



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la
Recherche Scientifique



جامعة عبد الحميد بن باديس
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
المرجع
مذكرة الدراسة لنيل شهادة الماستر

الصلح ودوره في حماية الأسرة من التفكك

الشعبة : الحقوق
من إعداد الطالبة:
- يعقوب مريم
التخصص: القانون الخاص.
تحت إشراف الأستاذ
- بن عوالي علي
أعضاء اللجنة المناقشة:

رئيسيا	بوسبحة جيلالي	الأستاذ(ة):
مشرفا و مقرا	بن عوالي علي	الأستاذ(ة):
مناقشا	زواتين خالد	الأستاذ(ة)

السنة الجامعية: 2020/2019
نوقشت يوم: 2020/09/02

الإهداء

إلى نبض الحب ووافر العطاء بلا انتظار ولا مقابل، إلى من كانت سند لي في مخاض هذا العمل و ميلاده، إلى من غمرتني بحنانها وحبها إلى أمي التي مهما قلت فيها لن أوفيها حقها، التي أتمنى لها دوام الصحة والعافية، إلى من كان شمعة تنير دربي ومن علمني الاجتهاد والمثابرة وحب الإطلاع والسير على خطى الحبيب المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام، إلى أبي الحبيب أطال الله في عمره، إلى فرحة البيت وقرّة العين، الإخوة كل باسمه ومقامه، إلى كل الأهل والأقارب، إلى من شاركني عناء إعداد هذه المذكرة وإلى كل من حملته ذاكرتي ولم تحمله مذكرتي، إلى هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.



شكر و عرفان

نحمد الله عز وجل الذي ألهمنا الصبر والثبات وأمدنا بالقوة والعزم على مواصلة مشوارنا الدراسي وتوفيقه لنا في إنجاز هذا العمل، فنحمدك اللهم ونشكرك على نعمتك وفضلك ونسألك البر والتقوى، ومن العمل ما ترضى والسلام على حبيبه وخليته الأمين عليه أزكى الصلاة والسلام أتقدم بجزيل الشكر والتقدير للأستاذ الفاضل بن عوالي علي لتفضله بإشراف على هذا البحث وسعة صدره و على حرصه أن يكون هذا العمل في صورة كاملة لا يشوهه أي نقص ، نسأل الله أن يجازيه عنا كل خير قبل الإشراف على هذا العمل البسيط ، وعلى المجهودات التي بذلها من أجلنا، والنصائح والتوجيهات العظيمة التي كان يضعها نصب أعيننا وهي تتبع هذا البحث بكل اهتمام... جعل الله ذلك في ميزان حسناته يوم الدين كما أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى إدارة وأساتذة الكلية، كما أتقدم بخالص الشكر للأهل والأصدقاء

المقدمة:

الأسرة لديها أهمية بالغة في النظام الإسلامي، فهي البنية الأولى والأساسية التي يقوم عليها المجتمع والأمم، فالكل يدرك أهميتها ودورها الذي يحكم في رقي المجتمعات أو تخلفها، فقد قام المشرع الجزائري بتنظيمها ووضع لها حماية قانونية.

يعتبر الزواج هو الشرط الأساسي في تكوينها، شرعه الله سبحانه وتعالى وحث عليه، حيث اعتبر الزواج إحدى آياته الإعجازية التي يكون من ثمراته الرحمة والمودة والإحسان بين الزوجين من أجل مواصلة العلاقة الزوجية وترابط الأسرة وتنازل الأفراد وكل ذلك من أجل بناء الأسرة تقوم على المبادئ والمساواة والتكافؤ والاستمرار.

أحاطت الشريعة الإسلامية هذا الرابط المقدس بوسائل لضمان نجاحه وذلك عن طريق احترام كلا الزوجين لبعضهما البعض والمعايشة بالمعروف والنهي عن كل ما يعكر صفو العلاقة الزوجية من أجل تفادي انحلالها.

لكن قد تحدث أمور سيئة تحول الحياة الزوجية إلى جحيم مما يؤدي لجوء الزوجين إلى حل الرابطة الزوجية لأن مواصلة العلاقة أصبحت مستحيلة هناك وسائل عدة تؤدي إلى حل هذه العلاقة وبالتالي يحدث الطلاق، فمنها ما تكون بيد الزوج لأنه يعتبر هو صاحب العصمة الزوجية ما يسمى الطلاق بإرادة المنفردة أو قد تكون بطلب من الزوجة والتي اعتبرها المشرع طلاقاً.

وانطلاقاً من حرص الشريعة الإسلامية وكذلك التشريع الجزائري الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي فكها، فقد شرع الله سبحانه وتعالى الصلح لقوله تعالى في آيته الكريمة { وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو أعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير } واحضرت الأنفس الشح وإن تحسن وتتنقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً { سورة النساء/ الآية 128، فالصلح يعتبر من الوسائل المهمة، إذ به تزول الخصومة للتراضي بين الزوجين وتتألف القلوب وتطيب المشاعر وصفاء النفوس، فلهذا يعتبر من الوسائل الفعالة والناجحة لتفادي حل عقد الزواج لأن ميثاق العلاقة الزوجية هو تكريس لمبدأ شرعي أقره الله عز وجل ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم.

لقد دعت الشريعة الإسلامية في مختلف مصادرها إلى الصلح في القرآن الكريم والسنة النبوية فكلاهما يأمران بالصلح ويرغبان فيه، هناك أدلة كثيرة مثبتة لمشروعية الصلح لما فيه من منفعة عظيمة يدفع الكثير من المفاسد لأنه يؤدي إلى قطع الخصومة وإحلال الوفاق محل ذلك.

المقدمة

ذهب القضاء الجزائري منذ القدم على اعتبار الصلح وسيلة لتسوية الخصومات والنزاعات وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة عندما جعل أنه لا يثبت هذا الأخير إلا بعد محاولة عدة يجريها القاضي، فتعتبر هذه الطريقة وسيلة للصلح بين الزوجين من أجل تفادي فك الرابطة الزوجية كما جاء أيضا قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أجل توضيح استكمال النقص الذي ورد في المادة 49 سالفه الذكر من خلال شرح كيفية إجراء محاولات الصلح فتزداد أهمية عندما يتعلق الأمر بمنازعات أسرية لأنها تكتسي طابع خاص لكونها تتعلق بعلاقات خصوصية وحساسة.

هذا ما جعل المشرع الجزائري يؤكد على وجوبية الصلح خاصة في قضايا الأسرية المتعلقة بدعاوي فك الرابطة الزوجية وهذا ما نص عليه في القوانين التي ذكرناها سابقا والتي تمارس تحت إشراف القضاء.

إن تسوية النزاعات والخلافات عن طريق الصلح يساهم في الحفاظ على استقرار الأسرة وتماسكها، وبالتالي انقاص من ظاهرة التفكك الأسري التي أصبح المجتمع الجزائري يعاني منها غير أن نجاح الصلح في مجال الأسرة يبقى مرتبط بالتطبيق السليم للنصوص القانونية من قبل القضاة للإحاطة أكثر بها الموضوع الهام، تأتي هذه الدراسة العلمية التي جاءت تحت عنوان: **الصلح ودوره في حماية الأسرة من التفكك**، ومن هنا نبرر أهمية هذه الدراسة لكونها تسلط الضوء على إحدى الوسائل المهمة في حل النزاعات الأسرية، لأنها هذه الأخيرة تطرقت للعديد من الإشكاليات القانونية الواقعة والقضايا المتعلقة بإجراءات الصلح إضافة إلى ذلك تماشت مع أهم المستجدات التشريعية والقضائية المرتبطة بالموضوع.

في ما يخص دوافع الإقدام على خوض غماره هذا البحث وجدت كحافز قوي ومبرر ضرورة تبيان دور الصلح من خلال نصوص قانون الأسرة وكذا قانون إجراءات المدنية والإدارية وما عمل عليه القضاء الجزائري، إضافة إلى الأسباب التي يمكن أن نجيزها في النقاط التالية:

أولاً: بيان قدرة الصلح في وضع حد للخلافات القائمة بين الزوجين وبالتالي حماية الأسرة من التفكك.

ثانياً: الرغبة في إبراز نظرة الفقه والتشريع، وكذا تحليل النصوص القانونية التي تتناول هذا الموضوع.

ثالثاً: كثرة النزاعات والخلافات في الأسر ما ينتج عن ذلك من تفكك الأسر وتشرذم الأولاد..

رابعاً: الحاجة الملحة للصلح بين الزوجين في زمن يشهد مستويات قياسية لنسب الطلاق والتطليق.

خامسا: الرغبة في الإطلاع على كيفية الحصول على حل ودي للنزاع عن طريق الصلح .

موضوع الصلح في قانون الأسرة الجزائري لم يتم التطرق إليه كموضوع مستقل خاصة بعد تعديل الذي ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا أنه تم الإشارة إليه في بعض المذكرات التي تناولت موضوع فك الرابطة الزوجية بأنواعه، ويتعلق الأمر بدراسات السابقة نذكر منها:

- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الإجتهد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، السنة الجامعية 2006/2007م.
 - أسيد صلاح عودة سمحان، عقد الصلح في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين، سنة المناقشة 2006.
 - عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015م.
 - فاطمة الزهراء القيسي، دور الصلح في حماية الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاجتماعية، طنجة، المغرب، السنة الجامعية 2006/2007.
 - سمرة يريعي، آليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية(الصلح والتحكيم نموذجاً)، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة ماستر، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، السنة الجامعية 2016/2017.
- كل باحث تصادفه صعوبات خلال إنجاز مذكراته والتي تختلف من باحث لآخر ومن دراسة لأخرى، وهذا ما يمكن تخيله من عقبات إعتزضت سبيل بحثي بالرغم من توافي المادة العلمية فيما يخص هذا الموضوع، وبالأخص الفصل الأول، لأنه من الصعب جيدا انتقاء معلومة صحيحة ودقيقة التي توضح في المكان المناسب، وتتمثل هذه الصعوبات فيما يلي:
- صعوبة تحليل المواد القانونية التي تتعلق بقانون الأسرة، لأن كل من يقيم بشرح هذا القانون كل يفسر حسب فهمه و وجهة نظره.
 - قلة الدراسات والأبحاث المتعلقة بالصلح في قضايا الأسرة مقارنة مع القوانين الأخرى، والذي تطرق له الفقهاء ورجال القانون بشكل مستفيض.
 - جائحة الكورونا (covid 19) التي حلت بالبلاد وصعبت مهمة البحث في ظل الإجراءات التي أخذتها الدولة كغلق المكتبات والجامعات، وقطع وسائل المواصلات والاعتماد على الكتب المتوفرة في الانترنت.

المقدمة

- صعوبة الإتصال بالجهات القضائية المعنية بتطبيق الصلح من أجل الحصول على الإحصائيات الخاصة بعدد القضايا التي تم حلها بواسطته.
- عدم تطرق الدراسات المتخصصة إلى هذا الموضوع بشكل عام، بل تطرقت إليه على شكل فرع.

إن كل موضوع يحدد المنهج الملائم لدراسته، من خلال ما سبق، يمكن القول أن طبيعة البحث في هذا الموضوع تقتضي استخدام مناهج بحث علمية معينة تتماشى مع هذه الدراسة ولقد اعتمدت في دراستي على المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء كل ما يتعلق بالمسائل القانونية والفقهية في مجال هذا البحث، أما المنهج التحليلي يتجلى من خلال تحليل النصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا المتعلقة بموضوع البحث ومعرفة مضمونها بهدف الوصول إلى ما قصده المشرع الجزائري من وراء هذه النصوص وفي بعض الأحيان اعتمدت على المنهج المقارن كلما استدعى الأمر ذلك.

يحتل الصلح دور مهم و متميز في قطع دابر الخلافات والخصومات، فأساس الأسرة هو المودة والرحمة والإستقرار، وفي ضوء ما تقدم يمكن طرح التساؤلات التالية: فيما يتمثل دور الصلح وما هي الآثار المترتبة عليه قانونياً؟ وما المقصود بالصلح في قانون الأسرة الجزائري؟، ما مدى نجاح الصلح لحل النزاعات الأسرية وإصلاح ذات البين وتقادي الطلاق بين الزوجين؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية والقيام بدراسة الموضوع ارتأيت تقسيم هذا البحث إلى مقدمة وفصلين، فالمقدمة تتضمن مجموعة من النقاط: بيان أهمية الموضوع، ودوافع اختياره، مع ذكر بعض الدراسات السابقة التي تتعلق بنفس الموضوع، مع تبيان مناهج البحث المعتمدة، وطرح الإشكالية، أما الفصلين تم تقسيم كل فصل إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين، وكل مطلب يتفرع إلى فروع.

حيث تم التعرض إلى الفصل الأول إلى ماهية الصلح في شؤون الأسرة، لتوضيح ذلك قسمت الفصل إلى مبحثين، إذ خصصت المبحث الأول منه إلى تحديد مفهوم الصلح في دعاوي فك الرابطة الزوجية، ولتبيان ذلك بدقة تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث تعرضت في المطلب الأول إلى تعريف الصلح لغة واصطلاحاً، أما المطلب الثاني تطرقت إلى مشروعية الصلح (القرآن والسنة).

أما المبحث الثاني من هذا الفصل خصصته لدراسة مسألة وجوبية الصلح في شؤون الأسرة، ولتبيان ذلك بدقة، قسمت المبحث إلى مطلبين، فالمطلب الأول تطرقت فيه إلى علاقة الصلح بالنظام العام، أما المطلب الثاني فخصصته إلى الصلح المنتج في بعض حالات التظليل.

المقدمة

أما الفصل الثاني فقد خصصته لدراسة دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة على تخلفه، حيث تناولت في المبحث الأول إلى دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، وتطرقت إلى الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي في المطلب الثاني.

أما المبحث الثاني تطرقت إلى الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح، حيث تناولت في المطلب الأول صحة الحكم القضائي، أما في المطلب الثاني تطرقت إلى بطلان الحكم القضائي.

وختم هذا البحث بالأفكار الأساسية والنتائج المتوصل إليها، قصد تفعيل الصلح في القضاء.

الفصل الأول

تمهيد:

لدراسة ماهية الصلح في شؤون الأسرة يتوجب علينا التطرق إلى مفهومه من حيث اللغة والاصطلاح، والتطرق كذلك إلى مشروعيته ثم تمييزه عن صور الصلح المشابهة له، وأيضاً بيان فيما إذا كان اعتبار الصلح إجراءً جوهرياً أو غير جوهري مع تحديد إذ كانت محاولات الصلح لها علاقة بالنظام العام .

ولتفصيل كل هذه يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين

- المبحث الأول: مفهوم الصلح
- المبحث الثاني: وجوب الصلح في شؤون الأسرة.

➤ المبحث الأول: مفهوم الصلح

الصلح هو العلاج الناجع لإزالة الخلاف و رفع الخصومة، والسبيل الأمثل لحفظ العلاقات واستقرارها وإدامة استمراريتها على أسس المحبة و الألفة والتعاون، فبه يقطع دابر المنازعة، ويضع حدا للخصومة، ومن هذا المفهوم نتطرق إلى تعريف الصلح

✓ المطلب الأول: تعريف الصلح

وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى تعريف الصلح لغة واصطلاحاً.

▪ الفرع الأول : تعريف الصلح لغة

الصلح من فعل صلح، يصلح، صلوحاً أو أصلح الشيء بعد فساده أقامه وأصلح الدابة: أي أحسن إليها فصلحت¹.

والصلح بالضم هو مصالحة القوم فيما بينهم خلاف المخاصمة، وبالكسر السلم، اصطلحوا وأصلحوا أو تصالحو مشدد الصاد مصدر للمصالحة والعرب تؤنثها واسم الصلح يُذكَر ويؤنث، فيقال الصلح جائز²، والصلح هو سلوك طريق الهدى أو هو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل

و الشرع³

و الصلح في لغة أيضا تصالح القوم بينهم، يقال أصلحوا أو صلحوا وتصالحو أو صلحو بتشديد الصاد، ويقال قوم الصلح أي تصالحو كأنهم وصفو بالمصدر⁴.

وقال الرجاني: « الصلح في اللغة اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة، وفي الشريعة عقد يرفع النزاع »

وقال الله سبحانه وتعالى: { وَالصُّلْحُ خَيْرٌ } سورة النساء (128)

أو يرد بمعنى آخر هو قطع المنازعات ما بين شخصين، من أجل أن يحل الوفاق محل الشقاق ويقضي على البغضاء بين المتنازعين.

1 - ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر بيروت، ص 516.

2 - المصدر نفسه، المجلد الثاني، ص 517.

3 - (المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط قاموس مطول للغة العربية، طبعة جديدة 1978، مكتبة لبنان، ص 515.

4 - ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث، دار الصادر، بيروت، ص 426

فمن خلال استعراض مختلف التعاريف الواردة في مجال الصلح لغة يمكن الوصول إلى نتيجة مفادها أن الصلح في اللغة يقصد به عدة معاني فهو كلمته مشتركة مع المعاني السالف ذكرها.

الفرع الثاني: تعريف الصلح اصطلاحاً لقد المذاهب الأربعة قامت أيضاً بتعريف الصلح،

- فعن المذهب الشافعي عرفه فقهاءه: «الصلح هو العقد الذي ينقطع به النزاع وتنتهي به الخصومة»⁵
- أما فقهاء المذهب الحنبلي: «الصلح هو معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين أو المتخاصمين. فهذا التعريف أشبه بتعريفه في المذهب الشافعي»⁶
- أما فقهاء المذهب الحنفي: «الصلح هو عقد رضع لرفع المنازعة أو عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي»⁷

ومن خلال هذه التعاريف السالفة الذكر تبين أنها تتشابه وتكاد أن تكون متطابقة ومتفقة مع بعضها البعض رغم وجود بعض الاختلافات في صيغ التفارق التي لا تؤثر على جوهر التعرف، حيث استعمل الفقه الشافعي عبارة (قطع النزاع) في عبارة (رفع النزاع) فكل هذه العبارات متشابهة في المعنى.

