الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محند أولحاج
-البويرة-

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett -

جامعة البويرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

Faculté de droit et sciences Politique

دور الصلح في حماية الأسرة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصُص: قانون أسرة

من إعداد الطالبتان:

- كحلال يسمينة
- عبدات فتيحة

إشراف الدكتورة:

-عيساوي فاطمة

لجنة المناقشة

- الدكتورة ربيع زهية ..... رئيسا
- الدكتورة عيساوي فاطمة ..... مشرفا ومقررا
- الدكتورة غازي خديجة ..... ممتحنا

2024-2023

شكر وتقدير

بعد شكر الله عزّ وجل الذي وفقنا وألهمنا الصبر على المشاق التي لإنجاز هذا العمل المتواضع.

نرفع كلمة شكر و امتنان إلى الدكتورة المشرفة "عيساوي فاطمة" على ما قدمته لنا من توجيهات ونصائح قيّمة طيلة إشرافها علينا، فجزاها الله عنا كل خير.

والشكر موصول إلى كل أستاذ أفادنا بعلمه، من أول المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة.

كما نشكر كل من مدّا لنا يد العون من قريب أو من بعيد في إنجاز هذه المذكرة ولو بالكلمة الطيّبة.

كما نشكر أعضاء اللجنة الموقرة على قبولهم ومناقشتهم لهذه المذكرة، جعلها الله في ميزان حسنات

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من وهبوني الأمل، والنشأة على شغف

الاطلاع والمعرفة، ومن علموني أن أرتقي سُلّم الحياة بحكمة وصبر،

بَرًا، وإحسانًا، ووفاء لهما: والدتي العزيزة، ووالدي العزيز

إلى من وهبني الله نعمة وجودهم في حياتي إلى العقد المتين

من كانوا عونًا لي في رحلة بحثي: أخواتي

إلى كل من كاتفني ونحن نشق الطريق معًا نحو النجاح في مسيرتنا العلمية،

إلى رفيقة دربي: "عبدات فتيحة "

وأخيرا إلى كل من ساعدني، وكان له دور من قريب أو بعيد في إتمام هذه الدراسة،

سائلة المولى عزّ وجل أن يجزي الجميع خير الجزاء في الدنيا والآخرة.

ثم إلى كل طالب علم سعى بعلمه، ليفيد الإسلام والمسلمين

بكل ما أعطاه الله من علم ومعرفة.

يسمينة

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

ق.م.ج = قانون المدني الجزائري

ق.أ.ج = قانون الأسرة الجزائري

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

ص = صفحة

ص ص = من صفحة إلى صفحة

ج = جزء

د.س.ن = دون ذكر سنة النشر

ج ر = الجريدة الرسمية

ط = الطبعة

مج = مجلد

مقدمة

مقدمة

يُعتبر الزواج عقد مقدسي وميثاق غليظ بين الزوج والزوجة هدفه تكوين أسرة تقوم على المودة والرحمة بينهما والعشرة بالمعروف، لقوله تعالى:" ومِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مّوَدّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لأَيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكّرُونَ".

سورة الروم الآية 21، وقوله تعالى: " وَكَيْفَ تَأْخُذُونَه وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُم إِلى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مّيثَاقًا غَليظًا". سورة النساء الآية 21

من أجل الحفاظ على الأسرة التي هي الخليّة الأساسية للمجتمع سَعت الشريعة الإسلامية إلى حل الخلافات التي تنشأ بين الزوجين وأمرت بالإصلتح بين الزوجين وقرّرت أنّ " الصلح خير". وعلى غِرار ذلك سار المشرع الجزائري حيث نظّم موضوع الصلح في الدعاوي المنازعات المتعلقة بالأسرة بنصوص قانونية خاصة.

وقد نظّم المشرع الجزائري أحكام الصلح في قوانين متفرقة بدءًا بالقانون المدني[1]، الذي تناول أحكامه في المواد من 459 إلى 466 من حيث عرفته المادة 459:"عقد ينهي به الطرفان نزاعًا قائمًا أو يتوقيان به نزاعًا محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقِهِ.»، ثم قانون الأسرة الذي كرسه كإجراء إجباري قبل حل الرابطة الزوجية بعد تعديله سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05-02[2] في نص المادة 49 منه.

مما لا شك فيه، أن تسوية المنازعات الأسرية عن طريق الصلح سيساهم لا محال في الحفاظ على تمسك الأسرة واستقرارها وبالتالي الحد من ظاهرة التفكك الأسري التي يعاني منها المجتمع الجزائري، غير أن نجاح الصلح في مجال القضايا الأسرية يظل رهينًا بالتطبيق السليم للنصوص القانونية من قِبل الفاعلين في الحقل القضائي بتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية لضمان فعاليته ونجاعته.

1 -أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج . ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2-أمر 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005 ، المتضمن قانون الأسرة ، ج ر، العدد 15 ، الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005

فالصلح في قانون الأسرة، يعُدُ إجراء يسعى من خلاله قاضي شؤون الأسرة إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين، ووضع حد للنزاع القائم بينهما، من أجل استمرار الحياة الزوجية، فهو إجراء وقائي، يقوم به القاضي وجوبًا للحيلولة دون وقوع فك للرابطة الزوجية أو من أجل استمرار الحياة الزوجية عملا **بقوله تعالى:" وَ إِنْ امرأة خِافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشوُزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلا جُنَاحَعَلَيْهَا أَنْ يَّصلَحَا بَيْنَهُمَا صُلحًا و الصُلْحُ خَيْرَ وأُحضِرت الأَنْفُسُ الشُحَّ وإن تُحْسِنُوا و تَتَقوا فإنّ الله كَانَ بمَا تَعْمَلُونَ خَبيرًا.**"سورة النساء الآية 128

فجعل الصلح أول وسيلة تعرض على الطرفين لحل النزاع وإزالة الخلاف الواقع أو المتوقع بينهما، إذ الصلح يساهم بشكل فعّال في تحقيق العبء على المحاكم من تلك القضايا المكدّسة التي قد تستغرق زمنًا للفصل فيها، فيزداد النزاع والشقاق بدل ازالته أو التقليل منه، وقد تضيع حقوق الناس، بسبب كثرة القضايا وبطء الفصل فيها.

تتجلى أهمية هذا الموضوع في كونه يسلط الضوء على أهم وسيلةلِحل الخلافات الأسرية وهو الصلح، لِما يحققه من إصلاح وتوفيق بين الطرفين، وإزالة ما بينهما من عداوة وبغضاء، فضلا عن كونه يعيد الحق لصاحبه بطريقة ترضيهما معًا، مع حفظ المودة والألفة والعلاقة الطيّبة التي جمعتهما في سابق عهدهما، كما أنّ للصلح له أثر كبير في المحافظة على الروابط الأسرية واستقرارها وهو ما ينتج عنه استقرار المجتمع وتحقيق المصلحة العامة.

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع إلى دوافع ذاتية وأخرى موضوعية يمكن إجمالِها فيما يلي:

أولا: دوافع ذاتية

- نرغب في المساهمة التقليل من معدلات الطلاق وتعزيز الاستقرار الأسري.
- نود من توفير بيئة آمنة ومستقرة للأطفال، كونهم الفئات الأكثر تأثرا بالخلافات مما يساهم ذلك في نموّهم النفسي والعاطفي بشكل سليم.

– الرغبة في إيجاد حلول للتقليل من الخِلافات الزوجية التي تؤدي إلى تشِتُت وتفكك الأسر خاصة والمجتمع عامةً.

ثانيا: دوافع موضوعية

– أولا لأهمية موضوع البحث، كونه يتناول بالدراسة والتحليل إحدى أهم المستجدات التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري وفَصَلها قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– محاولة إثبات أن قانون الأسرة الجزائري يحتاج أكثر إلى التعديل والإثراء

_ الحاجة المُلِحَة لرصد واقع إجراءات الصلح في الواقع العملي بمقارنة موضوع الصلح الأسري من الناحية النظرية مع الناحية العملية في التطبيق القضائي الأسري.

أهمية الموضوع فبحد ذَاتِه تجعله جديرًا بالدراسة نظرًا لارتباطه المتين بالأسرة والمجتمع ككل.

يكمن الهدف الأساسي في توضيح بعض النقاط الغامضة والمسائل التي سكت عنها المشرع، مع تسليط الضوء على دور القاضي في دعاوى الطلاق بمختلف أشكال فك الرابطة الزوجية، وإعمال الوسائل أو الطرق البديلة (التحكيم والوساطة)، وهذا من أجل حل النزاعات والتقليص من ظاهرة الطلاق.

– الإلمام بماهية الصلح وأدلة مشروعيته في قانون الأسرة الجزائري، وتمييزه عن التحكيم والوساطة في ظِل قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– مع إبراز آليات تفعيل دور المحكمة لمحاولات الصلح وأثر ذلك في حماية الأسرة.

وانطلاقا من هذه المعطيات فإننا نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية إجراء الصلح القضائي كطريق بديل لحل المنازعات الأسرية والحد من ظاهرة التفكك الأسري؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي لِتحليل النصوص القانونية من أجل الإلمام بدور الصلح في حل المنازعات الأسرية، كما اِستعنا بالمنهج الوصفي في بعض الأحيان.

دراسة موضوع دور الصلح في حماية الأسرة يستلزم منّا التطرق أولا إلى الأحكام العامة للصلح (الفصل الأول)، ثم دراسة آليات تفعيل دور المحكمة لمحاولة الصلح وأثر ذلك في حماية الأسرة (الفصل الثاني.

الفصل الأول

الفصل الأول: الأحكام العامة للصلح في قانون الأسرة الجزائري.

حرص المشرع الجزائري على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، ومن هذا المنطلق شرع نظام الصلح الذي يعتبر كل منه شأنه حسم خصومة دون إصدار حكم قضائي فيها، وتسوية النزاع بطريقة ودية، ولهذا عمل المشرع الجزائري على تقنينه وتنظيمه بمقتضى نصوص قانونية وإجرائية واضعا أحكام الصلح في قوانين متفرقة بدء بالقانون المدني الذي تناول أحكامه في المواد من 459 إلى 466 منه ثم قانون الأسرة الذي كرسه كإجراء إجباري قبل حل الرابطة الزوجية بعد تعديله سنة2005 بموجب الأمر رقم 02/05 وأخيرا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي خصص له أحكام إجرائية من المادة 439إلى 449 منه.[1]

– وللوقوف على الأحكام العامة للصلح يتطلب ضرورة البحث في مفهوم (المبحث الأول) ثم بيان شروط الصلح الموضوعية وفقا لقانون الأسرة الجزائري و شروطه الإجرائية وفقا لقانون الأسرة و إجراءات المدنية و الإدارية (المبحث الثاني).

[1]– أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، معدل ومتمم، المرجع السابق.

المبحث الأول

مفهوم الصلح.

حتى يمكننا إعطاء مفهوم دقيق وشامل للصلح قسمنا المبحث الأول إلى مطلبين: المطلب الأول تعريف الصلح، وفي المطلب الثاني نميز الصلح عن التحكيم والوساطة كبديلا، لتسوية النزاعات الأسرية وفقا لقانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية.

المطلب الأول

تعريف الصلح

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

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة واصطلاحا.

أولا: تعريف الصلح لغة

الصلح لغة: يقال صَلَح الشيء وصَلُح صَلوحًا وصَلاحًا فهو صالح ونافع، والصلاح ضد الفساد.

وأصلح الشيء يُصلحُه إصلاحًا أي أزال الفساد الموجود فيه، وارجاعه إلى طريقه الأصلي الصحيح والسليم والصلح بين الزوجين أو الطرفين إزالة ما بينهما من فساد ونزاع وسوء فهم وارجاع العلاقة إلى ما كانت عليه من ود وتفاهم.

– والصلح في اللغة أيضا: من الصُلح والمُصَالحة والإصلاح، قطع المنازعة، مأخوذ من صلح الشيء وهو خلاف الفساد، يقال صالحته مصالحة وصُلْحًا وصَلَحَ خلاف فسد، وفي الأمر مصلحة، أي خير، والجمع مصالح، والصلح اسم منه، وهو التوفيق ومنه صلح الحديبية.[1]

[1]- ابراهيم مصطفى ، المعجم الوسيط الجزء الثاني ، مطبعة مصر ، سنة 1381 ه / 1961 م .

والصلح في لغة العرب يقصد به قطع المنازعة، وفي كلام العرب أيضا يعني السلم، سواء كسر السين أو فتحها حيث كلا المصطلحين يفيد الصلح يقال: أصلح في عمله أو في أمره بمعنى أتى بما هو صالح بينهما أو ذات بينهما أو ما بينهما، أي أزال بينهما من عداوة وشقاق.[1]

ثانيا: تعريف الصلح اصطلاحا

عُرِف الصلح بتعاريف مختلفة كلها تشترك في معناها وأهدافها التي ترمي إلى رفع الخلاف وإزالة النزاع والتوفيق بين الخصمين.

حيث نجد أن الحنفية والشافعية والحنابلة اتفقوا على أن الصلح عقد يرفع به النزاع، وينهي الخلافات والخصومات الواقعة بين أطراف النزاعات المختلفة بغض النظر عن نوعية تلك الخلافات وأسبابها.

– أما عند المالكية فالصلح يُعتبر في حالة نزاع واقع فعلا أو محتملا الوقوع، فالصلح عندهم رافع النزاع مانع لوقوعه لمنازعة غير قائمة، ولكنها محتملة الوقوع وهذا يبين الدور الوقائي للصلح، فتعريف المالكية يقربنا لفهم قوله تعالى: «وَإِنْ اِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نشوزًا أَوْ إعرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْيَّصَّلَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرُ...» (سورة النساء الآية 127).

ويعد تعريف المالكية للصلح من أحسن التعاريف مقارنة بالتعاريف الأخرى لما أعطى للصلح دورا جديدا لم يكن له وجود في التعريفات السابقة وذلك بتبيان الدور الوقائي للصلح.[2]

الفرع الثاني: تعريف الصلح قانونا

أولا: تعريف الصلح في القانون المدني

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بأنه: «عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه».

[1]– ابن المنظورجمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ، ط 1 ، دار صادر، بيروت لبنان، ص 222.

[2]– بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، جوان 2018.

فمن خلال هذا النص نستنتج أن الصلح من العقود المسماة ويخضع مثله مثل غيره من العقود للأحكام العامة للعقد، فالصلح عقد رضائي، وقابل للعوض، ملزم للجانبين، محدد واحتمالي.

1- عقد الصلح عقد رضائي

يقصد بالعقد الرضائي، العقد الذي يتم بمجرد الاتفاق أي أن الأطراف لا تتقيد بشكلية معينة فلهم الحرية في التعبير عن إرادتها في الالتزام بأي طريقة كانت عليه، لأن الأساس فيه هو الاتفاق بحد ذاته، وليس الصيغة التي انعقدت بها فعقد الصلح في القانون المدني يندرج ضمن عقود التراضي، فيشترط لإبرامه توافق الإرادتين، بمعنى تطابق الإيجاب والقبول ولا تكون الكتابة إلا للإثبات.

2- عقد الصلح من عقود المعارضة

يقول الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بأن عقد الصلح من عقود المعارضة، فلا أحد من المتصالحين يتبرع للآخر، و إنما يتنازل كل منهما عن جزء من ادعائه بعوض أو مقابل. وتنص المادة 58 من ق.م.ج على أن «العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما».

3- عقد الصلح عقد ملزم لجانبين

الصلح عقد ملزم لجانبين، إذ يلتزم من المتصالحين بالنزول عن جزء عن ادعائه في مقابل تنازل الطرف الآخر عن جزء من حقوقه وبذلك ينتهي النزاع إلى صلح.[1]

ولقد عرفت المادة 55 من ق.م.ج العقد الملزم لجانبيين «يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضها بعضا».

4- الصلح عقد محدد واحتمالي

العقد المحدد هو ذلك العقد الذي تكون فيه التزامات وحقوق كل من المتعاقدين محددة وقت إبرامه.

[1]- الشواربي عبد الحميد، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية 2000، ص 467.

أما العقد الاحتمالي فهو العقد الذي لا يدرك فيه المتعاقد مقدار ماله وما عليه وقت إبرام العقد، ذلك أن المقدار المقابل متوقف على واقعة مستقبلية غير محققة الوقوع.

ومن خلال التعريف القانوني للصلح وفقا للمادة 459 من القانون المدني السالفة الذكر يمكن أن نستنبط المقومات أو الشروط الأساسية لعقد الصلح المدني ونحددها بثلاثة عناصر جوهرية:

1-وجود نزاع قائم أو محتمل

فالنزاع القائم هو نزاع أو إشكال أو خصومة قائمة بحد ذاتها مطروحة على القضاء، ولم يتم البث فيها بالحكم.

فمن أجل أن نقول أن هناك " عقد الصلح" يجب أن يكون هناك نزاع بين طرفي أو أكثر، وهذا النزاع يكون قائم وأراد طرفيه حسمه عن طريق الصلح، ويشترط أن يكون الصلح قبل صدور حكم نهائي غير قابل للطعن، وإلا انتهى النزاع بالحكم لا بالصلح.

أما إذا كان الحكم قابلا للطعن فيه بطريق الطعن المقررة قانونا يمكن في هذه الحالة اجراء الصلح، لو صدر الحكم قابل للطعن.[1]

أما النزاع المحتملة فالنزاع هنا لا يكون مطروحا أمام القضاء كما هو الشأن بالنسبة للنزاع القائم وإنما النزاع يكون محتمل الوجود في المستقبل، وإن تم الصلح بشأنه، فيكون صلحا غير قضائي ابرم بغرض توفي النزاع.

2-وجود نية حسم النزاع عن طريق الصلح

فلا تقوم قواعد الصلح إلا إذا اكان هناك نية لإنهاء النزاع القائد أو المحتمل.

والنية أن يكون هناك قصد وعزم المتنازعين للتوجه إلى حسم النزاع عن طريق تطبيق الصلح.

[1]-بوعبة شهيناز، عيشي ديهية، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون عام، كلية الحقوق والعلوم الإسلامية، جامعة مولود معمري -تيزي وزو، سنة 2018-2019، ص 9-10.

3- التنازل لكل من المتصالحين عن جزء من حقه

فمن المقومات الأساسية لعقد الصلح هو ضرورة أن يتنازل كل طرف عن جزء من حقه على وجه التبادل، فنص المادة 452 من القانون المدني أقرت بضرورة أن يتنازل كل طرف عن جزء من حقه، فإن لم يكن هناك تنازل عن حق متقابل، واقتصر التنازل على أحد الطرفين دون الآخر، فلا يعد الاتفاق صلحا، وإنما هو تسليم بحق الخصم أو التنازل عن الادعاء.[1]

- فنص المادة 459 من القانون المدني، نصت بصريح العبارة على أن الصلح يعتبر عقدا من العقود التي لا تصح إلا بتوفير أركان العقد وشروطه من رضا ومحل وسبب المنصوص عليها في المواد من (59) إلى (98) من القانون المدني، فيترتب على الصلح المدني ما يترتب على العقد بصفة عامة فتطبق عليه أحكام الفسخ المنصوص عليها في المادة 119 من القانون المدني فمتى أحل أحد المتصالحين بالتزاماته بعد إبرامه لعقد الصلح يجوز للطرف الأخر طلب فسخ العقد.

ثانيا –تعريف الصلح في قانون الأسرة

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح في قانون الأسرة ولكنه حفه بعناية كبيرة لما يكتسبه من أهمية بالغة للحفاظ على كيان الأسرة، من خلال منح فرصة للزوجين من أجل التراجع في موضوع الطلاق وهو ما أكدته المادة 49 من قانون الأسرة ما يلي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عِدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاث (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى....».

حيث تؤكد هذه المادة على أنه القائم والمبادر بالصلح في شؤون الأسرة هو القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة ويكون في حالة طلب الطلاق.

[1]- الأنصار حسن النيداني، الصلح القضائي دراسة تاصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009م.

فالمشرع اعتبر الصلح إجراء قضائيا ووجوبي، يجب على قاضي الدرجة الأولى القيام به قبل الشروع في بحث موضوع الطلاق وإصدار الحكم بشأنه. ويسعى القاضي من خلاله إيجاد حل ودي بين الزوجين من أجل استمرار الحياة الزوجية فهو إجراء وقائي،[1]

فمحاولة الصلح بين الزوجين هي «أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلب الطلاق».[2]

والمشرع لم يفرق بين الصلح باختلاف صور فك الرابطة الزوجية، وإنما جعل لها نفس الحكم رغم خصوصية كل صورة، لاسيما أن قانون الإجراءات المدنية جاءت بأحكام إجرائية تضبط الصلح في جميع الدعاوى (المواد 431-439 من قانون الإجراءات المدنية، الإدارية) ونص على إلزامية إجرائه من قبل القاضي كما فرض عليه إتباع إجراءات معينة لنجاعته.

المطلب الثاني

تمييز الصلح عن التحكيم والوساطة.

كثيرا ما يكون التعريف بمفرده غير كاف لتوضيح مفهوم إلا ببيان ما يشتبه به لذلك سنميز بين الصلح وبين أنظمة شبيهة له، وحتى نحصر مجال التمييز في المصطلحات التي تخدمه ألا وهي التحكيم والوساطة ولهذا الغرض قسمنا هذا المطلب إلى (الفرع الأول) نُميز الصلح عن التحكيم و(الفرع الثاني) نميز الصلح عن الوساطة.

الفرع الأول: تمييز الصلح عن التحكيم.

لنميز الصلح عن التحكيم إرتأينا أن نعرف التحكيم (أولا) ثم نفرق الصلح عن التحكيم من خلال إظهار أوجه التشابه وأوجه الاختلاف(ثانيا)

أولا: تعريف التحكيم.

