كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: حقوق
التخصص: قانون الاسرة

رقم :

إعداد الطالبتين

بن سليطان كريمة

بوخلوف سعيدة

دور القاضي في الحد من الطلاق بالصلح القضائي

لجنة المناقشة

الأستاذ	لمعيني محمد	رتبة أستاذ	جامعة بسكرة	رئيسا
الاستاذ بوضياف عبد المالك	أستاذ محاضر		جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
الأستاذ بن عبد الله عادل	رتبة أستاذ		جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021 - 2022

اهداء

اهدي هذا العمل المتواضع و ثمرة جهدي و تحصيلي العلمي خلال هذا الطور :

إلـــــــــــى كل افراد عائـــــــلتي .

إلـــــــــــى كل زميلاتي و زملائي .

إلـــــــــــى كل اســاتذتـــــــــي .

إلـــــــــــى كل من ساهم في اثراء مكتسباتي العلمية و القانونية .

إلـــــــــــى كل من ساعدني في اتمام هذا العمل من قريب او بعيد .

اهداء

الى من علمني كيف اقف بكل ثبات فوق الارض ..... ابـــــي الفاضل .

الى من خلقت لاسعادنا و ايصالنا لاحسن المراتب .....امي قرة عيني .

الى من عملوا دوما على تشجيعي لبلوغ الافضل .....اخوتي و اخواتي .

الى كل من ساهم في بلوغي لهذا المستوى و انهاء هذه الدراسة .

الى كل اساتذتي و زملائي و زميلاتي .

شكر و عرفان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

و قالت الحكمة قديما:

" الحر من رعى وداد لحظة وانتمى لمن أفاده لفظة "

و على ضوء الحديث الشريف و القول الحكيم :

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان

- إلى الأستاذ الفاضل المحترم (بوضياف عبد المالك) نظير سعة باله ، و رحابة صدره ، ومنحه ايانا فسحة ابداء الرأي و وقته الثمين طوال فترة اشرافه على انجازنا لهذه الدراسة المتواضعة.
- كما نتقدم بخالص الشكر و العرفان لكل اساتذة القانون بكلية الحقوق بجامعة محمد خيضر شتمة الذين اشرفوا على تدريسنا خلال طور الماستر ، جعلكم الله زادا للعلم و ذخيرة له .

مقدمة

اهتم المشرع و الشريعة الإسلامية على حد سواء بالأسرة باعتبارها اللبنة الأولى و الأساسية للمجتمع ثم للدول ، فشرعت الشريعة الزواج وحثت عليه لما يرتبه من اثار ايجابية ، أهمها تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون ، تحصين الزوجين و المحافظة على الأنساب لبقاء الجنس البشري لغرض تعمير الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله.

وانطلاقا من حرص الشريعة الإسلامية للحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها ، شرعت وسائل فعالة لمواجهة العراقيل التي قد تؤدي الى حل هذه الرابطة المقدسة ، أولها باب الصلح الذي دعت إليه في مختلف مصادرها ، وهو نفس التوجه الذي كرسه المشرع الجزائري ، حيث عمل على تقنين وتنظيم كل ما يتعلق بهذه الالية بمقتضى نصوص قانونية و إجرائية ، لاسيما وأن أهمية اللجوء إلى الصلح تزداد حينما يرتبط الأمر بالمنازعات الأسرية كونها تكتسي طابعا خاصا مقارنة بباقي المنازعات الأخرى.

و يعرف الصلح بأنه" :اتفاق المتنازعين على فض النزاعات الناشئة بينهم وديا "، كما جاء في تعريف آخر للصلح في دعاوى الطلاق على أنه " قيام القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلب الطلاق "

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الصلح في قوانين متفرقة بدءا بالقانون المدني ، الذي تناول أحكامه في المواد من 459 إلى 466 منه حيث عرفته المادة 459 على انه " عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه"، ثم قانون الأسرة الذي كرسه كإجراء إجباري قبل حل الرابطة الزوجية بعد تعديله سنة 2005 بموجب الأمر رقم 05 _ 02 في نص المادة 49 منه ، وأخيرا قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الذي خصص له أحكاما إجرائية ابتداء من المادة 439 إلى غاية 449 منه.

فالصلح في شؤون الأسرة ، يعد إجراءا يسعى من خلاله قاضي شؤون الأسرة إلى إيجاد حل ودي بين الطرفين و وضع حد للنزاع القائم بينهما ، من أجل استمرار الحياة الزوجية ، فهو إذا إجراء وقائي يقوم به القاضي وجوبا للحيلولة دون وقوع فك الرابطة الزوجية ، أو من أجل استمرار الحياة الزوجية عملا بقوله تعالى : ﴿ وإنِ امرأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزا أَوْ إِعْراضًا فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُّصَلِّحَا بَيْنَهُما صُلْحًا

وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُس الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كانَ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرا ﴾ صدق الله العظيم .

و نظرا لما يكتسيه اجراء الصلح من اهمية و اثار بالغة الفعالية الا و هي حل الاشكالات الناشئة بين طرفي دعوى الطلاق و رد الضرر بتفكك الاسرة و انهيار قواعدها فقد منح المشرع الفاعل الاساسي في هذه العملية و هو قاضي شؤون الاسرة سلطات و صلاحيات مختلفة لتمكينه من الحد من الطلاق وتغيير مسار الوضعية التي كانت عليها العلاقة الزوجية و الخروج من هذه المرحلة _ مرحلة الصلح _ بنتيجة عكسية ألا و هي اصلاح ذات البين .

غير أن جانبي الفقه والاجتهاد القضائي لم يستقرا ويتفق على وجوبية إجراء الصلح وكونه إجراء جوهري، بل اعتبره اتجاه أخر من الفقه وحتى الاجتهاد القضائي إجراء غير وجوبي ، ونفيا علاقته بالنظام العام، و ذهب اصحاب هذا الرأي لأبعد من ذلك لدرجة اعتبار إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي الأسرة يعد في حد ذاته إجراء مخالف للنظام العام ، وصورته عندما يقع الطلاق للمرة الثالثة حسب المادة 51 من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين ، غير أنه ينبغي التمييز في هذه الحالة كون الصلح إجراء شكلي تخلفه مبطل لسير الدعوى و لا بد من القيام به و بين السعي اليه فعلا بنية الاصلاح بين الطليقين؛ حيث ان القيام بمحاولة الصلح في حد ذاتها لا تخالف النظام العام ، لأنه إجراء يهدف أيضا الي استطاع الحقيقة ، ذلك أن القاضي لا يعلم الغيب فكيف له أن يعلم بأن هنالك طلاق للمرة الثالثة ، وعليه فمحاولة الصلح في حد ذاتها إجراء صحيح بل و وجويي لا يمس بحقيقة الطلاق.

غير أن القاضي إذا اكتشف وجود طلاق للمرة الثالثة فعليه الامتناع عن تقرير الصلح بين الزوجين ولو تصالحا فعلا، ذلك أن تصالحهما دون عقد جديد بدون ان تنكح المرأة زوجا آخر غيره يعد هنا مساسا بالنظام العام .

طرح الاشكال :

على ضوء ما سبق يستشف ان الحماية القضائية للأسرة من مقومات القانون و اهدافه لذا حرص القضاء الجزائري على ان يكون دوره فعال في السعي للحفاظ على كيان الأسرة لضمان حقوق الزوجة و الأطفال، من خلال فرض قانون الأسرة لرقابة القاضي وذلك باستحداث عدة اليات اهمها تفعيل آلية الصلح بهدف الحدّ من اللجوء للطلاق وإصلاح ذات البين بين الزوجين .

ونظرا لكافة الاعتبارات السابقة ، وما يكتسبه الموضوع من أهمية بالغة في هذا الصدد تم اثارة الاشكالية التالية :

ما مدى نجاعة دور القاضي اثناء مرحلة الصلح في الحد من قضايا فك الرابطة الزوجية ؟

و تتفرع عن الاشكالية الاساسية جملة من التساؤلات الفرعية اهمها :

- ما هي اجراءات الصلح المتبعة من طرف قاضي شؤون الاسرة ؟
- ما هو دور قاضي شؤون الاسرة من الناحية الاجرائية اثناء مرحلة الصلح ؟
- ما هي اهم التدابير القانونية المتخذة من طرف قاضي شؤون الاسرة اثناء مرحلة الصلح ؟

اهمية الموضوع :

تستمد أهمية هذا الموضوع من نقطتين اساسيتين ، الاولى تكمن في ادراك مفهوم اجراء الصلح والغاية من تطبيقه في دعاوى شؤون الأسرة ، وبالأخص دعاوى فك الرابطة الزوجية ، وما له من أثر في المحافظة على الروابط الأسرية واستقرارها ، و هو ما ينتج عنه استقرار المجتمع و تحقيق المصلحة العامة لأفراده.

والثانية تكمن في بيان المكانة البارزة التي يحتلها الصلح في التراث القضائي ، إذ به تزول الخصومة بين طرفي الرابطة الزوجية ، هذا من جهة ، و من جهة اخرى يتطرق موضوع الحال للآداة و الآلية الفاعلة في هذه الوضعية ألا و هي القاضي ، حيث تعالج الاشكالية مدى نجاعة دور هذا الاخير اثناء مرحلة الصلح و امكانية تغييره لمسار قضية فك الرابطة الزوجية المعروضة امامه لتنقلب الى صلح ودي.

والاهم اننا نهدف من خلال موضوعنا للوصول الى الاثار التي يرجوها المشرع من خلال تفعيل دور القاضي اثناء هذه المرحلة، و لمس ما اذا استطاع المشرع فعلا من خلال مكنة قاضي شؤون الاسرة ان يحقق ما يرمي اليه من خلال جلسات الصلح .

خطة الدراسة :

للإجابة على الاشكالية السابق طرحها و معالجة شتى التساؤلات الفرعية المذكورة أعلاه ارتأينا معالجة الموضوع من خلال فصلين اساسيين ، حيث نتطرق في الفصل الاول الى ماهية اجراء الصلح اين نضمن الفصل مبحثين اساسيين نتطرق في المبحث الاول لتعريف اجراء الصلح ، و في المبحث الثاني نتناول الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح ، اما في الفصل الثاني نركز على سلطة قاضي شؤون الاسرة في مجال الصلح و الذي يتضمن هو الاخر مبحثين اثنين ، المبحث الاول معنون بعنوان دور قاضي شؤون الاسرة اثناء اجراءات الصلح ، ثم نتناول في المبحث الثاني آثار اجراء الصلح على قضايا فك الرابطة الزوجية.

الفصل الأول

ماهية اجراء الصلح

تمهيد

يحتل الصلح مكانة بالغة الأهمية في التشريع والنظام القضائي الجزائريين كونه الطريقة الامثل لانهاء النزاع بين أطرافه خاصة في قضايا فك الرابطة الزوجية فهو الاداة التي تسعى لحلول ودية وفي أسرع الآجال وبأقل التكاليف مع مراعاته المحافظة على الروابط الاسرية ، و لهذا كان لا بد من منح القاضي سلطات تخوله من لعب دوره الإصلاحَي في هذه القضايا مع ضبط الاجراءات الواجب اتباعها و عدم التغاضي عنها او اهمالها لما تلعبه هي الاخرى من اهمية بالغة للوصول الى الغاية المرجوة .

و التعرف على ماهية الصلح و دلائل مشروعيته هي من المسائل الهامة التي تؤدي لادراك الدور الحقيقي للقاضي اثناء مرحلة الصلح بين الزوجين ، للوصول نهاية إلى اثاره على سير و مآل الدعوى ككل ، و للالمام بكل جوانب اجراء محاولة الصلح = وجب التطرق لمفهومه (مبحث أول) ، ومن ثمَ التفصيل في طبيعته القانونية (مبحث ثانٍ.)

المبحث الأول

مفهوم اجراء الصلح .

للإحاطة بمفهوم هذا الاجراء الجوهري كان لا بد من التطرق الى امرين ضروريين ، اولهما مختلف التعاريف التي حاولت ضبط مفهوم هذا الاجراء خاصة و أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف محدد له و هذا من خلال المطلب الأول ، ثم نعرج لأهمية محاولة الصلح خلال قضايا فك الرابطة الزوجية المعروضة أمام الجهات القضائية و ذلك بالبحث في الغاية من إقراره و هو ما سيتضمنه المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف محاولة الصلح .

بالرجوع لنص المادة 49 من قانون الأسرة نجد ان المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تعريف الصلح وبالتالي يمكن الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية للوصول الى تعريف جامع مانع له (الفرع الاول) ثم نرى رأي فقهاء القانون الوضعي بالنسبة لمفهوم هذا الاخير (الفرع الثاني) ، لنتطرق لموقف القضاء و الإجتهاد القضائي في نهاية المبحث (الفرع الثالث) .

الفرع الاول

تعريف محاولة الصلح و أدلة مشروعيته .

حتى نحيط احاطة شاملة باجراء الصح وجب المرور على مفهومه اللغوي ، ثم الاصطلاحي ، و الاتيان بادلة مشرعيته و كل هذا ضمن العناوين التالية .

اولا : تعريف الصلح لغة :

يعتبر الصلح في لغة العرب وقف المنازعة و قطعها، و الصلح في كلام العرب أيضا بمعنى السِلم بكسر السين او فتحها ، فنقول لغة السَّلم بالفتح و السِلم بالكسر ، معناه الصلح [1] ، قالى تعالى: "

---

1 : بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، بحث مقدم لنيل دكتوراه الدولة بقسم الفقه و أصوله ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة ، قسنطينة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، سنة 2001/2000، ص 19 .

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطُوَاتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ" [1] صدق الله العظيم .

و الصلح في اللغة مؤخوذ من تصالح القوم فيما بينهم ، كما يقال لغة : " قد أصلحو و صالحو و أصلحو و تصالحو و أصَالحو بتشديد الصاد " ، لأنهم قلبوا التاء صادا و أدغموها في الصاد بمعنى واحد ، و يقال قوم صلوح أي متصالون ، و يقال أيضا : الصلح إسم جماعة متصالحين فيقال : " هم لنا صلح أي متصالحين .[2]

كما عرف الصلح بأنه إسم بمعنى المصالحة التي هي خلاف المخاصمة و أصله بمعنى الصلاح الذي هو بمعنى استقامة الحال أو هو إنهاء الخصومة ، فنقول صالحه و صلاحا إذا صالحه وصافاه ، و نقول صالحه على شئ أي سلك معه مسلك المسالمة في الإتفاق ، و صلح الشئ إذا أزال عنه الفساد . [3]

ثانيا _ تعريف الصلح اصطلاحا :

أما إصطلاحا ، فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الصلح بأنه " عقد وضع لرفع النزاع بين المتخاصمين ، أو هو " عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة وركنه الإيجاب مطلقا ".

ثالثا _ ادلة مشروعية محاولة الصلح :

1_من الكتاب :

ورد في القرآن الكريم آيات كثيرة تدعو إلى الصلح في ميادين مختلفة ، أما بخصوص الصلح في مادة الأحوال الشخصية فهناك آيات بارزة في ذلك ، منها قوله تعالى : " وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا " صدق الله العظيم .

وجاء في تفسير الآية أنه إذا خافت المرأة من زوجـــها أن ينفر عنها ، فلها أن تسقط حقها أو بعضه من نفقة أو كسوة أو مبيت أو غير ذلك من الحقوق عليه ، و له أن يقبل ذلك منها فلا

---

1 : الآية 208 من سورة البقرة .

2 : أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، سنة 2010 ، ص 23 .

3 : الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم ، دراسة تأصيلية و تحليلية دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة 2009 ، ص 59.

جناح عليها في بذلها ذلك له و لا عليه في قبوله منها ، لهذا لما كبرت سودة بنت زمعة عزم رسول الله صلى الله عليه و سلم على فراقها فصالحته على أن يمسكها و تترك يومها لعائشة ، فقبل ذلك منها وأبقاها على ذلك [1]، فقد روي عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : " خشيت سودة أن يطلقها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يا رسول الله لا تطلقني و أجعل يومي لعائشة ، ففعل فنزل قوله تعالى " فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا و الصلح خير" صدق الله العظيم .

ومن انواع الصلح ماهو أوسع دائرة من التصالح بين الزوجين لأن النزاع يخرج عن إرادة الزوجين إلى أسرة الزوجة و الزوج ، بسبب إستحكام الشقاق بينهما. [2]

2_ من السنة النبوية الشريفة:

بالرجوع للسنة نجد انه قد ورد فيها ما يؤكد مشروعية الصلح ، فقد روى أبو هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال " الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما".[3]

وعن كثير بن عبد الله بن عمر بن عوف المزني رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه قال " الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما و المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما " رواه الترمذي و صححه.[4]

3 _ عمل الصحابة :

ورد عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري ما يدل على أنه يتعين على القاضي أن يسعى إلى الصلح بين جميع المتخاصمين ومن بينهم الزوجين [5] ، وروى أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحا.[6]

---

1 : أبي فداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، ج 2 ، ص 428.

2 : بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 313 .

3 : ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، دار إحياء التراث العربي ، ج 7، ط 1، س 1985 . ص 23 .

4 : أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، ج 6 ، ص 367.

5 : زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، دراسة النصوص القانونية و الفقهية و الإجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2007/2006 ، ص 95.

6 : أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، المرجع السابق ، ص 367 .

الفرع الثاني

تعريف محاولة الصلح لدى فقهاء القانون الوضعي .

بالرجوع لرأي المشرع الجزائري حول هذا الاجراء نجد انه عبارة عن عدة محاولات للصلح تجرى بين الزوجين من أجل قطع النزاع و حسمه [1]، وذلك فيما تعلق بالدعاوى التي ترمي إلى فك الرابطة الزوجية ، لكن وعلى الرغم من الدور الذي تلعبه محاولة الصلح ، إلا أن فقهاء و أساتذة القانون لم يمنحوا لها الدراسة الكافية ولم يعيروها الإهتمام اللازم على الرغم من أهميتها .

و لهذا يمكن ايجاد تعريف عام لهذا الاجراء بأن المراد منه الصلح بين الزوجين بالإصلاح بينهما ، بما فيه صلاح حالهما و إستمرار العلاقة الزوجية و حسن المعاشرة أي إمساك بمعروف [2] .

ومن بين إجراءات محاولة الصلح قيام القاضي بإستدعاء الزوجين معا إلى جلسة خاصة يعقدها في مكتبه ، ومحاولة إقناعهما خاصة الطرف رافع دعوى الطلاق من أجل العدول عن هذا الطلب والمتمثل في فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال الإستماع إلى الطرفيين و معرفة أسباب الخلاف وظروفه و بعدها يحاول أن يصلح بينهما مبرزا مساوئ وتبعات فك الرابطة على الطرفيين وعلى الأبناءإن وجدوا ، وبيان محاسن التفاهم والإنسجام و التسامح من أجل إستمرار العلاقة الزوجية لصالحهما والصالح الأبناء والعائلتين و حفاظا على الروابط الأسرية .[3]

وقد عرف الأستاذ عمر زودة الصلح بقوله " يقصد بمحاولة الصلح هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجيين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه للطلاق" .[4]

ولهذا تتم محاولة الصلح من طرف القاضي بين الزوجين بجمعهما أمامه ولكن محاولة إقناع

---

1 : الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 286.

2 : فتحي حسن مصطفى ، دعاوى الطلاق و الطاعة للمسلمين و غير المسلمين ، منشأة المعارف ، ط 2 ، بلا سنة ، ص 44.

3 : عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل – سلسلة تبسيط القوانين دار هومة ، الجزائر ، ط 2، 2009 ، ص 76.

4 : زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الموسوعة النشر الجزائر ، بلا طبعة ، سنة 2003، ص 108.

الزوج عن التراجع عن طلبه للطلاق هو أمر صحيح فقط في الحالة التي يكون فيها طلب الطلاق من طرف الزوج ، و إرادة هذا الأخير من طلب فك الرابطة الزوجية هو وضع حد للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة ، هذا و إن كان هو الغالب من الناحية العملية ، غير اننا سندرك أن محاولة الصلح هذه سوف لن تكون فقط عند نظر دعوى الطلاق من طرف الزوج فقط ، إنما تكون حتى في الحالات الأخرى التي ترمي إلى فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة ، أي في دعاوى التطليق و الخلع و حتى الدعاوى الرامية للطلاق بالتراضي بين الزوجين، ومما سبق ذكره يتبين جليا الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي في عرضه للصلح على المتخاصمين من الزوجين ، فهو لا يكتفي فقط بعرضه الصلح بينهما ، بل يتعدى دوره إلى إقتراح الحلول لأجل الوصول إلى حل يرضي الطرفيين ، وينبغي على القاضي أثناء إجراء محاولة الصلح أن يكون جاد ا من خلال تبسيط نقاط الخلاف بين الطرفيين وليس الغرض فقط المرور وقضاء اجراء شكلي لإستيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم و الفصل في القضية، فهو من ابرز واهم ما يتمتع به القاضي من دور إيجابي و قدرات في إنهاء النزاع [1]، و الذي يندرج ضمن نشاطه في إطار الوظيفة الولائية و ليس القضائية [2] ، بالرغم من ملاحظتنا لطغيان الطابع القضائي على محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي .

الفرع الثالث

تعريف محاولة الصلح في نظر الإجتهاد القضائي .

بالرجوع لبعض القرارات الخاصة بإجتهادات المحكمة العليا في مسائل الأحوال الشخصية ، وفيما يتعلق بمحاولة الصلح وفق نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، نجدها كلها تشترك أو تستقر في كون محاولة الصلح مجرد محاولة من طرف القاضي الناظر في دعوى فك الرابطة الزوجية الغرض منها الموعظة عن طريق عقد جلسة خاصة مع الزوجين من أجل إصلاح ذات البين .[3]

اما عن الإجتهاد القضائي المقارن– المصري مثلا – نجد ان اجراء الصلح من طرف القاضي في قضايا الطلاق عموما ، القصد منه محاولة إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين و عودة الحياة الزوجية

---

1 : الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 306.

2: زودة عمر، مرجع سابق ، ص 109.

3 : قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/02/1999 ملف رقم 216850 وقرار بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 217179 . المجلة القضائية عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية سنة 2001 ص 100 و مابعدها و ص 122 ومابعدها.