- أما عن المذهب المالكي عرفه: «الصلح هو انتقال عن حق أو دعوى لرفع النزاع أو خوف وقوعه»

فإن التعريف الرابع هو تعريف المذهب المالكي، لأنه أعطى للصلح دوراً جديداً لم يكن له وجود في التعريفات السابقة لكونه جعل الصلح ليس رافعاً للنزاع فحسب بل مانعاً من وقوعه أيضاً، فأعطاه دوراً وقائياً، فبهذا امتاز هذا التعريف عن التعريفات التي ذكرتها المذاهب الأخرى.

كما قد عرف العديد من الفقهاء مصطلح الصلح في كتبهم على أنه العقد الذي يرفع النزاع بغض النظر عن نوع ذلك الخلاف وأسبابه، وقد ورد:

⁵ - تقي الدين محمد الحسين الشافعي، المرجع السابق، ص 271

⁶ - عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، الجزء الثالث، منشورات العلي الحقوقية، الإسكندرية، 2005، ص 507

⁷ - محمد قدرى، مرند الحيوان إلى معرفة أحوال الناس، الطبعة الأميرية، طبعة 2، مصر 1909، ص 272

- في كتاب المغني لابن قدامه المقدسي: « الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين⁸. »
- وقد عرفه الدكتور أحسن بوسقيعة: « الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاع قائما أو محتما وذلك من خلال التنازل المتبادل⁹ »
- وعرفه أيضا الدكتور محمود سلامة زناني: « الصلح هو اتفاق حول عقد متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن ادعائه مقابل أداء شيء ما. »¹⁰
- اما العلامة ابن عرفة قد عرفه كالتالي: « الصلح هو انتقال عن الحق أو الدعوى لرفع النزاع أو خوف وقوعه¹¹ » .

أما الصلح في قانون الأسرة لم يعط المشرع الجزائري أي تعريف صريح وإنما اعتبره إجراء قضائي، فترك المجال مفتوحا للفقهاء هذا ما أعطى جانبا من الحرية له، حيث عرفه الفقهاء: بأنه إجراء تفرضه بعض القوانين على المتخاصمين، إلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة دعوى وخصوصا في مسائل الطلاق.¹²

يتبين من هذا التعريف أن الصلح جزء من إجراءات الخصومة ولا يندرج ضمن إجراءات الطلاق.

وفي إطار تعريف الصلح في شؤون الأسرة تجدر الإشارة أن الشرع خص نوعان من الصلح بين الزوجين وهما الصلح الإتفاقي حسب المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري و الصلح القضائي حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يجريه القاضي بين الزوجين.

أما الصلح في التشريع الجزائري فصحيح أن المشرع الجزائري لم يعرف الصلح في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولكن عرفه في القانون المدني الجزائري في المادة 459 من القانون المدني وذلك كما يلي: « الصلح عقد ينهي به الطرفان

8 - تقي الدين محمد الحسين الشافعي، كفاية الاختيار في حل غاية الاختصار، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، ص271

9 - أحسن بوسقيعة، المنازعات الجرمية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء، والجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر 1998، ص229

10 - محمد حسني وآخرون، الصلح في القانون الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 13، 2005 ص5

11 - عبد الرحمان عبد الله بن الصالح الدباسي، أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار النيرين للطباعة والنشر، بيروت 2004، ص21

12 - الصادق عبد الرحمان الزياتي، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة ريان، لبنان 2002، ص704

نزاعا قائما أو يستوفيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.¹³

الصلح يتضمن التنازل عن الحق كله و انما يتنازل كل من طرفين جزء مما يدعيه في مقابل التصالح ولهذا ينبغي ان تعاد صياغة المادة 459 كما يلي: الصلح عقد ينهي به طرفان نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن جزء من حقه¹⁴

والواجب أن يكون هذا الجزء المتنازل عنه كافيا لإنهاء النزاع.

نستنتج من هذه التعاريف أن الصلح هو تسوية للنزاعات بطرق ودية بين خصمين أو أكثر، وذلك في ظل وجود نزاع قائم أو يحتمل وقوعه، و يكمن دور الصلح في إنهاء النزاع وهذا بسبب التنازع المتبادل.

الطلب الثاني: مشروعية الصلح

¹³ - قانون رقم (58/75) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الطبعة 2013، 2014 ، المادة 459

¹⁴ - عبد الحكيم بن هبيري ، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر تخصص قانون الأسرة 2014-2015 ، ص 15

لقد تعددت الأدلة على مشروعية الصلح في عدة مجالات، فسننطلق إلى مشروعيته في القرآن الكريم في الفرع الأول ثم السنة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مشروعية الصلح في القرآن الكريم.

يعتبر الصلح من أعظم الأعمال البر والخير العظيمة التي أمر بها الله عز وجل في كتابه العزيز، لما له من أهمية بالغة في تسيير أمور الناس وحل الخلافات والنزاعات بينهم وذلك للمحافظة عليهم كمجتمع متآلف ومتماسك، ولقد وردت كلمة الصلح في القرآن الكريم في آيات كثيرة و سور متعددة ومتنوعة والدليل على ذلك قوله تعالى { وَ أَنْ خَفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمَا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } سورة النساء الآية 35 ، حيث يأمر الله عز وجل إِنْ علمتهم وقوع خلاف بين الزوجين واتساع أي شقاق بينهما فابعثوا إليهما برضاهما رجلا عادلا من أقاربه وحكما من أهلها، فيوكل الزوج حكمه في الطلاق وقبول عوض عليه وتوكل هي حكمها في الإختلاع فيجتهدان ويأمران الظالم بالرجوع أو يفرقان إِنْ رأياه، أي الحكمان بين الزوجين أي يقدرهما على ما هو طاعة من الإصلاح أو الفراق بكل شيء

وقوله تعالى { لا خير في كثر نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله فسوف نؤتيه أجرا عظيما } سورة النساء الآية 113. يعني بها الله عز وجل كلام الناس مايتناجون فيه ويتحدثون إلا في الأمر بصدقة أو معروف وعمل البر من بينه إصلاح بين الناس بطلب مرضاة الله لا غيره من أمور الدنيا¹⁵

قال الله تعالى { وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وان تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً } سورة النساء الآية 128. يقول عز وجل مخبرا ومشرعا من حال الزوجين، فما اذا خافت المرأة من زوجها أن ينفر منها، فله أن يسقط عنه حقها أو بعضه من نفقة وكسوة وغيرها ذلك من حقوقها عليه وله أن يقبل ذلك منها فلا حرج عليها، عند قوله وأحضرت الأنفس الشح أي الصلح عند المشاحة خير من الفراق¹⁶ ولقد حثت هذه الآية الكريمة على الصلح بين الزوجين، لما فيه من أجر عظيم للقيام بهذا الفعل، ولقد وصف سبحانه وتعالى الصلح بالخير بمعنى أنه يوقف الخلاف والشحناء بين الزوجين ولقوله أيضا {

15 - العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي، والعلامة جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي- تفسير

الجلالين - دار الإمام مالك- باب الواد- الجزائر 2010 - ص- ص 84 - 97.

16 - الإمام جلال الدين حافظ عماد الدين أبي الغداء- اسماعيل بن كثير القرشي- تفسير القرآن العظيم - الجزء الأول- دار إحياء الكتب العربية- مصر- ص323.

فمن خاف من موص جنفا أو اثما فاصلح بينهم فلا اثم عليه إن الله غفور رحيم { سورة البقرة الآية 182.

وجه الاستدلال من هذه الآية الكريمة هو رفع الإثم عن أصلح الوصية فمن خاف موص مخففا ومثقلا ميلا عن حق الخطأ أو بأنه تعمد ذلك بالزيادة على ثلث أو تخصيص مثلا فأصلح بين الموصي والموصى له بالأمر بالعدل و لا اثم عليه في ذلك فإن الله غفور رحيم أي يصفح عن من تاب إليه ويغفر له جميع زلاته¹⁷

ولقوله تعالى { إنما المؤمنون إخوة فاصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون } سورة الحجرات الآية 10 ، والمقصود في هذه الآية الكريمة أن المؤمنون إخوة في الدين فمن الواجب إصلاح بين الإخوة اذا تنازعا وهذا ما أمر الله عز وجل به في هذه الآية الكريمة¹⁸

قال الله تعالى { يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول فاتقوا الله و أصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله إن كنتم مؤمنين } . سورة الأنفال آية 1 أمرهم سبحانه وتعالى في هذه الآية الإصلاح ذات البين، وأن اتقوا عقاب الله ولا يقدمو على معصيته وترك المنازعة والمخاصمة بسبب هذه الأموال والالتزام بطاعة الله ورسوله إن كانوا مؤمنين، فإن الإيمان يدعو إلى طاعة الله ورسوله¹⁹

قد دلت العديد من الآيات القرآنية على الصلح، فهو نهج شرعي يسان به الإنسان وتحفظ به المجتمعات من الخصام والتفكك، فالصلح خير تحن به القلوب وتسكن به النفوس، فتتلاشى جميع النزاعات وخاصة بين الزوجين، فالصلح له أجر عظيم عند الله سبحانه وتعالى خاصة إذا ارتبط بالقيم الإيمانية.

الفرع الثاني: مشروعية الصلح في السنة

يعتبر الصلح من سمات المجتمع الإسلامي لقد دعت إليه السنة النبوية بدعوة صريحة، فهناك جملة من الأحاديث تدل على ذلك فمن أشهرها حديث أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها، أنها سمعت الرسول صلى الله عليه وسلم يقول " ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينهي خيرا أو يقول خيرا"²⁰ هذا الحديث دليل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم لقد أباح

17 - تفسير الجلالين- مرجع سابق- ص28

18 - الإمام محمد طاهر بن عاشور- تفسير التحرير والتنوير- الدار التونسية للنشر والتوزيع- 1984، ص515

19 - تفسير الجلالين- المرجع السابق- ص177

20 - الإمام العسقلاني ابن حجر- فتح الباري- شرح صحيح البخاري- الجزء الرابع- المطبعة المصرية - لبنان، سنة 1243- ص ص 228-229.

الكذب من أجل الإصلاح بين طرفين، لكون الكذب فيه خير بين الناس، وتقديرا لعظم الفعل، واعترافا بأهمية الدور

كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم "21

حث النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث المسلمين على وجوب الصلح بين المتخاصمين، ولقد خصهم الإهتمام بشأنهم، فالصلح الذي يحرم حلالا فهو كمصالحة الزوجة للزوج على أن يطلقها أو يتزوج عليها، أما الصلح الذي أحل حراما كالمصالحة على وطئ أمة لا يحل له وطؤها أو أكل مال لا يحل أكله أو نحو ذلك، ويقصد بالمسلمون على شروطهم أنهم ثابتون على شروط الجائزة شرعا التي تقع بينهم فيوفون بها ولا يرجعون عنها، لأن هذا من الوفاء بالعقود التي أمر الله بها²²

حديث أم الدرداء عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة قالوا بلى يا رسول الله. " إصلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة " بين صلى الله عليه وسلم أن درجة المصلح بين الناس أفضل من درجة الصائمين والمصلين والمتصدقين، لأن إصلاح سبب الإعتصام بحبل الله وعدم التفرق بين المسلمين.

- عن سهل بن سعيد رضي الله عنه أن أهل قباء اقتلوا حتى تراموا بالحجارة فأخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: " اذهبوا بنا نصلح بينهم "

في هذا الحديث الشريف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه أن يذهبوا لإصلاح بينهم فكان يذهب في الإصلاح حتى لو بعدت المسافة وهذا دليل على مشروعية الصلح لأنه يقطع النزاع ويؤلف بين المتخاصمين.

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " كل سلامي من الناس عليه صدقة وكل يوم تطلع فيه الشمس يعدل بين الناس صدقة "23

21 - أخرجه الترمذي- أبو عيسى محمد بن عيسى- الجامع الكبير- تحقيق عبد الباقي- الجزء الثالث- الطبعة الثانية- مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده- بيروت- 1968- ر ق م- الحديث 626/1352.

22 - أبو داود بن الشعث السحتاني- سنن أبو داود - كتاب الأفضية- باب في الصلح- طبعة أولى - دار ابن حزم - بيروت- لبنان- رقم الحديث 3173. - 4919

23 - ابن حجر العسقلاني- فتح الباري شرح صحيح البخاري- المطبعة السلفية- القاهرة- الجزء الخامس - ص299.

دل هذا الحديث على أن الصلح بين الناس هو نوع من العدل بينهم، فيما أن العدل جائز فحتى الإصلاح جائز فإن من يصلح بين الناس له أجر عظيم عند الله سبحانه وتعالى.

كتب عمر الخطاب إلى أبي موسى الأشعري "رد الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن" ²⁴

والمقصود من هذا أن المصلح لا يجعل من نفسه خصما لأحد المتخاصمين، فيمكن يقع الصلح بينها ويبقى العدا له.

عن أبي هريرة أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "تفتح أبواب الجنة يوم الإثنين ويوم الخميس، فبغفر لكل عبد لا يشرك بالله شيئاً إلا رجلاً كانت بينه وبين أخيه شحناء، فيقال انظروا هذين حتى يصطلحا، انظروا هذين حتى يصطلحا، انظروا هذين حتى يصطلحا". الصلح بين المتخاصمين يجب أن يكون على أساس كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وعلى المتخاصمين أن يؤمنون به. ²⁵

ولقد أجمع الفقهاء على مشروعية الإصلاح بين الناس وجوازه في جميع أنواع الصلح فيما فيه الصلح بين الزوجين، وقد استدلووا على ذلك بأقوال كبار الصحابة وأفعالهم، لما فيه من خير الذي لا يعد ولا يحصى، إذ به يذهب الشقاق ويقطع الخصومة وبه تنتشر المحبة بين الناس.

دلت هذه الأحاديث الشريفة دلالة قاطعة على مشروعية الصلح حيث أنه فضل على بعض العادات كالصلاة والصوم والصدقة، لأنه يشهر إحلال الألفة مكان الفرقة، ويستأصل داء النزاع قبل أن يستفحل.

المبحث الثاني: وجوبية الصلح في شؤون الأسرة .

محاولات الصلح في قانون الأسرة أثارت عة تساؤلات عن مدى الزاميتها ولق اختلف الكثير من الفقهاء ورجال القانون عند تفسير أحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنقسموا إلى اتجاهين، فهناك من يرى أن محاولة الصلح في الأسرة فإنقسموا إلى اتجاهين، فهناك من يرى أن محاولة الصلح في إجراء جوهرى من النظام العام، وأما الإتجاه الثانى فنظرتة رأية معاكس تماما بحيث يرى أن محاولة الصلح هي إجراء غير جوهرى وللفضل فيها سوف نتطرق سوف نتطرق في المطلب الأول إلى علاقة الصلح بالنظام العام أما المطلب الثانى سوف نتطرق إلى الصلح المنتج في بعض حالات التطبيق.

24 - رواه البخاري في صحيحه - باب فضل الإصلاح بين الناس - الحديث رقم 2828

25 - القرطبي- تفسير القرطبي- دار الكتاب العربي للطباعة- القاهرة - الجزء الخامس - ص 384

المطلب الأول: علاقة الصلح بالنظام العام.

بالإختلاف الكبير بين رجال القانون والفقهاء حول تفسير المادة 49 من قانون الأسرة فهناك من يؤيد أن الصلح إجراء جوهرى وهناك من يعارض ذلك ولهذا انقسم المطلب الى فرعين فستتطرق في الفرع الأول إلى تأييد الصلح كإجراء جوهرى ثم محاولات الصلح كإجراء جوهرى ثم محاولات الصلح كإجراء غير جوهرى في الفرع الثاني.

الفرع الأول: محاولات الصلح كإجراء جوهرى.

إن محاولات الصلح التي يجربها القاضي هي من الاجراء الجوهرى والزامية تكون سابقة عن الحكم بالطابق وتكون من النظام العام، نتعرض أولا إلى الإتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهرى.

أولا: الإتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهرى.

فسر الأستاذ العربى بالحاج نص المادة 49 من ق.أ بما يلي: "....نصا اجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق حيث يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق....." 26 وذهب

إلى القول أن "..... محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباري على القاضي القيام به....." 27 وذهب الأستاذ عمر زودة إلى القول أن "..... محاولة الصلح من المقترضات الموضوعية لصحة العمل القانوني" 28

واعتبر الأستاذ لحسن بن شيخ أن ملويا أن " محاولة الصلح إلزامية القاضي وهي من النظام العام ، لكون المشرع في م49 من ق.أ 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 جوهرى فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق" 29 وتضيف الأستاذة بوكاس سمية"..... مما يعني أن محاولة الصلح هو إجراء جوهرى و وجوبى أقره المشرع

26 - بلحاج العربى - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- الجزء الأول- ديوان المطبوعات الجامعية-

الجزائر 2002-ص357

27 - زودة عمر - طبيعية أحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها - مذكرة لنيل شهادة ماجيستر في القانون - كلية

الحقوق- بن عكنون- الجزائر 2001/2000 - ص35

28 - زودة عمر - نفس المرجع المذكور أعلاه - ص356

29 - بن شيخ اثمليوا لحسين - الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية - الجزء الأول- دار هومه- الجزائر -2005-ص197

من أجل جعل الطلاق بإرادة الزوج تحت رقابة القاضي³⁰، أما الأستاذة بن حليمة يمينة ترى أن " المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعبر عن عرض الصلح بأنه التزام وجوبي يقع على عاتق المحكمة فالمقصود بذلك تطبيق هذه المادة ليس اختياريا وإنما هو مفروض عليها بحيث لا تلجأ إلى الفصل في النزاع قبل محاولة إنهائه ملجأ أو عجزها عن ذلك، فيتوجب أن يتبين من ملف الدعوى أن المحكمة قد أوفت والتزمت بعرض الصلح"³¹، وتضيف الأستاذة تشوار حميدو زكية من خلال ملاحظة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا هذا الموقف يبين بوضوح أن محاولة الصلح إجراء جوهرية على القضاة إتباعه وإلا عرض قرارهم للطعن، هذه القاعدة في نظر هذا الاتجاه من النظام العام ولا يمكن القاضي الاستغناء عنها أو تجاوزها وبمعنى أدق أن المستفاد من هذه القرارات الحكم بالطلاق يركز أولا على محاولة الصلح و أن تقدير نتيجة هذه المهمة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي ينبغي عليه القيام بها"³²

ويرى الأستاذ حمليل صالح أنه: " يعتبر إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية التي يتم القيام بها سواء تتعلق بأمر الطلاق بالتراضي أو بالإرادة المنفردة للزوج وفي حالة التطبيق أو الخلع، وهذا ما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة وإجراء الصلح إجراء جوهرية من النظام العام وعدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم خلافا لبعض قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت الصلح إجراء غير جوهرية إلى أن استقر الأمر على إجراء الصلح إجراء جوهرية وهو ما تم تكريسه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية"³³ أما الأستاذة بوزيدة وردة ترى أنه " أن القاضي يسعى لأن يكون حكمة معييا، يستوجب الطعن فيتمسك بمحاولة الصلح كإجراء يدخل ضمن مهامه القضائية"³⁴ وأضافت أيضا رغم غياب نص صريح يدل على إلزام القاضي بإجراء محاولة الصلح غير أن نص م49 من قانون الأسرة

30 - بوكاس سمية- المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقي القضاء- على جميع أشكال التمييز ضد المرأة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان- 2014/2013 - صص 111-110

31 - بن حليمة يمينة - خصوصية إجراءات التقاضي في دعوى شؤون الأسرة- دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون - كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة ابن خلدون- تيارت - 2012/2011- صص 113

32 - تشوار حميدو زكية- مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق- عدالة القانون أم عدالة القاضي- مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أبو بكر بلقايد عدد 10- 2010- صص 121.

