لهم أي اثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطلق لأجل ذلك ، وهذا ما نصت و أكدت عليه المادة (48) من قانون الأسرة "...ويطلب من الزوجة .." وهنا ينشئ المركز القانوني الجديد ويصبح الحكم القضائي الصادر بذلك حكما منشأ<sup>2</sup>.

### ب - محاولات الصلح في دعاوي التطلق

أمام غياب النصوص القانونية تسنى بعض الحالات من إجراء الصلح وذلك لغياب الحكمة من تشريعه<sup>3</sup> هناك حالات الصلح في دعاوي التطلق منها حالات إجراء الصلح يكون فيها شكليا بدون جدوى وهناك حالات إجراء الصلح يكون مخالفا للنظام العام ، حيث هناك حالات يكون لصلح اثر منتج منها الحكم على الزوج عن جريمة تمس شرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية ، وحالة التطلق في حالة عدم إنفاق الزوج على الأسرة ، وفي حالة مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، إن هذا الإجراء المتمثل في محاولة الصلح بين الزوجين ليس له فائدة مما يجعل جلسة الصلح بدون جدوى وبدون موضوع ، ويجعل من الإجراء الذي قام به القاضي إجراء شكلي .

<sup>1</sup>- المرجع نفسه

<sup>2</sup>- لمطاعي نورالدين ، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق

<sup>3</sup>- على خلاف التشريع المغربي ، تنص المادة (113) من مدونة الأسرة : " يبت في دعاوي التطلق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة (98) أعلاه ، بعد القيام بمحاولة الإصلاح ، باستثناء حالة الغيبة ، وفي أجل أقصاه ستة أشهر ، ما لم توجد ظروف خاصة ..."

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

### الفرع الثاني : دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع من الزوجة

إن طلب دعوى الخلع من الزوجة ينطبق على ما توصل إليه على أن الصلح ليس إجراءً جوهرياً وقبل التطرق إلى مسألة تدخل القاضي لإجراء محاولات الصلح يستوجب الأمر التطرق إلى الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح (أ)، ثم نتطرق إلى تدخل القاضي لإجراء الصلح في دعوى الخلع (ب).

#### أ - الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع وعلاقته بالصلح

إن طبيعة الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لم يتفق عنها الفقه حيث يرى الأستاذ أحمد شامي: "... أنه لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج وبالتالي فإن حكم القاضي يعتبر حكم كاشف للإرادة المنفردة ، وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع ، الذي هو اتفاق بين الزوج والزوجة على مخالفته مقابل مال تدفعه له ، والقاضي هنا يكشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية ليحتج بها..."<sup>1</sup>

ويرى أيضاً الأستاذ فضيل سعد على أنه : " أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ بسبب الخلع فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي تثبيتها لأمر حصل من قبل ولم يقم إلا بدور كاشف للطلاق<sup>2</sup> ، ويقول كذلك الأستاذ عمرو خليل : " الخلع يقع رغماً عن الزوج ودون أي اعتبار لإرادته وهذا طبقاً للمادة 54 من قانون الأسرة ، وما على القاضي إلا سماع دعوى الزوجة سواء قبل الزوج أم لم يقبل ، وهذا الحكم الصادر لا يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بإرادة الزوج ، ومن هنا فهو حكم مقرر وكاشف ومثبت لإرادة الزوجة<sup>3</sup> .

<sup>1</sup>- شامي أحمد ، مرجع سابق

<sup>2</sup>- فضيل سعد ، مرجع سابق

<sup>3</sup>- عمرو خليل ، مرجع سابق

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

ومخالفة لذلك حيث ذهب الأستاذ نور الدين لمطاعي إلى القول : " .. أن كل من التطلق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطلق لأجل ذلك ، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة (48) من قانون الأسرة وبطلب من الزوجة ..."

### ب- محاولات الصلح في دعوى الخلع

مند صدور الأمر رقم 02/05 والذي تهافتت الزوجات على المحاكم طالبين بذلك الخلع ، والأصل فيه لا اجتهاد مع صراحة النص ولكن ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة الدور الايجابي والحكمة في معالجة كل حالة ، خاصة أن المشرع أعطى له الإمكانية أثناء محاولة الصلح الواجبة قانونا وعليه العمل على الحد من استعمال الخلع الذي يهين الأهداف السامية للأسرة<sup>1</sup> . والأصل في الخلع قوله تعالى : " وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْنَاهُمْ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ \* فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ"

الغاية من محاولات الصلح وهي معرفة المشاكل التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية ، ومحاولة حلها وإصلاح ذات البين بين الطرفين وذلك لإعادة بناء أسرتهما التي تعتبر الخلية الأساسية لبناء المجتمع وهو الأمر الذي يتطلب حضور الطرفين اذا توصل القاضي مع الزوجين إلى الصلح فانه يثبت ذلك في المحضر ، يعد سندا تنفيذيا ، غير أنه قد لا تنجح محاولات الصلح دائما ويفشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع ، فيباشر مناقشة الزوجين بدل الخلع وكذا نفقة الأولاد وحضانتهم والأثاث

<sup>1</sup>- خياط محمد ، المستجدات الواردة في قانون الأسرة ، مداخلة أقيمت بمجلس قضاء سعيدة في اطار التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، محكمة مشرية ، السنة القضائية 2008-2009.

## الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك

---

ومتاع الزوجين وغيرها من الأمور العالقة ، ويعتبر بدل الخلع عنصر جوهري في دعوى الخلع ، إذ لا يكون للخلع أثر إلا بتوفره ، وذلك بعد تيقن القاضي من فشل محاولات الصلح وتمسك الزوجة بطلبها والذي ليس للزوج الحق الاعتراض على طلبها ولا تشترط في ذلك موافقته<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>- قرار حسمت فيه المحكمة العليا مسألة الحكم بالخلع بناء على طلب الزوجة ، والذي لا يشترط رضا الزوج حيث جاءت حبياته على النحو التالي : " .. التي جازت للزوجة أن تخالغ دون اشتراط رضا الزوج بذلك .." ، قرار المحكمة العلا غرفة الأحوال الشخصية ، القرار المؤرخ في 1994/04/19 ، نشرة القضاة عدد 51 ، 1997.

## الفصل الثاني

إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية والآثار المترتبة عنه

اعتبر المشرع الجزائري الصلح بين الزوجين قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية بمختلف صورها إجراء لا بد منه ، للمحافظة على الرابطة الزوجية من خلال محاولته التقليل من ظاهرة الطلاق والتطليق بوضع إجراءات وقائية و علاجية، وذلك باعتبار الصلح إجراء وجوبي في النزاعات الأسرية من جهة ،أو تعيين الحكّمين في بعض الحالات ، فجاءت المادة (49) من ق.أ.ج والمادة 439 منق.إ.م.إ لتتص على أن المحكمة قبل إيقاع التفرقة بين الزوجين تكون ملزمة بالقيام بمحاولات الصلح كما اعتبر المشرع حسب المادة 446 من نفس القانون محاضر الصلح بمثابة سند تنفيذي لا يجوز الطعن فيه إلا إذا خالف أحكام القانون<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - بن عودة حسكر مراد، سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه و آلية تفعيله، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد، ع01 سنة 2020 ص 01

وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين

حيث تناولنا إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني دارسنا فيه الآثار المترتبة على محاولات الصلح وأثار الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية.

### المبحث الأول : إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية

تعتبر جلسة الصلح إجراء وقائي من أجل الحفاظ على الأسرة والمجتمع ككل، ولكن هل تقام هذه الجلسة بالشكل المراد للوصول إلى النتيجة المرغوب فيها؟ أم أن هناك قصور في عملية التشريع أو في عملية تطبيقه مما يجعل من عملية الصلح إهدارًا للوقت والمال والجهد؟

للإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق للشروط التي تحكم إجراء محاولة الصلح لنصل إلى آثارها في حالة النجاح كما في حالة الفشل على الزوجين<sup>1</sup>.