لم يعرف المشرع الجزائري التحكيم في مادة شؤون الأسرة ولكنه أشار إليه كوسيلة أو إجراء يلجأ إليه القاضي في حالة لم يتمكن من الصلح بين الزوجين بنفسه حيث نصت المادة 56 من

[1]– بن حليمة يمينة، خصوصية اجراء التقاضي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات، الصلح القضائي والوساطة القضائية دار هومة، الجزائر، 2013، ص18.

[2]– زودة عمر، طبيعة الاحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر الجزائر،2003، ص108.

قانون الأسرة: «إذ اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما». وكذلك المواد من 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إلا أننا يمكن أن نبرز تعريفات اصطلاحية للتحكيم التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية (أصحاب المذاهب الأربعة) وفقهاء القانون كما يلي:

عرف الأستاذ مصطفى الزرقا «التحكيم بأنه أن يلجأ طرفان متخاصمان إلى شخص يختارانه برضاهما ليفصل في الخلاف بينهما بدلا من القاضي».[1]

خلال هذا التعريف التحكيم يتم بإرادة الطرفين المتنازعين وبرضاهما التام، يقوم به شخص أجنبي عن الخصوم شرط التولية فيه الصلاح، وله سلطة ودلالة خاصة عليها، بحيث ينفذ حكمه كما ينفذ حكم القاضي.

فالتحكيم هو قيام المتخاصمين باختيار طرف ثالث يفصل بينهما دون أن يكون للحكم ولاية القضاء.

ثانيا: الفرق بين الصلح والتحكيم.

يشترط الصلح والتحكيم في نقاط كثيرة ويختلفان في أخرى يمكن إجمالها في أوجه التشابه

وأوجه الاختلاف بينهما:

1-أوجه التشابه:

* يلتقي الصلح والتحكيم في أن مقصودهما رفع النزاع بين المتخاصمين فكلاهما يحسم به النزاع بتراضي أطراف المنازعة دون استصدار حكم قضائي.

* كلاهما يأمر به القاضي سعيا بِلَمِ شمل الأسرة وإزالة النزاع بين الزوجين، فمحاولات الصلح وجوبيه وتعيين الحكمين وجوبي إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر.

* كلاهما إجراء تمهيدي قبل الحكم بالطلاق ولا يثبتان إلا بمحضر غير قابل للاستئناف.

* كلا من الصلح والتحكيم يخففان العبء على كامل القضاء ويضعان حدًا للنزاع.

1- الزرقاء مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق سوريا، 1424هـ-2014م

2-أوجه الاختلاف:

* الصلح يقوم به القاضي وله أن يطلب من أحد أفراد العائلة المشاركة في جلسة الصلح، أما التحكيم فيقوم الحكمان بتعيين من القاضي ويكون من أهل الزوجين وإن تعذر ذلك جاز من غيرهما.[1]

* ويظهر وجه الاختلاف كذلك بين الصلح والتحكيم من حيث المدة المحددة لكليهما، فالصلح يكون خلال ثلاثة أشهر وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة، أما التحكيم فيقدم الحكمين تقريرها خلال مدة شهرين وفقا للمادة 56 من قانون الأسرة.[2]

* وكذلك بالنسبة لمحضر الصلح المحرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي يعد سندا تنفيذيا طبقا للمادة المحرر من طرف الحكمين فيتوقف على مصادقة القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن طبقا للمادة 48 ومن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نستنتج من خلال تمييز للصلح والتحكيم والعلاقة بينهما في القانون الجزائري أن تفعيل نظام الصلح والتحكيم أمر ضروري كونهما مخرجا وطريقا لإنهاء الخصام وتفكك الأسرة، وقد أكد القانون الجزائري إقامة الصلح و التحكيم في ظل مظلة القضاء، فالقاضي هو من يجري الصلح وهو من يعين الحكمين.

الفرع الثاني: تمييز الصلح عن الوساطة.

أولا: تعريف الوساطة.

لم يفرد فقهاء الشريعة الإسلامية مفهوما خاصا للوساطة الأسرية باعتبارها آلية لحل النزاعات الأسرية وقطعا للخصومة التي قد تنشأ بين الزوجين ذلك لأن الوساطة الأسرية لا تكاد تخرج عن المفهوم العام الذي أطلقه الفقهاء على عقد الصلح، إلا أنه وردت الوساطة في القرآن الكريم في أكثر من أية وفي السنة في أكثر من حديث على المعاني التالية، بمعنى العدل والخيرية

[1]- شكشاك خديجة، الصلح والتحكيم بين الزوجين والعلاقة بينهما في القانون الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، ع 3، العدد 2، 2008، ص116.

[2]- طالب ليلى، دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مسيلة سنة 2017-2018، ص 18-19.

والتوسط بينا لإفراط والتفريط ، **لقوله تعالى: «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِيَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَسُولَ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا...»**(سورة البقرة الآية 143)

أي عدلا وبمعنى الأوسط والأعلى كما وصف **النبي الله صلى الله عليه وسلم: «الفردوس بأنه أوسط الجنة وأعلى الجنة».**

وعُرِفَت الوساطة بعدة تعاريف من بينها:

*"أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات، تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار لتقريب وجهات نظر بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع".

* لم يعطي المشرع الجزائري تعريفا صريحا لمصطلح الوساطة، استحدثت بموجب الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23 يوليو2015 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ولم يتطرق قانون الأسرة إلى الوساطة لفض الخلافات الأسرية وحصره في إجراء التحكيم بين الزوجين عند حصول الشقاق بينهما، غير أن المشرع نظم إجراء الوساطة في المواد من 994إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأشارت إليه المادة 994 منه «يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا لشؤون الأسرة والقضائية العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام».

فالوساطة التي قصدها المشرع هي الوساطة القضائية وقبل الفصل في موضوع الدعوى أو النزاع يَجِدُ القاضي نفسه ملزما بعرض الوساطة على الخصوم، فإن اقتنع الأطراف على إجراء الوساطة فالقاضي ملزم بتعيين وسيط يحدد له مهامه.

وهناك من عرفها بأنها: «محاولة التوفيق والصلح بين أطراف الدعوى من قبل شخص ثالث قصد الاتفاق بغية جبر ضرر الضحية وإنهاء النزاع القائم».[1]

ثانيا: الفرق بين الصلح والوساطة

بالرغم من أنَّ كل من الصلح والوساطة يندرجان في الطرق البديلة لحل النزاعات إلا أن هناك ما يباعد بينهما في نطاق التشابه والاختلاف:

[1]– عبد الله اوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2018، ص177.

1-أوجه التشابه:

- كلا منهما يعدان من الوسائل البديلة لحل النزاعات الأسرية.
- يلتقي الصلح مع الوساطة في كون أن هذه الأخيرة تجوز في كل ما يجوز فيه الصلح، وما لا يجوز في الصلح لا يمكن أن يكون محل للوساطة.
- تنتهي الوساطة بتحرير محضر يوقعه الأطراف ويصادق عليه القاضي وبذلك يأخذ خاصية السند التنفيذي فلا يمكن الطعن فيه حسب ما تقتضي به المادة 1004 من ق.إ.م.إ حيث يدون فيه ما تم الاتفاق عليه فيعد هذا المحضر سندا تنفيذيا مثله مثل محضر الصلح الذي اعتبرته المادة 993 من ق.إ.م.إسندا تنفيذيا غير قابل للطعن.
- يعد محضر الصلح سند تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط.

2-أوجه الاختلاف:

- الصلح إجراء جوازي فقد يحصل أن يتصالح الخصمين من تلقاء نفسيهما، أو يسعي من القاضي، بالمقابل تعتبر الوساطة إجراء وجوبي فالقاضي ملزم بعرضها على الأطراف، والأخذ بها يرجع إلى رغبة وقبول الخصوم بها.[1]
- ألزم المشرع القاضي عرض الوساطة في جميع المواد، واستثنى منها القضايا العمالية وقضايا الأسرة، ومتى قبل الخصوم هذا العرض يعين القاضي وسيطا ويعرضها القاضي في أول جلسة. أما الصلح فيجوز للقاضي اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليه الدعوى.
- إجراء الوساطة يكون الوسيط في القيام بعملة وهو متحرر من كل القيود التي من شأنها أن تعرقل وصوله إلى الصلح وفقا لإجراءات معينة ويحرر محضر بذلك في حالة الصلح من عدمه.
- بعد عرض مبسط لتعريف الوساطة والفرق بينهما وبين الصلح يمكن أن نقول بأن اعتماد الوساطة أضحى أمرا ملحًا تفرضه طبيعة الأسرة الذي يطغى عليها الجانب الإنساني والاجتماعي بالدرجة الأولى، إضافة إلى ما تطلبه هذه العلاقة من ضرورة العمل على دعم استمراريتها والحفاظ على أسرارها خاصة في حالة وجود أطفال، وهو ما يبرم ضرورة

[1]- جلول دليلة، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص23.

اعتماد الوساطة بشأنها، وتتم بصورة طوعية واختيارية وهو ما من شأنه ينعكس إيجابا على هذه العلاقة وحفظها من التفكك والانهيار.

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية والإجرائية للصلح

نظم المشرع الجزائري الجانب الموضوعي للصلح في التقنين المدني الجزائري أسوة بالتشريعات المقارنة التي تثبت الصلح للحفاظ على استقرار الأوضاع القانونية، إذ تفصل العقد الاتفاقي في حكم القضاء وذلك لتحقيق السرعة في إنهاء المنازعات، اقتصاد الوقت في التكاليف، فوضع المشرع الجزائري أحكام عامة للصلح بموجب نص المواد من 495إلى 466 من التقنين المدني.[1]

كما تصدى المشرع للجانب الإجرائي للصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون 08-09 تحت عنوان الطرق البديلة لحل النزاعات من خلال تنظيم إجراءاته بموجب المواد 990إلى 993 منه.

فمن خلال (المطلب الأول) سنتطرق إلى الشروط الموضوعية للصلح كبديل لتسوية النزاعات، ثم إلى الشروط الإجرائية للصلح (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط الموضوعية للصلح

يشترط في الصلح القضائي، كسائر العقود المدنية إلى الأركان العامة الواجب توافرها في باقي العقود بالإضافة إلى الأركان الخاصة أو ما يسمى بشروط الصلح، وهذا ما سنتناوله من خلال الفرع الأول والفرع الثاني.

الفرع الأول: أركان الصلح في القانون

يتفق كل من التشريع والقضاء والفقه على أن الصلح ليس إلا عقد كسائر العقود المدنية، فبالتالي يحتاج لانعقاده إلى الأركان الواجب توافرها في باقي العقود والمتمثلة في: ركن الرضا، المحل، والسبب.

[1]- أمر 75-58 المؤرخ ،25 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني ، مشار إليه سابقا.

أولا: ركن الرضا

يعتبر ركن الرضا من الشروط المتفق عليها لصحة الصلح فينعقد الصلح بمجرد تلاقي من الإيجاب والقبول، فلا بد من إيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر أي توافق وتطابق الإرادتين حول نوع النزاع وتعيين الحقوق محل التنازل من المتصالحين وكافة بنود عقد الصلح.

أما إذا كان القبول غير مطابق للإيجاب فلا يوجد صلح في هذه الحالة باعتبار أن الإيجاب والقبول وحدة لا تتجزأ ولكي يكون الرضا صحيح يجب أن تتوفر فيه شروطا لصحته المتمثلة في الأهلية فيجب أن يكون الشخص قادرا على التصرف بعوض كما يجب أن لا يشوب رضاه أي عيب من عيوب الإرادة في الصلح كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

ويُشترط لصحة الرِضا مايلي:

1-الأهلية:

فحسب المادة 460من القانون المدني الجزائري، التي تشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشتملها عقد الصلح، فالأهلية الواجب توافرها حسب المادة المذكورة أعلاه هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تصالح عليها.[1]

فيمكن أن نعطي تعريف للأهلية الأداء التي يقصد بها قدرة الشخص على التعبير المباشر عن إرادته بنفسه دون وساطة غيره في حقه وفي ذمته ولحسابه الخاص، لا حساب الغير، طبقا للقانون ويحدد نطاق أهلية الأداء في التصرفات القانونية وليس بالوقائع القانونية. وتكتمل أهلية الشخص بمدى اكتمال التمييز أو انعدامه عند الشخص، وعادة ما يكون الشخص كامل أهلية الأداء بمجرد بلوغه سن الرشد 19 سنة كاملا وهذا عملا بنص المادة 40 الفقرة 2 من القانون المدني، والمادة 86 من قانون الأسرة الجزائري.

ولهذا يمكن أن الرضا لا يكون صحيحا إلا إذا توافر فيه الأهلية التي يشترطها القانون في الشخص، بأن يكون متمتعا بأهلية أداء التصرفات القانونية التي قد تكون كاملة أو ناقصة أو منعدمة تطبق بشأنهم أحكام المادة 81 من القانون الأسرة.

[1]- السيد أحمد إبراهيم، عقد الصلح فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2003، ص 33، 34.

2-خُلوه من العيوب:

والتي تتمثل في الغلط والتدليس، الإكراه والاستغلال الغبن.

1-الغلط

يعرف الغلط على أنه اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد.

ومن خلال المواد 81إلى 85 من القانون المدني، فإن المشرع اشترط في الغلط أن يكون جوهريا من جهة وداخلا في نطاق العقد من جهة أخرى، فنكون أمام غلط جوهريا إذا انصب الغلط في مادة الشيء، أو صفة جوهرية أساسية فيه ونكون أمام الغلط داخل نطاق العقد وفي هذه المسألة أخذ المشرع بعين الاعتبار فيه العاقد نفسه في ضرورة حماية المتعاقد الآخر الذي قد يواجه ببطلان العقد الذي أبرمه لغلط ما في صفة الشيء لم يعتقد بأهميتها وذلك حسب مضمون المادة 85 من القانون المدني.

وقد يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط المنصوص عليها في المادة 81 و82 من القانون المدني.

2-التدليس في عقد الصلح

يقصد به إبهام الشخص بغير الحقيقة باللجوء إلى الحيلة والخدع لحمله على التعاقد وفي الحقيقة هو وهم وقد يصدر هذا الوهم من أحد المتعاقدين أو من الغير وهو استعمال أحد الطرفين في العقد حيلة لتضليل الطرف الآخر تجعله يفهم أمرا كان غير الحقيقة لهذا سمي بالتغليط فالتدليس إدا يؤدي إلى إيقاع المتعاقد في الغلط وذلك بعيب الرضا لأنه يجعله مشوبا بالغلط، ومن أمثلة التدليس في الصلح أن يتفقا ويتصالحا طرفان بتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته ويحسمان النزاع القائم بينهما، ثم تظهر بعد ذلك أوراق تؤكد أن أحدهما لم يكن له حق فيما أداه وهو الذي أنهى تلك الأوراق.[1]

[1]- سلامة أحمد عبد الكريم، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية النزاعات المفاوضات الوساطة، التوفيق، الصلح، بديلا عند المعترك القضائي ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 54.

3-الإكراه في عقد الصلح

فيعتبر الإكراه هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين فيولد في نفسه خوف ورهبة تدفعه إلى التعاقد، فيعتبر عنه الإكراه المعنوي، مثل: التهديد بالقتل أو الاعتداء على العرض أو تشويه سمعة شخص أما الإكراه المادي فهو الذي يعدم الإرادة، ومثاله: أن يمسك شخص عنوة ويرغم على توقيع أو طبع بصمته على عقد مكتوب أو سند دين، فالعقد هذا باطل لانعدام الإرادة والرضا في الشخص المكره، ولكي يعيب الإكراه رضا أحد المتعاقدين لابد من أن تكون إرادته تحت سلطات رهبة دون حرية واختيار منه، وذلك وفق للمادة 88 من القانون المدني يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطات رهبة بينه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وبالتالي يكون عقد الصلح قابلا للإبطال إذ تمسك بذلك من وقع عليه الإكراه.[1]

4-الاستغلال والغبن في عقد الصلح

الاستغلال عبارة عن حالة معينة من الضعف النفسي، والهون البين، أو الطبس الجامح تتملك الشخص، فيتخذها غيره ذريعة لإبرام عقد معه، بحيث يلحق به إجحافا شديدا في حق من حقوقه فإذا توفر الركن المادي للاستغلال، وهو انعدام التعادل بين التزامات المتعاقد المغبون والتزامات المتصالح الآخر الذي استغله إضافة إلى الركن المعنوي والمتمثل في حالة الضعف النفسي لدى المتصالح المغبون، وسعي الطرف الآخر لتحقيق مصلحة من ذلك وهذا ما يمنع الحق للشخص الذي وقع ضحية للاستغلال في طلب إبطال الصلح وتجدر الإشارة أن مجرد الغبن الذي يكون نتيجة استغلال لا يجيز طلب إبطال الصلح، فقط بشرط لقبول هذا الطلب أن تكون الفائدة التي عادت على أحد المتصالحين، وهو الذي استغل الطرف الآخر أكبر بكثير، ولا تتناسب مع ما لحق الطرف الآخر من أضرار.[2]

---

[1]- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني العقد والإدارة المنفردة، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع الجزائر 2012، ص65.

[2]- [2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص20، 21.

ثانيا: ركن المحل.

محل الصلح هو الحق المتنازع عليه وترك كل من الخصمين لجزء من حقه أو ادعاءاته، فإذا تنازل أحد المتعاقدين عن ادعاءاته بشكل كامل مقابل مبلغ معين أو خدمة يقدمها الطرف الآخر، فإن هذا البدل يدخل كذلك في المحل و يتعين في محل الصلح أن تتوافر فيه جملة من الشروط:

* أن يكون المحل ممكننا يعني غير مستحيل في ذاته استحالة مطلقة وقت إبرام عقد الصلح وذلك ما يستنبط من نص المادة 93 من قانون المدني الجزائري:**إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا.**

* والشرط الثاني أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود فالوجود، ليس شرط مستقل بحد ذاته في محل الالتزام وإنما ضروري لتحقيق شرط إمكان هذا المحل، ولا يشترط أن يكون موجودا وقت التعاقد، بل يجوز أن يكون الشيء قابلا للوجود في المستقبل، عملا بنص المادة 92 الفقرة 2 من القانون المدني: يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

* أما بالنسبة للشرط الثالث للمحل أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا غير منافي للنظام العامة والآداب العامة وفقا للمادة 97 من القانون المدني: إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا.

ثالثا: السبب.

السبب هو الدافع إلى التعاقد وهو الباحث إلى إبرام العقد ويقصد بالسبب الهدف الذي يرمي إليه التعاقد من خلال التزامه بعقد الصلح، وهناك من الفقهاء يجعل السبب في عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو متحمل فإن لم يكن هناك نزاع أو كان النزاع قد حسمه حكم نهائي فالصلح باطلا لانعدام السبب بالمحل اختلالا تاما، ويشترط في السبب أن يكون مشروعا وموجودا.[1]

مشروعية السبب

بمعنى أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وإلا اعتبر العقد غير موجود أصلا لانعدام مشروعية في ذاته طبقا بما أتت به المادة 97 من القانون المدني السابقة الذكر.

[1]- سلامة أحمد عبد الكريم، نفس المرجع السابق ص56.

أما بالنسبة لوجود السبب تفرضه المادة 98 من القانون المدني ووجود السبب ضروري لإبرام عقد الصلح فوجوده يدل على صحته وانعدامه يبطل العقد، حتى في حالة ما إذا تعاقد الطرفان وهما على نية عدم وجود السبب.

يتضح عند عرضنا لأركان الصلح في القانون، أن الصلح كغيره من العقود يقوم على أركان الرضا والمحل والسبب، وتخلف أخد هذه الأركان يؤدي إلى البطلان. فالصلح من الآليات الفعّالة لتسوية النزاعات بين الأفراد فقد يلجأ طرفي النزاع إلى التصالح فيما بينهما لإنهاء النزاع القائم، بمبادرة من الخصوم أو بسعي من القاضي وفقا للمادة 972 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يتم إجراء الصلح بسعي من الخصوم أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم.

ومتى يبادر الخصوم للصلح لفض النزاعات الأسرية، لابد من حضور الخصوم الراغبين في التصالح أمام الجهة القضائية المعينة لإبداء نواياهم في إتمام عملية الصلح، بحيث لا يكفي حضور أحدهما فقط دون الآخر، فيجب على الخصوم التمتع بالأهلية المطلوبة لإجراء الصلح ويجيب على القاضي التأكد من أن النزاع المتصالح عليه لا يخالف النظام العام والآداب العامة، فإذا خالف بعضها النظام العام فعلى القاضي الامتناع عن التصديق عن الصلح عملا بمبدأ عدم قابلية الصلح للتجزئة.[1]

وفي الأخير وحتى نجسد هذه الأركان لابد من أن يتأكد كل من المتصالحين على موافقة الطرف الآخر على الصلح عن طريق التوقيع على محضر الصلح الذي يحرره القاضي بناء على المادة 992 من قانون إجراءات المدنية وإدارية.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للصلح.

لم ينص قانون الأسرة الجزائري ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على شروط الصلح، وإنما استنتجت ضمنيا من نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى....

[1]–الأنصار النيداني حسن، نفس المرجع السابق ص101، 106.

فقد وضع فقهاء القانون باجتهادهم جملة من الشروط وذلك لإنجاح آلية الصلح لتحقيق الهدف المرجو منه فقد نص المشرع على محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة بإجراءات وقواعد منها موضوعية وشكلية وهي بمثابة مجموعة من الشروط يتفق في بعضها مع العقود المدنية الأخرى في شروط انعقاده المتمثلة في ركن الرضا وشروط صحته التي ترتكز على عنصر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب وفقا للمادة 460 من القانون المدني الجزائري كما رأينا سابقا.