إلى ما كانت عليه من نقاء و صفاء و سكينة و حسن معاشرة .[1]

كما نجد أيضا مدونة الأسرة المغربية و التي أولت أهمية بالغة لمحاولة الصلح بين الزوجين من أجل إستقرار الأسرة من خلال آليتين للإصلاح[2] ، فيجوز للمحكمة أن تنتدب حكمين او مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البيـن بين الطرفين، كما منحت الأهمية البالغة لجلسة محاولة الصلح في حال وجود أبناء إذ تقوم المحكمة بمحاولة الصلح مرتين تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوم[3] ، فمن خلال الإجتهاد القضائي سواء ا الجزائري منه أو العربي لا نلحظ أي اختلاف ، حيث يتفق في كونه محاولة القاضي الصلح بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية الهدف منها الإصلاح و المحافظة على بيت الزوجية ، و السعي بكل الطرق و الحلول الممكنة لتفادي إنحلالها بأي طريق كان.

لذا يمكن الاجماع على أن محاولة الصلح في نظر الإجتهاد القضائي لا تختلف كثيرا عن تلك التي جاء بها الفقه من حيث الأصل و الهدف.

المطلب الثاني

شروط اجراء محاولة الصلح

تعد جلسة الصلح بمثابة الإجراء الوقائي الهادف للحفاظ على الأسرة لبنة المجتمع، لكن هل تتطلب شكليات معينة للوصول إلى النتيجة المرغوب فيها ؟ أم أن هناك قصور في عملية التشريع او التقصير في تطبيقه يجعل من العملية الصلحية مجرد إهدار للوقت والمال والجهد والكرامة؟

للإجابة عن هذا التساؤل نتناول في هذا المطلب القواعد التي تحكم محاولة الصلح، اين نتطرق للشروط الموضوعية ضمن الفرع الأول، ثم الشروط الشكلية في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لمحاولة الصلح

نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أن الطلاق لا يثبت و لا يقع قانونا إلا بحكم قضائي.

---

1 : معوض عبد التواب ، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ط 1 ، بلا سنة.

2 : محمد شيلح ، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق و التطليق ، مقال منشور بسلسلة دراسات و أبحاث، المغرب ، سنة 2012 ، ص 29.

3 : أحمد نصر الجندي ، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، سنة 2010. ص 45 .

والطلاق هو حل للرابطة الزوجية، أي تسبقه عقد الرابطة الزوجية بانعقادها الصحيح بين طرفيها ، لذلك لا مجال لإمكانية إجراء الصلح بينهما من طرف القاضي إن لم يوجد شرط عقد الزواج (اولا) وشرط وجود دعوى قضائية (ثانيا).

اولا_ شرط وجود عقد الزواج:

لا يمكن الحديث عن محاولة الصلح بين الزوجين إن لم يكن هذان الأخيران يربطهما عقد زواج شرعي وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه : "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع ، وهو عقد يرد على ملك المتعة قصدا [1] وجاء أيضا أن الزواج "عقد بين الزوجين ، وهما طرفا العقد والقاعدة العامة في العقود أنها تلزم كل طرف من طرفيها بما التزم به من حقوق في العقد ، وانه ليس لاحدهما الحق في الإخلال بشيء من حقوق التعاقد وانه لا يملك احدهما فسخ العقد أو إلغاءه أو إنهاءه وحده إلا أن يرضي الطرف الآخر" [2].

وورد في تعريف الزواج أيضا أنه " اتحاد شخصين من جنسين مختلفين من اجل إنشاء أسرة، أو هو شراكة بين زوجين تربطهما التزامات متقابلة هدفها الأساسي إنشاء أسرة " .

نلاحظ قصور التعريف الفقهي حيث علق الإمام أبو زهرة على تعريف الفقهاء بأن الزواج ليس المتعة في كل أغراضه ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الحكيم، وأضاف أن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وإيجاد الأنس الروحي بين المتعاقدين لجلب الراحة وسط متاعب الحياة، وأكد السرخسي انه ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة كون اعتبار الزواج عقد يحل الاستمتاع ولو بالوجه الشرعي هو دنو من الدرك الحيوانية حيث تكون العلاقة بين الذكر والأنثى فيها من الشهوة البهيمية فقط ، كما أن الأخذ بالزواج على أنه عقد بين طرفين تجمع بينهما التزامات متقابلة، يجعل منه مجرد معاملة مدنية هدفها إنشاء أسرة بواسطة التناسل، رغم انه بالإمكان الحصول على أسرة بفضل نظام الكفالة التي شرعها الله تعالى رحمة باليتامى وتحقيقا لمجتمع إسلامي متضامن وعلى هذا الاساس الزواج ليس مجرد عقد مدني بشيء من القدسية [3] بل هو كل القدسية { وأخذن منكم ميثاقا غليظا } (النساء الآية 21).

ولهذا جرى الاتفاق على الاخذ بتعريف الإمام أبو زهرة الذي جاء فيه ان " الزواج عقد يفيد حل

---

1 : أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 17، (د.ط.)، (د.س.).

2 : شاكر، احمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات مكتبة السنة، القاهرة، 1939، ص 11، (د.ط.).

3 : سعد، عبد العزيز، نظام الحالة المدنية، ص 3 .

العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات ، وتكون هذه الحقوق والواجبات ما شرعه الله وليست تلك التي تخضع لما يشترطه العاقدان" [1] .

وجمع المشرع الجزائري بين المعاملة المدنية والناحية النفسية الروحية من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة التي نص فيها على أن الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة ، التعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب ومتى توافر ركن الزواج الوحيد وهو الرضا وتحققت شروطه اللازمة لانعقاده [2] كان عقد الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره.

ولما كان القاضي ملزما بمساعي الصلح بين الزوجين وأن لا يحكم بالطلاق بينهما إلا بعد استيفاء هذا الإجراء الجوهري ، شرط أن يتأكد من أن الزوجة هي فعلا محل إيقاع الطلاق عليها، وهنا نتساءل عن مصير دعاوى التطليق أو الخلع لزواج غير ثابت بوثيقة رسمية سواء قبل أو بعد البناء؟

لما يتضح للقاضي الناظر في الدعوى أن الزوجة قدمت ما يثبت تضررها من الحياة الزوجية وانه لا سبيل لاستمرارها، أو أنها مبغضة لها وتخشى ألا تقيم حدود الله ، وتبين للقاضي أن ما تدعيه واقع، لكنها متزوجة بمقتضى عقد زواج عرفي، شفوي أو كتابي، فإنه يردها ويرفض دعواها رغم تحقق أسباب التطليق لديها، لأنه لا يحق لها استخدام مكنة التطليق أو الخلع لعدم ثبوت الزواج في وثيقة رسمية، وعليها أن تثبته بكافة وسائل الإثبات لتتمكن من التطليق للضرر وهو ما قررته المحكمة العليا في احد قراراتها ، الذي جاء فيه ان من المقرر شرعا جواز إثبات عقد الزواج بشهادة الشهود تفيد وجوده الشرعي ومن ثم فان القضاء بعدم إثبات عقد الزواج للاعتماد على الشهود و لعدم انعقاده شرعا يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية [3].

ثانيا_ شرط وجود دعوى قضائية:

ورد في أحكام المادة 49 من قانون الأسرة أن مصدر الحكم بالطلاق هو القضاء سواء كان كاشفا أو منشئا ، وانه لا وجود لهذا الحكم إلا بعد أن يسعى القاضي للإصلاح بين الطرفين المتنازعين

---

1 : أبو زهرة، المرجع السابق، ص 18.

2 : وردت ضمن المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

. أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية للزواج" .

3 : قرار مؤرخ في 1984/11/05 ، المجلة القضائية عدد 2، 1990، نقلا عن: مروك، نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر،2004، ص 139، (د.ط).

ويفشل في مسعاه – كتحصيل حاصل لإحالة الدعوى من اجل الفصل فيها _ وعليه تكون الدعوى محل الصلح في مسائل شؤون الأسرة هي دعوى الطلاق بمفهومه الواسع[1] ، فاستبعدت كافة الدعاوى الأخرى التي قد يحدث فيها نزاع وتستدعي الصلح، كدعوى النفقة، ودعوى الصداق، ودعوى الوصية، ودعوى الميراث وغيرها، لكن يمكن الاستناد في ذلك على مواد قانون الإجراءات المدنية التي أجازت الصلح في أية مادة كانت (المادة الرابعة 04).

ومن ثم كان الطلاق الذي يوجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح هو الذي عبرت عنه الإرادة التشريعية من خلال ما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة اين نصت على انه "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

لذلك سوف نتطرق لتحديد مفهوم كل طريق يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين بالقدر الذي يسمح به مجال البحث، ولما كانت الرابطة الزوجية تحل إما بإرادة كلا الزوجين أو أحدهما، فأما اجتماع الإرادة فيكون بالطلاق بالتراضي أو الخلع وأما افتراق الإرادة فيكون بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بطلب من الزوجة وهناك طريق ثالث ليست لإرادة احدهما أو كلاهما دخل فيه ، وهو الذي يقع بقوة الشرع والقانون . وهو ما سيتم تناوله كما يلي:

1- الطلاق بالتراضي:

من المقرر أن كل عقد يتفق طرفاه على إنهائه يجب أن ينتهي ، ولما كان الزوجان قد ارتضيا الفراق وأنهما قد اتفقا على انهاءه إلا بتعذر الحياة الزوجية[2] وإنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة [3] فيكون طلاقا بالمعروف والإحسان من أجل مصلحة الأسرة ككل فيتساءل الإمام أبو زهرة عما إذا كان

---

1 : الطلاق لغة : من الطالق أي الناقة يحل عنها عقالها ، وأطلقت الأسير أي خليته ، وهو اسم مصدر (طلق) بالتشديد ومصدره التطليق، واستعملت العرب (طلق) بالتشديد إن كان الطلاق صريحا وبالتخفيف إن كان كناية للطلاق ، وطلاق النساء فيه معنيين: أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال ، ابن منظور، المصدر السابق، ج 10 ، ص 366 ، الزبيدي، محمد مرتضى الحسن، مصدر سابق ، المجلد السادس، ص 427. والطلاق في الاصطلاح الشرعي يكاد يجتمع على حل عقدة النكاح ، فقال الحنفية أنه :" إزالة النكاح الذي هو قيد معنى " ، وقال الشافعية : " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه ، وعند المالكية :" إزالة القيد ، وإرسال العصمة ،لان الزوجة تزول عن الزوج"، وعرفه الحنابلة بأنه : " حل قيد النكاح أو بعضه "، انظر في ذلك : الغزالي ، أبي حامد، المرجع السابق، ص 56 .

2 : أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 281 .

3 : بلحاج ، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 258 .

سبب الطلاق وجيها فهل من المصلحة الاجتماعية أن تنشر دخائل الأسر في دور القضاء وتسجل في سجلاته ومنها مالا يسوغ إعلانه وان ما بين الزوجين يظله الستر ولا يصح أن يكشفه الإعلان ؟[1].

لكن الأستاذ زودة يرى أن هذه الصورة من صور الطلاق لا وجود لها في الشريعة الإسلامية إنما جاء بها المشرع نتيجة تأثره بالشريعة الغربية التي لا تملك صورة أخرى غير تلك التي تنتهي إذا أثبت أحد طرفي العقد إخلال الآخر بالتزامه ، وهو مصيب فيما ذهب إليه لان للطلاق صورتان ، الأولى وتكون بالإرادة المنفردة للزوج والثانية بطلب من الزوجة في حالة إخلال الزوج بالتزاماته .

و قد اقر تشريع الأسرة الجزائري من خلال أحكام المادة 48 أنه بإمكان الزوجين حل عقد الزواج بتراضيهما وأكد قانون الإجراءات المدنية على الإرادة المشتركة للزوجين في الطلاق بالتراضي مع وجوب خلو الإرادة من كل عيب أو عارض من خلال تعريف[2] ورد ضمن المادة 427 ، تجسيدا للاتفاق المتوصل إليه دون بيان السبب في الانفصال وبقائه بعيدا عن رقابة المحكمة التي ليس لها سوى المصادقة على الاتفاق الحاصل بين الطرفين [3] الذي يقدم في شكل طلب مشترك من خلال عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع لدى أمانة الضبط (المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية) ومن بين ما تحتويه عرض موجز به جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق من حضانة وحقوق مالية دون المساس بالنظام العام .

لكن يثار التساؤل حول ما اذا كان اتفاق الزوجين على الطلاق وتوابعه وإفراغه في وثيقة تصادق عليها المحكمة قد يغني القاضي عن قيامه بمحاولة الصلح؟ أم أن هذا الاتفاق يشكل في حد ذاته صلحا؟

بالعودة لنص المادة 49 من قانون الأسرة نجد انها قد جعلت من كل طرق الطلاق تحت رعاية المحكمة وبإشراف القاضي الذي ألزمته بعدة محاولات صلح في جميع دعاوى الطلاق، لذلك لن يكون الطلاق بالتراضي [*] استثناءا ، كون هناك اتفاق متبادل بل يجب النظر مرة أخرى في مدى صلاحية الحياة الزوجية للبقاء وإيجاد خيط من المودة والرحمة ولو كان رفيعا.

لكن المحكمة العليا ومن خلال قرار لها ، اعتبرت الطلاق بالتراضي صلحا وأسقطت عليه أحكام

---

1 : أبو زهرة ، المرجع نفسه ، ص 282 .

2 : لقد استحدث المشرع نظام التعريفات لبعض المصطلحات والحالات القانونية ، على غير المألوف في القوانين الإجرائية ، وذلك ضمن التعديل الأخير الذي مس قانون الإجراءات المدنية (القانون رقم 08- 09)،بربارة ، عبد الرحمان ، المرجع السابق، ص 14 .

3 : بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 259 .

المواد 459 و 462 من القانون المدني، علما أن المادة 462 قررت بان الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها مما يرتب إسقاطا للحقوق والادعاءات التي تم التنازل عنها بصفة نهائية من قبل أحد الطرفين لكن الطلاق بالتراضي يتم فيه الاتفاق على توابع الطلاق والمتمثلة في حضانة الأولاد والنفقة والسكن وأثاث بيت الزوجية ونفقة العدة ، وللقاضي أن يلغي أو يعدل ما ورد في الاتفاق إذا ما كان يتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالف النظام العام [1] .

كما أن المادة 461 من القانون المدني أجازت الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية، والطلاق بالتراضي متصل بالحالة الشخصية ، لذلك إذا ما خالف اتفاق الزوجين اللذان عزما الطلاق دون نزاع حول احد المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، تصدت له المحكمة بالتعديل أو الإلغاء وذلك لا يمنع القاضي من محاولة الإصلاح بينهما متى كان ممكنا.

2 – الخلع:

المراد بالخلع [2] الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها ، ويكون بلفظ الخلع او الطلاق ، وقد استعمل القرآن الكريم لفظة المفاداة دلالة على الخلع في قوله تعالى : {فلا جناح عليهما فيما افتدت به } (سورة البقرة، الآية 229) .

وعرفه الفقهاء على أنه عقد ينعقد بإيجاب وقبول لكنه بالنسبة للرجل يعتبر تعليقا للطلاق على قبول المال ومن جانب المرأة هو معاوضة شبيهة بالتبرع، وهو جائز مع الكراهة إن كان بلا سبب ظاهر ويُلجا إليه في حالة الشقاق بين الزوجين وعدم إقامة حدود الله لقوله تعالى [3] { الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } صدق الله العظيم ، و الخلع عند الجمهور طلاق بائن لا رجعة فيه ، ويرى

---

1 : المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 : الخلع في اللغة : النزع والإزالة ، وهو استعارة من خلع اللباس، فيقال خلعت المرأة زوجها مخالعة ، لان كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلا ذلك فكان كل واحد منهما نزع لباسه عنه، ابن منظور ، المصدر السابق، ج 8 ، ص 76. والخلع عند الحنفية : "اخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع". وعرفه الشافعية بأنه:" فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو ضلع" . وقال الملكية هو :" طلاق بعوض " أما الحنابلة فهو :" فراق الزوج امرأته، بعوض يأخذه الزوج ، بألفاظ مخصوصة". انظر : الغزالي ، أبي حامد المصدر السابق، ص 47.

3 : الآية 229، البقرة .

الإمام أبو زهرة أن الخلع كالطلاق لا يكون إلا من الزوج وقد يكون من القاضي في مذهب مالك، وآثاره هي سقوط كل حق مالي ثبت بالنكاح [1].

لقد ساير المشرع موقف الجمهور في اعتبار الخلع طلاقا، لما ورد في الفصل الأول من الباب الثاني المتضمن لأحكام انحلال الزواج، وهو طلاق دون نزاع ولا مخاصمة لكنه ليس طلاقا بالتراضي، لأن هذا الأخير تم فيه الاتفاق على توابع الطلاق المالية أما الخلع فإنه طلاق بعوض وقد يشتركان في تطابق الإرادتين ، لكن المشرع ومن خلال المادة 54 من قانون الأسرة، لم يلزم الزوج إبداء إرادته بالموافقة وأجاز للزوجة أن تخلع نفسها بمقابل مالي ولم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقه عمليا [2] ، و لم تستقر المحكمة العليا على اجتهاد واحد وانقسم قضاؤها إلى اتجاهين:

الأول: ويشترط موافقة الزوج حتى يتم الخلع صحيحا، وجاء ذلك من خلال قرار لها ت ؤكد فيه أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج[3] .

الثاني: لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرض الزوجة للمقابل المالي على الزوج ، وذلك يسمح لها بمخالعة نفسها منه دون تحديد نوع البدل، وأن ما يجب الاتفاق عليه هو نوع العوض ومقداره، وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي لتحديده على أن لا تتجاوز قيمته صداق المثل، وأن خضوع الزوجة لقبول الزوج أو عدمه يفتح باب اللابتزاز والتعسف[4].

إن القول الفصل في هذه المسالة هو قول الشريعة الإسلامية بنص صريح من القرآن الكريم

---

1 : أبو زهرة، المرجع السابق، ص 332-340 ،الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا، 2000، ص 68، (د.ط.)،

إسماعيل موسى مصطفى عبد الله الخلع في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطني ة نابلس فلسطين،2008 ، ص 12-21 .

2 : منصوري،نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2010 ، ص 132 ، (د.ط.).

3 : قرار صادر بتاريخ21/11/1988 ،ملف رقم 51728 ، المجلة القضائية العدد 3،1990 ، نقلا عن: مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق،2004 ، ص 108 .

4 : قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/12 ، عن إ.أ.ش، ملف رقم 83603، عدد خاص، مشار إليه، ص 134.

واستنادا إلى السنة النبوية[1]، كون الخلع حق للزوجة لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على رضا الزوج ولا تشترط الكراهة بل يكفي عدم إقامة حدود الله ، وليس للقاضي أية سلطة تقديرية في ذلك [2] ويبقى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم الاتفاق .

بالرجوع الى الواقع العملي فإن الخلع تلجا إليه الزوجة التي طلبت الطلاق للأسباب الواردة في المادة 53 و لما لم يتسن لها إثبات الضرر الواقع عليها فإنها تلجأ إلى الخلع كحل أخير للخلاص من حياة زوجية تأبى الاستمرار فيها.

اما بالنسبة للمقابل المالي فيحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور حكم المادة 54 فقرة 02 من قانون الأسرة، وبذلك جعلت الشريعة الإسلامية مركز الزوجة مساويا لمركز الزوج في حل رابطة الزواج [3] ، لكن يثار التساؤل حول علاقة الخلع بمحاولة الصلح ؟

يعد الخلع نتيجة استمرار الشقاق بين الزوجين وقد يتدخل القاضي لإزالته، فإن لم يستطع وقع الصلح بمعنى الخلع، أي عوض مالي تدفعه المرأة [4] فيكون فيه تنازل عن بعض الحقوق التي يوجبها عقد الزواج ، ومن ثم يحمل هذا المعنى أحكام المادة 459 من القانون المدني، التي جعلت من الصلح عقد ينهي النزاعات بالتنازل على بعض الحقوق على وجه التبادل، فالزوج يتنازل على رباط الزوجية والزوجة تدفع لأجل ذلك مالا.

3 – الطلاق بإرادة أحد الزوجين:

ويشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (أ)، وبطلب من الزوجة (ب).

أ– الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

وهو الطلاق بالمعنى الفقهي الدقيق، وهو حق خالص للزوج [5]، حيث تتوجه فيه إرادته إلى فك

---

1 : مما ثبت عن امرأة ثابت بن قيس أنها أرادت مفارقة زوجها ولم تعب عليه في خلق ولا دين ولكنها كرهت الكفو في الإسلام، فقضى الرسول الكريم بطلاقها بعد أن ردت له حديقته، ابن القيم الجوزية، الحافظ شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط 1 ، رتبه وضبطه: إبراهيم، محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991 ، ج 4 ، ص 149.

2 : زودة ، عمر، المرجع السابق، ص 116.

3 : زودة، عمر،نفسه.

4 : بن عاشور ، محمد الطاهر ، التحرير والتنوي، دار سحنون، تونس، ص 215، (د.ط)، (د.س.)،.

5 : أمام، محم د كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقو ق الأولاد، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص 33 (د.ط.)

العصمة وحل قيد النكاح ، ويقع على الزوجة في حالة قيام العلاقة الزوجية قبل الدخول و بعده، كما يقع على الزوجة المعتدة من طلاق رجعي باعتبار الزوجية قائمة حكما[1].

على اعتبار أن الزواج عقد ابدي في كافة الشرائع، شرع للبقاء والاستمرار، لكن ذلك غير كاف ليبقى صالحا، فلا بد من المودة والرحمة بين الزوجين، لذلك نتساءل عن هذا العقد الذي ينشئ حقوقا متبادلة ولازمة، هل تبطله الإرادة المنفردة؟

لقد جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الزوج واحتاط للأمر بان وضع له قيودا بحيث لا يقع في جميع الأحوال و الأوقات، فلا يقع طلاق من كان به عارض من عوارض الأهلية [2] أو عيب من عيوب الإرادة ، كما وجب أن يُتحرى الطلاق السني قدر المستطاع [3]، وأن تكون له بينة [4] لقوله تعالى { فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله } (سورة الطلاق : الآية 02) ، ومن جهة أخرى فهناك تبعات مالية تحمل الزوج على التفكير والتدبير الجيد قبل اللجوء إلى الطلاق الذي سيرهق كاهله بالأتعاب التي ستكلفه قدر ما دفعه في زواجه اضافة إلى ما يترتب عليه من نفقة وحضانة للأولاد ، بينما الزوجة لا ينالها أي غرم مالي[5] والأهم أن مسألة الطلاق في

---

1 : فاروق، عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 187، 189.