#### المطلب الأول: الشروط التي تحكم جلسة الصلح

تحكم محاولة الصلح التي يعقدها القاضي بين الزوجين جملة من الشروط التي تنقسم إلى قسمين فترتكز أساسا حول الشروط الموضوعية الفرع الأول، و الشروط الشكلية الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح

لقيام جلسة الصلح لأبد من توفر الشروط الموضوعية والمتمثلة في ضرورة قيام العلاقة الزوجية، أن يكون موضوع رفع الدعوى فك الرابطة الزوجية، حضور الأطراف لجلسة الصلح.

#### أولاً: وجود علاقة زوجية

<sup>1</sup> - بوزيد وردة، الصلح و التحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية ، مذكرة ماجستير ، تخصص شؤون اسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي 2010/2020، ص36.

لا يمكن إجراء الصلح في غياب هذه الرابطة فمحل الصلح يكمن في وجود علاقة زوجية، فقد عرفه بعض الفقهاء " انه عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع" وجاء أيضاً أن الزواج" هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهاده تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون ولحصانة الزوجين والمحافظة على الأنساب"<sup>1</sup>.

ومتى توفر ركن الزواج الوحيد وهو الرضا وتحقق شروطه اللازمة لانعقاده ، كان عقد الزواج منتجا لآثاره ، فالقاضي ملزم بمساعي الصلح بين الزوجين وألا يحكم بالطلاق بينهما إلا بعد استيفاء هذا الركن الجوهري<sup>2</sup>.

### ثانيا: ضرورة رفع الدعوى

يجب أن يكون هناك نزاع ورفع دعوى أمام القضاء ، إذ لا يتصور إجراء الصلح من غير سبب، أو لمجرد الصلح لذلك يجب أن يكون هناك نزاع أو تلفظ الزواج بكلمة طلاق<sup>3</sup>،. فدعوى تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة مع توفر كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانونا و الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إذ لا يمكن للقاضي مباشرة إجراء الصلح إلا بعد رفع الدعوى و انعقاد الخصومة وذلك حتى يتسنى للقاضي شؤون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين<sup>4</sup>.

### ثالثا : أطراف الجلسة

تتشكل جلسة الصلح من أهم الأشخاص الرئيسية و هم الزوجين, غير أنه عند عرض الطلب على القضاء يوجد أشخاص آخرون هم القاضي المكلف بشؤون الأسرة الذي يجري محاولة

<sup>1</sup> - المادة 04 ، ،قانون رقم 84-11 ، بتاريخ 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم

<sup>2</sup> - بوزيد وردة، المرجع السابق،ص39.

<sup>3</sup> - سامية بن قوية، الصلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية و قانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية قانونية تخصص قانون أسرة،ص 12

<sup>4</sup> - المادة 15 قانون رقم 08-09 ، بتاريخ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و والإدارية.

الصلح و أمين الضبط، و بالتالي يكون أطراف جلسة الصلح هم الزوجين، القاضي، أمين الضبط<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإجراء محاولات الصلح

لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي فلم يضع طريقة معينة في ذلك، إلا أن المشرع تدارك الأمر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحيث جاء بإجراءات و شروط خاصة متعلقة بانعقاد إجراءات الصلح أولاً ، ثم شروط شكلية متعلقة بسير إجراءات الصلح ثانياً.

#### ج إلزامية حضور الزوجين شخصياً

إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات محاولات الصلح دون اعتذار فان ذلك يعتبر امتناعاً متعمداً ورفضاً ضمناً لمحاولات الصلح ومثل هذا الوضع يعفي القاضي من الانتظار ويعفيه من تجديد محاولات الصلح، وتعتبر محاولات الصلح فاشلة وغير منتجة فيحضر محضراً بفسلها ويشير فيه إلى تخلف الزوج الممتنع دون عذر ذلك لأنه عندما تقشل محاولاته ينتقل بالضرورة إلى آخر دواء وهو الحكم بالطلاق إذا توفرت أسبابه<sup>2</sup>.

#### د مدى اختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح

بالرجوع إلى نص المادة 57 من ق . أ. ج<sup>3</sup>، وبمفهوم المخالفة لهذا النص، يجوز الاستئناف مادام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية ، حيث يمكن لمن

<sup>1</sup> - بلقاسم نادية عمارة العربي ،دور قاضي الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة-2019، ص 39

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 20.

<sup>3</sup> - تنص المادة 57 من قانون الأسرة: " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية.

رفضت دعواه أن يعيد رفعها من جديد ، أو له أن يستأنف ، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 16/02/1999 والذي جاء فيه " أنه المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي ، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق<sup>1</sup>.

ولكن هناك اختلاف حول هذا الأمر إذ حسب نص المادة 49 من ق.أ.ج نصت على وجوبية إجراء محاولة الصلح و لم تميز بين المحكمة المجلس القضائي ، و بالتالي يجب على القاضي أن يقوم بها قبل النطق بالطلاق سواء كان على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس ، و بعبارة أخرى فمن يحكم بالطلاق في المحكمة أو المجلس القضائي ، يتعين عليه قبل النطق أن يقوم بمحاولة الإصلاح و بالرغم من كون

المادة 49 أعلاه تتحدث عن المحكمة، فإن ذلك لا يعني أن المجلس غير معني أومعفى للقيام بمحاولات الإصلاح عندما يكون النطق بالطلاق في الدرجة الثانية<sup>2</sup>.

اتجاه آخر من الفقه يرى بأنه لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام جهة الاستئناف بعد فشل محاولة الصلح أمام المحكمة، وخاصة وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى، وفي هذا المجال انتقد أحد فقهاء القانون المغربي في مدونة الأسرة المغربية بحيث يعتقد أن هذا لا يتفق مع ما ورد في نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربي التي تقابل المادة 49 من ق.أ.ج. على هذا الأساس أن الصلح بصفة عامة وفي شؤون الأسرة يكون قبل المرافعات وتقاديا من تزايد تعقيد علاقات الزوجين، أما إذا فشل في البداية وواصل الطرفان إجراءات

<sup>1</sup> - محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، قرار رقم 216850 بتاريخ 12/6/1999، عدد 2001، ص 100.

<sup>2</sup> - قاضي سهام، الصلح في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة. زيان عاشور بالجلفة، 2015-2016 ص 41.

النقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي فلا يبقى فائدة من إجراء الصلح من جديد أمام جهات الاستئناف<sup>1</sup>.

### ثانياً: الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات محاولة الصلح

تتمثل الشروط في ضرورة التأكد من هوية الأطراف، سماع الزوجين، مع إجراء عدد محاولات الصلح المنصوص عليها في القانون، والحفاظ على سرية الجلسة، قواعد الحضور والغياب.

#### أ- ضرورة التأكد من هوية الأطراف

يتم استدعاء الأطراف إلى إجراء محاولة الصلح بعد رفع الجلسة العلنية وذلك باستدعائهم إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط لحضور جلسة الصلح، يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات ، أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح ، و تجدر الإشارة إلى ضرورة التأكد من هوية الزوجين، من طرف القاضي وان كان القانون لم ينص على ذلك فإنه بالأهمية بمكان، فلا بد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم ،و من الضروري كذلك امتلاك الطرفين لبطاقة<sup>2</sup>.