وينفرد في البعض الآخر نظرا لخصوصية المجال الذي تجري فيه حيث يمكن إجمال هذه الشروط الخالصة للصلح بين الزوجين فيما يلي:

أولا: وجود علاقة زوجية

لا يمكن الحديث عن الصلح بين الزوجين إن لم يكن يربطهما عقد زواج صحيح مستوفي الشروط القانونية والشكلية فعقد الزواج هو الوسيلة التي يمكن من خلالها إثبات الصفة والعلاقة الزوجية القائمة فمحل الصلح إذا هي العلاقة الزوجية فلا صلح في غياب هذه الرابطة.

غير أن التساؤل الذي يطرح حول ما إذا كان يشترط لإجراء الصلح دخول حقيقي بين الزوجين أو بعبارة أخرى هل يجرى القاضي الصلح في حالة ما إذا كانت دعوى طلاق قبل الدخول؟

فالمشرع لم يوضع هذه المسألة ولكن عدم تحديده وتركه هذا الأمر على إطلاقه يدل على أن الصلح يكون في كل دعاوى الطلاق، سواء وقع البناء أو لم يقع فحصول الشقاق وعدم الوفاق بين الزوجين أمر مُتَصوِر ومحتمل الوقوع، فالعبرة بوجود عقد الزواج بغض النظر عن وقوع دخول من عدمه، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي فالمرأة ممن لا يدخل بها يجرى أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها.

فالمشرع الجزائري إذًا كرس قرار المحكمة العليا في إجراء الصلح بضرورة وجود عقد زواج في ملف الدعوى.[1]

أما إذا كان الزواج عرفيا فلابد من تثبيته أولا حسب نص المادة 22 من قانون الأسرة: يثبت الزواج بمستخرج من سِجِل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بِسَعْي من النيابة العامة.

[1]– ولد نسال سليمان، المسيّر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، الجزائر، 2012، ص 98.

ثم يجري القاضي الصلح وتستمر الإجراءات بشكل عادي فقد جاء في قرار المحكمة العليا 1995/10/24 ما يلي:

إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناءا على تثبيته بموجب حكم قضائي.[1]

ثانيا: وجود دعوى قضائية

إن تفعيل إجراءات الصلح يقتضي ضرورة وجود نزاع بين الزوجين كيفما كان طبيعته وأسبابه، فإذا فضل الزوجين أو أحدهما اللجوء إلى القضاء لطلب حل النزاع القائم بينهما يتوقف ذلك على رفع الدعوى في الموضوع أمام المحكمة المختصة.

فالدعوى القضائية هي الوسيلة القانونية التي تمكن القاضي بعملية الصلح بين الزوجين.

وما نستنتجه من نص المادة 49 قانون الأسرة، فإن: محاولة الصلح يجب أن تقترن بوجود دعوى قضائية موضوعها الطلاق بمعناه العام وفقا لنص المادة 48 قانون الأسرة والتي تعتبر الوسيلة الإجرائية الوحيدة يمكن من خلالها التعبير عن إرادة الطرف فالقاضي في هذه الحالة ما عليه إلا النظر في موضوع دعوى الطلاق وإجراء الصلح كخطوة أولى وقبل الفصل في الموضوع.

وهذا ما يجرنا إلى الشرط الثالث والذي سنتطرق إليه أدناه.

ثالثا: إلزامية الصلح من طرف القاضي وإتباعه للإجراءات اللازمة له

تكمن أهمية الصلح النظرية والعملية في تسوية النزاعات الزوجية من حيث مساهمته في تخفيف العبء عن القضاء والخصوم وتحقيق العدل ونشر السلم الاجتماعي، بالمحافظة على استقرار الأسرة، دفعت المشرع إلى إضفاء الطابع الإلزامي عليه العكس ما هو عليه الأمر في القانون المدني.

فالمحكمة كدرجة أولى للتقاضي ملزمة باللجوء إلى تفعيل إجراءات الصلح بمجرد عرض النزاع عليها من طرف الزوجين أو أحدهما طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة وكذلك المادة 439 من

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 34980، المؤرخ في 1997/04/10 نشرة القضاة، عدد 199853 ص56.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجعل من محاولات الصلح وجوبيه ويتم في جلسة سرية، وبذلك إجراءات الصلح في دعاوى الشقاق مهمة وضرورة لكونها من متعلقات النظام العام التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها أو التقاضي عنها تحت طائلة بطلان الحكم الصادر في موضوع النزاع ومن بين الشروط الشكلية التي لابد على القاضي الالتزام بها :

* هناك شروط لانعقاد جلسة الصلح.

* وشروط لسير جلسة الصلح.

1- شروط لانعقاد جلسة الصلح

فالمشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بانعقاد الصلح تتمثل فيما يلي:

أ-الجهة القضائية المختصة لإجراء الصلح

حسب نص المادة 32 من قانون إجراءات المدنية والإدارية : المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام تفصل في جميع القضايا، لاسيما قضايا شؤون الأسرة... ، وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، وقد جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 والذي أقر المبدأ الآتي: محاولة الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط.[1]

فحسب هذا القرار فإن إجراء الصلح وجوبا أمام المحكمة.

ب-تحديد مدة الصلح وبدأ سريانها

نصت المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 442 من قانون إجراءات المدنية الإدارية أنه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاث 03 أشهر من تاريخ رفع دعوة الطلاق، فالمشرع من خلال هذه النصوص حدد سريان هذه المدة من تاريخ رفع الدعوة وهي مدة من الجانب القانوني مقبولة غير أنها من الجانب الشرعي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أول وأساسي لقانون الأسرة غير مقبولة شرعا لأنها من قبيل الخطأ المادي في الصياغة، حيث يقصد المشرع من خلالها مراعاة العدة وذلك عندما

[1]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 372130، المؤرخ في 2006/11//15، المجلة القضائية ، ع7، 2007.

يكون تاريخ إيقاع الطلاق موافق لتاريخ رفع دعوة الطلاق من تتوافق مدة إجراء الصلح مع مدة العدة، فهو الرأي الذي يشاطره جانب من الفقه بخصوص ارتباط مدة الثلاثة أشهر مع أمر آخر قد يكون المشرع أخذه في الحسبان الذي يرتبط بفترة العدة الشرعية.

إلا أن تساءل بعض الفقهاء عن بداية ثلاثة أشهر المتعلقة بالصلح فيما إذا كانت تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق؟ أو من تاريخ طرح النزاع على المحكمة؟

وللإجابة على هذا التساؤل: حاول الأستاذ" بلحاج العربي" الإجابة بقوله: أن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة.[1]

ويرى الأستاذ بن الشيخ آث ملويا لحسين: أن القاضي يستطيع إجراء محاولة الصلح في أقرب جلسة يحضرها طرفي النزاع أمامه حيث يستطيع الاجتماع بالزوجين في مكتبه ويباشر عملية الصلح، واستخلص أنّ مدة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى التي يحضرها الطرفان أما القاضي.[2]

ج-تبليغ الطرفي بالصلح (استدعاء الأطراف)

نص المشرع من خلال نص المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين وكان عليه أن يتدارك هذه النقطة بأن يضيف نص ينص على مسألة تبليغ الزوج بجلسة الصلح دون الاكتفاء بتبليغ العريضة وإن دأب العمل القضائي على بإعلامهما جلسة الصلح في جلسة يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور سواء بإعلام مهما شخصيا أو بإعلام موكليهما حسب الأمر الذي تسير عليه إجراءات الاستدعاء الذي يكون بشكل شفهي من طرف القاضي في جلسة المحاكمة لأن تبليغ العريضة يكون عن طريق التبليغ الرسمي وهو نفسه التبليغ الذي يعتمد عليه القاضي للتأكد من أن الزوجة أو الزوج أي المدعى عليه بلغ بأول جلسة والتي يفترض أنها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح.

[1]- بلحاج العربي الوجيز في شؤون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002، ص232.

[2]- بن الشيخ أث ملويا لحسين، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء1، دار هومة، الجزائر، ص 259، 260.

وبالتالي القاضي الذي لا يحدد جلسة الصلح ولا يدعوا الأطراف لحضورها يكون قد خالف الإجراءات، فالقاضي ملزم بالقانون وواجب عليه قانونًا القيام بالإجراءات التمهيدية للصلح ولا تدخل القضية إلى المداولة بدون دعوة الأطراف أو تحديد جلسة الصلح، فمحاولة الصلح تبدأ من يوم تحديد القاضي تاريخ الجلسة واستدعاء الأطراف.[1]

2-شروط سير جلسة الصلح

وهناك شروط شكلية على القاضي التزامها أيضا المتعلقة بسير إجراءات الصلح.

أ-مباشرة القاضي للصلح بسماع الزوجين

يتم سماع الزوجين بمكتب القاضي أو قاعة المداولات أو أي مكان أخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح بعد التأكد من هويتهما من طرف القاضي وإن كان القانون لم ينص على ذلك إلا أنه من الضروري أن يتأكد من توافر الصفة لديه مرفقين ببطاقة التعريف الوطني أو أي وثيقة تفيد الهوية، ثم بعد ذلك يستمع إلى كل زوج على انفراد حتى يتمكن من الوقوف على أسباب النزاع وخفاياه وبالتالي يشكل لديه موضوع للنزاع ككل ثم يجميع الزوجين معا لمواجهتها ببعضهما حسب المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمناقشة نقاط الخلاف ومن ثم محاولة منه تخفيف الصعاب والوصول إلى التوفيق بين الزوجين بأسلوب لين يتضمن النصح والوعض.

ونظرا لخصوصية النزاع وسرية جلسة الصلح ومراعاة لتقاليد الاسرة الجزائرية مكن الشرع بناءًا على طلب أحد الأطراف حضور أحد أفراد العائلة الذي يملك تأثيرا على الزوجين لتفعيل محاولة الصلح بين الزوجين المادة 440 الفقرة 2 من ق إ م إ.

ب- سرية جلسة الصلح

خلافا للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية وفق المادة 7 من قانون إجراءات المدنية والإدارية: الجلسات علنية مالم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة.

[1]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثار الأحكام القضائية رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر 2006، ص103.

فإن في دعاوى فك الرابطة الزوجية فإن جلسة الصلح تتم بسرية وهذا ما نصت عليه المادة 439 من نفس القانون: محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة علنية.

فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين والقاضي وكاتبه، حيث تجرى أمام القاضي وخارج قاعة الجلسات وبحضور الزوجين شخصيا دون ممثلهما أو محامهما.

ج-عدد محاولات الصلح

تفهم من نص المادة 49 من قانون الأسرة السالفة الذكر أن القاضي ملزم بأن يعقد عدة محاولات الصلح دون أن يحدد عددها ومعنى عدة محاولات صلح لا لأقل من محاولتين أو ثلاث محاولات. بشرط على القاضي أن لا يقل عن الأجل المنصوص ولا يزيد عن أجل (ثلاث أشهر) فالمادة 49 من قانون الأسرة جعلت جلسة الصلح مكررة وذلك رغبة في إعطاء مزيد من الوقت لبذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين سواء بالنسبة للقاضي أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يتراجع كل طرف عن تمسكه بفك الرابطة الزوجية فتكرار محاولات الصلح تخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود نية للصلح عند الزوجين، أما في حالة انعدام النية أو إصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية لا يمنع من الاكتفاء بمرة واحدة طالما أن القاضي تحقق من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق وهذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا في قرارهم على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه ولا يعيب الحكم اكتفائه بجلسة صلح واحدة إذا اقتنع القاضي بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى وبعد القيام بإجراءات الصلح يتعين على القاضي إعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواء كانت هذه النتائج إيجابية أو سلبية، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي و أمن الضبط والزوجين.[1]

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ط2، دار البعث للطباعة " قسنطينة" الجزائر 1989 ص12.

المطلب الثاني

الشروط الإجرائية للصلح

عند الحديث عن الشروط الإجرائية للصلح لتسوية النزاعات الأسرية يجرنا الحديث عن مدى إلزامية هذا الإجراء في دعوى فك الرابطة الزوجية، وهذا ما أثار إشكاليات واختلاف رجال القانون في مدى تعلق محاولات الصلح بالنظام العام، فذهب جانب إلى القول أن الصلح إجراء جوهري وإغفال القاضي له يرتب أثار، فجانب يرى عكس ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري ولا يرتب أثر على الحكم في حالة الإغفال عنه.

وبين تذبذب الفقه والقضاء بخصوص وجوبية إجراء الصلح نحاول من خلال الفرع الأول أن نعرض الصلح كإجراء جوهري وفي الفرع الثاني الصلح كإجراء شكلي.

الفرع الأول: الصلح إجراء جوهري

إن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة تعد من الإجراءات الأولية والجوهرية والإلزامية السابقة على الحكم بفك الرابطة الزوجية باعتبارها من النظام العام وهذا رأي الكثير من فقهاء القانون عند تفسيرهم المادة 49 من قانون الأسرة وكذا المواد المنظمة لإجراءات الصلح الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المواد 439 وما بعدها).

أ-الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري:

لقد ذهب جانب من رجال الفقه القانوني إلى القول أن الصلح إجراء وجوبي في دعاوى فك الرابطة الزوجية لابد على القاضي أن يتقيد به ويحرص على عدم إهماله لأنه من النظام العام. نذكر بعض الآراء المؤيدة لفكرة الصلح كإجراء جوهري:

فسر الأستاذ بلحاج العربي نص المادة 49 من قانون الأسرة أنه نص إجرائي وجب على القاضي تنفيذه قبل الحكم بالطلاق.[1] وذهب إلى القول أن: محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا على القاضي القيام به.

واعتبر الأستاذ بن شيخ آث ملويا لحسين: أن محاولات الصلح إلزامية للقاضي وهي من النظام العام لكون المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 1،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2007، ص357.

الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذاً هي إجراء جوهري لابد منها قبل النطق بحكم الطلاق. وأضاف أنّ إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية وإن عدم القيام بها إطلاقا بعد إخلالا بإجراء جوهري.[1]

ب –الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري:

فقبل صدور قانون الأسرة لسنة1984 لم يكن يوجد نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطليق، فالصلح كان جوازيا للقاضي[2] تطبيقا للمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية الملغى حيث جاء نص المادة 17 من الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى: يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية 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 أن هو تركه.

وبعد صدور قانون الأسرة لسنة1984 اعتبرت المحكمة العليا الصلح قبل حكم الطلاق إجراء جوهريا من النظام العام ففي قرار لها بتاريخ1994/01/18 أكدت أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقص الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة.

وقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2012/06/14 ما يلي:

«حيث وطبقا لأحكام المادة (49) من قانون الأسرة فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم الصلح إثباتا لذلك وحيث ما دام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاة بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفًا لمقتضيات

[1]– بن الشيخ آث ملويا لحسن ، مرجع سابق ، ص197.

[2]–بن قوية سامية، الصلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية، كلية الحقوق، الجزائر 1، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،2007، ص37.

المادة (49) من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة».[1]

ج –الآثار المترتبة على تخلف محاولة الصلح كإجراء جوهري:

فحسب أنصار المؤيدين لفكرة اعتبار الصلح إجراء جوهريا فإنه من الأثار المترتبة على تخلف محاولة الصلح وإغفاله نقض وبطلان الحكم القضائي، إذ يجب على القاضي القيام به قبل الدخول في مناقشة موضوع الطلاق و مرافعات الزوجين.

كما قرّرت المحكمة العليا في قرارٍ لها صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، تحت رقم 75141، مؤرخ في1991/06/16، المجلة القضائية، عدد 199301: «حيث أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراعى أحكام المادة (49) من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة».

الفرع الثاني: الصلح إجراء شكلي.

يذهب رأي الفقه القانوني وكذا عدة قرارات للمحكمة العليا عند تفسيرهم لنص المادة 49 من قانون الأسرة إلى اعتبار محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي غير جوهري الغاية منه الوعظ والنصح لا غير أي أنه غير ملزم للقاضي، ولا يترتب على مخالفته بطلان ونقص العمل القضائي فمن غير المعقول إرجاع المطلقين للحالة التي كان عليها قبل الحكم لمجرد إغفال إجراء الصلح.

أ–الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء شكلي.

فهناك من يرى أنّ محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، بل في بعض الحالات، إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة، يعد في حد ذاته إجراء مخالفا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 687997، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

ورأى أيضا أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لاصقة ولا علاقة لها بالنظام العام، مضيفا الذي يدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري، هو أن المشرع حدد لها ثلاث أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أي بمعنى أخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء المدة المحددة والمخصصة لها وهي ثلاث أشهر، فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما قيدها المشرع بتلك المدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول، ويضيف رغم الارتباط الوثيق بين عدة الطلاق الرجعي وجلسة الصلح، خاصة عند إيقاع الزوج للطلاق بتاريخ رفع الدعوى، فإن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة بالنظام العام.[1]

ب-الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء شكلي

صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا بعد وقبل تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 فاعتبرت الصلح إجراء شكلي وليس جوهري، ولا ينتج عن إغفال الصلح بطلان العمل القضائي حيث جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1985/06/03: أن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق والتطبيق تصدر دائما نهائية.[2]

وبعد تعديل قانون الأسرة لسنة2005، استمرت المحكمة العليا باعتبار الصلح إجراء غير جوهري وهو ما تضمنه قرار صادر أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ2007/06/13 والذي قضى بما يأتي: لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة.

[1]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط2، دار فسيلة، الجزائر 2009، ص141.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، عدد 02، 1990، ص40.

ج-الأثار المترتبة على تخلف محاولة الصلح كإجراء شكلي

يرى أنصار فكرة اعتبار الصلح إجراء شكلي أن محاولة الصلح تعد إجراء ليس من النظام العام وبالتالي لا يترتب على إغفاله نقض وبطلان الحكم القضائي بل يعتبر الحكم صحيحا منتجا لآثاره وهذا ما يراه فقهاء القانون وقضاة المحكمة العليا من خلال قراراتها.

ويقول الأستاذ لمطاعي: أن من يدعي أن الحكم المثبت للطلاق يترتب عليه البطلان في حالة تخلف إجراء محاولة الصلح، هو في حقيقة الأمر قول من لا يعترف بالطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة الذي نص عليه المشرع في المادة48 من القانون نفسه، وإنما يعترف فقط بالطلاق الذي ينطق به القاضي وخلص إلى: أن إصدار أحكام قضائية تتضمن رفض دعوى إثبات الطلاق لعدم إجراء محاولة الصلح يَعُدُ في حقيقة الأمر خرق لكل من أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، إذ لا علاقة بين الطلاق الحاصل ومحاولة الصلح، بل من واجب القاضي إثبات الطلاق ليسجل في الحالة المدنية ويحتسب من عدد الطلقات.[1]

وجاء في قرار قرارات المحكمة العليا الصادرة في 1997/11/23 ما يلي: إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات، يجعل القاضي ملزم بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة (3) أشهر.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 والذي قضى بما يأتي: لكن بين أن المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تُعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق أيضا فمحاولة الصلح المذكورة في المادة 49 قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن:[2]

فرُغم تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02 إلا أنه بَقِيَ اللبس والغموض حول إلزامية الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية لذلك لم ينتهي النقاش لدى

[1]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكامالقضائية، المرجع السابق ص140.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 174132، مؤرخ في 1997/11/23 نشرة القضاة عدد 55، 1999، ص40.

القانونيين إلا بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أزال هذا الغموض ولم تعد مسألة إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل. [1]

ومن خلال ما سبق في خضم هذا التقارب في الآراء نلخص أن محاولات الصلح تعتبر إجراء ضروري وملزم للقاضي في مرحلة معينة، وهذا ما دفع بعض القوانين إلى الاتجاه نحو مبدأ إلزامية الصلح بالنسبة للقاضي واعتبار إغفال القيام به خطأ في تطبيق القانون يعرض العمل القضائي للبطلان فالمادة 49 من قانون الأسرة تقضيبإجبار محاولة الصلح.[2]

[1]– تومي نوال، صحراوي حلواني، احكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02 ص314، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة 2021، ص37.

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة وعلاقاته بقانون الإجراءات المدنية نشرة القضاة وزارة العدل ، جانفي 1986 ص29.

الفصل الثاني

إنّ الزواج ارتباط مؤسس على الإحسان و المودة بين الزوجين ، و من أهداف الزواج هو بناء أسرة تقوم على أساس المحبة و التعاون على مواجهة صعاب الحياة .

غير أنه قد تتعدد الأسباب و العوامل التي من شأنها أن تؤدي إلى تفكك الأسرة كالصراعات الهامشية و الخلافات التي تثار لأتفه الأسباب و غيرها كثير من الأسباب التي كلها تؤدي إلى تدهور العلاقة الزوجية و استحالة استمرارها مما يدفع الزوج أو الزوجة إلى اللجوء أمام الجهات القضائية و ذلك رفع دعاوى أمامها من أجل المطالبة بفك الرابطة الزوجية و تنتهي هذه الدعاوي بصدور أحكام ذات طبيعة خاصة .

و نظرا لتعقد و تشعب المنازعات ما أدى إلى التراكم و التكدس القضائي و هذا انعكس سلبا على أداء جهاز القضاء ، فظهرت الحاجة الملحة إلى الصلح القضائي كأحد آليات و حلول بديلة للنزاعات ، دلك أنّ إنهاء النزاع بموجبه يؤدي إلى تخفيف العبء على القضاء ، و يوفر من وقت القضاة و ما من شأنه تحسين و تحقيق فعالية مرفق القضاء مما يرسي ثقة المتقاضين .

