

الصلح في قانون الأسرة الجزائري إشكالات شرعية وقانونية

د . بن قوية سامية

أستاذ محاضر. أ. كلية الحقوق. الجزائر. 1.

عضو لجنة تكوين طلبة الدكتوراه والماستر تخصص قانون الأسرة

المقدمة

من المؤكد أن الصلح قديم في العمل القضائي قدم التاريخ ، وقد عرفته بعض النظم القديمة ، وفي الجزائر كانت النزاعات الأسرية تعرض على شيخ القبيلة ومجلسه المسى بالجماعة ، وكان شيخ القبيلة يلعب دور القاضي آنذاك إذ كان يعمل على إصلاح ذات اليبين بين الزوجين من خلال الوساطة قبل أن يصدر حكمه والإشهاد عليه، وعلى الرغم من عدم وجود جهاز يكفل تنفيذ قرارات شيخ القبيلة أو الجماعة إلا أن هناك شعور يدفع الزوجين إلى الامتثال لهذه القرارات نتيجة السلطة المعنوية التي يكون مصدرها الانتماء القبلي أو الانتماء ديني .

وقد عرف المجتمع بعض الطرق البديلة لتسوية المنازعات، تطورت مع تطور الآليات الرسمية لفضها، إلا أنها ليست بديلة عن القضاء، لأنها تجري تحت إشرافه، ويعتبر الصلح من أهم المواضيع الحيوية لما له من دور في رفع النزاع وقطع الخصومة بالتراضي بين الزوجين خاصة بعد أن ارتفعت نسبة الطلاق في الدول الإسلامية ، ويرى علماء الاجتماع أن السبيل الوحيد للحد من ظاهرة الطلاق وأثارها السلبية على المجتمع لن تتأتى إلا بالالتزام بتفعيل الصلح بين المتنازعين وهو من أعظم القربات عند الله ، فعن أبي الدرداء . رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم

بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: إصلاح ذات البين وفساد ذات البين الخالقة¹."

ومن بين أهم المواد التي اهتمت بطرق فض النزاع بين الزوجين المتنازعين هي المادة 49 من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05/02 والمتعلقة بإجراء الصلح، حيث أفرزت جدلا وخلافا واسعين على مستوى الفقه والقضاء خاصة من حيث آثارها على بعض الأحكام والمبادئ الشرعية المرتبطة بالنظام العام، هذه المادة أكدت على تكرار محاولة الصلح حفاظا على الأسرة التي تحتل مكانة هامة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حيث وضعت من القواعد ما يضمن بقاء الحياة الزوجية واستمرارها، ولعل ذلك راجع إلى أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع واستقرارها هو استقرار المجتمع.

والصلح هو من الإجراءات الأولية التي أوجب قانون الأسرة الجزائري المعدل على قاضي شؤون الأسرة الجزائري اللجوء إليه قبل الشروع في بحث موضوع النزاع، وإصدار الحكم بشأنه، ذلك أن الصلح يرتبط بمصير علاقة مقدسة ومستقبل مجهول للأولاد في ظل غياب الاستقرار الأسري، فالصلح لا ينحصر في استيفاء الإجراء القانوني أو العمل القضائي الشكلي بقدر ما هو عمل ديني وأخلاقي وإنساني يتطلب العلم بالأحكام الشرعية والحنكة والصبر والأناة.

أهمية الموضوع:

تزداد أهمية اللجوء إلى الصلح حينما يتعلق الأمر بالمنازعات الأسرية لكونها تكتسي طابعا خاصا وتتعلق بعلاقات ذات خصوصية معينة. هذا ما حدا بالمشرع الجزائري إلى التأكيد على إلزامية الصلح في الدعاوى المتعلقة بفك الرابطة الزوجية لحمايتها من الانحلال.

1. سنن أبي داود سليمان بن الأشعث، تخريج محمد ناصر الدين الألباني، رقم الحديث 4919، باب في إصلاح ذات البين 737، صححه الألباني، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1.