33 . حمليل صالح- إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري - محلية الفقه والقانون العدد 19- ماي 2014 - صص 14

34 - بوزيد وردة- الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية- مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون - كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي- 2011/2010 - صص 9

جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات الصلح مما يفهم أن المشرع يريد التأكيد على وجوب القيام بمحاولة الصلح³⁵

ثانياً: الإتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري.

قضاء المحكمة العليا كان يستقرأ بخصوص إجبارية محاولة الصلح عندما كان يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه لنص المادة 17 منه.³⁶ ولقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 1968/07/03 " أن التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفاً للقانون"³⁷ أما بعد صدور قانون الأسرة في سنة 1984 استقرأ أيضاً قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولة الصلح في قراره الصادر في 1989/12/25 " على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي" و إذا تم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس لما قضي بالطلاق دون مراعاة أحكام المادة 49 يكون قد خالف القانون بقضائه ونجاوز اختصاصه"³⁸ وأيضاً في قرار الصادر عنها في 1991/06/18 أين جاء في إحدى القرارات المحكمة العليا أن الحكم

بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون وقد جاء تحيينهما كما يلي " بالرجوع إلى قرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفاً للقانون، خصوصاً المادة 49 من قانون الأسرة الذي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة، وذلك بمصادقته على حكم القاضي بالطلاق، دون قيامه بإجراء محاولة 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 بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفته ما يستوجب نقضه"³⁹ ويبقى هذا على نفس المنوال حتى ويعد تعديل قانون الأسرة 2005. وفي قرار آخر صادر في

³⁵ - بوزيد وردة- نفس المرجع - ص20

³⁶ -المادة 17 من الأمر رقم 154/66 - المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية معدل ومتهم .

³⁷ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - دون رقم - مؤرخ في 1968/07/03 - مجلة الأحكام لوزارة العدل - الجزء الأول - دون سنة النشر-ص - ص 49- 51.

³⁸ - المجلس الأعلى للقضاء-غرفة الأحوال الشخصية- قرار رقم 57812- مؤرخ في 1989/12/25- المجلة القضائية

العدد03 - 1991- ص71

³⁹ - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار برقم 75141 - مؤرخ في 1991/06/18 - المجلة القضائية

العدد01 - 1993 - ص65

2014/06/14 أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولات الصلح فإذا لم يحضر الطرفين فيحضر محضر للصلح إثبات ذلك⁴⁰

الفرع الثاني: محاولات الصلح كإجراء غير جوهرية.

هناك من يعتبر أن محاولات الصلح هي إجراء غير جوهرية وليس لها علاقة بالنظام العام، هذا من ناحية الفقه أولا ثم من ناحية القضاء ثانيا فحين ننظر إلى بعض قرارات الصادرة عن المحكمة العليا، نجدتها تنص على أن محاولة الصلح بين طرفي العلاقة ليست من إجراءات جوهرية.

أولا: الاتجاه الفقهي المنكر لفكرة الصلح كإجراء جوهرية.

- الأستاذ لمطاعي نور الدين يرى أن " محاولة الصلح تعد من النظام العام ، بل في بعض الحالات إجراء محاولة الصلح من قبل القاضي شؤون الأسرة يعد في حد ذاته إجراء مخالف لنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين وراء أن محاولة تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام" ⁴¹ ولقد ذهب الأستاذ الأنور عبد الرخيم إلى القول أن " لقد قضى المجلس الأعلى بأن عدم القيام بمحاولة الصلح ليس من النظام العام، وأنه يمكن تغطية هذه المحاولة بتصدي للموضوع" ⁴²

والأستاذ عادل بوضياف يرى " أن 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 يقيد بطلان العمل الإجرائي..... وأن الصلح يعد بذاته محاولة تقريب وجهتي نظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق" ⁴³.

ورأى أيضا الأستاذ زيدان عبد النور أن "..... بعد أن كان المرفق لدى المحكمة العليا مستقر على إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، نجد بعض القرارات التي تقيد عكس هذا تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سواء إجراء شكلي غير جوهرية والغاية منه

40 - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 687997 - المؤرخ في 2012/06/14 - غير منشور

41 - لمطاعي نور الدين- عدة الطلاق الرجعي وأثاره على الأحكام القضائية - الطبعة الثانية- دار فسيلا - الجزائر - 2009- ص141

42 - الأنور عبد الرحيم - نظام الطلاق في الجزائر - مذكرة لنيل الدراسات العليا - معهد الحقوق- جامعة الجزائر - الجزائر - السنة الجامعية 1975 /1976 - ص81

43 - عادل بو ضياف - الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية - أحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية - الجزء الأول- الطبعة الأولى - كليك للنشر- الجزائر- 2012- ص444

هو الوضع دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي لا يترتب على مخالفته بطلان ونقص العمل القضائي المترتب مخالفة له"⁴⁴ فبخصوص بعض الحالات يلاحظ أن محاولة الصلح تصبح في دعاوي الطلاق غير ضرورية فيفهم من هذا أنها إجراء غير جوهرى بالنظر إلى وقائع بعض هذه الحالات التي من بينها قال الأستاذ عبد العزيز سعد أن " حالة ما إذا اتفق الزوجان على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك وحالة ما إذا أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضه المطلق لمبدأ الصلح "⁴⁵ فمن هذا المفاهيم تعتبر محاولة ليس لها من فائدة عندما تتمسك الزوجة بالتطبيق لوجود سبب من الأسباب المشروطة.

ثانيا: الاتجاه القضائي المنكر لفكرة الصلح كإجراء جوهرى.

قضت المحكمة العليا في قراراتها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق، إذا لم يقيم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين حيث أنه في قرارات أخرى أخص منها منها مغيرا باعتباره محاولة الصلح ليست إجراء جوهرى ومن بين هذه القرارات نجد القرار الآتي الذي قضى بما يلي " إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوي الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق والتطبيق تصدر نهايته"⁴⁶ ولق قضى أيضا المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بأن محاولة الصلح جوازيه⁴⁷ كما أن المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالصلح نصت على ما يلي " يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أي مادة كانت، ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك ويتركه إن تعذر عليه الأمر ولا يأخذ عليه إن هو تركه.....". فيفهم من نص هذه المادة أن الصلح عاما وجوازي فالقاضي له حق القيام بفعله أو تركه، وأكدت غرفة الأحوال الشخصية لدى المجلس الأعلى في قرار آخر لها أيضا على أن " محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إن

44 - زيدان عبد النور - الصلح في الطلاق- دراسة النصوص القانونية والفقهية وفي الإجتهد القضائي - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر- السنة الجامعية 2006/2007-ص118

45 - سعد عبد العزيز - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- الطبعة الثانية - دار البحث للطباعة والنشر قسنطينة- الجزائر- 1989-ص384.

46 - المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- قرار رقم 36962 مؤرخ في 1985/06/03- المجلة القضائية - عدد02-1990-ص40.

47 - المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية- القرار رقم 36962 - المؤرخ في 1988/07/18- المجلة القضائية - العدد02 -ص65

محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي الموعدة⁴⁸ وورد كذلك في القرار آخر لها والذي قضي بما يلي: " عدم حضور أحط الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات بجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوة رغم عدم حضور أحدهما في المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاث أشهر " ، فالواضح من هذا القرار أن القاضي قبل قيامه بنطق حكم الطلاق يجري عدة محاولات الصلح فإذا لم يقم أحد الزوجين بالحضور فينطق بحكم الطلاق.

بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 استمر المجلس الأعلى باعتبار الصلح إجراء غير جوهري وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرف الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 الذي قضي ما يلي: " محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط وليس أمام المجلس "

إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، فإن محاولة الصلح التي ذكرتها المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعدة⁴⁹

وفي قرار آخر لها لقد جاء فيه " وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولة الصلح، إلا أصبح الوجوب المنصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة بدون جدوى، وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم مطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني، فمدام أن المطعون ضده لم يحضر جلسة الصلح فهنا لم يبقى من النزاع ما يتطلب الفصل فيه ما يتعلق معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة⁵⁰

هناك اتجاهين إما من المنكر والمؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري برز صدور قانون إجراءات مدنية والإدارية بموقفه محاولا إزالة الغموض حسم الأمر وهذا من خلال نص مادته 439 والتي اعتبرت هي الحل الفاصل بجعل محاولة الصلح إجراء وجوبي " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية " وفي هذا السياق فسرت الأستاذة قويدى خيرة هذه المادة كما يلي " أبانت ممارسة العملية في ظل المادة القديمة بأن كان يعترئها بعض القصور بحيث أن محاولته للصلح كانت تعد إجراء شكلي تقوم به المحكمة تارة وتغفل عنه تارة أخرى ويظهر ذلك من خلال قراراتها الغير مستقر فيها ولكن بمجرد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أنزل التناقض الذي وقع فيه القضاة وأصبحت الأحكام

48 - المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 200198 - المؤرخ في 21/07/1998 - نشرة القضاة - العدد/56-2000 ص40.

49 - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 356637 - المؤرخ في 13/06/2007 - غير منشور.

50 - المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 0798882 - المؤرخ في 09/05/2013 - المجلة القضائية - العدد 01/2013 - ص286.

موحدة وهذا بناء على المادة 439 منه التي نصت بقولها "محاولات الصلح وجوبية" هذه المادة جاءت بصيغة الأمر لأن استعمال لفظ الوجوبية من شأنه أن يلزم القاضي بقيام بإجراء الصلح⁵¹ فالتعديل الأخير لقانون الأسرة 2005 لم يلح على إلزامية الصلح في الطلاق فنلاحظ من خلال النص أن المشرع لم يأتي بالجديد بشأن إلزامية محاولة الصلح، بل المشرع الجزائري تدارك العيب وهذا من خلال 439 من قانون الإجراءات المدنية لذلك ما أوجب الحمل بهذا النص والقول أن محاولات الصلح وجوبية . بالرغم من تعديل المادة 49 من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 02-05 فهذا لم يزل تناقض والغموض الذي وقع فيه القضاة حول محاولات الصلح والزاميتها لهذا لا يزال التساؤل عن الصلح مطروح هل هو إجراء جوهري أو غير جوهري؟ وهل بعد صدور المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تغير الوضع؟.

في الحقيقة أي شيء لم يتغير بخصوص محاولات الصلح سواء من قانون الأسرة الصادر في سنة 1984 أو تعديله لسنة 2005 أو في ظل قانون الإجراءات المدنية التي الغي وحتى بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقي على نفس المنوال ففي حقيقة الأمر وجدت المادة 49 من قانون الأسرة تساؤلات عدة وهذا يرجع إلى سوء تفسير القانون وهذه المادة تكلمت عن الصلح منذ سنة 1984 وحتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 ففي سنة 1984 كانت هذه المادة تنص عن محاولة الصلح واحدة وبعد تعديل سنة 2005 تم زيادة عدد محاولات الصلح وهذا من أجل الحفاظ على الأسرة وحمايتها من التفكك.

المادة 49 خصها المشرع بمخاطبة القاضي لا المتقاضين حيث نصت كما يلي " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى فالمشرع هنا فرض على القضاة إجراء محاولة صلح على أن لا يتجاوز 3 أشهر عن مدة رفع الدعوى لكن المشرع لم يرتب أي إجراء بخصوص مخالفة القاضي لهذا الإجراء ولقد تبنى المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الشق المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام قسم الشؤون الأسرة من خلال نص المادة 439 منه بوجوبية محاولة الصلح، ففي كلتا النصين ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة أمرية لكن لم يفيدها جزاء عند مخالفتها فهذه الأخيرة تنقسم إلى نوعين قاعدة أمرية تتضمن جزاء عند عدم مراعاة أحكامها، وقاعدة أمرية لا تتضمن جزاء على عدم مراعاة أحكامها فالمشرع إذا لم يرتب جزاء فهذا يدل دلالة قاطعة على أن في حالة ما إذا لم يرقم بذلك العمل فلا أثر يترتب عليه فيستخلص من هذا بأن الصلح إجراء غير جوهري.

51 - قويدري خيرة- حالات التطلق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء- رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون- كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر- السنة الجامعية 2008/2009- ص211

بعد سنة 1984 أصبح إجراء محاولة الصلح جوهرية فمن النظام العام كما يجوز لطرفي الدعوة إثارته فالمادة 49 من قانون الأسرة⁵² لم تجعل إجراء محاولة الصلح جوازية⁵²، قانون الأسرة اعتبر الصلح هو من أجل العدول فإذا لم يكن الصلح فالطلاق لا أساس له.

فالمصالحة لا بد أن تكون بين الزوجين أولاً فإذا وقعت بينهما لا يحزر محضر عدم الصلح وبالتالي تسقط فكرة الطلاق أما إذا قام القاضي بمحاولات الصلح وفشل فيها تكون النتيجة بعدها بالطلاق فلا بد أن يكون الصلح سابق وأولي ثم التطرق إلى الطلاق. القاضي في هذه الحالة يمكن دوره من التأكد على العمل بالقاعدة القانونية وعدم العمل بها يعرقل سير العدالة ففي هذه الحالة يفصل القاضي واقعة الطلاق عن محاولة الصلح وبالتالي نستخلص أن الصلح مرحلة لا علاقة لها بالطلاق الذي يتوقع في غالب الأحيان وقوعه.

القاضي يمكنه عدم إجراء الصلح لاسيما إذا تأكد بأحكام المادة 51 من قانون الأسرة فلا يمكن القيام بالصلح بين المرأة والرجل إذا طلقها ثلاث مرات متتالية فهذا مخالف للنظام العام وشريعتنا الإسلامية فلا يمكن للرجل أن يراجع المرأة التي طلقها ثلاثاً، فمن يقول أن الصلح إجراء جوهرية فهو يؤمن فقط لطلاق القاضي ولا يراعي طلاق الزوج وبالنسبة له الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة وإن طلاق الزوج هو مجرد ألفاظ فقط غير محتسب له فالطلاق في المحكمة يكون رجعيًا أما إذا كان من الزوج بثلاث طلاقات فلا يمكن مراجعة طليقته.

عدم قيام القاضي بإجراء الصلح يمكن أن يعرضه إلى مسألة تأديبية من طرف مفتشيه القضاء من الوزارة، فالصلح يمثل دوراً هاماً لما يجريه القاضي فإذا لم يقم به لا تعالج الخطأ بالخطأ آخر عندما نأخذ بقرار بطلان والحكم بالطلاق فالمادة 49 من قانون الأسرة لا تتعلق بإجراءات الطلاق ولا تحتاج إلى إجراء الصلح من أجل إيقاع الطلاق فإجراؤه يكون من أجل إقناع الزوجين بضرورة مواصلة الحياة الزوجية وحماية الأسرة من التفكك فيستخلص مما سبق أن محاولات الصلح لا تعد إجراء جوهرية.

المطلب الثاني: الصلح المنتج في بعض حالات التظليق.

الصلح يعتبر منتج في بعض الحالات التظليق بناء على الإنفاق في الفرع الأول، التظليق لمخالفة أحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عدم الوفاء بها في الفرع الثاني، حالات التظليق للشقاق المستمر بين الزوجين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التظليق بناء على عدم الإنفاق.

52 - بن شيخ آيت ملويا حسن - المرشد في قانون الأسرة- دار هومة- الجزائر- 2016/2015- ص134.

إن النفقة مقرر شرعا وقانون فهي من واجبات الزوج على الزوجة والأولاد فإذا لم يتم بالإتفاق عليهم يحق للزوجة طلب التطلق، لأنها أثار من أثار الزواج، فلقد ذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد جواز التطلق لعدم النفقة والتي تشمل الغداء والكساء وكل شيء ضروري وقد استدلوا من الشريعة بما يلي لقوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}.

عدم الثقة على الزوجة ينافي الإمساك بالمعروف لأن فيه ضررا لها فلا بد من التسريح وهذا ما يقرره القاضي ولقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار".

فإن لم يتم الزوج بالنفقة فيكون قد تسبب في ضرر للزوجة ومن واجب القاضي إزالة هذا الضرر. أما المذهب الحنفي ذهب إلى عدم جواز التطلق لعدم الإتفاق سواء السبب مجرد امتناع أم الإعسار ولقد استدلوا بما يلي لقوله تعالى في كتابه العزيز { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَاتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقَهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ وَلَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَىٰ مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ بَعْدَ الْعُسْرِ يُسْرًا }، حسب هذا المذهب المرأة هنا تملك وسيلة للحصول على نفقتها فقط وحكم هذا المذهب لا يسعها على الانفصال.⁵³

إن الصحابة رضوان الله عليهم كان منهم الموسر والمعسر ولم يعرف في أي أحد من الأيام أن الرسول صلى الله عليه وسلم فرق بين الرجل وامرأته بسبب عدم النفقة لفقره .

