جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسة
- قسم الحقوق -

الصلح في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق

تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالبة:
قاضي سهام

إشراف الدكتور:
فشار أحمد عطاء الله

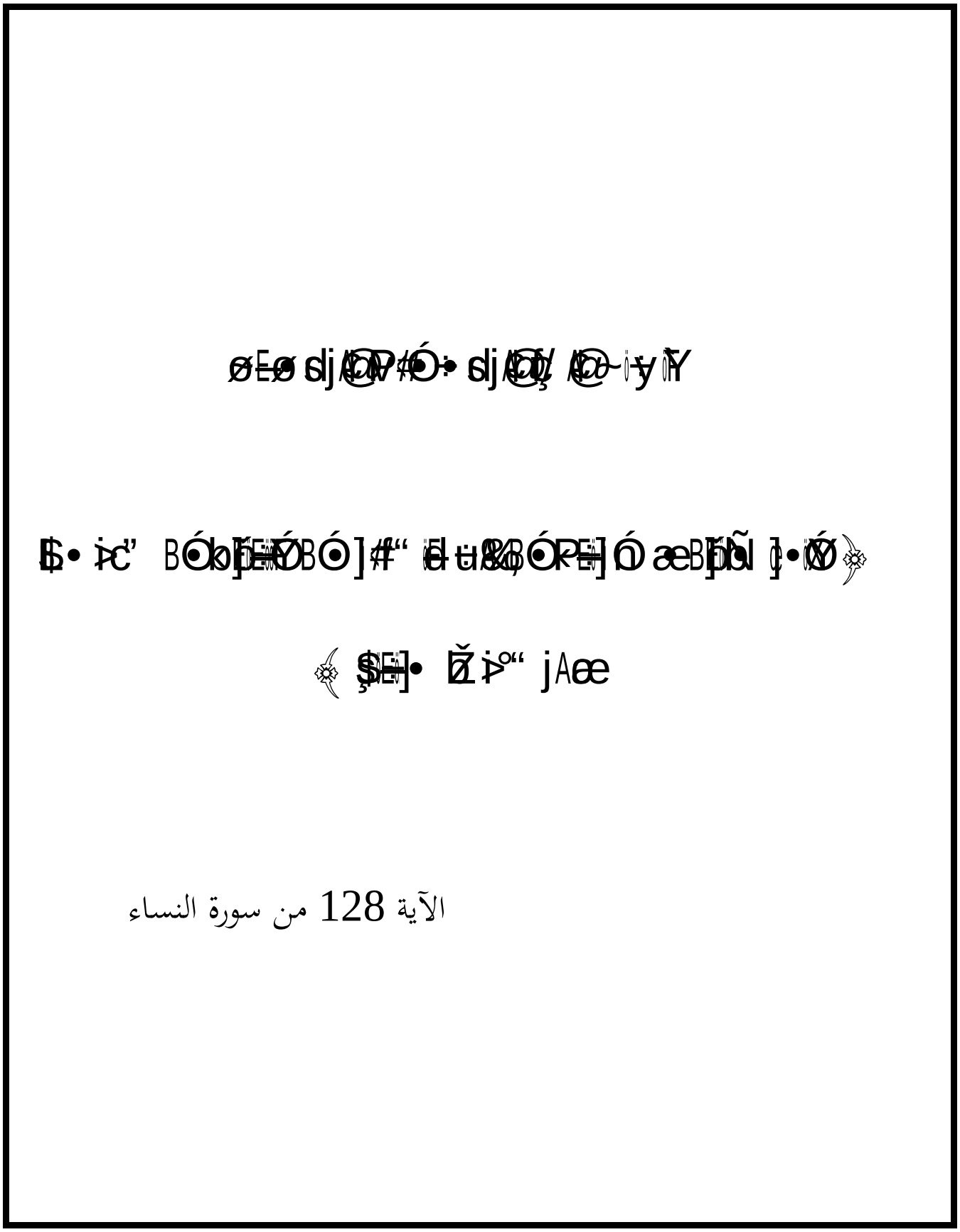
اللجنة المناقشة

د/ معيزة عيسى ..... رئيسا

د/ فشار أحمد عطاء الله..... مشرفا ومقررا

د/ بشير حفيظة..... مناقشا

السنة الجامعية 2016/2015



الآية 128 من سورة النساء

الشكر والتقدير

أشكر الله عز وجل على ما منّ على بجميل الفضل و عظيم النعم على إنجاز هذه المذكرة و لولا فضل الله علىّ ورحمته لما تمكنت منها .

ثم إني أتقـــــــــــدم بالشكــر الجزيـــــل إلى أستاذي و مشرفي ومقترح عنوان المذكرة الدكتـــــور عطاء الله أحمد فشار لما بذله معي من جهد يشكر عليه وجزاه الله كل خير .

والشكر موصول لكل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذه المذكرة.

الطالبة/ قاضي سماح

الإهـــــــــــــــداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أغلى الناس على قلبي والدي الكريمين أطال الله في عمرهما .

إلى جميع إخواني ، إلى أختي " سعاد " أتمنى لها التفوق و الفلاح في مشوارها المهني ، و إلى كل أفراد عائلتي .

إلى زملائي و زميلاتي طلبة الماستر تخصص أحوال شخصية دفعة 2016/2015.

إلى زملائي هيئة الدفاع.

إلى كل أساتذة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة زيان عاشور وكل عمالها و عاملاتها.

الطالبة/ قاضي سهام

مقدمـــــة

مقدمـــة

تكتسي الأسرة أهمية بالغة في النظام الإسلامي ، فهي البنية الأساسية التي يقوم عليها المجتمع فالكل يدرك أهميتها و دورها في رقي المجتمعات أو تخلفها ، فقد حرص المشرع الجزائري على تنظيمها و حمايته لها الحماية القانونية .

فنجد أن الزواج هو أساس تكوينها لقوله تعالى في الآية 21 من سورة الروم: ﴿ [illegible] ﴾. فالله عز و جل رغب فيه لأنه الوسيلة لترابط الأسرة و تناسل الأفراد و تقوية أواصر المحبة بين الناس ، وكل ذلك من أجل بناء أسرة تقوم على مبادئ المساواة و التكافؤ و الإستمرار.

فالشريعة الإسلامية السمحاء أحاطت هذا الرابط المقدس بمنهاج لضمان نجاحه و تحقيق الأهداف السامية منه ، عن طريق المعاشرة بالمعروف و إحترام كلا الزوجين بعضهما البعض و النهي عن كل ما يسيئ إلى العلاقة الزوجية و يعكر صفوها وذلك لتفادي إنحلالها.

إلا أنه قد تحدث أمور تحول دون مواصلة الحياة الزوجية بعدما تتحول هذه الأخيرة إلى جحيم فيضطر الزوجين إلى اللجوء إلى الحل الإستثنائي آلى و هو فك الرابطة الزوجية لأن الفراق أصبح لابد منه.

ونجد أن هناك عدة وسائل لإنهاء هذه العلاقة و إيقاع الطلاق فمنها التي تكون بيد الزوج بإعتباره صاحب العصمة الزوجية و يتمثل في الطلاق بالإرادة المنفردة و منها من تكون بطلب من الزوجة وهي التطليق و الخلع والتي إعتبرها المشرع طلاقاً.

و إنطلاقا من حرص الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي حصول المنازعة الأسرية فقد شرع الصلح لقوله تعالى في الآية 128 من سورة النساء ﴿ [illegible] ﴾ و الذي يعتبر من أهم الوسائل لتفادي حل عقد الزواج لأن ميثاق الزوجية هو تكريس لمبدأ شرعي أقره الله عز و جل و رسوله الكريم صلي الله عليه و سلم.

و قد نص المشرع الجزائري على مبدأ الصلح بين الزوجين في المادة 49 من قانون الأسرة عندما جعل هذا الأخير لا يثبت إلاّ بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي الموضوع أمامه النزاع ، فكانت هذه الوسيلة طريقا للصلح بين الزوجين لتفادي إنحلال الرابطة الزوجية ، كما جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لإستكمال النقص الوارد في المادة 49 من قانون الأسرة من خلال شرح و توضيح كيفية إجراء الصلح .

إلى أي مدى ساهم الصلح في حل النزاعات الأسرية في ظل الصعوبات التي تواجه القاضي؟ وهل حقق الصلح النتائج المرجوة من وضعه و ماهي سبل نجاعته؟

إلاّ أنه قد يوفق القاضي في إجراء الصلح كما أنه قد لا يوفق في مساعيه للصلح بين الطرفين طول المدة المقررة لذلك لعدة أسباب . ففي هذه الحالة ما هي النتائج و الآثار التي ترتب في الحالتين ، وكيف يكون مصير العلاقة الزوجية؟.

و قد تثير مسألة الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح العديد من التناقضات ، فناك من يرى بأنه يجوز الطعن فيها و ذلك لسلامة التطبيق الصحيح للقانون لأن جل النظم القانونية تقوم على مبدأ التقاضي على درجتين ، و يرى جانب آخر بأنه لا يجوز الطعن بالنقض فيها لأنها تثير الكثير من الإشكالات و التناقضات .

فما مدى شرعية الأحكام الخالية من إجراء الصلح ؟ و ماهو مصير الأحكام التي لا تحترم إجراء الصلح؟.

الإشكالية :

من خلال الإشكاليات الجزئية التي ذكرناها ، نصل إلى إشكالية رئيسية : ما المقصود بالصلح في قانون الأسرة الجزائري ؟ . فيما تتجلى أثاره في قضايا فك الرابطة الزوجية بأنواعها؟. هل وفق المشرع الجزائري في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما تعلق بأحكام الصلح في قانون الأسرة؟. ما مدى نجاح و فعالية الصلح لحل النزاعات الأسرية و إصلاح ذات البين و تفادي الطلاق بين الزوجين؟

أسباب إختيار الموضوع : تناولت هذا الموضوع لعدة أسباب شخصية و موضوعية أجيزها فيمايلي:

أولا/ الأسباب الشخصية :

1 – البحث و التوسع في موضوع الصلح في قانون الأسرة لأنه من المواضيع التي لم يتم التطرق لها من قبل في مذكرات من سبقوني إلا ما تم تناوله في بعض الجزئيات ، ويكون بذلك موضوع الصلح من القضايا التي تواجهني بشكل يومي في عملي.

2 – البحث أيضا في ثغرات المشرع الجزائري فيما تعلق بالصلح في قانون الأسرة وعدم وضوح النص و أهم التناقضات بين الشلريعة الإسلامية و نص المادة و الواقع العملي ، و كل ذلك من الأجل الخروج من البحوث النظرية الجافة التي لا تضيف الجديد للبحث العلمي و لا تخدم القانون و القانونيين.

ثانيا : الأسباب الموضوعية :

1 – عدم وجود دراسات و بحوث متخصصة تعالج هذا الموضوع على الرغم من أهميته البالغة لأنه مرتبط بمصير الأسرة و التي هي نواة المجتمع ، لذلك إرتأينا من خلال هذه الدراسة أن نضيف للمكتبة الجزائرية مايفيد و نثري البحث بالتحليل و المناقشة و النقد من خلال تجربتنا العملية في مختلف المحاكم و المجالس القضائية بإعتبارنا هيئة دفاع لأن الأمر يختلف كثيرا بين ماهو نظري و الواقع العملي و نجعل هذا البحث في متناول كل طالب علم .

2 – عدم وضوح النص و النقص في تناول المشرع لهذا الموضوع من خلال قانون الأسرة الجزائري على الرغم من أهميته.

أهمية الموضوع :

1 – نجد أن لمحاولة الصلح أهمية كبيرة جدا في قضايا الأحوال عموماً و قضايا فك الرابطة الزوجيو خصوصا لأن الأمر يتعلق بالأسرة و التي تعتبر البنية الأساسية لبناء المجتمع.

2 – كما أن الحاجة إلى دراسة هذا الموضوع لتوضيح الغاية من إجراء الصلح من طرف القاضي لإصلاح ذات البين و أن الأمر يتعدى كون أن محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي لإستيفاء الإجراءات الشكلية التي نص عليها المشرع الجزائري.

الدراسات السابقة : لم يتم التطرق إلى موضوع الصلح في قانون الأسرة الجزائري كموضوع مستقل خاصة بعد التعديل الذي ورد في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلاّ أنه تم الإشارة إليه في بعض المذكرات التي تناولت موضوع فك الرابطة الزوجية بأنواعه و يتعلق الأمر بمذكرات نذكر منها :

1 / زيدان عبد النور الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية و الفقهية و في الإجتهاد القضائي رسالة ماجستير جامعة بن عكنون السنة الجامعية **2007/2006**.

2 / بوجناحي أمينة دور القاضي في الخلع رسالة ماجستير جامعة بومرداس السنة الجامعية **2014/2013**.

3 / بولحارس صافية سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج رسالة ماجستير السنة الجامعية **2014/2013**.

صعوبات الدراسة : واجهتنا الكثير من الصعوبات في دراستنا :

1 – قلة المراجع التي تناولت الموضوع بإسهاب ، إلاّ ماجاء في بعض الكتب و المذكرات التي إعتمدت على موضوع محاولة الصلح كفرع .

2 – عدم وضوح المشرع الجزائري في قانون الأسرة لإجراءات القيام بالصلح ماجعلنا نلجأ إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الذي جاء هو الآخر لإستكمال النقص الوارد في قانون الأسرة فيما تعلق بمسألة محاولة الصلح و كيفية إجراءها .

3 – عدم وضوح النص القانوني جعلني أجتهد في النقد و إبراز رأيي خاصة عندما تعترضني أثناء تأديتي مهامي مسألة يكون فيها التناقض بين أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة .

4 – أيضا مسألة قيام محاولة الصلح في جميع قضايا فك الرابطة الزوجية ، على الرغم من أن هناك حالات كان على المشرع أن يستثني منها الصلح كما فعل المشرع المغربي في مدونة الأسرة والذي إستثنى محاولة الصلح من حالة الطلاق للغيبة.

المنهج المتبع:

إعتمدت في دراستي هذه على المنهج الإستقرائي التحليلي.

1/ المنهج الإستقرائي: بإسقراء ماتعلق بالمسائل القانونية و الفقية في مجال البحث الخاصة بالأحوال الشخصية.

2/ المنهج التحليلي: فأتعرض بالتحليل و النقد لما إختاره المشرع الجزائري و إعتمده في مختلف مسائل الأحوال الشخصية في قانون الأسرة.

خطة البحث : تناولت البحث وفق خطة ثناية في فصليين.

مقدمة:

الفصل الأول: ماهية محاولة الصلح و الغاية من إقرارها.

المبحث الأول: ماهية محاولة الصلح .

المبحث الثاني : الشروط التي تحكم محاولة الصلح .

الفصل الثاني : الآثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول : آثار نجاح و فشل محاولات الصلح .

المبحث الثاني : مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية للطعن بالنقض .

خاتمة.

الإقتراحات

الفصل الأول

ماهية محاولة الصلح

و الغاية من إقـرارها

الفصل الأول
ماهية محاولة الصلح و الغاية من إقرارها

ماهية محاولة الصلح و الغاية من إقرارها هي من المسائل الهامة التي تتعلق بمحاولة الصلح بين الزوجين من طرف القاضي ، و التي تعتبر في حد ذاتها من المسائل الأولية في هذا الموضوع للوصول إلى أحكام جلسة الصلح و جميع المسائل المرتبطة بها و لذلك اشتمل هذا الفصل على مبحثين نخصص الأول لماهية محاولة الصلح من خلال إيجاد تعريف لها (**المبحث الأول**) ، ثم نخصص الثاني لدراسة الغاية من إقرار الصلح (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول
ماهية محاولة الصلح .

تشتمل هذه المسألة على على نقطتين أساسيتين بداية بإيجاد تعريف لمحاولة الصلح خاصة و أن المشرع الجزائري لم يعرفها (**المطلب الأول**) ، ثم نعرج إلى أهمية و دور محاولة الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية المعروضة أمام القضاء من خلال الغاية من إقرارها(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
تعريف محاولة الصلح

لم يتعرض المشرع الجزائري من خلال نص المادة **49** من قانون الأسرة إلى تعريف الصلح وبالتالي يمكن الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية لإستقاء تعريف لها (**أولا**) ثم نرى تعريفها لدى فقهاء القانون الوضعي (**ثانيا**) وفي الأخير نتعرض لموقف القضاء و الإجتهاد القضائي (**ثالثا**) .

أولاً/ تعريف محاولة الصلح و أدلة مشروعيتها.

الصلح في لغة العرب قطع المنازعة ، و الصلح في كلام العرب أيضا بمعنى السلم بكسر السين و فتحها ، فنقول لغة السلم بالفتح و السلم بالكسر ، معناه الصلح [1] ، قالى تعالى: ﴿ [illegible] ﴾ [2].

و الصلح في اللغة من تصالح القوم بينهم ، يقال لغة : قد أصلحوا و صالحوا و أصّلحوا و تصالحوا و أصالّحوا 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** "[3].

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 و صافاه ، و نقول صالحه على شئ أي سلك معه مسلك المسالمة في الإتفاق ، و صلح الشئ إذا أزال عنه الفساد[4].

أما إصطلاحاً ، فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الصلح بأنه " **عقد وضع لرفع النزاع بين المتخاصمين** "[5]، أو هو " **عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة وركنه الإيجاب مطلقا و القبول فيما يتعين** ".

1/ من الكتاب :

لقد جاء في القرآن الكريم آيات كثيرة تدعو إلى الصلح في الميادين المختلفة ، أما بخصوص الصلح في مادة الأحوال الشخصية فهناك آيات بارزة في ذلك ، منها قوله تعالى﴿ [illegible] ﴾

[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.

[2] - الآية 208 من سورة البقرة.

[3]– بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 266.

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

[5]– 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.

﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾[1].

ومعنى الآية أنه إذا خافت المرأة من زوجها أن ينفر عنها أو يعرض 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 جناح عليها في بذلها ذلك له و لا عليه في قبوله منها ، و لهذا قالى تعالى:﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾ ثم قال : ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ أي من الفراق .

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 و أبقاها على ذلك [2] ، فقد روي عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : " خشيت سودة أن يطلقها النبي صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يارسول الله لا تطلقني و أجعل يومي لعائشة ، ففعل فنزلت فلا جُناح عليهما أن يُصلحا بينهما صلحا و الصلح خير ..." رواه الترمذي.

ومن الآيات التي شرعت الصلح بين الزوجين قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾[3].

وهذا النوع من الصلح أوسع دائرة من التصالح بين الزوجين لأن النزاع يخرج عن إرادة الزوجين إلى أسرة الزوجة و الزوج ، بسبب إستحكام الشقاق بينهما [4].

2/ من السنة النبوية الشريفة:

وقد جاء في السنة ما يؤكد مشروعية الصلح ، فقد روى أبو هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالاً أو أحل حراماً**"[5].

وروى 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 حلالاً أو أحل حراماً و المسلمون على شروطهم إلاّ شرطا حرم حلالاً أو أحل حراما" رواه الترمذي و صححه.[6]

---

[1]– الآية 128 من سورة النساء.

[2] – أبي فداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، ج 2 ، ص 428.

[3] – الآية 35 من سورة النساء .

[4] – بلقاسم شتوان ،الصلح في الشريعة و القانون ، دراسة مقارنة ، المرجع السابق ، ص 313.

[5]– ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ،المغني ، دار إحياء التراث العربي ، ج 7، ط 1، س 1985.

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

3/ عمل الصحابة :

فقد روى عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري وهذا يدل على أنه يتعين على القاضي أن يسعى إلى الصلح بين جميع المتخاصمين ومن بينهم الزوجين[1] وروى أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحا[2].

ثانيا/ تعريف محاولة الصلح لدى فقهاء القانون الوضعي :

لقد أقر المشرع الجزائري إجراء عدة محاولات للصلح بين الزوجين من أجل قطع النزاع و حسمه [3]، وذلك فيما تعلق بالدعاوى التي ترمي إلى فك الرابطة الزوجية ، لكن وعلى الرغم من الدور الذي تلعبه محاولة الصلح ، إلاّ أننا نجد أن فقهاء و أساتذة القانون لم يمنحوا لها الدراسة الكافية ولم يعيروها الإهتمام اللازم على الرغم من أهميتها .

وعلى العموم يمكن إبراز تعريف عام لهذه المحاولة بأن المراد منها الصلح بين الزوجين بالإصلاح بينهما ، بما فيه صلاح حالهما وإستمرار العلاقة الزوجية و حسن المعاشرة أي إمساك بمعروف[4].

ومن إجراءات محاولة الصلح هو قيام القاضي بإستدعاء الزوجين معاً إلى جلسة خاصة يعقدها في مكتبه ، ومحاولة إقناعهما خاصة رافع دعوى الطلاق من أجل العدول عن هذا الطلب و المتمثل في فك الرابطة الزوجية وذلك من خلال الإستماع إلى الطرفيين و معرفة أسباب الخلاف و ظروفه و بعدها يحاول أن يصلح بينهما مبرزاً مساوئ وتبعات الفرقة على الطرفيين وعلى الأبناء إن وجدوا ، وبيان محاسن التفاهم والإنسجام و التسامح من أجل إستمرار العلاقة الزوجية لصالحهما و لصالح الأبناء و العائلتين و حفاظا على الروابط الأسرية[5].

---

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

[2] – أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، المرجع السابق ، ص 367 .

[3] – الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 286.

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

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

وقد عرّف الأستاذ **عمر زودة** الصلح بقوله : " **يقصد بمحاولة الصلح هو أن يقوم القاضي بجمع الزوجيين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه للطلاق** "[1] .

فصحيح أن تتم محاولة الصلح من طرف القاضي بين الزوجين بجمعهما أمامه ،لكن لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه الطلاق هو أمر صحيح فقط في الحالة التي يكون فيها طلب الطلاق من طرف الزوج ، و إرادة هذا الأخير وضع حد للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة ، هذا و إن كان هو الغالب من الناحية العملية ، إلاّ أننا سوف نرى 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 بناءاً على طلب الزوجة ، أي في دعاوى التطليق و الخلع و حتى أيضا في الدعاوى الرامية للطلاق بالتراضي بين الزوجين، ومما سبق ذكره يتبين جلياً الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي في عرضه للصلح على المتخاصميين 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 جاداً من خلال تبسيط نقاط الخلاف بين الطرفيين وليس الغرض فقط أن تكون محاولة الصلح مجرد عرض شكلي لإستيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم و الفصل في القضية، فهو أقصى ما يتمتع به القاضي من دور إيجابي في إنهاء النزاع [2]، و الذي يندرج في هذا الموضع ضمن نشاطه في إطار الوظيفة الولائية و ليس القضائية [3]، لكن و رغم ذلك نلاحظ طغيان الطابع القضائي على محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي .

ثالثا/ تعريف محاولة الصلح في نظر الإجتهاد القضائي

بالرجوع لبعض القرارات الخاصة بإجتهاد المحكمة العليا في مسائل الأحوال الشخصية ، و فيما 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 [4].

---

[1]– زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، الموسوعة للنشر الجزائر ،بلا طبعة ، سنة 2003، ص 108.

[2]– الأنصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص 306.

[3]– زودة عمر، مرجع سابق ، ص 109.

[4]– قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 ملف رقم 216850 وقرار بتاريخ 1999/03/16 ملف رقم 217179 .المجلة القضائية عدد خاص بغرفة الأحوال الشخصية .د.و.أ.ت. سنة 2001 .ص 100 و مابعدها و ص 122 ومابعدها.

كما أنه و بالرجوع إلى بعض الإجتهاد القضائي العربي – **المصري مثلا** – نجد محاولة الصلح من طرف القاضي في قضايا الطلاق عموما ، القصد منها محاولة إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين و عودة الحياة الزوجية إلى ماكانت 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 أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البيت بين الطرفيين، 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 سواءاً الجزائري منه أو العربي أنه لا يختلف عن بعضه ، كما أنه يتفق في كونه محاولة القاضي الصلح بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية الهدف منها الإصلاح و المحافظة على عرى الزوجية ، و السعي بكل الطرق و الحلول الممكنة لتفادي إنحلالها بأي طريق كان.

ومنه القول بأن محاولة الصلح في نظر الإجتهاد القضائي لا يختلف تماما عن ذلك الذي جاء به الفقه فالأصل واحد و الهدف أيضا واحد.

المطلب الثاني

الغاية من إقرار الصلح

لمحاولة الصلح أهمية خاصة في قضايا الأحوال الشخصية عموما و قضايا فك الرابطة الزوجية خصوصاً ، لأن الأسرة هي كيان المجتمع بها يقوم و منها يبنى ، فالحفاظ عليها بالصلح بين ركنيها الزوج و الزوجة ، ولذلك سوف نتناول دور القاضي في الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج **(أولا)** ثم دور القاضي في الطلاق بالتراضي **(ثانيا)**، ثم وصولا إلى دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءاً على طلب الزوجة أي التطليق و الخلع **(ثالثا)**

[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./ المادة 82 فقرة 2 و المادة 251 من مدونة الأسرة المغربية.

أولا/ دور القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

القصد منه إستعمال الزوج لحقه في فك الرابطة الزوجية بإعتبار العصمة بيده و هو حق يكتسبه بمجرد العقد على الزوجة عقداً صحيحا و يكون من الزوج نفسه أو من رسوله أو وكيله[1]، وسواء كان من هاذا أو ذاك لا يجوز للقاضي و لا غيره أن يمنعه أو يعترض على سبيل حقه في الطلاق و لايطلب منه تقديم الأسباب حتى يستجاب لطلبه [2]، إنما يكفي أن يعبر عن إرادته في ذلك لأن العصمة في يده أصلاً[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 و الذي يزيد الإشكال أكثر إذا كانت فترة العدة الشرعية قد إنقضت ، و بعبارة أخرى قد تكون دعوى الطلاق لاحقة للطلاق ، فما هو دور محاولة الصلح عندها خصوصا إذا إستغرقت المدة فترة العدة الشرعية فأصبح الطلاق بائنا شرعاً ؟.

ثانيا/ دور القاضي في الطلاق بالتراضي.

ويراد منه الطلاق بتراضي الزوجين و إتفاقهما معا بناءاً على رغبتهما المشتركة[5]، أي أن يتفق كل من الزوج و الزوجة على إيقاع الطلاق بينهما ، فيتفقان على مبدأ الطلاق و كل مايتصل به من توابع و غيرها من الحقوق ، فيطلبان من القاضي إثبات الطلاق وكل مايتصل به من توابع و غيرها من الحقوق ، فيطلبان من القاضي إثبات الطلاق بينهما حسب ما إتفقا عليه و ماعلى القاضي سوى الإستجابة لذلك متى توافرت شروط ذلك.

ففي القضاء أنه لا يمكن 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 الآيات 129/127 من سورة النساء ، فكما على الزواج إتفقا فينهيان العقد

---

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

[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.

[5]– العربي بلحاج ، المرجع نفسه، ص 258.

الأول بعقد ثان لا ظلم فيه لأحد بالمعروف و الإحسان [1]، 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[2].

ثالثا/ دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة.

1/ محاولات الصلح في دعاوى التطليق

وردت حالات في نص المادة 53 من قانون الأسرة عشوائياً بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل قضية ، و أمام غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه[3]،وبالتالي إقتضى الأمر تناول حالات التطليق والتي يكون فيها إجراء الصلح منتج لآثاره و له فائدة **(أولاً)** ، وحالات أخرى يكون فيها الصلح مجرد إجراء شكلي لا يتعدا ذلك **(ثانيا)** .

أولاً/ الصلح المنتج في بعض حالات التطليق

هناك حالات أين يكون لصلح أثر منها الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية **(أ)** ، و حالة ما إذا رفعت الزوجة دعوى تطليق لعدم الإنفاق**(ب)** ،كذلك حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**(جـ)**، ثم التطليق للضرر المعتبر شرعاً**(د)** ، وصولاً إلى الشقاق المستمر بين الزوجين**(هـ)**.