. بيان أهم الأخطاء التي يقع فيها القضاة الجزائريون من خلال إجراء الصلح دون مراعاة للأحكام الشرعية .

. التعريف والتأصيل للصلح كبديل لحل النزاعات الأسرية باعتباره موضوع حيوي.

الإشكالية

كيف تُعالج التناقضات بين نصوص القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بتطبيق المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بإجراء الصلح؟ وهل الصلح إجراء شكلي أم جوهري؟

خطة البحث

المبحث الأول: الصلح في الأحوال الشخصية

المطلب الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفرع الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: مفهوم الصلح ومشروعيته في التشريع الجزائري

المطلب الثاني: شروط الصلح والمراحل القانونية لإجرائه

الفرع الأول: الشروط الشكلية والموضوعية لإجراء للصلح

الفرع الثاني: المراحل القانونية لإجراء الصلح Bas du formulaire

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لإجراء للصلح في التشريع الجزائري

والإشكالات التي تثار حوله

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لإجراء الصلح

الفرع الأول: الصلح إجراء جوهري

الفرع الثاني: الصلح إجراء شكلي

المطلب الثاني: آثار محاولات الصلح على الطلاق والعدة

الفرع الأول: أثر محاولة الصلح على الطلاق المعتبر قانونا والطلاق من زواج غير

مسجل

الفرع الثاني: أثر محاولة الصلح على العدة

البحث

المبحث الأول: الصلح في الأحوال الشخصية

المطلب الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

الفرع الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته في الفقه الإسلامي

أولا : مفهوم الصلح

أ. لغة : الصلح والمصالحة والإصلاح ، قطع المنازعة ، مأخوذة من صلح الشيء : إذا كمل وهو خلاف الفساد ، يقال : صالحته مصالحة وصلحا . وصلحَ خلاف فسد ، وفي الأمر مصالحة : أي خير ، والجمع مصالِح ، والصلح اسم منه ، وهو التوفيق ، ومنه صلح الحديدية¹ .

ب. الصلح في الاصطلاح الفقهي

هو عقد يعقب علاقة بين متعاقدَيْن ، هدفه حلّ إشكالٍ حقوقي لا يستطيع أحد الخصوم أو كلاهما التوصل إليه .

1 . الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية ، 2 / 436 . وانظر معه : محمد عبد الرؤوف المناوي ، التعاريف ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط1 ، 1410 ، ص 406 . وإبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، مطبعة مصر ، طبعة 1381 هـ / 1961 م ، 1 / 520 ، باب الصاد ، م ، س .

وفي الأحوال الشخصية جوهر عقد الصلح ، موجود في المخالعة والمباراة والصلح بين الزوجين ، وقد عرفه الفقهاء بعدة تعريفات تتشابه جملها منها :

الصلح عند المالكية :

عرفه ابن عرفة : انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه¹.

أما ابن رشد قال : هو قبض الشيء عن عوض ويدخل فيه محض البيع ويخرج منه صلح الإنكار لأجل هذا فإنه غير جامع²

الصلح عند الأحناف :

عقد يرفع النزاع القائم بين الخصوم بالتراضي³.

الصلح عند الشافعية :

عقد يحصل به ذلك (أي يحصل به قطع النزاع) ⁴.

الصلح عند الحنابلة : معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين⁵.

وأرى أن ابن عرفة هو الذي دقق في التعريف حيث عرف الصلح بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض ، لرفع نزاع أو خوف وقوعه .

1 . أبو العباس أحمد الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف ، 405/3 .

2 . الخطاب جمال الدين ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل دار الفكر 79/5 .

3 . عبد الله بن محمود بن مودود الموصلية ، الاختيار لتعليل المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، 2 / 5 . وانظر معه : ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق شرح كثر الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة 2 ، 55 / 7 .. ومحمد أمين بن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي عبد المعوض ، قدم له وقرضه الدكتور محمد بكر إسماعيل ، دار الكتب العلمية بيروت ، طبعة 1994 م ، 8 / 405 .