و إنّ نص المشرع الجزائري على الصلح باعتباره جوهريا يوحي لنا بالكثير من المفاهيم و الأهداف التي أرادها المشرع إذا ما نحن نظرنا إلى الصلح كإجراء قانوني مفروض على قضاة الحكم قبل النطق في موضوع الدعوى من أجل تفعيل دورهم في محاولة الصلح لتسوية الخلافات القائمة بين الزوجين وصولا لحفظ الزواج و بالتالي التقليل من ظاهرة الطلاق و التطليق .

و قد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، حيث نتناول محاولات الصلح في دعاوي الطلاق (المبحث الأول) ، أما (المبحث الثاني) الآثار المترتبة على إجراء الصلح .

المبحث الأول

محاولات الصلح في دعاوى الطلاق

و هذا المبحث خصصناه لمختلف الدعاوى التي قد يطرح النزاع بشأنها و إن كانت لا تختلف من دعوى إلى أخرى من حيث الإجراءات القانونية الواجب توافرها في كل دعوى إلا أنها تختلف من حيث موضوع كل منها، فقد يكون طلب فك الرابطة الزوجية من طرف الزوج و هو ما يعرف بـ (الطلاق بالإرادة المنفردة) للزوج أو من طرف الزوجة (دعاوى الخلع و التطليق)، أو بالطلب المشترك من الزوجية (الطلاق بالتراضي).

وانطلاقا من حرص المشرع على الحفاظ على العلاقة الزوجة وتفادي انحلالها شرع نظام الصلح عن طريق تدخل القاضي في الدعاوى المذكورة وهذا ما سنتناوله من خلال المطالب الثلاث محاولات الصلح في كل دعوى وإجراءاتها ودور القاضي أثناء الصلح.

المطلب الأول

الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع (الفرع الأول) تعريف الطلاق ومشروعيته، (الفرع الثاني) إجراء الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، (الفرع الثالث) دور القاضي في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة.

الفرع الأول: تعريف الطلاق ومشروعيته.

أولا: تعريف الطلاق

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الطلاق و اكتفى بذكر الطلاق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة: يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون.

فالمشرع الجزائري اكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية و لم يتطرق حقيقة إلى تعريفه و بيان أركانه و صوابه و في ذلك محاولة منه للتملص من أي التزام يقع عليه لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية .

أما في الفقه الإسلامي فيمكننا القول أنّ الصلح هو رفع قيد النكاح في الحال والاستقلال بعبارة وألفاظ تفيد الطلاق صراحةً أو معنى.[1]

ثانيا: مشروعية الطلاق

لا خلاف بين الفقهاء في مشروعيته الطلاق بالكتاب و السنة و الإجماع و كذا العقل .

1-من القرآن:

قوله تعالى : {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ }(سورة البقرة، الآية 299) .

هذه الآية فيها بيان لعدد الطلاقات و تقديره ثلاث طلقات ، و يجوز الرجعة في اثنين و لا تجوز في الثالثة .

و قوله تعالى:{ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ} (سورة البقرة، الآية 230).

و في هذا التوجيه الإلهي دعوة الرّجال أن يتمهلوا فلا يتسرعوا في الطلاق، فإن الطلاق أبغض الحلال عند الله و لولا الضرورة لما أبيح الطلاق لأنه هدم للأسرة.[2]

2-من السنة :

ثبت أن الرسول طلق حفصة ثم راجعها و أن ابن عمر طلق زوجته و هي حائض فسأل عمر في ذلك فقال لعمر: "لا مُرهُ فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك و إن شاء الله طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء".

فقال صلى الله عليه وسلم: " ثلاث جدّهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة".

---

[1]-مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة والقانون قصر الكتب، الجزائر، 1997، ص 194

[2]- سيد قطب، في ظل القرآن، م6، ط10، دار الشروق، بيروت، 1982، ص3593.

3-من الإجماع:

أجمع فقهاء الإسلام على مشروعية الطلاق من لدن عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وأنّه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعا.

4-من العقل:

لأن العشرة بالمعروف قد لا تدوم بين الزوجين و أن الغاية التي من أجلها شرع الزواج قد تنتفي منه من حيث السكن و المودّة، و كان الأولى بهما أن يتفرقا فقد تتنافر النفوس و تشتد الخصام فإنّ الطلاق هو الحل الأصلح للطرفين بدلا من البقاء على النفرة و الضغينة .[1]

فهو مباح لحاجة رغم كراهته لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق".

وشرع الطلاق لأن الإسلام ديننا واقعيا يعمل حساب لكل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان وحرص على وقاية الفرد والأسرة من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر.

الفرع الثاني: إجراء الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

قبل الشروع في إجراء الصلح من طرف القاضي لابد من تأكده أن الزوج قد رفع دعواه وفق للشروط الموضوعية والشكلية التي فرضها القانون، ولهذا قبل الحديث عن إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة نحاول التطرق إلى كيفية رفع الدعوى وإجراءاتها.

أولا: دعوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج

1-فيما يخص الاختصاص

ترفع دعوى الطلاق أمام المحكمة قسم شؤون الأسرة طبقا لنص المادة 1/423 من ق.إ.م.إ.

ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتي:

[1]- بلحاج العربي ، الزجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –مقدمة الخطبة- الزواج ، الطلاق ، الميراث، الوصية ، ج1 ، ج1 ، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2007 ، ص211.

{الدعاوي المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة ...}.

ويرجع الاختصاص الإقليمي للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية طبقا للمواد 2/40 و426 من ق.إ.م.إ فتنص المادة 2/400 من ق.ن.إ.م.إ: " ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبنية أدناه دون سواها ".

في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع أو الحضانة ... التي تقع في دائر اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية ..... "

وتنص المادة 426 من ق.إ.م.إ : (تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي)

وعليه وحسب مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعود الاختصاص النوعي لدعاوي فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج إلى قسم شؤون الأسرة أما الاختصاص الإقليمي في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها المسكن الزوجي.

2-فيما يخص إجراءات رفع الدعوى

فترفع بتقديم عريضة على نسختين أصليتين وفقا للأوضاع و الأشكال المقررة في ق.إ.م.إ المتعلقة برفع الدعاوى ، المادة 436 من ق.إ.م و يجب مراعاة فيها ما تضمنه نصوص المواد 13، 14، 15 من ق.إ.م .إ و كذا نص المادة 3 مكرر من قانون الأسرة المتعلقة بإدخال النيابة كطرف أصلي في النزاع ، و ذلك في جميع القضايا الرامية لتطبيق قانون الأسرة .

فإذا كان الزوج كامل الأهلية فتكون العريضة الافتتاحية لدعوى الطلاق مقدمة باسمه أو باسم من يمثله قانون و التي لابد أن تشمل على جميع البيانات المذكورة في نص المادة 15 من ق.إ.م.إ تحت طائلة عدم قبولها شكلا كما يجب أن يثبت صفته و مصلحته في النزاع طبقا لنص المادة 13 من ق.إ.م.إ .

أما إذا كان طالب الطلاق ناقص الأهلية أو واقع تحت الولاية أو التقديم فإن عريضة طلب الطلاق يجب أن تقدم باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة و ذلك وفقا للأوضاع و الأحكام المقدرة للولاية أو لقوامه .

3-تبليغ العريضة

بعد إيداع عريضة افتتاح دعوى الطلاق لدى أمانة الضبط بالمحكمة، يجب على الزوج طالب الطلاق أن يقوم بإجراء تبليغ الزوجة المطلوب طلاقها و هي المدعى عليها بعريضة رفع الدعوى وذلك بواسطة المحضر القضائي على أن يكون هذا التبليغ قبل عشرين يوما على الأقل من تاريخ الجلسة الأولى المحدد للفصل في دعوى طلب الطلاق (المواد 3/16، 438 من ق. إ .م.إ) و ذلك حتى تتمكن الزوجة المطلوب طلاقها من تحضير دفاعها .

و في هذا السياق دائما يجب على الزوج أيضا تبليغ نسخة من عريضة افتتاح دعوى الطلاق للنيابة العامة بواسطة المحضر القضائي ، كما يمكن أن يبلغها عن طريق أمانة الضبط (المادة 438 من ق.إ.م.إ).

مع العلم أن طلب الطلاق المقدم من طرف الزوج بإرادته المنفردة لا يتطلب إلزامه بتقديم أي تبرير و لا أية أسباب ، و لا يتعين على القاضي أن يسأله عن أسباب طلبه الطلاق ، و بهذا الصدد صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/06/15 تحت رقم 223019 أين قضت بأن " للزوج الحق في تحمله مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى طلب الحكم بالطلاق و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج دون تبرير فإنهم طبقوا صحيح القانون ".[1]

ثانيا: مباشرة القاضي بإجراءات الصلح

1-استدعاء الطرفين لحضور جلسة الصلح

إنّ محاولة الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج تبدأ من يوم تحديد القاضي الجلسة ، و لقد استقر العمل القضائي على تبليغ الزوجين بشكل رسمي من طرق القاضي في أول جلسة للمحاكمة يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور ، و يتم هذا الاستدعاء سواء بإعلامهما شخصيا عندما يحضران أول جلسة أو بإعلام

[1]- مأخوذ عن عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الإبتدائية ، دار هومة الجزائر ، 2013، ص79.

موكليهما.و هذا ما ذهب إليه جانب من الفقه إلى القول أنّ مدّة الصلح المحددة بثلاثة أشهر تبدأ من أول جلسة يحضرها طرفي النزاع أمام القاضي .[1]

2-حضور الطرفين لجلسة الصلح

عند حضور الزوجين لأول جلسة للمحاكمة يقوم كاتب الضبط بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات أو أي مكان آخر داخل المحكمة يكون مخصص لإجراء الصلح ، فأول شيء يقوم به القاضي التأكد من هويتهما و إن كان القانون لم ينص على ذلك ، لأن في عدم التأكد من ذلك قد يدفع الزوجين إلى إحضار غير زوجه ليحصل على حكم يقضي بالطلاق في غيبة الزوج الآخر ، لذلك وجب التأكد من هوية الطرفين ، و ذلك بطلب استظهارهما لبطاقة التعريف الوطنية أو وثيقة تثبت ذلك تفاديا لكل تغرير من أحدهما .

3-الاستماع إلى الزوجين

نصت المادة 440 من ق.إ.م.إ (في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم معا ....).

و لعل الغرض من ذلك تفادي الضغط و الإكراه و هذا يكون من عيب الإرادة التي إن وجدت تؤثر على صحة الإجراءات و الحكم الذي يكون محل طعن و إعادة النظر ، و كذلك حتى يستطيع كل طرف أن يكشف وقائع ربما لا يستطيع الكشف عنها عند المواجهة .

و من الناحية العملية ، فالقاضي يبدأ بطرح جملة من الأسئلة ، يستهلها بسؤال جوهري على الزوج ينصب مضمونه على النحو التالي :

هل سبق للزوج و أن أوقع الطلاق ؟ ، و ذلك بغية تحديد بعض المراكز و التي من خلالها تبنى عليه بعض الآثار ، فإذا كانت الإجابة بالإيجاب، يقوم القاضي بطرح سؤال ثاني حول عدد المرات التي أوقع فيها الطلاق ، و هل يحوز على أحكام قضائية سابقة تثبت فك الرابطة الزوجية بينهما .

[1]- بن الشيخ أث ملويا لحسن ، مرجع سابق ،ص259 .

و الواقع أنّ الغاية من طرح هذه الأسئلة هي ضمان القاضي التأكد من أن عدة الطلاق الرجعي لم تنقضي بعد و المقدرة بثلاثة أشهر استنادا لنص المادة 58 من قانون الأسرة، (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ،و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق.)

و أنها فعلا مسايرة تماما لمدة الصلح التي نصت عليها المادة 49 من ق.أ ، باعتبار أن الطلاق الذي يقع بالإرادة المنفردة للزوج قد يكون سابقا لتاريخ الدعوى و أن هذا التاريخ هو بداية سريان مدة محاولة الصلح .

في حين أن العدة الشرعية تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق باعتبار أن المشرع يقر و يعترف بوجود الطلاق الرجعي ، و أنّ هذا الطلاق يقع بمجرد تصريح الزوج به ، و ليس كما ذهب إليه العديد من القانونيين أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة .[1]

و هنا نميز بين ثلاث حالات :

أ-حالة إيقاع الطلاق من طرف الزوج بتاريخ موافق لتاريخ رفع الدعوى فتسري مدة عدّة الطلاق الرجعي تلقائيا و آليا من تاريخ رفع الدعوى و بالتالي يمكن حساب مدة الصلح و المحددة بثلاثة أشهر حسب المادة 49 من ق.أ.ج و التي يسعى القاضي من خلالها إقناع الزوج بضرورة العدول عن قراره في الطلاق و استعمال حق الرجعة التي نصت عليها المادة 50 من قانون الأسرة : (من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد) و في هذه الحالة لا يثار أي إشكال .

ب-حالة الطلاق الثلاث الذي لا يمكن أن يراجع فيه الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء تأسيس لنص المادة 51 من قانون الأسرة ، (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء)، و هي الحالة التي لا يمكن أن يجري فيها القاضي الصلح لمخالفة النظام العام و أغفل المشرع النص عليها .

[1]- لمطاعي نور الدين ، مرجع سابق، ص 81-82 .

ج- حالة إيقاع الطلاق بتاريخ لاحق لتاريخ رفع الدعوى ، أي أثناء جلسة الصلح في هذه الحالة يكون تاريخ بداية السريان العدة هو ذلك التاريخ الذي صرح فيه الزوج بالطلاق في جلسة من جلسات الصلح .[1]

و من هنا يكمن القول أن جمع القاضي للزوجين أمامه و الاستماع إليهما هي محاولة إقناع الزوج للتراجع عن طلبه و محاولة منه أن يصلح بينهما بإظهاره لمساوي النزاع و مضار الفرقة و بيان محاسن الألفة و التفاهم و الانسجام و التسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية لصالحهما ، و لصالح أطفالهما و لصالح استمرار علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلتي الزوجين .

4-تكرار محاولات الصلح

تفيد عبارة : " بعدّة محاولات الصلح" الواردة في نص المادة 49 من ق.أ أن القاضي ملزم بأن يعقد عدّة محاولات صلح دون تحديد عدد هذه المحاولات ، مما يعني أنه لا يجوز أن تقل عن محاولتين اثنين على الأقل حتى يتسنى له السير في إجراءات الدعوى، رغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لمزيد من بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين ، أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه و يعدل عن تمسكه بفك الرابطة الزوجية .[2]

غير أن الواقع العلمي و حسب قرار المحكمة العليا جاز اكتفاء القاضي بجلسة صلح واحدة في أغلب الأحيان ، و هو ما أبدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : (حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة الصلح بين الزوجين و عقد لذلك جلسة بتاريخ 30 نوفمبر 2008، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاذه و لا يعيب غلى الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى).[3]

و عليه فإن القاضي ملزم بأن يعقد عدّة محاولات معناه لأقل من محاولتين أو ثلاث محاولات من أجل استغراق مدّة ثلاث أشهر متى رأى القاضي أنه توجد إمكانية الصلح

[1]- بن هبري عبد الحكيم ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، مرجع سابق ص 94.
[2]- بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد دون طبعة دار الهلال للخدمات الاعلامية ، دون سنة نشر ، ص 114-115.
[3]- القرار الصادر عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث بتاريخ 2011/04/14 ملف رقم 620084.

من تاريخ تسجيل الدعوى حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الدعوى فالمفروض أنّ القاضي لا يقل عن الأجل المنصوص و لا يزيد.

5- عوارض الخصومة الطارئة على إجراءات الصلح

قد تطرأ على الخصومة بصفة عامة و أثناء جلسات الصلح بصفة خاصة طارئة أو ما يسمى عوارض الخصومة .

أ-غياب أحد الزوجين عن جلسة محاولة الصلح

قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ المحددة لجلسة الصلح ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد عالج حالات الغياب و ميز بين حالة تغيب أحدهما أوكلاهما .[1]

فإن كان التغيب للضرورة الملحة لسبب مقنع و مشروع كأن يكون مريض مثلا ، فالقاضي في هذه الحالة ينوب قاضي آخر لمساعدته و سماع الخصم المريض ، و هذا بموجب إنابة قضائية ، لأن المشرع نص في المادة 441 : (إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث مانع ، جاز للقاضي ... ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية ...).

أما إذا كان سبب التغيب لفترة قصيرة حيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة الثانية فيمكن تأجيل القضية لجلسة صلح إلى تاريخ لاحق و هو ما تقضيه المادة 1/441 من ق.إ.م.إ: (إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع ، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة).

و عليه إذا تغيب أحد الزوجين أجّل القاضي القضية إلى جلسة لاحقة ما دامت هناك عدّة محاولات صلح.[2]

أما إذا كان التغيب بدون سبب و لم يقدم عذرا عن تخلفه بالرغم من تبليغه شخصيا ، يحرر القاضي محضر يثبت فيه تخلف الخصم عن الحضور بحيث نصت المادة 2/441 : (غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة لجلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا ، يجدد القاضي محضرا بذلك ...)

---

[1]- زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، دراسة للنصوص القانونية و الفقهية و في الاجتهاد القضائي ، المرجع السابق ،ص 110 .

[2]- بسايح سنقوقة، قانون الإجراءاات المدنية و الإدارية الجديد، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، ج1 ، دون سنة ص 608-609 .

إن القضاء ميز بين عدم حضور المدعي و المدعى عليه و كذا حالة عدم حضورهما معا لجلسات محاولات الصلح فيمكن تقسيم الموقف الحالي للمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح إلى ثلاث مواقف و هي :

الموقف الأول

يتمثل في عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسات الصلح ، حيث في هذه الحالة مهما كان نوع دعوى فك الرابطة الزوجية فنجد أن اجتهاد غرفة شؤون الأسرة استقر على المبدأ الآتي من خلال القرار الصادر بتاريخ 2009/01/14 على انه : (يجب على الزوج طالب فك الرابطة الزوجية و حضور جلسة الصلح شخصيا تحت طائلة رفض دعواه).[1]

الموقف الثاني

يتمثل في عدم حضور المدعى عليه في دعوى فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولات الصلح ، في هذه الحالة يستوي الأمر في دعوى طلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب من الزوجة فنجد أن اجتهاد غرفة الأسرة كان قضائها كما يلي : (لكن حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء الصلح وفقا لنص المادة 49 من ق.أ.ج و حددت جلسة لذلك و أن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة استدعائه مما يجعل الإجراء المنصوص عليه في المادة المذكورة قد تم احترامه و يكون الطعن بذلك غير سديد).[2]

الموقف الثالث

يتمثل في عدم حضور المدعى عليها لجلسات محاولات الصلح ، حيث أستقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة عند عدم حضور المدعي و المدعى عليه يتم يتم تحرير محضر عدم الصلح و هو ما توضحه الحيثيات التالية : (حيث و طبقا لأحكام

[1]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 474956 مؤرخ في 2009/01/14 ، مجلة المحكمة العليا ، 2009 ، عدد 2 ،ص 271 و ما بعدها .

[2]- المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0801583 ، مؤرخ في 072014/10 ، غير منمشور .

المادة 49 من قانون الأسرة ، فإنها تقتضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محادثة صلح بين الطرفين من طرف القاضي ، و حيث انه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنها لم يحضرا فحرر محضر عدم الصلح ، إثباتا لذلك و حيث أنه ما دام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاول الصلح يعد مخالف لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين المثارين سديدين و منه يتعين نقض الحكم بدون إحالة .[1]

ب-وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى طلاق الزوج بإرادته المنفردة

قد يحدث أن يتوفى الزوج أو الزوجة قبل إتمام إجراءات محاولات الصلح ، و ما يستدعي التساؤل حول تصرف القاضي في هذا الشأن : هل يقضي بانقطاع أو سقوط الخصومة أو يقضي بإثبات الطلاق إذ ادعى الزوج قبل وفاته أنه أوقع الطلاق؟

لقد جاء في هذا الشأن قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/11/10 قضى بما يلي: (تؤدي وفاة الزوج بعد رفعه دعوى الطلاق إلى انقضاء الخصومة و ليس انقطاع الخصومة، لا يحق لا للورثة و لا للقاضي تغيير موضوع دعوى الزوج في إيقاع الطلاق إلى تثبيته بأثر رجعي).

وعليه يجب على القاضي أن يلتفت إلى طلب الزوج المحدد والمذكور في العريضة ويتأكد منه شخصيا عند حضوره جلسة الصلح فمتى ثبت للقاضي أن الزوج طالب إيقاع الطلاق، ففي هذه الحالة يقضي بانقضاء الخصومة بوفاة المدعي طبقا للمادة 220 من ق.إ.م.إ (تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى .... يمكن أن تنقضي الخصومة بوفاة أحد الخصوم ما لم تكن الدعوى قابلة للانتقال) .

أما إذا صرح الزوج بالطلاق لأول مرة أثناء جلسة الصلح ثم توفى مباشرة و لم تقضي فترة محاولات الصلح المحددة بثلاثة أشهر ، ذهب جانب من الفقه انه يتعين على القاضي أن يثبت الطلاق الذي أوقعه الزوج ليسجل في الحالة المدنية .[2]

في حين ذهب البعض الآخر من الفقه للقول أن الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة لا يعتد به حتى و لو صرح به الزوج أمام القاضي ، عدة مرات أثناء جلسات

[1]- المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و الواريث ، قرار رقم 187997 مؤرخ في 2012/06/14 ، غير منشور .
[2]- نور الدين لمطاعي ، مرجع سابق ، ص 172 .