2 : اتفق الفقهاء على وقوع طلاق السفيه وهو يلزمه، لكن المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات السفيه غير نافذة ، علما أن السفه يؤثر على التصرفات المالية دون الشخصية رغم أن المادة 43 من القانون المدني اعتبرت السفيه ناقصا للأهلية بحيث يمنع من مباشرة التصرفات المالية التي تدور بين النفع والضرر فتقع باطلة ، انظر في ذلك: سعد، فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر،1986، ج1، ص 244 –245، (د.ط.)، بن ملحة، الغوثي، المرجع السابق، ص 97 .

3 : الطلاق السني هو طلاق المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه ولا في حيض قبله ، وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ، وهي تعتد بالإقراء وذلك لاستعقابها الشروع في العدة" ، ابن قدامة، موفق الدين، المرجع السابق، ص 126 كما عرفه البعض الآخر بأنه الطلاق الجامع للشروط الشرعية مقابل الطلاق البدعي، ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3 ص 201. واتفق الأئمة الأربعة على وقوعه لأن النهي عنه ليس لذاته وإنما لمعنى يصاحبه وهو إطالة العدة على المرأة ، الشقير، صالح بن سليمان بن عبد الله، المرجع السابق، ص 29 .

4 : اتجه جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه إنما مندوب إليه لا واجب، سعد، فضيل، نفسه ص 26.

5 : سعد ، فضيل ، المرجع السابق، ص 263 ، بدران ، بدران أبو العنين ، الزواج والطلاق في الإسلام ، ط 2 ، مزيدة ومنقحة، دار التأليف ، مصر،1961 ، ص 215.

في الشريعة الإسلامية مرتبطة ارتباطا وثيقا بمسألة المهر و النفقة، فلما كان مغنما للرجل، ربطه الله سبحانه و تعالى بالمهر والنفقة وه ما مغرم عليه و مغنم للمرأة وربطهما بالطلاق وهو مغرم عليها، وبهذا الترابط المتكافئ نصل إلى المساواة بين الرجل والمرأة [1] .

كما أن للرجل زيادة في قوة النفس والطبع لأن طبع الرجال غلب عليه الحرارة و القساوة فيكون فيه قوة و شدة، وطبع النساء غلب عليه الرطوبة والبرودة فيكون فيه معنى اللين والضعف فجعل لهن حق القيام عليهن[2] ، فإلى جانب المهر والإنفاق تشمل القوامة أيضا ملك العصمة [3]، حتى لا يكون الطلاق أداة إيذاء للزوجة، و يكون وسيلة للخروج من ضيق فكان إلزام الزوجين بالاستمرار في عقد لم يحقق أهدافه إذا ما اتخذ بعض الأزواج الطلاق للإيذاء فإن هذا لا يخل بالحكمة التي من اجلها شرع الطلاق [(*)] وما إجازة إنهاء الزواج بإرادة الزوج المنفردة إلا استثناء من الأصل وهو الحظر والمنع للطلاق حتى تدعو الحاجة إليه و الضرورة الملحة، فكيف هو الوضع القانوني لمن لم تكن له حاجة في الطلاق وأوقعه بإرادته المنفردة ؟

هنا اقر المشرع من خلال أحكام المادة 52 من قانون الأسرة أنه متى تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق الذي أوقعه، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها ، فالأصل في استعمال الحق الإباحة، لكن الإباحة مقيدة بتحديد وجوه استعمالات الحق ، بان يستعمل في حدود ما شرع له وتجاوز هذه الحدود من اجل الإضرار بالغير هو تعسف واستعمال غير مشروع للمقصد من استعمال الحق[4] و قد عرف الفقه الشرعي التعسف بأنه استعمال الحق في غير الغرض الذي منح من أجله ، أو بقصد إلحاق الضرر بالغير[5]، وجاء أيضا أنه استعمال لحق مشروع لغاية غير مشروعة، أو مناقضة

---

1 : المومني، أحمد محمد ونواهضة، إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية ، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط 1 ،دار الميسرة، عمان ، الأردن، 2009، ص 13-14 .

2 : القرطبي، المصدر السابق، ص 168 .

3 : فقد جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم لما شكا إليه عبد مولاته التي زوجته وتريد أن تفرق بينه وبين امرأته ، فقال: "ما بال أقوام يزوجون عبيدهم إماءهم ، ثم يريدون أن يفرقوا بينهم ، ألا إنما يملك الطلاق من اخذ بالساق " ،ذكره الدارقطني عن ابن ماجة في سننه وذكره ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المصدر السابق،ص 149 .

4 : جانم، جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ط 1، دار حامد، عمان ، 2009، ص 107

5 : شلبيك ، أحمد الصويعي، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون " ، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد 38 ،أفريل 2009 ، ص 19 .

لحكم الشارع [1] ، فيتحقق لدينا المعايير التالية للتعسف :

- الأول : هو الاستعمال من اجل مصلحة غير مشروعة، ولا يكون في ذلك تعسفا إنما تعديا أو خطأ.
- الثاني : هو الاستعمال دون الحاجة و دون المبرر الشرعي، ويكون مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية الطلاق.
- الثالث : الاستعمال بقصد الإضرار، ويقوم على النية حيث يصعب إثباتها، لكن تبقى لها قرائن.

وقد عنيت الكثير من التشريعات بالأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وحددت له معايير ذكرتها المادة 124 مكرر من القانون المدني كالآتي :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إ ذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة .

فالمعيار الأول، وهو ذاتي، متعلق بالقصد في إحداث الضرر للغير، وقد اتفق جميع الفقهاء على تحريم الإضرار بالغير عملا بقوله تعالى { وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ } (البقرة الآية 231) و قوله، "لا ضرر ولا ضرار".

ويرى كل من الفقه القانوني و القضاء أن نية الإضرار ترتب تعذر إقامة الدليل عليها لأنها مسألة نفسية ، كما أنه من غير المعقول أن يلجا الزوج لفك الرابطة الزوجية وهدم أسرته وإحلال الكآبة في نفوس أطفاله، فقط من اجل الإضرار بزوجته، وإن وجد فهو سلوك منحرف لا يألفه الرجل العادي، بينما يرى السنهوري أنه لو لم يقم الدليل القاطع على وجود القصد ، و وقع الضرر فعلا وتبين انتفاء المصلحة فذلك يكفي أن يكون قرينة قاطعة على نية الإضرار[2] .

أما المعيار الثاني والثالث، فهما مرتبطان بالمصلحة، و ينطويان ضمن المعيار الموضوعي، فقد تكون (المصلحة) متوافرة لكنها ضئيلة مقارنة بالأضرار الناجمة عن استعمال الحق، و قد تكون متوافرة أيضا لكنها غير مشروعة ، واستعمال الزوج لحقه في الطلاق فيه مصلحة قد تكون ضئيلة بالنسبة لما سيحدثه حل الرابطة الزوجية من أضرار للزوجة و الأولاد، وقد تكون غير مشروعة أصلا، كأن يستعيض الحلال بالحرام بحثا عن سعادة زائفة، و في ذلك استعمال غير مشروع للمقصد من استعمال الحق لكن

---

1 : عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1998، ص 179.

2 : السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 844 .

معيار عدم المشروعية يأتي بما آلت إليه الأفعال وليس على الأفعال ذاتها.[1]

لذلك وجب على القاضي أن تكون له دراية واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية[2] حتى يتمكن من تبيان التعسف وإيجاد المبرر الشرعي والقانوني الذي يقصده الزوج من إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وإلا حكم بالتعويض بنسبة التعسف و درجته ، لكن المشرع لم يحدد حدا أقصى أو حدا أدني للتعويض عن الضرر [3]، وفي جميع الأحوال وعند إصرار الزوج على موقفه ليس على القاضي سوى تلقي الإعلان عن ارادته وتوثيقها[4].

ويمكن القول أن من بين الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري من اجل الحد من الطلاق التعسفي أن جعل حل الرابطة الزوجية تحت الإشراف الفعلي للمحكمة، وأيضا الإصلاح بين الأطراف المتخاصمة من خلال جلسات الصلح التي يقوم بها القاضي بنفسه من أجل درء الصدع الذي قد يلحق بالأسرة والمجتمع على حد السواء.

ويبقى للزوج العصمة في الحدود الدينية التي رسمها الشارع الإسلامي كما للمرأة طلب الطلاق في أحوال معينة تناولتها الشريعة الاسلامية .

ب- الطلاق بطلب من الزوجة .

تقوم شريعة الله على المساواة والعدل بين الزوجين من اجل احداث توازن بديع في الحقوق والواجبات ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ، فكما منحت الزوج حل الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة و قيدته بضوابط متينة ، منحت الزوجة أيضا سبلا تنتهجها للخلاص من حياة زوجية لم تحقق أهدافها على النحو اللائق بها، بتوافر أحوال معينة بذاتها ذكرها المشرع على سبيل الحصر (*) حيث ورد في نص المادة 53 من قانون الأسرة مصطلح التطليق [5] ، وقد عرفه البعض بأنه: " منح الزوجة حق طلب

---

1 : قرار المحكمة الاستئناف المختلطة المصرية، ط 17، أفريل 1917، شليبك، أحمد الصومعي، المرجع السابق، ص 40 .

2 : جانم ، جميل فخري محمد، المرجع نفسه، ص 108 .

3 : بلحاج ، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 237 .

4 : زودة ، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص 32 .

5 : داودي ، عبد القادر " وقوع الطلاق من غير الزوج ، أسبابه ومجالات تطبيقه "، مجلة المعيار، العدد التاسع، 2004 ص 209.

(*) لقد صرح الأستاذ زودة أن الأسباب التي جاءت في نص المادة 53، بحيث تسمح للزوجة بطلب الطلاق، "جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر"، وحجته أن نص الفقرة العاشرة من المادة ، السالفة الذكر، والتي قضت:"كل

التطليق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون [1].

وجاء عن البعض الآخر أن للزوجة حق المطالبة من القاضي تطليقها من زوجها [2] و أن التطليق هو فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية [3].

إن الإرادة الوحيدة المعتد بها شرعا و قانونا، هي إرادة الزوج، واعتبار طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها غير وارد شرعا و قانونا، لان الحق الارادي[4] مقرر لصاحبه و مجرد تعبير الزوج عن ارادته في الطلاق يحدث الاثر القانوني ، فيقع طلاقه و لو ا عتبر متعسفا، وما للمحكمة إلا ان تشهد على هذا التصرف القانوني، أما الزوجة إذا ما عبرت عن إرادتها في الطلاق وصرحت به فلن يقع، أي لا يحدث تغيير في المراكز القانونية، إلا إذا توجهت للقاضي مدعمة رغبتها بأسباب تقيم عليها دعواها وقرائن تثبت بها الضرر الذي أصابها ، لان اكتساب الحق في تغيير المركز القانوني لا وجود له

ضرر معتبر شرعا"، واعتبر أن المشرع لم يحدد الأسباب الواردة في المادة 53 وانه"تركها للسلطة التقديرية للقاضي"، فإني أخالفه الرأي، فالأمر الخاضع للسلطة التقديرية – من خلال الفقرة العاشرة – هو الضرر وليس أسباب الضرر، فالأسباب جاءت على سبيل الحصر أما الضرر الذي يقوم على الأسباب التسعة الباقية فانه لا يمكن تقدير حالاته ، فقد ينتج عن كل سبب من تلك الأسباب المذكورة ضرر يختلف عن ضرر آخر لكن لنفس السبب ومثاله ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة، :"العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "، فلا يمكن تقدير الضرر الناتج عن كل عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.وأيضا"الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة" ، فالسبب يمكن تقديره ولا يحتاج إلى مهارات ذهنية لاكتشافه، في حين الضرر الواقع على الزوجة جراء غيبة زوجها لمدة سنة كاملة بلا مبرر ولا نفقة لها ، لا يمكن تقديره، لان كل حالة تصف هذا الوضع الزوجة ما ،تختلف عما تعانيه أخرى جراء نفس السبب. ولو أخذنا بقول الأستاذ زودة لتساءلنا: لم عدد المشرع الفقرات في المادة 53 ، وكان بإمكانه صياغتها كالتالي:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا"؟ ، ومما جاء في قرارات المحكمة العليا أنه:" من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية القضاة الموضوع"، قرار مؤرخ في 1999/05/18 ،غ.أ.ش.، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي، عدد خاص مشار إليه، ص 122.زودة، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 53–54 .

1 : وهو مصدر للفعل (طلق) بالتشديد، تمت الإشارة إليه، أنظر ص 40 .

2 : منصوري ، نورة، المرجع السابق، ص 11 .

3 : دلاندة ،يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق)، ط 2، دار هومة الجزائر، 2880، ص 51.

4 : الحق الإرادي: هو سلطة إحداث أثر قانوني بمحض إرادة صاحبه ،ويترتب هذا الأثر لصالح صاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي ، بحيث لا يلتزم هذا الأخير بأي أداء ، وإنما يخضع للأثر القانوني، عن فتحي ، والي ذكره،زودة، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية ، مرجع سابق، ص 104 .

في القانون إلا إذا لجا صاحبه إلى القضاء [1] .

لذلك نعتبر ما تقدمه الزوجة من طلبات لإنهاء الرابطة الزوجية ليس استعمالا للحق الإرادي إنما ممارسة للحق في الدعوى القضائية فيكون تفريقا قضائيا، بالتالي للقاضي إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني فيكون له حق فسخ [2] النكاح أو الحكم بالطلاق أو إجبار الزوج على الطلاق متى رأى مناسبة لذلك [3] و مرد ذلك للتفريق القضائي حيث يكون للزوجة حالات معينة أباحها الشرع و القانون لتمكينها من دفع الظلم عنها وتتمثل في التطليق لعدم الإنفاق، أو للعيوب، أو للضرر [4] .

والملفت للانتباه حين تفحص الاحصائيات المتعلقة بقضايا فك الرابطة الزوجية ، أن السنوات 2006 و 2007 و 2008 عرفت وتيرة تصاعدية لكافة صور الطلاق، باستثناء الطلاق بالتراضي، فانه عرف انخفاضا سنة 2007، لكن عاد للارتفاع مجددا في السنة التي تلتها ، و تبرير ذلك في الممارسة

---

1 : زودة ، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية ،نفسه، ص 119.

2 : ما يعد فسخا عند الحنفية هو: ردة أحد الزوجين أو لعدم الكفاءة أو لحرمة المصاهرة، وعند الشافعية والحنابلة فإن التفريق للعيب أو إعسار الزوج أو فساد في العقد أ و عدم الكفاءة، يع د فسخا. بينما ذهب المالكية على اعتبار اللعان أو فساد في العقد أو إباء احد الزوجين الإسلام فذلك هو الفسخ، انظر: منصوري، نورة، المرجع نفسه، ص 17 .

3 : داودي، عبد القادر، وقوع الطلاق من غير الزوج ..، مرجع سابق، ص 219 .

4 : فأما التطليق لعدم الإنفاق، فيكون بامتناع الزوج عن الإنفاق العسر أو تعسفا ، فالزوجة مخيرة بين الصبر على حاله أو المطالبة بمفارقته ، لأن النفقة واجبة فلا تسقط إلا بالإيصال أو الإبراء ، وتحق لها بكل مشتملاتها (المادة 78 من قانون الأسرة ، التي يراعي فيها القاضي حال الطرفين وظروف المعاش وان النفقة قابلة للمراجعة بعد مضي سنة من تاريخ الحكم المقرر لها .كما قضت المادة 80 من نفس القانون أن استحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى ولا يترتب لها ذلك إلا إذا استصدرت حكما حائزا لقوة الشيء المقضي فيه ويتم تبليغ الزوج به مع إلزامه بالدفع فإن تحققت المحكمة من وصول الإعلان للزوج ولم يحضر ولم يرسل النفقة وأمام إصرار الزوج على عدم الإنفاق وإصرار الزوجة على التطليق نطلقها القاضي دفعا للإضرار، وكل ذلك تحت شرط عدم علمها بإعساره وقت الزواج حتى لا تعتبر متنازلة عن حقها في النفقة (المادة 1/53)، لكن المشرع ذكر حالة واحدة لعدم الإنفاق وهي الإعسار وسكت عن حالة عدم الإنفاق مع القدرة وهو الذي نجد فيه من الإضرار المقصود مما يجعل القاضي يتصدى له بالزجر أو إزالته بالتفريق، رغم أن المذهب الحنفي قضى بعدم التفريق للامتناع عن الإنفاق عسرا أو يسرا، وتطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا ، فيراجع الزوج زوجته إذا ثبت يسار حاله أثناء العدة واستعداد ه للإنفاق فإن لم يثبت ذلك لم تصح الرجعة، كما أن النفقة لا تصبح دينا في ذمة الزوج إلا بحكم القاضي أو التراضي صلحا بين الزوجين على قدر معين منها. وأما التطليق للعيوب، فهي تلك التي تقضي على الألفة بين الزوجين في بقائهما معا بحيث تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، واعتبر الحنفية حق التفريق بسبب العيوب حقا للزوجة دون الزوج ، لأن هذا الأخير يملك حق الطلاق،

غير الفعالة لآلية الصلح من طرف القضاة ، لحداثة النص من حيث إلزامه، من جهة، وفتح أبواب كانت موصدة أمام الزوجة للتخلص من حياة لا ترغب فيها، خاصة فيما يتعلق بالتطل يق و الخلع، من جهة أخرى.

4 – التفريق بحكم الشرع والقانون:

هذا النوع من الفرقة ليس فيه لإرادة الزوجين أو أحدهما دخل في إيقاعه إنما يوجد بمجرد توافر أسبابه وشروطه، ويشمل الطلاق بحكم الشرع و الطلاق بقوة القانون.

أ– الطلاق بحكم الشرع:

يقصد به ما كان مصدره الشرع بحيث رتب له أحكاما فور توافر أسبابه وشروطه وحدد كيفية وقوعه وأثره المترتب عنه، ودون أن يتوقف على حكم كونها ملزمة للقاضي، من خلال عدد القضايا التي انتهت صلحا.

و القاضي هنا دوره يختلف عن ما هو عليه في سابق الحالات المذكورة ، لأنه سيكون كاشفا لا غير، كما أن استعمال الزوج لإرادته هنا فيه قصور لان إرادته وحدها لا تكفي لترتيب الأثر القانوني ، إنما يجب أن يكون طبقا للشكل المحدد في الشريعة الإسلامية ، وتتمثل طرق الفرقة هذه في اللعان[1] والإيلاء[2] والظهارة[3] ،

---

1 : اللعان في اللغة :مصدر (لا عن من اللعن أي الطرد من رحمة الله. وعرفه المالكية بأنه حلف الزوج المسلم المكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها منه، دون أن يكون له أربعة شهود يؤيدون ما رمى به زوجته لقوله تعالى: {والذين يرون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين (6) والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين (٧) ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين (٨) والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين (٩)} (النور: الآية 69) ،بن حرز الله، عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري،ط1، دار الخلدونية، الجزائر،2007، ص 305 .

2 : الإيلاء في اللغة: الحلف وقيل الامتناع، واصطلاحا حلف اليمين على ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر للزوج المسلم المكلف القادر على المعاشرة الزوجية وذلك بقصد الإضرار لقوله تعالى :" { للذين يوؤلون من يساهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم ،وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم } (البقرة: الآيتان: 226–227). بن حرز الله عبد القادر، المرجع نفسه، ص 297 .

3 : الظهار في اللغة: هو المقابلة بالظهر ، وظاهر من امرأته إذا قال لها "أنت علي كظهر أم ي"، واصطلاحا هو تشبيه الزوج زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة. وقد كان طلاقا في الجاهلية فأبطل الإسلام

فبالنسبة للعان لم يورده المشرع في باب انحلال الزواج وإنما أشار إليه من خلال أحكام المادة 41 من قانون الأسرة ، المتعلق بنسب الولد لأبيه، وجعله من الطرق المشروعة لنفي النسب، كما جاء ذكره في نص المادة 138 من نفس القانون، كمانع من موانع الإرث وليس كطريق للفرقة بين الزوجين، كما لم يتصد لكيفية إجراءات اللعان لكن في قرار المحكمة العليا جاء فيه:"... ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في اجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ... ، واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق ان ترتب عليه القضاء بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب للام هنا قد وقع الخطأ في تطبيق القانون [1].

كما قرر قانون الإجراءات المدنية، من خلال المواد 490 و 491 أحكاما لدعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، ولم يأت على ذكر دعوى نفي النسب .

وبخصوص الطلاق بالإيلاء فلا يقع بمجرد مضي المدة بل لا بد من دعوى ترفعها الزوجة إلى القاضي ليحدد له مدة يستعد فيها للفيء عن يمينه ، فإن أب ى طلق عليه القاضي طلقة رجعية والإيلاء قاعدة شرعية لم ينص عليها المشرع تضييقا لدائرة الطلاق و العلماء قرروا أن الحلف باليمين على الطلاق لا يقع، لكنه كثير بين الناس وعلى القاضي الذي طرحت أمامه دعوى تطليق للهجر أن يتأكد من توافر عنصر الهجر دون سبب معقول وعنصر الزمن المحدد بأربعة أشهر متتالية وعنصر قصد الإضرار [2].

أما الظهار فإن سكوت المشرع عنه لا يعني استبعاد هرغم قلته، لذلك إذا ما ظاهر الزوج زوجته فيترتب عنه تحريمها عليه حتى يكفر أو يطلقها، وذلك من خلال إنذار بالتكفير عن ظهاره في مدة أربعة أشهر بداية من تاريخ الإنذار فإن امتنع طلقها عليه ، ويعتبر طلاقا بائنا [3] .

ب – الطلاق بقوة القانون .

هذا الحكم وجعله محرما، لقوله تعالى: {الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائي ولدتهم وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا وإن الله لعفو غفور } (المجادلة:الآية2).

1 : قرار مؤرخ بتاريخ 1997/10/28 ، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عد د خاص، 2001، ص 70.

2 : سعد، فضيل،شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 280 ، بلحاج ، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 291 –292 منصوري،نورة، المرجع السابق، ص 36.