4 . الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، 3 / 158 .

5 . ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي ، المغني ، دار إحياء التراث العربي 8 / 483 . وانظر معه : البهوتي منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشف القناع عن متن الإقناع ، راجعه

: هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة 1403 هـ / 1984 ، 3 ، 390/ .

وهذا لسببين اثنين :

1. شموله أنواع الصلح من إقرار وإنكار في المعاملات ، والصلح على إنكار محل خلاف عند الفقهاء .

جعل الصلح ليس رافعا وقاطعا للنزاع فحسب ، بل جعله حائلا لوقوع المنازعة : لأنه يقوم بدور وقائي في منع النزاع . من خلال "كلمة أو خوف" 1.

ثانيا : مشروعية الصلح في الفقه الإسلامي

1. من القرآن الكريم

قال الله تعالى: " لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس ومن يفعل ذلك ابتغاء مرضات الله فسوف نؤتيه أجراً عظيماً" 2.

وقال أيضا

" وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير" 3.

وقال المولى عز وجل أيضا : " وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما، فإن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ، فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ" 4.

2. من السنة النبوية

أولت السنة النبوية اهتماما بالغا بالصلح في كل المجالات وخاصة في مجال الأحوال

1 . للتوسع في الموضوع انظر : شيماء البدراني ، أحكام عقد الصلح ، المكتبة القانونية ، ط1، 2003م، ص 22 .

2 . سورة النساء الآية 114

3 . سورة النساء الآية 129

4 . سورة الحجرات الآية 9

الشخصية فعن عمرو بن عوف المزني .رضي الله عنه . عن أبيه عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال: الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما "1.

3. الإجماع

أجمع فقهاء الأمة الإسلامية على جواز الصلح بين الزوجين في كل مسألة يخاف منها الشقاق بينهما وفصم عرى زوجيتهما 2. وقد قال ابن قدامة : أجمعت الامة على جواز الصلح بين المسلمين واهل الحرب ... و صلح الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما 3.

الفرع الثاني : مفهوم الصلح ومشروعيته في التشريع الجزائري

أولا : مفهوم الصلح

1. الصلح في القانون المدني

جاء في الفصل الخامس من القانون المدني للجمهورية الجزائرية القسم الأول : أركان الصلح في المادة 459 والتي عرفت الصلح على النحو التالي : الصلح عقدا ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه.

وكون الصلح عقدا (contrat) فإنه يفيد توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله ، أي أنه يحدث أثرا قانونيا

1. سنن الترمذي ، تخريج محمد ناصر الألباني ، رقم الحديث 1272 م ، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس ، ص 318.

2 . ابن قدامى المقدسي، المغني و يليه الشرح الكبير ، مصدر سابق، 6 / 264 .

3 . ابن قدامة المقدسي ، المغني والشرح الكبير ، كتاب الصلح ، 5 / 1،6 .

4 _ العقد في الفقه الإسلامي هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله

ومن خلال التعريف نلاحظ أن للصلح ثلاث مقومات وهي :

أن يكون النزاع قائما أو محتمل ، وأن يكون الغرض من الصلح هونية حسم النزاع، وأن يتنازل كل من المتصالحين على وجه التبادل عن حقه .

ويختلف مفهوم الصلح في المجال المدني من فرع إلى آخر وكذا في المجال الجزائي , غير أن كل التعاريف تشترك في كون الصلح طريقة ودية لإنهاء النزاع ويختلف باعتباره كعقد أو كإجراء ، والذي سنعالجه لاحقا .