الصلح ، طالما لم يصدر حكم قضائي يقضي بذلك ، فالقاضي يطبق نص المادة 2/220 المذكورة اعلاه و يقضي بانقضاء الخصومة .

و لقد أقر المشرع الجزائري بخصوص هذا الشأن في نص المادة 132 من قانون الأسرة: إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منها الإرث) ، بالتالي إذا توفي الزوج أثناء سير دعوى الطلاق تنقضي هذه الأخيرة فتصبح الزوجة في حكم الأرملة .

6-سير الصلح عن طريق الاستعانة بالحكمين

فالقاضي ملزم بالتوفيق بين الزوجين عن طريق الصلح و عند عجزه في ذل ، و وفق شروط معينة يلجأ إلى التحكيم ، الأمر الذي يتطلب البحث عن الشروط الواجبة توافرها في الزوجين لتحقق لدى القاضي القناعة التي تلزمه إلى تعيين الحكمين للنظر في أسباب الشقاق ، فلقد جاء في نص المادة 56 من قانون الأسرة : (إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما) ، و جاء في المادة 446 من ق.إ.م.إ (إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة ، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة).

ومن خلال نص المادتين نستنتج الشرطين:

شرط وجود شقاق و شرط عدم ثبوت الضرر فمتى توافر يعين القاضي الحكمين لمحاولة الصلح و هذا ما جاءت به المادة 2/56 من قانون الأسرة "يعين القاضي الحكمين من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجين ، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين " ، فتعيين الحكمين من مهام القاضي ، و أما تسمية كلا الزوجين لمن يمثلهما من الأهل ، يفهم ذلك من سياق ما قضت به هذه الفقرة لن يكون على دراية بأهل الزوجين ما لم يقم هذين الأخيرين بإيصال العلم إليه، لكن تبقى سلطته التقديرية في تعيين الحكمين سارية المفعول .[1]

فعلى الحكمين أن يبذلا جهدا كبيرا لاستقصاء أسباب الخلاف و الشقاق بين الزوجين و على الحكمين تحري العدل و الإنصاف ما استطاعا و لا يميل إلى أحد دون الآخر، كما

[1]- وردية بوزيد ، المرجع السابق ، ص 150.

أن ما يحتاجه الحكمان و الزوجان على السواء هو صدق النية و صلاحهما، و إرادة التوفيق ، لقوله تعالى : { إن يريدا صلاحا يوفق الله بينهما }(سورة النساء الآية 35.)
وجب على الحكمين و أثناء محاولة الصلح بين الزوجين أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ العملية و هذا ما قضت به نص المادة 56 من ق. أ فإذا ما تم الصلح من طرفهما يثبت في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن خلال أجل شهرين تأسيا لنص المادة 448 من ق.إ.م.إ .
أما إذ انتهينا إلى التفريق بينهما ، كون حالتهما مستعصية على الإصلاح و التوفيق، فإن القاضي غير ملزم بتبني رأيهما لينهي القاضي مهامهما تلقائيا و تعاد الخصومة إلى عهدها الأول للنظر فيها و هو ما أكدته المادة 449 من ق. إ . م .

الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة

يظهر دور قاضي شؤون الأسرة عند مباشرة إجراء محاولات الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة من خلال طرحه للسؤال على الزوج و هو بمثابة سؤال جوهري، هل سبق للزوج أن أوقع الطلاق، فإن كان جوابه نعم فما على القاضي إلا طرحه سؤال ثاني، كم مرة طلقت؟، هل يحوز على أحكام قضائية سابقة تثبت فك الرابطة الزوجية بينهما، و كيف كانت حالة الزوج عند تلفظه بالطلاق.

أولا: دور القاضي للكشف عن تاريخ وكيفية إيقاع الطلاق

ومن هنا نطرح التساؤل التالي فهل حقيقة أن الطلاق ينشئه القاضي أم الزوج بمعنى هل هو منشأ أو كاشف.
فقد انقسم الباحثين إلى اتجاهات ثلاث فمنهم من يرى بأن حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف وبين من يرى بأنه حكم منشأ وبين من يجمع بينهما.

1-حكم الطلاق على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف

حسب هذا الرأي إن الطلاق حق الزوج يمارسه كممارسة لأي حق آخر مقيد بعدم التعسف ويمارسه في كل الأحوال ولا يمكن لأحد سواء القاضي أو الزوجة، رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال

حقه وتبعا لذلك أجاز القانون طلب التعويض، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج.[1]

في غير التطليق و الخلع ، فالحكم فيها منشئ للطلاق في قانون الأسرة ، لكن هناك من الفقهاء من يعتقد أن الطلاق لا يقع إلا بعد صدور حكم القاضي ، فهو مخالف لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة فهناك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلا من إرادة الزوج فحكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشف للطلاق لا منشئ ، و أن وقع الطلاق أمر قائم بذاته و إثبات الطلاق أمر آخر ، فكل من الأمرين حكم خاص به ، و في مسألة الطلاق يختلف حكم الطلاق الواقع فعلا عن حكم إثباته [2]، فالزوج يوقعه ، أما القاضي يسجل تلك الإرادة و يثبتها بموجب حكم تقريري فالمصطلح الوارد في المادة " لا يثبت الطلاق " يستعمل فقط للإثبات و يكون الحكم الصادر بشأنه كاشف فقانون الأسرة أقر به بموجب أحكام المادة 48 على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، دون تقييدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق و الكشف عنه لا غير طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة .

فعندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي الأولى لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده، لأن العصمة بيده وأن الزوج لما يلجأ إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دورا سلبيا إذ لا يجوز له أن يناقش سبب الطلاق أو يرفض إثبات الطلاق وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها.[3]

2-حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم منشأ

يعتبر جانب آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج وإذ بمجرد تعبير الزوج عن إرادته، يحدث الأثر القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق، وخروجا عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني حسب نص المادة 49 وتبعا لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة على ترتيب الأثر

[1]- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 384 .
[2]- زيدان عبد النور ، المرجع السابق ، ص 119 .
[3]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، رقم الملف 057294 بتاريخ 2010/09/12 قرار غير منشور.

إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد، كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني.

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم ، فهو ليس شرطا للإثبات و إنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح ، فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي ، و من ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي ، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في ذلك ، و من ثم يعد محرر قضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و لا يعد وسيلة إثباته و عليه لا يمكن قبول ادعاء الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسميا صادر عن القاضي يثبت ذلك.[1]

و يذهب الرأي الذي يرى أن الطلاق منشأ و لا يعقل أنه يكون كاشف بتبرير موقفهم على أن عبارة "لا يثبت" الواردة في نص المادة 49 من قانون الأسرة تعني لا ينشأ أو عبارة لا يتم إقرار أو لا يتم التأسيس و هو يفيد أن الحكم هو منشأ و يخلص هذا الرأي إلى أن الطلاق صار بيد المحكمة قلا يقع إلا بحكم ، فهذا يعني عمليا تخليه عن الطلاق الرجعي و عليه حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشأ ناتج عن دعوى منشأة.

3-حكم الطلاق كاشف و منشأ

ذهب جانب أخر من الفقه إلى اعتبار أن حكم القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة هو حكم منشأ و كاشف ، حكم منشأ بسبب وجود الصلح ، بأن الزوج يرفع الدعوى و القاضي يقوم بمحاولة الصلح و على هذا الأساس يصدر حكم بالطلاق بعده ، و يمكن أن يكون كاشف كون الزوج تلفظ بالطلاق الشرعي ، و يلجأ إلى القاضي من أجل إثبات هذا الطلاق قضائيا و قانونيا فقط ، فالطلاق من حيث طبيعته هو حكم كاشف و منشئ في نفس الوقت ذلك أن حكم الطلاق يختلف عن غيره من الأحكام من حيث الطبيعة الخاصة و عليه في الطلاق فهو يكشف إرادة الزوج الذي يكون تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى القضاء ، و لكون أن الحكم المنشأ يرتب مركزا قانونيا جديدا و الذي يتمثل في مركز المطلق و المطلقة .[2]

[1]- قويدري خيرة ، مرجع سابق ، ص 211.

[2]-بوزيد وردة مرجع سابق ، ص 28 .

و مما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر يتضح جليا أن الرأي الراجع في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى طلاق بإرادة الزوج المنفردة هو الاتجاه الأول الذي يعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة كاشف لواقعة الطلاق و ما رفع الدعوى إلا لتقريره ، فإذا وقع الزوج البالغ العاقل غير المكره طلاق زوجته بلفظ صريح يقصده ، فالطلاق واقع لا يختلف في هذا اثنان إذا كانت العلاقة الزوجية صحيحة قائمة ، فمثل هذا الطلاق لا يحتاج إلى حكم القاضي ، و إنما يحتاج إلى إثبات و توثيق لدى المحكمة أو الجهة المختصة ، ضمانا للحقوق ومنعا للتناكر الذي قد يحصل و يحتاج إلى فترة إصلاح لا ساعة و لا يوم و لا ثلاثة أشهر ، و إنما كل ما يحتاجه هو إثباته و توثيقه و تترتب آثار هذا الطلاق من يوم وقوعه ، و لا يعد الحكم به من طرف القاضي توثيقا و إثباتا له لا غير .

نلاحظ أن المحكمة العليا في قراراتها تؤكد دائما على اعتبار الشريعة الإسلامية معتمدا أساسا في نقض كل الأحكام التي تخالفها عند تطبيق قضاة الموضوع ، فإذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة خارج المحكمة فيصبح الصلح بلا فائدة ، إلا إذا كان الطلاق رجعيا فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق و ليس تجنبا لحدوث الطلاق ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون كاشفا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة و ليس منشأ له ، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية مع النصوص القانونية بمعنى على القاضي عندما يثبت الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من يوم تلفظ الزوج خارج المحكمة كون القانون يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق و استعمال المشرع مصطلح "إرادة" في المادة 48 من قانون الأسرة هو تطبيق لمبدأ سلطان الإرادة المجسدة في القوانين الوضعية و الذي بمقتضاه يكون للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام و ترتيب الآثار القانونية و اشتراط إجراء شكل خاص .

ثانيا: دور القاضي في الإرادة المعيبة في الطلاق

لقد قيد الشرع الإسلامي الطلاق بضوابط خاصة و صريحة و محددة في أحكام ، بأن جعل الطلاق على مراحل ثلاثة و ضوابط عامة لاستعمال هذا الحق كأن يصدر في إرادة واعية دون تزييف أو إكراه أو غضب أو انفعال و منع الهزل في الطلاق ، كما جاء في حديث الرسول (ص) :" ثلاث جدهن جد و هزلهن جد النكاح و الطلاق و العتاق "، فقد ذكر

الطلاق لأن لهذا الموضوع قدسية خاصة به جعلته لا يحتمل المزاح أو الهزل ثم إن هذا الحق المقيد توقيعه في فترة معينة هي فترة طهر الزوجة لم يمسها فيه الزوج .

إن المشرع لم ينظم أحكام قانونية يعتمد من خلالها القاضي للتأكد من حالة و كيفية و زمن وقوع الطلاق ، غير أنه لا يوجد ما يمنع من تفعيل نص المادة 222 من ق.أ.ج: ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، بالإضافة أن قانون الأسرة لم يوضح موقفه من الأزواج الذي يقع طلاقهم و الذين لا يقع طلاقهم و إنما اكتفى بالنص على طلاق الزوج بإرادته المنفردة في نص المادة 49 فالأزواج أقسام ، و تبعا لذلك يكون الطلاق ، فنجد الهازل و السكران و المجنون و الغاضب و النائم و المخطئ و الجاهل و الغافل و المكره و العاقل ... إلخ .

يفهم من المادة 48 أن الإرادة شرط الوقوع الطلاق في القانون الجزائري و ذلك بقوله : "بإرادة الزوج" العاقل البالغ غير مكره و الذي تكون إرادته سلبية للطلاق ، أما الهازل و الغافل و الجاهل و المخطئ و المكره و الذي اشتد غضبه كلهم فإن إرادتهم معيبة و يرى الأستاذ سعد فيصل : "أنه من الأشخاص الذي لا يقع طلاقهم حتى و لو صرحوا به هم : المرغوب و المكروه و السكران و الغضبان و السفيه"[1]

1-طلاق الغضبان

الغضبان هو الشخص الذي يعاني في حالة الانفعال الشديد الذي تلتهب فيه أعصابه ثم ينتابها التوتر و الضعف فتزول لديه قوة الإدراك و عدم التميز فتختلط لديه معاني الكلمات التي يتلفظها أم التي يسمعها فيؤخذ حكم المدهوش أو المرهوب فإن تلفظ بالطلاق فلا عبرة بقوله أو بعقله متى صدر منه و هو يعاني في تلك الأزمة العصبية ، و بهذا قال رسول الله (ص) : " لا طلاق في اغلاق " .

2-طلاق المكروه

يقصد به من تلقى من جهة أجنبية عليه تهديدا يلحق به ضررا في ماله أو نفسه فيدفعه إلى قول أو فعل ما ليس فيه رغبة فيكون قوله أو فعله صادرين عن إرادة معينة و واضح

[1]- فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1989 ، ص 240 .

أن المشرع قال عن الطلاق أنه يقع بإرادة الزوج و من كانت إرادته ناقصة أو معدومة فلا يقع طلاقه هذا رأي جمهور الفقهاء .

3-طلاق ناقص الأهلية

تنص المادة 43 من القانون المدني : " كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفق ما يقرره القانون " ، و سن التمييز هو ثلاثة عشر (13) سنة وفق المادة 42 من نفس القانون ، و سن الرشد هو (19) سنة حسب المادة 2/40 من نفس القانون ، و بالتالي يدخل في مفهوم ناقص الأهلية المميز الذي بلغ 13 سنة و كذا السفيه و ذا الغفلة و قد يفهم من نص المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة أن القاصر أن يوقع الطلاق و يباشر إجراءاته بنفسه بنصها : (يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق و الالتزامات) . ، فالمادة ترشد القاصر و تمنحه أهلية التقاضي فيما يخص آثار الزواج من حقوق و التزامات و ليس إيقاع الطلاق و مباشرة إجراءاته و الراجح في المسألة أن يعمل بها ورد في نص المادة 437 من ق. إ. م. إ و التي تنص على أنه عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من يمثله قانونا وليه أو مقدمه .

4-طلاق السكران

السكران هو الذي أذهب عقله نشوة الخمر أو الكحول مهما كان السائل الذي يتناوله في حكمه الحشيش و الكيف الذي يؤثر على القدرة العقلية للشخص أكثر مما يؤثر عليه الخمر و لقد اختلف الفقهاء في طلاق السكران ، فقال أبو حنيفة أنه يفرق بين حالتين بالنسبة للسكران:

الحالة الأولى : أنه يسكر بمحظور كالخمر أو الحشيش و على نحو ذلك ففي هذه الحالة إذا تلفظ بالطلاق يقع طلاقه لأن السكر بالمحظور لا يعد مسؤولية السكران فيكون جزاءه ترتيب طلاق على أقواله لعله ينتهي بعد صحوته على هذه النتائج الثقيلة .

الحالة الثانية : أن يسكر بمحظور للتداوي أو للتخدير و تلفظ بالطلاق تحت تأثير مفعول المخدر فلا يقع طلاقه .

و خالفوا الأئمة الثلاثة في الرأي فقالوا بعد وقوع طلاق السكر مهما كانت الأداة التي 'أسكرته بغض النظر في حكمها فلا يقع طلاقه لأنه صادر على غير وعي أو مسؤولية التي مناطها التميز و الإدراك حيث ينعدم التمييز تنعدم المسؤولية لذلك لا يقع طلاق السكران ، بل إن عدم القول به يحقق وحدة شمول الأسرة بل إن الكثير من المدمنين على الخمر يعودون إلى الصواب و طاعة الله ، فلو قبل القاضي طلاقهم قد يكون ذلك بسبب لهم على الاستمرار في السكر على ذلك فلا يقع الطلاق شرعا و لا قانونا .[1]

فجلسة الصلح التي يجريها القاضي تمكنه من التأكد من إرادة الزوج باعتباره أن الطلاق هو تصرف خطير يجب أن يستعمل بحذر و للضرورة القصوى جدا و بذلك الذي يوقع طلاقة يشترط أن يكون مؤهلا فإذا صدر لفظ الطلاق من زوج مجنون لا يكون له أي قيمة قانونية إذ لا يترتب أي أثر يعتد الآن الطلاق من أخطر التصرفات يحتاج إلى عقل سليم لكي يرتب الشارع عليه الآثار اللازمة ، و لا يكون الزوج غير متمتع بقواه العقلية و لا محجور عليه من جهة فالزوج الموقع للطلاق يجب أن يكون سليم الإرادة و غياب هذه الأخيرة يجعل التصرف باطلا لأنه ليس تحقيقا لغرض شرعي من الطلاق الذي هو علاج وضعية استثنائية شاذة في حياة الزوجين و إنما هو لدفع نتائج محصلة قد يتعرض لها المكره أن لم ينطق بالطلاق فتكون النية غائبة .[2]

المطلب الثاني

الصلح في دعوى الطلاق بطلب من الزوجة

إذا كان للزوج وحده حق المطالبة بفك الرابطة الزوجية دون سواه و دون أن يتدخل في ذلك القاضي، فإن للزوجة حق المطالبة من القاضي تطليقها من زوجها و هذا حسب المادة 53 من قانون الأسرة، كما يجوز لها أن تخالع نفسها بمبلغ مالي حسب المادة 54 من نفس القانون فهناك إذا حالتين فيما يخص دعوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة هما حاله فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق و حالة فك الرابطة عن طريق الخلع.

[1]- فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص 242 .
[2]- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 76 .

الفرع الأول : تعريف الطلاق بطلب من الزوجة

أولا: معنى التطليق

حتى تعطي معنى للتطليق لابد من أن نعرف الضرر و نعطي معنى للضرر الموجب للتطليق فيعرف على أنه: الضرر الواقع على الزوجة ما لا يجوز فعله شرعا من هجرها بلا موجب شرعي و قطع الكلام عنها و تولية وجهه عنها في الفراش و ضربها أو سبها ... ، وهذا ما ذهب إليه المالكية عموما بأن الضرر لا يجوز شرعا .

فالضرر في العلاقات الزوجية هو إخلال أحد الزوجين بالالتزامات أوجبها الشرع عليه ، فكل واجب يقضي حقا للطرف الآخر و أي نقص أو تقصير أو تعد ، يكون نتيجة الشقاق و استحالة العشرة الزوجية أو عدم تحقيق أهداف الزواج ، إذا ما تبين الضرر و يعتبر بذلك سبب للتطليق سواء كان الإيذاء الصادر من الزوج بالقول أو الفعل على حسب صوره ، و لقد حددت المادة 53 من قانون الأسرة أسباب التطليق حيث جاء نصها : "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون .
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 5 أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبينة.
8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
9. مخالفة الشرط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. كل ضرر معتبر شرعا.

ثانيا: معنى الخلع

عُرِف الخلع اصطلاحا بتعاريف مختلفة وهي متقاربة:

- الخلع هو عبارة عن أخذ المال بإزالة ملك النكاح ، بلفظ الخلع .
- الخلع هو الطلاق بعوض .
- الخلع هو فرقة بين الزوجين بعوض ، بلفظ طلاق ، أو خلع.

فهذه التعاريف كلها تشترك في لفظ العوض و هو المقابل الذي تدفعه الزوجة لزوجها مقابل فراقها الذي يعتبر طلاقا بائنًا ببينونة صغرى سواء كان بلفظ الخلع كخالعتك أو بلفظ الطلاق كأنت طالق.[1]

ولقد نصت المادة 54 من قانون الأسرة:(يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي).

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع ، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ."

و يلاحظ من خلال تعديل نص المادة 54 من ق. أ.جأنه يكتفي أن تعرض الزوجة مقدارا من المال او ما يقوّم بالمال على الزوج بغية تحقيق رغبتها في الانفصال و الطلاق من زوجها سواء رضي ، و إذا رفض الزوج المبلغ أو الشيء المعروض عليه مقابل الخلع فيتعين على قاضي شؤون الأسرة أن يتدخل فيقضي بالطلاق ، و يحكم للزوج بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل ، و قد جاء في قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد بأن تحديد مبلغ الخلع عنصر أساسي في الطلاق بالخلع يحدده القاضي وجوبا في حالة اتفاق الطرفين عليه .[2]

[1] بوعبة شهيناز، المرجع السابق، ص30-31

[2] -المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 275497 المؤرخ في 2001/10/17 ، المجلة القضائية ، العدد 2 ، لسنة 2004 ، ص 353.

الفرع الثاني: إجراء الصلح في دعوى الطلاق بطلب من الزوجة

أولا: إجراءات رفع دعوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

كما سبق لنا الإشارة أن الدعوى المرفوعة من طرف الزوجة سواء تعلق الأمر لتطليق أو الخلع فهي لا تختلف من حيث إجرائها عن الدعوى التي يرفقها الزوج من أجل المطالبة بالطلاق ، و ذلك سواء تعلق الأمر بالشروط الشكلية الواجب توافرها في الدعوى أو شروط قبولها و كذا فيما يتعلق بمسائل الاختصاص فإن المشرع لم يستثني هذه الدعوى بإجراءات خاصة بها .