3 : زودة، عمر، المرجع السابق ، ص 45 ،بن ملحة، الغوثي، المرجع السابق ، ص 106 .

إن الفُرقة التي مصدرها القانون هي كل اختلال يصيب عقد الزواج سواء تقرر له البطلان أو الفساد فتنتهي بسببه الرابطة الزوجية قبل الدخول أو بعده، فأما البطلان إذا ما تقرر على العقد بسبب فقد ركن من أركانه أو شرطا لانعقاده فيجب عدم التمكين من الدخول، فإذا حدث بناء بالمرأة فلا يثبت به نسب ولا يقع به طلاق ولا تجب به عدة ويجب التفريق بين الرجل والمرأة اختيارا في الحال فإن لم يتفرقا وجب رفع أمرهما على القاضي ليفرق بينهما جبرا [1]، ومن أمثلته زواج الكافر من المسلمة وزواج المسلم من غير الكتابية، وقد سكت المشرع عن هذا الأخير، كما جاء ذكر زواج المسلمة من غير المسلم في موانع الزواج .وجعل ردة احد الزوجين مانعا للإرث (المادة 138 من قانون الأسرة) .

وأما الفساد فيتقرر بسبب فقدان شرط من شروط الصحة كالشهود ، والجمع بين امرأتين لا يحل الجمع بينهما شرعا، ولا يرتب أي أثر من آثار الزوجية الصحيحة قبل الدخول، ولا يحل فيه الدخول وإن حدث وجب التفريق اختيارا أو جبرا، ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ووجوب المهر إن لم يذكر لها مهر[2].

ونخلص أن شرط وجود دعوى معروضة على القضاء في الوسيلة القانونية الممارسة حق فك الرابطة الزوجية، التي تمكن قاضي شؤون الأسرة من القيام بمحاولة الصلح كإجراء سابق للفصل في دعاوى الطلاق، وإن كان هذا الشرط يبدو إجراء شكليا إلا أنه في هذا المقام مرتبط بمحاولة الصلح التي تعد قاعدة موضوعية – كما تم تبيانه .

ولأن الصلح متعلق بالنظر لطبيعة العلاقة التي من خلالها قد يلجأ أحد الزوجين للقضاء من اجل إنهائها، وعليه فإن شرط وجود عقد زواج ودعوى مرفوعة أمام المحكمة هما من الشروط الموضوعية التي تمكن القاضي من إعمال المادة 49 من قانون الأسرة ، وسوف نحاول تناول الشروط الشكلية لمحاولة الصلح من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لمحاولة الصلح .

ونقصد بالشروط الشكلية القالب القانوني الذي يجب أن تتم فيه محاولة الصلح بين الزوجين، لذلك سنتناول أطراف جلسة الصلح، (اولا)، والوكالة في جلسة الصلح (ثانيا).

---

1 : الشرباصي،رمضان علي السيد والشافعي جابر عبد الهادي، المرجع السابق ، ص 337 .

2 : سماره، محمد، المرجع السابق، ص 148 –149.

اولا _ أطراف جلسة الصلح .

لقد نصت المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية على أنه : يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي ، يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط .

وهو نفس مضمون الفقرة الثانية من المادة 49 لقانون الأسرة، ومن ثم كان أطراف جلسة الصلح التي اوجب القانون حضورهم تحت طائلة بطلان الشكل القانوني في العمل القضائي، هم الزوجين ، وقاضي شؤون الأسرة ، وأمين الضبط ونتساءل عن دور النيابة العامة في جلسة الصلح ؟ ،

أ- الزوجين:

هما طرفا النزاع بحيث يكون احدهما مدعي والآخر مدعى عليه ، متخذا الحماية القضائية لإثبات ممارسة الحق وإلزام الخصم بأدائه[1] ، وتلتزم المحكمة بتحديد الجلسة وإعلام الخصوم بها وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يسمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم اليهما معا ، وهو ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية المعدل لكن ماذا لو غاب احد الزوجين عن الجلسة، هل يبادر القاضي بعرض الصلح على الطرف الحاضر فيرفض هذا الأخير، وينتهي الأمر؟

لقد أجابت المادة 441 من نفس القانون على أنه إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع ، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

غير أنه إذا تخلف احد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح دون عذر رغم التبليغ شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك ، و وضع المشرع حلولا إن امتنع أحد الزوجين عن الحضور، وهي :

---

1 : صقر، نبل، المرجع السابق، ص 15.

(*) : ونترجمة في حدوث قوة قاهرة أو ظروف استثنائية، تجعل من الوفاء بالالتزام مستحيلا. ومن خلال الواقع العملي فالقاضي يلجأ إلى تحديد تاريخ لاحق للجلسة لما كانت المادة 49 من قانون الأسرة تؤكد على عدة جلسات ولا يلجا للإنابة القضائية .

- إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة ،
- وإما ندب قاضي آخر بموجب إنابة قضائية ، على أن يكون سبب الغياب استحالة الحضور أو حدوث مانع (*) .

لكن الغموض يكتنف حالة امتناع احد الزوجين من الحضور دون تبرير رغم تبليغه شخصيا، وقيام القاضي بتحرير محضر يعلن فيه التخلف دون عذر لأحد أطراف الجلسة ولم يقرر المشرع أي جزاء لذلك فهل ينتهي الأمر عند هذا الحد ؟

لقد أكدت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية أن القاضي بإمكانه إجراء محاولة صلح جديدة وذلك لمنح الزوجين مهلة تفكير ، لكن المحكمة العليا في قرار لها أعطت حلا لذلك، حيث جاء فيه إن "عدم حضور احد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور احدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر".[1]

ب – قاضي شؤون الأسرة .

وهو المؤهل قانونا بما لديه من صلاحيات سلطوية بعرض الصلح بمعيته وتحت إدارته على الزوجين، وهو التزام يقع على عاتقه دون غيره ، فبات إقحامه كطرف ايجابي في النزاع بحيث لا يلجأ إلى الفصل فيه قبل محاولة إنهائه صلحا وفشله في ذلك، وإلا كان الحكم قد بني على إجراءات باطلة . وهذا الالتزام إنما يقع على عاتق المحكمة التي تنظر في الدعوى لأول مرة وهي بحسب الأصل محكمة الدرجة الأولى لكن قد يقع استثناء بان يعرض المجلس القضائي الصلح على الأطراف – ويكون ذلك أول مرة – في حالة أن تحكم المحكمة الابتدائية بعدم قبول الدعوى وتمس في حكمها الموضوع ، فتكون قد استنفذت ولايتها في الموضوع رغم أنها لم تفصل فيه، فإذا تبين للمجلس القضائي خطأ الحكم الصادر بعدم القبول فإنه يقوم بإلغائه ويفصل في الموضوع، وبالتالي يصبح ملزما بعرض الصلح على الزوجين. لكن هل القاضي ملزم ببذل عناية، أم بتحقيق نتيجة ؟

جاء نص المادة 49 من قانون الأسرة عاما بحيث يستفاد منه وجوب محاولة الصلح بطريق الدلالة فقط وهي عبارة عن عدة محاولات ، فالقاضي ملزم بإجرائها ولم توجهه الإرادة التشريعية إلى بذل

---

1 : المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1997/10/23 ،غ. أ.ش.، ملف رقم 174132 ، مأخوذ عن :بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05 ، مرجع سابق، ص 235 .

كل جهد مدخر في سبيل الإصلاح ، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 32 لمجلة الأحوال الشخصية التونسية خيث جاء فيها أنه " لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك و عند وجود ابن قاصر أو أكثر تتكرر الجلسة الصلحية ويبذل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح"فنستشف منها ليس مجرد عرض للصلح، بل الإصرار عليه من اجل درء الصدع الحاصل بين الزوجين لكن المشرع الجزائري استعمل كلمة "محاولة "في حين استعمل المشرع المصري كلم ة عرض[1] ، فالأولى تعني طلب الشيء بحيلة وحاولت الشيء أي أرادته والحيلة من المحاولة مصدر على وزن مفاعله [2] ، أي السعي الإرادي المقترن بالتفكير في نيل الشيء ، وهذا المفهوم نجده في المُصالح لأنه يريد بكل السبل الوصول إلى نتيجة ايجابية ، في حين الثانية تعني مجرد إعلانه وليس تحقيقه فعلا، مما يعني أن القاضي الذي أوكلت له مهمة "" المحاولة"، أقرب إلى تحقيق نتيجة منه إلى مجرد بذل عناية.

كما يجب على القاضي أن يتأكد من هوية طرفي النزاع وأنهما الزوجان المعنيان بالعملية الصلحية دون سواهما ، حتى لا يتم التغرير والغش وانتحال صفة الغير[3] .

ج – أمين الضبط[4] :

وتنحصر مهمته في كتابة ما يفعل وما يقول القاضي ويقرره فهو يده وذاكرته يحافظ على أصول الأحكام ولا يسلم سوى النسخ لمن يطلبها من اطراف الدعوى ، بحيث يضع على قرارات العدالة عبارة "نسخة تنفيذية" [5] ، وقد جرى العمل القضائي على إسناد مهمة تلقي أقوال المتصالحين إليه باعتباره شخص حيادي ينتمي إلى إدارة القضاء[6] وملزم قانونا بتوثيق كل ما يدلي به طرفا النزاع إن حضرا معا أو طرف دون الآخر إن تخلف أو يؤشر على عدم حضورهما ، ويقوم بالتوقيع بمعية القاضي المصالح

---

1 : المادة 18/1، من القانون رقم 1/2000 ، سبق الإشارة إليها.

2 : ابن منظور، المصدر السابق، ج 4، ص 275، (حرف الحاء).

3 : صاولة ،شفيقة، المرجع السابق، ص 141 .

4 : هناك من الأزواج من احضر معه لجلسة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر للحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة ،زودة عمر، المرجع السابق ، ص 109 .

5 : اسكندر ،محمود توفيق، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 31 .

6 : صاولة،شفيقة، المرجع نفسه، ص 165.

وتحت إشرافه[1] مع الزوجين على محضر الصلح .

ورغم الطابع الخاص لجلسة الصلح وخصوصية العلاقة في حد ذاتها ، التي قد تجعل من حضور كاتب الضبط عائقا يحول دون الإفصاح عن الأسباب الحقيقية للخلاف ، وبالتالي تعريض جلسة الصلح للفشل من بدايتها ، كما أن حضوره لا يخدم سرية الجلسة بمعناها الحقيقية وإن كان محلفا .

كما ذكرت الفقرة الثانية للمادة 440 من قانون الإجراءات المدنية المعدل انه " يمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح" ، مما يجعلنا نتساءل عن الوضع القانوني لهذا الطرف المدعو للمشاركة في عملية الصلح، فهل يتم توثيق أقواله في المحضر ؟ وهل هو من عائلة الزوج أو من عائلة الزوجة؟

د- النيابة العامة:

جاء في مقتضيات المادة 03 مكرر من قانون الأسرة ان النيابة العامة تعد طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ، لقد رأى المشرع أن لا يجعل من وظيفة النيابة العامة مقتصرة على تمثيل المجتمع في الدعوى الجنائية ، بل يجب أن تمتد إلى مساهمتها في الدعوى المدنية كلما اتصلت بمصالح المجتمع، وتعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، فحدد لها سلطة الدفاع عن ناقصي وعديمي الأهلية والغائبين والمفقودين، فلها أن ترفع مثلا دعوى تفريق بين زوجين زواجهما فاسد، أو دعوى ثبوت نسب الصغير ، وذلك على اعتبار أنها هيئة عامة ممثلة للمجتمع والأمينة على مصالحه العليا وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه "إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص، التي اوجب القانون اشتراك النيابة العامة فيه ا او اخذ رأيها حولها ، وذلك بإرسال ملفاتها إليها وإلا كان القرار الصادر في شانها عرضة للإبطال ، ولا يغني عن عملية الإرسال المذكور ما يقع التنصيص عليه من حضور النائب العام وتقديم طلباته" [2] ويتغير مركز النيابة العامة، بحيث تأخذ مركز الخصم من الناحية الإجرائية فتكون طرفا أصليا تطالب بالحماية القضائية للحقوق المتعلقة بالولاية على نفس القاصر وأمواله أو استصدار حكم يقضي بفقدان شخص أو المطالبة بتوقيع الحجر، فتأخذ فيها مركز المدعي وهذا أمر استثنائي لا يوجد إلا حيث يصرح القانون بذلك، كما

---

1 : المادة 2/443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 : قرار مؤرخ في 1988/05/09 ، عن غ.أ.ش.، ملف رقم 49283، المجلة القضائية، 1992، نقلا عن:بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05 ، مرجع سابق، ص304 .

قد يكون تدخلها انضمامي ، تتطلع بمقتضاه على جميع القضايا وإبداء الرأي بسعي من قاضي واستيعابه للموقف يجعله يطلب من كاتب الضبط الانصراف حتى يتم الحصول على المبتغى من جلسة الصلح ، ولا يتم حينها توثيق التصريحات التي أدلى بها الزوجان تحقيقا لرغبتهما في ذلك و يشير إلى أنه تم تبليغ ملف القضية إلى النيابة العامة ، أو انه تم الاطلاع على طلباتها ، وضمان تطبيق أحكام قانون الأسرة [1] ، مما يجعل التساؤل يثور حول دورها في جلسات الصلح ؟

لما كانت النيابة العامة، الممثلة في وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، لها الحق في الاعتراض على ما يخالف النظام العام، ولما كانت جلسة الصلح من النظام العام على اعتبار أن إغفال القاضي قيامه بهذا الإجراء يجعل حكمه يتعرض للنقض، لكن ذلك لا يجعل من حضور النيابة العامة لجلسات الصلح وجوبي، بل يكفي اطلاعها وإبداء رأيها حول دعاوى الطلاق [2] ، فقد يحدث أن يطلق الزوج زوجته ثلاثا مما يجعل من اعتراض النيابة العامة على إجراء محاولة الصلح وجوبي، لما فيه من مخالفة للنظام العام[3]، وهو ما قضت به المادة 51 من قانون الأسرة بنصها على انه "لا يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء" .

ثانيا _ الوكالة في جلسة الصلح ،

إن الوكالة تعني تسليم وتفويض التصرف للغير فقد جاء عن صاحب مرشد الحيران : "أن التوكيل هو إقامة الغير[4] مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم" ، كما أن الوكالة ترد على عمل قانوني يلتزم الوكيل القيام به لحساب الموكل ويفرق شُراح القانون بين نوعين من الوكالة ، الاولى بالتقاضي والوكالة بالخصومة ، فأما الأولى فهي نوع من التمثيل الإجرائي يسمح للوكيل بمباشرة الأعمال الإجرائية ، وأما الثانية فهي تمثيل فني للخصم وفيها يقوم الوكيل بالأعمال الإجرائية اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها[5].

وأما عن اختصاص الوكيل في عمل دون آخر فنميز فيه نوعين من الوكالة، عام ة وخاصة،

---

1 : أحمد خليل ، خصوصيات التقاضي في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 85،

2 : نصت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: " يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 اعلاه"

3 : لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق، ص 289.

4 : السرخسي ، ج19 ، المرجع السابق ، ص 2 .

5 : شبكة، خالك احمد، التوكل في الخصومة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 89.

فأما الوكالة العامة فهي إنابة عامة في كل تصرف قانوني وفيها يعطي الموكل للوكيل الصلاحية التامة للتصرف في جميع حقوقه المتصلة بأعمال الإدارة ، وأما الوكالة الخاصة فهي الإنابة في تصرف معين بذاته دون باقي الاعمال ، تفرغ في صيغة صريحة ومحددة ، ويمكن أن يكون محلها عملا من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف. [1]

كما أن التوكيل بالخصومة يختلف عن التوكيل بالحضور ، حيث أن الوكالة بالخصومة تخول للوكيل مباشرة كافة الأعمال الإجرائية داخل الخصومة القضائية نيابة عن الخصم أو ممثله القانوني في حين التوكيل في الحضور يتمثل في حضور الوكيل أمام المحكمة نيابة عن موكله حتى لا يعد غائبا من الناحية القانونية [2] ، و هنا يثار التساؤل هو ما اذا كان الوكيل الذي يباشر تصرف معين بذاته من خلال رفع الدعوى ومتابعتها والدفاع عنها له أيضا الصلاحية في مباشرة العملية الصلحية ؟ .

ورد عن السرخسي أن الوكيل بالصلح ليس بوكيل في الخصومة لان الصلح عقد ينبني على الموافقة والمسالمة وهو ضد الخصومة ، وأضاف أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح كما أن وكيل الصلح لا يملك الخصومة [3] وقد وحد المشرع من خلال المادة 571 من القانون المدني بين مفهومي النيابة والوكالة فجاء في قرار المحكمة العليا انه لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح .

ولما كان الصلح بين الزوجين هو دعوة صادرة من القاضي في محاولة منه مخاطبة وجدان الزوجين سعيا[4] إلى إعادة الوئام بينهما، وهذا المسعى لا يتحقق إلا بحضورهما ، وأن يكونا بشخصهما محلا للصلح[5]، لذلك رفض فقه القضاء حضور وكيل عن أحدهما، كما رفض حضور وكلاء الخصام من من المحامين مع الزوجين إلى جلسة الصلح ، لأن فيها من الخصوصية والمسائل الشخصية ، ما لا يسمح بحضور غير أطرافها ، حفاظا على حرمة الأسرة .

كما انه كثيرا ما يتمسك الزوج من خلال مذكراته الجوابية بالطلاق تمسكا شديدا ، إلا أنه بمجرد

1: شبكة، خالد احمد، نفسه، ص 141، 146، .150 .

2: مبروك، عاشور، نقلا عن صاولة ،شفيقة، المرجع السابق ، ص 128.

3 : السرخسي،نفسه ، ص 143 ، قدري باشا ،نفسه، ص 139.

4 : قرار صادر بتاريخ 2008/01/16 عن غ أ.ش. ،ملف رقم 417622 ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 لسنة 2008 .

5 : بن محمود، فاطمة الزهراء ودولة ، سامية، اجتهادات قضائية معلق عليها، تقديم اسكندر، زهير، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006، ص 95 .

مثوله في جلسة الصلح ومقابلته زوجته ، مع محاولات القاضي إقناعهما بان الخلاف الذي بينهما لا يستحق أن يكون سببا في فصم عرى الزوجية، يجعل من هذا الاخير _ الزوج _ يلين و يتراجع عن طلبه ويرضى بالصلح .

ونخلص إلى أن محاولة الصلح تحكمها شروط شكلية و اخرى موضوعية ، تلزم المحكمة المختصة بالتحقق من توافرها من أجل أن يكون العمل القضائي حائزا على قوة الحقيقة القانونية و يحقق الهدف المسطر من اجله .

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح بين الزوجين .

إن المقصود بالطبيعة القانونية لمحاولة الصلح هو الوقوف على مدى إلزامية هذا الإجراء في دعاوى فك الرابطة الزوجية، اين نبحث في مدى اعتبار الصلح إجراء جوهريا ، و ما اذا كان له علاقة بالنظام العام، الى جانب البحث عن مدى ارتباطه بقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

للإجابة عن هذه التساؤلات نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، إذ يخصص المطلب الأول لمعرفة ما إذا كانت محاولة الصلح إجراء جوهري ، أما المطلب الثاني سنقف فيه على العلاقة بين محاولة الصلح والنظام العام ، وفي المطلب الثالث، نبحث في مدى ارتباطه بقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

المطلب الأول

محاولة الصلح بين الوجوب والإجازة .

لقد تأرجح المشرع الجزائري بين النص على الوجوب الاجازة فيما يتعلق بمحاولة الصلح ، فتارة يكون على الجواز واخرى يعتمد الاختيار ، فيما يخص المهمة الصلحية التي يؤديها القاضي ، مما نتج عنه كثير من القرارات المتضاربة للمحكمة العليا و التي تمثل مرآة تقييميه وتقويمية لأعمال قضاة غرفة الأحوال الشخصية بالجهات القضائية الدنيا .

وللوقوف على خيارات المشرع سوف نعرج على مرحلة الصلح الوجوبي (الفرع الاول) ثم مرحلة الصلح الجوازي (الفرع الثاني) في التشريع الجزائري، ونخلص لنتائج هذا التحول (الفرع الثالث).

الفرع الاول

مرحلة الصلح الوجوبي .

شهدت سنة 1959 إصدار الأمر رقم 274- 59 المؤرخ بتاريخ 4 فيفري 1959 والخاص بعقود

الزواج وانحلالها[1]، والذي نص في مادته الثامنة على وجوب حضور الزوجين شخصيا إلى الجلسة أثناء إجراءات دعوى الطلاق دون الاكتفاء بمذكراتهما ودون الاكتفاء بمرافعات ومذكرات محاميهما ، وفي نفس السنة صدر مرسوم تطبيقي للأمر السابق يحمل رقم 1082- 59 تضمن النص على الصلح كإجراء وجوبي في مادة الأحوال الشخصية ، في مادته الثامنة، وهذا استلهاما من مبادئ الشريعة الإسلامية ، فورد في الفقرة (ج) وما بعدها من المادة 13 منه على ضرورة انفراد القاضي بالزوجين المتنازعين للصلح بينهما في مهلة لا تتجاوز شهرا واحدا، ابتداء من تاريخ تسجيل عريضة افتتاح الدعوى ، كما نص في المادة 14 على أنه في حالة فشل محاولة الصلح أو غياب المدعى عليه دون مبرر، يثبت القاضي ذلك في محضر ويستدعي الزوجين على جلسة علنية للفصل في موضوع الدعوى دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر على الأكثر بداية من تاريخ إثبات فشل محاولة الصلح .

وتأكد مضمون ما جاء في المرسوم التطبيقي ضمن الإصلاح القضائي الشامل لسنة 1966 بموجب الأمر 66- 154[2] والذي نص في المادة 17 منه على إجبارية القيام بإجراءات المصالحة أمام المحكمة وتلاه صدور الأمر رقم 77- 69 نص في مادته الرابعة على الكيفية التي تتم بها المهمة الصلحية وكان أول أمر يأتي بهذا التفصيل الذي افتقرت له النصوص الجديدة فيما بعد في كثير من المواد، وأكد من خلاله على إجبارية المصالحة في الدعاوى الخاصة بالطلاق والرجوع إلى محل الزوجية والحضانة مع استثناء القضايا ذات الطابع الإستعجالي و عندما يكون موطن أحد أطراف النزاع خارج التراب الوطني[3] .