التعريف الوطنية لإثبات الهوية لأنه في حالة انعدامها يجد القاضي نفسه بين الشك القائم حول حقيقة هوية الزوج أو تحويل النزاع إلى مسألة إثبات هوية الشخص ، حيث يستلزم على القاضي أثناء إجراء الصلح أن يتوخى الحذر و لو تطلب ذلك تأجيل الفصل في القضية حتى يقوم الشخص باستخراج بطاقة هويته أو تقديم ما يفيد حقيقة هويته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بن الشيخ آث ملويا لحسين ، المرجع السابق ، ص 149

<sup>2</sup> - بريارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادية ، سنة 2009 ، ط 1 ، ص 332.

<sup>3</sup> - بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق ، ص336.

## ب/ سماع الزوجين

خص المشرع الجزائري إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد نصت المادة 440 منه : " في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم معا"

ولعل الغرض من ذلك هو تفادي الضغط و الإكراه في الطلاق و حرية كشف وقائع من المتعذر الكشف عنها عند المواجهة ، فالقاضي يقوم باستدعاء الطرفين إلى مكتبه ويحاول من خلال المناقشة التوفيق بينهما بأسلوب لين يتضمن النصح، وتدون كل طلباتهما على المحضر، وبعد الاطلاع على حقيقة المشكل الذي أدى إلى الرغبة في فك الرابطة الزوجية يقوم القاضي بالمناداة على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً أين يتقضى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما<sup>1</sup>.

## ج/ عدد محاولات الصلح

يقوم القاضي بالصلح مرتين أو أكثر و هو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة المعدل و المتمم بأمر 05/02: "عدة محاولات صلح<sup>2</sup> غير ملزم بتحديد عدد الجلسات التي عقدها ، لان تكرر المحاولة يخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود نية في الصلح عند الزوجين ، أما في حالة انعدام النية أو إصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية، لا يمنع من الاكتفاء بمرة واحدة طالما أن القاضي تحقق من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، فإن الغاية من الإجراء تحققت<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- حميش حسان ، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ،ص4.

<sup>2</sup>- قاضي سهام ، المرجع السابق،ص43

<sup>3</sup>- قاضي سهام ، المرجع نفسه ،ص4

قد جاء في قرار للمحكمة العليا والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه ، ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة إذا اقتنع القاضي بعدم جدوى عقد جلسات صلحاً أخرى<sup>1</sup>.

وبعد القيام بإجراءات الصلح يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواء كانت هذه النتائج ايجابية أو سلبية، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وأمين الضبط والزوجين<sup>2</sup>.

#### د /سرية جلسة الصلح

حيث يتم الصلح في جلسة سرية وذلك لقداسة الرابطة الزوجية فهي ميثاق غليظ وحفاظا على الأسرار الزوجية حتى لا تكون محل تلوؤ بعض الأعداء حيث جاء في نص المادة 439 " من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"

كما يمكن لأحد الزوجين إحضار أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولة الصلح بناء على ما نصت عليه المادة 440 من نفس "القانون" يمكن بناء على طلب الزوجين أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- جمال نجيمي, القضائي, قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد ص 124.

<sup>2</sup>- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 120

<sup>3</sup>- سامية بن قوية، المرجع السابق، ص 12.

## هـ / قواعد الحضور والغياب

والمتمثلة في قواعد الحضور والغياب في نظر القانون أولاً والقضاء ثانياً.

### 1 قواعد الحضور والغياب في نظر القانون

هنا المشرع ميز بين حالة تغيب أحدهما أو كلاهما ، فإن كان التغيب للضرورة الملحة ولسبب مقنع كأن يكون مريضاً مثلاً فالقاضي في هذه الحالة يندب قاضي آخر لمساعدته و سماع الخصم المريض و هذا بموجب إنابة قضائية<sup>1</sup>.

لأن المشرع نص في المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية « إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي ... ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية ... »

في حالة ما كان سبب التغيب لفترة قصيرة حيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة الثانية فيمكن تأجيل القضية جلسة الصلح إلى تاريخ لاحق، وفي هذا نص المادة 1/441 إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة

كما أن للقاضي تحرير محضر يثبت فيه تخلف الخصم عن تخلفه عن الحضور، بحيث نصت في ذلك المادة 2/441 " غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة لجلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً، يحرر القاضي محضراً بذلك"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص 40.

<sup>2</sup> - قاضي سهام، المرجع السابق، ص 48.

## 2/ قواعد الحضور والغياب في نظر القضاء الحقيقية

لقد تطور موقف القضاء إزاء هذه المسألة من خلال التقصي و البحث عن من رغبة طالب فك الرابطة من مدى إصراره و عزمه على فك الرابطة بحيث منح للقاضي سلطات واسعة لاتخاذ ما يراه لازماً من مختلف التدابير التي يراها ضرورية للوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية لرفع دعوى فك الرابطة الزوجية.

و كذا رضا الزوجين حسب المادة 431 آخذا بعين الاعتبار ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح، لأنه في حالة عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية الذي هو المدعي أو المدعية لمحاولات الصلح ترفض دعواه ويشطب القاضي الدعوى<sup>1</sup>.

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

منح القانون لقاضي شؤون الأسرة سلطة اتخاذ جملة من التدابير الضرورية بصورة مؤقتة الى حين الفصل في الدعوى بمناسبة تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 ذلك بموجب نص المادة 57 مكرر منه والتي تنص " : يجوز للقاضي الفصل على وجه الإستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن، الهدف من إقرار هذه السلطة للقاضي هو حماية حقوق الأطراف بموجب طلب منهم حتى ولو كان ذلك أثناء مرحلة الصلح. "<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- قاضي سهام المرجع نفسه ص492

<sup>2</sup>- طحطاح علال، دور القاضي أثناء إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 2، نوفمبر 2020، ص9.

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

تتمثل هذه التدابير في :أولا الخبرة الطبية، ثانيا المساعدة الاجتماعية، ثالثا الاستشارة.

### أولا الخبرة الطبية

بمقتضى نص المادة 450 من ق.إ.م.إ. ج ، يمكن للقاضي اتخاذ التدابير التي يراها ضرورية حسب النزاع ، متى رأى القاضي في إطار التحقيق أن يتخذ ما يراه مناسبا، كتعين مساعدة اجتماعية أو طبيب، خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع، بغرض الاستشارة، فالهدف من الخبرة الطبية هو الحصول على رأي الخبير الطبي في مسألة فنية لم يكن بمقدور قاضي الأسرة الإلمام بها ، لذا من أهم ما يقوم به

### 3/ الاستشارة

فإن للقاضي اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، كما يمكن له اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح لقوله النبي صلى الله عليه وسلم : " ما خاب من استخار وما ندم من استشار".<sup>1</sup> فالقاضي يعتمد في كل أعماله التي يتلقى بشأنها صعوبات استشارة أهل العلم و ذوي الرأي، حيث يصدر حكمه إلا بناء على يقين، وتكون هذه الاستشارة شفاهه لأن لو استعصى عليه الأمر إلى درجة استصدار أمر كتابي فيلجأ إلى طريق آخر من طرق التحقيق كالخبرة مثال، و لكن الاستشارة يلجأ إليها عندما لا تكون المسألة المعروضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة انه لا يستطيع الفصل فيها، و عليه حتى لو لم يذكرها المشرع فالقاضي دائما يستشير زملائه القضاة، أو ذوي الخبرة من الأطباء و كل من يرى فائدة في استشارته<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - حديث مأخوذ من الموقع الرسمي لسماحة الشيخ الإمام ابن باز رحمه الله.