أ – الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

لقد أجاز المشرع الجزائري في المادة **4/53** من قانون الأسرة ، للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف العائلة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية ، ومن خلال تفحص هذه المادة يتبين أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب التطليق على أساس هذا السبب إلاّ إذا توفرت الشروط التالية :

---

[1]– العربي بلحاج ، نفس المرجع ، ص 259 و 260.

[2]– المحكمة العليا . قرار في 1965/12/08 . المجلة القضائية سنة 1968 عدد 4 ص 231 / قرار غير منشور بتاريخ 1985/12/30 ملف رقم 37789 أشار إليه الدكتور العربي بلحاج . المرجع السابق . ص 259.

[3]– 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**.....".

– أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيئ المقضي فيه[1] .

– أن تكون الجريمة المعاقب عليها مما يمس بشرف الأسرة 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.

– أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين أمراً مستحيلا حيث يتحول الحب إلى بغض و كراهية و تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق، و بجمع هذه الشروك يمكن للزوجة طلب التطليق و للقاضي السلطة التقديرية في ذلك وفي هذا المجال وجب التمييز بين ما إذا كان إجراء الصلح في حد ذاته منتج ، أو لا جدوى منه أصلاً بحسب ظروف ووقائع القضية ، بحيث يتطلب الأمر أن يكون القاضي في بداية الأمر مطلعاً جداً على الملف و بناءاً على ظرف القضية يُجري الصلح ، فإذا كانت هناك دعوى تطليق مرفوعة من قِبل الزوجة على أساس صدور حكم جزائي ضد الزوج يقضي بعقوبة ماسة بشرف الأسرة ، وهو في المؤسسة العقابية فعلى القاضي من خلال جلسات الصلح التي يعقدها أن يأمر بإحضاره ليمثل أمامه ، إذا كان بالإمكان إخراج المحبوس أو على الأقل سماعه بموجب إنابة قضائية .

يتأكد القاضي من طبيعة العقوبة و سماع تصريحات كل طرف ، لأنه في إطار القيام بالصلح إذا كان محكوم عليه بمدة ليس بالطويلة أو أن الزوج قضى العقوبة ، و خرج من السجن ثم تأتي الزوجة و ترفع طلبها أنها لا تستطيع أن تعيش مع زوجها ، هنا القاضي يستطيع إجراء الصلح ، من أجل حثها على الإستمرار في الحياة الزوجية ، وتتراجع عن طلبها وفي هذه الحالة يلعب القاضي دور كبير في إقناع الزوجة بأن الزوج أخطئ فعلاً و هو نادم على ما فعل و هو مستعد لكي يتغير و يستأنف الحياة و يتخلى عن التصرفات السيئة أنه يتعين على الزوجة منحه فرصة أخرى ليتدارك الخطأ ، و يندمج في الأسرة و المجتمع من جديد فباب التوبة مفتوح و العفو عليه لاسيما و أن الزوج يتمسك بالزوجية.

[1]– 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 أكتفى بالقول أن الحكم على الزوج عن جريمة ومن ثمة إذا حكمت المحكمة على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفراً خلافاً على ما كان عليه الوضع في السابق .**أنظر** : تشوار جيلالي ،محاضرات في قانون الأسرة ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان سنة 2010،ص 89.

ب – التطليق بناء على عدم الإنفاق.

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

و لهذا أولى المشرع إهتماما كبيرا بمسألة الإنفاق على الزوجة في كل الأحوال [2]، و أكد على الطابع الإلزامي لتسديدها ، و الإخلال بهذا الإلتزام موجب للزوجة حق طلب التطليق و لذلك إشترط المشرع شروط 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[3]، لكن هناك من يرى أنه ليس من الضروري إحضار الزوجة حكم قضائي صادر عن قاضي شؤون الأسرة يقضي بوجوب النفقة و رفض الزوج الإمتثال أو إستظهار حكم جزائي يقضي بالإهمال العائلي لعدم الإنفاق ، بل يكفي أن تلتمس الزوجة التطليق بأن تثبت عدم إنفاق الزوج عليها لمدة معقولة [4].

– 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 فتكون بذلك أسقطت حقها في طلب التطليق ، و ما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يحدد للزوجة ضمن أحكام قانون الأسرة مدة الإنتظار التي تكون مابين تاريخ الحكم بوجوب الإنفاق و بين تاريخ عدم الإمتثال ، فأمكن القاضي أن يمهل الزوجة إلى فترة شهريين قياس على نص المادة 331 من قانون العقوبات[5]، وبذلك ينصح القاضي الزوجة أن تنتظر مهلة شهريين متتابعين و إذا إمتنع الزوج عن النفقة يكون مبرراً لها طلب التطليق [6].

---

[1]– و 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.

[2]– سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية غنية أو فقيرة ، بشرط أن لا تتصرف الزوجة تصرفاً مسقطاً للنفقة كالنشوز كون الزواج فاسداً أو باطلاً.

[3]– 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.

[4]- عمرو خليل ، نفس المرجع ، ص 38

[5]– المادة 331 من قانون العقوبات .

[6]– عمرو خليل ، نفس المرجع ، ص 41.

– أن يكون الزوج ملزماً بالنفقة على الزوجة بموجب حكم قضائي ، و تسعى إلى تنفيذه وفقا للإجراءات و الشروط المنوه عنها قانوناً ، فإجتهاد المحكمة العليا إستقر على أن : " نفقة الزوجة واجبة على الزوج سواء كان موسراً أو معسراً و تخضع للنفاذ المعجل ، و أن يُسر الزوجة ، لا يسقط حقها في النفقة بدون مبرر شرعي ". و لذلك يُحاول القاضي في جلسة الصلح أن يُصلح بين الزوجين ، و يفهم الزوج بأنه مسؤول عن الإنفاق إذ جاء في قوله تعالى: ﴿[illegible]﴾[1]، و لأجل ذلك كانت القوامة للرجال و إلا فيصبح الرجل الذي لا ينفق يأخذ حكم المرأة.

يخول 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 الأزواج يخشون المتابعة الجزائية و الحكم عليهم بالعقوبة الجزائية حينئذ يسارعون إلى دفع النفقة [2] .

ذهبت غرفة الجنح و المخالفات بالمحكمة العليا إى حد إعتبار : " المنح العائلية و أجرة السكن من مستلزمات النفقة ، و أن الإمتناع عن تسديدها لمدة تجاوزت الشهريين ، يعد مرتكبا لجنحة 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] وتتكرر جنحة عدم تسديد النفقة كلما إمتنع المطالب بها عن التسديد ، فيجب على

---

[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]– المحكمة العليا ، غرفة الحنح و المخالفات ، قرار رقم 291721 ، مؤرخ في 2004/07/27 غير منشور.

الزوج أن يعلم أن جنحة عدم تسديد النفقة لا تخضع لحجية الشئ المقضي فيه طبقاً لأحكام المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بإعتبارها جنحة متكررة أو متتالية [1].

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 إلاّ إذا أثبت الزوج الإنفاق ببينة كتقديم حوالات بريدية[2]، وفي هذا المجال لإبراز الدور الإيجابي الذي يلعبه القاضي أثناء محاولات الصلح عندما ترفع الزوجة دعوى التطليق على أساس أن زوجها لم ينفق عليها منذ ستة أشهر ، وهي في بيت أهلها بدون نفقة هي و أبناؤها لكن الزوج قد يتمسك بأنه ملتزم بدفع النفقة شهريا و يحضر حوالات بريدية تثبت دفعه للنفقة في الحساب الجاري الخاص بالزوجة إلاّ أن الزوجة تنكر ذلك.

ويبقى مجرد إرسال الحوالة دليلا ناقصا كونها ورقة صادرة من الخصم و لا تعد دليلاً كاملاً يعتد بها ، إلاّ إذا أثبت أن المبلغ محل الحوالة دخل فعلاً 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 : 2015/02/12 [3] ، بأن يطلب 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 يتبين و أن الزوج كان يرسل النفقة لزوجته و أن المبالغ محل الحوالة لمدة ستة أشهر كانت تدخل فعلاً في حساب المدعية غير أن الخلل يكمن في أن أخ الزوجة كان يسحب الأموال دون علمها مستعملاً بطاقتها المغناطيسية فلو لا تدخل القاضي بما له من سلطات في ظل دوره الإيجابي لما تمكن الزوجان من معرفة الحقيقة و لما تصالح.

يعمل القاضي في محاولات الصلح على أن يقنع الزوج بأنه ملزم بالإنفاق ، مادام هو المسؤول أسرته سواء كان غنيا أو فقيرا على أن يكون إنفاقه حسب حالته المادية و لا يعفى من الإنفاق على زوجته و على عياله ، و لا يؤخذ بشهادة البطالة ، أو عدم العمل كحجة لعدم

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الجنح و المخالفات ، قرار رقم 274013 ، مؤرخ في 2004/07/06 غير منشور .

[2]– غضبان مبروكة ، المرجع السابق ، ص 45 .

[3]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0851476 مؤرخ في 2001/02/12 ، غير منشور.

الإنفاق[1] ،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 مسؤولية الطلاق** "[2]**يحاول القاضي بأن يدفع بالزوجين إلى التصالح على النفقة و إن كان الزوج معسراً عملاً بمبدأ**" لا ظلم من المعسر ، في امتناعه عن الدفع ، لعجزه عن الآداء [3] ، مصداقا لقوله تعالى : ﴿u‚æe u‚ƒ ‚æ\ ƒ or b ‚y‚ó‚ÝØ‚óÌ‚C‚A‚]‚è‚Ó‚E‚y‚ó‚ê‚æ‚u ‚f‚q‚â‚p‚A ‚•‚E‚s‚N „ ‚i‚b ¨ ‚A‚u ƒ ‚ó‚ä‚÷‚I‚i‚m‚] ‚b‚i‚p‚æ﴾ .[4]

وفي حالة فشل القاضي في محاولات الصلح فإنه يجب أن يحسم أمر النفقة، التي تشمل الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته ، و مايعتبر من الضروريات في العرف و العادة ، و على القاضي أن يراعي حال الطرفين و ظروف المعاش ، فكل قضية تختلف عن القضية 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 الشري للوالد ، و حتى لا يتضرر هذا الأخير"[5]

ولذلك لا تكون جلسة الصلح دائما الغرض منها دفع الزوجة للتراجع عن طلبها للتطليق ، و إنما قد تكون مناسبة 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 ماهو المبلغ الذي سوف يلتزم به بعد الأخذ بعدة عناصر في تقديرها (فيما إذا كان الزوج عامل ، أو غير عامل ، له مهنة حرة أو لا ، كشف المداخيل ، عدد الأبناء و هل هم متمدرسون أم لا هل يعانون من مرض مزمن مثلاً أو لا ، هل يوجد رضيع وهل المرأة حامل ؟. و يطلب إحضار شهادة الضرائب التي تحدد بدقة مهنته ، و مركزه لأنه قد يحضر شهادة عدم العمل ليتهرب من المسؤولية....إلخ).

---

[1]– غضبان مبروكة ، المرجع السابق ، ص 46.

[2]– قرار رقم 383189 ، مؤرخ بتاريخ 2007/03/14 ، غير منشور ، **أنظر** : غضبان مبروكة ، المرجع نفسه ، ص 73.

[3]– غضبان مبروكة ، نفس المرجع ، ص 75.

[4]– سورة البقرة ، الآية 280.

[5]– قرار رقم 393590 ، مؤرخ في 2007/05/09 ، غير منشور ، **أنظر:** غضبان مبروكة ، المرجع نفسه ، ص 82.

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 ودياً قدر المستطاع و لاسيما و أن كل زوج و حالته و ظروفه تختلف من زوج إلى آخر ، فلا يوجد مبلغ محدد يلزم به الأزواج و بعد مناقشة كل هذه العناصر المعتمد في تقدير النفقة ، و لذلك لما 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 بدلاً من سلوك دعوى التطليق بأن قرر إمتياز عن كل الديون التي هي في عاتق المدين ، و كما نعلم لا إمتياز إلاّ بنص ، فقد نصت المادة 777 منه : " **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 نفقتهم قانوناً على أن لا يتجاوز الحجز نصف الأجر أو المرتب** ...."، تبقى للديون المتعلقة بالنفقة الغذائية حق الأولوية على باقي الديون عند الإستيفاء وفقاً للترتيب المنصوص عليه في القانون المدني[2]، و هذا كجزاء على عدم النفقة فليس بالضرورة اللجوء إلى القضاء و طلب التفريق لعدم الإنفاق ، و لاسيما و أنه بيد الزوجة حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة و هذا الأخير يعد سند قابلاً للتنفيذ.

جـ – 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

[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.**

من الزوجين في الأموال المكتسبة بعد زواجهما [1]، وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة[2]، 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 .

و إذا إنصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط ، ورفض الزوج أن يمتثل كرفضه لعمل الزوجة ففي هذه الحالة يجوز لها ليس 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 وفق نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة ، و بهذا أراد المشرع أن يجعل حداً نسبيا للتلاعب الذي كان يصدر عن الزوج من حيث أنه كان يوافق على جل الشروط عند إبرام العقود و لا يلتزم بها بعد تنفيذه[3].

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 أن القاضي من خلال محاولات الصلح وما له من سلطة تقديرية في إختيار رأي من الآراء الفقية في هذا المجال ، فقد يكون الشرط صحيحاً لكن يتعذر الوفاء به فيحاول القاضي أن يقنع الزوجين بتعديل الشرط أو الإعفاء منه ، حرصا منه إستمرار الحياة الزوجية و عدم تعليقها على هذا الشرط[4] .

و أمام تنظيم المشرع لهذه المسألة بمادة واحدة يجعل الأزواج يتفننون في وضع الشروط في عقد الزواج حسب أهوائهم ، قصد الوصول إلى مبتغاهم تغريراً ببعضهم البعض دون وازع ديني و لا 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 ، و لا منصوص عليها قانوناً نتيجة إتساع الحرية الفردية و رغبة كل زوج في تأسيس حياته الزوجية تبعاً لظروفه الخاصة .

---

[1]– 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 ، ص 2.

[2]– 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** ".

[3]– تشوار جيلالي ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، السنة الدراسية 2011/2010 ، ص 48

[4]– بولحارس صافية ، مرجع سابق ، ص 2.

فالقاضي في جلسة الصلح في مثل هذه الدعاوى ، له دور إيجابي يتمثل في مراقبة صحة الشروط المقترنة بالعقد و تقدير مشروعيتها ، نظراً لتشعب الخلاف الفقهي في هذا المجال ، و دوره في إبطال الشرط و الإبقاء على عقد الزواج و أيضاً دوره في تعديل الشروط المقترنة بالعقد لإعادته إلى العدالة ، بعد أن كانت الشروط مرهقة للملتزم بها أو إذا كانت شروط 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 الذي يترتب عليه في حالة فك الرابطة الزوجية لأجل عدم الوفاء بها .

د – التطليق للضرر المعتبر شرعاً.

من بين حالات تطليق الزوجة من زوجها ماجاءت به المادة **10/53** " **كل ضرر معتبر شرعاً**" يلاحظ أن عبارات هذه الفقرة عامة وغير محددة ، لأن المشرع لم يقيد حق المرأة للتطليق لضرر معين مانحاً 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 الأمر لا يختلف من مكان إلى آخر فقط ، بل من زمن إلى آخر، و الواقع بإمكان 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 أن يقوم بتعيين حكمين للتوفيق بينهما ، حسب نص المادة 56 من قانون الأسرة و أن الضرر لا يكون كسبب موجب للتطليق ، إلاّ إذا كان صاحب الضرر هو الزوج ، و ليس الغير مالم 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 أمه المسيحية[2].

[1]– بولحارس صافية ، نفس المرجع ، ص 3.

[2]– تشوار جيلالي ، المرجع السابق ، ص 57.

القاضي له دور كبير في جلسة الصلح فإذا كانت دعوى التطليق مؤسسة على أساس الضرر الناجم نتيجة الضرب و الجرح المرتكب من الزوج ، حتى يستنبط مدى خطورة الضرب االمؤدي إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطليق و فيما إن كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه الإسلامي لأنه قد يكون هذا الضرب جائز في الشريعة الإسلامية و يدخل تحت عنوان الضرب غير المبرح في إطار التأديب ، و هو ما يؤكده قرار المحكمة العليا[1].

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

هـ – التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين .

إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي الزوجة ليس لها الحق في طلب التطليق إذا نشب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة ، لأن ذلك في نظره سببا من أسباب التطليق وهذا مادفع المشرع الجزائري في قنون الأسرة قبل التعديل إلى عدم ذكره ، لأنه في الشريعة في مثل هذه الحالة يبعث حكمين من أهلها و بالتالي لم يكن 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.

إستقرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على الأسباب و جعلتها موجبة للتطليق[3]و من بينها ماقضت به في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا صادر بتاريخ : 1985/05/20 الذي جاء فيه " **من المقرر شرعاً أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق الزوجة من ذلك ضرراً بينا**

---

[1]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 40934 ، مؤرخ في 1986/05/05 ، غير منشور **أنظر أيضاً:** العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع و أربعين سنة من 1966 إلى 2010 ، ط 4 ، 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 موجوداً 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 معاً 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، ص58.

و اقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه لا سبيل من حل إلاّ فك الرابطة الزوجية".وبالتالي قد تتعرض الرابطة الزوجية إلى ما يعكر صفوها و يلحقها الفتور أو تعرف خلافات تعصف بهناء الحياة الزوجية و يحل التنافر بدل الإنسجام و الوئام و الخصام بدل المحبة و الألفة ، فتصبح الحياة الزوجية جحيما لايطاق و يستحكم الشقاق فتصبح حياتهما جحيما و نقمة ، فإذا ثبت للمحكمة بعد إجراء عدة محاولات صلح تعذر استمرار العلاقة الزوجية ، و فشلت في 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 أحيانا من النادر أن يمارس أمام الشهود، مما يجعل إثباته متعذراً[1] .

ففي هذه الحالة وأمام عدم ثبوت الضرر في جلسة الصلح ، لا يفصل القاضي في موضوع الطلب و غالباً ما ترفض هذه الدعاوى لعدم التأسيس ، و ذلك على قاضي شؤون الأسرة أن لا يعمل على توسيع نطاق دائرة رفض دعاوى التطليق لإنعدام الإثبات أو لعدم التأسيس من جهة ، و خصوصاً أن الضرر لم يثبت له و أن الرابطة الزوجية لم تنحل بعد ، فهنا القانون منح للقاضي اتخاذ إجراء آخر ، بتفعيل وسيلة أخرى بسلوك نهج آخر قد يفضي إلى نتيجة إيجابية ألا وهو تعيين حكمين من أهل الزوجة لمحاولة الصلح بينهما من جديد و فقاً 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 و لاسيما أن الضرر لم يثبت ، فيعود للمحكمة صلاحية إنتداب حكمين لتقصي الحقائق و تجديد محاولة الصلح لإنهاء الشقاق إنسجاما مع المنهج الإسلامي المتكامل بخصوص تسوية النزاعات الزوجية مصداقا لقوله تعالى :﴿ [illegible] ﴾ **و قوله عز و جل**[3] :﴿ [illegible] ﴾

[1] – ناجي مكاوي رجاء، الطلاق و التطليق القضائي، أي مفاضلة بين النظامين لهدم الأسرة ، مجلة العلم، المغرب ، سنة 2000 ،ص 40.

[2] – عمرو خليل ، مرجع سابق ، ص 105.

[3] – الآية 35 من سورة النساء .

[illegible]

[illegible] [1].

و قوله سبحانه و تعالى : ﴿ [illegible] [2].

وهو بمثابة إجراء وقائي متدرج يهدف إلى حل النزاع الذي يؤدي التغاضي عنه و إهماله إلى تعميق الهوة و الفرقة بين الزوجين و تشتت الأسرة ، لاسيما و إن رفضت الدعوى فهو يضر بالزوجة أكثر ، مما يجعلها تلجأ إلى إجراءات الخلع الذي أصبح منفذاً لمن لا منذ لها ، فالقضاء الجزائري لكي يقرر الشقاق بين الزوجين و يحكم للزوجة بالتطليق لا يكفي أن يثبت للقاضي أنه هناك فعلاً خلافات بين الزوجين أثناء محاولات الصلح ، و إنما لابد إلى جانب ذلك ثبوت الشقاق من خلال الخصومات القضائية بين الزوجين التي تستند إلى أحكام و قرارات قضائية مدنية كانت أو جزائية ، و كان قضاء المحكمة العليا صريحاً في هذا الشأن إذ جاء قرار لها صادر بتاريخ : 2014/09/11 مايلي: " حيث أن القاضي إرتأى إلى تطليق الطرفيين للخلاف أو الشقاق وليس للضرر المعتبر شرعاً 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 [3].وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ : 2011/07/14 الذي تضمن المبدأ الأتي :" يثبت الشقاق المستمر من خلال ما يظهر من الحياة الزوجية و الخصومات القضائية بين الطرفين ، و لايكفي الخلاف الظاهر في جلسة الصلح لثبوت الشقاق المستمر و الإعتماد عليه في التطليق [4].

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 على أن الطرفيين في حالة شقاق مستمر

---

[1]– سورة النساء ، الآية 128.

[2]– سورة الأنفال ، الآية 1.

[3]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0984821 مؤرخ في 2014/09/11 ، غير منشور .

[4]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 624622 ، مؤرخ في 2011/07/14 **المجلة القضائية**، عدد 02 ،سنة 2012، ص 227 إلى 230.

و غيبة الطاعن المستمرة المعتبرة ، و أنه ثبت للمحكمة الضرر اللاحق نتيجة ذلك على أساس أن الحضور الشخصي و تصريحات الطرفيين أنهما في حالة شقاق و خصام ، غير أن المحكمة العليا إعتبرت هذا التسبيب قاصر و لايفيد احترام نص المادة 8/53 من قانون الأسرة وذهبت إلى حد القول أنه : " **كان على المحكمة أن تبين كيف توصلت إلى حالة إثبات الشقاق المستمر و إعتبرت أنه لا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش ومن خلافات بين الزوجين للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر ، لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين و الخصومات القضائية بينهما ، و هو ما يجب توافره لإقرار حالة الشقاق و الإستجابة لطلب الزوجة**".

فحسب إجتهاد المحكمة العليا لا يصح و لا يكفي الخلاف الظاهر من خلال النقاش اعتماده كدليل لقبول دعوى التطليق ، فلا علاقة لجلسة الصلح بقواعد الإثبات ، و هو ما أكده قضاء المحكمة العليا في قرارا آخر صادر بتاريخ : 2011/09/15 : و الذي جاء فيه " **حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أن الطاعن يتعاطى الخمر و السهرات الليلية و له علاقة غير شرعية مع الفتيات و أنه تخلى عن كل واجباته الزوجية و منها الهجر في المضجع ، بينما أنكر الطاعن ذلك ، إلاّ أن المحكمة قدرت أن المطعون ضدها تضررت من العشرة الزوجية استناداً إلى أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح لتفنيد مزاعمها و تأكيد دفوعه ، و أنه لذلك يتعين الإستجابة لطلبها و التصريح بالتطليق ....، وحيث إن هذا السبب فيه خرق لقواعد الإثبات التي تقضي من المطعون ضدها – بصفتها مدعية – تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن ، و خصوصاً و أن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان ، و لذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات و عدم إعتبار تغيب الطاعن عن جلسة الصلح دليلاً على ما نسب إليه ، مادام أنكر ما نسب إليه في جوابه على دعوى المطعون ضدها ، لأن جلسة الصلح لا علاقة لها بقواعد الإثبات و يقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفين و ما اختلفا بشأنه أو أقر به** "[1].

[1]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأشرة و المواريث ، قرار رقم 654972 مؤرخ في 2011/09/15 **المجلة القضائية** ، عدد 02، 2011 ، ص من 294 إلى 297 .

غير أنه قرار آخر إعتبرت جلسة الصلح لها علاقة بقواعد الإثبات ، وهو ما أكده قضاء المحكمة العليا بأن **اقرار الزوج في جلسة الصلح يعتبر حجة عليه** : " **لكن متى أقر الطاعن (الزوج)** أثناء جلسة الصلح المنعقدة بتاريخ : 2002/01/23 على مستوى محكمة أول درجة بعدم تمكين المطعون ضدها (الزوجة) صداقها وحيث ومادام أن الطلاق وقع بين الطرفين قبل الدخول فإن قضاة الموضوع بعدما ألزموا في قضائهم الطاعن بأن يمكن مطلقته من نصف صداقها يكونون قد طبقوا صحيح القانون ، وكل ذلك تماشيا و أحكام المادة **16** من قانون الأسرة مما يتعين رفض الطعن لعدم قانونيته".[1]

حيث أنه في حالة إشتداد الخصام و ثبوت الضرر القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين و هو ما أقره قضاء المحكمة العليا ، لأنه في حالة إثبات الزوجة للضرر و فشل محاولات الصلح حتماً القاضي يصدر حكمه بتطليق الزوجة من زوجها ، و بمفهوم المخالفة إذا انتهى القاضي أن الضرر غير ثابت أو غير قائم ، فهنا يقع إلتزام على القضاة بتفعيل إجراء التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة و هو ما أكدته أيضا المحكمة العليا فالقاضي لا يتسرع للفصل في الدعوى إذا لم يثبت الشقاق وجب تعين حكمين ، و يحاولان الصلح بينهما ، وعلى هاذين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين ولهما أن يطلعا القاضي بما يعترضهما من إشكالات تنفيذ المهمة ، و في هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة[2].

فالقاضي لا يمكن أن يفك الرابطة الزوجية و لكي لا يرفض الدعوى لعدم التأسيس و تطبيقاً للقانون ، فإنه يطبق نص المادة 56 من قانون الأسرة ، لأن عدم الإستجابة لطلب الزوجة يدفعها لسلوك دعوى الخلع لكن في هذه الحالة بدلاً من أن تحصل على تعويض ، فإنها تدفع هي مباغ مالي لقاء حريتها و المادة 56 من قانون الأسرة و كذا المواد 446 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المشرع يخاطب من خلالها القاضي و ليس الأطراف ، لأنه لو كان المقصود فعلاً سوف لن يلجأ الزوج إلى القاضي و إنما يلجأ إلى أفراد العائلة ، و يطلب تدخل الحكمين للإصلاح بينهما.

ألزم المشرع على القاضي عند عدم ثبوت الضرر مهما كانت أسباب الطلب القضائي أن يعين حكمين ، ولو بدون رضا الطرفين طالما أن الأمر لا يرجع لهما ، و أن هذا الإجراء يدخل ضمن الصلاحيات الممنوحة له ، أما في حالة رفض الدعوى لعدم التأسيس أو لعدم الإثبات فإنه يتم تجميد

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، قرار رقم 375807 مؤرخ في 2007/01/17 ، غير منشور.

[2]– أنظر إلى المواد : 446، 447، 448، 449، من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

تطبيق نص المواد 56 من قانون الأسرة و 446 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بدون مبرر لأن السؤال المطروح إذا لم تطبق عند عدم ثبوت الضرر فإنه بلا شك سوف لن تطبق عند ثبوت الضرر ، و لذلك تظهر الحكمة الكبيرة التي توخاها المشرع عند و ضع هذا النص و لاسيما و أن هذا النص يطبق في ظل قيام العلاقة الزوجية.

ثانيا / الصلح إجراء شكلي في بعض حالات التطليق.

يعتبر الصلح في بعض حالات التطليق مجرد إجراء شكلي كحالة التطليق للفقدان و الغيبة (أ) و التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة **(ب)** .

أ- التطليق للفقدان و الغيبة.