وابن القيم الجوزية ذهب إلى جواز التفريق للإعسار وذلك في حالتين فقط⁵⁴ : فالحالة الأولى إذا كان الزوج قادر على الإتفاق على زوجته ولم يتم بذلك ولم تقدر الزوجة على أن تأخذ نفقتها منه فيحق لها الطلب بالتفريق أما في الحالة الثانية إذا قام الزوج بالكذب على زوجته في العقد بالقول أنه غني ثم بعد ذلك يتبين لها أنه فقير وفي هذه الحالة لها حق طلب الفسخ أيضا.⁵⁵ نستنتج من آراء المذاهب أن المرأة التي أعسر زوجها بالنفقة هي مخيرة بين الصبر عليه وبين فراقه وهذا على حسب ما تقدمه من أدلة لأن هذا فيه حقا عادلا للمرأة ويرفع الظلم عنها أما المذهب الحنفي فالتفريق عندهم غير واجب يحدث فقط عندما لا يوجد بديل.⁵⁶

53 - محمد كمال الدين امام - أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون وقضاء الأحوال الشخصية - دار جامعة الجديدة للنشر - 2007- ص79

54 - سليمان ولد خمال- المميز في شرح قانون الأسرة الجزائري- شركة الأصاله للنشر والتوزيع- الجزائر العاصمة- الطبعة الثانية-2012-ص155

55 - حفيظة فضلة- الظلل كسبب ذلك لذلك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري- مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون شعبة القانون الخاص تخصص قانون شؤون الأسرة كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سكيكدة - ص155

56 - محمد عقلة ابراهيم- الزواج والفرقة في الفقه الإسلامي- دار نقاش للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى- الأردن- 2014- ص256

أما المشروع الجزائري قدم نصيباً من الاهتمام في قانون الأسرة و يظهر هذا من خلال المواد العدة التي ذكرها و التي تتحدث عن النفقة و جاء هذا في الباب الثاني من الفصل الثالث المتعلق بانحلال الزواج من قانون الأسرة و قد حصر هذه المواد من المادة 74 إلى غاية المادة 80 من نفس القانون حيث تحدث عن كل ما يتعلق بالنفقة⁵⁷ . لقد أوجب المشروع النفقة على الزوج للزوجة ابتداءً من العقد عليها و يتأكد هذا الواجب بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية و يبقى هذا مستمر ما دامت الحياة الزوجية قائمة و هذا ما نصت عليه المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها ما يلي "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ، مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون" و لهذا أعطى المشرع للنفقة اهتماماً كبيراً للإيقاع على الزوجة في كل الأحوال و أكد على إلزاميتها في التسديد فإذا قام الزوج بالإخلال بها فيحق للزوجة طلب التقريب و لقد نصت المادة 78 على كل شروط النفقة أي ضرورتها في العرقلة العادية فالتزام الأب بالنفقة هو التزام مؤقت فبالنسبة للذكور تتوقف النفقة عنهم بمجرد وصولهم سن الرشد أما الإناث فتتوقف عنهم بمجرد الدخول.(أي دخول البيت الزوجية) وقد تسم النفقة على الذكور في حالة ما إذا كان الولد عاجز لآفة عقلية أو بدنية أو لا يزال في مقاعد الدراسة و هذا ما جاءت به المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري و التي نصت على مايلي "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاوياً للدراسة و تسقط بالإستغناء عنها بالكسب ، أما إذا كان الأب عاجز عن دفع النفقة فتلزم الأم بدفعها متى كانت قادرة و هذا ما نصت عليه المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص على أنه" في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك".

وإذا فشلت محاولة الصلح بين الزوجين التي يجريها القاضي فمن الواجب عليه أن يحسم في أمر النفقة التي تشمل كل ضروريات الزوجة لكن على القاضي مراعاة الطرف الآخر و ظروفه المعيشية لا يمكن أن يحمله شيء فوق طاقته و هذا ما نصت عليه المادة 79 من قانون الأسرة " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش، و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم" وفي قرار آخر لدى المحكمة أن ((الأب ملزم بدفع نفقة المحضورة بما فيها أجره السكن و لا يشاركه أحد غيره))⁵⁸

كم أن المادة 72 من قانون الأسرة أقرت في أحكامها أنه لا بد من توفير السكن للمحزون من قبل والده و هذا لأجل حمايته و حماية صحته و أخلاقه فإذا توفر السكن فما عليه الدفع جعل

57 - نجيم جمال- مرجع سابق- ص 216

58 - المجلة القضائية- عدد 01 - 2004 - ص 279.

الإيجار، فالغرض من جلسات الصلح تعد في بعض الأحيان لا تكون لدفع الزوجة على تراجع عن طلب التطلق وإنما تكون مناسبة لمناقشة الأمور الخاصة بالنفقة، وتناقش كل هذه الأمور بحضور كل من الزوجين، كما أن القانون يخول للزوجة حق متابعة زوجها جزئياً وهذا طبقاً لمادتين 330 و 331 من قانون العقوبات وهذا بتهمة الإهمال العائلي وعدم النفقة، فالمادة 331 تنص على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة 50000 دج إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة لإحالة أسرته، وعن أداء كامل فيه النفقة المقررة عليه إلى زوجه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة....".

الفرع الثاني: مخالفة أحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عدم الوفاء بها.

تعد مخالفة أحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عدم الوفاء بها سبب من أسباب طلب التفريق وهذا بموجب الأمر رقم 05/02 في فقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة ففي حقيقة الأمر أن المشرع هو الذي يرتب آثار عقد الزواج وهذا من أجل حماية العقد لكي لا يتعرض إلى شروط تتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية ولكن باستثناء ذلك يبقى الحق للزوجين بحماية عقد زواجهما بالشروط التي يرونها مناسبة لهما التي تكون مهمة وتعديل من آثار هذا العقد إما بالزيادة أو النقصان مثال عن ذلك اشتراط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها أو تشتترط إكمال دراستها أو عملها⁵⁹ ، وهذا ما تنص عليه المادة 19 من قانون الأسرة والتي جاء في نصها ما يلي: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرى بأنها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون."

ومن الشروط ما هو صحيح لا يتنافى من المقصود من الزواج فيعمل به، ومنها ما هو فاسد يناقض الغاية من الزواج فاشتراطها يوحي إلى بطلان العقد كزواج الصغار بأن يشترط كل من الرجلين أن يزوج وليته للأخر دون مهر أو نكاح محلل، أو زواج المتعة أو تعليق الزواج على شرط مستقبلي، ومنها شروط خارجية عن ماهية عقد الزواج اختلف الفقهاء حول أثرها قبل وبعد الدخول، والقول الفصل بشأنها يعود إلى الفقهاء⁶⁰ إذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ورفع الزوج أمثاله لهذا الشرط كرفضه لشرط الزوجة بعدم الزواج عليها ففي هذه الحالة لا يجوز لها أن تبقى مستمرة في هذه العلاقة وإنما لها الحق في طلب التطلق لكن من الواجب أن يكون الشرط مكتوبا في عقد رسمي ويحق لها طلب التعويض

59 - بولحارس صافية- سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بشرط عقد الزواج- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون - كلية الحقوق بنعكون- جامعة الجزائر- السنة الجامعية 2013/2014- ص02.

60 - نجيم جمال- المرجع السابق- ص52

منه وهذا ما نصت عليه المادة 53 مكرر من قانون الأسرة أنه "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها بهذا النص الجديد وضع المشرع حدا للغموض الموجود في قانون الأسرة بشأن هذه المسألة⁶¹ القاضي في جلسات الصلح ومن خلال السماع إلى الزوجين لتصريحاتهما فقد يجد أن النزاع غير متعلق بعدم الوفاء بالشرط وإنما حول صحة شرط من الشروط. فالقاضي له سلطة تقديرية في اختيار الرأي من أراء الفقه في هذا المجال فقد يكون الشرط صحيحا، لكن يتعذر الوفاء به فيحاول القاضي إقناع الزوجين إما بتعديل الشرط أو الإعفاء منه، وذلك من أجل ضمان استمرارية الحياة الزوجية⁶².

لقد جعل المشرع الجزائري لهذه المسألة الأزواج يتفنونون في وضع الشروط في عقد الزواج وذلك على حسب رغبتهم ومبتغاهم، دون الرؤية إلى جانب الوازع الديني، ولا جانب القانوني، فأعطى حرية الأزواج في إنشاء الشروط في العقد، وهذا ما أدى إلى ظهور شروط غير معروضة، وذلك نتيجة لاتساع الحرية الفردية، ورغبة كل من الزوجين في تأسيس حياة زوجية خاصة به وحسب ظروفه.

القاضي في جلسات الصلح يكمن دوره في مراقبة صحة الشروط المقترنة بعقد الزواج، كما يكمن دوره في ابطال هذه الشروط كما عليه مسايرة مبدأ حرية الاشرط، فإذا أخل الزوج بعدم الوفاء بشرط ترك الزوجة أن تواصل دراستها، فهنا القاضي يحاول أن يقنع الزوجين في جلسة الصلح بأن للمرأة حق في التعليم، وتحسين مستواها، لكون المرأة تشكل نصف المجتمع، وأن الأسرة تحتاج إلى أمهات متعلمات قصد منح الأمة جيل واعى ومتقف، فشرط مواصلة الدراسة لا يأتثر على عقد الزواج، فإن طلب الزوجة للعلم لا يعود عليها وحدها بالمنفعة وإنما لسائر أفراد الأسرة والمجتمع.

أما في حالة عدم الوفاء بشرط عدم الزواج عليها فهنا يحاول القاضي في إقناع الزوجة في حلبة الصلح بأن هذا الشرط في حد ذاته لا يخالف مبدأ التعدد ولا يقيد الزوج كذلك فهذا الشرط قد أثار جدلا كبيرا لكونه مرتبط بمبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث مشرع جسد هذا الشرط من خلال نص المادة 08 من قانون الأسرة.

فقد ذهب قضاء المحكمة العليا إلى القول أنه: "من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكرامة، لما فيه من

61 - لحسن بن شيخ آث ملويا- المرشد في قانون الأسرة- دار هومة - الجزائر - الطبعة الثالثة- 2018- 2016 -ص166.

62 - بولحراس صافية- المرجع السابق- ص02.

التحجير لا يلزم الزوج به ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية⁶³

وظهر قرار آخر مناقض له والذي جاء فيه ما يلي: " حيث أنه من المقرر فيه فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، يشترط أن تحل حراما أو تحرم حلالا ويشترط أن لا تناقض روح العقد"⁶⁴

أما في حالة عدم الوفاء بشرط عمل الزوجة فالقاضي يعلم كل من الزوجين في جلسة الصلح أن الأصل الزوجة في شريعة الإسلامية تبقى في البيت الزوجية والحرص على قيامها بشؤون الأسرة ما دام الرجل يكفلها من كل شيء كفاية.

أما الدستور الدستوري الجزائري أعطى الحق للمرأة و الرجل في العمل وذلك من خلال نص المادة 55 و التي نصت على ما يلي " لكل المواطنين الحق في العمل" أما المادة 67 من القانون نصت على أنه " لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة" فإن عمل المرأة خارج البيت لا يعد من مسقطات الحضانة ، و لا بد من وجود ضوابط في عملها بشرط أن لا تتنافى مع طبيعتها كأنثى، بما أن الزوج وافق في بداية العقد على عملها فمن المفروض أن تكون هذه الموافقة دائمة بدوام عقد الزوج ، إلا إذا كانت متعسفة في استعمال حقها، و إذا رفضت الزوجة عن تركها للعمل ففي هذه الحالة لا تعتبر ناشرا.

الفرع الثالث : التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين.

أن الشريعة الإسلامية في أصولها لا تعطي للمرأة الحق في طلب التفريق . إذا كان بينها و بين زوجها شقاق دائم ، لأن حسب الشريعة الإسلامية لا يعد سببا من أسباب التي تطلب عليها الزوجة التطلاق، لهذا السبب لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل تعديله، فإذا كان الشقاق بين الزوجين فيرسل حكما من أهلها و أهله ويقوما بالصلح بينهما وهذا حسب ما أكدته الشريعة الإسلامية، لكن التعديل الذي طرأ على المادة 53 من قانون الأسرة بموجب أمر رقم 05/02 المؤرخ في 2005/02/27 ، أدخل الشقاق المستمر بين الزوجين واعتبره سببا من أسباب التطلاق .

⁶³ - المجلس الأعلى السابق- غرفة الأحوال الشخصية- قرار رقم 49575 مؤرخ في 20/06/1988- المجلة القضائية

عدد02- 1991-ص54

⁶⁴ .المجلس الأعلى سابقا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار المؤرخ في 03/03/1917- نشره القضاء- عدد02- 1972- ص39.

لقد قضى قرار المجلس الأعلى سابقا الصادر بتاريخ 1985/05/20، على أن " من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررا بينا وأقنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حل إلا بفك الرابطة الزوجية"، نستنتج من هذا القرار أن الرابطة الزوجية قد تتعرض في بعض الأحيان إلى خلافات تعكر صفوها مما يؤدي إلى الخصومات والقسوة، وبالتالي تتحول الحياة بين الزوجين إلى جحيم بسبب هذا الشقاق المستمر.

إذا ثبت للمحكمة يعد إجراء عدة محاولات الصلح تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وفشلت في محاولة إجراء الصلح بينهما، غير أن الزوجة إذا لم تثبت الضرر وأصررت على طلب التطلاق واصطدمت بعقبة إثبات إضرار الزوج بها كمظهر من مظاهر إشكالية الإثبات التي يعاني منها المتقاضي أمام القضاء، ذلك وجه الصعوبة يتمثل في خصوصية العلاقة الزوجية، فحتى عندما يكون الضرر قائم حقيقة أحيانا من النادر أن يمارس أمام الشهود مما يجعل إثباته متعذرا⁶⁵ إذا لم يثبت أي ضرر في جلسة الصلح، فعلى القاضي أن لا يفصل في دعوى طلب التطلاق والأغلب دائما ما ترفض سبب عدم التأسيس، فعلى قاضي شؤون الأسرة أن لا يعمل على توسيع دائرة رفض دعاوي التطلاق لانعدام الإثبات أو لعدم التأسيس من جهة، خصوصا بأن الضرر لم يثبت له، فمنح هنا القانون للقاضي أتخاذ إجراء آخر لتفعيل وسيلة أخرى بسلوك نهج آخر يأتي بنتيجة إيجابية ألا وهو تعيين حكمين من أهل الزوجين لمحاولة الصلح بينهما من جديد طبقا لأحكام قانون الأسرة كلما رأى في ذلك إمكانية⁶⁶.

هذا الإجراء هو إجراء وقائي يهدف إلى حل النزاع بين الزوجين، لأن رفض الدعوة يضر بالزوجة أكثر ويؤدي بها اللجوء إلى الخلع وهنا لا يمكن رفض الدعوة بل تقبل، لا يكفي للقاضي أن يثبت أن هناك خصومات بين الزوجين أثناء جلسات الصلح بل لابد من إثبات الشقاق إلى جانب ذلك من خلال الخصومات القضائية ولق قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2014/09/11 بهذا الشأن كما يلي " حيث أن القاضي ارتأى إل تطبيق الطرفين للخلاف أو الشقاق وليس ضرر معتبر شرعا ويتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، أن المحكمة استندت إلى الخلاف الحاصل بين الطرفين والشقاق المستمر بينهما والتي

65 - ناجي مكاوي رجا- الطلاق و التطلاق القضائي- أي المفاضلة بين نظامين لهم الأسرة- مجلة العلم- عدد 18- المغرب- 2000 - ص 40.

66 - بداوي علي- الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة- من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية- نشرة القضاة- الجزء الأول- عدد 64- مديرية الدراسات القانونية و الوثائق- الجزائر- 2009- ص 358.

أنجزت عنه عدة خصومات قضائية، ورتب على ذلك فك الرابطة الزوجية القائمة بين الطاعن والمطعون ضدها"⁶⁷

و في قرار آخر صادر بتاريخ 2011/07/14 الذي جاء فيه " يثبت شقاق مستمر مبين خلال ما يظهر من الحياة الزوجية والخصومات القضائية بين الطرفين ما يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر والاعتماد عليه في التطلاق"⁶⁸ نستنتج من القرارات السابقة أن الزوجة إذا قامت برفع دعوى التطلاق بناء على الشقاق المستمر بينها وبين زوجها حسب المادة 53 فقرة 08 من قانون الأسرة، والقاضي يحكم بالتطلاق على أساس ذلك ويؤسس حكمه على أن الزوجين هما في حالة شقاق مستمر إلا أن المحكمة اعتبرت هذا الإجراء غير كافي ولا يحترم أحكام المادة 53 فقرة 08 من قانون الأسرة، فقد ذهبت إلى القول أن " كان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى إثبات الشقاق المستمر، واعتبرت أنه لا يكفي ما يدور في حلبة الصلح من نقاش وخلافات بين الزوجين للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر، لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية بينهما هو ما يجب توافره الإقرار حالة الشقاق والاستجابة لطلب الزوجة"

إن الشقاق المستمر والخلافات بين الزوجين لا تكفي أن تكون سبب التطلاق وقبول الدعوى، والقواعد الإثبات التي يحاول القاضي أن يثبتها لا علاقة لها بجلسة الصلح ولقد أكدت هذا المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 2011/09/15 والذي تضمن المبدأ الآتي " حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أسست طلب التطلاق على أساس أن الطاعن يتعاطى الخمر والسهرات الليلية وله علاقة غير شرعية مع الفتيات وأنه تخلى عن كل واجباته الزوجية ومنها الهجر في المضجع، بينما أنكر الطاعن ذلك، إلا أن المحكمة قدرت أن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية استنادا إلى أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتنفيذ نزاعهما تأكيد دفعوه، وأنه لذلك يتعين الاستجابة لطلبها والتصريح بالتطلاق.....، حيث أن هذا التسبب فيه خرق لقواعد لإثبات التي تقضي من المطعون ضدها بصفقتها المدعية تقديم دليل على نسبه للطاعن، وخصوصا أن النزاع يدور حول إنها علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان، ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات و عدم اعتبار تغيب الطاعن عن حلبة الصلح دليل على ما نسب إليه، ما دام أنكر ما نسب إليه في جوابه على دعوى المطعون ضدها، لأن حلبة الصلح لا علاقة لها بقواعد

67 - المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة و الموارد- قرار رقم 098 4821 - مؤرخ في 2016/09/11 غير منشور.
68 - المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة و الموارد- قرار رقم 62 46 22 - مؤرخ في 2011/07/14- المجلة القضائية- عدد 2012-02-ص-227-230.