### الفرع الثاني: دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة أثناء محاولات الصلح

للقاضي اتخاذ كل التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل إلى أي طعن وهذا ما تنص عليه المادة 442، وهذه التدابير ضرورية لحسن سير الخصومة أو العمل القضائي ومن بين هذه التدابير :

- حق الزيارة حيث يسمح ويأذن القاضي للزوج بزيارة أبنائه وهذا الإذن يلزم الزوجة بتنفيذه، وكذلك الأمر بالنفقة.

إسناد الحضانة مؤقتا لأحد الأبوين ، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبيينين في قانون الأسرة<sup>1</sup>.

الاستماع إلى الشهود إن اقتضى الأمر، إصدار أمر و إذن إلى المحضر القضائي بالانتقال إلى المعايينة، وهذه المعايينة تكون عدة مرات بصفة مفاجئة إثباتا لادعاء للزوج بترك الزوجة لمنزل الزوجية.<sup>2</sup>

### المبحث الثاني: الآثار المترتبة على محاولات الصلح وأثار الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية

إن نتائج محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، لا تخرج عن أمرين إما فشل هذه المحاولة . تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير عن جلسة الصلح دون عذر بسبب أو عدم الاتفاق وإما بنجاح محاولة الصلح واتفاق الزوجين على حسم النزاع.

### المطلب الأول : اتر نجاح وفشل محاولة الصلح

<sup>1</sup> -مرابط حبيبية،صلاحيات قاضي شؤون الأسرة وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام ومعقد 2017-2018. ، ص 22.

<sup>2</sup> -المادة 460 من الأمر 08-09 من ق إ م إ، المصدر السابق.

يحاول القاضي التوفيق بين الزوجين ، لكن هذه المحاولة قد تتجح كما قد تفشل و تختلف آثارها على دعوى فك الرابطة الزوجية بين النجاح والفشل و هو ما سنتناوله في نقطتين أثر نجاح محاولة الصلح الفرع الأول ، ثم أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجية الفرع الثاني<sup>1</sup>..

### الفرع الأول: أثر نجاح محاولة الصلح

تترتب عن نجاح مساعي الصلح التي يقوم بها القاضي بين المتخاصمين جملة

من الآثار نذكر منها:

#### ا/ تحرير محضر الصلح

لم يشترط القانون شكلا معيناً لمحضر الصلح كما هو الحال بالنسبة للحكم القضائي لكن اشترط ضرورة توقيع أطراف الصلح على المحضر، ويقتصر مضمون الصلح على إثبات ما جرى وما صرح به الطرفان دون أن يشمل رأي القاضي أو يعلله لأنه لا يخضع لرقابة جهة قضائية أعلى<sup>2</sup>.

#### ب/ مضمون محضر الصلح

يتضمن محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي وبحضور الأطراف جميعاً أو أحدهما، فضلاً على أنه يتضمن معلومات تتعلق بهوية المدعي والمدعى عليه، كما يثبت واقعة الحضور والغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح، فإنه يتضمن

<sup>1</sup> - مرابط حبيبة، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - محمد بودريعات، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، ع 3، 2014 ، ص 100.

جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفين وكذا دفعهما وطلبتهما، وحتى الشروط التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كلاهما وتدون كاملة<sup>1</sup>.

### ج/ اكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي

طبقا لنص المادة 443 ق إ م إ ، يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بعد توقيعه من طرف القاضي والزوجين، أي مثله مثل الحكم الذي ينفذ بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط. فإذا ما حصل اتفاق يحزر محضر الصلح بشأن ذلك ويودع بأمانة الضبط ليعد سندا تنفيذيا ومنذ تلك اللحظة يكتسب محضر الصلح صفة الصلح القضائي<sup>2</sup>.

وعليه إذا استخرجت الزوجة نسخة من المحضر موهورة بالصيغة التنفيذية، وأرادت التنفيذ أمكن لها ذلك، فالهدف من اعتباره سندا تنفيذيا هو تبسيط الإجراءات<sup>3</sup>.

و من الآثار التي تترتب على نجاح الصلح أيضا ، رجوع الحياة الزوجية من جديد وهو ما نصت عليه المادة 50 من قانون الأسرة " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد .... فالطلاق شرعا يقع عند نطق الزوج به، وإثباته يكون بموجب حكم، ونجاح الصلح يسمح للزوج بمراجعة زوجته إذا كان في فترة العدة الشرعية، ولقوله تعالى: "وبعولتھنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا".<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين

<sup>1</sup> - بلقاسم نادية عمارة العربي، دور قاضي الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فكالرابطة الزوجية في قاسم، شهادة ماستر، تخصص قاسرة، جامعة ألكلي محند أو لحاج-البويرة- سنة 2019، ص 73

<sup>2</sup> - سفيانوسايم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، الملتقى الوطني الثامن حول حماية الاسرة في التشريع الجزائري، يومي (54) 2015، سوق هراس، ص 8.

<sup>3</sup> - عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 55.

<sup>4</sup> - سورة البقرة الآية 228.

إن محاولات الصلح لا تنتهي دائما بالنجاح وهذا راجع إلى إصرار أحد الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية فقد نصت المادة 49 الفقرة 2 من ق.أ.جعلي أنه في حالة لم يتمكن القاضي من التوفيق والإصلاح بين الزوجين وجب عليه.

### أولا / تحرير محضر لإثبات فشل الصلح ومضمونه

طبقا لنص المادة 443 ق إ م إ في فقرتها الأخيرة على ما يلي "...وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى" وبالتالي يجب على القاضي تحرير محضر عدم الصلح، ويحتوي محضر الصلح على هوية الطرفين وتصريحاتهما وتوقيعيهما إضافة إلى توقيع القاضي وأمين الضبط، ويحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة ويعود إلى متابعة سير الإجراءات للفصل في الموضوع"<sup>1</sup>.

### ثانيا/أما عن مضمون محضر الصلح

فمحضر عدم الصلح هو تعبير عما ما اتجهت إليه إرادة كل طرف فهو يتضمن النتيجة النهائية المتعلقة بالطلب الأصلي للدعوى سواء كان طلاق بإرادة منفردة أو بالتراضي، أو بطلب من الزوجة بواسطة الخلع، أو عن طريق التطلق، أما في حالة الصلح بالاستعانة بحكمين وبعد فشلها فهنا القاضي غير ملزم بما يقترحانه لأن مهمة الحكمين

<sup>1</sup> - عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 75.

تقتصر في محاولة التوفيق بين الزوجين فقط و ليس لهما اقتراح التفريق، وهنا المشرع الجزائري يكون قد خالف جمهور الفقهاء<sup>1</sup>.

إذ في هذا الصدد يقول الدكتور عبد العليم عجور المذهب الراجح ما ذهب إليه الشافعي وعلى انه يجب على الحكّمين أن يسعيا إلى التفريق مالم يتيسر لهما الإصلاح لإزالة الضرر الواقع بينهما من جراء الظلم و سوء العشرة ولما في ذلك من إنهاء النزاعات و الخصومات بين الزوجين وهنا يقول ابن كثير رحمه الله - : " وقد أجمع العلماء على أن الحكّمين لهما الجمع و التفرقة"<sup>2</sup>.

كما بينت السنة أن الحكّمين لهما الحق في الإصلاح والتفريق، فيما أخرجه عبد الرزاق بسنده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال " إن شاء الحكّمان أن يفرقا فرقا، إن شاء أن يجمعها جمعا . " <sup>3</sup>.

### ثالثا/ دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى

قرر المشرع الجزائري أنه في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي في حالة عدم تصالح الزوجين أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له فإنه يتم التطرق إلى موضوع<sup>4</sup>. الدعوى ويشرع في مناقشة الموضوع، وهذا لأن كل الإجراءات المتعلقة بالصلح هي إجراءات سابقة عن الخوض في موضوع النزاع وعندئذ

<sup>1</sup> - عبد الحكيم بن هيري، المرجع نفسه، ص ص 273-274.