معظم شراح القانون الجزائري أخذوا بالتعريف القانوني للمفقود الوارد في نص المادة 109 من قانون الأسرة فقد عرفه الأستاذ / **إسحاق إبراهيم منصور : " الشخص الذي غاب عن وطنه فترة طويلة و إنقطعت أخباره فلا يعرف ما إذا كان حيا أو ميتا "**[1].

كما عرفه الأستاذ / **العربي بلحاج : " الغائب الذي إنقطع خبره و خفي أثره و جهل مكانه و لا تعرف حياته أو مماته "**[2].

كما ورد تعريف المفقود في قانون الأسرة المادة 110 منه[3] و حتى في القواعد التي تضمنتها القوانين الخاصة ، و الظرفية و المتعلقة بظروف استثنائية طبيعية كانت أم أمنية [4].

حيث أن نص المادة 5/53 من قانون الأسرة أجازت لزوجة المفقود و الغائب طلب التطليق ، فعلى الزوجة التي تريد أن ترفع دعوى التطليق للفقدان أن تستصدر حكم فقدان لتثبت واقعة فقدان الزوج لكي يقبل لها القاضي طلبها للتفريق و المفقود لا يعتبر كذلك إلاّ بموجب حكم قضائي لا يمكن

---

[1]- إبراهيم منصور إسحاق ، نظريتا الحق و القانون ، دون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001 ، ص219.

[2]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 508.

[3]- المادة 110 من قانون الأسرة عرفت الغائب : " **الغائب الذي منعته الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة ، و تسبب غيابه ضرر للغير يعتبر كالمفقود**".

[4]- نجد الأمر 03/02 المؤرخ في 2002/02/25 ، المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10 حيث جاء في المادة 1 : " **يحدد هذا الأمر الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001** " بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة ، تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 حيث يصرح المتوفي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده بأماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر ، و لم يظهر له أي أثر و لم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية ، تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث و يسلم هذا المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل 4 أشهر من تاريخ و قوع الكارثة.

تطبيق الأحكام و الآثار المتعلقة بالفقد إلا بعد إثبات وضعية الفقدان أمام القاضي[1]، أو ما يقوم مقامه في حالة استثنائية بموجب نصوص خاصة لها منحى آخر ، كمحاضر الإثبات و المعاينة التي تحرر من طرف الضبطية القضائية و التي تعد كافية لتقرير حالة الفقد ، و بعد ذلك تأتي الآثار التي تتعلق بالأسرة و لاسيما الزوجة فيما يخص العلاقة الزوجية ، لأن العلاقة الزوجية هي أكثر العلاقات التي تتأثر و التي مست الزوجة لما لهذه العلاقة من خصوصية ، و إن استصدار حكم بالغياب يستوجب إثبات الضرر من طرف الزوجة و توفر الشروط القانونية الخاصة بإستصدار الحكم بإعتبار الشخص غائباً ، الذي يلحق حكم المفقود.

فعندما ترفع الزوجة الدعوى على أساس التطليق للفقدان أو لغياب الزوج ، السؤال الذي يبقى يطرح نفسه بإلحاح على مفاده هل يجري القاضي الصلح في هذه الأحوال ؟. و القاضي يعلم جيداً أن مثل هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا استندت على حكم يقضي بفقدان أو غياب الزوج ، و الغريب في الأمر أنه قد يكون القاضي

المعروض عليه الدعوى هو من أصدره ، فنفرض جدلاً أنه أجرى الصلح ، فما الغرض المتوخى من إجراء الصلح أمام الضرر الذي لحق الزوجة؟ و أن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة حضور الطرفيين شخصيا إلى جلسة الصلح فكيف يحضر و هو مفقود أو غائب و صدر حكم بفقدانه أو بغيابه ؟ و كيف يكون رد فعل النيابة العامة بإعتبارها طرفا أصليا في الدعوى ، هل تطالب بإجراء الصلح أم تتجاوزه لعدم فاعليته؟.

إن هذا الإجراء المتمثل في محاولة الصلح بين الزوجين ، لا يقوم إلا بين الطرفين المتخاصمين وهنا الزوج غير موجود ليس لعدم حضوره ، بل راجع إلى وجود حكم يؤكد واقعة الفقدان و أن إجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه و الحكمة من إجراءه مفقودة هي الأخرى في قضية الحال ، ما يجعل جلسة الصلح دون جدوى و بدون موضوع ، و يجعل من الإجراء الذي قام به القاضي إجراء شكلي ، سبق و أن قلنا و أن الصلح ليس إجراء جوهري و تخلفه لا يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي ، بل أن المشرع كان ذكياً لما وضع قاعدة عامة مفادها وجوبية إجراء الصلح بموجب المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2] ، و لم يقرنها بجزاء إجرائي أي ليس هناك بطلان إذا لم يجري القاضي الصلح في مثل هذه الأحوال و أضف إلى ذلك

---

[1]– حسب ماحددته المادة 114 من قانون الأسرة : " **يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة** ".

[2]– المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

أن القاضي هو حارس الإجراءات فيرى هل إعمال الصلح أو عدم إعماله يؤثر على الحكم الذي سوف يصدر.

فيصبح إجراء الصلح في هذه الحالة مجرد إجراء شكلي و تتحول جلسة الصلح إلى مجرد جلسة سماع ، ليتأكد من خلالها القاضي الصلح ، من مدى تمسك الزوجة بطلبها في التطليق ليس إلا ، و لا علاقة له بمفهوم الصلح في قانون الأسرة .

فعلى سبيل المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري و مدونة الأسرة المغربية ، في مجال الصلح و ضعت إجراءات مفصلة لمحاولة الصلح ، بأن جعلت تعميم إجراء محاولة الصلح في جميع حالات التطليق الستة بإستثناء حالة الغياب[1]، فقد ورد في القسم الرابع في التطليق من الباب الأول التطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق في نص المواد 94 و ما يليها ، الذي أوجب فيه المشرع إجراء كل محاولات لإصلاح ذات البين طبقاً لأحكام المادة 82 من المدونة .

حيث نجد المشرع المغربي إستثنى بموجب نص المادة 113 [2]من المدونة إجراء محاولة الصلح إذا تعلق الأمر بحالة التطليق للغيبة ، وهنا يطرح التساؤل لماذا إستثنى المشرع المغربي إجراء محاولة الصلح من خلال نص المادة 113 من مدونة الأسرة المغربية في دعوى التطليق بسبب الغيبة ؟ . فالمشرع المغربي أحسن صنعا بإستبعاده في دعوى التطليق للغيبة من إجراءات الصلح ، نظراً لصعوبة العثور على الزوج الغائب و استدعائه لحضور جلسة الصلح خلافاً للرأي الذي يقول بإمكانية الصلح [3]، فهذا الرأي قد جانبه الصواب حين ألزم المحكمة بإجراء محاولة الصلح في كل حالات التطليق ، حيث نعتقد أن فيه نوع من الجزم غير المقبول و فيه إرهاق للزوجة بإجراءات لا فائدة ترجى منها ، فما جدوى قيام القاضي بالإصلاح بين الزوجين في الوقت الذي تكون الزوجة قد استصدرت حكماً بالغياب ، بعد اتباع إجراءات التحقيق و التأكد من حالة ثبوت الغيبة و أمام تضرر الزوجة الثابت فينبغي في مثل هذه الأحوال أن يستجيب القاضي لطلبها حالاً لأنه مؤسس .

ومن المفروض النيابة العامة بإعتبارها طرفاً أصليا في القضية أن تمارس صلاحياتها و تقدم طلبا بعدم إجراء الصلح لإنعدام المصلحة .

---

[1]– أحمد نصر الجندي ، شرح قانون مدونة الأسرة المغربية ، مرجع سابق ، ص 151.

[2]– المادة 113 من مدونة الأسرة المغربية تنص على " **يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه ، بعد القيام بمحاولة الإصلاح بأستثناء حالة الغيبة و في أجل أقصاه ستة أشهر ، ما لم توجد ظروف خاصة** .....".

[3]– إدريس الفاخوري ، الصلح في العمل القضائي – الطلاق نموذج – المجلة المغربية للإقتصاد و القانون ، عدد 5 ، 2005، ص 15.

و تأسيساً على ما سبق ذكره فإنه كان على المشرع أولاً النص على مادة تتضمن الصلح في دعوى التطليق في القانون الموضوعي أي قانون الأسرة حتى تنسجم مع النصوص الإجرائية و أن يستثني بعض الحالات من إجراء محاولة الصلح كما فعل المشرع المغربي ، إما لغياب الغاية من الإجراء بحيث يصبح إجراء شكلي بدون جدوى، فعلى المشرع أن يخضع الأمر في هذه الحالات (التطليق للغياب و الفقدان) إلى السلطة التقديرية للقاضي.

ب – التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

الأصل أن يجري القاضي الصلح بهدف التوفيق و الإصلاح بين الزوجين لدفع الزوجة إلى تجاوز الضرر ، غير أنه إذا كان الزوج في بعض الأحيان حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنوات طويلة لبشاعة الجريمة و خطورتها و كان الزوج قد ارتكب جريمة القتل العمد مثلاً أو إحدى الجنايات الأخرى[1]، وحكم عليه بالمؤبد و إلى جانب مشكل إحضار الزوج المسجون ، لأنه غالباً ما يتم تحويله إلى ولاية أخرى و لاسيما إذا كان الزوج محكوم عليه مؤبد ، فهنا إجراء الصلح لا جدوى منه ، فتتحول جلسة الصلح إلى جلسة سماع الزوجة على محضر و يتأكد القاضي من إرادتها في طلب التطليق ، كون الصلح في هذه الحالة مستحيل مع الطرف الآخر و بالتالي غياب الغاية من إجرائه ، فهنا إجراء الصلح يكون فارغاً من فحواه مادام أن الزوج سوف يقضي مدة طويلة في السجن أو يقضي حياته كاملة فهو يعتبر في حكم الغائب أو المفقود .

لكن المحكمة العليا تعطي الأهمية في إجرائه و تتطلب حضور طالب فك الرابطة الزوجية شخصياً و الغاية من كل ذلك فقط التأكد من إرادة الزوجة في طلب التطليق و إن كانت الزوجة لا تزال متمسكة بفك الرابطة الزوجية ثم يحرر محضر بذلك ليشرع في الموضوع ،

فالقاضي يواجه عملياً حالات مستعصية و لذلك وجب على المشرع منحه سلطة تقديرية نظراً لأحوال الأسرة المختلفة.

2/ محاولات الصلح في دعاوى الخلع.

يلاحظ منذ صدور الأمر رقم 02/05 تهافتت الزوجات على المحاكم طالبين الخلع ، و إن الأصل لا إجتهاد مع النص ، ولكن ينبغي أن يكون لقاضي شؤون الأسرة الدور الإيجابي في معالجة كل حالة بحكمة و تبصر ، سيما و أن المشرع أعطى له تلك الإمكانية أثناء محاولة الصلح الواجبة

[1]– الجرائم الماسة بشرف العائلة لدينا من بينها : التهريب ، المخدرات ، السرقة ،زنا المحارم أو القتل ، لأنه يقال أنها زوجة مهرب أو مروج مخدرات أو زوجة قاتل .....الخ.

قانوناً ، و أن يعمل على الحد من إستعمال الخلع استهتاراً بالمعاني و الأهداف السامية للأسرة ، و الأصل في الخلع قوله تعالى : ﴿ [illegible] ﴾ .[1]

نجد من السنة قصة المرأة المختلعة ، إمرأة ثابت بن قيس رضي الله عنه و عنها و القصة أخرجها البخاري عن عباس رضي الله عنهماأن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلي الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله قيس بن ثابت ما أعتب عليه في خلق و لادين ، و لكني أكره الكفر في الإسلام . فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : أتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم . فقال رسول الله عليه الصلاة و السلام : أقبل الحديقة ، و طلقها تطليقة [2]. وفي رواية له أنه صلى الله عليه و سلم قال : فتردين عليه حديقته ؟ فقالت : نعم فردت عليه ، و أمره ففارقها [3]، فيفهم من خلال ماسبق أن النبي صلى الله عليه و سلم و هو يمثل دور القاضي في هذه القصة ، أيقن أن العشرة الزوجية استحالت من جهة الزوجة ، بعد أن تحرى الأمر [4]، فطلب منها أن ترد حديقته التي دفعها مهراً و أمره أن يخالعها دون رضاه .

فمحاولة الصلح بطبيعة الحال الغاية منها معرفة المشاكل التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية ، و محاولة حلها و تقريب و جهات النظر بين الطرفين و إصلاح ذات البين بينهما ، لإعادة بناء أسرتهما التي تعتبر خلية من خلايا المجتمع الأمر الذي يتطلب حضور الطرفان[5] ، و لو

---

[1]– سورة البقرة ، الآية 229 و 230.

[2]– رواه البخاري في صحيحه ، الموسوعة الشاملة ، باب الخلع و كيف الطلاق فيه ، الجزء 16 ، من موقع الإسلام ، ص 320.

[3]– المرجع نفسه ، ص 322.

[4]– لاننسى أن الرسول صلى الله عليه و سلم كان حكيما في معالجته لأول قضية خلع ، فتناولها تناول المعالج النفسي الخبير بنفوس الرجال و النساء فعندما شكت إليه جميلة بنت أبي بن سلول نفورها من دمامة زوجها ثابت بن قيس ، لم يطلب منها دليلاً موضوعيا و أخذ بما قررته هي عن مشاعرها و قالت : " **و الله لا أعتب عليه في خلق و لا دين** "، مما يعني أنها تراه رجلاً صالحا و مع ذلك نفرت منه ، فأمرها الرسول صلى الله عليه و سلم بأن ترد الحديقة و أمر ثابت بطلاقها لأن استمرار الزوجة مع زوج تعافه نفسها له عواقب وخيمة و فساد الدين و الأخلاق و المجتمع .

[5]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية و قضائية مقارنة – سلسلة دراسات قانونية دار هومة ، الجزائر ، 2013، ص 149.

أن إجتهاد غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا ، قد استقر على أن حضور طالب فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع لمحاولة الصلح ، كاف لإحترام الإجراء [1]، و في هذا الشأن تطبق على دعوى الخلع نفس أحكام الصلح التي سبق التعرض لها مع بعض الخصوصيات بالنسبة لطلاق الزوج و طلاق القاضي[2].

فالقاضي في حالة الخلع لا يطلب منه البحث في بغض الزوجة لزوجها لأن ذلك من الأمور الباطنية ، فيكفي أن يتأكد من خلال جلسة الصلح أو حتى من العريضة الإفتتاحية للدعوى أو العرائض اللاحقة بها ، فيما إن كانت مصممة على طلب الخلع و أنها لا تريد الرجوع إلى زوجها [3]، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أنه لا مانع من أن يرسل القاضي الحكمين حتى يحاولا إقناع الزوجين بما هو خير لهما وربما رجعت كثير من الزيجات عن رأيهن إذا علمن أن المختلعات هن المنافقات. **فعن عقبة بن عامر قال " قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " المختلعات و المتنازعات هن المنافقات**". فيطلب من الزوجة التريث و التمهل في فك الرابطة الزوجية حتى لا تفصم عرى الزوجية لأسباب قد تزول أثناء قيام النزاع.

إذا توصل القاضي مع الزوجين إلى الصلح فإنه يثبت ذلك في المحضر ، و هذا الأخير يعد سنداً تنفيذياً ، غير أنه قد لا تكلل محاولات الصلح دائماً بالنجاح ، مما يعني فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع فيباشر مناقشة الزوجين بدل الخلع و كذا نفقة الأولاد و حضانتهم و الأثاث و متاع الزوجية و المصوغ و غيرها من الأمور العالقة ، و يعتبر مقابل الخلع عنصر جوهري في دعوى الخلع ، إذ لا يكون للخلع أثر إلا بتوفره ، بعد تيقن القاضي من فشل محاولات الصلح و تمسك الزوجة بطلبها و الذي ليس للزوج حق الإعتراض على طلبها و لا تشترط موافقته . بل له الحق في مناقشة مقابل الخلع فقط[4].

يبادر القاضي في توجيه سؤال جوهري للزوجة في جلسة الصلح مفاده ، ماهو مقدار المقابل المالي الذي سوف تدفعه للزوج مقابل الخلع ؟ ، وفي هذا الشأن يمكن أن نتصور حالتين : حالة تتمثل في أن تبدي الزوجة للزوج رغبتها في الخلع لقاء مال معين و يتفق الزوجان على مقداره ،

---

[1]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0964769 ، مؤرخ في 2014/07/10، غير منشور .

[2]– إذ تطبق أحكام الصلح الواردة في المادة 439 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ومن بينها أنه إذا لم يتكمن أحد الزوجين من الحضور إلى جلسة الصلح بأن حصل له أمر أو حادث أو سجن لبعد المسافة ، القاضي يمكنه تحديد جلسة للصلح أخرى أو موعد آخر ، و القاضي يمكنه أن ينتقل لسماع الزوج في مكان تواجده أو إلى المستشفى أو يسند هذه المهمة إلى قاضٍ آخر في إطار إنابة قضائية.

[3]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، ص 146.

[4]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، دار هومة ، الجزائر ، ج 1 ، ط 2 ، سنة 2006، ص 427.

و حالة أخرى تبدي الزوجة الخلع ، و لكن لايتفقان على مقدار المقابل الأمر الذي يوجب تدخل القاضي ليقدره بصداق المثل وقت صدور الحكم[1].

إذا طلبت الزوجة الخلع مقابل مبلغ مالي معين ، ووافق الزوج عليه لا يطرح أي إشكال لكن الإشكال يكمن عند عدم عرضها للمقابل المالي ، في هذه الحالة يجب أن لا يقف القاضي موقف الحياد السلبي ، و إنما للقاضي أن يقف موقف الحياد الإيجابي ، و يسأل عن المقابل المالي و كذا قيمته ، و يطلب منها تحديده ، و على هذا النهج سار قضاء المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ : 2007/09/12 و الذي جاء فيه " **حيث أنه فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها رفعت دعواها ضد الطاعن طالبة فك الرابطة الزوجية بينهما بالخلع و طلبت بعض الحقوق و دون أن تعرض تقديم مال معين ، مقابل ذلك الخلع كما ينص عليه قانون الأسرة ، و كان على قاضي المحكمة التأكد من ذلك دون التطرق إلى الأسباب التي جعلت المطعون ضدها تطالب بالخلع ، و عليه هذا الفرع مؤسس و يترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه**"[2].

وعليه إذا طلبت الزوجة الخلع صراحة و لم تعرض المقابل فإن القاضي لا يرفض الطلب ، لإنعدام أو عدم تحديد المقابل المالي ، بل يدعوها إلى إقتراح العوض [3]، كون البدل شرط جوهري لا يكون بدونه الخلع ، و لا يقع صحيحاً دقيقاً ، بما يجعله قابلا للتنفيذ.

غير أنه قد لا يحضر الزوج محاولات الصلح فيتعذر على القاضي مناقشة الزوج فيما اقترحته الزوجة كمقابل للخلع ، مما يطرح إشكالاً هل يحفظ القاضي حق الزوج في البدل أم لا ؟.

في حقيقة الأمر عرف القضاء موقفين في هذا الشأن ، ففي بادئ الأمر كان يجيز حفظ حق الزوج في المقابل و ذلك من خلال ما هو ثابت في قرار المحكمة العليا المؤرخ في : 2005/07/13. جاء فيه مايلي: " **لكن حيث يلاحظ من خلال الحكم المطعون فيه ، أن المطلقة قد عرضت مبلغاً مالياً على الطاعن مقابل الخلع إلا أن هذا الأخير لم يناقش المبلغ المعروض ، مما أدى بقاضي الدرجة الأولى إلى حفظ حقه في هذا الجانب ، و إذا أراد الطاعن مناقشة هذا الجانب عليه الطعن بالإستئناف....**"[4].

---

[1]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، نفس المرجع ، ص 420.

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

[3]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 186.

[4]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 2345 مؤرخ في 2005/07/13 ، **نشرة القضاة** ، عدد 61 ، ص 330.

غير أن المحكمة العليا سرعان ما تداركت هذا السهو في قرار لها بتاريخ : 2006/10/11 بقولها" ...فإن كل امرأة تطالب بالخلع عليها وجوباً عرض مبلغ مالي مقابله ، و تبعا لذلك لا يمكن القضاء بحفظ مقابل الخلع لأن القاضي ملزم بالقضاء به يوم النطق بالخلع سواء اتفق الطرفان عليه أم إختلفا طبقا لأحكام المادة 54 من قانون الأسرة و لما قضى قضاة الموضوع بخلاف ذلك فإن قضائهم جاء مشوبا بالقصور في الأسباب و إنعدام الأساس القانوني الأمر الذي يتعين معه نقضه و إبطاله....[1].

أحيانا قد تعرض الزوجة في جلسة الصلح أن يكون المقابل غير مالي أي غير نقود ؟ فما هو الذي يصلح أن يكون بدل للخلع ؟ مع العلم أن المشرع نص في المادة 54 من قانون الأسرة المقابل المالي في هذا المجال يرى **الأستاذ / فضيل سعد : " أن عبارة مقابل مالي تنصرف إلى كل ما له قيمة نقداً أو عيناً عقار أو منقول "**[2]، على خلاف قضاة المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/01/14 الذي قضى بضرورة وجوب تحديد الزوجة للعوض الذي تعرضه بأن تذكر مبلغ من المال ، و لا يكفي أن تعرض مصوغها الذهبي كعوض ، و جاء أسباب القرار مايلي " **حيث طالما القرار محل الطعن الذي أيد الحكم الذي لم يوضح ضمن حيثياته بالتدقيق لمبلغ الخلع ، الذي عرضته المطلقة أثناء جلسة الصلح مكتفية على أنها مستعدة لإرجاع طاقم ذهبها دون تحديدها لقيمته نقداً..."**[3]

و بالتالي يفهم من خلال القرار أنه إذا عرضت الزوجة مقابلاً غير مالي كالمصوغ وجب تقديره و تحديد قيمته نقداً، كما يمكن أن يكون المقابل هو نفسه قيمة الصداق الذي دفعه الزوج عند الزواج.

نجد أن المشرع المغربي قد نص على الخلع في الباب الثاني من مدونة الأسرة المغربية من خلال نص المادة 115[4] و ما يليها حيث جاءت المدونة لتنص على أن للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع على أساس المبدأ الذي جاءت به المادة 114 :" **يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية بشروط أو بدون شروط**". و الغرض من ذلك توقي الخلافات التي قد تقع

---

[1]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 365244 ، مؤرخ في 2006/10/11 ، **مجلة المحكمة العليا** عدد 1 ، 2007 ص 467 و ما بعدها.

[2]– فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، – في الزواج و الطلاق – المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ج 1 ، سنة 1986، ص 313.

[3]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 7609 ، مؤرخ في 2009/01/14، غير منشور.

[4]– المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية " **للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه** ".

بسبب ذلك و يكون هناك تعد على حقوق الله التي حددها للزوجين من حسن المعاشرة و الود و الرحمة و السكن[1].

وبالتالي فإن الطلاق بالخلع وفق المدونة المغربية يكون بتراضي الزوجين حسب نص المادة 115، والتي أجازت أيضاً للزوجة أن تسترجع بدل الخلع الذي أدته لزوجها المخالع على خلاف المشرع الجزائري ، وذلك في حالتين إذا وقع منه الإكراه عليها لكي تخالعه و الثانية إذا أضرها الزوج لكي تخالع ، و إذا أثبتت الزوجة الإكراه الذي أوقعه الزوج أو الضرر الذي لحق بها منه كان لها حق استرجاع ما أدته من عوض للخلع و في نفس الوقت يقع الطلاق و يكون نافذا في الحالتين.

المبحث الثاني

الشروط التي تحكم محاولة الصلح

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

المطلب الأول

الشروط الموضوعية

تتمثل الشروط الموضوعية لإجراء محاولة الصلح في ضرورة رفع الدعوى التي يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية **(أولا)** ، ثم تتطلب أطراف جلسة الصلح **(ثانيا)**، بالإضافة إلى ضرورة العلاقة الزوجية **(ثالثا)**.

أولاً/ ضرورة رفع الدعوى.

طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و 54 أي بالتطليق و الخلع و عليه فالمشرع اعتبر كل هذه الصور طلاقا بمعناه العام كطريق لحل الرابطة الزوجية ، ومادام حق فك الرابطة الزوجية ثابت للزوجين معا ، فإن ممارسته يجب أن تتم عن طريق التوجه للقضاء و تسجيل الدعوى القضائية بذلك ، بحيث تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة الإجرائية الوحيدة التي يمكن من

[1]– أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 170.

خلالها التعبير عن الإرادة في هذا الإطار من الناحية القانونية ، بإعتبارها (الدعوى) أصلاً سلطة الشخص التي يخولها له النظام القانوني في اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض حماية حقه [1].

وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين ، و محاولة منه كبح الجماح و تفادي إنحلال و فصم عرى الزوجية فشرط وجود دعوى طلاق معروضة على القضاء هو شرط موضوعي لعقد جلسة الصلح بين الزوجين .

وعلى العموم فإنه يتم اللجوء إلى القضاء بطريق رفع الدعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة[2]، كما يستلزم الأمر أن تتوفر في هذه العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانوناً و الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3]، و بالتالي لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح في أي دعوى موضوعها حل الرابطة الزوجية إلا بعد رفع الدعوى و إنعقاد الخصومة.

ثانياً/ أطراف جلسة الصلح .

غني عن البيان أن أحد أهم الأشخاص الرئيسية في جلسة محاولة الصلح هما طرفيها المعنيين مباشرة بها و هما الزوجان ، غير أنه عند عرض الطلب على القضاء ، توجد أشخاص أخرى هم القاضي المكلف بشؤون الأسرة الذي يجري محاولة الصلح و أمين الضبط ، و بذلك تتحدد أشخاص جلسة محاولة الصلح في ثلاثة أطراف هم : الزوجين ، القاضي ، أمين الضبط .

ثالثاً/ وجود العلاقة الزوجية.

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

لقد ذكر البعض من الفقهاء الزواج بأنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما ، و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليهما من واجبات [4]، قال تعالى : " **ومن آياته أن خلق لكم من**

---

[1]– الغوثي بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري ، ط 2 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، سنة 2000 ، ص 227.

[2]– العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ، ص 232.

[3]– أنظر المواد 13 و 14 و 15 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[4]– محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 19.

أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بيتكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون "[1]، و بالرجوع إلى نص المادة 04 من الأمر 02/05 المعدل و المتمم المتضمن قانون الأسرة التي جاء فيها : " **الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و أمرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب** "، فلا يمكن القول بمحاولة للصلح من غير وجود عقد زواج قائم فعلاً بين زوج و زوجة.

وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح ، و عقد الزواج الرسمي هو وسيلة و التي يمكن من خلالها إثبات الصفة في ذلك ، لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد زواج قائم فعلاً من الناحية الشرعية على الأقل، فلا يكون إلا بناء على عقد زواج صحيح و لازم [2]،و لا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن إجراء الصلح.

يرى فقهاء المذهب المالكي فيما يتعلق بإجراء الصلح في الطلاق قبل البناء ، أن بعث الحكمين يكون في الحالتين ، أي قبل الدخول و بعده لأن حصول الشقاق و عدم الوفاق بين الزوجين قد يحدث حتى قبل البناء ، فجاء في مدونة الإمام مالك : " المرأة ممن لم يدخل بها يجري أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها ، و الواقع أن المشرع الجزائري لم يوضح الأمر بشأن هذه المسألة فالأخذ بما ذهب إليه المالكية هو المنطق السليم ، لأن حدوث الخصام بين الزوجين قد يكون حتى قبل الدخول وهو أمر متصور و محتمل جداً ، و لهذا يصح إجراء الصلح من طرف القاضي متى رفع إليه النزاع ، فالعبرة بوجود عقد زواج في ملف الدعوى ، و هو ما يكرسه قضاء المحكمة العليا[3].