و لا تختلف إجراءات دعوى التطليق أو دعوى الخلع عن باقي الدعاوى الأخرى ، إذ يتعين على الزوجة الراغبة في إنهاء العلاقة الزوجية أن تقدم طلبا في شكل عريضة تكون مكتوبة و موقعة و مؤرخة تودعها بأمانة الضبط بالمحكمة مرفقة بشهادة عائلية و بنسخة من عقد الزواج ، و تكون العريضة على نسختين ، و تشمل عل البيانات المشار إليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لاسيما الجهة القضائية المختصة التي ترفع إليها الدعوى و التي توجد في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية و بيان اسم و لقب و عنوان الزوجة المدعية و المدعى عليه الزوج و عرض موجز للوقائع ، و بعد تسجيل العريضة لدى أمانة الضبط تبلغ نسخة منها للزوج المدعى عليه و تكلفه أمام المحكمة بواسطة المحضر القضائي ، الذي يحرر محضر بتسليم التكليف بالحضور و يسلم إليها نسخة مع مراعاة مهلة العشرين يوما .

و إذ أهم ما يميز دعوى التطليق موضوعها لابد أن لا يخلوا من أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من ق. أ.ج المذكور سالفا و أن تثبت الزوجة الضرر ، و أهم ما يميز به دعوى الخلع أن موضوعها ينصب على مطالبة بانتهاء العلاقة الزوجية القائمة مقابل مال نقدا أو عينا تعرضه الزوجة على زوجها ، فإن قبل الزوج بالعرض جاز للقاضي إصدار حكم بالطلاق ، و إن لم يقبل جاز للقاضي أن يتدخل و يحكم بالطلاق مقابل مبلغ من المال يقدره ، بحيث لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم و هو تقدير موضوعي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا .[1]

[1]- عبد العزيز سعد ، اجراءات ممارسة دعاوى شؤون ال؟أسرة ، مرجع سابق ، ص 87 .

ثانيا: الصلح في دعاوى الطلاق بطلب من الزوجة:

لقد أقر المشرع الجزائري للزوجة حق اللجوء للقضاء لطلب تطليقها وأوجبت على القاضي الاستجابة لها متى ثبت لديه السبب المبرر شرعا لطلبها وامتنع الزوج أن يفارقها بالمعروف.

وقد عددت المادة 53 من ق. أ.ج أسباب طلب التطليق أو على القاضي أن يقرر الضرر إعمالا لسلطته التقديرية، وبذلك فأحكام التطليق من حيث طبيعتها هي أحكام منشئة ويقول الأستاذة تقية عبد الفتاح " التطليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة 53، فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتطليق هو حكم منشئ له. [1]

فالنوع الأول تنعدم فيه إرادة القاضي أما النوع الثاني فتلعب إرادة القاضي في إنشاءها و تكوينها دورا هاما و إيجابيا بل تعتبر إرادة القاضي العنصر الداخلي في تكون هذا الحكم .

و يتجلى دور القاضي في الصلح في هذه الحالة من خلال معاينة للوقائع و الأسباب التي اعتمدت عليها الزوجة في طلب التطليق و إصرارها عليه وفقا للمادة 451 من ق. .إ .م. إ يعاين القاضي و يكيف الوقائع المتعمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا الأحكام التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة إلا أن الصلح ليس في جميع هذه الحالات يكون منتجا و له فائدة بل في بعض الحالات يعد إجراءا شكليا بدون جدوى .

لذا قد خص المشرع الجزائري مرحلة الصلح عناية كبيرة و أسهب في الموضوع لما يكتسبه من أهمية بالغة للحفاظ على كيان الأسرة من خلاله تعطى فرصة للزوجين من أجل التراجع عن موضوع الطلاق لذا فهو إجراء أولي وجوبي يجب على القاضي القيام به قبل الشروع في بحث موضوع النزاع و إصدار حكم بشأنه .

فالصلح في دعاوى الطلاق بطلب من الزوجة سواء كان التطليق أو الخلع يتم في جلسة سرية ، حيث يقوم القاضي باستدعاء الزوجين إلى مكتبه بواسطة محضر قضائي أو عن طريق

[1]- هبري عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص 138

استدعاء بواسطة أمانة الضبط ، أو بأية طريقة يراها مناسبة كأن يقوم القاضي بإعلام الزوجين بتاريخ جلسة الصلح شفويا في جلسة من جلسات المحاكمة .

يحدد القاضي تاريخ إجراء جلسة الصلح الذي فيه يستمع إلى كل من زوج على انفراد ليتسنى له عرض ماله بدون حضور الزوج الآخر ثم يستمع إليهما مجتمعين من أجل مواجهة أقوالهما و محاولة تقريب موقفهما، فإذا فشل في التوفيق بينهما يمكنه إجراء محادثة صلح ثانية أو ثالثة ما دام القانون أعطاه حق إجراء عدّة محاولات لم يُحدد عدده بشرط لا تتجاوز ثلاثة أشهر، و في الأخير يخلص إلى تحرير محضر في حالة نجاح محاولة الصلح من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي و يوقع من طرف هذا الأخير.

أما في حالة فشل عملية الصلح يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى حسب نص المادة 45 من ق. إ . م .إ ، فعلى القاضي أن يعين و يكيف الوقائع التي اعتمدتها الزوجة كأساس لطلب التطليق و يفصل في مدى تأسيس الطلب ، تماشيا مع مقتضى نص المادة 53 من

ق. أ.ج و بالتالي فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذه الصورة من صور فك الرابطة الزوجية في تقدير مدى توفر السبب الذي أسست عليه الزوجة طلبها في التطليق من خلال ما يدور في جلسات الصلح و طلبات الطرفين و شروطها ، و كذا عن طريق الصلاحيات الأخرى المضمونة للقاضي كالتحقيق أو المعاينة أو انتداب خبرة طبية ، فيتوجب تأسيس الحكم على وقائع و أسباب و ليس مجرد شكوك و اتهامات تدعيها الزوجة .

كما يعاين و يكيف الوقائع المعتمدة في طلب الخلع طبقا للمادة 04/451 من ق. إ.م.إ و لا يقصد بذلك أن الخلع له إجراءات خاصة يجب على القاضي إثباتها و إنما عليه الحرص على مراعاة القواعد العامة في الحكم عن طريق الخلع و التي أهمها إجراء محاولات الصلح قبل النطق بالحكم، و هذا بالرغم من المشرع كرس للزوجة طلب التطليق عن طريق الخلع دون شروط و بكل حرية بإراداتها المنفردة تماما كحق الزوج في الطلاق أيضا بإرادته المنفردة.[1]

[1]- دليلة ايت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، رسالة دكتوراه ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، الجزائر ، 2014 ، ص355.

الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى الطلاق بطلب من الزوجة

ويكمن دور القاضي هنا حسب موضوع الدعوى المطروحة للفصل فيها أمام قسم شؤون الأسرة إن كان طلب الزوجة التطليق أو الخلع.

أولا: دور القاضي في الصلح عند طلب التطليق

1-الصلح المنتج في بعض حالات التطليق

هناك حالات يكون للصلح أثر منتج منها:

أ-الحكم على الزوج عن جريمة فيها المساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية:

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 4/53 من ق. أ للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ومن خلال تفحص هذه المادة يتبين أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق على هذا الأساس إلا بتوفر الشروط التالية:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه.
- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة والمقصود بذلك أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج وصمة عار على الأسرة ومن قبيل هذه الجرائم ضرب وشتم الفرع للأصول، حرمة هتك عرض، خطف الأطفال.

و للقاضي السلطة التقديرية في تقديرها، فإذا توافرت تلك الشروط يتولى القاضي في إطار القيام بالصلح بين الزوجية سماع تصريحات كل طرف، فإذا كان الزوج محكوم عليه بمدة ليست بطويلة، هنا القاضي يستطيع إجراء الصلح من أجل حث الزوجة على الاستمرار في الحياة الزوجية أو النظر إلى مصلحة الأولاد إذ وجدوا، و تتراجع عن طلبها.

وفي هذه الحالة يلعب القاضي دورا كبيرا في إقناع الزوجة بأن الزوج قد أخطأ فعلا، و هو نادم على فعله و مستعد ليستأنف الحياة، و يتخلى عن التصرفات السيئة.

ب-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إذا انصب الاتفاق على شرط ، و رفض الزوج أن يمثل لذلك جاز للزوجة طلب التطليق تأسيسا على المادة 9/53 من ق. أ.ج في هذه الحالة أثناء جلسة الصلح ، قد يجد القاضي من خلال سماع الزوجين لتصريحاتهم ، أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشرط ، و إنّما حول صحة شرط من الشروط ، فيقوم القاضي في هذا المجال بما له من سلطة تقديرية أن يقنع الزوجين بتعديل الشرط أو الإعفاء منه ، حرصا منه على استمرار الحياة الزوجية و عدم تعليقها على هذا الشرط .[1]

أما إذا تعلق الأمر بعدم الوفاء بالشرط في هذه الحالة يسعى إلى إقناع الزوج بضرورة العدول عن تصرفه، والوفاء بالتزاماته اتجاه زوجته من جهة ومن جهة أخرى يبحث مع الزوجة إمكانية الرجوع عند الشرط حفاظا على الرابطة الزوجية.

فالقاضي في جلسة الصلح في مثل هذه الدعاوى، له دور إيجابي يتمثل في إبطال الشرط و الإبقاء على عقد الزواج ، و أيضا دوره في تعديل الشروط المقترنة بالعقد بعد أن كانت الشروط مرهقة للملتزم بها ، و إذا كانت شروط تعجيزية يستحيل الوفاء بها .[2]

ج-التطليق بناء على عدم الإنفاق

إنّ النفقة أثر من أثار عقد الزواج الصحيح، تنص المادة 74 من ق. أ. ج " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها بالدخول بها أو دعوتها إليه بنية مع مراعاة أحكام المادة 78-79-80 من هذا القانون .

و لهذا أولى المشرع اهتماما كبيرا بمسألة الإنفاق على الزوجة في كل الأحوال ، و أكد على الطابع الإلزامي لتسديدها ، و الإخلال بهذا الالتزام موجب للزوجة حق طلب التطليق بشرط أن لا تكون عالمة بعسر الزوج عند العقد ، فإذا وجد القاضي أثناء إجراءه الصلح أن الزوجة كانت عالمة بعسر الزوج عند عقد الزواج ، فلا يحق لها طلب التطليق ، و ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يحدد للزوجة ضمن أحكام قانون الأسرة مدة الانتظار التي تكون ما بين تاريخ الحكم بوجوب الإنفاق و بين تاريخ عدم الامتثال،

[1]- صافية بولحارس ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالسرط في عقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، في القانون ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة ، الجزائر ، سنة 2014/2013 ، ص02.

[2]-صفية بولحارس ، المرجع السابق ، ص3

فأمكن القاضي أن يمهل الزوجة إلى فترة شهرين قياس على نص ،المادة 331 من قانون العقوبات ، و بذلك ينصح القاضي الزوجة أن تنتظر مهلة شهرين متتابعة وإذا امتنع الزوج عن النفقة يكون مبررا لها طلب التطليق ، و لذلك يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يصلح بين الزوجين ، و يفهم الزوج بأنه مسؤول عن الإنفاق و هو ملزم بالنفاق على أسرته سواء كان غنيا وفقيرا على أن يكون إنفاقه حسب حالته المادية ، و لا يعفى من الإنفاق على زوجته و على أولاده ، و لا يؤخذ بشهادة البطالة ، أو عدم العمل كحجة لعدم الإنفاق و في حالة فشل القاضي في محاولات الصلح فإنه يجب أن يحسم أمر النفقة التي تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ، و على القاضي أن يراعي حال الطرفين و ظروف المعاش و لذلك تكون جلسة الصلح الغرض منها دفع الزوجة للتراجع عن طلبها للتطليق و كذلك تكون مناسبة لمناقشة أمور النفقة و السكن ، و المتاع و المصوغ أين يناقش هذه الأمور بحضور الزوجين و يدون كل ما يتعلق بهذا الشأن فأقوالهما تعد قرارا قضائي له حجة قاطعة ، فيناقش القاضي مسألة نفقة الأولاد و المبلغ الذي سوف يلتزم به الزوج بعد الأخذ بعدة عناصر في تقديرها .

د-التطليق للضرر المعتبر شرعا

من بين حالات تطليق الزوجة لزوجها ما جاءت به المادة 10/53 " كل ضرر معتبر شرعا " ، فيلاحظ أن عبارات هذه الفقرة عامة و غير محددة ، لأن المشرع لم يقيد حق المرأة للتطليق لضرر معين مانحا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقدير الضرر الذي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطليق و أن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ، و من ثم فمتى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فعليها أن ترفع أمرها إلى القاضي و لها ان تثبت له بجميع و سائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها فالضرر إذا لا يكون موجب للتطبيق ، إلا إذا كان صاحب الضرر هو الزوج وليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته .

فالقاضي في هذه الحالة له دور كبير في جلسة الصلح إذا كانت دعوى التطليق مؤسسة على أساس الضرر الناجم عن الضرب و الجرح المرتكب من الزوج ، حتى يستنبط مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر ، بحيث الذي تستحق به الزوجة التطليق ، و فيما

إذا كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب الغير المبرح فالضرب و الجرح يدخل في الضرر المعتبر شرعا .

هـ-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

نجد أن المشرع قد سمح للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين ، و من بين ما قضت به المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1985/05/20 الذي جاء فيه : "من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق الزوجة من ذلك ضرار بينا و اقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا من سبيل من حل إلا فك الرابطة الزوجية " ، حيث أنه في حالة اشتداد الخصام و ثبوت الضرر القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين ، لأنه في حالة ثبوت الضرر يصدر حكمه بتطليق الزوجة قائم من زوجها .

ولكن إذا انتهى القاضي أن الضرر غير ثابت أو غير قائم، فهنا يقع التزام على القضاء تفعيل إجراء المنصوص عليه في المادة 56 من ق. أ. ج و هو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها، فالقاضي لا يتسرع للفصل في الدعوى إذا لم يثبت الشقاق و جب تعيين الحكمين، و بمحاولات الصلح بينهما، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين و لهما أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات تنفيذ المهمة، و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة.[1]

2-الصلح إجراء شكلي في بعض حالات التطليق

يعتبر الصلح في بعض الحالات مجرد إجراء شكلي كحالة التطليق للفقدان و الغيبة، فعندما ترفع الزوجة الدعوى على أساس التطليق لفقدان أو لغياب الزوج، السؤال الذي يطرح في هذا المقام هل يجري القاضي الصلح في هذه الأحوال و هو يعلم جدا أن مثل هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا استندت على حكم يقضي بفقدان أو غياب الزوج في حين يؤكد المشرع على ضرورة حضور الطرفين شخصيا إلى جلسة الصلح ، فكيف يحضر و هو مفقود أو غائب .

في هاته الحالة يصبح إجراء الصلح مجرد إجراء شكلي و تتحول جلسة صلح إلى مجرد جلسة سماع يتأكد من خلالها القاضي مدى تمسك الزوجة بطلبها في التطليق ليس إلا ، و لا علاقة له بمفهوم الصلح في قضاء شؤون الأسرة .

[1]- أنظر المواد : 446-447-448-449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و كان الأجدر على النيابة العامة في هذه الحالة باعتبارها طرفا أصليا في القضية أن تمارس صلاحيتها و تقدم طلب بعدم إجراء الصلح لانعدام المصلحة .

ثانيا: دور القاضي في الصلح عند طلب الخلع

إن طبيعة الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لم يتفق عنها حيث يرى الأستاذ أحمد شامي: " أنه لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق إرادي يملكه الزوج و بالتالي فإن حكم القاضي يعتبر حكم كاشف للطلاق بالإرادة المنفردة، و هو نفس الشيء بالنسبة للخلع ، الذي هو اتفاق بين الزوج و الزوجة على مخالعته مقابل مال تدفعه له ، و للقاضي هنا يكشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية ليحتج بها ".

و يرى أيضا الأستاذ فضيل سعد على أنه : (أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ بسبب الخلع فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي تثبيت لأمر حصل من قبل و لم يقم إلا بدور كاشف للطلاق ".[1]

و يقول الأستاذ عمرو خليل : " الخلع يقع رغما عن الزوج و دون أي اعتبار لإرادته و هذا طبقا للمادة 54 من ق . أ و ما على القاضي إلا سماع دعوى الزوجة سواء قبل الزوج أم لم يقبل و هذا الحكم الصادر لا يختلف في طبيعته عن الحكم الصادر بإرادة الزوج و من هنا فهو كاشف و مثبت لإرادة الزوجة .

و يمكن القول و خلافا لذلك أن كل من التطليق و الخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطليق لأجل ذلك و هذا طبقا للمادة 48 من ق. أ . ج ، فمنذ صدور الأمر رقم 02/05 فتحت المادة 54 من ق. أ . ج الباب للزوجات طالبين بذلك الخلع الذي لا يقيده شرط و الأصل فيه لا اجتهاد مع صراحة النص و لكن ينبغي على القاضي أن يكون له الدور الإيجابي و الحكمة في معالجة كل حالة ، و خاصة و أن المشرع أعطى له الإمكانية أثناء محاولة الصلح الواجبة قانونا و عليه العمل على الحد من استعمال الخلع الذي يهين الأهداف السامية للأسرة .

[1]- فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص 90.

المطلب الثالث

الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي

لقد نص المشرع على الطلاق بالتراضي في المادة 48 من ق.أ.ج و خصه بإجراءات خاصة في ق. إ. م .إ و هذا لاختلافه عن حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى سواء من حيث الطبيعة القانونية للحكم الصادر فيه و علاقته بالصلح و خصوصية محاولات الصلح فيه .

الفرع الأول: معنى الطلاق بالتراضي

تنحل الرابطة الزوجية أيضا بالطلاق بالتراضي الذي أجازته المادة 48 من ق. أ. ج التي جاء فيها:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين ..." .

الطلاق بالتراضي هو توافق إرادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح الذي يجمعها ، و وضع حد لعلاقتهما دون تشنجات أو مزايدات 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 .[1]

و عرفت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الطلاق بالتراضي : هو مجرد إشهاد من المحكمة على رغبة الزوجين في الطلاق و لا يوصف بالابتدائية و لا النهاية ، و لا يحق لأي من الزوجين الطعن فيه إلا عن طريق التزوير.[2]

الفرع الثاني:إجراء الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي

وضع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إجراءات و أحكام خاصة للطلاق بالتراضي يجب على الأطراف و على القاضي مراعاتها بدءا برفع الدعوى إلى غاية صدور الحكم فيما نلخصهما كما يلي :

[1]- عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص76 .
[2]- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 243943 المؤرخة في 23 ماي 2005 ، مجلة الاجتهاد القضائي ، عدد خاص لسنة 2001، ص 112.

أولا: مراقبة القاضي للعريضة مدى قبولها

فالزوجين بالرغم من أنهما يتفقان قبل اللجوء إلى القضاء على فك الرابطة الزوجين عن طريق التراضي و كما يتفقان على كل الجوانب ، المادية المترتبة عليه ، عليهما أن يقوما بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة منهما، المادة 428 من ق. إ.م.إ

إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما طبقا لنص المادة 426 من ق.إ.م .إ ، فيراقب القاضي مدى قبول العريضة المتمثلة في طلب المشترك ، و كذا يراقب شروط قبول الدعوى من صفة و مصلحة طبقا لنص المادة 13 من ق.إ.م.إ

ثانيا: الاستماع إلى الزوجين و التأكد من رضاءهما

عند حضور الزوجين إلى جلسة الصلح بعد إخطارهما من طرف أمين الضبط حسب الاستدعاء المسلم لهما من قبله يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو أي مكان مخصص لإجراء الصلح .

أول شيء يقوم به القاضي هو التأكد من هوية الزوجين وذلكبإستظهار لبطاقة التعريف الوطنية أو أي وثيقة تثبت ذلك و بعد التأكد من هويتهما يباشر الصلح بينهما بسماع أقوالهما أولا .

1. الاستماع إلى الزوجين على إنفراد

المعمول به قضائيا أن القاضي يسمعهما معا في البداية و لا يسمع الزوجان عل انفراد إلا عندما يحس القاضي أن الزوجة ربما وقعت في تغرير أو أنها لا تعلم على ما أمضت أو أنه يهددها على أن توقع على الطلاق بالتراضي فإذا كان ذلك فعلى القاضي أن يسمعها على انفراد فيما إذا كانت فعلا موافقة على هذا الطلاق أم انها مكرهة أو جاهلة لمحتوى الطلب لاسيما أنّ بعض الزوجات يجهلن القراءة و الكتابة .

و يتأكد القاضي من كل زوج إن كان على علم ببنود الاتفاق خاصة إذ وجد الأولاد ، و يراقب من يتحمل النفقة و الحضانة لمن تسند ، و نفس الإجراء يقوم به مع الزوج لسماعه أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما ، و الهدف من الإجراء الذي استحدثه المشرع المتمثل في سماع كل طرف

على انفراد يجعل القاضي يتصرف بذكاء و بذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على أحسن وجه .