<sup>2</sup> - يسري عبد العليم عجور ، الصلح في ضوء الكتاب والسنة مؤسسة العلياء للنشر و التوزيع، القاهرة، ط1 2012، ص327

<sup>3</sup> - يسري عبد العليم، المرجع السابق، ص 328.

<sup>4</sup> - المادة 442/3 من القانون رقم 08-09 ، يتضمن قانون إ م إ، المصدر السابق.

يقع النقاش في الموضوع تم يصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية،<sup>1</sup>. ويكون الحكم ابتدائيا نهائيا فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائيا فيما يخص الجوانب المادية له<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح

إن مسألة الطعن بالنقض تقتضي التعرض إلى مدى قابلية هذه الأحكام إلى الطعن فيها بالنقض الفرع الاول لتخلف إجراء الصلح الفرع الثاني.

### الفرع الأول: مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض

لقد اختلف رجال القانون في ذلك إذ انقسموا إلى فريقين، فريق مؤيد لفكرة الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية والفريق الثاني معارض لنفس الفكرة.

### أولا الفريق المؤيد لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية

يرى جانب من الفقه انه يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية إذ يرى الأستاذ علي علي سليمان " أن أحكام الطلاق لا تقبل الاستئناف ما عدا جوانبها المادية ولعل الحكمة من هذا هي إتاحة الفرصة أمام الزوجين لاستئناف حياة زوجية أخرى، غير أن هذه الحكمة تتخلف إذا استئناف الحكم أو طعن فيه بالنقض

وانتهى إلى القول " ولما كان من الممكن أن تحصل خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره من قبل قاضي الموضوع، فالأحسن أن يظل هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالطرق العادية و الغير عادية في مختلف نواحيه<sup>3</sup>.

أما الأستاذ سليم سعدي يرى أن التعديل الجديد لقانون الأسرة جاء عاما، بخصوص أحكام فك الرابطة الزوجية، و ذلك بنص المشرع على عدم قابليتها للطعن بالاستئناف، مع

<sup>1</sup> - عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 276.

<sup>2</sup> - المادة 57 من القانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، مصدر سابق.

<sup>3</sup> - علي علي سليمان ، مقال حول قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر عدد 02 ، ص 443.

بقاء الطعن فيها عن طريق النقض، فمادام هناك إجراءات مقررة قانونا و مادام هناك قانونا واجب الاحترام ، فإنه لا بد من وجود رقابة المحكمة العليا على أحكام الطلاق التي تعتبر محكمة قانون لا موضوع"<sup>1</sup>.

### ثانيا الموقف المعارض لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية

يرى فريق آخر من الفقهاء انه لا يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية، وهذا يرى الأستاذ بلحاج العربي " أن الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بصفة عامة بصدر ابتدائيا و نهائيا، فهنا تساءل عن فائدة الطعن بالنقض في هذه الحالة، ضف لذلك النتائج و الآثار التي يربتها الطعن بالنقض و التي تثير العديد من الإشكالات و التناقضات في التطبيق، و خاصة فيما يتعلق بالعلاقة القائمة بين الطعن بالنقض و العدة حيث المشرع الجزائري لم يراعي الانسجام بين هادين الميعادين، وحرصا من المشرع على تقادي الظن بإمكانية الطعن في الحكم في الطلاق الناشئ عن طريق الطعن ، يدعم هذا الراي لأستاذ عمرو خليل يرى ان الطعن بالنقض يثير عدة إشكالات قانونية

من حيث عدة المرأة، الوفاة، و النفقة ، و من حيث إنهاء عقد الزواج سواء في حالة قبول الطعن أو رفضه ، أو أثناء سريان الطعن، و في حالة قبول الطعن و نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق، وفقا للقواعد العامة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - قاضي السهام، المرجع السابق ص65

<sup>2</sup> - قاضي سهام ، المرجع السابق ، ص65.

فمن خلال ما سبق انه لا مكان لإعمال الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية، ذلك نتيجة خصوصية الرابطة الزوجية بحد ذاتها، فالطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية فيما عدا الشق المادي.

### أ/ إحياء العلاقة الزوجية بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه

طبقا لنص المادة 48 من ق.أ.ج بإعادة الزوجين للحالة التي كانا عليها اد يبقى مركز الزوجين قائما بزوال الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أي بمعنى إعادة الطرفين إلى الحالة كانا عليها في حالة قبوله، سواء بالطلاق أو الخلع أو بالتطيق غير أنه لا يعاد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور هذا الحكم في حال عدم اعتبار الصلح كإجراء جوهري لأنه لا يقبل الطعن بالنقض<sup>1</sup>.

### ب/ إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة أجنبية عليه

طبقا لنص المادة 74 من ق.أ.ج " النفقة تجب للزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة... " فالمقصود بنفقة الزوجة هو ما يطالب به الزوج شرعاً نحو زوجته، من "2" مشتملات الإنفاق، وسبب استحقاقها هو الاحتباس المشروع المؤدي إلى مقاصد الزواج غير أنه إذا وقع الطلاق و انتهت العدة، بانت الزوجة المطلقة من مطلقها و لم تعد زوجته لا في الشرع، ولا في القانون و عليه لا يصبح الرجل ملزماً بالإنفاق على امرأة أجنبية، لكن إذ تم اعتبار الصلح إجراء جوهري فإن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، وفي هذه الحالة يلزم الرجل بأن ينفق على امرأة أجنبية في الشرع، و التي تعد في نفس الوقت

<sup>1</sup> - بشير سهام ، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، شهادة الماجستير ، تخصص فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق، جامعة بن عكنون - الجزائر ، 2005/2006 ص153

<sup>2</sup> - غضبان مبروكة ، النفقة بين التشريع و الإجتهد القضائي ، مذكرة الماجستير في القانون ، تخصص قانون اسرة،كلية الحقوق ، 2010 2011، ص27

زوجته بقوة القانون"<sup>1</sup>.

### ج/ التوارث بين المطلقين

تبعا لنص المادة 126 من ق. أ. أسباب الإرث القرابة" و الزوجية"، وقيام الزوجية معلق على أمرين إما أن الزوج لم يطلق أصلاً فالزوجية قائمة حقيقة أو أن الزوج طلق فعلاً و لكن الزوجية لازلت قائمة حكماً خلال فترة العدة اما بعدها تتحول طبيعة الطلاق إلى طلاق بائن و البائن لا يتوارث فيه فلا علاقة للحكم القضائي باستحقاق الإرث.

الأجدر أن لا تطرح مسألة الطعن بالنقض بسبب تخلف الصلح كون هذا الأخير لا علاقة له بالحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية ، إذا توفي أحد الزوجين فلا توارث بين المطلقين باعتبار الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي طلاق بائن و في ذلك يقول الإمام : " و لا يتوارثان و لا رجعة له عليها"<sup>2</sup>.

### د/ تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة

في حالة ما إذا كانت الزوجة تزوجت بزواج آخر خلال فترة الطعن، فتكون حسد أنصار الصلح كإجراء جوهري في عصمة زوجين أي ما ازلت في عصمة الزوج الأول، حيث يحق للزوج الأول تحريك الدعوى العمومية لمتابعة الزوجة بجريمة الزنا، في حين إذا اعتبرنا الصلح إجراء غير جوهري لا يؤثر تخلفه على حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، وبالتالي إعادة المرأة الزواج من زوج آخر بعد طلاقها من الزوج الأول وقضاء عدتها بجعلها في عصمة الزوج الثاني فقط.