لكن يكمن المشكل من الناحية العملية عندما يكون ثمة زواج شرعي غير مكتمل الشروط الشكلية المطلوبة قانوناً ، بمعنى وجود عقد زواج عرفي ففي هذه الحالة ينبغي إثبات الزواج أولاً ، ثم النظر في قضية حل الرابطة الزوجية ، فحسب المادة 22 من قانون الأسرة تنص : " **يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي** ".

و الثابت في الإجتهاد القضائي أنه يمكن في هذا النوع من الزواج (الزواج العرفي) إثباته و تثبيته و في نفس الوقت الحكم بالطلاق ، فجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1995/10/24 مايلي :".... **إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج**

---

[1]– سورة الروم ، الآية 21.

[2]– زيدان عبد النور ، ، مرجع سابق ، ص 101.

[3]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0902780 ، مؤرخ في 2014/05/15 ، **غير منشور**.

العرفي ، و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق بإعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون و ذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي "[1].

فمادام أنه يمكن الفصل في مسألة الطلاق في آن واحد مع الحكم بتثبيت الزواج العرفي ، فمن باب أولى أن يحكم القاضي في نفس الحكم المثبت للزواج و قبل الفصل في مسألة الطلاق أن يجري الصلح بين الزوجين لاسيما إذا كان الطلاق رجعياً.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية

لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي ، فلم يضع طريقة معينة في ذلك ، إلاّ أن المشرع تدارك الأمر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بحيث جاء بإجراءات و شروط خاصة متعلقة بإنعقاد إجراءات الصلح **(أولا)** ، ثم شروط شكلية متعلقة بسير إجراءات الصلح **(ثانيا)**.

أولا/ الشروط الشكلية المتعلقة بإنعقاد إجراءات الصلح.

تتمثل الشروط الشكلية المتعلقة بإجراءات الصلح في كل من ضرورة تحديد الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح **(أ)** ، ثم مدى إمكانية إختصاص المجلس في إجراء الصلح **(ب)**، ثم نتطرق إلى الميعاد و المدة المحددة لإجراء الصلح **(جـ)** ، ثم بدء سريان فترة الصلح **(د)** ،ثم كيفية إستدعاء الأطراف **(هـ)**.

أ/ وجوبية إجراء محاولات الصلح أمام المحكمة :

تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة ، و هو ما توضحه المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " **المحكمة هي الجهة القضائية ذات الإختصاص العام و تتشكل من أقسام ، تفصل في جميع القضايا ، لاسيما قضايا شؤون الأسرة ....**"، و هذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية و توابعها ، حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة ، و ذلك حسب المادة 423 من نفس القانون ، و حسب المادة 49 من قانون الأسرة التي تنص : " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح ، إبتداء من تاريخ رفع الدعوى....**"، فالمشرع يتكلم عن

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 34980 مؤرخ في 1997/04/10 ، **نشرة القضاة** ، عدد 53 1998 ، ص 56.

إجراء الصلح في بداية نظر النزاع عند عرضه على مستوى المحكمة أما المادة 49 تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد عدة محاولات صلح .

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 و الذي أقر المبدأ الآتي : " **محاولة الصلح في دعاوى الطلاق ، تتم وجوبيا أمام المحكمة فقط**"[1]، نجد في هذا القرار أن إجراء الصلح يتم وجوبيا أمام المحكمة ، فإن كان الأمر كذلك فإن سؤالاً هاما يطرح نفسه بإلحاح بخصوص ما إذا كان إجراء الصلح يقتصر على قضاة أول درجة فقط ؟، أم أنه يمتد الإختصاص إلى قضاة المجلس القضائي؟.

ب/ مدى إختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح .

قد يحدث و أن يحكم قاضي الدرجة الأولى برفض الدعوى لطالب فك الرابطة الزوجية ، لسبب قواعد الإختصاص أو لسبب آخر ، و بالرجوع إلى نص المادة 57 من قانون الأسرة[2]، وبمفهوم المخالفة لهذا النص ، يجوز الإستئناف مادام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية ناهيك عن الشق المادي الذي لم يتعرض له أصلاً ، حيث يمكن لمن رفضت دعواه أن يعيد رفعها من جديد[3]، أو له أن يستأنف ، وهو مااستقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1999/02/16. و الذي جاء فيه : " **أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي ، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق .....**"[4].

لا يعد الحكم الصادر بالرفض حكما في فك الرابطة الزوجية ، فالقاضي لم يناقش الموضوع أصلاً و بالتالي عند إختيار المدعي طريق الإستئناف هل يجوز لغرفة شؤون الأسرة على مستوى المجلس إجراء الصلح ، بإعتبار أنها سوف تدرس القضية من البداية من حيث الوقائع و القانون ؟,

---

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 372130 ، مؤرخ في 2006/11/15. **المجلة القضائية** ، عدد 02 ،سنة 2007 ، ص 463 إلى 467.

[2]– تنص المادة 57 من قانون الأسرة : " **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية .....**"

[3]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 342470 ، مؤرخ في 2005/09/14 ، المجلية القضائية ، عدد 02 ، 2005، ص من 409 إلى 411.

[4]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 216850 ، مؤرخ في 1999/02/16 ، المجلة القضائية ، عدد خاص 2001 ص 100.

و أمام إلتزام المشرع الصمت في أحكام قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فإن الرأي منقسم بين الفقهاء و القضاء إلى قسمين :

– إتجاه من الفقه ذهب إلى القول أن المادة 49 من قانون الأسرة نصت على وجوبية إجراء محاولة الصلح و لم تميز بين المحكمة و المجلس القضائي ، و بالتالي يجب على القاضي أن يقوم بها قبل النطق بالطلاق سواء كان على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس ، و بعبارة أخرى فمن يحكم بالطلاق في المحكمة أو المجلس القضائي ، يتعين عليه قبل النطق أن يقوم بمحاولة الإصلاح و بالرغم من كون المادة 49 أعلاه تتحدث عن المحكمة ، فإن ذلك لا يعني أن المجلس غير معني أو معفى للقيام بمحاولات الإصلاح عندما يكون النطق بالطلاق في الدرجة الثانية ، فلا بد أن تسبق النطق بالطلاق محاولة الإصلاح ، سواء كان ذلك النطق على مستوى المجلس أو المحكمة و لا استثناء ، إلا بقانون [1].وقد ساير هذا الإتجاه القضاء الذي ذهب إلى ضرورة إجراء الصلح أمام جهة الإستئناف ، لاسيما عند صدور حكم يقضي برفض دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة أو دعوى التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي على مستوى المحكمة.

– إتجاه آخر من الفقه يرى بأنه لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام جهة الإستئناف بعد فشل محاولة الصلح أمام المحكمة ، و خاصة و أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى ، و في هذا المجال إنتقد أحد فقهاء القانون المغربي مدونة الأسرة المغربية بحيث يعتقد أن هذا لا يتفق مع ما ورد في نص المادة 82 من مدونة الأسرة المغربية و التي تقابل عندنا المادة 49 من قانون الأسرة ، على أساس أن الصلح بصفة عامة و في شؤون الأسرة يكون قبل المرافعات و تفاديا من تزايد تعقيد علاقات الزوجين أما إذا فشل في البداية وواصل الطرفان إجراءات التقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي فلا يبقى فائدة من إجراء الصلح من جديد أمام جهات الإستئناف [2].

و قد ساير أيضا هذا الإتجاه القضاء في قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 الذي قضى بمايلي " **حيث أن القرار المنتقد قد نص على أن الطاعن قد تخلف عن الحضور خصوصاً و أن**

[1]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 189.

[2]– الخمليشي أحمد ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق، ج 1، ط 3 ، مطبعة المعارف الجديدة ، المغرب ، 1994، ص 405.

إجراءات الصلح المنصوص عليها بالمادة المشار إليها تخص المحاكم دون المجالس القضائية و عليه فالفرع غير مؤسس ...."[1].

– وبين هاذين الإتجاهين هناك إتجاه آخر ، يرى أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي في كل آن و كلما كان كذلك ممكنا أو كلما استجد ما يبرره ، بدليل قد يأتي الزوجين في أي مرحلة من مراحل الدعوى و يطلبان التنازل عن الدعوى لوقوع صلح بينهما ، الأمر الذي سيحقق نتيجة ايجابية سواء كان ذلك أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي ، غير أن هذا الإتجاه لا يجعل من محاولة الصلح أمام جهة الإستئناف أمراً إلزاميا .

يبدو أن الإتجاه الثالث هو الأقرب إلى الصواب بعدم وجود أي نص سواء في قانون الأسرة ، و لا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كونهما تضمنا نصوصاً عامة فلا نجد ما يلزم أو يمنع بإعادة محاولات الصلح أمام جهة الإستئناف ، كما أنه لا فائدة من إجترار هذه المحاولة مالم يكن قد استجد أمر تجد معه ضرورة تكرار المحاولة تبعاً للسلطة التقديرية لجهة الإستئناف.

ج/ الميعاد و المدة المحددة لإجراء الصلح.

نصت المادتين 49 من قانون الأسرة و المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أنه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاث أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق ، لكن السؤال الذي يطرح هل المدة التي حددها المشرع بثلاثة أشهر و التي تسري من تاريخ رفع الدعوى هي مدة كافية لإمكان الصلح أو إجرائه أصلاً؟.كانت المادة 49 قبل التعديل ، تنص على أن تكون جلسة الصلح خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة 3 أشهر ، و كانت هذه النقطة محل خلاف عند الدارسين انتهى إلى إتفاق بالتزام ما جاء في الشريعة الإسلامية لأنه الأعدل و الأكثر إنصافا.

المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05 الذي عدل المادة 49 من قانون الأسرة ، بمقتضى أحكام المادة 12 منه أصبحت تنص على مايلي : " **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر إبتداءاً من تاريخ رفع الدعوى....**" ، بحيث أصبح النص الحالي يحدد متى يشرع القاضي في إجراء الصلح[2]، و إن كان المشرع حدد سريان هذه المدة من تاريخ رفع الدعوى، وهي مدة من الجانب القانوني الوضعي مقبولة غير أنها من الجانب الشرعي بإعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أول و أساسي لقانون الأسرة غير مقبولة شرعاً ،

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 210451 ، مؤرخ في 1998/11/17، المجلة القضائية ، 1999 ، عدد 126 ، ص 19.

[2]– الجديد الذي جاء به المشروع هو تحديد مدة ثلاثة أشهر التي يبدأ حسابها من تاريخ رفع الدعوى على خلاف النص القديم الذي لم يحددها.

لأنها من قبيل الخطأ المادي في الصياغة ، حيث يقصد المشرع من خلالها مراعاة العدة و ذلك عندما يكون تاريخ إيقاع الطلاق موافق لتاريخ رفع دعوى الطلاق ، حتى تتوافق مدة إجراء الصلح مع مدة العدة ، و هو الرأي الذي يشاطره جانب من الفقه بخصوص ارتباط مدة الثلاثة أشهر مع أمر آخر قد يكون المشرع أخذه في الحسبان الذي ترتبط بفترة العدة الشرعية.

أكد هذا الموقف قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادة 442 التي تنص : " ... **في جميع الحالات ، يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق**".

د/ بدء سريان فترة الصلح.

تساءل البعض على أن مدة الثلاثة أشهر المنصوص عليها بنص المادة 49 فيما إذا كانت تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق أم من تاريخ طرح النزاع علة المحكمة؟.يرى الأستاذ العربي بلحاج أن ثلاثة أشهر تسري إبتداءاً من تاريخ نطق الزوج بالطلاق ، إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة ، إلا أن الأستاذ بن الشيخ آث ملويا لحسين يرى أن الموقف الذي جاء به العربي بلحاج تم نقله عن الأستاذ فضيل سعد دون أي تعليل له و أعتبر سريان مدة الثلاثة أشهر الخاصة بالصلح من تاريخ نطق الزوج أمر غير مستساغ ، و يعتبر مساساً صارخاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة وخلص إلى أن الأمر في غاية الوضوح و لا يحتاج إلى تفسير.

حيث أن مدة الصلح يجب أن تكون ثلاثة أشهر ، و أن المكلف بهذا الإجراء هو القاضي نفسه عندما يعرض النزاع في أول جلسة يحضرها طرفي النزاع أمامه و خلص الأستاذ بن الشيخ آث ملويا لحسين إلى أن مدة الثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى التي يحضرها الطرفان أمام القاضي[1].

غير أن المادة 49 يعتريها بعض الغموض فيما يخص بداية الأشهر الثلاثة و نهايتها و أثر ذلك على العدة فإذا أخذنا بتاريخ طرح النزاع على المحكمة فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهريين سابقيين على تاريخ طرح النزاع ، فهل تحسب العدة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم من يوم صدور الحكم ، الأمر الذي يقتضي التفريق بين أمريين فيما يخص جلسة الصلح و علاقتها بالعدة ، فإما أن الزوج ينطق بالطلاق ثم يتقدم هو أو زوجته لإثباته بواسطة الحكم ، ففي هذه الحالة يجب التأكد من تاريخ حصول الطلاق و البحث في مسألة العدة و إن كانت الرجعة ممكنة أم لا ، فإن بانت الزوجة من زوجها فلا رجعة ، حيث لا تكون جلسة الصلح ذات فائدة .

[1]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 259 و 260.

هـ/ إستدعاء الأطراف.

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين ، و كان عليه أن يتدارك هذه النقطة ، بأن يضيف نص يخص مسألة تبليغ الزوج بجلسة الصلح دون الإكتفاء بتبليغ العريضة ، وإن دأب العمل القضائي على تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح في جلسة التي يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور سواء بإعلامهما شخصيا أو بإعلام موكليهما حسب الأمر الذي تسير عليه إجراءات الإستدعاء الذي يكون بشكل شفهي من طرف قاضي الجلسة،لأن تبليغ العريضة يكون عن طريق التبليغ الرسمي وهو نفسه التبليغ الذي يعتمد عليه القاضي للتأكد من أن الزوجة أو الزوج أي المدعى عليه بلغ بأول جلسة ، و التي يفترض أنها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح، و بالتالي القاضي الذي لا يحدد جلسة الصلح و لا يدعوا الأطراف لحضورها يكون قد خالف الإجراءات.

ثانياً/ الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح.

تتمثل الشروط الشكلية في ضرورة التأكد من هوية الطرفين(أ) بالإضافة إلى ضرورة سماع كلا الزوجين **(ب)** كما يلزم أن تعقد جلسة الصلح سرية **(جـ)** بالإضافة إلى قيام القاضي بعدة محاولات لصلح **(د)** ، بعد حضور الأطراف لجلسة محاولة الصلح**(هـ)**، مع ضرورة تبيان مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين**(و)** و إمكانية إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح**(ي)**.

أ- ضرورة التأكد من هوية الطرفين.

إن المعمول به في ساحة القضاء في الجلسة العلنية بعدما ينطق القاضي بالقضايا المفصول فيها و التي كانت محل النظر ، ينادي على القضايا المجدولة سواء القديمة أو الجديدة في ما يتعلق بقضايا فك الرابطة الزوجية ، ينادي على رقم القضية وكذا أطرافها ثم يدعوا الأطراف إلى إجراء محاولة صلح بعد رفع الجلسة العلنية ، و ذلك بإستدعائهما إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط لحضور جلسة الصلح.

يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات ، أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح ، و تجدر الإشارة إلى التأكيد على ضرورة التأكد من هوية الزوجين ، من طرف القاضي و إن كان القانون لم ينص على ذلك فإنه من

الأهمية بمكان ، فلابد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم [1]، لأنه في عدم التأكد من هوية أحد الزوجين قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار شخص غير زوجه ، و كثيراً ماوردت على القاضي مسألة عدم إمتلاك أحد الزوجين لبطاقة تعريف وطنية أو أي وثيقة تفيد الهوية مرفقة بالصورة الشخصية للمعني ليجد القاضي نفسه بين الشك القائم حول حقيقة هوية الزوج أو تحويل النزاع إلى مسألة إثبات هوية الشخص ، حيث يستلزم على القاضي أثناء إجراء الصلح أن يتوخى الحذر و لو تطلب ذلك تأجيل الفصل في القضية حتى يقول الشخص بإستخراج بطاقة هويته أو تقديم ما يفيد حقيقة هويته[2].

ب – مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما

خص المشرع في إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة بإجراءات متميزة عن الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزاعات [3].حيث نجد المادة **440** تنص على أنه: " **في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على إنفراد ثم معاً....**".

ولعل الغرض من ذلك هو تفادي الضغط و الإكراه في الطلاق و حرية كشف وقائع من المتعذر الكشف عنها عند المواجهة [4]، وماهو جاري به من الناحية العملية استقبال المدعى أولاً بالمكتب و بعدتأكد القاضي من هويته يستمع إليه على إنفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق ، و يقوم من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفيين بأسلوب لين يتضمن النصح و الوعظ و لعل الإستماع إلى كل زوج على إنفراد بدء من رافع طلب فك الرابطة الزوجية ، تمكين كل طرف من القول مالا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر ، كما يتردد في قول حقيقة المشكلة الحاصلة بينهما ، ثم يتم سماع الطرف الثاني (المدعى عليه) ، و يستفسر القاضي (معه أو معها) عن السبب الحقيقي الذي جعل الزوج يطلب الطلاق ، حيث يتقصى نيتهما و رغبتهما في الطلاق أو تمسكها بالعودة إلى منزل الزوجية.

تدون بعد ذلك كل طلباتهما على المحضر و بذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكل ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه ، بعد فهم حقيقة المشكل القائم الذي رتب الرغبة

---

[1]– بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي ، سنة 2009 ، ط 1 ، ص 332.

[2]– بربارة عبد الرحمان ، نفس المرجع ، ص 336.

[3]– حميش حسان ، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة ، 2010 ، ص 1.

[4]– حميش حسان ، نفس المرجع ، ص 4.

في فك الرابطة الزوجية ، ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات دون إجراء مواجهة بينهما.

حيث أنه لا ينبغي السير في الدعوى – و كما هو جار في بعض المحاكم – من تبادل للمذكرات بين الأطراف ثم عقد محاولة الصلح ، لأن المنطق يقضي بأن تكون محاولة الصلح هي الأولى من الإجراءات ، على إعتبار أنه إذا تم الصلح بين الزوجين فلا داعي إلى السير في الدعوى.

ج – سرية جلسة الصلح.

تنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن: " **الجلسات علنية ، ما لم تمس العلنية بالنظام العام و الآداب العامة أو حرمة الأسرة** " ، خلافاً للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية ، فإنه في دعاوى فك الرابطة الزوجية إن جلسة الصلح تتوافق مع التراث الجزائري [1]، فجاء بنص المادة 439 من نفس القانون و أكد على أن " **محاولات الصلح وجوبية ، و تتم في جلسة سرية** ".فالغاية من تشريع المشرع لهذا الإستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة و حرمتها ، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين و القاضي و كاتبه [2]، حيث تجرى أمام القاضي ، خارج قاعة الجلسات و بحضور الزوجين شخصياً ، دون ممثليهما أو محاميهما [3]

نلمس في هذا الجانب موقف القضاء الجزائري من عدم جواز حضور المحامي جلسة الصلح كون أنها تهم طالب فك الرابطة الزوجية ، حيث تواجده في جلسة الصلح ليس له مبرر قانوني ، و لهذا لابد من التمييز بين جلسة إجراء الصلح و جلسة مناقشة القضية التي للمحامي الصلاحية في التواجد فيها و الدفاع عن موكله ، و بمفهوم المخالفة الدفاع غير مخول له حضور جلسة الصلح .

تقتضي السرية أيضا عدم حضور النيابة العامة إلا أنها في نفس الوقت طرفاً طبقا للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة و في خضم جواز حضور أحد أطراف عائلة الزوجين لمساعدة القاضي على إجراء الصلح غير أن هناك من يرى بأنه لا يوجد ما يمنع حضور النيابة العامة في جلسة الصلح طالما أنها طرف أصلي فلا مجال للحديث عن السرية إذا تعلق الأمر بالطلب الأصلي في النزاع.

---

[1]– حميش حسان ، مرجع سابق ، ص 4.

[2]– سايح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، دون سنة ، ج 1 ، ص 606.

[3]– الغوثي بن ملحة ، مرجع سابق ، ص 116.

د – عدد محاولات الصلح.

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

جاء في عرض أسباب المادة 49 من قانون الأسرة المعدلة أنه قصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن موقفهما و تجاوز الخلافات القائمة بينهم ، بحيث كانت تنص نفس المادة قبل التعديل على الصلح المفرد أي محاولة واحدة ، فالهدف المتوخى من وراء هذا التعديل هو تكرار محاولة الصلح للحفاظ على الأسرة و جديد المادة 49 هو جعل جلسة الصلح مكررة لا واحدة كما كانت من قبل التعديل [1] ، فقد تميز التعديل بوجوب تكرار محاولة الصلح و ذلك رغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لبذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين ، أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه و يعدل عن تمسكه بمبدأ فك الرابطة الزوجية [2] .

إلا أنه إستثناء على مبدأ الوجوبية في تكرار الصلح في حالة الطلاق بالتراضي ، ذلك أن الزوجين متمسكيين بالطلاق و إتفاقهما على ذلك مما يجعل من تكرار محاولة الصلح فاقدة لجدواها.

فرض المشرع الجزائري على القاضي إجراء عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها ، لكن يجب أن لا تقل عن محاولتيين أو ثلاث محاولات ، و نجد موقف المحكمة العليا نص على أن عدد محاولات الصلح و تقديرها يخضع لقضاة الموضوع ، و لا رقابة للمحكمة العليا على ذلك ، حيث نجد من بين قراراتها الصادرة بتاريخ : 2012/10/11 جاءت بمايلي :" **لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا**" [3]

---

[1]– بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، دون سنة نشر ، ص 115.

[2]– بن داود عبد القادر ، نفس المرجع ، ص 116 و 117.

[3]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 813976 ، مؤرخ في 2012/10/11 ، غير منشور ، و نجد قرار آخر قضى بمايلي : .... لكن حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين و عقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30 ، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم إستنفاذه و لا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض..."،

و – قواعد الحضور و الغياب.

1/ قواعد الحضور و الغياب في نظر القانون

قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ المحدد لجلسة الصلح ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد عالج حالات الغياب و ميز بين حالة تغيب أحدهما أو كلاهما [1]، فإن كان التغيب للضرورة الملحة لسبب مقنع و مشروع كأن يكون مريض مثلاً فالقاضي في هذه الحالة يندب قاضي آخر لمساعدته و سماع الخضم المريض و هذا بموجب إنابة قضائية ، لأن المشرع نص في المادة **441** : " **إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع ، جاز للقاضي ... ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية ...**" .

و في حالة ما كان سبب التغيب لفترة قصيرة حيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة الثانية فيمكن تأجيل القضية جلسة الصلح إلى تاريخ لاحق ، مادام ذلك ممكنا و ذلك أفضل من إتباع إجراءات الإنابة القضائية و تنفيذها مما قد تستغرق وقت أطول ، وهو ما تقضي به المادة **1/441** " **إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع ، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة** ....". و عليه في كل الأحوال إذا تغيب أحد الزوجين أجل القاضي القضية إلى جلسة لاحقة مادامت هنالك عدة محاولات صلح[2]، أما إذا كان التغيب بدون سبب ولم يقدم عذراً عن تخلفه بالرغم من تبليغه شخصيا ، فإن القاضي يحرر محضر يثبت فيه تخلف الخصم عن الحضور ، بحيث نصت المادة **2/441** " **غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة لجلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا ، يحرر القاضي محضراً بذلك** ...".

لكن أحيانا يرى القاضي أنه توجد إمكانية للصلح و هذا طبعاً بعد حضور الزوجين المادة **442** " **يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة ... في جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولة الصلح ثلاث أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق**".و بالتالي يمكن للقاضي منح مهلة جديدة للتفكير إذا أظهرا الطرفان نية للصلح فالأمر يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي نتيجة ما يستشفه من وجود بوادر الرجوع ، علّ التكرار يأتي بثماره[3].

المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة ، قرار رقم 620084 مؤرخ في 2011/04/14، **مجلة المحكمة العليا** ، عدد 1 ، 2012 ، ص 299 إلى 302

[1]– زيدان عبد النور ، مرجع سابق ، ص 110.

[2]– سايح سنقوقة ، مرجع سابق ، ص 608 و 609.

[3]– سايح سنقوقة ، نفس المرجع ، ص 610.

2/ قواعد الحضور و الغياب في نظر القضاء.

بينما في القضاء يطرح تساؤل مفاده : هل يمكن إعتبار غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح رفضا لها ؟ بعبارة هل أن عدم حضور أحد الزوجين أو كليهما جلسة الصلح يعتبر بمثابة رفضهما لمبدأ الصلح أصلاً ؟ ، و كيف يتصرف القاضي حيال ذلك ؟.

لقد تطور موقف القضاء إزاء هذه المسألة و الذي تزامن بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في إطار الدور الإيجابي للقاضي من خلال التقصي و البحث عن الحقيقة ، و التأكد من رغبة طالب فك الرابطة من مدى إصراره و عزمه على فك الرابطة بحيث منح القاضي سلطات واسعة لإتخاذ ما يراه لازماً من مختلف التدابيرالتي يراها ضرورية للوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية لرافع دعوى فك الرابطة الزوجية ، و كذا رضا الزوجين بمفهوم المادة 431 آخذاً بعين الإعتبار ضرورة حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح ، لأنه في حالة عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية الذي هو المدعى أو المدعية لمحاولات الصلح ترفض دعواه و يشطب القاضي الدعوى ، إلا أن القضاء ميز بين عدم حضور المدعي و المدعى عليه ، و كذا حالة عدم حضورهما معاً لجلسات الصلح ، فيمكن تقسيم الموقف الحالي للمحكمة العليا فيما يخص عدم حضور أحد الزوجين أو كلاهما لجلسة الصلح إلى ثلاث مواقف:

- **<u>الموقف الأول</u>** :

يتمثل في عدم حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسات محاولات الصلح ، حيث في هذه الحالة مهما كان نوع دعوى فك الرابطة الزوجية ، فنجد أن إجتهاد غرفة شؤون الأسرة استقر على المبدأ الآتي من خلال قرار صادر بتاريخ : 2009/01/14 على أنه : " يجب على الزوج طالب فك الرابطة الزوجية ، حضور جلسة الصلح شخصياً ، تحت طائلة رفض دعواه حيث جاءت أسباب القرار كمايلي:

" **و حيث يتبين من الإطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح بل أناب عليه محاميه ليمثله أمام محكمة الدرجة الأولى ، ليصرح أمامها بأنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملاً بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة ، لكن حيث أن إجتهاد المحكمة العليا قد**

استقر على وجوب حضور الزوج شخصيا الذي طالب بفك الرابطة الزوجية جلسة الصلح ، و إبدائه طلباته وفي حالة غيابه ترفض دعواه....."[1].