2. الاستماع إلى الزوجين مجتمعين

يقوم القاضي بالاستماع إلى الزوجين معا مجتمعين ، قصد التوصل لحل الإشكال و تقريب وجهتي النظر و العمل على إصلاح ذات البين للزوجين و قد يتطلب ذلك محاولة صلح واحدة ، كما قد يتطلب عدة محاولات للصلح ، متى تبين أن هناك بوادر تفيد إمكانية التوصل إلى الصلح بين الطرفين أين يعطي القاضي الكلمة للزوجين و بعدها يحيل الكلمة إلى الطرف الآخر ليسمع أقواله ورده على ادعاءات الطرف الآخر فيحاول القاضي مصالحتهما فيها .[1]

ثالثا: التأكد من خلو الإرادة من العيوب

إن دعوى الطلاق بالتراضي مؤسسة على مبدأ التراضي ، لذا وجب صدور إرادة حرة و سليمة من كل العيوب التي قد تأثر على رضا أحد الزوجين أو معا و ان يعبر كل زوج عن رغبته الحقيقية المتجهة نحو إنهاء العلاقة الزوجية و هي الغاية التي تسعى إليها الإرادتين معا و ذلك لا يتحقق إلا بصدور تغيير صريح عن الإرادة فيقع على القاضي التزام التأكد من طلب الطلاق بالتراضي حقيقة و أن طلب حل الرابطة الزوجية تصرف إلى تجسيد إرادة الزوجين المشتركة ، باعتبار هذا الطلاق عمل تعاقدي مبني على التوافق و التراضي و إذا أغفل القاضي عن هذا الالتزام يكون بذلك قد خالف نص المادة 431 من ق.إ.م.إ بأنه لم يتقيد بالأحكام الخاصة في الطلاق بالتراضي الأمر الذي يجعل حكمه عرضة للنقص و الإيصال من قبل المحكمة العليا .[2]

رابعا: محاولة إصلاح ذات البين

حيث جاء نص المادة 431 من ق.إ.م.إ" يتأكد القاضي في التاريخ المحدد لحضور ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا."

[1]-بشير محمد الطرق البديلة لحل النزاعات في ق.إ.م .إ ، من أعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، عدد 3 ، الجزائر 2014 ، ص 64-63 .

[2]- بشير محمد ، مرجع سابق ، ص 64.

و يدخل ضبط آجال نظر الصلح في مدة ثلاثة أشهر مبدئيا بعد تسجيل عريضتهما في الحال، فيتأكد القاضي في جلسة انعقاد الصلح من رضائهما و يحاول الصلح بينهما و لكن يجب حضور الزوجين معا إلى الجلسة و لا يكفي حضورهما طرف واحد دون الآخر.

أما عدد محاولات الصلح قد يثار تساؤل حول عدد محاولات الصلح التي يمكن للقاضي أن يجريها في الطلاق بالتراضي لاسيما نص المادة 431 من ق. إ.م.إ جاءت على صياغة العموم و يحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا و لم يستعمل المشرع مصطلح "عدة محاولات صلح" كما فعل في نص المادة 49 من ق.أ.ج ، فيرى جانب من الفقه أن محاولة الصلح بالطلاق بالتراضي تكون مرة واحدة على الأكثر ، لأن المحكمة تقوم فقط بالإشهاد على هذا الطلاق .

غير أن جانب آخر من الفقه يرى أن مسألة عدد محاولات الصلح تندرج ضمن السلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يجري محاولة صلح واحدة أو اثنين أو ثلاث حسب ظروف كل قضية على حدى و لاسيما إن وجد هناك أطفال ما دام أن تعدد محاولة الصلح تتقرر لصالحهم أولا.

وهذا ما أكّده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2012/06/14 الذي قرر أنه:

حيث طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنها تقضي أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاول صلح بين الطرفين من طرف القاضي ، و حيث أنه ثبت مادام الحكم المطعون من طرف القاضي ، أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا ، فحرر محضر عدم الصلح إثباتا لذلك و حيث أنه مادان ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محادثة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة مما يجعل الوجهين المثارين سديدين و منه يتعين نقض الحكم بدون إحالة .[1]

و في الأخير يمكن أن نقول أن محاولة القاضي للصلح بين الزوجين في دعوى الطلاق بالتراضي قد تفشل و قد تنجح و عدم توصل القاضي للإصلاح بينهما لا يعني أن الدعوى قد أفرغت من محتواها بل ينظر مباشرة مع الزوجين أو الوكلاء في الاتفاق المبرم

[1]- المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0851107 في 2013/05/09 ، غير منشور

بين الزوجين الذي يبقى خاضعا للرقابة القضائية سابقة على نفاذه لأن مجرد اتفاق الزوجين على الطلاق لا ينهي الرابطة الزوجية بل هذا الأثر يظل رهينا بصدور حكم القاضي .[1]

الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى الطلاق بالتراضي

يتأكد القاضي كما سبق أن ذكرنا عند إنعقاد الخصومة من توافر شروط العريضة و قبولها و يستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، و يتأكد من رضائهما و هنا يأتي دوره في محاولة إصلاح ذات البين إذا كان ذلك ممكنا ، كما ينظر بعد ذلك مع الزوجين أو كليهما في الاتفاق و له السلطة التقديرية في أن يلغي أو يعدل في شروطه إن رأى ذلك مخالفا للنظام العام أو يمس حقوق الغير .

أولا: الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالتراضي بين الزوجين و علاقته بالصلح

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية فقد فسر الأستاذ لمطاعي نور الدين أن الطلاق بالتراضي لا يكونله وجود إلا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك إلى القاضي من أجل فك الرابطة الزوجية بالطلاق.

الحكم القضائي للطلاق بالتراضي حكمًا منشئ ، إذ يقدم من خلاله الزوجين عريضة مشتركة و القاضي هو من طلق بواسطة الحكم القضائي و بالتالي لا يتناقض مع مبدأ العصمة بيد الزوج باعتبار أن الطلاق بالتراضي هو طلاق الزوج بإرادته طبقا للحق الإرادي .

ثانيا: مراقبة القاضي مدى مراعاة الاتفاق للنظام العام ومصلحة الأولاد

إن المشرع لم ينص على النظام العام في أحكام المواد الإجرائية المتعلقة بالصلح و لكنه نص عليه في أحكام الاتفاق على الطلاق بالتراضي فإذا تبين للقاضي أثناء إجرائه الصلح بين الزوجين أنه اتفقا على أمر مخالف للنظام العام وجب عليه أن يصرف النظر عن ذلك الاتفاق فالنظام العام يتجاوز الخصوم و القاضي ، فإنه لا يمكن أن يكون موضوع تصالح بينهم ، فدور القاضي هو ضبط إرادة المتصالحين التي و إن لم

[1]- بشير محمد ، مرجع سابق ، ص 95

تكن مطابقة لقواعد العدالة و الإنصاف ، إلا أنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام .

فالقانون سمح للزوجين بالاشتراط في الطلاق بالتراضي، إلا أنهما مقيدين بشرطين أساسيين هما عدم مخالفة النظام العام و كذلك مراعاة مصلحة الأطفال .[1]

[1]- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 74.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة على إجراء محاولات الصلح

تقضي دراسة الآثار المترتبة على الصلح وعن الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية التعرض إلى تبيان محاولات الصلح التي يجريها القاضي والتي قد تنتج في النهاية إما تنتج بنجاح أو فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين وما يترتب عن ذلك (المطلب الأول) وبعد ذلك نتعرض إلى حكم الطعن في أحكام فك الرابطة الزوجية عند تخلف إجراء الصلح والأثر المترتب عليه عند إجراء الصلح والأثر المترتب عليه (المطلب الثني)

المطلب الأول

أثر إجراء محاولات الصلح بالنسبة لدعاوى الطلاق

إن محاولات التي يتولاها القاضي سواء بنفسه أو بالاستعانة بالحكمين قد تنتهي بالنجاح كما قد تنتهي بفشل الصلح و هو ما يكون له تأثير مصيريا في سريان و كيفية انقضائها بعد تحرير محضر الصلح أو محضر عدم الصلح حسب الحال .

الفرع الأول: انتهاء الدعوى بالصلح

الجديد الذي جاء به المشرع أنه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات يوقع من طرف كاتب الضبط و الزوجين [1] فقد تضمنت المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة سنة 2005 ، و كذا المواد 439 و ما يليها من ق.إ.م.إ جميع الإجراءات التي يقر بها القاضي أثناء و بعد الصلح ، فإذا نجح القاضي في مساعيه و أصلح بين الزوجين فإنه يأمر الكاتب بتحرير محضر الصلح حيث يتضمن هذا المحضر البنود المتفق عليها من قبل الزوجين ، و بذلك يعتبر سندا تنفيذيا عليه يحكم القاضي بانقضاء الدعوى للصلح .

[1]- عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد – أحكام الزواج و الطلاق ، مرجع سابق ، ص 346 .

أولا: تحرير محضر الصلح

أما محضر الصلح يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي و بحضور الأطراف جميعا أو أحدهما، فضلا عن أنه يتضمن معلومات تتعلق بهوية المدعي و المدعى عليه، كما يثبت واقعة الحضور و الغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح ، فإنه يتضمن جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفين و كدا دفوعهما و طلباتهما ، و حتى الشروط التي يتمسك بها احد الأطراف أو كلاهما .

ثانيا: تنفيذ محضر الصلح

اعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سندا تنفيذيا بعد توقيعه من طرف أمانة الضبط و الزوجين أي مثله مثل الحكم ينفذ بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط و لا يحتاج للمصادقة كما يعتقد البعض لكن عمليا لا يزال القضاة يحررون أحكاما بالإشهاد على الصلح بحيث يفرغون محتوى محضر الصلح في الحكم، و بالتالي يطرح التساؤل مفاده: هل إيداع محضر الصلح لدى أمانة ضبط المحكمة و بالتالي اعتباره سندا تنفيذيا يغني عن إصدار حكم بالإشهاد عليه.

فالصلح يثبت في محضر يحرره أمين الضبط، فإذا أراد أحد الطرفين تنفيذه يكفي استخراج نسخة منه ممهورة بالصيغة التنفيذية فالهدف من اعتباره سند تنفيذي هو تبسيط الإجراءات[1]، و هذا السؤال الذي يمكنطرحه ما مصير دعوى فك الرابطة الزوجية المرفوعة من قبل أحد الزوجين أو كلاهما بعد تحرير محضر الصلح و هل هذا المحضر وحده كاف فكل دعوى ترفع بموجب صلح فلابد على القاضي بيان مصير هذا الملف ، و هذا ما سنتطرق إليه عند حديثنا عن الحكم بانقضاء الدعوى للصلح .

ثالثا : الحكم بانقضاء الدعوى للصلح

عند حصول الصلح بين الزوجين يحرر القاضي محضرا حيث لا يجوز للقاضي الاستمرار في نظر الدعوى متجاهلا اتفاق الأطراف و تصالحهم ، ذلك أن الصلح ينهي النزاع و بالتالي لا يصبح للقاضي ولاية التصرف ، و تصبح دعوى الطلاق بغير موضوع لتصالح الزوجين و

[1]- ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المنية و الإدارية ، ترجمة للمحاكمة العادلة للنشر ، الجزائر ، 2009، ص 413.

تراجعهما عن طلب فك عقد الزواج ، فلم يعد طلب الطلاق متمسك به و قد تم التراجع عنه ، فيصبح القاضي في هذه الحالة غير مخير في إثبات الصلح الحاصل بين الزوجين و الإشهاد لهما بذلك ، فلا يقف عند هذا الحد بل يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكد لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه ، ليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها و لا بالتنازل عنها ، و إنما بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح طبقا لما تنص عليه المادة 220 من ق.إ.م.إ " تقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح" ، وفي هذا السياق قضت المحكمة العليا بنقض قرار تم فيه قبول الاستئناف في حكم مثبت للصلح ، فاعتبرت الاستئناف يكون في الأحكام الفاصلة في النزاعات و ليس في حكم تضمن صلح بين أطراف الدعوى .[1]

الفرع الثاني : استمرار الدعوى في حالة فشل الصلح

على غرار نجاح الصلح ، يتخذ فشل هذا الأخير إجراءات أخرى يمكن إبرازها :

أولا : تحرير محضر عدم الصلح

طبقًا للمادة 49 من ق.أ.ج الفقرة الثانية نجد أن المشرع أوجب على القضاة تحرير محضر يبينوا فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح و بالطبع هذا يشمل محاضر نجاح الصلح أو فشله ، هذا من جهة و من جهة أخرى ما يبين وجوبية تحريره محضر عدم الصلح في حالة فشل الصلح اجتهادات المحكمة العليا في هذا الخصوص بنقض الأحكام القضائية التي لم تتم فيه الإشارة لمحضر عدم الصلح سواء قام القاضي بمحاولات الصلح بالرغم من تغيب الطاعن عن المحاكمة ، حيث اعتبرت المحكمة العليا أن محضر عدم الصلح يعتبر كدليل على إجراء محاولات الصلح اللازمة قبل مناقشة الدعوى و هذا تدعمه نص المادة 443 /3 من ق.إ.م.إ (و في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له ، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى[2]).

عند تحرير محضر عدم الصلح يبين فيه القاضي هوية الأطراف و ساعة الحضور و تاريخه و المساعي التي قام بها في إطار محاولة الصلح بينهما و نتائج محاولاته ، و في حالة غياب

[1]- قرار رقم 103637 مؤرخ في 1994/04/19 عن المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، المجلة القضائية عدد خاص 2001 ص 94 و ما بعدها .

[2]- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية رقم 401330 مؤرخ في 2007/09/12 ، غير منشور .

أحد الزوجين أو حدوث عارض له يمنعه من التعبير عن إرادته أو التواصل مع الغير يبين ذلك في المحضر .

و يتضمن محضر عدم الصلح ما اتجهت إليه إرادة كل طرف وما طلبه من الطرف الآخر و يتضمن النتيجة النهائية المتعلقة بالطلب الأصلي للدعوى سواء كان طلاق بإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بطلب الرجوع لبيت الزوجية أو مقدار النفقة .

و بعد تحرير القاضي لمحضر عدم الصلح يتم التوقيع عليه و أمين الضبط و الزوجين و يمر القاضي بمباشرة لمناقشة الدعوبو إصدار الحكم بشأنها .

ثانيا: الشروع في مناقشة الدعوى

في حالة تحرير محضر بعدم الصلح يبدأ القاضي في مناقشة موضوع الدعوى ثم يصدر القاضي حكما وفقا للإجراءات العادية ، و يكون الحكم ابتدائي نهائي فيما يتعلق بالطلاق و ابتدائي فيما يخص جوانبه المادية .

ومن خلال جلسات الصلح يستطيع القاضي تحديد من يتحمل مسؤولية فك الرابطة الزوجية.

و سنتطرق لتأثير محاولات الصلح في الأحكام الصادرة في مختلف صور فك الرابطة الزوجية

1. **في طلب الطلاق بإرادة الزوج المنفردة**

من خلال محاولة الصلح وما يدور بين الطرفين خاصة إصرار الزوج على الأطراف وإصرار الزوجة مواصلة الحياة الزوجية فإن القاضي قد يعتبر الزوج قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق ويحكم للزوجة بالتعويضات المالية.[1]

فيكون الحكم ابتدائيا نهائيا ما عدا في جوانبه المادية كالتعويضات ومقدار النفقة والحضانة والسكن عملا بالمادة 57 من قانون الأسرة.

2. **في طلب الطلاق من الزوجة**

تنص المادة 451 من ق.إ.م.إ إلى أن القاضي يعاين ويكيف الوقائع التي اعتمدتها الزوجة كأساس لطلب التطليق ويفصل في مدى تأسيس الطلب تماشيا مع مقتضى نص المادة 53 من قانون الأسرة وبالتالي فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذه الصورة من

[1]- المادة 52 من قانون الأسرة

صور فك الرابطة الزوجية في تقدير مدى توفر السبب الذي أسست عليه الزوجة طلبها والحكم لها على ما توصل إليه من خلال جلسات الصلح.

كما يعين و يكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع، طبقا للمادة 04/451 من ق.إ.م.إ و على القاضي مراعاة القواعد العامة في الحكم بالتطليق عن طريق الخلع من إجراء محاولات الصلح قبل النطق بالحكم ن وعند نظر القاضي في دعوى الخلع عليه الحكم بدل الخلع المتفق عليه و في حالة عدم الاتفاق يحكم بصداق المثل و يجوز عند الحكم بالتطليق تعويض المطلقة تعويضا مناسبا إذا ثبت تضررها من الزوج .[1]

3. طلب الطلاق بالتراضي

اعتبر المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي بين الزوجين ذي خصوصية على خلاف الصور الأخرى من الطلاق و خصه بإجراءات خاص ، حيث اعتبر حضور كلا الزوجية لجلسات الصلح إجراءا جوهريا للتأكد من رضائهما و خلو الإرادة من العيوب كالإكراه و غيره ، ثم إجراء محاولة الصلح بينهما إذا كان ممكن عملا بالمادة 001/431 من ق.إ.م.إ إذ فبالرغم من وجود عريضة مشتركة و موقعة من الزوجين فإن لغياب أحدهما عن جلسات الصلح أثر في صحة الحكم بالطلاق بالتراضي.

المطلب الثاني

أثر تخلف إجراء محاولات الصلح بالنسبة للحكم القضائي

إن تخلف إجراء محاولات الصلح من طرف القاضي ينتج آثاره بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة عن قضاة الدرجة الأولى على مستوى المحكمة الابتدائية كجهة مختصة في النظر في دعاوى الطلاق بمختلف صورها، نحاول من خلال (الفرع الأول) دراسة مدى قابلية أحكام فكالرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح للطعن بالنقض و بالتالي بطلان هذه الأحكام كأثر لتخلف إجراء الصلح (الفرع الثاني).

[1]- دليلة أيت شاوش : مرجع سابق ، ص 355 .

الفرع الأول: الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية

اختلف رجال القانون حول مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن فيها بالنقض حيث تعددت مواقفهم بين مؤيد ومعارض، الأمر الذي يستدعي التطرق إلى المواقف المؤيدة لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية (أولا)، ثم التطرق إلى الموقف المعارض لهذه الفكرة (ثانيا).

أولا: الموقف المؤيد لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية.

يرى جانب من الفقهاء أنه يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في قضايا شؤون الأسرة حيث نجد من بينهم الأستاذ علي سليمان الذي يرى :" أن أحكام الطلاق لا تقبل الاستئناف ما عدا جوانبها المادية ولعلّ الحكمة من هذا هي إتاحة الفرص أمام الزوجين لاستئناف حياة زوجية أخرى غير أن هذه تختلف إذا استأنف الحكم أو طُعِن فيه ".

وانتهى إلى القول : ولما كان من الممكن أن يحصل خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره من قبل قاضي الموضوع فالأحسن أن يظل هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالطرق العادية و غير العادية في مختلف نواحيه .

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

ونجد الأستاذ بن الشيخ أث ملويا لحسين: يذهب إلى أن الأحكام التي تقع بمناسبة الطلاق أحكام نهائية والتي من بينها نجد الخلع الذي يعد طلاقا بائنا ولا يجوز نقضه من أي كان، حيث الطابع النهائي لحكم الخلع في جانبه المتعلق بحل عقد الزواج يكون بقوة القانون.[1]

فالطعن بالنقض يثير عدّة إشكالات قانونية من حيث عِدّة المرأة الوفاة والنفقة، ومن حيث إنهاء عقد الزواج سواء في حالة قبول الطعن أو رفضه أو أثناء سريان الطعن، وحالة قبول الطعن ونقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور

[1]- لحسين بن الشيخ أث ملويا: ، مرجع سابق ، ص 201

الحكم بالطلاق، التي ترتبت عن الطلاق بين الزوجين، وعلاقة المرأة بالرجل هل تبقى كزوجة أو أنها أجنبية عنه.[1]

ويكمن القول مما سبق أنه لا مكان لإعمال الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية ذلك نتيجة خصوصية الرابطة الزوجية بحد ذاتها وقد يثير الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في ما عدا الشق المادي، جملة من المسائل التي بدورها تثير كثيرا من الجدل.

الفرع الثاني: بطلان أحكام فك الرابطة الزوجية كأثر لتخلف إجراء الصلح

تنص المادة 57 من قانون الأسرة:" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيها عدا جوانبها المادية ...".

يُفهم من هذه المادة أن الأحكام في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا تقبل الطعن بالاستئناف وبمفهوم المخالفة قد تقبل طريقا آخر من طرق الطعن، وهو الطعن بالنقض

أمام المحكمة العليا وهو ما نصت عليه المادة452 من ق.إ.م.إ"لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450، 451 أعلاه "، قد يكون السبب الذي يجعل الطلاق قابلا للطعن بالنقض في غير جوانبه المادية كالإستناد على خرق بعض الإجراءات و من بينها عدم إجراء القاضي للصلح بين الزوجين.

لكن المشكل يكمن في قابلية أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي للطعن بالنقض من جهة و من أخرى لا يتوقف تنفيذها ، في بإمكان الزوجين إذا الحصول على نسخة تنفيذية و ينفذ ما أمكن تنفيذه و يُصبِحان في هذه الحالة بمثابة الأجنبيان عن بعضها البعض ، و لكن ما هو جدوى الطعن بالنقض إذا كنا نتكلم عن فك الرابطة الزوجية في حَدِّ ذاتها على فرض أن المحكمة بعد وقت طويل تقرر قبولها للطعن بالنقض لإغفال إجراء أو خطأ في تطبيق القانون و يرجع الملف للنظر فيه مجددا ، الزوجة في هذه الحالة لا زالت زوجة من طلقها فبنقض المحكمة للقرار يجعل المطلقين زوجين بأثر رجعي .

[1]- زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، مرجع سابق ، ص124.

فقبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، كان نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية يوقف التنفيذ ، حيث كان ضابط الحالة المدنية في هذه الحالة لا يؤشر على هامش عقدي ميلاد الطرفين بفك الرابطة الزوجة إلا عند موافاته بشهادة عدم الطعن بالنقض و بالتالي تبقى المرأة معلقة لا مطلق و لا متزوجة و مصيرها مرتبط بنتيجة الطعن بالنقض المرفوع ، فكان الوزج يمارس الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ليس بهدف مراجعة زوجته ، و إنما بهدف بقاء الزوجة معلقة لأن الطلاق آنذاك لا يمكن تسجيله .

حيث أن المشرع أدرك الوضع و تفطن إلى هذه النقطة عند إصداره ق.إ.م .إ الجديد الذي جاء نص المادة 361 /1 صريح و واضح في هذه المسألة بنصها : (لايترتب على الطعن بالنقض وفق تنفيذ الحكم أو القرار ...) ، حيث سمح المشرع في حالات فك الرابطة الزوجية بتنفيذ الحكم بالرغم من وجود الطعن بالنقض و هذا جاء منسجم أكثر مع ما نصت عليه المادة 3/49 من قانون الأسرة (... تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة).

و حسب المادة المذكورة لا يوقف النقض تنفيذ الحكم مما جعله ينفذ فورا فيكمن للزوجين أو أحدهما أن يطلب تسجيل الخلع أو الطلاق لدى مصلحة الحالة المدنية ، بل يجب على النيابة العامة أن تسعى إلى ذلك [1] ، و أن ذات منطوق الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية ، القاضي يأمر بتأشير الطلاق على هامش عقد الزواج و على شهادة ميلادهما .

تتمثل وظيفة المحكمة العليا بمراقبة مدى احترام تطبيق القانون، وهذا الأخير يشمل نوعين من القواعد القانونية هما القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، يظهر من القرارات التي اعتبرت الصلح إجراء جوهري، أن المحكمة العليا قد اهتمت فقط بالسهر على احترام القواعد الإجرائية بدعوى ضرورة مراعاة إجراء الصلح، حيث نجدها تنقض أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية والمتميز بخاصيتي النهائية والنفاذ.

[1]- بن الشيخ أث ملويا : نفس المرجع السابق ، ص 207 -208 .

فالمحكمة العليا لما تنقض الأحكام القضائية، تنقض على أساس أنها محكمة قانون وليست محكمة وقائع وهي بذلك لا تولي اهتمام للقواعد الموضوعية، فعدم مراعاة إجراء ما يهدم الموضوع وهو ما نلاحظه في قرارات المحكمة العليا التي تهتم بإجراء الصلح وترتقي به إلى درجة الإجراء الجوهري، وتجعله في مرتبة النظام العام على حساب المركز الموضوعي التي تتضمنه القاعدة الموضوعية.

فيمكن للمحكمة العليا في هذه الحالة أن تبرر قرار نهائي لمواجهة الطرفين، بأن طلاقهما باطل فضلا على أن الزوجين لا يمكن أن يجتمعا إلا بعقد جديد أو بتطبيق أحكام الرجعة بدون عقد جديد، فينبغي على القاضي عدم تطبيق القانون بحرفتيه وإنما يطبق روح القانون مع مراعاة نتائج هذا الحكم وعواقبه لاسيما أنه يتميز بالطابع النهائي وتنفيذه يكون وجوبا بسعي من النيابة العامة.

و يمكن أن نقول أن المحكمة العليا وفقا لقرارات لا تزال لحد الساعة تقرر نقض و بطلان الأحكام القضائية التي لم تراعي الصلح و تأتي بالعبارة القديمة التي مفادها أن الصلح من الإجراءات الجوهرية و انه لم يتم مراعاة نص المادة 49 من قانون الأسرة في حين من المفروض و الأجدر أن تكون القرارات الصادرة عنها بناء على ما هو منصوص عليه قانونا ، فيتعين على المحكمة العليا أن تتخذ موقفا موحدا بأن تقرر أن حكم فك الرابطة الزوجية أحكام نهائية لا تقبل الطعن بالنقض فيهاما عدا الجانب المادي ، لتكمل الشق الثاني من المادة 452 من ق.إ.م .إ الذي تنساه المشرع .

الخاتمة

الخاتمة:

في ختام بحثنا هذا يمكن القول:

أن الصلح أسلوبا متميزا لإنهاء المنازعات المدنية عرفه مجتمعنا وعمل به منذ القدم، فهو سلوك إنساني امتازت به المجتمعات العشائرية على الخصوص وجعلت منه أساس إنهاء الخلافات التي تشب بين الأطراف، أما في العصر الحديث، نظرا لتعقد وتشعب المنازعات ما أدى إلى التراكم والتكدس القضائي، مما انعكس سلبا على أداء جهاز القضاء وظهرت الحاجة الملحة إلى الصلح القضائي كأحد الحلول البديلة للمنازعات.

فالفكر القانوني قد وضع للصلح تنظيما قانونيا يتصرف بالمرونة والشكلية البسيطة.

فتنظيم المشرع الجزائري للصلح ضمن قوانينه قد ساهم بلا شك في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين التي ترفض الإملاء وأساليب القوة من السلطة بما فيها القضاء، وُصولاً إلى حل ينال رضاءهما، مما يبرر سعيهم إلى تنفيذ الحكم الذي ساهما معًا لإعداده، كما جاء تكريس الصلح القضائي لتحقيق السرعة في إنهاء المنازعات الأسرية اقتصادًا للوقت والتكاليف.

فالصلح إجراء ملزم لقاضي شؤون الأسرة يقوم به قبل الفصل في دعاوي الطلاق بكافة صورها، وبما أن دور القاضي فعّال في هذا الإجراء وجب أن يكون مصالحًا مفاوضًا وعنصرا إيجابيا في محاولات الصلح التي تكتسي أهمية كبيرة في إعادة ترميم العلاقة بين الزوجين التي كيّفها المشرع ميثاقًا غليظًا تستحل به الأَبْضاَع. وخصوصية ما قد يذكر في جلسة الصلح من أسرار زوجية جعل المشرع الجزائري هذه الجلسات سرية من أجل تعزيز واستقرار الأسرة وتحصينها من أي تدخل يُفْسِد أكثر مما يصلح.

كما نشير أيضاً من خلال دراستنا للموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

1-تهدف محاولات الصلح إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة أثناء فترة عِدّة الطلاق الرجعي ولا يهدف إلى إقناع الزوج بالعدول عن الطلاق.

2-الصلح الوارد في المادة 49 من قانون الأسرة يخص الطلاق بالإرادة المنفردة ولا يمت أي صِلة لدعاوى التطليق والخلع والطلاق بالتراضي، وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية ضَبَطَ الصلح في شؤون الأسرة فيما يجعل القاضي لا يستند لنص المادة 49 من قانون الأسرة وإنما يعتمد على الأحكام التي جاءت بها المواد 439 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3-في دعاوى التطليق أو الطلاق بالتراضي أو الخلع يكون الحكم القضائي منشئًا فالقاضي عند إجراء الصلح ليس مقيد بمدةٍ معينة لإجراء الصلح ولا علاقة لها بالمادة 50 من قانون الأسرة، فالصلح الوارد في المواد 49و50 من نفس القانون لا ينطبق على الصلح الذي يطبق بمناسبة نظر الدعوى أساسها المواد 53 أو 54 من قانون الأسرة.

4-إن الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر عن دعوى طلاق بإرادة الزوج المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره من أجل ضمان للحقوق ومنعًا للتناكر الذي قد يحصل.

5-ما يعزز ويؤكد خصوصية الصلح في شؤون الأسرة هو يميزه عن الصلح في القوانين الأخرى بكونه إجراء وليس عقد، كما أنه يخُصُ النزاع القائم وليس توقي نزاع محتمل، وقد خصه المشرع بطابع الوجوبية فالقاضي ليس له السلطة التقديرية في اختيار اللحظة المناسبة لإجراء الصلح وإنما آليًا بمجرد أن ترفع الدعوى أمام شؤون الأسرة.

6-في موضوع الصلح وافق القانون الجزائري بين الشريعة الإسلامية في العديد من النقاط منها الصلح على بدل الخلع، وإجراء الصلح عن طريق التحكيم واختلف معها في الصلح في الطلاق، حيث أن القانون الجزائري لا يوقع الطلاق إلا إذا أجرى القاضي جلسة صلح بينهما، فالقانون لا يأخذ بعين الاعتبار إن كان قد تلفظ بالطلاق أم لم يتلفظ، فالطلاق في القانون لا يرتِب أثره إلا بعد صدور حكم بعد إجراء محاولة الصلح.

7-من أهم التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 05-02 هو إضافته للمادة 57 مكرر فبهذا يكون المشرع قد سمح للقاضي وأعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية والوقائية أثناء سير الخصومة، مثل منح نفقة مؤقتة، حضانة مؤقتة، حق الزيارة ذلك إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه بموجب أمر غير قابل لأي للطعن.

8-يعد قاضي شؤون الأسرة الأهم على مستوى الهيئات القضائية، وذلك للأمر الحساس الذي يُجَسِدُه في الحفاظ على تماسك المجتمع من خلال السعي على إبقاء الأسرة قائمة متماسكة الأركان، وهذا بارتكازه على جملة من الصلاحيات التي وضعها المشرع تحت سلطته لذلك كانت جل النصوص القانونية مرنة تسمح للقاضي بمواجهة ظروف وملابسات وخبايا كل قضية، فلم يقيده وإنما ترك له المجال واسعًا للمحاولة جاهدًا وعدم التسرع في إصدار الحكم بالطلاق إلا بعد إجراء مصالحة بين الزوجين والتوفيق بينهما وتجنب هدم الأسرة.

ولـــهـــذا نعرض بعض الإقتراحات المتوصل إليها كالآتي:

1-المشرع لم يعترف بالطلاق الشفوي الذي يوقعه الزوج والذي تُقِرُه الشريعة الإسلامية ويعترف بحق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة والمقيّد بحكم قضائي وهو ما يُثار إشكال، يظهر في عدم انسجام أحكام القانون مع أحكام الشريعة، ولهذا نقترح تعديل المادة 49 من ق.أ.ج ويجعل الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعدة محاولات الصلح مع النص على أن يسري من تاريخ تلفظ الزوج به مع تعيين إثباته.

2- وكذا على المشرع استدراك التناقضات الواقعة بين النصوص القانونية والأحكام الفقهية فيما يتعلق بالرجعة واحتساب العدة حيث أن العدة الشرعية تبدأ من يوم تلفظ الزوج بالطلاق، بينما العِدةّ القانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطلاق مما يترتب عليه اختلاف طبيعة الطلاق.

3-إدراج الوساطة الأسرية كإجراء أولي لحل النزاع الأسري وتفعيلها كوسيلة بديلة لحل الخلافات الزوجية ضِمن مواد قانون الأسرة الجزائري لتخفيف العِبء على القضاء

وحماية الرابطة الأسرية خاصة، ولهذا نقترح إعادة النظر في نص المادة 994 من ق.إ.م.إ التي تستثني إجراء الوساطة في المسائل التي تتعلق بشؤون الأسرة.

4-إن المشرع لم يتناول التحكيم بشكل دقيق، فلم يحدد الشروط الواجب توافرها في الحكمين، وطريقة تعيين الحكمين وكيفية استدعاءهما، وكذا الحل في حالة رفض الزوجين أو كلاهما للتحكيم، مما صعب على القاضي القيام بهذا الإجراء مادفع به الواقع العملي إلى الإكتفاء بجلسات الصلح وعدم القيام بتعيين الحكمين، ويمكن القول أنه كان على المشرع الجزائري أن يزيل هذا الغموض، وذلك بإدراج مواد قانونية أخرى تدعم المادة 56 من ق.أ.ج وتفسرها. وتعديل المادة 446 من ق.إ.م.إ والتي تنص على جوازية التحكيم في حين المادة 56 من ق.أ.ج تنص على وجوبية التحكيم.

5-لم نلمس إعتناء المشرع بالخصوصية التي تُميِّز النزاعات الأسرية، من خلال تخصيص محكمة للأسرة تكون لها الاستقلالية الكاملة، وتعيين قضاة حكم ونيابة متخصصين بقضايا شؤون الأسرة تتوافر فيهم جميع الشروط والمؤهلات العلمية الشرعية والقانونية.

تَمَّ بعون الله وتوفيقه

قائمة المصادر و المراجع

أولا :المصادر

أولا:القرآن الكريم: برواية ورش

ثانيا: المعاجم

1-إبراهيم مصطفى،المعجم الوسيط، الجزء 1، مطبعة مصر، باب الصاد،1381هـ-1961م.

2-ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم، الطبعة 1، الجزء 2 دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن.

ثانيا: المراجع

أولا: الكتب القانونية

1-الأنصار حسن النيداني، الصلح القضائي، دراسة تأصيلية وتحليلية لدور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009م.

2-السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، العقد والإرادة المنفردة، ط1 دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

3-السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء 1، ط1، منشورات الجلي المعرفية، لبنان ، 2000م.

3-السيد أحمد إبراهيم، عقد الصلح فقها وقضاءا، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية،مصر 2003م.

4-الشواربي عبد الحميد، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط3، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر،2000م.

5-العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري،ط 1، كنوز الحكمة، الجزائر 2023م.

6-أوهابية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء 1، دار هومة، الجزائر، 2018م.

7-بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، منشورات بغدادي، الجزائر 2012م.

8-سايح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإداريةالجديد، الجزء 1، ط1، دار الهدى، عين ميلة الجزائر، 2012م.

9-بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007م.

10-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، ط1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2007م.

11-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقدمة الخطبة والزواج، الطلاق الميراث، الوصية، ط 5، الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007م.

12-بن حليمة يمينة، خصوصية إجراء التقاضي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة، للطرق البديلة في حل النزاعات، الصلح القضائي والوساطة القضائية،ط1، دار هومة، الجزائر 2013.

13-بن شيخ آث ملويالحسين، الملتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء 1، دار هومة، الجزائر 2005م.

14-بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار هلال للخدمات الجامعية، 2010م.

15-بن ملحة الغوثي، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه والقضاء، ط1، الجزائر 2005م.

16-بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م.

17-بوسقيعة أحسن، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2000م.

18-جلول دليلة، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والإدارية، ط1، دار الهدى الجزائر، 2012م.

19-ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ط1، ترجمة للمحاكمة العادلة للنشر، الجزائر 2009م.

20-زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، ط1، الموسوعة للنشر، الجزائر 2003.

21-سلامة أحمد عبد الكريم النظرية العامة، للنظم الودية لتسوية النزاعات المفاوضات الوساطة، التوفيق، الصلح، بديلا عند المعترك القضائي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة،2000م.

22-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة وعلاقاته بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة، وزارة العدل، 1986.

23-عبد العزيز سعد،الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار البعث للطباعة، قسنطينة الجزائر 1989.

24-عبد الله أوهابية، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ج 1، ط1، دار هومة الجزائر 2018.

25-فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج 1، ط1، الموسوعة الوطنية للكتاب، الجزائر 1989.

26-قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات القضائية والوساطة القضائية، ط1، دار هومة، الجزائر 2013.

27-لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، ط 2 دار فسيلة، الجزائر 2009.

28-مولاي ملياني، حقوق المرأة في الشريعة والقانون، ط1، قصر الكتب، الجزائر 1997.

29-نبيل صقر، الوسيط في شرح الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، دار الهدى، عين ميلة الجزائر 2008.

30-نجيمي جمال، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد، 2، دار هومة، 2013.

31-ولد نسال سليمان، المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط 2، الجزائر،دار هومة، 2012.

32-يسري عبد العليم عجور، الصلح في ضوء الكتاب والسنة، القاهرة2012 .

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-أطروحة الدكتوراه

1-آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، أطروحة درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2014م.

2-شتوان بلقاسم، الصلح في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، أطروحة درجة الدكتوراه في الشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2000م-2001م.

3-قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، أطروحة درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2008م-2009م.

4-لمطاعي نور الدين، عودة الطلاق الرجعي وآثار الأحكام القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006م.

ب-رسائل الماجستير

1-بن عوالي علي، الصلح ودوره في استقرار الأسرة-دراسة مقارنة-بين الشريعة والقانون بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران،2011م -2012 م.

2-بن هبري عبد الكريم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر، 2014م-2015م.

3-بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظِل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أُم البواقي،2010م-2011م.

4-بولحراس صافية، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2013م-2014م.

5-زودة عمر، طبيعة الأحكام لإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل درجة لماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2000م-2001م.

6-زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر،2006م-2007م.

7-عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية، الصلح والوساطة القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2012م.

ج-مذكرات الماستر

1-بوعبة شهيناز، عيشي ديهية، الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون فرع قانون عام داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018م-2019م.

2- طالب ليلى، دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر الأكاديمي، قسم الحقوقن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، 2017م-2018م.

ثالثا:المقالات العلمية

1-بن قوية سامية، "الصلح في قانون الأسرة الجزائري"، إشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02، كلية الحقوق، الجزائر 1، 2007م.

2-تومي نوال، صحراوي حلواني، أحكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية، مجلة القانون والعلوم السياسية المجلد 07، العدد 02، المركز الجامعي صالحي أحمد النعامة، 2021م.

3-شكشاك خديجة، الصلح والتحكيم بين الزوجين والعلاقة بينهما في القانون الجزائري، مجلة البحوث الأسرية، مجلد03، العدد02، 2008.

رابعا: الملتقيات العلمية

1-بشير محمد، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أعمال الملتقى الدولي، حول الطرق البديلة لحل النزاعات، العدد 03، الجزائر 2014.

2-بداوي علي، الإجراءات الجديدة الخاصة بقاضي شؤون الأسرة من أعمال الملتقى الوطني حول شرح أحكام الكتاب الثاني من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نشرة القضاة، ج 1، العدد 64، مديرية الدراسات القانونية والوثائق الجزائر 2009.

خامسا: النصوص القانونية

1-أمر رقم 75-58، مؤرخ في 25 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر العدد15، الصادر بتاريخ 27فبراير 2005.

3-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429هـ، الموافق لـ 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، العدد 11 الصادر في 22 أفريل 2008.

سادسا:القرارات القضائية:

1-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، عدد02، 1990، ص 40.

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

3-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 34980، المؤرخ في 1997/04/10، نشرة القضاة، العدد 03، سنة 1998، ص56.

4-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 174132، المؤرخ في 1997/11/23، نشرة القضاة، العدد 55، 1999، ص40.

5-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 275497، المؤرخ في 2001/10/17، المجلة القضائية، العدد 02، سنة2004، ص 353.

6-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 243943، المؤرخ في 23 ماي 2005، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، سنة 2001، ص 112.

7-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 372130، المؤرخ في 2006/11/15، المجلة القضائية، العدد 07، 2007.

8-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، قرار رقم 375807، المؤرخ في 2007/01/17، غير منشور.

9-المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 0801583، المؤرخ في 2007/04/10، غير منشور.

10-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 76898، المؤرخ في 2011/12/08، مجلة الحكمة العليا، العدد01، 2012.

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

12-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 0851107، في 2013/05/09، غير منشور.

الفهرس

إهداء ..... /

شكر وتقدير ..... /

مقدمة **4**

الفصل الأول: الأحكام العامة للصلح في قانون الأسرة الجزائري. **9**

المبحث الأول: مفهوم الصلح. **10**

المطلب الأول: تعريف الصلح 10

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة واصطلاحا. 10

الفرع الثاني: تعريف الصلح قانونا.....

المطلب الثاني: تمييز الصلح عن التحكيم والوساطة. 15

الفرع الأول: تمييز الصلح عن التحكيم. 15

الفرع الثاني: تمييز الصلح عن الوساطة. 17

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية والإجرائية للصلح **21**

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للصلح 21

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للصلح. 26

المطلب الثاني: الشروط الإجرائية للصلح 33

الفرع الأول: الصلح إجراء جوهري 33

الفرع الثاني: الصلح إجراء شكلي. 35

الفصل الثاني: آليات تفعيل دور المحكمة لمحاولة الصلح و أثر ذلك في حماية الأسرة .. **40**

المبحث الأول: محاولات الصلح في دعاوى الطلاق **41**

المطلب الأول: الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... 41

الفرع الأول : تعريف الطلاق و مشروعيته 41

الفرع الثاني: إجراء الصلح في دعوى الطلاقبالإرادة المنفردة للزوج.....43
الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى الطلاق بإرادة الزوج المنفردة 53
المطلب الثاني: الصلح في دعوى الطلاق بطلب من الزوجة 59
الفرع الأول : تعريف الطلاق بطلب من الزوجة 60
الفرع الثاني: إجراء الصلح في دعوى الطلاق بطلب من الزوجة.....62
الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى الطلاق بطلب من الزوجة.....65
المطلب الثالث: الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي 70
الفرع الأول: معنى الطلاق بالتراضي.....70
الفرع الثاني:إجراء الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي.....70
الفرع الثالث: دور القاضي في دعوى الطلاق بالتراضي.....74
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إجراء محاولات الصلح 76
المطلب الأول: أثر إجراء محاولات الصلح بالنسبة لدعاوى الطلاق 76
الفرع الأول : انتهاء الدعوى بالصلح.....76
الفرع الثاني : استمرار الدعوى في حالة فشل الصلح 78
على غرار نجاح الصلح ، يتخذ فشل هذا الأخير إجراءات أخرى يمكن إبرازها : 78
المطلب الثاني : أثر تخلف إجراء محاولات الصلح بالنسبة للحكم القضائي 80
الفرع الأول : الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية 81
الفرع الثاني: بطلان أحكام فك الرابطة الزوجية كأثر لتخلف إجراء الصلح 82
الخاتمة: 86