### هـ / متابعة الزوجة بجريمة الزنا

<sup>1</sup> - قاضي سهام، المرجع السابق. ص 67 .

<sup>2</sup> - قاضي سهام ، المرجع نفسه ص68

إن المشرع جرم هذا الفعل بموجب المادة 339 من قانون العقوبات بهدف المحافظة على الرابطة الزوجية لكلا الطرفين وصيانة نظام الأسرة، فجريمة الزنا في المفهوم القانوني تشترك مع مفهوم الزنا في المفهوم شرعي في ركنين هما الوطء والقصد الجنائي فجريمة الزنا واردة في المادة 339 السالفة الذكر.<sup>1</sup>

### 1/الركن الأول

تمثل في قيام العلاقة الزوجية الصحيحة، فلا بد أن يقع الوطء وعلاقة الزواج قائمة فعلاً ويقصد بقيام الرابطة الزوجية أي هناك علاقة تجمع الزوجين حقيقة أو حكماً ، كما انه تعتبر جريمة زنا إذا وقعت خلال فترة العدة وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري الركن الثاني لا تقوم جريمة الزنا إلا بحصول الوطء غير المشروع، أي أن يتم اتصال جنسي صحح بين الرجل والمرأة.<sup>2</sup>

### 3/الركن الثالث

بخصوص إثبات هذه الجريمة فقد خصها المشرع في نص المادة 341 من قانون العقوبات، كم أنه لا تتم المتابعة لا بناء على شكوى الزوج المضروب إذا كانت الزوجة هي الفاعل الأصلي أما إذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي لا تتم المتابعة إلا بشكوى الزوجة وكما لا تصح المتابعة إذا كانت الشكوى من غيرهما سواء الأولياء أو الإخوة حتى النيابة العامة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: تخلف إجراء الصلح كسبب لنقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية

<sup>1</sup>- بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج 2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 135.

<sup>2</sup>- بوسقيعة أحسن المرجع نفسه، ص135

<sup>3</sup>- جبار أمال، الصلح ودوره في حل النزاعات الأسرية مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد الثاني عشر، ص483

تنص المادة (57) من قانون الأسرة على أنه : تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية فنفهم من المادة أن الأحكام في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا تقبل الطعن بالاستئناف ، و بمفهوم المخالفة قد تقبل طريقا آخر من طرق الطعن ، وهو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا و هو ما نصت عليه المادة 452 من ق.إ.م.إ.ج بطريقة غير مباشرة بنصها على مايلي " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 451،450 من نفس القانون.

باعتبار أن الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية حكم ابتدائي نهائي ، و بالتالي

لا يستطيع القاضي مراجعة الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بأي طريقة كانت فحكم المحكمة بفك الرابطة الزوجية يتميز بأنه ذو طابع خصوصي و نهائي غير قابل للمراجعة و الطلاق المنطوق به بائن مما يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج و على ذلك لا يمكن لقضاة المحكمة العليا أن يهدموا الطلاق الذي نطق به الزوج و إلا وقعوا في الإثم رجعت الزوجة إلى زوجها بعد أن يلغي قاضي الحكم بفك الرابطة الزوجية فإن الرجل و المرأة يصبحان في حكم الزانين و يقعان في الإثم على خلاف ما كان سائداً قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية<sup>1</sup>.

فالطعن بالنقض في الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أمام المحكمة العليا يوقف التنفيذ، و بذلك لا تستطع الزوجة باعتبار نفسها منحلة من الرابطة الزوجية ، و عقد زواجها من زوج آخر مادام أن المحكمة العليا لم تقض بعد في الطعن بالنقض. على أي شكلية فأصبح هنالك استثناء مجسد في نص المادة 452 من القانون نفسه أين تقطن المشرع فيما يخص النص على تنفيذ الحكم رغم الطعن فيه بطريق النقض إذ كان يستحسن لو أن المشرع

<sup>1</sup> - قاضي سهام ، المرجع السابق، ص 83

الجزائري يغلق باب الطعن في مثل هذه الأحكام ، على غرار التشريع المغربي لأنه إذا كان لا يجوز استئناف أحكام الطلاق و التطليق و الخلع وكذا أحكام الطلاق بالتراضي<sup>1</sup>.

فإذا كان الطعن بالنقض يهدف في أصله إلى مراقبة تطبيق القانون فقط ولا ترمي إلى مراجعة الوقائع و الموضوع و هو حجر الأساس الذي يحكم المحكمة العليا، و هو في حد ذاته حسب أري بعض الفقهاء الذين توصلوا إلى القول أن الطعن بالنقض هو محاكمة الأحكام والقرارات، و ليس الخصومة القائمة بين الأطراف<sup>2</sup>. لأجل ذلك ، و يجب أن لا يحاكم أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية.

---

<sup>1</sup> - المادة 57 ، ق 1 ، المصدر السابق

<sup>2</sup> - نجيمي جمال ، الطعن بالنقض في المواد المدنية و الجزائرية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة - ط 2 ، دار هومة ، الجزائر ، ص 108.

خاتمة

## خاتمة:

في ختام بحثي يمكن القول أن موضوع الصلح يكتسي أهمية بالغة في إضفاء روح الترابط والتلاحم فهو بمثابة نظام بديل لحل النزاعات الأسرية ونجاحه مرهون بمدى الاستعداد الذي يبذله الأطراف المتنازعة في التفاوض والتصالح أيضا نجاح هذه التجربة يتعلق ويرتبط بنوعية الفاعلين في الحقل القضائي والقانوني والمجتمع المدني والمشاركة الايجابية لوسائل الإعلام.

فالصلح إجراء ملزم لقاضي شؤون الأسرة يقوم به قبل الفصل في دعاوى الطلاق وبكافة صورها ،وبما أن دور القاضي فعال في هذا الإجراء وجب أن يكون مصالحا مفاوضا وعنصرا إيجابيا في مهمة الصلح ، إذ أن المشرع من خلال المادة 49 فقرة 02 نجده يخاطب القاضي،راجيا منه أن تكون جلسة الصلح فيها ما يغلب من النصح والإرشاد والبحث عن حلول للنقاط المختلف فيها وكذا العمل على إقناع الزوجين بضرورة العدول عن قرار إنهاء الرابطة الزوجية وضرورة الحفاظ على الأسرة وإن لزم الأمر منح الأطراف آجال لمراجعة قراراتهم.

أن للصلح أهمية بالغة في تسوية الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين،وذلك للحفاظ على العلاقة الزوجية وعدم تفككها وانحلالها ، وهذا ما أبانها لفقهِ والقانون من خلال حرصهما على تفادي انحلال العلاقة الزوجية، وهذا بعرض الصلح على الزوجين قبل الذهاب إلى القضاء عن طريق حكمين يقومان بالتوفيق بين الزوجين والإصلاح بينهما.

وقد توصلت في بحثي هذا إلى النتائج التالية:

## . النتائج:

- 1- أنا لصلح بين الزوجين له أسباب وعلامات،يأتي على أثرها العلاج بأنواعه ،ولابد من إدراكها من قبل الزوج أو الحكمين أو القاضي.
- 2- يعتبر الصلح بين الزوجين من أهم السبل للحفاظ على العلاقة الزوجية.

3- يعتبر الصلح من العقود المهمة والمفيدة وذلك لحرصه على الحفاظ على العلاقة الزوجية سواء في الفقه أوفي القانون.

4- كشفت الدراسة على أن الصلح بين الزوجين يحقق المقاصد العامة، والتي منها المحافظة على النسل، أو النوع الإنساني، كما يحقق ترابط المجتمع وتماسكه، وهو يحقق المقاصد الخاصة أيضا سواء للزوجين، أو للأسرة من المحبة والمودة والسكن.