لقد ورد في هذا الإجتهاد خطأ ، فهو لا يقصد من خلاله رفض الدعوى أو عدم قبول الدعوى كون أن هذه الأخيرة لا تكون إلا عند عدم توفر شرط من شروط قبول الدعوى ، فقد ورد خطأ في هذا القرار و الأصح هو إيراد لعبارة " **تحت طائلة الشطب** " ، كون القاضي أمر بمسعى للحضور و لم يمتثلوا إلى الإجراء الذي أمر به ، و بالتالي يشطب القضية إستناداً إلى نص المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

- الموقف الثاني :

يتمثل في عدم حضور المدعى عليه في دعوى فك الرابطة الزوجية لجلسات الصلح في هذه الحالة أيضاً ، يستوى الأمر في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 , 54 من قانون الأسرة، فنجد أن إجتهاد غرفة شؤون الأسرة كان قضائها كالتالي:

" **لكن حيث أنه يتبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة قامت بإجراء صلح وفقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة و حددت جلسة لذلك و أن الطاعن تغيب عن الحضور رغم صحة إستدعائه مما يجعل الإجراء المنصوص عليه في المادة المذكورة قد تم إحترامه و يكون الفرع بذلك غير سديد ....**"[2]

إذا رفض المدعى عليه إستلام التكليف و عدم الحضور لجلسة الصلح لا يمنع القاضي من الفصل في القضية ، و قد صدر قرار من المحكمة العليا في هذا المجال بتاريخ 2015/01/15 تحت رقم 991442 [3].

- الموقف الثالث:

يتمثل في عدم حضور المدعى و المدعى عليه لجلسات محاولات الصلح ، حيث إستقر إجتهاد غرفة شؤون الأسرة كذلك عند عدم حضور المدعى و المدعى عليه يتم تحرير محضر عدم الصلح و هو ما توضحه الحيثيات التاليـــــة:

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

[2]- المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار رقم 0801583 ، مؤرخ في 2014/07/10 ، غير منشور .

[3]- المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار 991442 ، مؤرخ في 2015/01/15 ، غير منشور .

" حيث و طبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنها تقضي أنه لايثبت الطلاق إلا بعد إجراء الصلح بين الطرفين من طرف القاضي ، و حيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا فحرر عدم الصلح إثباتا لذلك و حيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده

المدعى الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح ، فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة الصلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة ، مما يجعل الوجهيين المثاريين سديدين و منه يتعين نقض الحكم بدون إحالة "[1].

نخلص إلى أن موقف المحكمة العليا فيما يخص تغيب أحد الزوجين أو كلاهما عن جلسة الصلح كان يفسر على أساس أنه رفض ضمني للصلح ، و لم يكن قضاء المحكمة العليا يميز بين حضور أو عدم حضور المدعى طالب فك الرابطة الزوجية و بين المدعى عليه، لكن سرعان ما تراجع هذا الرأي أين قررت المحكمة العليا أنه على رافع الدعوى الحضور شخصياً جميع محاولات الصلح أو على الأقل واحدة لكي يبدي و يؤكد المدعى دفوعه و طلباته و في حالة غيابه ترفض دعواه لأنه أصلاً على علم بالدعوى لكون حضوره كاف لإحترام مقتضى المادة 49 من قانون الأسرة ، و بذلك تكون المحكمة العليا قد إحترمت نص المادة 439 و مايليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

هـ – مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين .

طبقا للقواعد العامة يمكن التوكيل في إجراء الصلح بشرط أن يكون توكيل بموجب وكالة خاصة ، إلا أن الأمر يختلف في شؤون الأسرة بحكم خصوصية العلاقة الزوجية و بحكم عدم صراحة نصوص قانون الأسرة ، فالطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد سلوك عدة محاولات الصلح ، التي أوجبها المشرع بمقتضى نص المادة 49 من قانون الأسرة ، و بهذا يمكن إيقاع الطلاق مجردا عن إجراءات الصلح ، لأنه من الإجراءات اللاحقة لتلفظ الطلاق إذا كان الطلب القضائي إثبات الطلاق الذي وقع أو أن موضوعه طلب الطلاق.

و كذا نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تقر فقط بوجوبية محاولات الصلح ، فنص المادتين 49 و 439 تميزتا بالشمولية و العموم فيما يخص إجراء الصلح ، و لم تتطرقا إلى إمكانية توكيل الأطراف أو عدم إمكانية ذلك ، لحضور مجلس الصلح ما عدا نص

[1]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، قرار 687997 ، مؤرخ في 2012/06/14 ، غير منشور .

المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية و التي تطرقت في فحواها إلى الوكلاء ، مما يثور التساؤل عن قصد المشرع بقوله حضور الطرفيين فهل يقصد بذلك طرفي عقد الزواج ، أم يقصد غيرهما ممن يملك الوكالة عنهما أو عن أحدهما ؟.

و قد كان لهذا الغموض التشريعي إتجاهيين فقهيين و قضائيين متضاربين – إتجاه أول يذهب إلى أن إجراءات محاولة الصلح كما تصح من الزوجين شخصيا تصح كذلك من وكلائهم ، و لا مجال للقول بخصوصية قضايا شؤون الأسرة لاسيما و أن المشرع لم يستثني الوكالة من قضايا شؤون الأسرة [1]، و الدليل نستشفه من صياغة المادة 431 من قانون الأجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أنه : " **يتأكد القاضي ، و يحاول الصلح بينهما إذا كان ممكنا ينظر مع الزوجين أو و كلائهما** ..."، فهذا الإتجاه له قرينة على صحة الوكالة في الصلح بين الزوجين [2].

بينما يذهب الإتجاه الثاني و هو الغالب في المغرب و الجزائر و الذي يتعين فيه حضور الزوجين شخصياً لجلسة الصلح أمام القاضي و ذلك لتحقيق الغاية المنشودة من الصلح و هي التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما و الظروف و الملابسات المحيطة به ، كما أن الحضور الشخصي يساعد القاضي على الإسترشاد بالتفسيرات التي قد يبديها الطرفان و التي لها أهمية خاصة في العملية الصلحية ، و الأكثر من ذلك أن الصلح في حد ذاته يقتضي تنازلات من الطرفيين و أن الوكلاء لا يمكنهم التعهد بذلك إلا بالرجوع إلى موكليهم و تؤخر القضية في كل مرة و قد يكون الأمر لأتفه الأسباب [3].

و يبدو أن هذا الإتجاه هو الصائب لسبب بسيط و هو أن المشرع ذكر في نص المادة 2/49 من قانون الأسرة : " ... **يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح ، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفيين** ...".أي لابد من ضرورة حضور الطرفيين .

ي – إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح

لقد إستحدث المشرع الجزائري هذا الإجراء بموجب المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولات الصلح لكن ليس بمفهوم الإنابة كما سبق بيانه ، فيمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في

[1]– روحمات عبدالله ، الوكالة في صلح الزوجين بين القانون و الواقع العملي ، مجلة الإشعاع ، المغرب ، عدد 27 ، 2003 ص 30.

[2]– روحمات عبد الله ، نفس المرجع ، ص 51.

[3] – بن جناحي أمينة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود و مسؤولية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، سنة 2014 ، ص 113.

محاولات الصلح ، حيث إستبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة ، نظراً لخصوصية النزاع و سريته و حساسيته و مراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية و كل ذلك خلال 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى ، و هو ماينسجم مع نص المادة 49 من قانون الأسرة [1]، و الغاية من ذلك هو تفعيل الصلح بين الزوجين لأنه يمكن أي يكون تأثير أحد أفراد العائلة على الزوج أو الزوجة على حد سواء.

[1] – بربارة عبد الرحمان ، مرجع سابق ، ص 336.

الفصل الثاني

الأثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية.

الفصل الثاني

الأثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض على أحكام فك الرابطة الزوجية.

تقتضي دراسة الآثار المترتبة على الصلح وعن الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية التعرض إلى تبيان محاولات الصلح التي يجريها القاضي ، و التي قد تتوج في النهاية إما بالنجاح أو إلى فشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين و ما يترتب بعد عن ذلك **(المبحث الأول)** ، و بعد ذلك نتعرض إلى حكم الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية عند تخلف إجراء الصلح و الأثر المترتب عليه **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

آثار نجاح وفشل محاولات الصلح

يحاول القاضي التوفيق بين الزوجين ، لكن وهذه المحاولة قد تنجح كما قد تفشل و تختلف آثارها على دعوى فك الرابطة الزوجية بين النجاح و الفشل و هو ماسنتناوله في نقطتين أثر نجاح محاولة الصلح **(المطلب الأول)** ثم أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

أثر نجاح محاولة الصلح

الجديد الذي جاء به المشرع ، أنه يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقع من طرف كاتب الضبط و الزوجين [1]، فقد تضمنت المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة سنة 2005 ، و كذا المواد 439 و مايليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جميع الإجراءات التي يقوم بها القاضي أثناء و بعد الصلح ، فيتبين من هاته المواد أن القاضي إذا نجح في مساعيه و أصلح بين الزوجين فإنه يأمر الكاتب بتحرير محضر الصلح **(أولا)** ، حيث يتضمن هذا المحضر البنود المتفق عليها من قبل الزوجين ، و بذلك يعتبر سنداً تنفيذياً **(ثانيا)** و بالتالي يحكم القاضي بإنقضاء الدعوى للصلح**(ثالثا)** .

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

أولاً/ تحرير محضر الصلح .

لم يشترط القانون شكلاً معينا لمحضر الصلح كما هو الحال بالنسبة للحكم القضائي ، لكن إشترط ضرورة توقيع أطراف الصلح على المحضر ، و يقتصر مضمون محضر الصلح على إثبات ماجرى و ما صرح به الطرفان ، دون أن يشمل رأي القاضي أو يعلله لأنه لا يخضع لرقابة جهة قضائية أعلى و يطرح تساؤل في هذا الخصوص حول الطبيعة القانونية لهذا المحضر ، هل هو عمل قضائي أم ولائي أم توثيقي أم ذو طبيعة خاصة متميزة؟.

يقتضي العمل القضائي[1]، الفصل في الخصومة بحكم قضائي قابل لطرق الطعن العادية و غير العادية قصد مراجعته أما عن العمل الولائي لا يخضع لطرق الطعن ، لأنه لا يقضي في الحقوق إلا في حالات خاصة هي أقرب إلى التظلم

فيها من الطعن بالقضائي ، أما العمل التوثيقي فهو تلقي الموثق لإرادة الأطراف دون أن يكون له دور في النتيجة التي توصل إليها الأطراف ، في حين عمل القاضي و هو يقوم بالصلح فيه شيئ من هذا و ذاك ، فهو يؤدي دور القاضي فيما يتعلق بالخصومة المطروحة عليه كشرط للصلح ، التي يجب أن تكون قد إستوفت كافة الشروط الشكلية و الموضوعية التي سبق الإشارة إليها.

فيما يخص موضوع الخصومة فالقاضي فيها غير مطالب بأن يقول كلمة القانون ، بل هو مطالب بإيصال الخصوم أي الزوجين إلى حل رضائي نابع منهم دون التقيد بأحكام القانون و إجراءاته ، شريطة عدم التعارض مع النظام العام ، فالقاضي في الصلح لا يعطي الحق لأحد و لا ينتزع الحق من أحد [2].

حيث أن مهمة القاضي في الصلح تتطلب منه التخلي عن شخصية القاضي ورجل القانون ليتقمص شخصية أخرى هي شخصية الموفق ، هذا الدور يتطلب منه إكتساب مهارات أخرى غير المعرفة الواسعة بالقانون كقدرة الإقناع و التأثير لدفع الأطراف إلى التراجع عن فكرة فك الرابطة الزوجية ، فالتقريب بين وجهات النظر و طرح الحل الذي يرضي به الطرفان ، فهو فن قائم بذاته و قد لا يتوافق مع تكوين القاضي الذي يتسم بالصرامة و قلة المرونة في تطبيق القانون .

---

[1]– بقي جانب من الفقه الفرنسي يرى أن محضر الصلح هو عمل قضائي لتمييزه عن الحكم القضائي ، كون أن القاضي لا يعطي للخصوم أكثر مما يعطونه لأنفسهم ، و لكنه في ذات الوقت مرتبط بخصومة يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية المتعلقة بالأشكال و القبول و هذا السبب الذي يجعل الفقه الفرنسي يتقدم القضاء بإعتبار محضر الصلح عملاً و لائياً تجاوزها الزمن في حين محكمة النقض الفرنسية ماتزال تعتبر هذه الأعمال من أعمال الإدارة القضائية.

[2]– زيدان عبدالنور ، مرجع سابق ، ص 124.

أما عن مضمون محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي و بحضور الأطراف جميعاً أو أحدهما ، فضلاً عن أنه يتضمن معلومات تتعلق بهوية المدعى و المدعى عليه [1] ، كما يثبت واقعة الحضور و الغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح ، فإنه يتضمن جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفيين و كذا دفوعهما و طلباتهما ، و حتى الشروط التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كلاهما و تدون كاملة و يمكن تقسيم محاضر الصلح إلى أربعة أنواع و هي محضر صلح يتضمن إلتزامات على عاتق الزوج (أ)، محضر يتضمن إلتزامات على عاتق الزوجة(**ب**) ، محضر يتضمن إلتزامات متقابلة على عاتق الزوجين(**جـ**) ، محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط(**د**).

أ/ محضر يتضمن إلتزامات على عاتق الزوج.

قد يرد في محضر الصلح تصالح الزوجين و ذلك بتراجع الزوج عن طلب الطلاق و يتمسك برجوع زوجته إلى مسكن منفرد و في مقابل ذلك تصرح الزوجة بأنها توافق زوجها على طلب التراجع عن الطلاق و تتمسك بالعودة إلى مسكن الزوجية في مسكن منفرد.

ب/ محضر صلح يتضمن إلتزامات على عاتق الزوجة .

قد يرد في محضر الصلح ، أن يصرح الزوج بإرجاع زوجته إلى مسكن الزوجية على أن تتعهد بإحترامه و معاشرته بالمعروف و عدم مطالبتها بمسكن منفرد ، في مقابل ذلك تتمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية و تتمسك بإستئناف الحياة الزوجية و توافق على طلبات زوجها و تتعهد بالقيام بجميع الطلبات المطالب بها زوجها.

جـ/ محضر صلح يتضمن إلتزامات متقابلة على عاتق الزوجين .

كما قد يشمل محضر الصلح أيضا ، تراجع أحد الزوجين عن طلب فك الرابطة الزوجية و الإستمرار في الحياة الزوجية ، و يتعهد على توفير طلبات الزوج الآخر سواء كان محل إلتزامه أمور مادية قابلة للتنفيذ ، كأن يكون مستعد على توفير بيت مستقل أو يلتزم بالإنفاق ، من اليوم فصاعداً أو يلتزم بدفع ما عليه من دين طيلة بقاء زوجته في بيت أهلها ، أو أمور لها علاقة بالواجبات الزوجية المعنوية ، مع جو يسوده الإحترام و عدم الإساءة وحسن المعاشرة ، و في مقابل ذلك الزوج الآخر يوافق على الإستمرار في العشرة الزوجية و يوافق على شروط و طلبات

[1] – لا يكفي مجرد الحضور لجلسة الصلح في التاريخ المحدد ، فمن الضروري إحضار بطاقة التعريف الوطنية ، و إلا فيتعذر سماع الزوج أو الزوجة فالقاضي لا يستطيع بسط رقابته ، من أجل التأكد من المعلومات الواردة في بطاقة التعريف مع المعلومات بعقد الزواج.

زوجه ، كأن تكون الزوجة موافقة على العيش معه و أنها تتنازل عن بعض حقوقها المادية شريطة أن يقوم الزوج بما تعهد به ، كأن يوفر لها سكن منفرد أو أن يدفع لها دين المتمثل في نفقتها ، و تتعهد أن لا تعيد التصرفات السابقة ، و بذلك هذا المحضر يكون قد تضمن تراجعاً عن فك الرابطة الزوجية ، و كذا يحوي إلتزامات متقابلة بين المدعى و المدعى عليه.

فيكون بذلك محضر صلح مقترن بقيود و شروط ، فيتضمن إلتزامات على عاتق الزوجين و بذلك يكون سنداً تنفيذياً بمفهوم السندات التنفيذية و القابلة للتنفيذ الإختياري، أو للتنفيذ الجبري طبقا لنص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و يتم توقيع الطرفيين عليه ليكون حجة عليهما إلى جانب توقيع القاضي و كذا توقيع أمين الضبط.

د/ محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط.

وقد يرد في محضر الصلح المتوصل إليه تراجع أحد أطرافه عن طلب فك الرابطة الزوجية و العودة لإستئناف الحياة الزوجية ، و أما الطرف الثاني فيوافق على طلب المدعى و الرجوع إلى مسكن الزوجية فيكون بذلك قد وقع صلح دون أن يقترناه بشروط أو إلتزامات، فهذا المحضر لا يتضمن أية إلتزامات على عاتق الزوجين ، و بذلك لا نتصور أن يكون سنداً تنفيذياً من السندات التنفيذية لعدم وجود أمور قابلة للتنفيذ ، فهذا صلح بحد ذاته يقبل فقط التنفيذ الإختياري من قبل أطرافه ، و يتم توقيع الطرفيين عليه ليكون حجة عليهما إلى جانب توقيع القاضي و كذا توقيع أمين الضبط ، و مثل هذه المحاضر التي تكون بدون قيود لا يمكن تنفيذها لعدم تحديد الإلتزامات.

ثانيا / إكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي.

وفقا لنص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بالإضافة إلى المادة 9/600 الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية ، التي نصت على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي ، و السندات التنفيذية هي محاضر الصلح أو الإتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة و المودعة بأمانة الضبط و هذا يعني أنه يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهره بالصيغة التنفيذية [1]، دون صدور حكم قضائي لأن الصلح سيد الأحكام كما يقال.

[1]– تنص المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، : " **لايجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي ، ممهور بالصيغة التنفيذية...**".

إعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سنداً تنفيذياً بعد توقيعه ، من طرف القاضي و الزوجين أي مثله مثل الحكم ينفذ بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط ، و لا يحتاج للمصادقة كما يعتقد البعض [1]، لكن عملياً لايزال القضاة يحررون أحكاماً بالإشهاد على الصلح بحيث يفرغون محتوى محضر الصلح في الحكم ، و بالتالي يطرح التساؤل مفاده : هل إيداع محضر الصلح لدى أمانه ضبط المحكمة و إعتباره سندا تنفيذيا يغني عن إصدار حكم بالإشهاد عليه ؟. ففي حالة اتفاق الزوجين على استئناف الحياة الزوجية وضعوا بعض الشروط التي على أساسها يوضع حد للنزاع بينهما كإشتراط الزوجة على زوجها قبول عملها ، أو توفير مسكن زوجي منفرد ، أو التنقل للعيش معها فإذا ما حصل إتفاق يحرر محضر الصلح بشأن ذلك و يودع بأمانة الضبط ليعد سنداً تنفيذيا.

و عليه إذا استخرجت الزوجة نسخة من المحضر ممهورة بالصيغة التنفيذية ، و أرادت التنفيذ أمكن لها ذلك فالهدف من إعتباره سند تنفيذي هو تبسيط الإجراءات [2]، حيث لكي ينفذ محضر الصلح يجب إمهاره بالصيغة التنفيذية ، الموضحة في المادة 601 من القانون السالف الذكر ، حيث نجد في هذا الخصوص أن المشرع لم يستثني الصلح في شؤون الأسرة من هذه الإجراءات.

و بالتالي لا يجوز تنفيذه بمفهوم المادة 600 ، إلا إذا تضمن عبارة الصيغة التنفيذية لإعطائه قوة تنفيذية و هي عنصر الإلزام ، و لا يتصور أن الإلزام قد يتعلق بإجبار الزوج على إرجاع زوجته رغما عنه أو إلزام الزوجة بتقبل الضرر و التعايش معه في سبيل لم شمل الأسرة.

يثبت الصلح في محضر يحرره أمين الضبط بإشراف القاضي ، ذلك حتى يكتسب الصفة القانونية و يعد بعد ذلك سندا تنفيذيا ، فبمفهوم المخالفة يتضح أن القوة التنفيذية للصلح تترجم من خلال إثباته في محضر و إيداعه بأمانة الضبط ، لكن السؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح هو ما مصير فك الرابطة الزوجية المرفوعة من قبل أحد الزوجين أو كلاهما بعد تحرير محضر الصلح ؟. و هل هذا المحضر وحده كاف ، بمعنى آخر أن كل دعوى ترفع بموجب عريضة و تسجل و تعرض على القاضي الذي ينظر فيها حتى و لو حرر محضر صلح فلابد على القاضي بيان مصير هذا الملف؟.

[1]– حميش حسان ، مرجع سابق ، ص 5.

[2]– ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية – ترجمة للمحاكمة العادلة – ، موفم للنشر، الجزائر 2009 ، ص 413.

ثالثا/ الحكم بإنقضاء الدعوى للصلح .

عند حصول الصلح بين الزوجين يحرر القاضي محضراً ، حيث لا يجوز للقاضي الإستمرار في نظر الدعوى متجاهلاً اتفاق الأطراف و تصالحهم ، ذلك أن الصلح ينهي النزاع ، و بالتالي لا يصبح للقاضي ولاية التصرف ، و تصبح دعوى الطلاق بغير موضوع لتصالح الزوجين و تراجعهما عن طلب فك عقد الزواج ، فلم يعد طلب الطلاق متمسك به و قد تم التراجع عنه ، فيصبح القاضي في هذه الحالة غير مخير في اثبات الصلح الحاصل بين الزوجين و الإشهاد لهما بذلك ، فلا يقف عند هذا الحد بل يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكد لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه ، و ليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها و لا بالتنازل عنها ، و إنما بإنقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح طبقا لما تنص عليه المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على مايلي : " ... **تنقضي الخصومة تبعاً لإنقضاء الدعوى بالصلح** ..."

المطلب الثاني

أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين.

قد لا يوفق القاضي في مساعيه للصلح بين الطرفيين طول المدة المقررة لذلك ، فليس في وسعه سوى تحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح ،و نتائج محاولاته ، يوقعه مع كاتب الضبط و الزوجين(**أولا**) ، ثم يتم التطرق بعد ذلك إلى دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى(**ثانيا**).

أولاً/ تحرير محضر عدم الصلح و مضمونه.

يلتزم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح و الإشارة إليه في الحكم القضائي ، قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة بتاريخ **2007/09/12** الذي قضى بمايلي:

"... **و الذي جاء فيه أن دعوى الطاعن ترمي إلى التطليق عن طريق الخلع و كان يتعين على المحكمة إجراء محاولة الصلح و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه لا يوجد أثر لهذا الإجراء و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة ، حيث أنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه**

أن قاضي المحكمة لم يشر إلى تحرير محضر عدم الصلح و حتى و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة ، و عليه هذا الفرع مؤسس و يترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه..."[1].

وعليه عندما لا يشير القاضي إلى أنه تم عقد جلسات محاولة الصلح بين الزوجين ، يعرض حكمه لنقض من طرف المحكمة العليا و يظهر ذلك جليا من خلال قرار صادر عنها بتاريخ **:2010/12/09** التي جاءت حيثياته كمايلي : " **حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تشر أبداً إلى عقد جلسة الصلح و حضور المطعون ضدها ، طالبة التطليق لتلك الجلسة حتى و إن كان الطاعن لم يحضر ولم يُجب لأن عقد جلسة الصلح وجوبي...**".

حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب عقد جلسة الصلح و حضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع لتلك الجلسة ، و مادام لم تشر إلى عقد تلك الجلسة و حضور المطعون ضدها – طالبة التطليق –

لجلسة الصلح فإنها تكون قد خالفت نص المادة 49 من قانون الأسرة ، و عليه فان هذا الفرع من الوجه مؤسس و ينجر عنه النقض و إبطال الحكم المطعوم فيه [2]، و بالرجوع فعلاً إلى ذات الحكم المطعون فيه يتبين فعلاً عدم الإشارة إلى أن القاضي دعى الأطراف إلى محاولة الصلح أو على الأقل جلسة صلح مرة واحدة أو عدة مرات ، بل القضية وضعت في النظر مباشرة و تم الفصل فيها بالتطليق مع العلم أن الأمر شائك و حرم الطاعن من حق المصالحة .

نصت المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في فقرتها الأخيرة على مايلي : " **...و في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له ، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى**"، و بالتالي يجب على القاضي تحرير محضر عدم الصلح بذلك يبين فيه مساعي الصلح بين الزوجين ، و تواريخ محاولات الصلح و جلساتها ، يلحقه بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الموضوع[3].

قد لا تكلل مساعي الصلح التي يبذلها القاضي بالنجاح لسبب أو لآخر ، فمن الناحية الواقعية نجد في كثير من قضايا الطلاق أن عدم نجاح محاولة الصلح سببه إما لأن القاضي لم يبذل الجهد الكافي في ذلك ، نظراً لإعتبارها مجرد إجراء شكلي فقط و دون اعتبار لما قد ينجر عن ذلك من آثار أهمها فصم عرى الزوجية القائمة بين المتخاصمين ، أو يرجع السبب إلى كثرة

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

[2]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 0589792 ، مؤرخ في 2010/12/09 ، غير منشور.

[3]– العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 357.

القضايا المطروحة أمام القاضي خصوصاً قضايا فك العصمة الزوجية ، مما يترتب عليه ضيق وقته بسبب انشغاله في دراسة القضايا و البحث لها عن حلول قانونية ، فهل إلى جانب ذلك يمكنه التفكير في الحلول النفسية و الإجتماعية و الإقتصادية للأسرة ، مع العلم أن تكوينه لا يمكنه من ذلك الأمر الذي يستلزم تكوين خاص لقضاة شؤون الأسرة شبيه بتكوين قضاة الأحداث ، بالإضافة إلى ضرورة تدعيم قضاة شؤون الأسرة بمختصين في مجال شؤون الأسرة و مشاكلها حتى يقدموا المساعدة من أجل احتواء مشاكل الأسرة بطريقة فنية [1].

خصوصا في بعض الأحيان يجد القاضي نفسه أمام إصرار الزوج أو الزوجة أو كليهما معا على فك الرابطة الزوجية فلا خيار أمام القاضي سوى التصدي للموضوع ، بعد أن يأمر الكاتب بتحرير محضر عدم الصلح ، و يحتوي هذا المحضر على هوية الطرفين و تصريحاتهما و توقيعهما إضافة إلى توقيع القاضي و أمين الضبط ، و يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة ، و يعود إلى متابعة سير الإجراءات للفصل في الموضوع [2].

أما عن مضمون محضر عدم الصلح و الذي يأخذ أحد الشكليين ، إما محضر عدم الصلح لتمسك أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية ، و هذا النوع من المحاضر نجده في جميع صور فك الرابطة الزوجية ما عدا الطلاق بالتراضي ، و يرجع ذلك إلى أن أحد أطرافه يتمسك بطلبه المتمثل في فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، أو بطلب من الزوجة بواسطة الخلع أو عن طريق التطليق و عدم تمسكه بعودة زوجه إلى مسكن الزوجية ، أما الطرف الثاني و غالبا لا يتوافق على طلب المدعي أو المدعية و يطالب بالإسمرار بالحياة الزوجية رفضا لطلب المدعي فهذا المحضر لا يتضمن أية إلتزامات على عاتق الزوجين و بذلك لا يكون سنداً تنفيذياً و يتم توقيع الطرفيين إلى جانب توقيع القاضي و كذا توقيع أمين الضبط.

و إما محضر عدم الصلح لتمسك الزوجين بفك الرابطة الزوجية ، و هذا النوع من المحاضر نجده فقط في الطلاق بالتراضي مثلاً أن يصرح كل من الزوج على أنه يتمسك بالطلاق بالتراضي لإستحالة العشرة الزوجية ، و أنه موافق على دفع مبلغ مالي متفق عليه كتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة بعد صدور الحكم ، و تصرح في نفس المحضر الزوجة أنها موافقة على طلب

[1]– جمعي ليلى ، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الإيجابيات ، مجلة الحضارة الإسلامية ، عدد 09 ، جامعة وهران ، 2004 ، ص 149.