2. الصلح في قانون الأسرة

مرت محاولة الصلح عموما ، وفيما يتعلق بالطلاق على وجه التحديد بعدة مراحل تاريخية ابتداء بصدور قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 م الصادر بموجب الأمر 66 - 154 والذي كرس في مادته 17 على إجبارية المصالحة أمام المحكمة ، ثم بعد ذلك بموجب الامر 71-80 من خلال نص المادة 12 التي جاء فيها :

يجوز للقاضي مصالحة الأفراد في أي مادة كانت، وصولا إلى غاية قانون الأسرة في شكله الحالي .

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الصلح واعتبره من الإجراءات الأولية التي تلزم القاضي اللجوء إليه قبل النطق بالحكم في الطلاق أو التطليق أو الخلع وذلك من خلال المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11 / 84 و المعدل بالأمر 02 / 05 المؤرخ في 27 / 02 / 2005 م . إذ نصت على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى .

ولا ننسى أن المادة 222 من قانون الأسرة تنص على لجوء القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب النص القانوني : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة".

3. الصلح في الفقه القانوني

يعرف السنهوري عبد الرزاق رحمه الله الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يبذل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه 1.

4. الصلح القضائي

في دعاوى الطلاق أو العودة إلى مسكن الزوجية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية".

نصت المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن الصلح يثبت في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع المحضر أمانة ضبط الجهة القضائية. ويكتسب محضر الصلح في هذه الحالة صفة الصلح القضائي ويعتبر بالتالي سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه أمانة ضبط 2 الجهة القضائية طبقاً لنص المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فالصلح كإجراء قضائي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصاً في مسائل الطلاق. فهو طريقة من الطرق الودية لإنهاء النزاع. ويجب تثبيته في محضر.

1. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار احياء التراث العربي، بيروت، الكتاب الخامس، 2/ 507.

2. إن دور أمين الضبط لا يقتصر على حضور جلسة الصلح أو تحرير محضر بذلك، بل يتعدى ذلك لكونه أول من يستقبل الزوجين المتخاصمين، وآخر من يسلم الأحكام، بالرغم من كون المشرع أوكل مهمة الصلح للقاضي إلا أن دور أمانة الضبط في هذه المهمة يبقى حاضراً.. فهو الذي يستدعي الزوجين لمحاولة الصلح.

وهو الذي يدون وبدقة في محاضر الجلسات كل ما جاء على لسان الزوجين وبهذا يكون جهاز أمانة الضبط في حالة إطلاع تام على موضوع الصلح.

ومن ثم فمحاولة الصلح من طرف القاضي في قضايا الطلاق عموما ، القصد منها محاولة إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين وعودة الحياة الزوجية إلى ما كانت عليه من نقاء وسكينة وحسن معايشة.¹

5. الفرق بين التحكيم والصلح

هناك أوجه تشابه بين التحكيم والصلح ، حيث يجب أن يكون نزاع قائم بين الزوجين . كما يعتبر كل منهما إجراء تمهيدي للحكم بالطلاق وكلاهما يأمر بهما القاضي ، أما أوجه الاختلاف فالصلح إجراء إلزامي للقاضي أما التحكيم فهو اختياري ويقوم به الحكمان بينما القاضي هو من يقوم بالصلح.

ثانيا :مشروعية الصلح في التشريع الجزائري

لقد اعتبر المشرع الجزائري الصلح من الإجراءات الأولية التي يجب أن يلتزم بها القاضي قبل الشروع في نظر الدعوى ، فأول مصدر لإجراء الصلح هو :

1. المادة 49 من القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09/ 06/ 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005م .

2. المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على تطبيق الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة .

3. المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها : يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أي مادة كانت .

لقد اعتبر المشرع الجزائري الصلح من الإجراءات الأولية التي يجب أن يلتزم بها القاضي قبل الشروع في نظر الدعوى ، فأول مصدر لإجراء الصلح هو :

1 . معوض عبد التواب ، الدفعوع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ، ط1 ، ص 365.

1. المادة 49 من القانون رقم 84/ 11 المؤرخ في 09/ 06/ 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 27/ 02/ 2005م .

2. المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على تطبيق الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه في قانون الأسرة .

3. المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها : يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أي مادة كانت .

المطلب الثاني : شروط الصلح والمراحل القانونية لإجرائه

الفرع الأول : الشروط الشكلية والموضوعية لإجراء للصلح

عادة ما يلجأ القاضي المسلم إلى الصلح بين الزوجين اللذان يريدان فك الرابطة الزوجية إما عن طريق الطلاق أو التطليق أو الخلع ، فالصلح في هذه الحالة يكون باتفاق الخصوم على حل نزاعاتهم بأنفسهم أمام القاضي الذي يحاول نصحهم وتذكيرهم بسلبيات انفكك الرابطة الزوجية ، دون تدخل شخص ثالث لأجل ذلك سطر المشرع الجزائري أحكاما وقواعد يلتزم بها القاضي لضمان فعالية الصلح ، وهذه القواعد جاءت في شكل شروط وبعض الإجراءات تضمنتها كل من القانون المدني وقانون الأسرة، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ولم تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمواد من 439 إلى 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صراحة على شروط الصلح ولأجل ذلك نحاول أن نذكر بعض الشروط :

1. أن يكون هناك زواج قائم حقيقة أو حكما ، ونستشف هذا الشرط من خلال عبارة. لا يثبت الطلاق. ولا يتصور طلاق إلا أن يكون هناك عقد زواج صحيح وقائم حتى وإن لم يكن الزواج مسجل .

2. يجب أن يكون هناك نزاع ورفع دعوى طلاق أمام القضاء ، إذا لا يتصور إجراء الصلح من غير سبب ، أو لمجرد الصلح لذلك يجب أن يكون هناك نزاع أو تلفظ الزوج بكلمة الطلاق. ودعوى الطلاق ترفع بواسطة عريضة أمام قسم شؤون الأسرة وتودع في أمانة الضبط بمحكمة مكان وجود المسكن الزوجي ، ونستشف هذا الشرط من عبارة. ولا يثبت الطلاق إلا بمحاولات الصلح. وهذا يعني وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء قبل القيام بالصلح

3. أن تكون هناك صفة لرفع الدعوى: ويقصد بالصفة الزوج أو الزوجة أو أحد ممثلهما قانونا كالمحامي أو الولي أو الوصي .

4. توفر شرط الأهلية : تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه يجب أن يكون أحد المتنازعين متمتع بسن الرشد وهو 19 سنة ، وأن يكون متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه حسب المادة 42 والمادة 44 من القانون المدني الجزائري حتى يتمكن من ممارسة حقوقه المدنية .

5. أن تكون الجلسة سرية وذلك لعداسة الرابطة الزوجية وهي ميثاق غليظ ، وحفاظاً على الأسرار الزوجية حتى لا تكون محل تلوؤ بعض الأعداء حيث جاء في نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري : محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية .

كما يمكن لأحد الزوجين إحضار أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولة الصلح بناء على ما نصت عليه المادة 440 من ق.إ.م.إ. : يمكن بناء على طلب الزوجين حضور احد افراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح

6. أن يقوم القاضي بالصلح مرتين أو أكثر وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 02 / 05 : " عدة محاولات صلح "

7. أن ترفع الدعوى أمام المحكمة المختصة للنظر في الدعوى أمام مكان وجود مسكن الزوجية وذلك طبقاً لنص المادة 426 من :ق.إ.م.إ.ج: الطلاق أو الرجوع بمكان وجود مسكن الزوجية .

8. اتخاذ القاضي الإجراءات اللازمة لإجراء الصلح وهذا حسب نص الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الفقرة الأولى : على القاضي تحرير محضر يبرز نتائج الصلح وغيرها من الإجراءات .