الإثبات و يقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفان و ما اختلفا بشأنه أو أقاربه "69. و لكن قضاء المحكمة العليا أكد أن جلسات الصلح لها علاقة بقواعد الإثبات فأقرار الزوج في جلسة الصلح يعتبر حجة عليه، و إذا لم يقر بالإنكار و بقي ملتزم الصمت هذا يبقى دليلاً على صحة الإدعاء و هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 2014/07/10 و الذي قضى بما يلي " بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي أول الدرجة و في محاولته الصلح بين الطرفين تمسكت أمامه الزوجة بالطلاق ، استناداً إلى خيانة الزوج الطاعن لها ، و استنتجت المحكمة من عدم إنكار الزوج خلال المواجهة مع زوجته صحة الإدعاء و الانتهاء إلى الاستجابة لطلب التطلق رفعا للضرر فإنها لا تكون بذلك قد خالفت قواعد الإثبات أو قلبت قواعد عبئ الإثبات ، حسبما ورد في الوجه و إنما مارست سلطتها في فهم الواقع و تقديرها ، مما يجعل الوجه غير سديد و إن استناد المحكمة في الاستجابة لطلب التطلق إلى ما بررت به الزوجة طلبها أثناء حلبة الصلح من خيانة الزوج لها، و صمت هذا الأخير و عدم إنكاره هذا التصرف منه يشكل إيذاء منه لمشاعر زوجته، مما يستحيل معه دوام العشرة بينهما و أن ما استخلصت المحكمة من هذه الواقعة من قيام الضرر المبرر للتطلق شرعا و قانونا و هو ما يستقل به القاضي الموضوع....."70

المشرع الجزائري ألزم القاضي في حالة عدم ثبوت الضرر و مهما كانت الأسباب، أن يعين حكماً و غير مشروط أن يوافق كلا الطرفين لأن هذا لا يرجع لهما لأن هذا يكمن ضمن صلاحيات القاضي الممنوحة له ، ففي حالة رفض الدعوى لعدم التأسيس أو عدم الإثبات فإنه يتم تجميد نص المادة 56 من قانون الأسرة و ذلك من دون مبرر .

لكن إذا لم يستجيب القاضي لطلب الزوجة ستقوم برفع دعوى الخلع ففي هذه الحالة تدفع الزوجة مبلغ مالي مقابل حريتها بدلا أن تحصل على تعويض من الزوج .

نصت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الثامنة على ما يلي " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق، للشقاق المستمر بين الزوجين".

إذا حصل شقاق و خصام بين الزوجين هذا سيعكر صفوا الحياة الزوجية حيث يمكن للزوجة المتضررة من هذا الشقاق طلب التطلق، كما يحق للزوج أيضا أن يرفع هو كذلك الدعوى إذا كان هذا هو الحل الوحيد أمامه لدفع الخصوم.

69 - المحكمة العليا- غرفة شؤون الأسرة و المواريث - قرار رقم 0972469-مؤرخ في 15/09/2011- المجلة القضائية- عدد 02 2011 - ص-ص-294-297.

70 - المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث-قرار رقم 0972469-مؤرخ في 10/07/2014-غير منشور.

كما هو معلوم شرعا أن الفرق بسبب الشقاق المستمر قد تكون طلاقا على وجه المشروع إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة كما يكون خلعا إذا كان السبب كرهها له ويكون تطليق من الحكمين إذا كان تشاجر بينهما و جهلت أسباب التشاجر و لم يعرف الحق من الباطل، فالمشرع الجزائري جعل الحق للمرأة في طلب التطليق⁷¹.

قد أثبتت المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1998/09/24 و الذي تضمن ما يلي "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقتضي بفريق القضاء شرعا و لما كان في قضية الحال أن المطعون ضدهم تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما"⁷². فعلى المحكمة أن لا تقبل دعوة التطليق حتى تثبت أن هناك شقاق مستمر.

71 - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري - أطروحة دكتوراه - تخصص فقه و أصوله - جامعة باتنة - كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية - 2016-2008-ص243.
72 قرار المحكمة العليا - رقم 139353 - الصادر بتاريخ 1996/09/24 - المجلة القضائية - سنة 1997 - ص66.

خلاصة الفصل:

بعد إتمام الفصل الأول الذي تعلق بتعريف الصلح و الذي تطرقنا فيه إلى معنى الصلح لغة و اصطلاحاً و بينا مشروعيته من القرآن و السنة و مدى وجوبيته في شؤون الأسرة مع بيان علاقته بالنظام العام و بيان الصلح المنتج في بعض حالات التطلاق فسننتقل إلى الفصل الثاني و الذي خصصناه إلى بيان دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية في المبحث الأول و الآثار

الفصل الثاني

تمهيد:

-دور قاضي شؤون الأسرة يختلف عند قيامه بمحاولات الصلح، و ذلك على حسب صور فك الرابطة الزوجية، و لدراسة هذا الدور جيدا لا بد من التطرق إلى دور القاضي أثناء الصلح نفي فك الرابطة الزوجية في مختلف صورها و هذا من خلال التعرض إلى دوره أثناء الصلح في طلاق بناءا على إرادة الزوجين أولا ثم بالتراضي ثانيا مع ذكر خصوصيات محاولات الصلح. و من هنا نوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين . حيث أن المبحث الأول يحتوي على دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني فيحتوي على الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح..

المبحث الأول: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية.

تنتهي العلاقة الزوجية بعدة وسائل فيما تكون بدعوى من طرف الزوج، أو تكون بإرادتهما معا، فيما يقوم القاضي بتدخل عن طريق الصلح من أجل المحافظة على العلاقة

الزوجية، فمن خلال هذا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: فالمطلب الأول: يدرس دور القاضي أثناء الصلح في طلاق بناء على إرادة الزوجين، أما المطلب الثاني: يدرس خصوصية محاولات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي.

المطلب الأول: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة الزوجين.

نتعرض أولاً إلى دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في الفرع الأول ثم دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي بين الزوجين في الفرع الثاني.

الفرع الأول: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

- القصد منه استعمال الزوج لحقه في فك الرابطة الزوجية باعتبار أن العصمة بيده، و هو حق يكتسبه بمجرد العقد على الزوجة عقداً صحيحاً.¹

-قاضي شؤون الأسرة يكمن دوره عند إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة. فيقوم القاضي بطرح سؤال عن رافع الدعوى أي الزوج و المتمثل فيما يلي:

- هل سبق و أن وقع الطلاق؟ و هذا من أجل تحديد صعوبة الأمر، فهذا السؤال يطرح في أول حلبة الصلح فإذا كانت إجابة الزوج بنعم فعلى القاضي أن يسأله سؤال آخر ألا و هو " كم مرة طلقت؟ و هذا من أجل بيان إذا كانت المدة قد انتهت أولاً.

- إن الطلاق هو حق للزوج و يمكن له أن يمارس في أية حالة من الأحوال، و لا يمكن للقاضي أو الزوجة أن يمنعه من ممارسة حقه، فطبيعة الحكم الصادر بالطلاق تظهر بالإرادة المنفردة، و لا دخل لإدارة القاضي في خلق هذا الحكم، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون عائق لقراره فهو الزوج²، فهناك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلاً من إرادة الزوج³، أما إذا حل القاضي محل الزوجة في إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاق بطلب من الزوج مثله مثل الخلع و التطلق، و بالتالي ليس لإدارة الزوج اعتبار⁴.

في حالة ما إذا طلب الزوج الطلاق أو الزوجة التطلق بناء على أحكام المادة 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري، فهنا القاضي عليه أن يبذل قصار جهده من أجل الصلح و إرجاع العلاقة إلى ما كانت عليه سابقاً من وجود الاستقرار، حيث نصت المادة

1 - العربي بالحاج- المرجع السابق - ص 215

2 - تقيّة عبد الفتاح- قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء- منشورات ثالة- الجزائر- 2011- ص 234.

3 - لمطاعي نور الدين- المرجع السابق - ص 49.

4 - لمطاعي نور الدين- المرجع نفسه- ص-ص-54-55-59.

49 من قانون الأسرة" أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر"، فالمفهوم من هذه المادة أن يستمر القاضي بمحاولات الصلح و لا ييأس منها.

- عندما يقع الطلاق في المرة الأولى لا يتدخل القاضي لأنه من صلاحيات الزوج فقط، و عندما يلجأ إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، لهذا يكون دور القاضي في المرحلة الأولى هو دور سلبي.⁵ و لقد قضت المحكمة العليا في قرارها ، اعتبرت الحكم الصادر في دعوى الطلاق ذو طابع إنشائي ، أما بتفسير نص المادة 49 من قانون الأسرة، يتبين أن الحكم الصادر في الدعوى يؤكد على رغبة الزوجين في فك الرابطة الزوجية، يعتبر الحكم القضائي الصادر ما هو إلا كشف عن نية الزوجين في الطلاق.

- إن إرادة الزوج في الطلاق لا ترتب أي أثر لوحدتها، بل من الشكل القانوني المحدد : لأنه لا يمكن أن يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح، فلا يقع أي طلاق مادام أنه لم تسبقه أي محاولات الصلح التي تعتبر من شؤون القاضي.

- فالمشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، و يأخذ بالطلاق الذي يحدث خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي، بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح و تعبير الزوج عن إرادته في ذلك و من ثم يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق و لا يعد وسيلة إثباته، و عليه لا يمكن قبول إدعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محرر رسمياً صادر على القاضي يثبت ذلك.⁶ فيفهم من هذا أن لا يقع الطلاق إلا في المحكمة، و عليه حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشئ ناتج عن دعوى منشئة.

إن الزوج يقوم برفع الدعوى أولاً ثم يقوم القاضي بمحاولات الصلح و على هذا الأساس يصدر الحكم بالطلاق بعده ، و يمكن أن يكون الزوج قد تلفظ بالطلاق شرعاً، فيكون لجوءه للقاضي من أجل إثبات هذا الطلاق فقط.⁷

قرارات المحكمة العليا تؤكد دائماً على الاعتماد بالشريعة الإسلامية، فالزوج إذا قام بالطلاق بإرادته المنفردة خارج المحكمة هذا يعتبر صحيحاً إلا أنه تصبح محاولات الصلح ليس لها فائدة ، إلا إذا كان القرار رجعي ، فالطلاق الذي قام به الزوج وفق إرادته المنفردة ، لا يعتبر دليلاً ، حتى يثبتته القاضي وذلك من زمن تلفظ الزوجة بالطلاق خارج المحكمة،

5 - لمطاعي نور الدين- المرجع نفسه- ص-ص-54-55-59.

6 - زودة عمر- المرجع السابق- ص31

7 - بوكايس سمية- المرجع السابق- ص106

فالمادة 48 من قانون الأسرة تعطي أحقية الزوج في وقوع الطلاق بالإرادة المنفردة، إذا لم يحكم القاضي بالطلاق و ذلك بسبب مواصلته لمحاولات الصلح بين الزوج لا يوثق هذا الطلاق بل يسعى إلى إصلاح ذات البين و لقد نصت على ذلك المادة 49 من نفس القانون لقد أقرت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 1986/12/10 على ما يلي " من المتفق عليه فقها و قضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي ، و إن حكم القاضي به لا يعتبر 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 و حسم النزاع بينها و بين زوجها. إن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، و لذلك يستوجب نقض القرار الذي اعتبر الطلاق بإرادة الزوج طلاقاً بائناً"⁸

و لقد نصت المادة 50 من قانون الأسرة على المراجعة الشرعية للزوجة فقد جاء فيها : " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد "

فالمفهوم من هذا النص أن الحكم بالطلاق أو التطليق أو الخلع يعتبر طلاقاً بائناً، أي لا يحق للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد مع توفر شروط الزواج ألا و هي الرضى و الصداقة و الشاهدين ، أما في حالة عدم قيامه بالنطق بالطلاق فيمكن مراجعة زوجته في جلسة الصلح و لا يحتاج إلى عقد جديد. لكن شريطة أن لا تمر مدة ثلاثة أشهر من النطق بالطلاق من طرف الزوج و طلب المراجعة، و في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1988/07/18 و الذي جاء فيه ما يلي " من المقرر قانوناً أن الطلاق يمكن أن يتم بتراضي الزوجين ، و لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، و من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون و لما كان الثابت، في قضية الحال، أن قضاة الموضوع لما قضوا برجوع الزوجة رغم أن الطلاق وقع بالتراضي بينهما و تم إثباته بحكم، و بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون"⁹ ولقد نصت المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن " يتأكد القاضي من إرادة الزوجة في طلب الطلاق، و يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك " الزوج وحده لديه الحق في فك الرابطة الزوجية لأن العصمة بيده فالقاضي ليس له الحق أن يرفض طلبه.

⁸ - المصري مبروك- إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دراسة و تحليل- دار العلوم للغة العربية و أدابها و للدراسات الإسلامية- عدد 33-مصر-2009-ص263.
⁹ - نجيم جمال- المرجع السابق-ص128.

-الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية، إذا وقع الطلاق خارج المحكمة أي طلاق عرفي هنا تعدد الإشكالات التي تتعلق بكيفية عقد جلسات الصلح قبل الحكم بالطلاق ، و الذي يزيدا تعقيدا إذا انقضت مدة العدة الشرعية.

الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي .

الطلاق بالتراضي هو اتفاق الزوجان على وضع حد لعلاقتهم الزوجية، فيقومان بطلب من القاضي بإثبات الطلاق بينهما حسب ما اتفقا عليه ، و ما على القاضي إلا قبول طلبهما متى توافرت الشروط لذلك، و هذا ما ذهب إلى تفسيره الأستاذ لمطاعي نور الدين " أن الطلاق بالتراضي لا يكون له أي أثر إلا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك للقاضي من أجل فك الرابطة الزوجية، و من ثم لا يكون له وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي و منه ينشأ المركز القانوني الجديد، فيكون حينها إذن الحكم الصادر بشأنه حكما منشأ ، على عكس الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يكون الحكم فيه كاشفا لواقعة الطلاق لا منشأ لها"¹⁰

نستدل بقرار مجلس قضاء تلمسان في حكمه الصادر بتاريخ 1967/07/06 حول الطلاق بالتراضي بأنه " لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين لوضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما أن يتطلقا بتراضيهما ، وفقا لإرادتهما المشتركة و أن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا ، بل يجد جوهره و أصله في الآيات 127 و 129 من سورة النساء"¹¹ . أي أن الطلاق بالتراضي هو مشروع في الكتاب و السنة كما ترى الأستاذة بن عزيز هجيرة أن " الطلاق بالتراضي هو توافق إرادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح الذي يجمعهما ، ووضع حد لعلاقتهم دون تشنجات أو مزيادات و كذا الاتفاق على الآثار المترتبة عنها، غير أن مجرد اتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية، بل أن هذا الأثر يظل رهينا بصدور حكم من المحكمة .¹² إن الحكم القاضي بالطلاق بالتراضي لا يعتبر حكما، لأنه صدر حسب رغبة الطرفين فهو مجرد إسهاد من المحكمة و لا يوصف بالابتدائية أو النهائية ، لذلك لا يحق لأي من الزوجين مراجعة أو الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير ، الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا....."¹³

¹⁰ - لمطاعي نور الدين- محاضرة أقيمت على طلبه ماجستير – مرجع سابق

¹¹ - قرار مجلس قضاء ، تلمسان – شؤون الأسرة- تاريخ 1962/07/06- رقم 274- فك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي.

¹² - هجيرة بن عزيز- الطلاق الإتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي - رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية – جامعة محمد الأول- المغرب- السنة الجامعية 2008-2009 - ص-ص-11-51

¹³ - لحسن بن شيخ آث ملويا- المرشد في قانون الأسرة- المرجع السابق -ص128.

إن الطلاق بالتراضي هو ليس التراضي فالأول يكون حكماً منشأً بحيث يقدم من خلاله الزوجين عريضة مشتركة و يقوم القاضي بالطلاق عن طريق حكم قضائي. و ذلك على حسب تراض و توافق إرادتي الزوجين في فك الرابطة الزوجية. أما التراضي فينجر على توديع فك الرابطة الزوجية من نفقة و حضانة. كما يعرف الأستاذ باديس الديباني الطلاق بالتراضي كالآتي: " يقصد بهذه الصورة أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن استمراريتهما أصبحت ضرباً من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي تجعل أحدهما أو كلاهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الزوجين متحدة من أجل إحداث الأمر القانوني المتمثل في الطلاق"¹⁴

فالمستخلص من هذا التعريف أن الطلاق بالتراضي يكون باتفاق بين الزوجين على ذلك هذه العلاقة بواسطة القضاء، مع مراعاة مصلحة الأولاد وإن كان يوجد وأمر النفقة والحضانة.

هناك من يرى أن إرادة الزوجة ضرورية من أجل اعتبار هذا الطلاق بالتراضي وإلا احتسب طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وهذا ما أشار إليه قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2013/06/13 والذي جاء في نصه مايلي: "..... حيث أن المحكمة اعتبرت موافقة الطاعنة على المطعون ضده على الطلاق بمثابة طلاق بالتراضي، مع أن أحكام الطلاق بالتراضي تتضمنه أحكام المواد 427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي أحكام خاصة تبتدئ بعريضة وحيدة موقعة من الطرفين تودع بأمانة ضبط المحكمة.....، وحيث أنه لذلك لا يمكن اعتبار رد الطاعنة أثناء جلسة الصلح بموافقتها على الطلاق بمثابة طلاق بالتراضي، لأنه لا يعقل أثناء جلسة الصلح وعندما يتمسك المطعون ضده بالطلاق، إن تقوم الطاعنة وتتوسل إليه لكي يرجعها إلى البيت الزوجية ، ومن ثم فإن رد الطاعنة بالموافقة على الطلاق، لا يعفي المحكمة من التطرق إلى دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للمطعون ضده وترتيب الآثار القانونية على ذلك.