[2]– عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 91.

الطلاق بالتراضي على أن يدفع لها مبلغ مالي متفق عليه كتعويض لها و أنها قد أخذت كل متاعها و يذكر جميع الأمور المتفق عليها من حضانة و نفقة .... إلخ.

ثانياً/ دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.

قرر المشرع أنه في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي في حالة عدم تصالح الزوجين أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، فإنه يتم التطرق إلى موضوع الدعوى و يشرع في مناقشة الموضوع ، و هذا لأن كل الإجراءات المتعلقة بالصلح هي إجراءات سابقة عن الخوض في موضوع النزاع[1].و عندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العادية ، و يكون الحكم ابتدائي نهائي فيما يتعلق بالطلاق ، و ابتدائي فيما يخص جوانبه المادية .

وفي هذا الإطار يعتمد القاضي على محاولات الصلح التي أجراها سابقاً و فشل في إصلاح ذات البين من خلال ملابسات النزاع بين الزوجين و أسبابه الحقيقية ، حيث يستطيع القاضي تكوين صورة مبدئية عن النزاع ، يضاف لها ماقد استنبطه وما ثبت له من حقائق عندما عرض الصلح على الزوجين أثناء محاولة الصلح ، و بذلك يستطيع الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية وفق الطلب المقدم للمحكمة بموجب العريضة الإفتتاحية ، حيث يجب عليه أن يستخلص من تلك الجلسات من يتحمل المسؤولية في فك الرابطة الزوجية حتى لا يكون حكمه معيباً .

وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها :"... **لكن متى لم يحدد قاضي أول درجة في حكمه القاضي بالطلاق بين الطرفين مسؤولية الطلاق لأي من الزوجين ، فإن ذلك الحكم يصبح مشوبا بعيب قانوني بإعتبار أنه كلما تم الحكم بفك الرابطة الزوجية يتعين قانونا تحديد مسؤولية أي من الزوجين تسبب في انحلال العلاقة الزوجية ، الشيئ الذي يجعل الوجه المثار وجيه يتعين الإلتفات إليه....**[2] .

يمكن للقاضي أيضاً أن يستخلص من جلسة الصلح أنه يجوز له أن يأخذ بعين الإعتبار، من بين عناصر المناقشات و الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم و لم يؤسسوا عليها ادعائهم طبقاً لنص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و كذلك تساعد جلسة الصلح القاضي على فهم حقيقة النزاع حيث و بناء على ما من خلالها له أن يكيف الوقائع و التصرفات

[1]– زيدان عبد النور ، مرجع سابق ، ص 128،129.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 376803 ، مؤرخ في 2007/01/17، غير منشور.

محل النزاع تكييفاً قانونياً سليما دون التقيد بتكييف الخصوم طبقا لنص المادة 29 من نفس القانون، وقد يتم توقيع محضر الصلح من أحد الزوجين في حين يرفض الآخر أو يعلن صراحة عن عدوله عن هذا الصلح ففي هذه الحالة فإن القاضي لا يوقع على المحضر و لا ينهي النزاع عن طريق الصلح و إنما يمكن له أن يعتبر هذا المحضر غير الموقع عليه من طرف أحد الخصوم سند في الدعوى يجوز الإستناد عليه في الحكم الذي سيصدر .

المبحث الثاني

الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف الصلح.

تقتضي دراسة مسألة الطعن بالنقض ، في أحكام فك الرابطة الزوجية والتي يتخلف فيها إجراء الصلح التعرض إلى مدى قابلية هذه الأحكام إلى الطعن بالنقض فيها بالنقض (**المطلب الأول**) ، ثم التطرق بعد ذلك إلى عدم جواز الطعن بالنقض لتخلف إجراء الصلح في أحكام فك الرابطة الزوجية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح للطعن بالنقض.

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

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

يرى جانب من الفقهاء انه يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في قضايا شؤون الأسرة حيث نجد من بينهم الأستاذ **علي علي سليمان** الذي يرى : " أن أحكام الطلاق لا تقبل الاستئناف ما عدا جوانبها المادية ولعل الحكمة من هذا هي إتاحة الفرصة أمام الزوجين لإستئناف حياة زوجية أخرى، غير أن هذه الحكمة تتخلف إذا إستئنف الحكم أو طعن

فيه بالنقض و انتهى إلى القول:" و لما كان من الممكن أن يحصل خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره من قبل قاضي الموضوع,فالأحسن أن يظل هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالطرق العادية و غير العادية في مختلف نواحيه[1].

في حين نجد الأستاذ **محمد أوزيان** يبرر رأيه بالموقف السلبي الذي يمكن أن يثيره عدم الطعن بالنقض في المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو الخلع، حيث يمكن للمتزوجين مراجعة موقفهم، لذا ينبغي إتاحة الفرصة لهم عن طريق الإستئناف أو الطعن بالنقض،ولهذا السبب فالأفضل أن تترك مقررات فك الرابطة الزوجية قابلة لكل طرق الطعن، وخاصة و أن النظم القانونية تقوم على وجود درجتين للتقاضي فجودة العمل القضائي تقاس بضمان حق الطعن بكل درجاته[2].

أما الأستاذ **سليم سعدي** يرى أن التعديل الجديد لقانون الأسرة جاء عاما، بخصوص أحكام فك الرابطة الزوجية، و ذلك بنص المشرع على عدم قابليتها للطعن بالإستئناف، مع بقاء الطعن فيها عن طريق النقض، فمادام هناك إجراءات مقررة قانونا و مادام هناك قانونا واجب الإحترام، فإنه لابد من وجود رقابة المحكمة العليا على أحكام الطلاق التي تعتبر محكمة قانون لا موضوع.

يرى المفتش العام بوزارة العدل **علي بداوي** : " إن أحكام الطلاق بالتراضي تصدر في أول و اخرج درجة أي نهائية، و هي غير قابلة للإستئناف، و قابلة للطعن بالنقض من تاريخ النطق بها، و الغاية من فتح باب الطعن،هو ضمان سلامة التطبيق السليم و الصحيح للقانون .

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

يرى فريق أخر من الفقهاء انه لا يمكن الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية.

فنجد الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** يذهب إلى أن الأحكام التي تقع بمناسبة الطلاق أحكام نهائية، و التي من بينها نجد الخلع الذي يعد طلاقا بائناً و لا يجوز نقضه من أي كان، حيث الطابع النهائي لحكم الخلع في جانبه المتعلق بحل عقد الزواج يكون بقوة القانون [3].

---

[1]– علي علي سليمان ، مقال حول قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر عدد 02 ، 1986 ، ص 443.

[2]– أوزيان محمد ، الأثر السلبي للأحكام الصادرة في مادة التطليق على الإجتهاد القضائي قراءة في الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية ، مداخلة ، المغرب ، ص 6،7 .

[3]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 201.

و في نفس الاتجاه يرى **الأستاذ بلحاج العربي** أن الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بصفة عامة يصدر إبتدائيا و نهائيا، فهنا يتساءل عن فائدة الطعن بالنقض في هذه الحالة، ضف لذلك النتائج و الآثار التي يرتبها الطعن بالنقض و التي تثير العديد من الإشكالات و التناقضات في التطبيق، و خاصة فيما يتعلق بالعلاقة القائمة بين الطعن بالنقض و العدة حيث المشرع الجزائري لم يراع الإنسجام بين هاذين الميعادين [1].

أما الأستاذ **عمر زودة** فيقول :" إن حكم الطلاق لا يعد عملاً قضائيا، وإنما يعتبر عملا ولائي و بالتالي لا يمكن الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية سواء بالطرق العادية أو غير العادية [2]كونه حق مقرر شرعاً و قانوناً للزوج لا يمكن أن ينازع فيه أحد سواء الزوجة و لا حتى القاضي[3]، حيث الطعن بالنقض لا يكون إلا في الشق المتعلق بالأمور المادية.

يرى الأستاذ **مراد كاملي:** " إن قانون الأسرة الجزائري لا يسمح بالطعن في الحكم بالطلاق فيما يتعلق بقرار إنهاء العلاقة الزوجية، كون الإلغاء يكون بأثر رجعي، و هو ما يعني إن المرأة قد وجدت في مرحلة لا تعرف فيها إن كانت زوجة أم لا، وهو ما لا يستقيم مع نظام الأسرة و قواعد الشريعة في الحل و الحرمة

و حرصاً من المشرع على تفادي الظن بإمكانية الطعن في الحكم في الطلاق الناشئ عن طريق الطعن [4]، يدعم هذا الرأي ما أتى به الأستاذ **عمرو خليل** الذي يرى إن الطعن بالنقض يثير عدة إشكالات قانونية من حيث عدة المرأة،الوفاة،و النفقة، و من حيث إنهاء عقد الزواج سواء في حالة قبول الطعن أو رفضه ،أو أثناء سريان الطعن، و في حالة قبول الطعن و نقض الحكم المطعون فيه يترتب عليه إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم بالطلاق، وفقا للقواعد العامة و هنا قد تهتز المراكز القانونية التي ترتبت عن الطلاق بين الزوجين، و علاقة المرأة بالرجل هل تبقى كزوجة أم إنها أجنبية عنه؟[5].

يمكن القول مما سبق انه لا مكان لإعمال الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية، ذلك نتيجة خصوصية الرابطة الزوجية بحد ذاتها.

---

[1]– العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ، ص 364.

[2]– زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، مرجع سابق ، ص 124.

[3]– زودة عمر، نفس المرجع ، ص 129.

[4]– كاملي مراد ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2010/2009،ص 71.

[5]– زودة عمر ، مرجع سابق ، ص 138.

وقد يثير الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية في ما عدا الشق المادي، جملة من المسائل و التي بدورها تثير كثيرا من الجدل، و من المسائل ما يتعلق بإمكانية إحياء العلاقة الزوجية من جديد (أ)، و كذا إلزام الرجل بالإنفاق على إمرأة أجنبية عليه(ب) ،ضف لذلك مشكلة التوارث بين المطلقين (ج)، و كذا مشكل تعدد الأزواج بالنسبة للزوجة (د) ما قد يجعلها في قفص الاتهام بتهمة الزنا (هـ) .

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

يعتقد الكثير من رجال القانون باعتبار الصلح إجراء جوهريا فان تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، حسب تفسيرهم لنص المادة **49** من قانون الأسرة، الأمر الذي يجعل الحكم قابلا للطعن فيه بالنقض، ما يترتب عليه كأثر مباشر ناجم عن نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية طبقا لنص المادة **48** من قانون الأسرة بإعادة الزوجين إلى مراكزها السابقة فيبقى مركز الزوجين قائما بزوال الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أي بمعنى إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها في حالة قبوله[1] ، سواء بالطلاق أو الخلع أو بالتطليق غير أنه لا يعاد الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور هذا الحكم في حال عدم إعتبار الصلح كإجراء جوهري لأنه لا يقبل الطعن بالنقض.

ب/ إلزام الرجل بالإنفاق على إمرأة أجنبية عليه.

إن المقصود بنفقة الزوجة هو ما يطالب به الزوج شرعاً نحو زوجته، من مشتملات الإنفاق، وسبب استحقاقها هو الاحتباس المشروع المؤدي إلى مقاصد الزواج [2]، و النفقة تجب للزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة طبقا لنص المادة 74من قانون الأسرة.

غير أنه إذا وقع الطلاق و انتهت العدة،بانت الزوجة المطلقة من مطلقها و لم تعد زوجته لا في الشرع، ولا في القانون و عليه لا يصبح الرجل ملزماً بالإنفاق على امرأة أجنبية، لكن إذ تم إعتبار الصلح إجراء جوهري فإن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، وفي هذه الحالة يلزم الرجل بأن ينفق على إمرأة أجنبية في الشرع، و التي تعد في نفس الوقت زوجته بقوة القانون،

[1]– بشير سهام ، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، السنة الجامعية 2006/2005، ص 153.

[2]– غضبان مبروكة ، مرجع سابق ، ص 27.

و تبعاً لذلك فإن الزوجة كأصل عام توجب لها النفقة استناداً إلى قيام العلاقة الزوجية ما لم تسقط عنها بسبب شرعي كنشوزها[1]، و لو أثناء فترة الصلح يبقى الزوج ملزماً بالنفقة على الزوجة.

حيث يعتبر القانون العلاقة الزوجية قائمة خلافاً للشريعة الإسلامية، التي تعتبر العلاقة الزوجية منتهية بانتهاء العدة، و بالتالي حسب هذا الإعتقاد يمكن أن تعود على مطلقها بدعوى النفقة، غير أنه إذا اعتبرنا الصلح إجراء غير جوهري فلا يترتب نقض الحكم و لا يلزم الرجل بالإنفاق على إمرأة أجنبية، و بالتالي لا تخلق وضعيات حرجة مخالفة للشرع و كذا قانون الأسرة، و حسب هذا الإعتقاد يمكن أن تعود على مطلقها بدعوى النفقة.

جـ / التوارث بين المطلقين.

يعتقد أنصار الصلح الجوهري، أنه و بعد النقض يكون الحكم القضائي كخط فاصل بين من يرث و من لا يرث إذا حدثت الوفاة بعد النقض ، طالما أن قرار المحكمة نقض الحكم المطعون فيه، فإن الحي منهما من الزوجين يرث الآخر في حالة وفاة أحدهما و هو أمر غريب جداً، إذ يتنافى مع المنطق القانوني، و مخالف للشرع و القانون،و خاصة المادة 126 من قانون الأسرة التي تحدد أسباب الإرث بنصفها على أن "**أسباب الإرث و القرابة الزوجية**" و قيام الزوجية معلق على أمرين إما أن الزوج لم يطلق أصلاً فالزوجية قائمة حقيقة أو أن الزوج طلق فعلا و لكن الزوجية لا تزال قائمة حكماً خلال فترة العدة، اما بعدها تتحول طبيعة الطلاق إلى طلاق بائن و البائن لا يتوارث فيه فلا علاقة للحكم القضائي بإستحقاق الإرث، فالأحرى و الأجدر أن لا تطرح مسألة الطعن بالنقض بسبب تخلف الصلح كون هذا الأخير لا علاقة له بالحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.

ومن ينادي بوجوب الإرث بين الرجل و إمرأة أجنبية دون أن يتفطن أو يراعي طبيعة الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية ،يكون قد وقع بدون شك في الخطأ ، فيورث شخصين لا يرثان،و بذلك يكون قد أقر بميراث بين مطلقين أو بين أجنبين ، و الغريب في الأمر أن المشرع حصن أحكام الطلاق بأن جعلها تنفذ مباشرة ووجوباً بسعي من النيابة العامة ، و من جهة أخرى يجيز الطعن فيها بالنقض، بأن ما بناه بيمينه يهدمه بشماله و لو كان يقصد النقض في غير الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية حينها يكون الامر أقل خطورة[2].

---

[1]– زودة عمر ، مرجع سابق ، ص 146.

[2]– يوسف دلاندة ، طرق الطعن العادية و غير العادية في الأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء العادي و القضاء الإداري، دار هومة ، طبعة 2009 ، ص 97،98.

و الجدير بالذكر كيف للمحكمة العليا أن تقضي بإلغاء الحكم المطعون فيه، و من ثم توارث بين شخصين مطلقين من انعدام أسباب الميراث؟، فهما مفتقدان لصفة الزوجان سواء تم قبول الطعن أو تم رفضه، بل و أكثر من ذلك ما تنص عليه المادة 131 من نفس القانون، إذا ثبت بطلان النكاح، فلا توارث بين زوجين" فكيف يكون الأمر في حال عدم وجود زواج أصلاً بقوة القانون بعد النقض، فقرار المحكمة العليا يزيد من الأمر تعقيداً مما يتعين على المشرع بالتدخل [1]، لوضع حد لمثل هذه الممارسات القضائية.

لكن إذا إعتتبرنا أن الصلح إجراء جوهري و بالتالي ليس من شأنه أن يرقى إلى إلغاء الأحكام القضائية بفك الرابطة الزوجية على أساس مخالفة قاعدة جوهيرية في الإجرءات، ولا يكون هناك نقض لأي حكم قضى بفك الرابطة الزوجية، و طبعاً إذا توفي أحد الزوجين فلا توارث بين المطلقين بإعتبار الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي طلاق بائن و في ذلك يقول الإمام مالك: " **و لا يتوارثان و لا رجعة له عليها**"[2].

د / تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة.

يترتب على إعتبار الصلح إجراء جوهري، أن تخلفه يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، و في حالة فرضا تم قبول الطعن يتم إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها، لكن المشكل يكمن في حالة ما إذا كانت الزوجة تزوجت بزوج آخر خلال فترة الطعن، فتكون حسب أنصار الصلح كإجراء جوهري في عصمة زوجين أي مازالت في عصمة الزوج الأول، و كذا الزوج الثاني الذي تزوجت به خلال فترة النقض ، حيث يحق للزوج الأول تحريك الدعوى العمومية لمتابعة الزوجة بجريمة الزنا، غير أن هذه القراءة غير سليمة حيث أن نقض الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية أمر خطير جداً.

في حين إذا إعتبرنا الصلح إجراء غير جوهري لا يؤثر تخلفه على حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، و بالتالي إعادة المرأة الزواج من زوج آخر بعد طلاقها من الزوج الأول و قضاء عدتها يجعلها في عصمة الزوج الثاني فقط.

[1]– عمرو خليل ، مرجع سابق ، ص 209.

[2]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 212.

هـ / متابعة الزوجة بجريمة الزنا:

قد تكون الزوجة تزوجت بزوج آخر خلال فترة الطعن بالنقض، كما ذكرنا أعلاه، و هنا نكون أمام فرض غير منطقي أن الزوجة مازالت في عصمة الزوج الأول، و يحق لهذا الأخير تحريك الدعوى العمومية لمتابعة الزوجة بجريمة الزنا، في حين أن الأمر ليس كذلك طالما أن إجراء الصلح لا يعد إجراءاً جوهرياً، و لا يترتب عنه نقض الحكم و لا متابعة الزوجة جزائياً، مما يستوجب على القاضي الجزائي الناظر في مثل هذه الوقائع أن يطرح سؤال جوهري حول مدى قيام العلاقة الزوجية، لأنها تعد حجر الزاوية للفصل في موضوع النزاع.

قبل التعرض لذلك، ينبغي بداية التطرق إلى معنى جريمة الزنا و أركان قيامها، فلم تضع القوانين الوضعية المختلفة تعريفا لجريمة الزنا، بل إكتفت بأن حددتها بصيغ و عبارات مختلفة فقد عرفها بعض الفقه:" **إرتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج، مع إمرأة برضاها حالة قيام الزوجية فعلاً أو حكماً**" و المشرع جرم الفعل بموجب المادة 339 من قانون العقوبات [1]بهدف المحافظة على حق كل من طرفي الرابطة الزوجية، في عدم إخلال أحدهما بهذا الزواج و صيانة نظام الأسرة، إذ من حق الزوجين أن يستأثر بالعلاقات الجنسية لزوجه، و يترتب عليه بالمقابل الالتزام بالإخلاص الجنسي لزوجه فتجريم الزنا فيه حماية للمجتمع و ليس حماية لحق الزوج المجني عليه فقط.

مما تقدم يتبين أن جريمة الزنا في المفهوم القانوني تشترك مع مفهوم الزنا في المفهوم الشرعي في ركنين هما الوطء و القصد الجنائي [2]، فلقد ورد النص على جريمة الزنا في المادة 339 السالفة الذكر.

و إن كانت جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية تحصل بمجرد الوطء غير المشروع في فرج الأنثى، فإنه و في قانون العقوبات لابد من توفر اركان لحصول جريمـــة الزنا وهي:

الركن الأول:

يتمثل في قيام العلاقة الزوجية الصحيحة، فلابد أن يقع الوطء و علاقة الزواج قائمة فعلاً [3]و يقصد بقيام الرابطة الزوجية اي هناك علاقة تجمع الزوجين حقيقة أو حكماً، والتي تلزم كل زوج بالخلاص نحو الآخر، فوفقا للمفهوم القانوني يشترط أن تكون المرأة مرتبطة بعقد زواج

[1]– المادة 339 ، قانون العقوبات الجزائري .

[2]– بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، ج 2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 ، ص 135.

[3]– بوسقيعة أحسن ، مرجع سابق ، ص 135.

صحيح [1] فالجريمة لا تقع إلا من متزوج – **زوجا كان أم زوجة** – و هذا ركن إضافي لا يتطلب توافره في المفهوم الشرعي للزنا، فلا يعد الفعل زنا إذا ما وقع بعد إنحلال الرابطة الزوجية بوفاة الزوج، أو بالطلاق لكن هذا الموضع يجب التفرقة بين الطلاق البائن و الطلاق الرجعي، فالطلاق الرجعي يقع طلقة واحدة و لا يترتب عليه رفع أحكام الزوجية قبل مضي فترة محددة من الزمن يطلق عليها في الشريعة الاسلامية بالعدة، و هذا الطلاق لا يزيل العصمة الزوجية بل يبقى الزواج قائم حكماً ما دامت المرأة في عدتها، لأن الزوج في هذه الحالة يجوز له مراجعتها و أن يردها إلى عصمته في أي وقت شاء، لكن خلال العدة و عليه فجريمة الزنا تقوم إذا وقعت من المرأة خلال هذه الفترة أثناء مدة العدة و هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري [2]، أما في الطلاق البائن نميز بين نوعين من الطلاق طلاق بائن بينونة صغرى ، طلاق بائن بينونة كبرى فإذا ارتكبت جريمة الزنا من طرف أحد الزوجين بعد الطلاق البائن مهما كان نوعه لا تعتبر جريمة زنا لأن العلاقة انتهت ، و تبعاً لذلك تنتفي تهمة الزنا ، و كذا الأمر نفسه و لو وقع الوطء على إمرأة مطلقة طلاقاً بائنا فلا يعتبر الوطء زنا في نظر القانون لأن الطلاق البائن يزيل ملك الزوج أو عرى الزوجية ، و يكون التبليغ من طرف الزوج المتضرر ، حال قيام العلاقة الزوجية فإن حدث الطلاق بينهما لا يجوز للزوج المتضرر المطلق أن يبلغ عنها.

وطبقاً لنص المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية ، فإذا كان عقد الزواج باطلاً أو فاسداً أو وقع الطلاق كان للفسخ أو البطلاق أو الطلاق الواقع أثر رجعي ، و لاتقوم جريمة الزنا بفعل ارتكب بعد التقرير بالطلاق أو البطلان أو الفسخ ، و أما إذا كانت الرابطة قد انحلت بالطلاق و بعد مضي عدة سنوات تزوجت المطلقة بشخص آخر لا جريمة و لا عقاب ، لأن الشاكي فقد نهائياً ملك عصمة مطلقته و الحكم بخلاف ذلك يترتب عليه البطلاق و النقض .

[1]– وهنا تظهر علة التجريم فلم يكن تجريم الفعل لأنه يشكل إعتداء على الحرية الجنسية لأن الفعل قد تم برضا الطرفيين و كذلك لمساسه بحقوق الزوجية التي تترتب على قيام العلاقة الزوجية ، و يشترط لأرتكاب الفعل قيام العلاقة الزوجية فعلاً أو حكماً ، فالوطء قبل الزواج و أثناء الخطبة لا يعد زنا ، إذ أن حقوق الزوجية لا تكتسب إلا بعد إنعقاد عقد الزواج.

[2]– المحكمة العليا ، الغرفة الجزائية ، قرار رقم 570 ، مؤرخ في 1989/06/06 ، غير منشور ، حيث قضت المحكمة العليا بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد الزواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها و بين زوجها الأول نهائياً.

الركن الثاني:

لا تقوم جريمة الزنا إلا بحصول الوطء غير المشروع ، أي أن يتم اتصال جنسي صحيح بين ذكر و أنثى [1].

و أما عن الركن الثالث : هو الركن المعنوي ، أي القصد الجنائي و الذي يعني إتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المجرم عن علم و إرادة ، بأنه متزوج و يواقع شخص آخر غير زوجه ، أما عنى إثبات هذه الجريمة ، فقد قيدها المشرع الجزائري بأن خص هذه الجريمة بقواعد إثبات خاصة محصورة في المادة 341 من قانون العقوبات[2]، نظراً للطبيعة الخاصة لهذه الجريمة ،و لاسيما ضرورة تقديم شكوى من الزوج المضرور.

فلا تتم المتابعة إلاّ بناء على شكوى الزوج المضرور إذا كانت الزوجة هي الفاعل الأصلي أما إذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي لا تتم المتابعة إلا بشوى الزوجة و كما لا تصح المتابعة إذا كانت الشكوى من غيرهما سواء الأولياء أو الإخوة حتى النيابة العامة [3].

لا يحق للزوج المتضرر أن يتابع السيدة (الزوجة) التي أعادت الزواج جزائيا ، بجريمة الزنا التي وقعت أو تم التبليغ عنها بعد الطلاق ، فالقانون لا يعاقبها في هذه الحالة ، فلا تقبل أية شكوى بعد انحلال الرابطة الزوجية من أجل وقائع وقعت بعد صدور حكم الطلاق ، لأن الشاكي لا تتوفر فيه صفة الزوجية ، و بالرجوع إلى القرار الصادر في **1985/05/13** عن المجلس الأعلى نجد فيه ما يلي : " **لا تتحقق جريمة الزنا إلا إذا ارتكبت حال قيام الزوجية بين الشاكي و الزوجة المشكو ضدها** ".

و لاسيما المادة 49 من قانون الأسرة تنص على أن الطلاق يثبت بحكم قضائي ، و عليه فإن الزواج يعتبر منحلاً متى صدر حكم من قاضي شؤون الأسرة يقضي بإنحلال الزواج و عليه

---

[1]– وعليه تتحقق جريمة الزنا متى كان الإتصال الجنسي واقعا بين رجل و إمرأة ليست ملكا له أو حلا له ، و كما يتطلب الأمر الرضا الصريح .

[2] – لا يجوز إثبات جريمة الزنا إلا بـ: إحدى الوسائل الثلاث التي وردت على سبيل الحصر : **1/ محضر إثبات التلبس المحرر من طرف ضابط الشرطة القضائية ، 2/ إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من متهم ، 3/ أو الإقرار القضائي بالإعتراف أمام القضاء.**

[3]– بوسقيعة أحسن ، مرجع سابق ، ص 139 ، الزوج المتضرر الذي له الحق في تقديم الشكوى و في التنازل عنها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ، و قد أخذت بهذا الإتجاه القوانين العربية التي لم تحذوا حذو الشريعة الإسلامية منها التشريع الجزائري فالقانون الجزائري لم يجرم واقعة الزنا إلا في حالة الوطء ، من خلال نص المادة 339 من قانون العقوبات على خلاف المشرع المغربي الذي ذهب أكثر من ذلك بأن سمح للنيابة العامة بمتابعة الزوج الآخر في حالة غياب الزوج المتضرر.

لا تقوم الجريمة إذا ما ارتكب الفعل بعد أن صدر هذا الحكم [1]، و لكن إذا اعتبرنا أن الصلح ليس إجراء جوهري في حال تخلفه ، نكون كفينا جهاز القضاء عناء المتابعات التي لا أساس لها، لأنه إذا تزوجت هذه المطلقة بزوج آخر بعد أن بانت منه ، بعد قضائها للعدة و أصبحت حرة و لا يمكن متابعتها ، و إلا عدت الإجراءات باطلة.