ومن جهة أخرى كان قضاء المحكمة العليا مستقرا في قراراته بخصوص إلزامية محاولة الصلح عملا بما أوجبته المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية، فقد جاء في احد قرارات المجلس الأعلى أنه: "يستوجب نقض الحكم الذي حكم بالطلاق بين الطرفين انطلاقا من السبب الوحيد أن الحياة الزوجية

---

1 : أصدره المشرع الفرنسي المحتل ليشمل الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر و الساورة والواحات(ورقلة و بشار حاليا) ومستثنيا عقود الزواج التي تمت وفقا للمذهب الإباضي من أحكام هذا الأمر، أنظر: سعد، عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2 منقحة ومزيدة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر،2004،ص 22 .

2 : المتضمن لقانون الإجراءات المدنية الوطني ، المؤرخ في 8 جوان 1966 ، (ج.ر. عدد 47).

3 : انظر في ذلك : سعد ، عبد العزيز، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية"، مقال منشور بمجلة نشرة القضاة ، العدد الأول،جانفي 1986، وزارة العدل (مديرية البحث)، ص 21، 22، بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 31، 32.

صارت مستحيلة دون أن يقدما أي طلب طلاق، ودون الصلح المنصوص عليه في المسالة ودون سماع المعنيين في هذا الشأن، مما يوضح جليا خرق قضاة الموضوع للقانون [1] وبالتالي كان قرار المجلس الأعلى موافقا لصحيح القانون.

الفرع الثاني

مرحلة الصلح الجوازي .

اعتمد المشرع مبدأ جواز إجراء الصلح ضمن آخر تعديل للمادة 17 بمقتضى الأمر رقم 71 – 80 المؤرخ في 1971/12/29 جاء في المادة 12 منه ما يلي:

" يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت "وألغي المواد من 18 إلى 21 التالية للمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية إلغاء صريحا[2] وتشكلت هذه الأخيرة في قالب جديد لتحتفظ بمبدأ المصالحة لكن بتعميمه على كافة الدعاوى المدنية ومن ضمنها دعاوى الزواج والطلاق وحولت الإجبار إلى الاختيار فلم يعد الصلح إجراء قانونيا يرتب آثاره بل أصبح يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي[3].

وتبعا لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بان محاولة الصلح جوازية حيث ورد في أسبابه ما يلي " فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن: أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه المجلس لمحاولة الصلح بين الزوجين، واعتبرت ذلك من مبطلات الحكم ومن مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه ، ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا، لهم فعله أو تركه"[4]

---

1 : قرار المجلس الأعلى صدر في 1968/07/03 ،غ.ق. خ، مجلة الأحكام، وزارة العدل،1969، ج 1، ص 49. كما صدر عنه قرار، جاء فيه :" من المقرر شرعا وقضاء بان يكون الطلاق مسبوقا بمحاولة صلح "، قرار بتاريخ 16/10/1970 ، غ. ق . خ، المجلة القضائية، العدد 2، انظر :بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 05-02 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 231-232.

2 : لقد كانت المواد من 18 إلى 21 تشتمل على بيان كيفية إجراء محاولة الصلح وأيضا كيفية التصرف حيال نتائجه الإيجابية والسلبية، وبالتالي هي متعلقة بمبدأ الإلزام في إجراء الصلح الذي نصت علية المادة 17.

3 : بن صاولة،شفيقة ، المرجع السابق، ص 32 ،سعد، عبد العزيز، نفسه، ص 24.

4 : بن الشيخ آث ملويا، لحسين، المرجع السابق، ص 197- 198.

في 9 جوان 1984 تمت المصادقة على قانون الأحوال الشخصية[1] وكان أول وثيقة وطنية تنظم شؤون الأسرة، تحت رقم 84-11، نص في مادته أل 49 على أنه"لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

لقد علق الأستاذ تشوار على الصيغة التي وردت بها المادة : "...كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة ..." كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل في هذه الحالة كلمة "لا يقع" بدل "لا يثبت" ، وأن هذا الإيهام في المصطلح أدى بالمحكمة العليا إلى إصدار قرارات متناقضة .

عدلت المادة 49 بمقتضى الأمر 05-02 ليجعل من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح و علقت بنفس الصيغة السابقة حكم الطلاق على إجراء مسبق للصلح فهل يعني ذلك أن القاضي ملزم بإجرائه قبل الفصل في دعاوى الطلاق؟

الفرع الثالث

نتائج خيارات المشرع حول محاولة الصلح .

لقد نتج عن عدم استقرار المشرع حول لزوم محاولة الصلح من عدمها إلى نتاج عملية أثرت على العمل القضائي بالدرجة الأولى ، أهمها:

- تعميم وشمولية مبدأ الصلح أفرغ مفهومه ، كعملية قضائية لها مفعولها في المنازعة وتسوية الخصومة بالطريق الودي.

- تحرير المشرع للقاضي من إلزامية إجراء محاولة الصلح بان منحه سلطة تقدير أوسع للتعامل مع المنازعة بكثير من الحيوية والمبادرة لفضها وديا جعله يهجر العملية كليا.

_ غياب صيغة الإلزام في نص المادة 49 من قانون الأسرة وكذا النص المعدل لها وغياب الكيفيات الإجرائية للعملية الصلحية ، جعل القاضي يعمل سلطته التقديرية مع وجود النص ، حيث لا اجتهاد مع النص.

المطلب الثاني

---

1 : استبدال مصطلح "الأحوال الشخصية بمصطلح "شؤون الأسرة"، بموجب القانون رقم 11/05 والمتضمن التنظيم القضائي، المؤرخ في 17 جويلية 2005 ،(ج.ر.، العدد 51 ،2005).

علاقة محاولة الصلح بالنظام العام .

أصبح الحكم في دعاوى الطلاق معلقا على إجراء عدة محاولات صلح من طرف القاضي وإلا كان حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه [1] ، فهل كل ما هو مخالف للقانون يعد مخالفا للنظام العام؟ وهل محاولة الصلح من النظام العام؟ .

إن المقصود بالنظام العام مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية وذلك لان المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة .[2]

فالفكرة في حد ذاتها تضيق وتتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة المصلحة العامة كما عبر عنها الشاطبي هي:"ملاءمة قارة في النفوس في قيام الحياة " فالمصلحة العامة هي ما فيه صلاح عموم الأمة[3] .

إن عدم التعامل في الشيء يعود لكونه غير مشروع، وعدم المشروعية تعود لسببين:

1 – إما لوجود نص صريح في القانون يمنع التعامل فيه.

2 – وإما لأنه مخالف للنظام العام.

لكن نص القانون الذي يمنع التعامل في الشيء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع في حد ذاتها إلى النظام العام وبالتالي يكون الشيء غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه أي على ما يخالف القانون[4] ، لذلك يكون ما هو مخالف للقانون مخالف للنظام العام .

لقد فسر الأستاذ بلحاج العربي نص المادة 49 من قانون الأسرة أنه نص إجرائي يتعلق بإجراءات الطلاق، يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق وإلا سيكون حكمه

---

1 : بلحاج ، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون، الجزائر، ج 1، ص 357 ،(د.ط) ، (د.ت).

2 : السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ج 1، ص 399، بردان، إياد محمود، التحكيم والنظام العام، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2004، ص 154 .

3 : بن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 278–279.

4 : السنهوري، نفسه، ص 399 .

معيبا ومخالفا للقانون[1] ، أي مخالفا للنظام العام.

وذهب الأستاذ زودة إلى اعتبار محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني .[2]

واعتبر الأستاذ بن الشيخ آث ملويا محاولة الصلح إلزامية من النظام العام لكون المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل علق الحكم بالطلاق على إجراء سابق لمحاولة الصلح ، حيث جاء عنه" وتبعا لذلك يكون إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية والتي يترتب على إغفالها بطلان الحكم .[3]

لكن الأستاذ لمطاعي علق بأن محاولة الصلح ليست إجراء جوهريا، ولن يكون متخلف في الحكم القضائي المثبت للطلاق و يضيف ، إن المشرع حدد لها مدة ثلاثة أشهر فقط تسري من تاريخ رفع دعوى إثبات الطلاق ولا يمكن لها أن تتجاوز هذه المدة وبالتالي فهي ليست إجراء جوهريا يمس النظام العام . لكن الأستاذ لمطاعي والذي ربط مدة محاولة الصلح بمدة عدة الطلاق الرجعي في حالة تطابقهما ، أي بداية مدة الصلح مع بداية احتساب عدة الطلاق الرجعي ، فقد أخذ بطريق واحد للفرقة وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أين يكون حكم القاضي كاشفا ، وبالتالي اعتبر محاولة الصلح لا علاقة لها بالنظام العام ،[4] لكن قد نكون أمام حكم قضائي منشئا للطلاق فتختلف بذلك مدة الصلح عن مدة الطلاق الرجعي التي يجب الأخذ باحتسابها حتى لا يقع القاضي في تناقض بين ما هو شرعي وما هو قانوني .

ورغم غياب لفظ صريح يدل على إلزام القاضي بإجراء محاولة الصلح غير أن نص المادة 49 المعدلة جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح ؛ مما يفهم منه تأكيد المشرع على وجوب القيام بمحاولة الصلح قبل الفصل في أية دعوى طلاق.

فنخلص أن محاولة الصلح هي إجراء جوهري يمس بالنظام العام وبسبب التناقض الذي وقعت فيه المحكمة العليا في فحوى قراراتها التي اعتبرت تارة محاولة الصلح من الإجراءات الجوهرية، وإغفالها

---

1 : بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص357 .

2 : لمطاعي، نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط 1 ، بين مرابط للنشر، الجزاير، 2009، ص 134.

3 : بن الشيخ آث ملويا، لحسين، المرجع السابق، ص 197-199 .

4 : لمطاعي، نور الدين ، نفسه، ص 137.

يعد خطأ في تطبيق القانون[1] ، وتارة أخرى تتراجع لتعتبر محاولة الصلح مجرد موعظة[2] ومن أجل توحيد قراراتها وتأكيدا من المشرع على أن المقصود بعدة محاولات صلح إنما هو الوجوب ، جاء تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 439 صريحا ، حيث جاء فيها ان "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية .[3]

المطلب الثالث

علاقة محاولة الصلح بقانون الإجراءات المدنية .

يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية من القواعد التنظيمية التي تساعد القضاء في أداء وظيفته والسبيل القانوني المنظم لمسار الدعوى عن طريق قواعد إجرائية خادمة للحقوق الموضوعية[4] وفي غياب تنظيم إجرائي خاص بمادة شؤون الأسرة – لخصوصيتها – يبقى قانون الإجراءات المدنية هو المتكفل بذلك، خاصة بعد التعديل الأخير الذي افرد لقسم شؤون الأسرة قواعد تفصيلية في العديد من المسائل وقبل ذلك كان هناك من اعتبر المادة 49 من قانون الأسرة نصا إجرائيا وأن مخالفة ما ورد بها و القيام بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين أثناء رفع الدعوى، يعد خرقا لقاعدة جوهرية في الإجراءات فكيف يكون هذا النص إجرائيا ضمن قانون موضوعي؟ من الواضح أنها ليست كذلك، لأن من بين أسباب الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية هناك وجهان:

---

1 : من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون" ، قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش.، بتاريخ 1991/06/18 ملف رقم 75141 ،منشور بالمجلة القضائية ،1993 ، العدد الأول، ص 65 .

2 : إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة، ما هي إلا موعظة"، قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش.، بتاريخ 1999/02/16 .

، ملف رقم 216850 منشور بالمجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 103.

3 : صقر،نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2008 ،ص 10– 11، (د.ط.)، بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 7.

4 : الإجراء هو العمل القانوني الذي يكون جزء من الخصومة وتترتب عليه بصفة مباشرة آثارا إجرائية، ونقول العمل القانوني لنخرج بذلك أعمال الذكاء المحضة "، العوا، محمد سليم، "إجراءات التحكيم في القانون المصري"، مقال منشور بمجلة دراسات، الصادرة عن عمادة البحث العلمي، جامعة الأردن، المجلد 36، العدد الأول،شهر تموز 2009، ص 225.

– وجه مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ،

– وجه مأخوذ من انعدام الأساس القانوني ،

فالوجه الأول تم فيه إغفال إجراء جوهري يترتب عليه اعتبار الحكم أو القرار المطعون فيه معيبا ويتعين نقضه والوجه الثاني يكون سببه انعدام الأساس القانوني ويتعين نقضه أيضا [1] ، ونص المادة 49 خرقت فيه قاعدة جوهرية لكن ليست في الإجراءات، لأنه ليس نصا إجرائيا ، كما لا يبني الطعن بالنقض على انعدام الأساس القانوني لأن النص على محاولة الصلح جاء صريحا .

ومن بين أوجه الطعن أيضا، والتي جاءت على سبيل الحصر، مخالفة القانون الداخلي [2] وقد تكون المخالفة في التطبيق أو التفسير، وقد وصفت المحكمة العليا عدم القيام بمحاولة الصلح بالخطأ في تطبيق القانون.

وبذلك لا نجد سببا لإغفال القاضي قيامه بمحاولة الصلح قبل الحكم في دعوى الطلاق سوى خطئه في تطبيق القانون لأنه اعتد بعلمه الشخصي واستبعد إجراء وجوبي ، لكن ربما نجد له مبررا بسبب غياب نصوص تنظيمية صريحة خاصة بمادة شؤون الأسرة وهو ما استدركه المشرع لاحقا وضمنه في القانون رقم 08–09 أين خص الفرع الثالث[3] منه للصلح وإجراءاته وإثباته في محضر يعد سندا تنفيذيا إذا ما تم، أو الشروع في مناقشة موضوع الدعوى في حالة عدم الصلح أو تخلف احد الزوجين.[4]

إن من آثار الطعن بالنقض ترتيب البطلان وإعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار، فإذا ما تم نقض الحكم الصادر في دعوى الطلاق بسبب عدم إجراء محاولة الصلح فإنه يعيد المطلقين إلى الحالة التي كانا عليها، وهذا أمر غير مستساغ، لأن وقوع الطلاق مرتبط بحساب العدة في حالة الطلاق الرجعي والتي تترتب عنه آثار خطيرة متعلقة بإثبات النسب واستحقاق الميراث واحتساب عدد الطلقات في غير الطلاق الرجعي، لكن السياسة التشريعية وفقت إلى حد بعيد لما جعلت

---

1 : سعد، عبد العزيز، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط 4، ،دار هومة، الجزائر، 2008،ص 54،55 .

2 : المادة 5/358 من قانون الإجراءات المدنية .

3 : انظر القسم الثالث المعنون بإجراءات الطلاق من الفصل الأول تحت عنوان قسم شؤون الأسرة من الباب الأول المعنون بالإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام من الكتاب الثاني لقانو الإجراءات المدنية والإدارية .

4 : المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

من الطعن بالنقض في أحكام الطلاق لا توقف تنفيذها لتستقر بذلك المراكز القانونية وكذا الأحكام والقرارات القضائية لما ألزمت القاضي بالقيام بمحاولة الصلح كإجراء مسبق في دعاوى الطلاق .

خلاصة الفصل الاول :

عمل المشرع الجزائري على وضع الأطر القانونية الكفيلة بتحقيق الصلح بين الزوجين في إطار المبادئ الإسلامية،و الذي يعتبر عقد وضع لرفع النزاع بين المتخاصمين و قطع الخصومة وركنه الإيجاب مطلقا ، كما و انه في هذا الصدد حرص على ضبط الشروط الشكلية و الموضوعية لهذه المكنة بغرض تنظيمها في قالب متوازن يسهم في انجاح هذه المحاولة بالرغم من الاختلاف الذي دار حول الطبيعة القانونية لاجراء الصلح و عدم استقرار المشرع حول ميألأة الزاميته من عدمها و هو ما ادى الى افراغ مفهوم تعميم وشمولية مبدأ الصلح كعملية قضائية لها مفعولها في المنازعة وتسوية الخصومة بالطريق الودي ، الى جانب تحرير المشرع للقاضي من إلزامية إجراء محاولة الصلح بان منحه سلطة تقدير أوسع للتعامل مع المنازعة بكثير من الحيوية والمبادرة لفضها وديا و جعله يهجر العملية كليا.

و لعل السبب في هذا هو غياب صيغة الإلزام في نص المادة 49 من قانون الأسرة وكذا النص المعدل لها وغياب الكيفيات الإجرائية للعملية الصلحية ما جعل القاضي يعمل سلطته التقديرية .

الفصل الثاني

دور القاضي خلال اجراء الصلح و اثاره

تمهيد :

سعى المشرع الجزائري من خلال الزامية اجراء الصلح الاسري في قضايا فك الرابطة الزوجية الى تحقيق غاية مثلى الا و هي الحفاظ على لبنة المجتمع و ترميم الاواصر و الروابط العائلية بين طرفين هذه العلاقة و اعادة توثيقها و هذا عن طريق عرض الاشكال و طرح اسباب استحالة استمرار العلاقة الزوجية امام قاضي شؤون الاسرة و مناقشتها مع الزوجين و محاولة معالجتها من شتى الجوانب وتخطيها للوصول اخيرا الى الاثار المرجوة من اجراء الصلح القضائي الا و هو تصلاح ذات البين و تحقيق الصلح الودي و انهاء النزاع القضائي ، و هو ما سنتناوله خلال هذا الفصل ، حيث نتطرق اولا الى دور القاضي خلال مرحلة الصلح القضائي (المبحث الاول) ، ثم ننتقل لاثار اجراء الصلح (المبحث الثاني) .

المبحث الاول

دور القاضي خلال اجراء الصلح .

يعد اجراء الصلح مرحلة بالغة الأ همية في قضايا الأحوال الشخصية و خاصة في قضايا فك الرابطة الزوجية ، فللأسرة كيان المجتمع بها يقوم و منها يبني ، و السعي للحفاظ عليها لا يتم الا بالصلح بين ركنيها . الزوج و الزوجة . ولذلك سوف نتناول دور القاضي في الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (المطلب الاول) ثم دور القاضي في الطلاق بالتراضي (المطلب الثاني)، ثم وصولا إلى دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءا على طلب الزوجة أي التطليق و الخلع (المطلب الثالث) .

المطلب الاول

دور القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو استعمال هذا الاخير لحقه في فك الرابطة الزوجية بإعتبار العصمة بيده و هو حق يكتسبه بمجرد العقد على الزوجة عقد ا صحيحا و يكون من الزوج نفسه أو من رسوله أو وكيله[1]، وسواء كان من هذا أو ذاك لا يجوز للقاضي ولا غيره أن يمنعه أو يعترض على حق هذا الاخير في الطلاق ، و ليس له حتى ان يطلب منه تقديم الأسباب للاستجابة لطلبه ،[2] إنما يكفي أن يعبر عن إرادته في ذلك لأن العصمة في يده أصلا[3] ، فقط يجب أن تراعى في هذا ضرورة توفر الشروط الشرعية المطلوبة في الزوج لإيقاع الطلاق .[4]

والواقع أن هذه الوسيلة لفك الرابطة الزوجية تكتنفها عدة إشكالات تتعلق بمدى إمكانية عقد جلسة للصلح قبل الحكم بالطلاق و مدى أهميتها ، خصوصا إذا وقع الطلاق العرفي قبل اللجوء إلى القضاء والذي يزيد الإشكال أكثر إذا كانت فترة العدة الشرعية قد إنقضت ، و بعبارة أخرى قد تكون دعوى الطلاق لاحقة للطلاق لذا يثار التساؤل غالبا حول دور القاضي في مرحلة الصلح هنا خصوصا إذا إستغرقت

---

1 : العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج و الطلاق – ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، 2005، ص 34 .

2 : زودة عمر، المرجع السابق ، ص 31 إلى 32.

3 : قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/12/03 ملف رقم 35026 مجلة قضائية عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية سنة 2013.

4 : العربي بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 225 إلى 229.

المدة فترة العدة الشرعية و أصبح الطلاق بائنا شرعا ؟

المطلب الثاني

دور القاضي في الطلاق بالتراضي.

هو الطلاق الذي يتم بتفاهم الزوجين و إتفاقهما معا بناء على رغبتهما المشتركة [1]، أي أن يتفق كل من الزوج و الزوجة على فك الرابطة الزوجية بينهما دون نزاع او جدال ، فيتفقان على مبدأ الطلاق وكل ما يتصل به من توابع و غيرها من الحقوق ، فيطلبان من القاضي إثبات الطلاق وكل ما يتصل به من توابع و غيرها من الحقوق و حسب ما إتفقا عليه ، و ما على هذا الاخير _ القاضي _ سوى الإستجابة لذلك متى توافرت شروط ذلك.

فالمعلوم ان الجهة القضائية المعروض عليها القضية لا يمكنها معارضة إتفاق الزوجين على وضع حد للرابطة الزوجية القائمة بينهما بأن يتطلقا بتراضيهما وفقا لإرادتهما المشتركة ، و لأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا بل يجد جوهره و أصله في كل من الآيات 129 و 127 من سورة النساء ، فكما اتفقا على عقد القران يتفقان على حله وديا فينهيان العقد الأول بعقد ثان لا ظلم فيه لأحد بالمعروف و الإحسان [2]، غير أنه يمكن للقاضي عدم مراعاة ذلك الإتفاق و عدم الأخذ به متى رأى في ذلك مخالفة لأحكام النظام العام أو أنه يمس بحقوق الغير[3].

المطلب الثالث

دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة.

نصت المادة 53 من قانون الأسرة على بعض حالات الطلاق بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل حالة ، وأمام غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراء الصلح لغياب الحكمة من

---

1 : العربي بلحاج ، المرجع نفسه، ص .258 ،

2 : العربي بلحاج ، نفس المرجع ، ص259 و 260.

3 : المحكمة العليا ، قرار في 08/12/1965 ، المجلة القضائية سنة 1968 عدد 4 ص 231 / قرار غير منشور بتاريخ 1985/12/30 ملف رقم 37789 أشار إليه الدكتور العربي بلحاج .

تشريعه ،[1] إقتضى الأمر تناول حالات التطليق والتي يكون فيها إجراء الصلح منتج لآثاره و له فائدة ، وحالات أخرى يكون فيها الصلح مجرد إجراء شكلي لا يتعدى ذلك .