الطلاق بالتراضي يكون بإرادة مشتركة بين كل الطرفين، ولا يمكن التخلي عن إرادة أحد الزوجين ، الآن غياب إرادة منهما تؤدي إلى رفض الدعوى، أما محاولات الصلح في الطلاق بالتراضي لا يوجد أي نص صريح تحدث عن ذلك سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية الملغى.

¹⁴ باديس الديباني- صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري- دار الهدى- عين مليلة- الجزائر- 2007-ص24

الحكم بالطلاق بالتراضي وإنشائه يكون من طرف القاضي وفي نفس اللحظة ولا ننسى أن القاضي لا يلغي ما ورد في الاتفاق إذا تعارض مع مصلحة الأولاد أو كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، فالطلاق بالتراضي لا وجود له ولا أثر له إلا من يوم صدور الحكم به.¹⁵

المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية كانت تجيز الصلح في جميع المواد منها مواد قضايا شؤون الأسرة، خصوصا في دعاوي الطلاق، حتى القضاء بادر بعد صدور قانون الأسرة الجديد في تطبيق المادة 49 من نفس القانون على طرق انحلال الزواج بما فيه الطلاق بالتراضي، بحيث نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات المتبقية أمام قسم شؤون الأسرة، خصوصا إجراءات الطلاق في نص المادة 431 من نفس القانون والتي نصت على مايلي: "يتأكد القاضي في التاريخ المحددة للحضور، من قبول العريضة، ويسمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا". لقد أشارت هذه المادة بصريح العبارة أن القاضي الحق في إجراء محاولات الصلح بين الزوجين في حالة الطلاق بالتراضي، فالمادة 49 من قانون الأسرة ليس لها علاقة في الطلاق بالتراضي وإنما تخص طلاق الزوج بإرادته المنفردة. ولقد نصت المادة 439 من قانون إجراءات المدنية والإدارية بما يلي "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية" فجاء نص هذه المادة عاما ويطبق على كل طرق فك الرابطة الزوجية وقد عرف القانون الإجراءات المدنية والإدارية الطلاق بالتراضي كما يلي "هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجية المشتركة". المفهوم من هذه المادة إن الكثير من الأزواج يلجؤون إلى الاتفاق بحل الرابطة الزوجية فهذا هو الاتفاق يرمز إلى المساواة بين الزوجين. لا بد على المشرع أن يقوم بتعديل النصوص الموضوعية حتى يكون الانسجام بينها وبين النصوص الإجرائية، فطبيعة الحكم المنشأ للقاضي ليس مقيدا بمدة وضبط زمن معين لإجراء الصلح من جهة ومن جهة أخرى ولا يوجد حل للرابطة الزوجية طيلة رفع الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 442 بما يلي: "يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق"، بالنسبة للعدة في الطلاق بالتراضي المشرع لم يبين أحكامها ولا يمكن تطبيق أحكام المادة 50 على هذا النوع من طرق حل الرابطة الزوجية لأن طلاق القاضي هو طلاق بائن.

نستنتج من تحليل المواد السابقة أن للقاضي دور في إجراء محاولات الصلح بين الزوجين عند اتفاقهما بحل الرابطة الزوجية بالتراضي وهذا ما أكده قانون إجراءات المدنية والإدارية في تخصصه لـ 9 مواد المتعلقة بهذا الموضوع وذلك من أجل إزالة الغموض الذي كان يشمل دور القاضي في إجراء محاولات الصلح وذلك بمساعدة لقانون الأسرة في توضيحه، ولقد أجبر القانون القاضي على إجراء محاولات الصلح، حتى لا يكون حكمه فيما فيما بعد معيباً، كما يمكن لأحد الأفراد من العائلة الحضور إلى جلسات الصلح بطلب من أحد الزوجين، وهذا ما أشارت إليه المادة 440 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، فإذا قام أحد الزوجين بالتعب عن جلسات الصلح رغم علمه بذلك، يقوم القاضي بتحرير محضر يدون فيه ذلك هذا ما اتجه إليه نص المادة 441 من نفس القانون، بأن يمنح القاضي للزوجين مدة أخرى للتفكير إذ رأى أنه بإمكانه إجراء الصلح بينهما، شريطة أن لا تتجاوز 3 أشهر ابتداءً من يوم رفع الدعوى، فإذا تخلف أحد الزوجين ولم يقع الصلح فيشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.

المطلب الثاني: خصوصية محاولة الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي.

يعتبر إجراء الصلح في مسائل حل الرابطة الزوجية واجبا بقوة القانون طبقاً لنص المادة 439 من قانون إجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على ما يلي: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية" بناءً على هذا سنتطرق إلى مراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها في الفرع الأول، والاستماع إلى الزوجين والتأكد من رضاها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها.

قامت المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بتعريف الطلاق بالتراضي على أنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة بحيث يعتبر الطلاق بالتراضي وسيلة من الوسائل البديلة لحل التزامات، إذ يتميز بكل ما تتميز به هذه الطرق من الخصائص، بالرغم من أن الزوجان يتفقان قبل الاتجاه إلى القضاء على حل علاقتهما الزوجية عن طريق التراضي¹⁶ كما يقومان بالاتفاق على كل الجوانب المادية المترتبة عن هذا الطلاق بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة من طرفهما بحيث أكدت المادة 428 من نفس القانون على أن: "في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة واحدة موقعة بين الزوجين تودع بأمانة الضبط، أما المادة 429 من قانون إجراءات المدنية والإدارية نصت على البيانات التي يتضمنها الطلب المشترك.

16 - بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية- من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات- يومي 6 و7 ماي- منشور في سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات - العدد 03- الجزائر- 2014- ص،ص-63-64.

المادة 430 من نفس القانون تنص على مايلي: " يحظر أمين الضبط الطرفين في الحال، بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض"، يملك كل من الطرفين امتيازات التي يملكها كل من يسلك الطريق البديل لحل نزاعهما، إذ يقوم أمين الضبط بإحضار كلا الطرفين بتاريخ حضورهما أمام القاضي.

أما نص المادة 423 من قانون سالف الذكر تقتضي بنظر قسم الأسرة خصومها في دعاوي المتعلقة بفك الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات المذكورة في قانون الأسرة.

أشار نص المادة 42 من قانون الأسرة على صورة من صور فك الرابطة الزوجية ألا وهو الطلاق بالتراضي فالقاضي لديه اختصاص نوعي من أجل النظر في مثل هذه الدعاوي، فيتم عقد اختصاص للمحكمة في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب رغبتها.

وضحت المادة 426 من قانون إجراءات المدنية والإدارية من خلال نصها على أن القاضي يقوم بمراقبة مدى قبول العريضة المتمثلة في اتفاق كلا الطرفين الرامي إلى فك الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة، كما أنه يقوم أيضا بمراقبة شروط قبول الدعوة هذا ما نصت عليه المادة 13 من قانون إجراءات المدنية والإدارية على أن: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام انعدام الصفة في المدعي أو المدعي عليه كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون" أما المادة 437 من نفس القانون نصت على ما يلي " عندما يكون الزوج ناقص الأهلية، يقدم الطلب باسمه من قبل ولية أو مقدمة حسب الحلة.

نستنتج من نص هذه المادة بأن الأهلية القانونية في قانون الأسرة لديها خصوصيات وشروط بحيث لا يجوز للقاصر أن يقوم بدعوى الطلاق بالتراضي بدون من ينوبه قانونيا فبمجرد منحه أهلية التقاضي عند ترشيده يصبح متمتعا بأهلية التقاضي بخصوص مسائل عقد الزواج لا بخصوص مسائل الطلاق.

تجدر الإشارة أنه لم يرقب القانون جزاء على مخالفة هذه البيانات الخاصة بالفرضية الافتتاحية لأنه يفترض في دعوى الطلاق بالتراضي عدم وجود نزاع جدي بين الزوجين لأن إرادة الزوجين اتجهت نحو فك الرابطة الزوجية، وبالنتيجة لا يشار دفع شأن ذلك ولا يقبل

الدفع المحتمل تقديمه بعدم قبولها شكلا إذا لم تستوف تلك البيانات يمكن للقاضي استكمالها من الزوجين أثناء جلسة الصلح¹⁷

أما فيما يخص مسألة توقيع فحسب أن توقيع الزوجة على محضر الصلح مع الزوج والقاضي وأمين الضبط وإسرارها على ذلك المحضر وتمسكها بالطلاق بالتراضي المقصود بالتوقيع هو توقيع عريضة الطلاق بالتراضي، فهذا مؤكده قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة ومواريد بالتاريخ 2014/12/11 الذي جاء فيه ما يلي " حيث أن قيام المحكمة بإجراء محاولة الصلح بين الطاعنة والمطعون ضده وتحرير المحضر بذلك يوم 2013/12/15 ، وتوقيع الطاعنة على ذلك المحضر مع المطعون ضده والقاضي وأمين الضبط وإسرارها في ذلك المحضر وتمسكها بالطلاق بالتراضي، يعني عن توقيع عريضة الطلاق بالتراضي من قبل الطاعنة والمطعون ضده، مادامت العريضة قدمت باسم محاميتها....."¹⁸

الفرع الثاني: الاستماع إلى الزوجين وتأكد من رضاهما.

يتطلب الاستماع إلى الزوجين التأكد بداية من مناوبة الزوجين أولا ثم استماع إليهما به انفراد ثانيا ثم استماع إلى الزوجين مجتمعين ثالثا وفي الأخير نتأكد من خلو الإرادة من العيوب.

أولا: ضرورة التأكد من هوية الزوجية.

يقوم الزوجين بالحضور إلى الصلح بعد إحضارهما من طرف أمين الضبط حسب الاستدعاء المسلم لهما، يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجة للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات أو أي مكان آخر داخل المحكمة يكون مخصص للإجراء محاولات الصلح، يقوم القاضي أول شيء بالتأكد من هوية الزوجية فإذا لم ينص القانون على ذلك، فعدم التأكد من هويتها قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار شخص آخر غير زوجه ليحصل حكم الطلاق في غيبة الزوج الآخر لهذا وجب التأكد من هوية الطرفين بالطلب إحضارهما لبطاقة التعريف

17 - بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة - من أعمال الملتقى الوطني - حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون إجراءات المدنية والإدارية- نشرة القضاة - الجزء الأول - العدد 64 - مديرية الدراسات القانونية والوثائق - الجزائر - 2009 - ص 355.

18 - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - قرار رقم 097372 المؤرخ في 2014/12/11 - غير منشور.

الوطنية أو وثيقة آخر تقوم بإثبات ذلك من أجل تفادي لكل تعزيز أحدهما¹⁹، فإذا قام القاضي بالتأكد من هويتهما فيبدأ بإجراء محاولات الصلح بينهما.

ثالثا: الاستماع إلى الزوجين على انفراد.

أشارت المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالقول في إطار الدور الإيجابي لقاضي شؤون الأسرة الذي يتأكد في تاريخ المحدد للحضور من رضى الزوج والزوجة، ثم يتم الاستماع لهما معا فيبقى قاضي السلطة التقديرية بأن يسمع لهما معا في البداية وهذا المعمول به حاليا في ظل الممارسة القضائية ولا يسمع للزوجان على انفراد إلا في حالة ما أحس القاضي أن الزوجة ربما وقعت في تغرير أو عدم علمها على ما أمضت، أو قام الزوج بالتهديد ما من أجل أن توقع على الطلاق بالتراضي فإذا أحس القاضي أن رضى الزوجة ليس رضى حقيقيا، فيقوم بإخراج الزوج من الجلسة ويسمعها على انفراد إذ كانت موافقة على هذا الطلاق فعلا أم أنها جاهلة أو مكرهة لمحتوى الطلب حيث أن هناك بعض الزوجات يجهلن القراءة والكتابة، والهدف من سماع الأنفرادي أن في بعض الأحيان يرفضن الزوجات بالتسريح في حضور الطرف الآخر ذلك إما بسبب الخوف أو استحياء منهن ويقوم القاضي بالتأكد أيضا إذا كان الزوج يعلم بنود الاتفاق خصوصا إذا وجد الأولاد كما يقوم بالمراقبة من الذي يتحمل النفقة والحضانة وكذا كل الآثار الأخرى يمكن أن يكون هدف استماع إلى كل زوجة على انفراد تمكين كل طرف بالبوح ما لا يستطيع قوله في حضور خلاف آخر فيقول الحقيقة قد يتردد المشكل الحاصل بين الزوجين في حضور الزوج الآخر.

يقوم القاضي بنفس الإجراء مع الزوج الآخر ثم قد ينادي على الزوج أو الطرف الذي تم الاستماع إليه أولا، أين يتقضى القاضي عن بعض الأمور الغامضة، أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما والهدف من الإجراء الذي استحدثه المشرع المتمثل في سماع كل طرف على انفراد يجعل القاضي يتصرف بذكاء، فغرض إذا دعت الزوجة أن الزوج لم يقدم الإسم العائلي للطفل أو الدفتر العائلي يسأل القاضي الزوج إذا كان استخراج دفتر عائلي أم لا فإذا أجاب بنعم وقدمه وثبت أن الإبن مسجل باسمه فهذا وضع وجود سوء تفاهم بين الزوجين دون أن يبين القاضي للزوجة صراحة أنها ادعت خلاف ذلك وكذلك بالنسبة للزوج إذا كانت تخرج بأن زوجها أم لا، فإذا أجابت بنعم وأضافت أنها تخرج مع

19 - زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق - دراسة النصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- كلية الحقوق بن عكنون- الجزائر- السنة الجامعية 2006/2007 - ص103.

أقاربه مثلا ولم يفند هو ذلك يكون حجة عليه²⁰ ، عند قيام القاضي بهذه الإجراءات يتمكن من أن يستمع للزوج الآخر وبالتالي يكون قد قام بعمله.

ثالثا: الاستماع إلى الزوجين مجتمعين.

عند قيام القاضي بالاستماع إلى الزوجين مجتمعين يهدف يهدف إلى التوصل لحل الإشكال والعمل على الإصلاح ذات البين بينهما، حيث أن من الممكن أن محاولة الصلح تتطلب جلسة واحدة فقط أو عدة محاولات الصلح، متى تبين أن هناك بوادر تقيد إمكانية التوصل إلى الصلح بين الطرفين أين يعطي القاضي الكلمة إلى الزوجين ويحاول اعمال الصلح بينهما.

رابعا: التأكد من خلو الإرادة من العيوب.

دعوة الطلاق بالتراضي هي دعوى مؤسسة على مبدأ التراضي الذي يمثل فيه الإرادة عموده الفقري، ولذا وجب صدور إرادة حرة وسليمة من كل العيوب التي قد تؤثر على رضى أحد الزوجين أو معا، وأن يعبر كل زوج عن الرغبة الحقيقية المتجهة نحو انتهاء العلاقة الزوجية، وهي الغاية التي تسعى إليها الإرادتين معا، وذلك لا يتحقق إلا بصدور صريح عن الإرادة.²¹

يجب على القاضي الموضوع البحث والتدقيق حول صدور التعبير عن الإرادة فيما إن كانت إرادة واعية جديرة بالاعتبار ولا تتطلب من صاحبها قدر من الإرادة التي توقع الطلاق عوارض تؤثر على توجيهاتها وتصوراتها كالإكراه الذي يقصد به ضغط غير مشروع يصيب الإرادة التي هي أهم عنصر من عناصرها وهو الحرية وهو الحرية فيولد في ذهن المتعاقد الآخر حالة من الرهبة والخوف فيدفعه إلى الموافقة على التعاقد لكي يقوم بتجنب الأضرار المادية والمعنوية التي قد تصبه.

الزوجة قد تجبر أو تكره على الطلاق بالتراضي فإن كان الطلاق بالتراضي الأصل فيه أنه لا يتم اللجوء إليه إلا لوجود أضرار، وعزم ورغبة مشتركة للزوجين في الإفتراق لكن بالرجوع إلى حقيقة الأمر قد يكون ذلك مجرد قناع، كأن تجد الزوجة تنازل عن كل حقوقها ومستحققاتها ومستحققات أبنائها لكن من المفروض أن تحصل على كل مستحققاتها ومستحققات أبنائها، ولقد قامت بالتنازل إلا من أجل الحصول على الطلاق بالتراضي والذي غالب ما

20 - بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل القانون الإجراءات المدنية والإدارية- مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني لل قضاء- دفعة الثامنة عشر - الجزائر - السنة الدراسية 2010/2007- ص10.
21 - هجيرة بن عربي، المرجع السابق - ص،ص-63-64.

يكون تأثير إرادة الزوج عن طريق استعماله لبعض الحيل القانونية التي من شأنها إرغام الزوجة على قبول الطلاق بالتراضي²².

القاضي يقع إلتزامه التأكيد من طلب الطلاق بالتراضي حقيقة، حسب الإعتبارات السابقة، وان طلب فك الرابطة الزوجية ذهب إلى تجسيد إرادة الزوجين المشتركة، بحيث اعتبر هذا الطلاق عمل تعاقدى مبني على التوافق والتراضي، وإذا غفل القاضي عن هذا الإلتزام يكون بذلك قد خالف نص المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتقيد بالأحكام، الخاصة في الطلاق بالتراضي الأمر الذي يجعل حكمه معرضاً للنقض والإبطال من قبل المحكمة العليا.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح.

من أجل معرفة ما هي الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح لابد أن نتطرق إلى صحة الحكم القضائي في المطلب الأول وبعد ذلك نتحدث عن بطلان الحكم القضائي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: صحة الحكم القضائي.

هناك من يرى أن محاولات الصلح لاتعد من الإجراءات اللصيقة بالنظام العام، وبالتالي لا يترتب على اغفالها النقص وبطلان الحكم القضائي، وإنما الحكم يكون صحيحاً، وعدم إجرائها أو قيام بإجراءات لا يؤثر على صحة الحكم، وهذا ما سوف نقوم بمعالجته من خلال موقف الفقه في الفرع الأول، وكذا من خلال موقف القضاء في الفرع الثاني.

الفرع الأول: صحة الحكم القضائي من حيث موقف الفقه.