لا يطبق نص المادة 339 من قانون العقوبات ، في هذه الحالة على هذه المرأة و كا المتابعات لا أصل و لا أساس لها قانوناً في الواقع ، لأن المشرع قصد بها حماية الزوجية لا تطبيقها خارج نطاق الزوجية و المفروض على النيابة العامة في مثل هذه الأحوال أن تقرر حفظ الملف ، لأنه في هذه المسألة أسيئ فهم قانون العقوبات، بالرغم من أن التفسير فيه ضيق ، على أساس أن المشرع جاء بنص المادة 339 لحماية الزوجية ، فهي تطبق عند وقوع اعتداء على حق أحد الزوجين ، لا على شخصيين أجنبيين.

و للخروج من هذا المأزق على القاضي أن يصرح ببراءة السيدة لإنعدام القصد الجنائي ، فهذه المرأة بريئة شرعاً و قانوناً ، بعد الإجابة على سؤال مفاده هل الزوجية قائمة أم لا ؟ ، إذا كانت قائمة يطبق النص أما إذا كانت الزوجية غير قائمة لا يمكن أن يحكم بالزنا.

وفي هذا الوضع الزوجية غير قائمة فالمشرع لم يتكلم عن فك الرابطة الزوجية ، و إنما تكلم عن حالة قيام الزوجية و هذه الأخيرة ، لا تخرج عن حالتين هما قبل وقوع الطلاق و بعد الطلاق قبل إنتهاء العدة[2]، و لهذا قانون الأسرة يمنع الزواج بالمعتدة ، لأنها زوجة حكماً و بمفهوم المخالفة بعد فوات العدة يجوز الزواج بها ، و بمجرد أن القاضي الجزائي يبسط رقابته على ركن العلم فيها إن كان متوفراً لدى الزوجة ؟ ، مما لا شك فيه سوف يصل القاضي إلى تقرير انعدام القصد الجنائي لها فضلاً عن إنعدام العلاقة الزوجية التي بدورها ركن أساسي في قيام الجريمة ، و بالتالي لا تقوم الجريمة في حقها ، كونها مطلقة و الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بينها و بين مطلقها تم تنفيذه طبقا لمقتضيات نص المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لا يستند على الحكم المنقوض ، إذ لا عبرة به أمام وجود حكم بفك الرابطة الزوجية .

---

[1]– بن عودة حسكر مراد ، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2013/2012 ، ص 155.

[2]– تنص المادة 30 من قانون الأسرة على مايلي : " **يحرم من النساء مؤقتا ..... المعتدة من طلاق أو وفاة .....**".

غير أن الثابت من خلال المتابعات القضائية على أساس قرارات المحكمة العليا التي نقضت أحكام فك الرابطة الزوجية تطبيقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات ، هي متابعات جزائية لا أساس لها فيكون ممثل الحق العام قد تجاوز القانون و تكون متابعته على أساس باطل بدلاً من أن يحفظ القضية لإنعدام الجريمة أصلاً .

و يكون القاضي الجزائي – **قاضي الموضوع** – مخطئاً في تطبيق القانون إذا حكم بأدانة السيدة البريئة من الزنا ، فلا مجال للشك في البراءة لعدم توفر القصد الجنائي على أساس أن السيدة تعتقد أنها بمجرد صدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية أصبحت مطلقة و أجنبية و لاسيما و أنها اعتقدت و أن حكم الطلاق و التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي ينفذ بمجرد صدوره و الغريب في الأمر أن يكون تنفيذه بسعي من النيابة العامة ، هذه الأخيرة هي من تحرك الدعوى بعد إتصالها بشكوى الزوج المضرور.

المطلب الثاني

عدم جواز الطعن بالنقض لتخلف إجراء الصلح في أحكام فك الرابطة الزوجية.

تنص المادة **57** من قانون الأسرة على مايلي:

" **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية ...**"[1]، فنفهم من المادة أن الأحكام في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية لا تقبل الطعن بالإستئناف[2] ، و بمفهوم المخالفة قد تقبل طريقاً آخر من طرق الطعن ، وهو الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا و هو مانصت عليه المادة **452** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بطريقة غير مباشرة بنصها على مايلي:

" **لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 ، 451 أعلاه** ".

---

[1]– نص المادة 57 من قانون الأسرة لم يستثني الطعن بكل طرقه ، و إنما إقتصرته فقط على عدم الإستئناف ، بخلاف المشرع المغربي من نص المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية التي تقضي بأن فيما يخص التطليق و الخلع تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية .

[2]– فالأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية تصدر إبتدائياً و نهائياً أي في أول و آخر درجة في شقها المتعلق بفك الرابطة الزوجية و إبتدائياً فيما يتعلق بجوانبه المادية ، كالتعويض ، و توابع فك الرابطة الزوجية من نفقة العدة و الإهمال و كذا نفقة الأبناء إن وجدوا و بدا الإيجار ، و يجوز الإستئناف في شقها المادي.

قد يكون السبب الذي يجعل الطلاق قابلاً للطعن بالنقض في غير جوانبه المادية ، كالإستناد على خرق بعض الإجراءات ومن بينها عدم إجراء القاضي للصلح بين الزوجين ، لكن المشكل يكمن في قابلية أحكام الطلاق و التطليق و الخلع و الطلاق بالتراضي ، للطعن بالنقض من جهة و من جهة أخرى لا يتوقف تنفيذها ، فبإمكان الزوجين الحصول على نسخة تنفيذية و ينفذ ما أمكن تنفيذه و يصبحان في هذه الحالة بمثابة الأجنبيان عن بعضهما البعض ، و لكن ما هو جدوى الطعن بالنقض إذا كنا نتكلم عن فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها ، على فرض أن المحكمة العليا بعد وقت طويل تقرر قبولها للطعن بالنقض لإغفال إجراء أو خطأ في تطبيق القانون و يرجع الملف للنظر فيه مجدداً فتكون الزوجة بهذا الإجراء لازالت زوجة من طلقها ، لأن قرار المحكمة العليا بقبول الطعن و قضائها بالنقض يجعل المطلقين زوجين بأثر رجعي.

فقد سبق القول أن حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي ، يصدر نهائي و ينفذ رغم الطعن فيه بالنقض طبقاً لنص المادة 452 المذكورة أعلاه فالسؤال الذي يطرح نفسه بإلحاح هو كيف يمكن نقض هذه الأحكام دون الأخذ بعين الإعتبار لطبيعتها النهائية ، و التي قد نفذت و رتبت آثارها القانونية ، وهل معنى ذلك أنه تعد نهائية و لا عبرة من تنفيذها وجوبا ؟ ، و كيف يتصرف الزوج المطعون ضده أو الزوجة المطعون ضدها أمام المفاجئة التي جاء بها قرار النقض؟ ، خاصة و إن كانت الزوجة في ذمة زوج آخر تزوجته بعد قضائها لعدتها ؟.

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [1]، كان نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية يوقف التنفيذ ، حيث كان ضابط الحالة المدنية في هذه الحالة لا يؤشر على هامش عقدي ميلاد الطرفيين بفك الرابطة الزوجية إلا عند موافاته بشهادة عدم الطعن بالنقض ، و بالتالي تبقى المرأة معلقة لا هي متزوجة و لا هي مطلقة و مصيرها مرتبط بنتيجة الطعن بالنقض المرفوع .

[1]– في السابق ورغم صدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية ينقضي المركز القانوني للزوجين ، إلاّ أن هذا الإنقضاء ليس نهائياً فهو يتوقف على إنقضاء ميعاد الطعن بالنقض ، أو في حالة ممارسته و طيلة عدم الفصل في الطعن تبقى الزوجة عالقة ، لأنه لا يمكن لها الزواج لأنها إن أرادت أن تنفذ الحكم يطلب منها شهادة عدم الطعن بالنقض ، و إذا انتهى القرار إلى النقض يبقى مركز الزوجين قائماً بحيث نقض الحكم المطعون فيه يعيد الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها ، و ميعاد الفصل في النقض قد يتراخى عدة سنوات و بذلك تكون العدة قد انقضت مما يجعل الزوجة حرة في إعادة الزواج مرة أخرى و كان يطرح سؤال فيما إذا تزوجت و لم يصدر قرار المحكمة العليا فيما يخص الطعن المرفوع ، فكان إذا تم رفض الطعن بالنقض لا يطرح إشكال أما إذا انتهى الطعن بالنقض بإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدور الحكم المطعون فيه فتقى علاقة الزوجية قائمة إن لم نقل تم إحيائها.

الأصل في الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ ، أي أن هناك مبدأ احترام قوة الشيئ المقضي فيه ثم تجسيد مبدأ الحق في التنفيذ و المادة **1/361** تؤكد ذلك : " **لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار...**"، لكن الإستثناء الذي تبناه المشرع في نفس القانون أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ ، حسب المادة **2/348** التي تنص على مايلي: " **... مالم ينص القانون على خلاف ذلك**".وكذا مانصت عليه المادة **2/361** من نفس القانون : " **... ماعدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم و في دعوى التزوير** ".

غير أنه نظراً لخصوصية أحكام فك الرابطة الزوجية ، عمل المشرع على إيراد إستثناء على مستوى إيقاف التنفيذ ، بأن سمح بالخروج عن القاعدة العامة في المادة **2/361** إلى الإستثناء الذي تقرره نص المادة **452** من ذات القانون و التي تنص على:" **لايوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 ، 451 أعلاه** " و كذا ما تنص عليه المادة **435** : " **لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم** "

حيث سمح المشرع في حالات فك الرابطة الزوجية بتنفيذ الحكم رغم وجود الطعن بالنقض ، و في اعتقادي هذا المقتضى الجديد جاء لكي ينسجم أكثر مع ما نصت عليه المادة **3/49** من قانون الأسرة التي تنص على مايلي : " **... تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة**".

لا يوقف النقض تنفيذ الحكم الذي قضى به القاضي مما يجعله ينفذ فوراً ، و بإستطاعة الزوجين أو أحدهما أن يطلب تسجيل الخلع أو الطلاق لدى مصلحة الحالة المدنية ، بل يجب على النيابة العامة أن تسعى إلى ذلك[1]، ولاسيما و أن ذات منطوق الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية ، القاضي يأمر من خلاله بتأشير الطلاق على هامش عقد زواج الطرفين و على شهادة ميلادهما.

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطعن بالنقض كان يمارس من قبل بعض الأزواج حتى تبقى الزوجة معلقة ، فيطعن أمام المحكمة العليا و يتركها أربه سنوات أو أكثر فالمدة قد تطول فالزوج لما يطعن بالنقض ليس بهدف مراجعة زوجته ، و إنما بهدف بقاء الزوجة معلقة ، لأنه آنذاك كان لا يمكن أن يسجل التطليق أو الخلع إلى غاية أن تفصل المحكمة العليا

[1]– تقضي المادة 02/49 من قانون الأسرة أن تسجيل أحكام الطلاق وجوباً بسعي من النيابة العامة ، و تشمل أحكام الطلاق ، الطلاق الصادر عن إرادة الزوج أو بتراضيهما أو بطلب من الزوجة ، أنظر: بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في الخلع ، مرجع سابق ، ص 207 .208

في الطعن بالنقض المرفوع أمامها و حتى أنه لا يتم منح إخبار بالطلاق إلا بعد إحضار شهادة عدم الطعن بالنقض .

كنتيجة لهذا الوضع و لكي لا تبقى المرأة معلقة ، يمكن القول أن السياسة التشريعية الإجرائية الجزائرية وفقت إلى حد بعيد لما جعلت من أحكام الطلاق غير موقوفة التنفيذ ، لتستقر بذلك المراكز القانونية ، حي تفطن المشرع إلى هذه النقطة بإقراره عدم وقف تنفيذ أحكام فك الرابطة الزوجية ، إلا أنه سهى بأن ترك مجال الطعن بالنقض مفتوح ، على خلاف المشرع المغربي الذي تجاوز هذه الصعوبة من خلال مدونة الأسرة ، حيث قرر عدم قابلية القسم المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لأي طعن.

حيث أنه من المفترض أن أحكام فك الرابطة الزوجية نهائية و لا تقبل لا الإستئناف و لا المعارضة و لا إلتماس إعادة النظر ، و لا إعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

بإعتبار أن الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية حكم إبتدائي نهائي ، و بالتالي لا يستطيع القاضي مراجعة الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بأي طريقة كانت ، فحكم المحكمة بفك الرابطة الزوجية يتميز بأنه ذو طابع خصوصي و نهائي غير قابل للمراجعة و الطلاق المنطوق به بائن مما يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج و على ذلك لا يمكن لقضاة المحكمة العليا أن يهدموا الطلاق الذي نطق به الزوج و إلا وقعوا في الإثم ، فلو رجعت الزوجة إلى زوجها بعد أن يلغي قاضي الحكم بفك الرابطة الزوجية فإن الرجل و المرأة يصبحان في حكم الزانيان و يقعان في الإثم[1] .

على خلاف ما كان سائداً قبل صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فالطعن بالنقض في الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية أمام المحكمة العليا يوقف التنفيذ، و بذلك لا تستطيع الزوجة بإعتبار نفسها منحلة من الرابطة الزوجية ، وعقد زواجها من زوج آخر مادام المحكمة العليا لم تقض بعد في الطعن بالنقض ، عكس ماهو عليه الأمر في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي كان أكثر دقة حيث نص على عدم وقف الطعن بالنقض تنفيذ حكم قاضي شؤون الأسرة و عدم تعليقه على أي شكلية فأصبح هنالك استثناء مجسد في نص المادة 452 من القانون نفسه أين تفطن المشرع فيما يخص النص على تنفيذ الحكم رغم الطعن فيه بطريق النقض .

[1]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 258.

كان يستحسن لو أن المشرع الجزائري يغلق باب الطعن في مثل هذه الأحكام ، على غرار التشريع المغربي [1]، لأنه إذا كان لا يجوز إستئناف أحكام الطلاق و التطليق و الخلع [2]و كذا أحكام الطلاق بالتراضي [3]، و النظر فيها من قبل غرفة شؤون الأسرة على مستوى المجلس القضائي ، و التي تمنع من مناقشة مسألة فك الرابطة الزوجية ، فمن باب أولى أن تمتنع المحكمة العليا لأن الآجال أبعد عكس الآجال أمام المجلس ، فالمجلس القضائي أقرب إلى المحكمة و هو قاضي موضوع فإن كان ممنوع عليه النظر في إستئناف الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية ، فكيف للمحكمة العليا ذلك و هي بمثابة قاضي القانون و لا سيما أن الحكم القضائي يتميز بالطابع النهائي؟.

و طالما أن حكم القاضي الصادر في الطلاق ، يعتبر حكم كاشف لا حكم منشئ ، فما عليه سوى كشف المركز القانوني الذي أوجده الزوج . فلا يجوز الطعن بالإستئناف فيه طبقاً لنص المادة 57 من قانون الأسرة. و إن تم رفع الطعن بالنقض ضده فهو لا يوقف التنفيذ . لأن الحكم ذو طابع نهائي فالأمر مقضي فيه إلى جانب أن المحكم العليا تعتبر محكمة قانون ، و يترتب عن هذا أن الحكم الصادر عن قاضي الدرجة الأولى على مستوى المحكمة يتم

تسجيله بسعي من النيابة مباشرة على مستوى الحالة المدنية ، فما جدوى إذن من هذا الطعن طالما هذا الحكم ينفذ مما لا شك فيه؟، و يصعب تدارك آثاره فيما بعد؟.

لأن الطعن بالنقض في قضاء شؤون الأسرة و تحديداً في الأحكام القاضية بفك الرابطة الزوجية له تأثير بليغ سواء من حيث القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية ، أو من حيث تذبذب و عدم إستقرار موقف قضاء المحكمة العليا.

---

[1]– لكن **المشرع المغربي** تجاوز هذه الصعوبة من خلال مدونة الأسرة ، حيث قرر عدم قابلية الجزء المتعلق بإنهاء العلاقة الزوجية لأي طعن ، حيث نجد المحكمة تحدد مبلغاً كافياً يتعين على الزوج إيداعه بصندوق المحكمة داخل أجل 30 يوما و ذلك لتغطية مستحقات الزوجة و الأطفال الملزم بالنفقة عليهم حسب الترتيب الوارد في المادتين **84** ، **85** من مدونة الأسرة و ذلك لتجاوز الآثار السلبية التي يحدثها إيقاف التنفيذ بسبب الطعن بالنقض.

[2]– تنص المادة **57** من قانون الأسرة على مايلي : " **تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية ...**".

[3]– تنص المادة **434** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " **يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم** ".

تتمثل وظيفة المحكمة العليا في مراقبة مدى إحترام تطبيق القانون ، و هذا الأخير يشمل نوعين من القواعد القانونية ، القواعد الموضوعية و القواعد الإجرائية [1]، يظهر من القرارات التي إعتبرت الصلح إجراء جوهري أن المحكمة العليا قد إهتمت فقط بالسهر على إحترام القواعد الإجرائية ، بدعوى ضرورة مراعاة إجراء الصلح ، حيث نجدها تنقض أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية في حين أهملت الجانب الموضوعي و لم تحاول بذل جهد لتحديد خطورة الآثار الناجمة و المترتبة عن نقضها للحكم القضائي بفك الرابطة الزوجية و المتميز بخاصيتي النهائية و النفاذ.

فالمحكمة العليا لما تنقض الأحكام القضائية ، تنقض على أساس أنها محكمة قانون و ليست محكمة و قائع وهي بذلك لا تولي إهتمام للقواعد الموضوعية و الآثار الوخيمة الناجمة عنها ، لأن مركز الزوجين ينقضي إما بتلفظ الزوج بالطلاق أو بصدور حكم مثبت لفك الرابطة الزوجية ، و لا علاقة له بالقرار الصادر بعد النقض ، و بذلك نرة تناقض بين القاعدة الموضوعية و القاعدة الإجرائية ، و كما هو معروف في الفقه " **أن القاعدة الإجرائية تخدم القاعدة الموضوعية و لاتستطيع القاعدة الإجرائية أن تعصي القاعدة الموضوعية**"[2]، فعدم مراعاة إجراء ما يهدم الموضوع و هو ما نلاحظه في قرارات المحكمة العليا التي تهتم بإجراء الصلح و ترتقي به إلى درجة الإجراء الجوهري ، و تجعله في مرتبة النظام العام على حساب المركز الموضوعي التي تتضمنه القاعدة الموضوعية.

فكيف للمحكمة العليا أن تبرر قراراتها في مواجهة الطرفيين ، بأن طلاقهما باطل فضلاً على أن الزوجين لا يمكن أن يجتمعا إلا بعقد جديد أو بتطبيق أحكام الرجعة بدون عقد جديد أو بعقد جديد ، و أما غير ذلك فهو تعدي على حكم الشرع بدعوى خرق الإجراءات الجوهرية ، فالقانون منطق و القاضي لما يصدر حكمه يراعي تطبيق القانون و يراعي نتائج ذلك الحكم إلى أي حد وصل ، و هل يمكن تنفيذه أم لا ؟

ينبغي على القاضي عدم تطبيق القانون بحرفيته و إنما يطبق روح القانون مع مراعاة نتائج هذا الحكم و عواقبه و لاسيما و أنه يتميز بالطابع النهائي و تنفيذه يكون وجوبا بسعي من النيابة

[1]– زودة عمر ، مرجع سابق ، ص 153.

[2]– زودة عمر ، نفس المرجع ، ص 154.

العامة، فهاذين الشخصين أي الزوج و الزوجة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، هما مطلقين و بالتالي لكي يعودا زوجين مجدداً ، يجب أن تطبق أحكام المواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة [1]، مع مراعاة المادة 51 من نفس القانون فالعلاقة الزوجية انحلت و انتهى الأمر ، ويبقى فقط عند الطعن بالنقض حق مناقشة الجوانب المادية و كذا حضانة الأبناء و بصفة عامة كل توابع فك الرابطة الزوجية ، و هذا ما ينبغي تكرسيه نهجاً و ممارسة و تبعاً لذلك فلا محل هنا لمثل هذا الطعن ، لأنه يمس بالنظام العام و بالعدة و بأحكام قطعية واردة في القرآن الكريم.

فنجد أن المحكمة العليا عند تخلف إجراء الصلح تنقض الحكم بدون إحالة و السؤال يطرح أيضا على المحكمة العليا عندما تنقض و لا تحيل الطرفين ، فمعناه يصبحان متزوجين و هو أمر خطير لأنه في كلا الحالتين يهدم الطلاق الذي وقع، وعندما نرجع الملف إلى القاضي هل يرجع صلح بين مطلقين ؟ و إذا فرضنا أنهما تصالحا، يصبح حسبهم يعيشان في أمور محرمة.

يذهب الأستاذ **بن الشيخ آث ملويا لحسين** إلى القول أن الخلع يعتبر طلاقاً بائناً و بالتالي فهو ذو طابع نهائي و لا يمكن إرجاع الحالة إلى ماكانت عليه سابقاً ، لسببين أولهما أن النطق بفك الرابطة الزوجية يجعل الزوجة أجنبية عن الزوج و لا يحل له مراجعتها لأننا بصدد طلاق بائن و إن أراد مراجعتها فإن ذلك لا يتم إلا برضاها ، و بعقد زواج جديد و لا يمكن لأي محكمة أن تنقض هذا الحكم [2].

وذهب إلى حد القول حتى و لو جدلاً نعتبر أن الخلع طلاقاً رجعيا و خروج عن إجماع الفقهاء فإن الطلاق يصبح بائنا بإنقضاء العدة و هي مدة ثلاث أشهر ، إبتداءا من يوم النطق بحكم الخلع و هو الحكم المطعون فيه ، و أنه انقضت مابين صدوره و صدور قرار المحكمة العليا أكثر من سنتن ، و بالتالي فنحن أمام طلاق بائن ، و لا يجوز للزوجة أن ترجع إلى زوجها إلا بموافقتها و بعقد جديد تتوفر فيه جميع أركان و شروط الزواج حسب نص المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة.

---

[1]– تنص المادة **9** من قانون الأسرة : " **ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين** " و تنص المادة **9** مكرر على : " **يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : أهلية الزواج ، الصداق ، الولي ، انعدام الموانع الشرعية للزواج**".

[2]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، رسالة في طلاق الخلع ، مرجع سابق ، ص 142 ، 143.

و خلص إلى القول أنه في ظل الوضعية الحالية للإجراءات و كذا بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فإن المشرع لم يمنع الطعن بالنقض في مادة الطلاق و التطليق و الخلع ، بل منع فقط الطعن بالإستئناف تبعاً لنص المادة 57 من قانون الأسرة ، مع إستثناء الجوانب المادية للحكم و الحضانة لكن القواعد الموضوعية لطبيعة الطلاق و الخلع و التطليق لا تسمح بنقضهما من طرف المحكمة العليا ، لأن الحكم الصادر عن محكمة أول درجة و القاضي بفك الرابطة الزوجية يجعل منه بائنا و لا رجعة فيه ، فهو كالرصاصة التي خرجت من السلاح الناري بحيث لا يمكن إرجاعها ، فلا يعقل أن تعاد الزوجة إلى الوضعية التي كانت قائمة قبل النطق بالحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية من طرف قاضي الدرجة الأولى و إلا وقع الزوجان في الإثم و إذا كان المشرع أهمل هذه المسألة فعلى المحكمة العليا أن تتصدى لها ، لكون هذه الأخيرة محكمة قانون و ليست محكمة وقائع ، فإنه عندما يتبين لديه أن قاضي أول درجة خالف القانون عند نطقه بالطلاق بواسطة الخلع ، فإنها تصرح بوجود تلك المخالفة.

لكن لا تنقض ذلك الحكم بل تصرح فقط أن لا وجه للفصل لكون الطلاق أو الخلع يعتبر بائن و منتج لآثاره[1]، و على المشرع أن يتدخل بصفة مستعجلة لوضع حد لهذا الضرر الجسيم بأن يعدل المادة 57 من قانون الأسرة.

فالحكم المطعون فيه قد نقضته المحكمة العليا ، و بالتالي الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية ألغي وزال أثره و لم يصبح في عالم الوجود و تعاد الزوجة بقوة القانون ، و معناه أن العريضة المقدمة من طرف المدعي لا تزال سارية ولم يتم الفصل فيها و عبارة " **بدون إحالة** " ، معناها ترك الأطراف إما يقومون بإعادة السير في الدعوى ، أو يقدمون عريضة من جديد و في الحقيقة أن المحكمة العليا لما تنقض حكم إبتدائي نهائي يجب عليها أن تحيل **فيكون نقض و ليس إحالة.**

و بالتالي يجب إعتماد أسلوب الإحالة و ليس النقض ، و إلا تبقى العريضة المرفوعة من طرف المدعى قائمة بدون الفصل فيها ، و لذلك يتعين عند النقض و إن كان لا يجوز الحكم بالنقض مع الإحالة في أحكام فك الرابطة الزوجية فالأجدر تفادي النقض بدون إحالة [2]، غير أن هناك من يفسر موقف المحكمة العليا عندما تنقض حكم فك الرابطة الزوجية و لا تحيل فيبقى

[1]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ، المرجع نفسه ، ص 144 و 145.

[2]– زودة عمر ، محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة السنة الثانية بالمدرسة العليا للقضاء ، السنة الدراسية 2015/2014 ص 98.

حكم المحكمة قائم متى تم إلغاء و نقض قرار المجلس ، لكن إذا نقضت المحكمة العليا حكم إبتدائي نهائي مثلما في حالة عدم إجراء الصلح في أي دعوى فك الرابطة الزوجية بحجة أنه إجراء جوهري ، تنقض فإن القضاء بدون إحالة يعني أن المحكمة العليا لا تريد تقييد الأطراف فيما يخص إعادة السير في الدعوى جبراً بعد النقض لأن قضايا الأسرة تختلف من قضية لأخرى .

تبقى إمكانية التصالح قائمة حتى و لو تم نقض الحكم أو إمكانية وفاة أحد الطرفيين ، و بذلك نكون أمام إحتمالين إما إعادة السير أو عدم إعادة السير من طرف الأطراف ، و إذا إختار الأطراف السيربعد النقض يرفعون دعوى جديدة و يستأنف السير فيها كون النقض بدون إحالة يجعل الأطراف أحرار في التصرف في الدعوى، و بالتالي لا تكون المحكمة العليا قد قيدت الأطراف في إعادة السير لإصدار حكم جديد مع إمكانية بقاء النزاع قائم ، حيث الطرف الذي يهمه الأمر يعيد رفع القضية من جديد ، كون القضية الأولى انتهت ، أما في حالة ما إذا المحكمة العليا نقضت و أحالت الأطراف فهم مجبرين بالعودة و السير في الدعوى من جديد و ما يؤكد هذا الإتجاه قرار المحكمة العليا بتاريخ **2014/07/10** الذي قضى بنقض الحكم بدون إحالة لترك الحرية للطرفين للتراجع أو رفع دعوى مناسبة [1] .

يظهر من خلال الممارسات القضائية للمحكمة العليا موقفها المزدوج بخصوص تكييف إجراء الصلح حيث تارة تعتبره إجراء جوهري ، و تارة تعنبره عكس ذلك ، و هذا ما يطرح إشكال آخر في الواقع العملي و هو وجود إجتهاديين فهل يتم العمل بالإجتهاد الأول أم الإجتهاد الثاني مما يجعل المتقاضي أو حتى القاضي في حيرة من أمره ، حين تختلط عليه السبل فهل يسلك سبيل إعتبار الصلح إجراء جوهري ثم الطعن في الحكم القضائي بالنقض عند عدم إجراء الصلح أم يلجأ إلى عدم جواز الطعن فيه بالنقض بإعتباره إجراء غير جوهري ، و ينتهي إلى الرفض كما سبق بيانه.