5- للصلح فوائد كثيرة منها سلامة القلوب، وتحقيقه للمحبة والألفة، والحفاظ على الأسرة من التفكك.

### . التوصيات

- 1- سن التشريعات التي تحفظ على المجتمع مقومات بقائى هو صلاحه.؛
- 2- اهتمام القضاء بأم الصلح خاصة في شؤون الأسرة، وعرضه قبل الفصل بالقضاء؛ 3-
- العمل على تفعيل نظام الصلح بين الزوجين في المحاكم لما سيحققه من نتائج عظيمة في تخفيف حالات الطلاق؛
- 4- نشر الوعي الشرعي بأحكام الأسرة وتنمية الوازع الديني لدى الزوجين، مع عمل إرشاد في قضايا الأسرة بنمو شؤونها؛
- 5- إنشاء محاكم خاصة بقضاء الأحوال الشخصية وهذا للتفرغ لحله أو دراستها كفاية فيسهل عمل القاضي ويمكنه التفرغ لغرض الصلح على الزوجين، مما يساعد فعلا القاضي على أداء مهمته على الوجه الصحيح.
- 6- يجب على المشرع الإحاطة بموضوع الصلح بالقدر الكافي من العناية يبين فيه أحكامه بالتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء وبذلك يمكن إعادة الفعالية للقاعدة القانونية وترسيخ أحكام الشريعة في القانون.

# قائمة المراجع

قائمة المصادر المراجع

القرآن الكريم

الحديث النبوي الشريف

الكتب

الكتب العامة

1. ألبابي الحلبي و أولاده، مصر 1956م.
2. ابن منظور، لسان العرب الجزء الثالث، دار الجيل، بيروت.
3. ابن فارس أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا معجم مقاييس اللغة الجزء الثالث، الطبعة الثانية، شركة ومطبعة. -1956.
4. مرتضى الحسيني الزبيدي محمد تاج العروس من جواهر القاموس الجزء السادس، دار التراث العربي ودار الجيل العراق، دون سنة نشر.
5. البستاني بطرس، محيط المحيط ، قاموس مطول اللغة العربية، لبنان، 1983.
6. عمر زودة ، طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.
7. لحسين بن شيخ اث ملويا المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية الجزء الأول، دار دهومه، الجزائر، 2005.
8. أحمد زكي بدوي إبراهيم القاموس القانوني فرنسي عربي مكتبة لبنان، بدون سنة الحديث أخرجه الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق و شرح أحمد محمد شاكر، دار الكتاب العلمية، لبنان، دون سنة.
9. الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، سنة 1243 هـ.
10. الإمام بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، المطبعة الجمالية دون بلد النشر 1328هـ.
11. المقدسي بن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد المغني والشرح الكبير، كتاب الصلح، الجزء الخامس دار الكتاب العربي دون بلد النشر 1983.

12. خالد خوشي التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر-1- السنة الجامعية 2011-2012.
13. فضيل العيش ، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي ، الجزائر، دون سنة النشر.
14. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، ج 2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 .
15. أمال حبار ، الصلح ودوره في حل النزاعات الأسرية مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد الثاني عشر.
16. جمال نجيمي ، الطعن بالنقض في المواد المدنية و الجزائية في القانون الجزائري ،دراسة مقارنة - ط 2 ، دار هومة، الجزائر.
17. عادل بوضياف ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
18. عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي ، سنة 2009 ، ط 1 3.
19. لمطاعي نور الدين عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيلة، الجزائر، 2009.

#### الكتب المتخصصة

1. شيماء محمد سعيد خضر البدراني ، أحكام عقد الصلح، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.
2. عمر زودة ، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر.
3. - عبد الرحمن بربارة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الطبعة الثانية منشورات بغدادي، الجزائر ، 2009.
4. عبد الفتاح تقية ، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة الجزائر ، 2011.

5. - حمدي باشا عمر القضاء الاجتماعي منازعات العمل و التأمينات الاجتماعية، دار ،هومة الجزائر، 2014.
6. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
7. مختارية كرتار بن حواء صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم، مجلة المحكمة العليا عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح و الوساطة و التحكيم، الجزء الثاني 2009.
8. سعد عبد العزيز الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية دار البعث للطباعة والنشر قسنطينة الجزائر، 1989.
9. يسري عبد العليم عجور ، الصلح في ضوء الكتاب والسنة مؤسسة العليا للنشر و التوزيع، القاهرة، ط1 2012.
10. جمال نجيمي، القضاء، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد.

#### المذكرات

1. بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الشريعة، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، السنة الجامعية 2000 2001
2. محمود محجوب عبد النور ، الصلح و أثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي، مجموعة رسائل الدكتوراه، 1987.
3. السيد سابق، فقه السنة، المعاملات، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، 1977.
4. دهيم رابح، أحكام الصلح بين المبايعين في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، كلية العلوم الإسلامية ، قسم الشريعة والقانون الجزائر، 2010-2011.

5. عز الدين حسن دياب الصلح وسيلة لفض النزاعات من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات يومي 6 و 7 ماي 2014 الجزائر، منشور في حوليات جامعة الجزائر ، عدد 03، 2014.
6. نور الدين لمطاعي عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2006.
7. بن حليلة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت السنة الجامعية 2011-2012.
8. قدور محمد سليمان الصلح كطريق بديل لحل النزاعات مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
9. الأنوار عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر ، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1975-1976.
10. حمدادو لمياء، سلطة القاضي في تسير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر -1- ، السنة الجامعية 2013-2014.
11. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة الثامنة عشر الجزائر، السنة الدراسية 2007-2010.
12. تشوار حميدو زكية مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطبيق عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد 10، 2010.
13. قاضي سهام، الصلح في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة. زيان عاشور بالجلفة، 2015-2016.

14. عماش عبد الله، تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2010.
15. زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر السنة الجامعية 2006/2007.
16. بلقاسم نادية عمارة العربي، دور قاضي الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ق ا م ا ، شهادة ماستر، تخصص قانون الأسرة، جامعة أكلي محند أولحاج- البويرة- سنة 2019.
17. مرابط حبيبة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام ومعمق 2017-2018
18. قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة دكتوراة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر سنة 2008-
19. وزاني توفيق السند التنفيذي في المواد المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة السابعة عشرة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، 2006-2009
20. سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 الجزائر السنة الجامعية 2011،
21. شامي أحمد السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية . رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2014-2013

22. قويدري ،خيرة حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر ، السنة الجامعية 2008-2009
23. بوكايس سمية المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان السنة الجامعية 2013-2014
24. نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، عدد، 10، الشلف 2013
25. بوزيد وردة الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي، أم البواقي السنة الجامعية 2010-2011،
26. بن جناحي ،أمانة دور القاضي في الخلع دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس، 21/05/2014
27. دلهوم نجوى محاولة الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة 19 المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2008 - 2011
28. بوزيد وردة، الصلح و التحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية ، مذكرة ماجستير ، تخصص شؤون اسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي 2010/2020
29. سامية بن قوية، الصلح في قانون الاسرة الجزائري إشكالات شرعية و قانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية قانونية تخصص قانون أسرة

30. بلقاسم نادية عمارة العربي ،دور قاضي الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة-2019
31. بن عودة حسكر مراد، سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه و آلية تفعيله، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد، ع01 سنة 2020
32. علي سليمان ، مقال حول قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر عدد 02 ،
33. بشير سهام ، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، شهادة الماجستير ، تخصص فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق، جامعة بن عكنون - الجزائر ، 2005/2006 .
34. - غضبان مبروكة ، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي ، مذكرة الماجستير في القانون ، تخصص قانون أسرة،كلية الحقوق ، 2010 2011.
35. سفيان سوالييم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله ،الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، يومي (54) 2015

#### المجالات

1. محمد بودريعات، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، ع 3، 2014
2. بودريعات محمد الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات يومي 6 و 7 ماي منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات عدد 03 الجزائر 2014
3. طحطاح علال، دور القاضي أثناء إجراء الصلح بين الزوجين، مجلة صوت القانون، المجلد السابع، العدد 02 نوفمبر 2020
4. صالح حمليل، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه و القانون، عدد 19، ماي 2014

5. دريسي جليلة، سناء الماحي، مسطرة الصلح في قضاء الأسرة ، مجلة الملف ، عدد 14، المغرب، 2009

6. حبار حليلة دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد مجلة المحكمة العليا عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم الجزء الثاني، 2009

### النصوص التشريعية والتنظيمية

1. قانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة و المعدل المتمم بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق ل 04 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1924 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005.

2. قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب معدل ومتمم بالقانون رقم 91-2 مؤرخ في 21 ديسمبر 1991 و الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية .

3. قانون رقم 90-04 مؤرخ في 01 رجب عام 1410 الموافق ل 6 فبراير سنة 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 91-28 المؤرخ في 6 يوليو 1991 عرفته المادة الثانية من قانون رقم 0490 على النحو الآتي: يعد نزاعا فرديا في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عماليات تسوية

4. الأمر رقم 66/154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم

5. قانون رقم 08-09 ، بتاريخ 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

6. قانون رقم 84-11 ، بتاريخ 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم

7. المجالات القضائية
8. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 342470 مؤرخ في 2005/09/14 ، المجلة القضائية ، عدد - 02-2005.
9. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 474956 مؤرخ في 2009/01/14، مجلة المحكمة العليا عدد 02، 2009.
10. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 103637 مؤرخ في 1994/04/19، المجلة القضائية، عدد خاص 2001.
11. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، دون رقم، مؤرخ في 1968/07/03، مجلة الأحكام لوزارة العدل الجزء الأول دون سنة النشر.
12. المجلس الأعلى للقضاء، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 57812، مؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية عدد 03 1991.
13. المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 75141 ، مؤرخ في 1991/06/18، المجلة القضائية عدد 01 1993، ص 65 وما يليها، وجاء في قرار آخر أيضا حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الأسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة " أنظر: القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 96688، مؤرخ في 18/1/1994، نشرة القضاة، عدد 50، 1997.
14. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 687997 ، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.
15. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962 مؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، عدد 02. 1990.
16. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 36962 مؤرخ في 1988/07/18، المجلة القضائية، عدد 02 1990،

17. المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 200198، مؤرخ في 1998/07/21، نشرة القضاة ، عدد 56 2000.
18. بالمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 174132 مؤرخ في 1997/10/23، نشرة القضاة، عدد 55 1999، ص 179 وما بعدها .
19. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657 مؤرخ في 2007/06/13 ، غير منشور.
20. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم الملف 0597294 بتاريخ 09/12/2010 قرار غير منشور .
21. محكمة عليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية ، قرار رقم 216850 بتاريخ 1999/06/12، عدد 2001.

الفهرس

إهداء

شكر

01	مقدمة
07	الفصل الأول : ماهية الصلح ودور القاضي لتحقيق ذلك
07	المبحث الأول : مفهوم الصلح وبيان مشروعيته
07	المطلب الأول : تعريف الصلح ومشروعيته
07	الفرع الأول : تعريف الصلح
17	الفرع الثاني : مشروعية الصلح ما بين الشريعة والتشريع
21	المطلب الثاني : تميز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى
21	الفرع الأول : تميز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني
30	الفرع الثاني : تميز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية
38	الفرع الثالث : تميز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات
44	المطلب الثالث : وجوبية الصلح في شؤون الأسرة وعلاقته بالنظام العام
44	الفرع الأول : محاولات الصلح إجراء جوهري
50	الفرع الثاني : محاولات الصلح إجراء غير جوهري
56	المبحث الثاني : دور القاضي أثناء الصلح

المطلب الأول : دور القاضي أثناء الصلح عند الطلاق بإرادة الزوج أو بإرادتهم المشتركة	56.....
الفرع الأول : دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	56.....
الفرع الثاني : دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين	65.....
المطلب الثاني : دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة	67.....
الفرع الأول : دور القاضي في الصلح عند طلب التظليق من الزوجة	68.....
الفرع الثاني : دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع من الزوجة	70.....
الفصل الثاني : إجراءات الصلح في ضل الممارسة القضائية والآثار المترتبة عنها	74.....
المبحث الأول : إجراءات الصلح في ضل الممارسة القضائية	75.....
المطلب الأول: دور القاضي في مباشرة إجراءات الصلح	75.....
الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح	75.....
الفرع الثاني : الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح	77.....
المطلب الثاني : دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية والمؤقتة أثناء محاولات الصلح	83.....
الفرع الأول: دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح	84.....
الفرع الثاني: دور القاضي في اتخاذ التدابير المؤقتة أثناء محاولات الصلح	85.....

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على محاولات الصلح وأثار الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية .....	86
المطلب الأول: أثر نجاح وفشل محاولات الصلح.....	86
الفرع الأول: أثر نجاح محاولات الصلح.....	86
الفرع الثاني: أثر فشل محاولات الصلح بين الزوجين.....	88
المطلب الثاني : الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح ..	90
الفرع الأول : قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض.....	90
الفرع الثاني: تخلف إجراء الصلح كسبب لنقض الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية .....	95
خاتمة .....	98
قائمة المراجع .....	101

## ملخص مذكرة الماستر

إن موضوع الصلح يكتسي أهمية بالغة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، نظرا للدور الفعال في حماية الأسرة والمجتمع من التشتت، فالإصلاح بين الناس واجب لقوله تعالى { لله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله إن كنتم مؤمنين } الأنفال الآية 1، كما حث المصالحة بين المرأة وزوجها، أثناء حدوث نشوز أو شقاق، وذلك ببعث حكمين من أهل الزوجين يتعين من الحاكم بعد التأكد من توفرهما على مجموعة شروط تخول لهم ذلك، وهذا للقيام بواجبهم تجاه الأسرة والإصلاح بين الأزواج،

كما أن القانون الجزائري سن قوانين تفعل الصلح في جميع المسائل وخاصة في قضايا الأسرة، ويعتبر الصلح من الإجراءات المفروضة على القاضي اتخاذها قبل البدء في الحكم بانحلال الرابطة الزوجية وإلا كان حكمه عرضة للإبطال.

**الكلمات المفتاحية:**

1/ صلح بين الزوجين 2/ تحكيم 3/ قانون الأسرة الجزائري

## Abstract of The master thesis

The subject of reconciliation is of great importance in Islamic jurisprudence and Algerian law, given the effective role in protecting the family and society from fragmentation. Reconciliation between people is obligatory, according to the Almighty's saying: {To God, and reconcile the same among you, and obey God and His Messenger if you are believers} Al-Anfal verse 1, as he loved reconciliation between the woman and her husband. During the occurrence of disobedience or discord, by sending two arbitrators from the family of the spouses, who must be appointed by the judge after making sure that they meet a set of conditions that authorize them to do so, and this is to carry out their duty towards the family and reconciliation between the spouses,

In addition, Algerian law enacted laws that activate reconciliation in all matters, especially in family cases, and reconciliation is considered one of the procedures imposed on the judge to take before starting to rule on the dissolution of the marital bond, otherwise his ruling would be subject to annulment.

key words:

1/ Reconciliation between spouses 2/ Arbitration 3/ Algerian Family Law