لقد رأى الأستاذ لمطائي نور الدين " أن محاولة الصلح في الحقيقة الأمر ليس إجراء جوهري من شأنه المساس والتأثير على الحكم القضائي المتبقي للطلاق، لأن الهدف المتوفي من إجراء محاولة الصلح هو تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج حتى يتمكن هذا الأخير من الوصول إلى المتبقي والهدف المنشود، ألا وهو الوصول إلى اقتناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على العلاقة الزوجية واستعمال حق الرجعة لا غير ذلك لا يأتي إلا في حالة تطابق مدة عدة الطلاق الرجعي مع مدة الصلح، وأن الهدف من إجراء الصلح بين إقناع الزوج والعدول عن الطلاق، كما ذهب البعض لا يستطيع أن يعدل الزوج عن الطلاق لأنه وقع وانتهى الأمر، وإنما لأجل مواصلة واستمرار الحياة الزوجية طالما وأن عدة الطلاق الرجعي لم تنتهي بعد، فالشيء الذي يدعم محاولة الصلح أكثر بأنها ليست إجراء جوهري، هو أن المشرع حدد لها مدة 3 أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أو بمعنى آخر

لايجوز للقاضي بأن يقوم بمحاولة الصلح بعد انقضاء هذه المدة حيث أنه يجعل المدة تدوم طويلا²³

إن الحكم الذي يثبت فيه الطلاق يتضح حاليا أنه لا علاقة له بمحاولة الصلح، وبالتالي يمكن القول أن الحكم يثبت واقعة الطلاق فقط، ولا دخل له في إيقاع الطلاق، لأنه سبق ووقع الطلاق من طرف الزوج بإرادته المنفردة وهذا أشارت إليه المادة 48 من قانون الأسرة.

كما أضاف أيضا بقوله " أن من بدعي أن الحكم المثبت للطلاق يترتب عليه يترتب عليه البطلان في حالة تخلف إجراء محاولة الصلح، هو في حقيقة الأمر قول من لايعترف بالطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة الذي نص عليه المشرع في المادة 48 من القانون نفسه، و إنما يعترف فقط بالطلاق الذي ينطق به القاضي و خلص إلى أن إصدار أحكام القضائية تتضمن رفض الدعوى إثبات الطلاق لعدم إجراء محاولة الصلح، يعد في حقيقة الأمر خرق لكل من أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة، إذ لا علاقة بين الطلاق الحاصل و محاولة الصلح بل من واجب القاضي إثبات الطلاق ليسجل في الحالة المدنية و يحتسب من عدد الطلقات".²⁴

و ذهب الأستاذ عادل بوضياف إلى اعتبار " أن الصلح وجوبي ينص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و في حدود عدة محاولات الصلح يقوم بها القاضي و هو تأكيد لنص المادة 49 من قانون الأسرة و الوجوب في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يفيد ببطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح نظرا ، لأن البطلان في هذا القانون ضوابط فاصلة و شروط إبطال العمل الإجرائي قد تكون متعلقة بإجراء من النظام العام أو بمصلحة الخصم التي قد تتضرر في حالة تخلف هذا الإجراء إلى غيرها من المعايير التي قدمها الفقه و التشريع لإبطال العمل أي عمل إجرائي ، ولا بطلان بدون نص قانوني أو انعدام الضرر و على هذا الأساس فلا يمكن إبطال العمل المتخذ عند عدم قيام بالصلح"، كما يرى أيضا أنه بالرجوع إلى نص المواد 49 و 439 السابق الذكر ، لا يظهر حاليا و أن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي و ذهب إلى القول: " أن الصلح في حد ذاته محاولة تقريب وجهتي و إصلاح بين الطرفين و ليس لترتيب الحقوق و تمييز طرف عن طرف آخر و يبقى حسب رأيه أن الصلح هو إجراء و جوبي لا يترتب على تخلفه بطلان العمل الإجرائي أو الحكم القضائي".²⁵

23 - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي و آثارها على الأحكام القضائية- مرجع سابق-ص-ص-130-132.

24 - هجيرة بن عربي، المرجع نفسه-ص-140.

25 - بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية- الجزء الأول- الطبعة الأولى- كليك للنشر- الجزائر- 2012-ص-144

في حين اعتبر الأستاذ زيدان عبد النور أن " محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري ، الغاية منه الوعظ دون غيره ، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي و لا يترتب على مخالفة بطلان و نقض العمل القضائي المترتب مخالفة له.²⁶

الفرع الثاني: صحة الحكم القضائي من حيث موقف القضاء.

المجلس الأعلى قضى في إحدى قرارات له الصادر بتاريخ 1985/06/03 بما يلي " أن محاولة الصلح جوازية حيث وردت في أسبابه ما يلي : فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول و من ورائه المجلس المجلس القضائي بمحاولة الصلح بين الزوجين و اعتبرت ذلك من مبطلات الحكم و من مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه و عليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يحرض عليهم القانون اتخاذه و لا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيًا، لهم فعله أو تركه.²⁷

كما ورد في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/11/23 و الذي جاء فيه ما يلي: " إن عدم حضور الطرفي 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".²⁸

و جاء في قرار آخر لها الصادر بتاريخ 1999/02/16 ما يلي: "إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهري للحكم بالطلاق ، إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس".²⁹

إن تعديل قانون الأسرة سنة 2005 أعتبر الصلح بأنه إجراء جوهري و هذا بموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 و الذي جاء فيه 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 ،

²⁶ - زيدان عبد النور - المرجع السابق-ص 118.

²⁷ - بن شيخ آيت ملويا لحسن، المرشد في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 134.

²⁸ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 147132- مؤرخ في 1997/11/23- نشرة القضاء، العدد 56-1999 ص 40.

²⁹ - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 200198- مؤرخ في 1998/07/21 - نشرة القضاء، عدد 55، 1999، ص 179.

إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ماهي إلا موعظة ، مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن³⁰

كما قضت في قرار آخر لها بما يلي: " لكن متى تم القضاء بالطلاق ، فذلك لا يعني أن القاضي لم يستدعي الطرفين لإجراء محاولة الصلح، ذلك أن كل طلاق يسبقه محاولة الصلح طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة وبالتالي فالقاضي لا يقضي بالطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح والتي بالضرورة يقوم باستدعاء الطرفين لحلبة الصلح، وحيث أن سهو القاضي بعدم ذكره في حيثيات الحكم قيامه بإجراء محاولة الصلح، فذلك لا يعني أنه لم يقم بإجراء محاولة الصلح وإنما هو مجرد سهو ليس إلا. والذي لا تأثير له على سلامة الحكم المنتقد، مما يتعين رفض الوجه لعدم جديته، وتبعاً لذلك رفض الطعن³¹

وقضت في قرار آخر على نفس النحو كالآتي: " حيث أنه عكس ما تدعيه الطاعنة فالحكم قد نص على أن المحكمة سعت للصلح بين الطرفين وأنها لم تتمكن من تحقيق ذلك بسبب غياب الأطراف على الجلسة وبالتالي فهذا الوجه هو الآخر غير قائم على أساس شرعي الأمر الذي يستوجب رفضه وحيث أنه الثابت قانوناً أن الإجراء المنصوص عليه في المادة 49 من قانون الأسرة فهو إجراء جوهري وله صلة بالنظام العام، لكن المحكمة قد أشارت في حيثياتها أنها قامت باستدعاء الطرفين لإجراء محاولة الصلح إلا أنها لم تتمكن من ذلك لسبب غياب الأطراف وعليه فقاضي أول خرجة لما قضى بالصورة المذكورة أعلاه يكون بذلك علل حكمه تعليلاً كافياً ومقبولاً الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن لعدم قيامه على سند قانوني³² .

نستخلص مما سبق أن التناقض لا يزال على مستوى الفقهي بين من يرى أن الحكم القضائي يكون معيباً ومخالفاً للقانون وبالتالي يتم نقضه في حالة تخلف إجراء محاولات الصلح، وبين من يرى عكس ذلك يرون أن القول بطلان الحكم بعد خرق لكل من أحكام الشرعية الإسلامية وليس له أي أساس قانوني فالمشرع من خلال المادة 49 من قانون الأسرة لم يشترط إجراء محاولات الصلح من أجل إتمام الطلاق، والطلاق أصبح مركز موجود لأن الزوج تلفظ به، أما الحكم القضائي يأتي بعد ذلك لإثبات ذلك المركز الذي أوقعه الزوج فقط. وجوبية هذا الإجراء موضحة حقيقة من خلال عدة محاولات الصلح التي يجري القاضي تطبيقاً لأحكام نص المادة 49 من قانون الأسرة، وهذا ما قامت بتأكيده المادة 439 بنصها كالآتي: " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية".

30 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657- مؤرخ في 13/06/2007 - غير منشور.

31 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 777368- مؤرخ في 14/02/2007 - قرار غير منشور.

32 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 381426- مؤرخ في 14/02/2007 - قرار غير منشور.

من الملاحظ أنه غياب الأمر بالإلزام في نص المادة 49 من قانون الأسرة، وكذا النص المعدل لها أما نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لا تحتوي أي جزء على عدم مراعاتها، فالمشرع لم يقيم بتقييد النصين تحت طائلة البطلان.

يدل غياب نص صريح على إلزام القاضي بإجراء محاولات الصلح، بل يكفي القول بأن نص المادة 49 من قانون الأسرة، جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات للصلح بعد تعديلها، فالمفهوم من هذا أن المشرع يريد تأكيد على وجوبية القيام بمحاولة الصلح.

المشرع أكد على أن المقصود بعدة محاولات الصلح، هو الوجوب، وجاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية على اعتبار أن محاولات الصلح وجوبية في نص مادته 39.³³

كرس نص المادة 49 من قانون الأسرة، كلمة الوجوبية بغرض تمكين القاضي من إجراء محاولات الصلح ولا يتركها على أساس أنه لا يوجد نص الذي يفرض عليه القيام بهذا الإجراء.³⁴

حسب نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصلح وجوبي وذلك في حدود عدة محاولات الصلح التي يقوم القاضي بها، أما المشرع فلم يرتب أي جزء بعدم القيام بها، إلى أن تخلفها قد يؤثر في بعض الأحيان على صحة الحكم.

المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كلاهما تعتبر أن قاعدتان أمرتان، لأنهما تتضمن صياغة الوجوب، بالرغم من أنهما من القواعد الأمرة إلا أن المشرع لم يقرنهما بأي جزء عند مخالفة أحكامهما.

بحيث يرى هل أعمال هذه القاعدة القانونية أو عدم الأعمال بها يعرفل حسن سير العدالة كون مصدر النظام العام هو القانون أو القاضي من جهة، ومن جهة صياغة الوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الواردة في نص المادة 439 منه، لا تقييد بطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف صلح نظرا لأن البطلان له ضوابط فاصلة³⁵.

إن عدم القيام بإجراء محاولات الصلح لا علاقة له بالطلاق الذي أوقعه الزوج، فالصلح ليس من إجراءات الطلاق، بل هو مرحلة لاحقة له فقط.

33 - بوزيد وردة، المرجع السابق، ص، ص 24-26.

34 - لمطاعي نور الدين، محاضرات القيت على طلبة الماجستير (فرع قانون الأسرة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- السنة الجامعية 2012/2013.

35 - بوضياف عادل، المرجع السابق، ص 44.

الإجراء الوجوبي هو التزام اختياري³⁶، غير أنه لا يكون تحت طائلة البطلان وعادة ماتكون القاعدة وجوبية عندما يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية، كعبارة (لا يجوز) أو (يجب) غير أنه لايجوز الحكم بالبطلان استنادا إلى عدم النص عليه صراحة، لأن في السابق كان قانون الإجراءات المدنية، يرجو عنا إلى نص المادتين 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 49 من قانون الأسرة، التي نصت على الطابع الوجوبي لمحاولات الصلح والتي تتم في حلبة سرية، يتبين أن النصين لا يرتبان البطلان على مخالفة القاعدة أي مخالفة الطابع الوجوبي، في حين نجد المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على مايلي " لا يقرر البطلان الأعمال الإجرائية شكلا إذا نص القانون صراحة على ذلك وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه فهذا النص يتعلق ببطلان الأعمال الإجرائية التي الأصل فيها الصحة والإستثناء هو البطلان.

على خلاف التشريع الجزائري نجد نظيرة التشريع الفرنسي الذي جسد الاستثناء في المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تنص كما يلي: " إن العمل اللاجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لعبب شكلي، إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، بأستثناء الأشكال الجوهرية وتلك المتصلة بالنظام العام، أما المشرع الجزائري في نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجاوز النظام العام فلم تبق أهمية للتمييز بين البطلان إذا ما تعلق بالنظام العام أم لا.³⁷

الوضع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يختلف عن ما كان فيه قديما، لأن هذا الأخير لم يبين أي نظام في البطلان، ويترك الباب مفتوحا أمام الإجتهدات القضائية، الذي يقرر في كل مرة ما إذا كانت هذه المخالفة مخالفة للشكل الجوهرية الذي يرتب البطلان من عدمه.³⁸

كما أن المشرع لم ينص على قراءة خاصة ببطلان إجراءات الصلح، بل تناول موضوع ببطلان الإجراءات شكلا بصفة عامة، أي بطلان القواعد الإجرائية شكل بوجه عام تحكمه نفس القواعد الواردة في المواد 60 إلى 66 من نفس القانون.³⁹

36 - بن حليلة يمينة، خصوصية الإجراءات التقاضي في دعاوي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية 2012/2011 -ص113.

37 - زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر - 2004-ص483.

38 - الأمر رقم 154/66 - المؤرخ في 18 صفر الموافق لـ 8 يونيو 1966 - يتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم (الملغى).

39 - فاضل أحمد، الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية للدور الإيجابي للقاضي المدني في مجال الخبرة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - السنة الجامعية 2013/2012 -ص213.

المطلب الثاني: بطلان الحكم القضائي.

هناك من يؤيد بأن إجراءات محاولة الصلح هي إجراءات لصيقة بالنظام العام و يترتب على إغفالها بطلان الحكم القضائي، و هذا ما سوف نقوم به بمعالجة من الجانب الفقهي في الفرع الأول ثم من الجانب القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: بطلان الحكم القضائي من حيث موقف الفقه.

الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا يرى أن: "إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية، و التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم".⁴⁰ أما الأستاذ بلحاج العربي يرى أنه " لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء ، و إن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق و إذا

40 - لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص138

لم يتم هذا الإجراء، فإن الحكم الصادر يكون باطلا". وانتهى إلى القول: "سيكون حكمه معيبا و مخالفا للقانون و يتحتم نقضه".⁴¹

و يضيف الأستاذ عبد العزيز سعد: " إذ ادخل القاضي مباشرة إلى مناقشة الموضوع و سمع الزوجين في جلسة رسمية من جلسات المحكمة دون أن يكون قد مر بمرحلة محاولة الصلح ثم الحكم بالطلاق فإننا نعتقد أن حكمه سيكون معيب و مخالف للقانون و يحتم نقضه"⁴²

و ترد الأستاذة العربي وردية: " و من هذا المنطق فإن البحث في مسألة مدى إلزامية إجراء الصلح و تعلقه بالنظام العام ، و أثره على الإجراءات القضائية بالنسبة للقاضي أو المتقاضين و ذلك للتعرف على الإجراءات الجوهرية التي يجب على القاضي أو الطرفين احترامها ، باعتبارها قواعد أمر و التي رتب المشرع عليها البطلان على مخالفتها"⁴³

أما الأستاذة تشوار حميدو زكية ترى: "..... لكن دون إغفال عن الصلح الذي أصبح إجراء جوهريا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية كما أنها أضافت أن محاولة إجراء جوهرى على القضاء اتباعها و إلا عرضوا قرارهم للطعن".⁴⁴

أما الأستاذ حمليل صالح يرى أن: " إجراء المصالح إجراء وجوبي و هو من النظام العام و عدم القيام به يؤدي إلى بطلان الحكم"⁴⁵.

و قد رأى الأستاذ سليم سعدي ما يلي: " يحاول القاضي الإصلاح بينهما وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة و هذه الإجراءات من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ، فإذا لم تحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا على أساس الخطأ في تطبيق القانون".⁴⁶

41 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق- ص357.

42 - عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام قسم المحاكم الابتدائية، دار هومه- الجزائر 2013- ص120.

43 - العربي وردية، النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة أوبكر بلقايد- تلمسان- السنة الجامعية 2009-2010- ص8.

44 - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص111.

45 - حمليل صالح، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الفقه و القانون، المغرب، عدد 19- 2014- ص14.

46 - سعدي سليم، الخلع بين أحكام تشريع الأسرة و الإجتهد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1- الجزائر- السنة الجامعية 2011- ص65.

الفرع الثاني : بطلان الحكم القضائي من حيث موقف القضاء .

المستخلص من قرارات المحكمة العليا، أن القانون أوجب إجراءات محاولة الصلح، باعتبارها من النظام العام و إذا تخلف هذا الإجراء القانوني يعتبر هناك خطأ في تطبيقه، حيث أنه أثبت ذلك عدة قرارات الآتية .

_ أصدر المجلس الأعلى قرار بتاريخ 1968/07/03 و الذي جاء فيه ما يلي : " التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن و دون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفا للقانون"⁴⁷ و قضى في قرار آخر له بما يلي " حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراعي أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل اصدار حكم بفك الرابطة الزوجية ، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه و في إحالته على نفس المحكمة....."⁴⁸

كما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا و الذي قضى بما يلي : " بالرجوع إلى قرار موضوع الطعن يتجلى بأنه مخالفا للقانون ، خصوصا المادة 49 من قانون الأسرة أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة و ذلك بمصادقته على حكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم

47 - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 96688-مؤرخ في 18/01/1994، نشرة القضاة، عدد1997،05-ص80.

48 -المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75141، المؤرخ في 18/06/1981، المجلة القضائية، عدد01-1993-ص65 و مايليها.

بالطلاق هو إجراء أو جبه القانون و يعد من النظام العام ، و إغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه و مخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه⁴⁹

و جاء في قرار آخر لها الصادر بتاريخ 2012/06/14 ما يأتي "..... حيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده ، المدعي الأصلي قد تغيب على جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة ، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة⁵⁰.