فهناك حالات أين يكون ل لصلح أثر ظاهر ، على سبيل المثال الحكم على الزوج في جريمة تتعلق بالمساس بشرف الأسرة و يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية ، و حالة ما إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق لعدم الإنفاق، حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ، و حالة التطليق للضرر المعتبر شرعا ، و اخيرا حالة الشقاق المستمر بين الزوجين .

الفرع الاول

الحكم على الزوج في جريمة تتعلق بالمساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

بالرجوع لنص المادة 4/53 من قانون الأسرة ، نجد ان المشرع قد اجاز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج في جريمة تتعلق بالمساس بشرف العائلة و يستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية ، ومن خلال تفحص هذه المادة يتبين أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق على أساس هذا السبب إلا إذا توفرت الشروط التالية :

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي فيه .[2]
- أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة ، و المقصود بذلك أن يكون الفعل الذي إرتكبه الزوج وصمة عار على الأسرة ، ومن قبيل هذه الجرائم ضرب و شتم الفروع و الأصول ، وجريمة هتك العرض ، خطف الأطفال .....إلخ .

---

1 : على خلاف التشريع المغربي ، تنص المادة 113 من مدونة الأسرة المغربية : " يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه ، بعد القيام بمحاولة الإصلاح ، بإستثناء حالة الغيبة وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة.....

2 : وكان المشرع ينص في النص القديم على أن يكون محل الحكم عقوبة مقيدة لحرية الزوج عن جريمة أو إدانة المحكمة بالحبس بينما الآن أصبح المشرع لا ينص على مثل هذا الشرط ، و أكتفي بالقول أن الحكم على الزوج عن جريمة ومن ثمة إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرة خلافة على ما كان عليه الوضع في السابق ، راجع : تشوار جيلالي ، محاضرات في قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2010، ص 89 .

- أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمرا مستحيلا حيث يتحول الحب إلى بغض وكراهية و تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، و بجمع هذه الشرو ط يمكن للزوجة طلب التطليق و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك ، لكن وجب التمييز بين ما إذا كان إجراء الصلح في حد ذاته منتج ، أو لا جدوى منه أصلا بحسب ظروف ووقائع القضية ، بحيث يتطلب الأمر أن يكون القاضي في بداية الأمر مطلع ج يدا على حيثيات القضية و بناءا على ظر وفها يجري الصلح ، فإذا كانت هناك دعوى تطليق مرفوعة من قبل الزوجة على أساس صدور حكم جزائي ضد الزوج يقضي بعقوبة ماسة بشرف الأسرة ، وهو في المؤسسة العقابية فعلى القاضي من خلال جلسات الصلح التي يعقدها أن يأمر بإحضاره ليمثل أمام هيئة المحكمة ، إذا كان بالإمكان إخراج المحبوس أو على الأقل سماعه بموجب إنابة قضائية .

يتأكد القاضي من طبيعة العقوبة و يستمع لتصريحات كل طرف ، لأنه في إطار القيام بالصلح إذا كان الزوج محكوم عليه بمدة ليست بالطويلة أو أنه قد اوشك على انهاء العقوبة ، او خرج من السجن ثم ترفع الزوجة القضية لفك الرابطة الزوجية متحججة بكونها لا تستطيع أن تعيش مع زوجها ، هنا القاضي يستطيع إجراء الصلح ، من أجل حثها على الإستمرار في الحياة الزوجية ، و يسعى لتراجعها عن طلبها وفي هذه الحالة يلعب القاضي دور بالغ الاهمية في إقناع الزوجة بضرورة الصلح و توضيح ندم الزوج على فعلته و كونه مستعد للتغير و استئناف الحياة و التخلي عن التصرفات السيئة و يتعين على الزوجة منحه فرصة أخرى لتدارك الخطأ ، و الاندماج في الأسرة و المجتمع من جديد فباب التوبة مفتوح لاسيما و أن الزوج يتمسك بالعلاقة الزوجية.

الفرع الثاني

التطليق بناء على عدم الإنفاق.

تعد النفقة من آثار عقد الزواج الصحيح [1] ، فتنص المادة 74 من قانون الأسرة على انه " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعوتها بالدخول بها أو دعوتها إليه بينة مع مراعاة أحكام المادة 80.79.78 من هذا القانون ".

1 : لا تجب النفقة للزوجة إذا كان الزواج فاسدا ، أو كانت الزوجية غير صالحة لتحقيق أغراض الزوجية ، إنما وجبت النفقة لإحتباس الزوجة للزوج ، و لرعاية الأولاد و شؤون البيت.

و لهذا أولى المشرع إهتماما كبيرا لمسألة الإنفاق على الزوجة في كل الأحوال [1]، و أكد على الطابع الإلزامي لتسديدها ، و الإخلال بهذا الإلتزام يوجب للزوجة الحق في طلب التطليق و لذلك إشترط المشرع شروط لا بد من توفرها وهي :

- شرط عدم إنفاق الزوج على زوجته بإمتناعه عن تقديم ما تحتاجه الزوجة طبقا لنص المادة 78 من قانون الأسرة.
- شرط إستظهار الزوجة بحكم يقضي بالنفقة على الزوج لقبول دعواها [2]، لكن هناك من يرى أنه ليس من الضروري إحضار الزوجة حكم قضائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة يقضي بوجوب النفقة لجانب سند رسمي يثبت رفض الزوج الإمتثال لذلك ، أو إستظهار حكم جزائي يقضي بالإهمال العائلي لعدم الإنفاق ، بل يكفي أن تلتمس الزوجة التطليق بأن تثبت عدم إنفاق الزوج عليها لمدة معقولة[3].
- شرط أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج عند العقد ، فإذا وجد القاضي أثناء إجراءه الصلح أن الزوجة كانت عالمة بعسر الزوج عند عقد الزواج ، فلا يحق لها طلب التفريق للإعسار لرضاها بالعقد قبل عقد القران فتكون بذلك أسقطت حقها في طلب التطليق ، و ما نلاحظ هـ أن المشرع الجزائري لم يحدد للزوجة ضمن أحكام قانون الأسرة مدة الإنتظار التي تكون مابين تاريخ الحكم بوجوب الإنفاق وبين تاريخ عدم الإمتثال ، فمكن القاضي من أن يمهل الزوجة فترة شهريين قياس ا على نص المادة 331 من قانون العقوبات،[4] وبذلك ينصح القاضي الزوجة أن تنتظر مهلة شهريين متتابعين و إذا إمتنع الزوج عن النفقة يكون طلب التطليق مبررا قانونا [5].
- أن يكون الزوج ملزم ا بالنفقة على الزوجة بموجب حكم قضائي ، و تسعى هي لتنفيذه وفقا للإجراءات و الشروط المنوه عنها قانونا ، فإجتهاد المحكمة العليا إستقر على أن : " نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء كان موسرا أو معسرا و تخضع للنفاذ المعجل ، و أن يسر الزوجة ، لا يسقط حقها في

---

1 : سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية غنية أو فقيرة ، بشرط أن لا تتصرف الزوجة تصرفة مسقط النفقة كالنشوز كون الزواج فاسد أو باطل.

2 : عمرو خليل ، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر ، دون سنة نشر ، دون طبعة، ص 16.

3 : عمرو خليل ، نفس المرجع ، ص 38

4 : المادة 331 من قانون العقوبات .

5 : عمرو خليل ، نفس المرجع ، ص 41.

النفقة بدون مبرر شرعي " و لذلك يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يصلح بين الزوجين ، و يوضح للزوج كونه مسؤول عن الإنفاق قانونا و شرعا لقوله تعالى :[1] الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا " صدق الله العظيم .

و لأجل ذلك كانت القوامة للرجال ويخول القانون للزوجة حق متابعة زوجها جزائيا طبقا لأحكام المادتين 330 و 331 من قانون العقوبات بتهمة الإهمال العائلي و الإمتناع عن تسديد نفقة مقررة بحكم قضائي ، وما يلاحظ في غالب الأحيان أن للأحكام الجزائية اثر على الأزواج اين يخشى معظمهم المتابعة الجزائية و الحكم عليهم بالعقوبة السالبة للحرية ما يدفعهم لدفع النفقة[2].

و قد ذهبت غرفة الجنح و المخالفات بالمحكمة العليا إ لى حد إعتبار المنح العائلية و أجرة السكن من مستلزمات النفقة ، و أن الإمتناع عن تسديدها لمدة ت تجاوز الشهربين يعد مرتكبها متهم بجنحة عدم تسديد النفقة المنصوص عليها وفقا لنص المادة 331 [3].

وفي قرار آخر صادر عن غرفة الجنح و المخالفات بتاريخ 2007/07/28 قضت أنه " إذا قدم الزوج المتهم ما يثبت تسديد النفقة المحكومة عليه يسقط عليه الإلتزام بالتسديد" [4] ، و بالتبعية إذا كانت دعوى التطليق مرفوعة فإنها قد تنتهي إلى وقوع صلح بين الزوجين أو تنتهي إلى الرفض ، غير أن جريمة عدم تسديد النفقة من الجرائم المستمرة و يبقى المتهم مرتكبا لها إلى حين دفع ما بذمته لصالح مستحقيها[5] ، و تتكرر جنحة عدم تسديد النفقة كلما إمتنع المطالب بها عن التسديد ، فيجب على الزوج أن يعلم أن جنحة عدم تسديد النفقة لا تخضع لحجية الشئ المقضي فيه طبقا لأحكام المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بإعتبارها جنحة متكررة أو متتالية . [6]

---

1 : الآية 34 من سورة النساء .

2 : غضبان مبروكة ، النفقة بين التشريع و الإجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011 ، ص 45.

3 : المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ، قرار رقم 391497 ، مؤرخ في 2008/01/30 غير منشور.

4 : المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ، قرار رقم 379923 ، مؤرخ في 2007/02/28 غير منشور.

5 : لمحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ، قرار رقم 291721 ، مؤرخ في2004/07/27 غير منشور.

6 : المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ، قرار رقم 274013 ، مؤرخ في 2004/07/06 غير منشور .

كما أن القاضي في جلسة الصلح يحاول مع الزوجين تحديد تاريخ عدم الإنفاق ، و يدون ذلك في محضر بشرط أن لا يكون أكثر من سنة قبل رفع الدعوى وعند عدم تحديده يعتبر من تاريخ رفع الدعوى إلا إذا أثبت الزوج الإنفاق ببينة كتقديم حوالات بريدية، [1] و غالبا ما يبرز الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي خلال محاولات الصلح التي تتعلق بالدعاوى التي ترفعها الزوجة بموضوع التطليق على أساس عدم انفاق الزوج لاكثر من ستة أشهر ، هي و أبناؤها بينما يتمسك الزوج بكونه يدفع النفقة شهريا عن طريق حوالات بريدية تثبت دفعه للنفقة في الحساب الجاري الخاص بالزوجة إلا أن الزوجة تنكر ذلك.

ويبقى مجرد إرسال الحوالة دليلا ناقصا كونها ورقة صادرة من الخصم و لا تعد دليلا كاملا يعتد بها ، إلا إذا أثبت أن المبلغ محل الحوالة دخل فعلا حساب الزوجة بطرق الإثبات المقررة طالما أن الزوجة تنكر تلقيها للمبلغ أو دخوله لحسابها ، و طبعا القاضي و ما له من سلطات يعمل على إبراز ذلك وهو ما يؤكده قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 12/02/2015 [2] ، فهنا يُطلب من الزوجة إحضار كشف بيان لحسابها الجاري الذي يثبت جميع العمليات المالية و مصدرها ، في جلسة الصلح المقبلة ، و عند إحضارها للوثيقة التي تكشف العمليات فحال ما اذا يتبين أن الزوج كان يرسل النفقة لزوجته و أن المبالغ محل الحوالة لمدة ستة أشهر كانت تدخل فعلا في حساب المدعية و أن الخلل يكمن في أن أخ الزوجة كان يسحب الأموال دون علمها مستعملا بطاقتها المغناطيسية فلولا تدخل القاضي هنا بما له من سلطات في ظل دوره الإيجابي لما تمكن الزوجان من معرفة الحقيقة و لما تصالح ا و انفض النزاع .

و يعمل القاضي في محاولات الصلح على أن يقنع الزوج بأنه ملزم بالإنفاق ، مادام هو المسؤول عن أسرته سواء كان غنيا أو فقيرا على أن يكون إنفاقه حسب حالته المادية و لا يعفى من الإنفاق على زوجته و على ابناءه ، و لا يؤخذ بشهادة البطالة ، أو عدم العمل كحجة لعدم الإنفاق [3]، كما جاء الإجتهاد القضائي في هذا الشأن بأن " الدفع بأن الزوج بطال ، لا يعتبر حجة لإعفائه من الإنفاق على زوجته و أولاده ، و مادام قد أنشأ أسرة ، عليه بالعمل لتوفير هذه النفقة لأسرته " ، و كما جاء في إجتهاد المحكمة العليا على أنه " يعتبر الزوج ناشزا ، في حالة رفضه تسديد النفقة و يتحمل

1 : غضبان مبروكة ، المرجع السابق ، ص 45.

2 : المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0851476 مؤرخ في 2001/02/12 غير منشور.

3 : غضبان مبروكة ، المرجع السابق ، ص 46.

مسؤولية الطلاق[1] ، و يحاول القاضي بأن يدفع بالزوجين إلى التصالح على النفقة و إن كان الزوج معسرا عملا بمبدأ لا ظلم من المعسر ، في امتناعه عن الدفع ، لعجزه عن الأداء [2] ، عملا بقوله تعالى[3] : "وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ" صدق الله العظيم .

وفي حالة فشل القاضي في محاولات الصلح فإنه يجب أن يحسم أمر النفقة، التي تشمل الغذاء والكسوة و العلاج و السكن و أجرته ، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ، وعلى القاضي أن يراعي حال الطرفين و ظروف المعيشة الصعبة ، فكل قضية تختلف عن الأخرى وفي هذا الشأن ذهب إجتهاد المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2007/05/09 أنه يجب على قضاة الموضوع تحديد و تقدير النفقة و بدل الإيجار حسب كشف الراتب الشهري لرب العائلة لا يتضرر هذا الأخير"[4]

ولذلك لا تكون جلسة الصلح دائما بغرض دفع الزوجة للتراجع عن طلبها للتطليق ، و إنما قد تكون ملائمة اكثر لمناقشة أمور النفقة و السكن ، و المتاع و المصوغ ، أين يناقش هاته الأمور بحضور الزوجين و يدون كل ما يتعلق بهذا الشأن ، على أن لا يؤخذ بما ورد في المذكرات الجوابية ، فأقوالهما تعد بمثابة قرار قضائي له حجة قاطعة ، و كذلك عندما يدون القاضي هذه الأمور في محضر عدم الصلح كأن يناقش مسألة نفقة الأولاد و المبلغ الذي سوف يلتزم به بعد الأخذ بعدة عناصر في تـقديرها (فيما إذا كان الزوج عامل ، أو غير عامل ، له مهنة حرة أو لا ، كشف المداخيل ، عدد الأبناء و ان كانوا متمدرسين أم لا ، يعانون من امراض مزمنة مثلا ام لا، و ان كان هناك رضع او الزوجة حامل ؟ و يطلب إحضار شهادة الضرائب التي تحدد بدقة مهنته ، و مركزه لأنه قد يحضر شهادة عدم العمل ليتهرب من المسؤولية.... إلخ).

تناقش كل هذه العناصر مع الزوجين في جلسة الصلح ومرد ذالك حتى يتفق الطرفان على هاته الأمور و إن وقع إختلاف يرجع تقدير ذلك إلى القاضي ، و بالتالي في جلسة الصلح يحاول القاضي تنظيم نتائج الطلاق ، ليكون الأمر ودي قدر المستطاع و لاسيما و أن لكل زوج حالته و ظروفه تختلف

---

1 " قرار رقم 383189 ، مؤرخ بتاريخ 14/03/2007 ، غير منشور ، أنظر : غضبان مبروكة ، المرجع نفسه ، ص 73.

2 : غضبان مبروكة ، نفس المرجع ، ص 75.

3 : الآية 280 ، سورة البقرة .

4 : قرار رقم 393590 ، مؤرخ في 2007/05/09 غير منشور ، أنظر: غضبان مبروكة ، المرجع نفسه ، ص 82.

فلا يوجد مبلغ محدد يلزم به الأزواج و بعد مناقشة كل هذه العناصر المعتمد ة في تقدير النفقة ، تدون هذه الأمور في محضر عدم الصلح أو محضر الصلح فيغلق مجال الطعن فيها بالإستئناف لخفض قيمتها .[1]

لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده أورد ضمانات للحصول على النفقة بدلا من سلوك دعوى التطليق بأن قرر إمتياز عن كل الديون التي هي في عاتق المدين ، و نعلم انه لا إمتياز إلا بنص ، رجوعا لنص المادة 777 على أنه يجوز الحجز على أجر أو المرتب بقيمة النفقة الغذائية إذا كان المحجوز عليه من أجله يتعلق بالنفقة الغذائية للقصر أو الوالدين أو الزوجة أو كل من تجب النفقة عليهم قانونا على أن لا يتجاوز الحجز نصف الأجر أو المرتب ..."، تبقى للديون المتعلقة بالنفقة الغذائية حق الأولوية على باقي الديون عند الإستيفاء وفقا للترتيب المنصوص عليه في القانون المدني[2]، و هذا كجزاء على علم النفقة فليس بالضرورة اللجوء إلى القضاء و طلب التفريق لعدم الإنفاق ، ولاسيما وأنه بيد الزوجة حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة و هذا الأخير يعد سند قابلا للتنفيذ.

الفرع الثالث

التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

يعد هذا السبب من بين الأسباب المستحدثة في الأمر رقم 05/02 في الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، فالأصل أن الشارع هو الذي يرتب آثار عقد الزواج ، و ذلك صونا و ضمانا لهذا العقد حتى لا يتعرض إلى شروط قد تتنافى و مقتضاها و تتعارض مع مقاصد الشرع و إستثناء من ذلك فإنه يبقى للزوجين حق تضمين عقد زواجهما بالشروط التي يرونها ضرورية ، و التي من شأنها أن تعدل من آثار هذا العقد بالزيادة أو النقصان كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها ، أو تشترط إكمال دراستها أو عملها أو الإتفاق حول نصيب كل من الزوجين في الأموال المكتسبة بعد زواجهما [3]،

1 : غضبان مبروكة ، مرجع سابق ، ص 100.

2 : تشير المادة 3/993 من القانون المدني أن النفقة المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة من الديون التي لها إمتياز على جميع أموال المدين.

3 : بولحارس صافية ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية2014/2013 ، ص 2.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة ،[1] شريطة أن لا تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة ومن ثمة يجوز للطرفين الإتفاق على عدم التعدد أو للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة ، بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضروري .

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ، ورفض الزوج أن يمتثل كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها بدلا من أن تخالف إرادة الزوج و تبقى مستمرة في عملها ، و إنما لها الحق في التطليق ، و يشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوب في عقد رسمي ، بل لها الحق في طلب التعويض وفقا لنص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة ، و بهذا أراد المشرع أن يجعل حد ا نسبيا للتلاعب الذي كان بادرا من الزوج كونه صرح بموافقته على شروطها قبل عقد القران على جل الشروط و عند إبرام العقد و لم يلتزم بعدها بتنفيذها.[2]

قد يجد القاضي في جلسة الصلح من خلال سماع الزوجين لتصريحاتهما أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشرط ، و إنما حول صحة شرط من الشروط ومما لا شك فيه أن القاضي من خلال محاولات الصلح وما له من سلطة تقديرية في الاخذ برأي من الآراء الفقية في هذا المجال ، قد يكون الشرط صحيحا لكن يتعذر الوفاء به فيحاول القاضي أن يقنع الزوجين بتعديل الشرط أو اسقاطه ، حرصا منه على إستمرار الحياة الزوجية و عدم تعليقها على هذا الشرط .[3]

ونجد ان المشرع من خلاله سنه لإمكانية ايراد الشرط ضمن مادة قانونية واحدة فقد فتح المجال للأزواج بتمكينهم من وضع الشروط في عقد الزواج حسب أهوائهم ، قصد الوصول إلى مبتغاهم تغرير ا ببعضهم البعض دون وازع ديني ولا رادع قانوني ، و أن الأمر يتعلق بمبدأ سلطان الإرادة و الذي مفاده أن الأزواج أحرار في إنشاء الشروط في العقد ، مما يؤدي إلى ظهور شروط غير معروفة ، غير منصوص عليها قانونا نتيجة إتساع الحرية الفردية و رغبة كل زوج في تأسيس حياته الزوجية تبعا لظروفه و حريته الشخصية .

فالقاضي في جلسة الصلح في مثل هذه الدعاوى ، له دور إيجابي يتمثل في رقابة مدى صحة

---

1 : تنص المادة 19 " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ".

2 : تشوار جيلالي ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الدراسية 2010/2011 ، ص 48 .

3 : بولحارس صافية ، مرجع سابق ، ص 2 .

الشروط المقترنة بالعقد و تقدير مشروعيتها ، نظرا لتشعب الخلاف الفقهي في هذا المجال ، و يتجلى دوره في إبطال الشرط و الإبقاء على عقد الزواج و أيضا في تعديل الشروط المقترنة بالعقد لإعادة التوازن للعقد ككل ، بعد أن كانت الشروط مرهقة للملتزم بها أو تعجيزية يستحيل الوفاء بها في ظل الظروف الراهنة[1] ، وكذا مدى مسايرة مبدأ حرية الإشتراط في عقد الزواج للتغيرات الإجتماعية و الإقتصادية في حياة الزوجين و لذلك وجب تبصير الزوج عن الجزاء و الاثر الذي يرتبه فك الرابطة الزوجية لأجل عدم الوفاء بهذه الشروط .

الفرع الرابع

التطليق للضرر المعتبر شرعا.