[1]– جاء في أحد قرارات المحكمة العليا مايلي : " **حيث أنه يتبين فعلاً بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ، أن المحكمة أسست حكمها على أن الطاعنة عبرت عن مواقفها على الطلب المطعون ضده بتوقيعها على عريضة الدعوى و المحكمة سعت لإصلاح ذات البين ، ورد الزوجين عن طلب الطلاق ، بينما لم تحضر الطاعنة و لذلك قضت المحكمة بفك الرابطة الزوجية بناء على الإرادة المشتركة للزوجين** ..."و هذا التسبيب مخالف لنص المادة **431** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، **أنظر**: قرار المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، رقم **0964560** ، مؤرخ في **2014/07/10**، غير منشور.

غير أن التساؤل المطروح حول نص المادة 1/358 إذا إعتمدها الطاعن بأن إعتبر الصلح من الأشكال الجوهرية و التي تنص على مايلي: " **لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية : إغفال الأشكال الجوهرية في الإجراءات...**"

لكن الموقف المتناقض الذي وقعت فيه المحكمة العليا ، يجد جوانبه ضمن تحليل النصوص القانونية و بإعتبار أن المشرع الجزائري خلافاً للمشرع الفرنسي لم يستثن الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام [1]، لأن هذا الأخير استثنى الأشكال الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام ، فأوجد طريقا للخروج من جمود القاعدة القانونية التي تقضي أنه لا بطلان إلا بنص.

في حين المشرع الجزائري من خلال المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجده قد نص على قاعدة لا بطلان بدون نص و ضرر معاً و لم يستثن الإجراءات الجوهرية أو المتعلقة بالنظام العام أو الأشكال الجوهرية من حكم القاعدة ، فهو من جهة لا يعترف بالبطلان ما لم يكن منصوص عليه في القانون صراحة مع إثبات الضرر ، وفي مقابل ذلك نجده قد اعتبر كل مخالفة لشكل من الأشكال الجوهرية سبباً من أسباب البطلان الذي يبني عليه الطعن بالنقض، و تبعاً لذلك **يبقى السؤال مطروح حول ما إذا تمسك أحد الخصوم بخرق إجراء جوهري أو متعلق بالنظام العام فما هو الحل ؟.**

مما لا شك فيه أن الحل منصوص عليه بموجب المواد 60 و 1/358 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أن الطعن بالنقض لا يبني إلا على أساس مخالفة قاعدة إجرائية جوهرية [2] ، حيث يتمثل الإجراء الجوهري في ذلك الإجراء الذي يرتب عليه القانون أثراً على عدم احترامه ، و هو البطلان بنص صريح مع إثبات الضرر ، و كذا ما ورد في الفقرة 02 من نفس المادة السالفة الذكر ، و التي تقضي بأن الطعن بالنقض لا يبنى إلاّ على أساس إغفال شكل الإجراء الجوهري [3] ، ويقصد بإغفال الشكل الجوهري سهو القاضي على إحترام قاعدة جوهرية في الإجراءات[4]، في حين هناك من يرى أنه إذا وقع و أن تمسك أحد الطاعنين

---

[1]– فالمشرع الفرنسي ينص في المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على مايلي : " **أن العمل الإجرائي لا يمكن التصريح ببطلانه لعيب شكلي ، و إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة ، بإستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام** ".

[2]– ينتج عن مخالفة القاعدة الإجرائية الجوهرية البطلان الموضوعي ، و نجد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية استحدث نوعين من البطلان بطلان للعيوب الشكلية المنصوص عليه في المادة 60 و بطلان للعيوب الموضوعية المنصوص عليه في المادة 64 .

[3]– يقصد بالشكل الجوهري الأساس الذي لا يقوم به العمل الإجرائي بدونه ، وهو مانصت عليه المادة 358.

[4]– ذيب عبد السلام ، مرجع سابق ، ص 250.

بهذا الإجراء كوجه من أوجه الطعن و لم يكن محل نص قانوني صريح بالبطلان (يؤدي إلى جزاء البطلان)، فهنا على من يتمسك به أن يقدم أمام المحكمة العليا جهة الطعن ما يثبت الضرر الذي يلحقه بالنسبة لهذا الإجراء ، و سبق للمحكمة العليا أن إستجابت لذلك و قررت النقض لمخالفة الأشكال الجوهرية لكن نجد أن القاضي بموجب نص المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مقيد بقاعدتين ، متى كان هذا الإجراء منصوص عليه قانوناً تحت طائلة البطلان مع وجوب إثبات الضرر فإنه في حالة إغفاله أو عدم مراعاته يؤدي إلى البطلان فلا مجال للإجتهاد لصراحة النص.

لا يكفي بأن يستعمل المشرع عبارة ناهية أو نافية كعبارة " **لا يجوز**" لعدم قبول الحكم بالبطلان استناداً إلى عدم النص عليه صراحة[1]، رغم إثبات الطاعن للضرر اللاحق به ، و هو مايؤكده قضاء المحكمة العليا [2]، لكن مع الأسف نجد الكثير من النصوص تنص فقط على فكرة الوجوب بذكر صياغة " **يجب** "، أي تضنمت صياغة الوجوب بأن كانت قاعدة آمرة ، لاسيما المادة **439** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [3]، أي يعتمد هذا الأسلوب الأمر الذي يقف حائلاً أمام تطبيق نص المادة 60 الخاصة بالبطلان الإجرائي ، عندما لا تراعي أحكام القاعدة القانونية .

فلا يمكن تقرير البطلان لأن القاضي سواء قضاة الموضوع أو قضاة القانون مقيدون بنص المادة 60 المذكورة أعلاه[4].

لا تزال لحد الساعة قرارات المحكمة العليا تقرر نقض و بطلان الأحكام القضائية التي لم تراعي الصلح ، و تأتي بالعبارة القديمة و التي مفادها أن الصلح من الإجراءات الجوهرية و أنه لم يتم مراعاة نص المادة 49 من قانون الأسرة ، **في حين المفروض و الأجدر أن تكون القرارات الصادرة عنها بناء على ماهو منصوص عليه قانوناً ، فيتعين على المحكمة العليا أن تتخذ موقفاً موحداً بأن تقرر أن حكم فك الرابطة الزوجبية أحكام نهائية لا تقبل الطعن بالنقض فيها ماعدا الجانب المادي ، لتكمل الشق الثاني من المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تناساه المشرع.**

---

[1]– زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، مرجع سابق ، ص 483.

[2]– المحكمة العليا ، غرفة شؤون الأسرة و المواريث ، رقم 728906 ، مؤرخ في 2011/10/06 ، غير منشور.

[3]– تنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مايلي : " **محاولات الصلح وجوبية**..."، أي بمعنى الوجوب.

[4]– زودة عمر ، المرجع نفسه ، ص 481.

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن ، ما هو الحاجز الذي يجعل من قضاة الموضوع و كذا قضاة القانون من أن يلتزموا بهذه النصوص القانونية بحيث لا يترك المجال لأن طرف في إثارة ذلك كوجه من أوجه الطعن لدى المحكمة العليا بل يترك لها المجال ما هو جدي في مراقبة التطبيق السليم للقانون لأن الإشكالات التي تطرح منها ما يتعلق بالإجراءات ، و منها ما يتعلق بالموضوع.فبالنسبة للإجراءات هناك مواد قانونية وردت ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي يجب على القضاة إحترامها و الإلتزام بها ، حتى و لو لم تضع جزاء البطلان ، كضرورة إجراء صلح بين الزوجين لأن مثل هذه الإجراءات عندما لا تراعي ستستغل من الأطراف خلال الطعن ، بالرغم من أن تأسيس الوجه المأخوذ من خرق الأشكال الجوهرية ، أو مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات ، من قبل الطاعنين على أساس خرق قاعدة جوهرية أو خرق الأشكال الجوهرية ، طبقاً لنص المادة 1/358 و 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، في حين أن هذا الوجه لا يكون مؤسس إلا في حالات البطلان الثلاث المنصوص عليها على سبيل الحصر[1]

و حالياً في أغلبية الطعون بالنقض في مادة شؤون الأسرة فيما يخص فك الرابطة الزوجية و الذي يرد في العرائض أن أغلبية الأوجه المثارة تتعلق بدفع و هو عدم إجراء محاولات الصلح ، إذ أضحى أنه لا يوجد طعن إلا و يتمسكون الطاعنون بهذا الدفع ، رغم أن إتجاه القانون واضح و مفصول فيه ، و لا مجال للإجتهاد مع وضوح النص ، غير أنه يبقى إلزامي على المحكمة العليا أن ترد على مثل هذه الدفوع .

فإذا كان الطعن بالنقض يهدف في أصله إلى مراقبة تطبيق القانون فقط ، و لاترمي إلى مراجعة الوقائع و الموضوع و هو حجر الأساس الذي يحكم المحكمة العليا ، و هو في حد ذاته حسب رأي بعض الفقهاء الذين توصلوا إلى القول أن الطعن بالنقض هو محاكمة الأحكام و القرارات ، و ليس الخصومة القائمة بين الأطراف [2]، و لأجل ذلك وجب أن لا يحاكم أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية.

[1]– أنظر المواد 8 ، 175 ، 643 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[2]– نجيمي جمال ، الطعن بالنقض في المواد المدنية و الجزائية في القانون الجزائري – دراسة مقارنة – ط 2 ، دار هومة ، الجزائر، ص 108.

و كان من الأجدر أن الطعن بالنقض لا يكون إلا في الشق المتعلق بالأمور المادية ، دون الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية [1]، كون الطعن المرفوع لا فائدة له و لا يغير في الأمر شيئا ، لأن طبيعتها تأبى ذلك [2]، و عليه لا فائدة ترجى من الطعن بالنقض في الحكم فيما تعلق بشق الطلاق بوجه عام [3]، لأن الطلاق إذا صدر من الزوج لا يمكن لأحد إبطاله.

و عليه فلا يكون للطعن أي أثر منتظر منه أمام غياب شروط البطلان أو على الأقل غياب أحدهما ، و التي إستوجبها المشرع للقول ببطلان العمل الإجرائي شكلاً ، و عليه فلا يكون للطعن الرامي ببطلان الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية على أساس إنعدام إجراء الصلح أي قيمة قانونية ، و يبقى طعن بدون سند و إستناداً إلى ماسبق ذكره يكون طعن بلا موضوع.

[1]– حيث أن الأساس الإجتهادي في **التشريع المغربي** في أحكام فك الرابطة الزوجية يتعلق بتدبير إجرائي فقط غرضه تبسيط الإجراءات و عدم إطالة أمد التقاضي ، و ذلك حماية للمرأة الراغبة في الطلاق و تحقيقاً للمساواة بين طرفي ميثاق الزوجية و بهذا المقتضى تم حسم مشكلة إجتماعية و إنسانية بحيث تتضح وضعية كل طرف نهائياً ، ويتمكن كل زوج منهما من إعادة بناء حياة جديدة مع من يرتضيه زوجاً له ، ولعل الحكم من جعل أحكام فك الرابطة الزوجية غير قابلة لأي طعن ، هو وضع حد لمعاناة الزوجات اللواتي كانوا يعانون و يفاجؤون بالطعن بالنقض.

[2]– زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها ، مرجع سابق ، ص 130.

[3]– كاملي مراد ، مرجع سابق ، ص 326.

الخاتمـــــة

الخاتمـــــة

إن نص المشرع الجزائري على الصلح و إعتباره إجراءاً جوهريا يوحي لنا بالكثير من المفاهيم و الأهداف التي أرادها المشرع و التي يطلب منا كباحثين البحث و التمعن للوصول إليها.

فإذا ما نحن نظرنا في الصلح كإجراء قانوني مفروض على قضاة الحكم قبل النطق في موضوع الدعوى فإننا نجده يهدف لغاية سامية و هي تسوية الخلافات القائمة بين الزوجين وصولاً لحفظ الزواج من الإنهيار و حفاظاً لروابط الأسرة المتماسكة ، و إذا ما نحن معنا النظر أيضا في مقاصد المشرع و هو يخاطب القاضي في نص المادة **49** فقرة **02** من قانون الأسرة فإنه بذلك يرجوا من القاضي أن تكون جلسة الصلح فيها ما يغلب من النصح و الإرشاد و كذا تبيان دوره الإيجابي بصورة مفعلة ، و لا يعتبر طرح الخلاف على الأطراف دوراً للقاضي إنما المنوط منه طرح النزاع عليهم و مناقشتهم و إبراز نقاط الإختلاف و البحث عن حلول للنقاط المختلف فيها و كذا العمل على إقناع الزوجين بضرورة العدول عن قرار إنهاء الرابطة الزوجية و ضرورة الحفاظ على الأسرة و إن لزم الأمر منح الأطراف آجال لمراجعة قرارهم ، و الذي يتسم عادة بالسرعة نتيجة إتخاذه وقت الغضب لذلك أوجب المشرع الجزائري إجراء الصلح في كل أنواع إنهاء الرابطة الزوجية .

أما إذا آثرنا البحث و التطرق لمدى تجسيد و فعالية الصلح في الواقع العملي فإنه يتبين من الإحصائيات أن نسبة إنهاء الرابطة الزوجية في إرتفاع ملحوظ و هناك إختلاف من منطقة إلى أخرى و من محكمة إلى أخرى و هذا راجع لأسباب متعددة و الذي يُعد عدم القيام بالصلح بالشكل الصحيح هو أحد أسبابها في إعتقادي فالقاضي مثلاً الذي يجري جلسة صلح واحدة أو يجري الصلح بصورة شكلية فقط لإحترام القانون لا يتوصل أبداً إلى إتفاق الزوجين بعكس القاضي الذي يحرص على عدة جلسات يكون دوره فعال فالنتيجة ستختلف لا محال.

و ما تجدر الإشارة إليه في نهاية هذه الدراسة هو تفعيل الدور الإيجابي للنيابة العامة تماشياً لما هو منصوص عليه في المادة **03** مكرر من قانون الأسرة ففي الميدان تكتفي النيابة العامة في طلباتها بتطبيق القانون و هو ناتج من عقيدة راسخة لدى النيابة العامة مفادها أن النيابة لها دورها في المجال الجزائي فقط فهي حامية المجتمع و في سبيل ذلك يمكن لها عند

إحالة الملف إليها من طرف القاضي أن تلتمس إجراء محاولة صلح أخرى متى رأت لذلك داعي أو أن تلتمس عدم إجراء الصلح متى ثبت لها أن الزوج طلق زوجته ثلاثاً و تم إثبات ذلك ، فدور النيابة أصيل في كل ما يحمي المجتمع.

أيضا كان على المشرع الجزائري تفعيل دور الحكمين ، لأنه طريق لا يخرج عن الشريعة الإسلامية السمحاء ، فرغم نص المشرع على إجراء الصلح عن طريق الحكمين من خلال نص المادة 56 من قانون الأسرة و نص المادة 446 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إلا أننا لا نجد له تطبيق في الواقع العملي من خلال مختلف الجهات القضائية رغم ثبوت تطبيقه في بعض أوساط المجتمع.

المشرع أهمل العديد من المسائل الهامة في إجراء الصلح أهمها مسألة الطلاق العرفي ومدى وقوعه شرعاً ، و جعل الأمر لا يثبت إلاّ بموجب حكم قضائي بعد إجراء الصلح ، فهنا ما الغاية من الصلح إذا وقع الطلاق و إنقضت فترة العدة ك، لذلك يجب على المشرع أن يستدرك الأمرو يعدل النصوص القانونية لتتطابق مع النصوص الشرعية و ذلك لعدم لعدم الوقوع في التناقض بين النصوص الشرعية و النصوص القانونية .

بخصوص مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية التي يتخلف فيها الصلح للطعن بالنقض رغم نص المشرع الجزائري في نص المادة 452 على أن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذ أحكام الطلاق ، إلاّ أنه حسب رأينا كان عليه أن يورد نص صريح كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي يتضمن " **لا يجوز الطعن بالنقض في أحكام فك الرابطة الزوجية** " و ذلك لتفادي العديد من الإشكالات التي يخلقها الطعن بالنقض .

ومسك الختام كما شرع المولى عزَّ و جلَّ " **الصُّلـحُ خَيـْرُ**".

تم بحمد الله تعالى

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : القرآن الكريم.

ثانيا : الكتب الفقهية.

1 – أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، الجزء السادس.

2 – إبن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي ،المغني ، دار إحياء التراث العربي ، الجزء السابع ، الطبعة الأولى ، سنة 1985.

3 – عبد الرحمان الصابوني ، نظام الأسرة و حل مشكلاتها في ضوء الإسلام ، دار الفكر دمشق و دار الفكر المعاصر بيروت لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة 2001.معوض عبد التواب الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ،دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى بلا سنة .

4 – محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي القاهرة ، بلا طبعة و لا سنة.

5 – معوض عبد التواب ، الدفوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ،دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى بلا سنة .

6 – وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، دار الكلم الطيب ، المجلد 2 ، الطبعة 2 ، سنة 2002.

ثالثا : كتب التفسير.

1 – أبي فداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي ، تفسير القرآن العظيم ، الجزء الثاني دار طيبة ، المجلد الأول سنة 2002 .

2 – الإمام محمد متولي الشعراوي ، تفسير الشعراوي ، دار أخبار اليوم قطاع الثقافة ، المجلد 4 بلا طبعة و لا سنة .

3 – موقع الإسلام ، الموسوعة الشاملة ، باب الخلع و كيف الطلاق فيه ، رواه البخاري في صحيحه ، الجزء 16.

رابعا : الكتب القانونية .

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

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

– قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات و معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة من 1966 إلى 2010 الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2012.

3 – الغوثي بن ملحة ، القانون القضائي الجزائري ، الطبعة الثانية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر، سنة 2000 .

4 – الخمليشي أحمد ، التعليق على قانون الأحوال الشخصية – الزواج و الطلاق – ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، مطبعة المعارف الجديدة ، المغرب ، سنة 1994.

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

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

7– إبراهيم إسحاق منصور ، نظريتا الحق و القانون ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر دون طبعة ، سنة 2001.

8 – بن الشيخ آث ملويا لحسين ، المنتقى في قضايا الأحوال الشخصية ، دار هومة الجزائر الجزء الأول ، الطبعة الثانية سنة 2006 .

– رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية و قضائية مقارنة – ، دار هومة ، الجزائر 2013.

9 – بن داود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، دار الهلال للخدمات الإعلامية دون سنة.

10 – باديس ذيابي ، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، سنة 2007.

11 – بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي ، الطبعة الأولى ، سنة 2009 .

12 – بوسقيعة أحسن ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، الجزء الثاني ، دار هومة ، الجزائر سنة 2009.

13 – دلاندة يوسف ، طرق الطعن العادية و غير العادية في الأحكام و القرارت الصادرة عن القضاء العادي و القضاء الإداري ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2009.

14 – ذيب عبد السلام ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، – ترجمة للمحاكمة العادلة – موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، سنة 2009.

15 – زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و طرق الطعن فيها ، الموسوعة للنشر الجزائر ، بلا طبعة ، سنة 2003.

16– سايح سنقوقة ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، الجزء الأول ، دون سنة .

17 – عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد – أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل – ، سلسلة تبسيط القوانين ، دار هومة ، الطبعة الثانية ، سنة 2009.

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

19 – فتحي حسن مصطفى ، دعاوى الطلاق و الطاعة للمسلمين و غير المسلمين ، منشأة المعارف ، الطبعة الثانية ، بلا سنة .

20 – فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات أمين ، سنة 2009.

21 – فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، الجزء الأول سنة 1986.

22 – نجيمي جمال ، الطعن بالنقض في المواد المدنية و الجزائية في القانون الجزائري – دراسة مقارنة – ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2013.

خامسا: المقالات و الدوريات

1 – إدريس الفاخوري ، الصلح في العمل القضائي – الطلاق نموذج – المجلة المغربية للإقتصاد و القانون ، عدد 5 ، 2005.

2 – روحمات عبد الله ، الوكالة في صلح الزوجين بين القانون و الواقع العملي ، مجلة الإشعاع المغرب ، عدد 27 ، سنة 2003.

3 – علي علي سليمان ، مقال حول قانون الأسرة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، الجزائر ، عدد 02 ، سنة 1986.

4 – ليلي جمعي ، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الإيجابيات ، مقال منشور بمجلة الحضارة الإسلامية ، جامعة و هران ، العدد 9 ، سنة 2004.

5 – محمد شيلح ، قراءة ميتودولوجية لمفهوم الصلح في قضايا الطلاق و التطليق ، سلسلة دراسات و أبحاث ، منشورات القضاء المدني ، المغرب ، الجزء الأول ، سنة 2013.

6 – مجلة نشرة القضاة ، وزارة العدل ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، العدد 54 و 56 ، سنة 1998.

7 – مجلة نشرة القضاة ، عدد 53 ، سنة 1998 .

8 – مجلة نشرة القضاة ، عدد 61 ، سنة 2005.

9 – مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، سنة 2007 .

10 – المجلة القضائية ، عدد 02 ، سنة 1990 .

11 – المجلة القضائية ، عدد 02 ، سنة 2011 .

12 – المجلة القضائية ، عدد 02 ، سنة 2012 .

13 – ناجي مكاوي رجاء ، الطلاق و التطليق القضائي أي مفاضلة بين النظاميين لهدم الأسرة ، مجلة العلم عدد 18 ، المغرب ، سنة 2000.

سادسا : الرسائل و البحوث

1 – بن عودة حسكر مراد ، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي – دراسة مقارنة – رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2013/2012.

2 – بلقاسم شتوان ، الصلح في الشريعة و القانون – دراسة مقارنة – بحث لنيل درجة دكتوراه بقسم الفقه و أصوله ، كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة ، السنة الجامعية 2001/2000.

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

4 – بشير سهام ، الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، السنة الجامعية 2006/2005.

5 – بن جناحي أمينة ، دور القاضي في الخلع ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع عقود و مسؤولية ، جامعة محمد بوقرة ، بومرداس ، السنة الجامعية 2014/2013.

6 – غضبان مبروكة ، النفقة بين التشريع و الإجتهاد القضائي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق ، الجزائر ، السنة الجامعية 2011/2010.

7 – زيدان عبد النور ، الصلح في الطلاق – دراسة للنصوص القانونية و الفقهية و في الإجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص ، جامعة يوسف بن خدة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2007/2006.

سابعا : المحاضرات و المداخلات:

1 – أوزيان محمد ، الأثر السلبي للأحكام الصادرة في مادة التطليق على الإجتهاد القضائي قراءة في الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية ، مداخلة ، المغرب .

2 – حميش حسان ، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، مداخلة ألقيت في إطار التكوين المستمر الخاص بالقضاة ، مجلس قضاء ورقلة ، سنة 2010.

3 – تشوار جيلالي ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الدراسية 2011/2010.

4 – كاملي مراد ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة علوم قانونية و إدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ،السنة الدراسية 2010/2009.

5 – زودة عمر ، محاضرات ألقيت على الطلبة القضاة السنة الثانية بالمدرسة العليا للقضاء ، السنة الدراسية 2015/2014 .

ثامنا : النصوص القانونية

1 – القانون رقم 09/08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدراية – جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 2008/04/23.

2 – المدونة المغربية الصادرة بالقانون رقم 70/03 المؤرخ في 12 من ذي الحجة الموافق لـ 3 فبراير سنة 2004 – جريدة رسمية رقم 5184 الصادرة بتاريخ 5 فبراير سنة 2004.

3 – الأمر 03/02 المؤرخ في 2002/02/25 ، المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10

4 – قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة معدل و متمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

الفهـــرس

الفهـــرس

01	**مقدمـــــة**	01
02	**الفصل الأول** **ماهية محاولة الصلح و الغاية من إقرارها**	07
03	المبحث الأول : ماهية محاولة الصلح	07
04	المطلب الأول : تعريف محاولة الصلح	07
05	أولاً: تعريف الصلح و أدلة مشروعيته	08
06	ثانياً: تعريف محاولة الصلح لدى فقهاء القانون الوضعي	10
07	ثالثاً: تعريف محاول الصلح في نظر الإجتهاد القضائي	11
08	**المطلب الثاني: الغاية من إقرار الصلح**	12
09	أولاً: دور القاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج	13
10	ثانياً: دور القاضي في الطلاق بالتراضي	13
11	ثالثاً: دور القاضي في الطلاق بناءاً على طلب الزوجة (التطليق،الخلع).	14
12	1/ محاولات الصلح في دعاوى التطليق	14
13	أولاً: الصلح المنتج	14
14	أ – الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية	14
15	ب – التطليق بناءاً على عدم الإنفاق	16
16	جـ – التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	20
17	د – التطليق للضرر المعتبر شرعاً	22
18	هـ – التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين	23
19	ثانياً: الصلح إجراء شكلي في بعض حالات التطليق	28

20	أ – التطليق للفقدان و الغيبة	28
21	ب – التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	31
22	2 / محاولات الصلح في دعاوى الخلع	31
23	**المبحث الثاني : الشروط التي تحكم محاولة الصلح**	36
24	**المطلب الأول : الشروط الموضوعية**	36
25	أولاً: ضرورة رفع دعوى	36
26	ثانياً: أطراف جلسة الصلح	37
27	ثالثاً: وجود العلاقة الزوجية	37
28	**المطلب الثاني: الشروط الشكلية**	39
29	أولاً: الشروط الشكلية المتعلقة بإنعقاد إجراءات الصلح	39
30	أ – وجوبية إجراء محاولة الصلح أمام المحكمة	39
31	ب – مدى إختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح	40
32	جـ – الميعاد و المدة المحددة لإجراء الصلح	42
33	د – بدء سريان فترة الصلح	43
34	هـ – إستدعاء الأطراف	44
35	ثانياً: الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح	44
36	أ – ضرورة التأكد من هوية الطرفيين	44
37	ب – مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما	45
38	جـ – سرية جلسة الصلح	46
39	د – عدد محاولات الصلح	47
40	هـ – قواعد الحضور و الغياب	48
41	1/ قواعد الحضور و الغياب في نظر القانون	48
42	2 / قواعد الحضور و الغياب في نظر القضاء	49
43	و – مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين	51

44	ي – إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح.	52
45	**الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الصلح و أثر الطعن بالنقض في الأحكام التي يتخلف فيها الصلح.**	55
46	**المبحث الأول: آثار نجاح و فشل محاولة الصلح**	55
47	**المطلب الأول: أثر نجاح محاولة الصلح**	55
48	أولاً: تحرير محضر الصلح	56
49	أ – محضر يتضمن إلتزامات على عاتق الزوج	57
50	ب – محضر يتضمن إلتزامات على عاتق الزوجة	57
51	جـ – محضر يتضمن إلتزامات متقابلة على عاتق الزوجين	57
52	د – محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط	58
53	ثانياً: إكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي	58
54	ثالثاً: الحكم بإنقضاء الدعوى للصلح	60
55	**المطلب الثاني: أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين**	60
56	أولاً: تحرير محضر عدم الصلح و مضمونه	60
57	ثانياً: دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى	63
58	**المبحث الثاني: مدى قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية التي يتخلف فيها الصلح للطعن بالنقض.**	64
59	**المطلب الأول: قابلية أحكام فك الرابطة الزوجية لتخلف إجراء الصلح للطعن بالنقض**	64
60	أولاً: الموقف المؤيد لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية.	64
61	ثانياً: الموقف المعارض لفكرة الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة بفك الرابطة الزوجية.	65
62	أ – إحياء العلاقة بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه	67
63	ب – إلزام الرجل بالإنفاق على إمرأة أجنبية عليه	67
64	جـ – التوارث بين المطلقين	68
65	د – تعدد الأزواج بالنسبة للمرأة	69

66	هـ – متابعة الزوجة بجريمة الزنا	70
67	**المطلب الثاني : عدم جواز الطعن بالنقض لتخلف إجراء الصلح في أحكام فك الرابطة الزوجية**	74
68	**الخاتمـــة**	88
69	**قائمة المراجع**	91
70	**الفهرس**	98