ورد في قرار آخر أيضا الصادر بتاريخ 2013/02/14 قضى بما يلي " حيث أنه يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه و محضر عدم الصلح في تاريخ 2009/09/19 أن المطعون ضدها- بصفتها المدعية و طالبة التطلق - لم تحضر حلبة الصلح ، و مع ذلك استجابت المحكمة لدعواها الرامية إلى التطلق و حيث أن المحكمة العليا قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طلب فك الرابطة الزوجية لحلبة محاولة الصلح. و عليه فإن هذا الوجه مؤسس و ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني، و مادام أن المطعون ضدها لم تحضر جلسة الصلح ، مما يتعين أن يكون نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة طبقا لنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁵¹

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

50 - المجلة المحكمة العليا، سنة 2012- العدد 02- ص 03.

51 - المجلة القضائية، سنة 2013- العدد 02- ص 05.

خلاصة الفصل

يترتب على إجراء محاولات الصلح آثار ألا وهي هدف التشريع الجزائري من إجراء محاولات الصلح هو إقناع كلا الزوجين بالتخلي على فكرة الطلاق، و الإستمرار في علاقتهما الزوجية، فإذا تمكن القاضي من ذلك يثبت الصلح في محضر يحرر من قبل أمن الضبط تحت إشراف القاضي ، مبينا فيه نتائج محاولات الصلح .

كما أنه قد يفشل القاضي في تحقيق المبتغى من إجراء محاولات الصلح و ذلك بسبب تعدد أسباب ، فمنها ما ترجع إلى القاضي حيث أنه لا يكلف نفسه كثيرا في إجراء محاولات الصلح بحجة أنه ليس إلا إجراء شكلي ، أو بسبب غياب تركيزه أثناء جلسة الصلح ، بسبب تراكم القضايا المطروحة ، و منها ما يراجع إلى تمسك الزوج أو الزوجة أو كليهما معا برغبة في وضع حد لعلاقتهما الزوجية، و حلها هذا ما يكون عائقا أمام القاضي في توقيع الصلح بين الزوجين فإذا لم ينجح فيباشر بالدعوى و ينهيها إما بإصدار حكم بالطلاق أو التطليق و ذلك عند إستحالة الصلح و جمع بينهما.

ملخص مذكرة الماستر

تناولت هذه الدراسة ماهية الصلح في شؤون الأسرة، مع ثبات مفهومه ومشروعيته ووجوبيته إذا كانت له علاقة بالنظام العام أولاً ، كما بينت في الفصل الثاني دور القاضي أثناء إجرائه لمحاولات الصلح سواء في الطلاق بالإرادة المنفردة أو الطلاق بالتراضي، مع تبيان خصوصية محاولات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي وذكر الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح إما أن يكون الحكم القاضي صحيح أو باطل، فالصلح يلعب دور إيجابي في تحقيق التوازن في العلاقات ، كما أنه يقضي على الأحقاد والضغائن في المجتمعات الإنسانية وخرجت من هذه الدراسة بخاتمة متضمنة مجموعة من النتائج والتوصيات

الكلمات المفتاحية:

1/الصلح 2/حكم الصلح 3/وجوبية الصلح 4/محاولات الصلح 5/فك الرابطة الزوجية . 6/ حماية الأسرة.

summary of the masters theses

This study deals with the nature of reconciliation in family affairs, with the stability of its concept, its legitimacy, and its necessity, as it had a relationship to the public order first, and also clarified in the second chapter the role of the judge during the conduct of reconciliation attempts, whether in divorce by personal decision or divorce, with the elicitation of reconciliation attempts in the consensual divorce lawsuit, at the same time, we mention the consequences resulting from reconciliation's different attempts, either if the judge's ruling is correct or invalid. Therefore reconciliation plays a positive role in achieving balance in relationships, as it eliminates hatred and resentment in human societies, in the end, we got from this study a conclusion including a set of findings and recommendations.

Keywords:

1/the reconciliation. 2/ the rule of reconciliation. 3/ the necessity of reconciliation. 4/ the attempts of reconciliation. 5/ breaking the marital bond. 6/ protect family.

الخاتمة

بناء على ما قدم في بحثنا نرى أن الصلح له أهمية بالغة في وضع حد للخلافات، فهو يعد حل من الحلول البديلة لفض النزاعات، ولقد استدرك المشرع الجزائري الفراغ الذي كان موجودا في قانون الأسرة وقام بتنظيم أحكام الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، حيث قام بتحديد إجراءات وتبليان آثاره، فبهذه الطريقة يكون قد مكن القاضي من القيام بمهمة الصلح على الوجه المطلوب، ساهما في ذلك بتقليص حجم القضايا المطروحة أمام القضاء، والتي هي في تزايد يوم بعد، غير أن إجراء الصلح يتطلب عزيمة وإرادة قوية وحكمة والوعي لدى الأطراف للوصول إلى حل ودي، فنجد اللجوء إلى هذه الطريقة يعود بالنفع العام على مرفق القضاء، فالمشرع الجزائري فرض الصلح على قضاة الحكم قبل قيامهم بالنطق في موضوع الدعوى، فيهدف المشرع هنا لغاية سامية، ألا وهي تسوية الخلافات القائمة بين الزوجين وذلك للحفاظ على الزواج وحمائته من الإنهيار للحصول على أسرة متماسكة، ولقد خاطب المشرع القضاة من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة على وجوبية الصلح اي لايد من حلبة صلح مغلوب فيها النصح والإرشاد، وكذا تبليان دوره الإيجابي بصورة مفعلة، وهذا من أجل القيام بإقناع الزوجين بضرورة التراجع أو العدول عن قرار انهاء الرابطة الزوجية والحفاظ على الأسرة، وإن لزم الأمر منح الطرفين آجال أخرى لمراجعة قرارهم، والذي قد يكون اتخذ في وقت الغضب، لهذا السبب أوجب المشرع الجزائري إجراء محاولات الصلح في كل أنواع فك الرابطة الزوجية لكن المشرع الجزائري لم يقيم بتفعيل دور الحكامين، لأنه طرق لا يخرج عن الشريعة الإسلامية، فبرغم من نصه على إجراء الصلح، إلا أن لم يجد له تطبيق في الواقع العملي من خلال عدة جهات قضائية، لكن تطبيقه موجود في أوساط المجتمع.

فقد توصلت من خلال هذه الدراسة إلى نتائج وتوصيات عدة أهمها.

أولاً: النتائج.

- ✓ الصلح يعتبر من أهم الطرق لفض النزاعات بين الأطراف وحل الخصومات والخلافات.
- ✓ يعتبر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 459 من القانون المدني أن الصلح هو عقد أما في القانون الأسرة فهو إجراء قضائي.
- ✓ الصلح في الأصل هو مشروع وقد ثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والإجماع وعمل الصحابة.

الخاتمة

- ✓ الصلح ليس له علاقة بالنظام العام وليس بإجراء جوهري لأنه لا يؤثر على الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية، فالهدف من محاولات الصلح هو تقديم النصح والإرشاد للزوجين.
- ✓ إذا حصل تطبيق بسبب بعض الحالات المنتج له فيقوم القاضي بمحاولات الصلح فإذا لم ينجح في ذلك يحكم بالطلاق.
- ✓ الرأي المرجح في طبيعة الحكم القضائي الصادر عن دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفرد هو أن حكم الطلاق بالإرادة المنفردة هو حكم كاشف لواقعة الطلاق.
- ✓ يمكن للزوج أن يوقع الطلاق وفق إرادته المنفردة طبقاً لنص المادة 48 من قانون الأسرة، ثم يلجأ إلى رفع الدعوى القضائية لإثباته ذلك طبقاً لنص المادة 49 من القانون السالف الذكر.
- ✓ أعطى قانون الإجراءات المدنية والإدارية من خلال المادة 431 للقاضي صلاحية إجراء محاولة الصلح بين الزوجين في دعوى الطلاق بالتراضي.
- ✓ ألزم المشرع حضور الزوجين لجلسات الصلح حيث يقوم القاضي بالاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معاً، فإذا تغيب بدون عذر وبتعمد بعذر القاضي من تجديد محاولات الصلح.
- ✓ يمكن لأفراد العائلة الحضور لجلسات الصلح بناء على طلب من الزوجين.
- ✓ المشرع لم يحدد عدد جلسات الصلح بل قيدها بمدة ثلاثة أشهر فقط، وترك تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي، التي تقوم باستنتاجها من خلال مناقشة الطرفين، ورغبتهما على فك الرابطة الزوجية.
- ✓ إذا نجح القاضي في الصلح يحرر محضر مبيّن فيه نتائج محاولات الصلح، ويعتبر هذا السند تنفيذي، أما إذا فشل في إصلاح بين الزوجين، يحرر محضر يبيّن فيه فشله في محاولة الصلح، وهذا المحضر يكون حجة على الإجراء الذي يقع.
- ✓ ومن الآثار المترتبة على الصلح هو رجوع الحياة الزوجية على ما كانت عليه من جديد، حيث يمكن للزوج مراجعة زوجته إذا كان في فترة العدة الشرعية.

التوصيات:

- ✓ تنمية الوازع الديني لدى الزوجين ونشر الوعي الشرعي بأحكام الأسرة وشؤونها.
- ✓ إعداد برامج خاصة تخدم موضوع الصلح وإصلاح ذات البين من خلال وسائل الإعلام.

الخاتمة

- ✓ يجب على المصلح أن تكون له قدرة في الصلح قبل المشرع في ذلك.
- ✓ إنشاء جمعيات تكون متخصصة في الصلح والتي تتكون من العلماء والفقهاء من أجل الحفاظ على السلام بين الناس، خاصة في النزاعات الأسرية.
- ✓ تعيين قاضي مختص في الصلح ونزع إختصاص من يد القاضي الموضوع، نظرا للضغوطات التي تواجه قضاة شؤون الأسرة أثناء إجرائهم لمحاولات الصلح.
- ✓ قضاة شؤون الأسرة لا يزالون يعملون بالمادة الملغاة وذلك من خلال قيامهم بجلسة الصلح واحدة والسماع لزوجين معا فلا بد من العمل بالمادة الجديدة، والسماع لكل طرف على حدى ثم معا من أجل فهم المشكل ومحاولة الإصلاح بينهم.

قائمة المصادر والمراجع.

(1) القرآن الكريم:

✓ كتب التفسير:

- الإمام جليل حافظ عماد الدين أبي الفداء اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، جزء الأول، دار اجياد الكتب العربية، مصر
- الإمام طاهر بن عاشور، التفسير والتحرير، الدار التونسية للنشر والتوزيع، 1984.
- العلامة جلال الدين محمد بن أحمد المحلي والعلامة جلال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السوطي، تفسير الجلالين، دار إمام مالك، باب الواد، الجزائر، 2010

(2) كتب السنة (الحديث وشروحه).

- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، المطبعة السلفية، القاهرة جزء الخامس.
- أبو داود بن الشعث السحتاني، سنن أبي داود، باب اصلاح ذات البين، طبعة أولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.
- الترميذي أبو عيسى محمد بن عيسى، الجامع الكبير، الجزء الثالث، طبعة ثانية، مطبعة مصطفى الباي الحلبي و أولاده، بيروت، 1568.
- صحيح البخاري، باب الفضل الإصلاح بين الناس.
- العسقلاني و ابن حجر فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، 1243.
- القرطبي، تفسير القرطبي، دار الكتاب العربي للطباعة، القاهرة، الجزء الخامس.

(3) الكتب الفقهية:

✓ المذهب المالكي:

- الصادق عبد الرحمان العربي، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، مؤسسة ريان، لبنان، سنة 2002.

✓ المذهب الشافعي:

- تقي الدين محمد الحسين الشافعي، كفاية الاختيار في حل غابة الإختصار، مطبعة دار احياء، الكتب العربية، مصر.

(4) كتب اللغة:

- ابن المنظور، لسان العرب، الجزء الثالث، دار الصادر، بيروت.

- المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، قاموس مطول للغة العربية، طبعة جديدة، بيروت، مكتبة لبنان، 1987م.

(5) الكتب القانونية:

- باديس الذبياني، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2007
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002.
- بن شيخ آث ملويا لحسن، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2015.
- بن شيخ آث ملويا لحسن، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومه، الجزائر، 2005.
- بوسقيعة أحسن، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء، الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، 1998.
- بوضياف عادل، الوجيز في شرح القانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة، من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011.
- سعدي عبد العزيز ، الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار البحث للطباعة والنشر، قسنطينة ، الجزائر 1989م.
- سليمان ولد خسال، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، 2012
- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي على قانون المرافعات، الجزء الثالث، منشورات الجبلي الحقوقية، الإسكندرية، 2005.
- عبد الرحمان عبد الله بن صالح الدباسي ، أحكام الصلح في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى، دار نيرين للطباعة والنشر، بيروت، 2004.
- محمد عقلة ابراهيم، الزواج والفرقة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون وقضاء الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007
- نجيم جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2017.

6) الرسائل الجامعية:

✓ أطروحات الدكتوراه:

- فاضل أحمد، الدور الإيجابي للقاضي في الدعوى المدمية (دراسة تحليلية للدور الإيجابي للقاضي المدني في مجال الخبرة القضائية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2012.
- قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2009/2008
- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الاحكام القضائية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2006.
- محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص الفقه وأصوله، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008.

✓ مذكرات الماجستير:

- الأنور عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم دراسات عليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، السنة الجامعية 1976/1975.
- بن حلينة يمينة خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية 2012/2011.
- بو كايس سمية، المساواة بين الجنسية 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 2014/2013.
- بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعو العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2011/2010.
- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثامنة عشر، الجزائر، السنة الجامعية 2010/2007.

- بولحارس صافية، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2014/2013.
- حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، شعبة القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة.
- زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة النصوص القانونية والفقهية في الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006
- عبد الحكيم بن هبيري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق تخصص قانون الأسرة، جامعة الجزائر، 2015/2014.
- هجيرة بن عزي، الطلاق الإتفاقي على ضوء مدونة الأسرة والعمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، المغرب، السنة الجامعية 2009/2008
- يحيوي نادية، الصلح وسيلة لتسوية النزاعات العمل وفق التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المولود معمري، تيزي وزو، 2014

(7) المقالات والدراسات:

- تيشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطبيق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان العدد 20، سنة 2010.
- المصري مبروك إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري (دراسة وتحليل)، دار العلوم للغة العربية وأدابها ودراسات إسلامية، العدد 33، مصر ، 2009.
- ناجي مكايي رجاء، الطلاق والتطبيق القضائي أي المفاضلة بين نظامين لهدم الأسرة، مجلة العلم، العدد 18، المغرب، 2000

(8) المنتقيات العلمية الدولية والوطنية:

- بداوي علي، إجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة، من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة، الجزء الأول، العدد 64، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الجزائر، 2009.
- بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أعمال الملتقى الدولي حول طرق بديلة لحل النزاعات يومي 6 و7

ماي، منشور في سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات، العدد 03 ،
الجزائر، 2014.

(9) المحاضرات،

- لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبت الماجستير(فرع قانون خاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، السنة الجامعية 2012/2013.

(10) القوانين:

✓ النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم(الملغى).
- الأمر رقم 58/75 ، المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- قانون 84-11، المؤرخ في 9 رمضان 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 4 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02 ، المؤرخ في 18 محرم 1424 الموافق لـ 27 فيفري 2005.

✓ المجالات القضائية:

- مجلة الأحكام لوزارة العدل، المجموعة 01 ، بدون تاريخ
- المجلة القضائية 1990 ، العدد 02
- المجلة القضائية 1993، العدد 01
- المجلة القضائية 1997، العدد 02
- نشرة القضاة سنة 1997، العدد 50
- نشرة القضاة سنة 1999، العدد 55.
- نشرة القضاة سنة 1999، العدد 56
- نشرة القضاة سنة 2000 ، العدد 56
- المجلة القضائية سنة 2011، العدد 02
- المجلة القضائية 2012، العدد 02
- محلة المحكمة العليا 2012، العدد 02.
- المجلة القضائية 2013، العدد 01
- المجلة القضائية 2013، العدد 02.
- قرارات حديثة للحكمة العليا، غير منشورة.

الفهرس

إهداء

كلمة شكر

مقدمة.....

.....من 01 إلى 05.

الفصل الأول: ماهية الصلح في شؤون الأسرة

.....من 06 إلى 34.

المبحث الأول: مفهوم الصلح

..... 07

المطلب الأول: تعريف الصلح

..... 07

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة

..... 07..

الفرع الثاني: تعريف الصلح اصطلاحاً

..... 08

المطلب الثاني: مشروعية الصلح

..... 11

الفرع الأول: مشروعية الصلح في القرآن الكريم

..... 11

الفرع الثاني: مشروعية الصلح في السنة

..... 13

المبحث الثاني: وجوب الصلح في شؤون الأسرة

15.....

المطلب الأول: علاقة الصلح بالنظام العام

15.....

الفرع الأول: محاولات الصلح كإجراء جوهري

15

الفرع الثاني: محاولات الصلح كإجراء غير جوهري

18.....

المطلب الثاني: الصلح المنتج في بعض حالات التطلاق

23.....

الفرع الأول: التطلاق بناء على الإنفاق

23.....

الفرع الثاني: مخالفة أحد الشروط المتفق عليها في عقد الزواج أو عدم الوفاء بها

26.....

الفرع الثالث: التطلاق للشقاق المستمر بين الزوجين

29.....

خلاصة الفصل

.....

34.....

الفصل الثاني: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية والآثار

المرتتبة على تخلفها

.....

35.....

المبحث الأول: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية

36.....

المطلب الأول: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة الزوجين

36.....

الفرع الأول: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
36.....

الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي
39.....

المطلب الثاني: خصوصية محاولة الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي
43.....

الفرع الأول: مراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها
43.....

الفرع الثاني: الاستماع إلى الزوجين والتأكد من رضاهم
45.....

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح
49.....

المطلب الأول: صحة الحكم القضائي
49.....

الفرع الأول: صحة الحكم القضائي من حيث موقف الفقه
49.....

الفرع الثاني: صحة الحكم القضائي من حيث موقف القضاء
51.....

المطلب الثاني: بطلان الحكم القضائي
56.....

الفرع الأول: بطلان الحكم القضائي من حيث موقف الفقه
56.....

الفرع الثاني: بطلان الحكم القضائي من حيث موقف القضاء
58.....

خلاصة الفصل

60.....

الخاتمة

.....

61.....

قائمة المراجع

.....

64.....

الفهرس

.....

70.....