نصت المادة 10/53 على بعض حالات تطليق الزوجة من زوجها فجاء ضمنها" كل ضرر معتبر شرعا" يلاحظ أن عبارات هذه الفقرة عامة وغير محددة ، لأن المشرع لم يقيد حق المرأة في التطليق لضرر معين مانح ا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي ، في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطليق ، و أن هذه السلطة لا تخضع لرقابة المحكمة العليا ، و يكون المشرع قد أخذ بالعادات و التقاليد داخل المجتمع الجزائري ، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى ، أضف إلى ذلك عدم اختصار الأمر على اختلاف الاماكن و الازمان ، فبإمكان المشرع الجزائري أن يستغني عن جميع الأسباب الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة لأن هذا السبب يشمل جميع الحالات ، ومن ثمة فمتى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فعليها أن ترفع أمرها إلى القاضي و لها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها و عندها فما على القاضي الا أن يقوم بتعيين حكمين للتوفيق بينهما ، حسب نص المادة 56 من قانون الأسرة فإن الضرر لا يكون سبب موجب للتطليق ، إلا إذا كان صاحب الضرر هو الزوج ، و ليس الغير ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته ، و أن ينتج عن الخطأ أضرار تلحق بالزوجة و لا يكون هناك ضرر إذا مارس الزوج حقه الشرعي كرفضه أن تكون تربية الأولاد على ديانة المسيحية.[2]

فللقاضي دور بالغ الاهمية في جلسة الصلح فإذا كانت دعوى التطليق مؤسسة على أساس الضرر الناجم نتيجة الضرب و الجرح المرتكب من الزوج ، حتى يستنبط مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر البين

1 : بولحارس صافية ، نفس المرجع ، ص 3.

2 : تشوار جيلالي ، المرجع السابق ، ص 57 .

الذي تستحق به الزوجة التطليق و فيما إن كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح كما ورد بالفقه الإسلامي فيكون هذا الضرب جائزا في الشريعة الإسلامية كونه ضرب غير مبرح في إطار التأديب ، و هو ما يؤكده احدى قرارات المحكمة العليا.[1]

لذلك الضرب و الجرح يدخل في الضرر المعتبر شرعا ، و لا يدخل في الجريمة الماسة بشرف الأسرة ، فلا يدخل في الحالة الرابعة و إنما في الحالة العاشرة .

الفرع الخامس

التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين .

بالعودة للفقه الإسلامي فللزوجة ليس لها الحق في طلب التطليق إذا نشب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة ، لأن ذلك في نظره سبب من أسباب التطليق وهذا ما دفع المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل إلى عدم ذكره ، لأنه شرعا في مثل هذه الحالة يبعث حكمين من أهلها وبالتالي لا يعد سببا من أسباب التطليق المستحدثة في التعديل الوارد على قانون الأسرة في مجال انحلال الرابطة الزوجية .

نجد أن المشرع قد سمح للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين [2] ، وهو سبب استنبطه واضعوا التعديل من بعض القرارات القضائية.

فقد إستقرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على الأسباب و جعلتها موجبة للتطليق [3] و من

---

1 : المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 40934 ، مؤرخ في 1986/05/05 ، غير منشور أنظر أيضا: العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة من 1966 إلى 2010 ، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، سنة 2012 ، ص 254.

2 : ما يلاحظ أن المشرع المغربي من خلال مدونة الأسرة عمد إلى التوسيع من أسبابه، بإضافة سبب جديد لم يكن موجودة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ، و يتعلق الأمر بالشقاق كما تنص المواد من 94 إلى 97 المعنونة التطليق بطلب من أحد الزوجين بسبب الشقاق أولهما معا اللجوء إليه في إطار المساواة و بصفة إستثنائية أتاح للمحكمة إمكانية الإثارة التلقائية لدعوى التطليق للشقاق . غير أن الفرق بينه و بين قانون الأسرة الجزائري الذي استحدث هذا السبب من الممارسات القضائية ، و جعله سببا للتطليق فقط دون الزوج أو حتى القضاء من تلقاء نفسه أو حتى النيابة العامة بإعتبارها طرف أصلي في الدعاوى.

3 : المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 36414 ، مؤرخ في 1985/05/20 ، المجلة القضائية عدد 02، 1990، ص 58.

بينها ما قضت به في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1985/05/20 حيث ورد فيه ان من المقرر شرعا إذا ما طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق الزوجة من ذلك ضرر بين ، و اقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حل إلا فك الرابطة الزوجية.

وبالتالي قد تتعرض الرابطة الزوجية إلى ما يعكر صفوها و يلحق بها الفتور أو تتخللها خلافات تهدم استقرار الحياة الزوجية و يحل التنافر بدل الإنسجام و الوئام و الخصام بدل المحبة و الألفة ، فتصبح العلاقة الزوجية جحيما لا يطاق و يستحكم الشقاق فتستحيل العشرة الزوجية بين الطرفين ، فإذا ثبت للمحكمة بعد إجراء عدة محاولات صلح تعذر استمرار هذه العلاقة ، و فشلت محاولة الصلح بينهما ، غير أن الزوجة إذا لم تثبت الضرر و أصرت على طلب التطليق ، و اصطدمت بعقبة إثبات إضرار الزوج بها كمظهر من مظاهر إشكالية الإثبات التي يعاني منها المتقاضي أمام القضاء ، ذلك أن وجه الصعوبة يتمثل في خصوصية العلاقة الزوجية ، فحتى عندما يكون الضرر قائم حقيقة فلأحيانا من النادر أن يمارس أمام الشهود، مما يجعل إثباته متعذر .[1]

ففي هذه الحالة وأمام عدم ثبوت الضرر في جلسة الصلح ، لا يفصل القاضي في موضوع الطلب و غالبا ما ترفض هذه الدعاوى لعدم التأسيس ، و لذلك على قاضي شؤون الأسرة أن لا يعمل على توسيع نطاق دائرة رفض دعاوى التطليق لإنعدام الإثبات أو لعدم التأسيس من جهة ، و خصوصا أن الضرر لم يثبت له و أن الرابطة الزوجية لم تحل بعد ، فهنا القانون منح للقاضي اتخاذ إجراء آخر ، بتفعيل وسيلة أخرى و سلوك نهج آخر قد يفضي إلى نتيجة إيجابية ألا وهو تعيين حكمين من أهل الزوجة لمحاولة الصلح بينهما من جديد وفقا لأحكام قانون الأسرة كلما رأى في ذلك إمكانية.[2]

وحتى لا يبقى الأمر يلفه الغموض و الإبهام لأنه بالإمكان التوصل إلى حل النزاع بشكل ودي ولاسيما أن الضرر لم يثبت ، فـتعود للمحكمة صلاحية إنتداب حكمين لتقصي الحقائق و تجديد محاولة الصلح لإنهاء الشقاق إنسجاما مع المنهج الإسلامي المتكامل بخصوص تسوية النزاعات الزوجية عملا بقوله تعالى [3] " وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا

---

1 : ناجي مكاوي رجاء، الطلاق و التطليق القضائي، أي مفاضلة بين النظامين لهدم الأسرة ، مجلة العلم، المغرب ، سنة 2000 ، ،ص 2 .

2 : عمرو خليل ، مرجع سابق ، ص 105.

3 : الآية 35 من سورة النساء .

وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا " [1] صدق الله العظيم .

و يعد هذا بمثابة إجراء وقائي متدرج يهدف إلى حل النزاع و قد يؤدي التغاضي عنه و إهماله إلى تعميق الهوة و الفرقة بين الزوجين و تشتت الأسرة ، لاسيما و إن رٌفضت الدعوى فهو يضر بالزوجة أكثر ، مما يجعلها تلجأ إلى إجراءات الخلع الذي أصبح منفذ ا لمن لا منذ لها ، فالقضاء الجزائري لكي يقرر الشقاق بين الزوجين و يحكم للزوجة بالتطليق لا يكفي أن يثبت للقاضي أنه هناك فعلا خلافات بين الزوجين أثناء محاولات الصلح ، و إنما لابد إلى جانب ذلك يثبت الشقاق من خلال الخصومات القضائية بين الزوجين التي تستند إلى أحكام و قرارات قضائية مدنية كانت أو جزائية ، و مثال هذا ما ورد في احدى قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن حيث صدر بتاريخ 11/09/2014 قرارها الذي تضمن ما يلي: " حيث أن القاضي إرتأى تطليق الطرفيين للخلاف أو الشقاق وليس للضرر المعتبر شرعا و يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ، أن المحكمة استندت إلى الخلاف الحاصل بين الطرفيين و الشقاق المستمر بينهما و الذي انجرت عنه عدة خصومات قضائية و رتب على ذلك فك الرابطة الزوجية القائمة بين الطاعن و المطعون ضدها [2]، وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 14/07/2011 الذي تضمن المبدأ الأتي " يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية و الخصومات القضائية بين الطرفين ، و لا يكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر و الإعتماد عليه في التطليق[3] .

حيث تتلخص وقائع هذا القرار أنه رفعت دعوى تطليق من طرف الزوجة على أساس الشقاق المستمر بين زوجها طبقا لنص المادة 8/53 من قانون الأسرة ، وحكم القاضي بالتطليق على أساس ثبوت حالة الشقاق و جاء في معرض تأسيس حكمه أن الطرفيين في حالة شقاق مستمر".

---

1 : سورة النساء ، الآية 128.

2 : المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0984821 مؤرخ في 2014/09/11 ، غير منشور .

3 : المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 624622 ، مؤرخ في 2011/07/14 المجلة القضائية، عدد 02 ، 2012، ص 227 إلى 230.

المبحث الثاني

اثر دور القاضي من خلال اجراء الصلح .

باعتبار ان محاولة الصلح إلزامية لقاضي شؤون الأسرة ، فلا يعقل ان يصد ر له حكم إلا بعد استيفائها و عليه ، قد يكلل مجهوده بالنجاح وبالتالي يتفادى الزوجين فك الرباط الزوجي بينهما وهو ما سنتناوله من خلال المطلب الأول ، كما قد تبوء محاولاته كلها بـالفشل بسبب تعنت احد الزوجين أو كلاهما أو بسبب عدم سعي القاضي بالشكل المطلوب للإصلاح بينهما وفي هذه الحالة تأخذ القضية منعرجا آخر وهو ما سنراه في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أثر نجاح محاولة الصلح .

تأخذ فك الرابطة الزوجية صور عدة، فتكون بإرادة الزوج المنفردة، كأصل عام، وتكون بطلب من الزوجة في حالات استثنائية قررها الشرع ووافقه فيها القانون حيث حصرها في نص المادة 53 والمادة 54 من قانون الأسرة.

وهناك صورة الطلاق بالتراضي المأخوذة عن التشريعات الغربية، وتختلف طبيعة الحكم بالطلاق من صورة لأخرى فيكون حينا حكما كاشفا وأحيانا أخرى منشئا، وبين هذا وذاك، تتمخض أحد أهم الآثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية وهي العدة والرجعة، وعليه سنعالج أثر نجاح محاولة الصلح على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والطلاق بالتراضي، باعتبار الحكم الصادر عنهما كاشفا، (الفرع الاول)، وعلى الطلاق بطلب من الزوجة، باعتبار الحكم الصادر عنه منشئا لحقوق ومراكز قانونية جديدة، (الفرع الثاني) ، ونخلص إلى دور المحكمة في إثبات الصلح الواقع بين الزوجين، (الفرع الثالث).

الفرع الاول

أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم الكاشف للطلاق.

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والمنصوص عليها ضمن نص المادة 48 من قانون الأسرة، له أثر كاشف لا غير، لأنه وقع وانتهى الأمر، وسواء سمي بالطلاق العرفي أو غيره، فإن الزوج، باتجاهه إلى القضاء ، أراد التأكيد على وجود الحق أو المركز القانوني الجديد وإعطائه الحماية القانونية، وهو إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج . وما قيام القاضي بمحاولات الصلح سوى من اجل محاولة إقناع الزوج بإرجاع زوجته في مدة محاولة الصلح وهي ثلاثة (03) أشهر التي حاول المشرع جعلها تتوافق مع مدة عدة الطلاق الرجعي؛ لتترتب بذلك الآثار التي تضمنتها المادة 50 من قانون الأسرة، لكن

خارج هذه الحالة المثالية، نجد أنفسنا أمام افتراض آخر وهو أن يوقع الزوج الطلاق بأكثر من شهر أو شهرين على تاريخ طرح النزاع على المحكمة، وفي هذه الحالة لم يبق لمدة العدة الشرعية سوى شهر أو أقل حتى تنقضي، وفي انتظار إعلان جلسة الصلح نكون أمام انقضاء مدة العدة، وطلاقا بائن بينونة صغرى [1]، وما توصل القاضي للصلح بين الزوجين إلا من باب الحفاظ على كيان الأسرة بعدم فصم عرى الزوجية، لأن محاولته تجنيب الزوج إبرام عقد جديد ودفع مهر جديد، لا مناص منه، فيكون حكم القاضي متضمنا ما يلي:

- الإشهاد على إرجاع الزوج لزوجته في أثناء محاولة الصلح والحاجة إلى إبرام عقد جديد وتقديم مهر جديد بسبب انقضاء مدة العدة التي أكدت عليها المادة 58 من قانون الأسرة ،بأنها تحتسب من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق ،ليتحول الطلاق من رجعي إلى بائن بينونة صغرى.
- تسجيل الطلاق الواقع في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، لان الطلقة واقعة وتحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

وأما في الحالة المثالية التي تقتضي تزامن إيقاع الزوج للطلاق بإرادته المنفردة مع تاريخ طرح النزاع على المحكمة وجدولة القضية في زمن قياسي، وتسليما بتذليل كافة العوائق، بحيث يستغرق من زمن العدة شهر أو أقل من ذلك ليجد الزوجان نفسيهما أمام الإعلان عن أول جلسة للصلح ، يسعى من خلالها القاضي للصلح، فلا تتعدى الاثنتي ن أو الثلاث، لتكلل جهوده بالنجاح ويكون حكمه متضمنا ما يلي:

- الإشهاد على إرجاع الزوج لزوجته أثناء محاولة الصلح دون حاجة إلى إبرام عقد جديد وتقديم مهر جديد ، طبقا لنص المادة 50 و 58 من قانون الأسرة .
- تسجيل الطلاق الواقع في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، لا ن الطلاق واقع ويحتسب من عدد الطلقات.
- إثبات الطلاق وفق ما تقتضيه المادة 49 من قانون الأسرة، وه و ما سنراه لاحقا.

أما بالنسبة لصورة الطلاق بالتراضي ، حيث يتم فيه الاتفاق على جميع المسائل من نفقة وحضانة وغيرهما، فالحكم يكون فيه كاشفا عن حق أو مركز قانوني حققته إرادة سابقة مشتركة لكلا الزوجين، ورغم أن القانون الفرنسي لا يقر بالمهمة الصلحية اللقاضي في هذه الصورة من صور الطلاق،

---

1 : وقد يكون "تسريح بإحسان" ليستوفي الزوج بذلك عدد الطلقات التي يملكها، ولن يعود للصلح عندئذ محل حتى ولو تم.

غير أن المشرع الجزائري خالفه وقرر إلزام القاضي بمحاولة الصلح إذا كان ذلك ممكنا[1] .

و رغم أن المشرع شكك في عدم توصل القاضي للصلح بين الزوجين ، خاصة وأنهما وضعا اتفاقا بينهما ،يعد بمثابة عقد ملزم للجانبين، وألزمه بالإلغاء أو التعديل من شروطه إذا ما كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو النظام العام، إلا أنه كثيرا ما يتفق الأزواج على الطلاق بالتراضي وعند أول جلسة يتراجع كل منهما عن اتفاقه ويحدث الصلح بينهما .

لكن في هذه الصورة من الطلاق لا نتوقع تماطل الزوجين بالتوجه إلى ساحة القضاء للكشف عن إرادتهما في الانفصال، لذلك لا نكون أمام اختلال كبير بين مدة العدة ومدة محاولة الصلح فيبقى الطلاق رجعيا ليتضمن حكم القاضي ما يلي:

- الإشهاد على إرجاع الزوج لزوجته أثناء محاولة الصلح دونما حاجة إلى إبرام عقد ومهر جديدين.
- تسجيل الطلاق الواقع في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، لا ن الطلاق وقع منذ تلفظ الزوج به تطبيقا للإرادة المشتركة للزوجين، وه و بذلك يحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج .
- إثبات الطلاق الرجعي وفق ما تقتضيه المادة 49 من قانون الأسرة وإلغاء الاتفاق الواقع بينهما وانعدام آثاره لانعدام سببه.

الفرع الثاني

أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم المنشئ للطلاق .

إن الحكم المنشئ يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني اوالفرقة التي تكون بطلب من الزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 والمادة 54 من قانون الأسرة ، لا يكون لها أثر إنهاء المركز القانوني[2] الناشئ عن عقد الزواج إلا بعد الحكم بها من طرف القاضي، وانطلاقا من هذا التاريخ يبدأ احتساب العدة ، وقبل ذلك فالقاضي ملزم بالإصلاح بين الزوجين ، بل إن هذه الصور من الفرقة هي التي تستدعي عدم ادخار أي جهد من أجل الإصلاح بين الزوجين ولم شمل الأسرة من جديد ، لأن دور القاضي هنا هو إزالة الضرر عن الزوجة وتقديم حلول تناسب الطرفين للإبقاء على استمرار الحياة الزوجية. وله أن يستوفي مدة الثلاثة أشهر من مدة محاولة الصلح لأنه لا يكون في سباق مع زمن مدة العدة، فهذه الأخيرة لم تبدأ بعد.

---

1 : راجع المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2 : زودة، عمر، المرجع السابق، ص 99.

وبالتالي فان نجاح محاولة الصلح ليس له أي أثر على الحكم الناشئ عن إرادة القاضي بالطلاق لأنه لم ينشا بعد.

الفرع الثالث

دور المحكمة في إثبات الصلح بين الزوجين .

إن محضر الصلح الذي تصادق عليه المحكمة، ممثلة في شخص قاضي شؤون الأسرة، ليس بحكم ليرتب آثار الحكم بأن يحوز حجية الأمر المقضي، فلا يجوز للخصوم العودة إلى المحكمة لعرض النزاع عليها وينشئ حق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانونا، وليس بعقد بحيث يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات على أطرافها.[1]

ولما كان سندا تنفيذيا لا يحوز حجية الشيء المقضي، بل تبقى منقوصة (*)، فننتهي إلى أن الصلح بين الزوجين هو صلح قضائي تصالحي من حيث المضمون لأنه تم بمعية القاضي، أين قام بإثبات ما اتفق عليه الطرفان، إذا ما كان هناك التزامات توجب على احد الأطراف أو كليهما احترامها وذلك في محضر الجلسة وفي حضور الطرفين أين يتم توقيع كل من القاضي والزوجين وكاتب الضبط ، ليأخذ صفة العمل القضائي التصالحي، لأنه توافرت فيه كل شروط التصديق على الصلح.

ولما كانت العملية الصلحية برمتها تدخل ضمن النشاط القضائي الذي يسمح بحيازة الصفة القضائية ، والتي ترتب بعضا من اثر الحكم القضائي وهو استنفاذ المحكمة لولايتها بالنسبة للموضوع فلا يجوز نظر الدعوى أو الفصل في أي مسالة من المسائل التي تم التصالح بشأنها.[2]

ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل يجب على القاضي استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة علنية يصدر فيها حكمه في الموضوع[3] ، وهنا نتساءل عن طبيعة هذا الحكم، هل هو شطب للدعوى أو تنازل عنها أو ترك للخصومة أو انقضائها؟

فأما شطب الدعوى فالمقصود منه حذف القضية من جملة القضايا المسجلة بجدول القضايا[4] مما يؤدي إلى توقف الخصومة (المادة 213 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، وأرجأ المشرع سبب الشطب إلى عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو بناء على طلب مشترك

---

1 : النيداني ، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 197 .

2 : النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 199 .

3 : سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية ، مرجع سابق، ص 27.

4: أشار إليه، لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق، ص 154.

للخصوم المادة 216 من نفس القانون).

وقد قضت المادة 218 تطبيق القواعد المتعلقة بسقوط الخصومة على الأمر القاضي بالشطب، ومن بين هذه القواعد سقوط الخصومة بمرور سنتين، تحتسب من تاريخ صدور الحكم أو الأمر الذي كلف به أحد الخصوم للقيام بكافة الإجراءات التي تهدف إلى مواصلة القضية (المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية).

وان سقوط الخصومة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة (المادة 226)، وتنقضي هذه الأخيرة، تبع الانقضاء الدعوى بالصلح أو القبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى (المادة 220).

والمقصود بالتنازل عن الدعوى هو تنازل المدعي عن حقه في إقامة دعوى جديدة فيجرد بذلك حقه الموضوعي من أية حماية قضائية[1] فلا يجوز رفع الدعوى من جديد وهو ما يؤدي إلى حسم النزاع ، وهو المبتغى من الصلح، غير أن الصلح لا ينتج أثره إلا بعد مصادقة القاضي وتوقيع الأطراف عليه، أما التنازل عن الدعوى فينتج أثره بمجرد صدور التعبير من المدعي.

ويختلف الأمر في ترك الخصومة فان المدعي يتنازل عن جميع الإجراءات التي تمت لكنه يبقى محتفظا بأصل الحق الذي يدعيه بحيث يجوز له تجديد المطالبة به على نفس المدعى عليه[2] اوهو ما لا يتفق مع الصلح الذي يرتب انتهاء النزاع وحسم موضوعه ، ولا يجوز إثارة الموضوع مرة أخرى أمام المحكمة[3] فلا يجوز الدفع به .

ولما كان انقضاء الدعوى يتم تباعا لانقضاء الخصومة ، ويكون ذلك بالصلح ، وهو ما أكدته المادة 220 ،السالفة الذكر، فإن التوصل إلى الصلح بين الزوجين يجب أن يصدر فيه حكم بانقضاء الدعوى يتم فيه التسبيب، بإبراز مساعي الصلح ونتائجه الإيجابية وإرفاقه بمحضر الصلح.

المطلب الثاني

اثر فشل محاولة الصلح

قد يحدث ان تبوء محاولات القاضي كلها في اصلاح العلاقة الزوجية و حل التزاع المعروض امامه بالطرق الودية بالفشل ، كون ان هذا الاحتمال له النصيب الأكبر في قضايا الطلاق، من الاحتمال

---

1 : النيداني، حسن الأنصاري، نفسه، ص 33.

2 : أشار إليه: لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق ، ص 165 ، النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 163

3 : النيداني، حسن الأنصاري، نفسه، ص 164 .

الثاني _ نجاح محاولة الصلح _ ، للأسباب التي تم التعرض لها.

وعليه نتساءل ما اثر هذا الفشل على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، (الفرع الاول)، وأثره على الطلاق بطلب من الزوجة، (الفرع الثاني).

الفرع الاول

اثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .

إن الأثر المباشر لفشل محاولة الصلح هو سقوط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ودفع مهر جديد أيضا، طبقا للمادة 50 من قانون الأسرة، في حالة ما تزامنت مدة الصلح مع مدة العدة والمحددة بثلاثة أشهر على أن لا يتجاوزها القاضي مما يجعله يشرع في مناقشة موضوع الدعوى (المادة 4/443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) .

لكن قد تنتهي محاولة الصلح ومنذ الجلسة الأولى بالفشل لأي سبب من الأسباب لكن تبقى مدة العدة سارية، مما يجعل من التصريح بالطلاق، والذي يكون دائما من طرف الزوج، يرتب إلى جانب اثر العدة آثارا شرعية وقانونية أخرى كالالتزام بالنفقة التي تصبح من الحقوق المالية الحالة الوفاء ولا تحتمل التأجيل لذلك أدرجها المشرع ضمن الإجراءات المؤقتة، والتي يجوز للقاضي الفصل فيها على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة، وهو ما قضت به المادة 57 من قانون الأسرة .

فللمطلقة الحق في النفقة في عدة الطلاق الرجعي (المادة 61 من نفس القانون)، الان الزوجية قائمة، لتبقى دينا على عاتق الزوج ولو بعد انقضاء العدة، ومما جاء في قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي. إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده، أخطأوا في تطبيق القانون"[1]

كما للمطلقة من طلاق رجعي الحق في السكن، ويدخل ضمن التدابير المستعجلة لأن عدم الانسجام بين الزوجين واتخاذ أحدهما أو كليهما قرار الانفصال، لا يغني أبدا عن ضرورة بقاء الزوجة المطلقة في المسكن العائلي [2] (المادة 61)، خاصة وأن كانت أما حاضنة ولو لولد وحيد ليبقى تحت رعاية كلا الأبوين مؤقتا.

---

1 : قرار مؤرخ في 2000/02/22 ، غ.أ.ش.، ملف رقم237148 ، المجلة القضائية، قسم الوثائق،دار القصبة حيدرة، الجزائر، العدد الأول، 2001،ص 296 .

2 : إن العرف السائد وبقوة في كافة ربوع الجزائر هو خروج الزوجة من بيت الزوجية فور اتخاذ قرار الطلاق.

كما أن القاضي اتخاذ الإجراءات الضرورية للحفاظ على أموال الزوجة التي كانت تحت إدارة الزوج .[1]

لكن هل هذه التدابير تعتبر من الطلبات المقابلة التي يقدمها أحد أطراف الخصومة عند انقضاء مركزه القانوني ؟

يجيب الأستاذ زودة أن الزوجة لا تستطيع أن تتقدم بطلبات مقابلة إلا في إطار الخصومة القضائية ، والتي لا تنشا إلا عن طريق المطالبة القضائية، وإعلان الزوج للطلاق بإرادته المنفردة ليس فيه اعتداء على حق أو مركز قانوني حتى تنشا خصومة قضائية، لذلك فقبل الإعلان عن الطلاق ليس للزوجة حقوق تطالب بها وطلباتها غير مقبولة لانتفاء المصلحة وهذه الأخيرة تبقى محتملة لان الزوج بإمكانه التنازل عن عريضة الطلاق التي تمثل أحد العناصر الشكلية لصحة العمل القانون[2] .

لكن الطلاق وقع فعلا من تاريخ تلفظ الزوج به صراحة أو كتابة من خلال عريضة يعلن فيها عن إرادته في الطلاق، وما توجهه إلى القضاء إلا من اجل إثباته.

كما أن اجتماع العناصر الشكلية للعمل القانوني (تقديم العريضة وإجراء محاولة الصلح والإعلان عن الطلاق في جلسة علنية) لا تلغي حقيقة إن المركز القانوني الجديد الذي ينشا عن مجرد تعبير الزوج عن إرادته في إيقاع الطلاق، والذي يرتب حقوقا حالة الوفاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فالمصلحة قائمة وليست محتملة وتتمثل في الضرر الذي سيصيب الزوجة جراء عدم حصولها على النفقة الغذائية وعدم إيوائها والمحضون في السكن العائلي، لذلك فان المطالبة بحق النفقة، وما يدخل فيها من كسوة وعلاج وسكن، تبقى من التدابير الإستعجالية التي لا تحتمل التأجيل.

لكن يمكن اعتبار المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، إذ اما ثبت انه تعسفيا من الطلبات المقابلة التي تحتمل التأجيل إلى حين إثبات وقائع التعسف.

الفرع الثاني

أثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بطلب من الزوجة.

إن الطلاق بطلب من الزوجة يتوقف على حكم القاضي به، وهذا الأخير لا يحكم به إلا إذا ثبت لديه فعلا أن الزوجة متضررة ضررا بليغا من الحياة الزوجية جراء عدم النفقة مع يسار الزوج أو غيبته أو لأي ضرر معتبر شرعا، حال فعلا دون الحياة الزوجية الكريمة، والى حين صدور الحكم القضائي فلا

---

1 : الغوثي،بن ملحة، المرجع السابق، ص 119.

2 : زودة، عمر، المرجع السابق، ص 122 –123.

عدة تعتدها الزوجة لأنها لم تطلق بعد .

فإذا ما ثبت الضرر فرق القاضي بطلقة بائنة بعد عجزه عن الإصلاح بين الزوجين، وهو الأثر المباشر لفشل محاولة الصلح .

لكن إذا لم يثبت لدى القاضي الضرر الذي تدعيه الزوجة من زوجها تغير أثر فشل محاولة الصلح إلى ضرورة الالتجاء إلى تطبيق نص المادة

56 من قانون الأسرة والتي تقضي بأنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكم ا من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين".

و كما هو موضح فان هذه المادة تتناول تنظيم مرحلة أخرى من مراحل دعاوى الطلاق وهي التحكيم.

خلاصة الفصل الثاني

يتبين لنا كخلاصة لما جاء في مضمون الفصل و نظرا لدور القاضي خلال هذا الاجراء ، ان الصلح هو آلية يتحكم بها قاضي شؤون الاسرة و الذي لا بد ان يضطلع باداء مهامه خلالها بكل حرص و عناية في سبيل تحقيق مساعيه اثناءها و بالتالي تحقيق مساعي المشرع التي رمى اليها عند تسخير هذه المكنة القانونية ، و على هذا الاساس منح المشرع قاضي شؤون الاسرة عدة سلطات و صلاحيات لممارسة دوره بكل اريحية خلال عملية الصلح و اتخاذ مختلف التدابير الاصلية و الاحترازية و في مختلف صور فك الرابطة الزوجية ، بهدف انجاح و اصلاح العلاقة الزوجية من جهة ، و بهدف اثبات دوره و تفعيله ايجابا من جهة اخرى ، و هو ما يظهر من خلال الاثار المترتبة على عملية الصلح ، فقد يؤدي اجتهاده اثناءها الى تحقيق الصلح فعلا و انهاء النزاع بين طرفي العلاقة ، و هنا يكون القاضي قد حقق غايته و غاية المشرع الجزائري من وراء استحداث محاولة الصلح ، كما قد لا تؤدي مجهودات القاضي لاي نتيجة و هذا حال تعنت احد طرفي العلاقة او كلاهما فتبوء كل محاولاته للاصلاح بالفشل.

خاتمة :

ختاما لدراستنا نخلص لكون ان دور القاضي في الحد من الطلاق بواسطة الصلح القضائي يكون من خلال تقديس هذا الاجراء و تكريسه و ممارسته على اكمل وجه ، وفقا لما نص عليه القانون دون تجاوز أي تفصيل يتعلق به او التهاون به ، كون ان الصلح القضائي اجراء بالغ الاهمية خاصة حين تعلقه بنزاعات الاسرة التي تعد لبنة المجتمع ما يسلط الضوء اكثر على اهمية دور القاضي خلال هذه المرحلة _ مرحلة الصلح القضائي _ و هذا نظرا لما سيرتبه اجتهاد القاضي و مساعيه من اثار ايجابية او سلبية تنعكس بعدها على مسار القضية المعروضة عليه ككل ، فللصلح في قضايا شؤون الاسرة هو الاداة الامثل و الانجع للحفاظ على مقاصد الشريعة الا و هي الحفاظ على الرابطة الزوجية و إحكام وثاقها حال تعرضها لاسباب و دواعي التلاشي ، و لا يتحقق هذا الا من خلال اجتهاد القاضي ومضاعفة مساعيه لاعادة احياء المودة و الرحمة بين طرفي العلاقة و محاولة اصلاح ذات البين باقصى قدر ممكن مع بذل العناية الفائقة في ذلك ، و عليه كان لهذا الاخير _ القاضي _ عظيم الاهمية و كبير الدور للحد من قضايا فك الرابطة الزوجية بمختلف صورها بواسطة الصلح القضائي .

وقد استنتجنا من خلال ما تضمنه فصلي الدراسة جملة من النتائج والتوصيات نذكر منها ما يلي :

1_ ان المشرع الجزائري من خلال المادة 459 من القانون المدني يعتبران الصلح عقد في حين أن هذا الاخير في قانون الأسرة هو إجراء قضائي.

2_ الصلح جائز و يعد من وسائل فض النزاع وديا وقد ثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع وعمل الصحابة.

3_ أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بإجراءات تضبط آلية الصلح في شؤون الأسرة الى جانب المادة 49 من قانون الأسرة .

4_الصلح يجريه القاضي مباشرة على أن لا يتجاوز 3 أشهر فليس له أسلوب أو وسائل معينة عند إجراءه للصلح ، كون ان المشرع لم يحدد عدد الجلسات و ترك تحديدها للسلطة التقديرية للقاضي من خلال خضوعه في الدعوى والتواصل بين الطرفين ومراعاة إرادتهما في الصلح أو في فك الرابطة الزوجية.

5_الصلح إجراء وجوبي وهو ملزم للقاضي،إلا أنه ليس له السلطة التقديرية في اختيار الوقت المناسب لإجرائه؛ بل بمجرد رفع الدعوى أمام قسم شؤون الأسرة.

6_ إلزامية حضور الزوجين لجلسة الصلح حيث يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم يقوم بسماعهما معا، فإن تغيب أحدهما بعذر أجّل القاضي القضية إلى جلسة أخرى، فإن كان التغيب بدون عذر ومتعمدا يعذر القاضي من الانتظار ومن تجديد محاولات الصلح.

7_ يمكن حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح بناء على طلب الزوجين.

8_ إذا نجح الصلح يحرره القاضي مبينا فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح و يوقعه مع كاتب الضبط و مع الطرفين، ويعتبر هذا المحضر سندا تنفيذيا، وإذا لم يتمكن القاضي من التوفيق والإصلاح بين الزوجين حرر محضرا لإثبات فشل محاولة الصلح بين الزوجين، وهذا المحضر حجة على وقوع الإجراء الذي أوجبه المشرع قبل الفصل في الدعوى في حين ادعاء احد الطرفين بعدم اجراءه .

9_ من آثار نجاح دور القاضي في قضايا فك الرابطة الزوجية هو نجاح الصلحو رجوع الحياة الزوجية من جديد، حيث يسمح للزوج بمراجعة زوجته إذا كان في فترة العدة الشرعية.

10_ من أبرز مقومات الحد من الطلاق هو اجتهاد القاضي خلال مرحلة الصلح و احترامه لهذا الاجراء و تقديسه و تكريسه .

11_ للصلح فوائد كثيرة منها الحفاظ على الروابط الاسرية و بالتالي الحفاظ على الروابط داخل المجتمع ووحدته من خلال تجنب التفكك الاسري ، واعادة المحبة والألفة بين طرفي العلاقة .

ومن أهم التوصيات والاقتراحات ما يلي:

1-إن الدعاة والعلماء المصلحين يقع عليهم عبء فض النزاعات والخصومات بين الزوجين قبل وصول النزاع إلى القضاء.

2-ضرورة استحداث هيئة متخصصة بشؤون الصلح الاسري لاجراء عملية الصلح قبل التوجه للقضاء وهذا تجنبا لتضخم قضايا فك الرابطة الزوجية مباشرة امام الجهات القضائية من جهة ، و للتركيز في هذا الاجراء اكثر و اعطاءه اهمية اكبر .

3_ضرورة ايلاء القضاة اهتمام اكبر لاجراء الصلح في شؤون الأسرة، و منحه وقت اكبر، كونه من الأمور التي سيسأل عنها أمام الله تعالى خاصة و ان اثاره تسري و تمتد لباقي افراد الاسرة و على مر السنوات .

4_ إعادة النظر في نص المادة 50 من قانون الأسرة، و تعديل صياغة النص القانوني وإدراج مادة جديدة تتكلم عن الصلح مع مراعاة العدة.

5_ إعادة النظر فيفص المادة 49 من قانون الأسرة ، مع اضافة نص يوضح أحكام الطلاق حسب أحكام الشريعة الإسلامية، مع التركيز على اهمية التفريق بين التطليق والخلع.

6_ تعيين قاض صلح خاص بالصلح فقط ، منفردا عن قاض الموضوع كون ان التخصص في هذه المرحلة يحقق نتائج و اثار احسن .

7-نشر الوعي الشرعي بأحكام الأسرة وتنمية الوازع الديني لدى الزوجين، مع عمل إرشاد في قضايا الأسرية وشؤونها.

8-عمل ندوات ودورات تدريبية للمقبلين على الزواج للتذكير بأهمية الأسرة والزواج وهدفه من أحكام الشريعة الإسلامية أو تبني التجربة الماليزية وذلك بهدف انقاص نسب الطلاق المرتفعة.

قائمة المصادر و المراجع :

المصادر :

القرأن الكريم .

القوانين :

1_ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري .

2_ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

المراجع :

- **الكتب :**

كتب الفقه و التفسير :

_ أحمد الشامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، سنة 2010.

_ الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم ، دراسة تأصيلية و تحليلية دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، سنة 2009 .

_ أبي فداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، ج 2 ، دار طيبة ،1999 ، دمشق ، سوريا.

_ ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ، المغني ، دار إحياء التراث العربي ، ج 7، ط 1، 1985 .

_ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، ج 6 ، دار الكتب العلمية ، 1994 ، مصر.

_ فتحي حسن مصطفى ، دعاوى الطلاق و الطاعة للمسلمين و غير المسلمين ، منشأة المعارف ، ط 2 ، بلا سنة .

_ أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 17، (د.ط.)، (د.س.).

_ شاكر احمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات مكتبة السنة، القاهرة، 1939، (د.ط.).

_الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا، 2000، ص 68، (د.ط.)،

_ بن عاشور ، محمد الطاهر ، التحرير والتنوي، دار سحنون، تونس، (د.ط)، (د.س.).

_ أمام، محم د كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقو ق الأولاد، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، (د.ط.)

_ بدران ، بدران أبو العنين ، الزواج والطلاق في الإسلام ، ط 2 ، مزيدة ومنقحة، دار التأليف ، مصر،1961 .

_ المومني، أحمد محمد ونواهضة، إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية ، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1 ،دار الميسرة، عمان ، الأردن، 2009.

_ جانم، جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ط 1، دار حامد، عمان ، 2009.

_ منصوري،نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، عين مليلة، الجزائر، 2010 (د.ط.).

_ عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1998.

_ دلاندة ،يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق)، ط 2، دار هومة الجزائر، 2008.

_ اسكندر،محمود توفيق، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002.

_ شبكة، خالك احمد، التوكل في الخصومة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

_ بن محمود، فاطمة الزهراء ودولة ، سامية، اجتهادات قضائية معلق عليها، تقديم اسكندر، زهير، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006.

كتب القانون :

_ عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل – سلسلة تبسيط القوانين دار هومة ، الجزائر ، ط 2، 2009.

_ زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الموسوعة النشر الجزائر ، بلا طبعة ، 2003.

_ معوض عبد التواب ، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ط 1 ، بلا سنة.

_ أحمد نصر الجندي ، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية ، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2010.

_ بلحاج ، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون، الجزائر، ج 1، ص 357 ،(د.ط) ، (د.ت).

_ بردان، إياد محمود، التحكيم والنظام العام، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، 2004.

_ لمطاعي، نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط 1 ، بين مرابط للنشر، الجزاير، 2009.

_ صقر،نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، 2008 .

_ سعد، عبد العزيز، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط 4، ،دار هومة، الجزائر، 2008.

_ العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج و الطلاق – ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، الجزء الأول ، الطبعة الرابعة ، 2005.

_ عمرو خليل ، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، مصر ، دون سنة نشر ، دون طبعة.

_ غضبان مبروكة ، النفقة بين التشريع و الإجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011 .

- **الرسائل و المذكرات :**

رسائل الدكتوراه :

_ بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، بحث مقدم لنيل دكتوراه الدولة بقسم الفقه و أصوله ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة ، قسنطينة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، سنة 2001/2000.

رسائل الماجستير :

_ زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق ، دراسة النصوص القانونية و الفقهية و الإجتهاد القضائي ،

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2007/2006 .

_ إسماعيل موسى مصطفى عبد الله الخلع في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطني ة نابلس فلسطين،2008 .

_ بولحارس صافية ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2014/2013 .

- **المحاضرات :**

_ تشوار جيلالي ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الدراسية 2010/2011 .

- **المجلات و الدوريات :**

- **_ المجلات و الدوريات العلمية :**

_ محمد شيلح ، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق و التطليق ، مقال منشور بسلسلة الدراسات و الأبحاث، المغرب ، سنة 2012 .

_ شليبك ، أحمد الصويعي، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون " ، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد 38 ،أفريل 2009 .

_ داودي ، عبد القادر " وقوع الطلاق من غير الزوج ، أسبابه ومجالات تطبيقه "، مجلة المعيار، العدد التاسع، 2004 .

_ العوا محمد سليم، "إجراءات التحكيم في القانون المصري"، مقال منشور بمجلة دراسات، الصادرة عن عمادة البحث العلمي، جامعة الأردن، المجلد 36، العدد الأول،شهر تموز 2009.

_ ناجي مكاوي رجاء، الطلاق و التطليق القضائي، أي مفاضلة بين النظامين لهدم الأسرة ، مجلة العلم، المغرب ، سنة 2000 .

_ المجلات القضائية :

_ المجلة القضائية ، عدد 04 ، 1968.

_ المجلة القضائية ، عدد 02 ، 1990 .

_ المجلة القضائية ، عدد 03 ، 1990 .

_ المجلة القضائية ، عدد 01 ، 2001 .
_ المجلة القضائية ، عدد 01 ، 2008 .
_ المجلة القضائية ، عدد 02 ، 2012.
_ المجلة القضائية ، عدد 01 ، 2013.

فهرس المحتويات :

اهداء..... ص
شكر و عرفان..... ص
مقدمة..... ص
الفصل الاول : ماهية اجراء الصلح ..... ص
المبحث الأول : مفهوم اجراء الصلح . ..... ص
المطلب الأول : تعريف محاولة الصلح..... ص
الفرع الاول : تعريف محاولة الصلح و أدلة مشروعيته . ..... ص
اولا : تعريف الصلح لغة..... ص
ثانيا _ تعريف الصلح اصطلاحا..... ص
ثالثا _ ادلة مشروعية محاولة الصلح..... ص
1_ من الكتاب..... ص
2_من السنة النبوية الشريفة..... ص
3_ من عمل الصحابة..... ص
الفرع الثاني : تعريف محاولة الصلح لدى فقهاء القانون الوضعي ..... ص
الفرع الثالث : تعريف محاولة الصلح في نظر الإجتهاد القضائي ..... ص
المطلب الثاني :شروط اجراء الصلج . ..... ص
الفرع الأول : الشروط الموضوعية لمحاولة الصلح ..... ص
اولا_ شرط وجود عقد الزواج..... ص
ثانيا_ شرط وجود دعوى قضائية..... ص
1- الطلاق بالتراضي..... ص
2 - الخلع..... ص
3 - الطلاق بإرادة أحد الزوجين..... ص
أ- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... ص
ب- الطلاق بطلب من الزوجة..... ص

4 – التفريق بحكم الشرع والقانون..... ص
أ– الطلاق بحكم الشرع..... ص
ب – الطلاق بقوة القانون. ..... ص
الفرع الثاني : الشروط الشكلية لمحاولة الصلح. ..... ص
اولا _ أطراف جلسة الصلح. ..... ص
أ– الزوجين..... ص
ب – قاضي شؤون الأسرة..... ص
ج – أمين الضبط..... ص
د– النيابة العامة..... ص
ثانيا _ الوكالة في جلسة الصلح..... ص
المبحث الثاني :الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح بين الزوجين. ..... ص
المطلب الأول : محاولة الصلح بين الوجوب والإجازة. ..... ص
الفرع الاول : مرحلة الصلح الوجوبي. ..... ص
الفرع الثاني : مرحلة الصلح الجوازي . ..... ص
الفرع الثالث : نتائج خيارات المشرع حول محاولة الصلح. ..... ص
المطلب الثاني : علاقة محاولة الصلح بالنظام العام. ..... ص
المطلب الثالث : علاقة محاولة الصلح بقانون الإجراءات المدنية . ..... ص
المبحث الاول : دور القاضي خلال اجراء الصلح. ..... ص
المطلب الاول : دور القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. ..... ص
المطلب الثاني : دور القاضي في الطلاق بالتراضي. ..... ص
المطلب الثالث : دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة. ..... ص
الفرع الاول : الحكم على الزوج في جريمة تتعلق بالمساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية..... ..... ص
الفرع الثاني : التطليق بناء على عدم الإنفاق..... ص
الفرع الثالث : التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج . ..... ص
الفرع الرابع : التطليق للضرر المعتبر شرعا..... ص

الفرع الخامس : التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين . ..... ص
المبحث الثاني : اثار دور القاضي من خلال اجراء الصلح ..... ص
المطلب الأول : أثر نجاح محاولة الصلح . ..... ص
الفرع الاول : أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم الكاشف للطلاق. ..... ص
الفرع الثاني : أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم المنشئ للطلاق . ..... ص
الفرع الثالث : دور المحكمة في إثبات الصلح بين الزوجين . ..... ص
المطلب الثاني : اثر فشل محاولة الصلح..... ص
الفرع الاول : اثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج . ..... ص
الفرع الثاني : أثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بطلب من الزوجة. ..... ص
خاتمة..... ..... ص
قائمة المصادر و المراجع..... ..... ص
فهرس المحتويات..... ..... ص