الفرع الثاني : المراحل القانونية لإجراء الصلح

لقد أجازت المادة 4 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف المتنازعة أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت، كما تطرقت المواد من 990 الى 993 من نفس القانون الى موضوع الصلح ، وهذا بإجازته للخصوم التصالح تلقائياً، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة، كما تتم محاولة الصلح في الزمن والمكان الذي يراهما القاضي مناسبين.

أولاً : جلسة الصلح

لقد تعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمحاولات الصلح في المادة 439 إلى 443 وكذلك المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري .

وفي حالة ما إذا استحال على أحد المتنازعين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد لا حق للجلسة ، أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية وهذا من خلال المادة 441 من :ق.إ.م.إ.ج. وجوب الوكالة إذا تعذر حضور أحد المتنازعين: نصت المادة 574 من :ق.إ.م.إ.ج: لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع ، والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

وفي حالة تخلف أحد المتنازعين بعد التبليغ ودون عذر نصت المادة 441 من :ق.إ.م. :إ: يحزر القاضي محضرا بذلك يذكر فيه صحة التبليغ وغياب الزوج المعني أثناء الجلسة .

في هذه الحالة يتعبر هذا الغياب امتناعا متعمدا ورفض لمحاولات الصلح ومثل هذا الوضع يعفي القاضي طول الانتظار ويعفيه حتى من تكثيف إجراءات الصلح .
وجوب حضور الزوج شخصا الذي طالب بفك الرابطة الزوجية وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا ، وفي حالة غيابه ترفض دعواه .

أما إذا فشل القاضي في مهمته هذه فيمكن في هذه الحالة تعيين حكّمين حسب المادة 56 للتوفيق بين الزوجين ، واحد من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة ، ويركز الحكّمين على المحافظة على الرابطة الزوجية واستقرارها ويقدمان للقاضي تقريرا في أجل شهرين وإذا فشل في مساعهما ، يدعو القاضي الزوجين إلى حضور جلسة علنية و يحكم بالطلاق ، وهنا يكون الطلاق بائن ونهائي ولا يقبل الطعن بالاستئناف فيه حسب المادة 57 ، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف ، وهو ما تبين لنا من القرار التالي :

ومتى تبين في قضية الحال . أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطئوا في تطبيق القانون ، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع ، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح ، لأن الصلح عقد ينهي به نزاعا قائما ، طبقا لأحكام المادتين 459 / 462 من قانون الإجراءات المدنية ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه

1.

2. توقيع محضر الصلح : يتعين على القاضي تحرير محضريين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح ويوقعه مه كاتب الضبط والطرفين ويودع في أمانة الضبط كما نصت المادة 49 الفقرة 2 من قانون الأسرة والمادة 443 من ق.إ.م.إ.ج ، غير أن قانون الأسرة يتحدث عن المحضر الذي يحرره القاضي في حين قانون الإجراءات المدنية والإدارية تتكلم عن المحضر الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي ، وليس هناك أي تناقض كما يبدو للبعض إذ المقصود في نص قانون الأسرة هو أن يحرر القاضي المحضر بنفسه، أو يترك ذلك لأمين الضبط لكن تحت إشرافه ورقابته وعلى الزوجين أن لا يوقعا على المحضر إلا بعد سماع تلاوته عليهما من طرف القاضي أو أمين الضبط ويجب التنصيص في أسفل المحضر بأن عملية التلاوة تمت على الطرفين 1.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لإجراء الصلح في التشريع الجزائري والإشكالات التي تثار حوله

المطلب الأول : الطبيعة القانونية للصلح

الفرع الأول : الصلح إجراء جوهري

تعد قضايا فك الرابطة الزوجية أكثر القضايا احتياجا إلى تطبيق إجراءات التصالح بين الزوجين بالنظر إلى طبيعة العقد على اعتباره أنه ميثاق غليظ أحاطه الإسلام بكل أنواع الحماية .

قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 لم يكن يوجد نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطلق ، فالصلح كان جوازيا للقاضي تطبيقا للمادة 17 من : ق.إ.م.إ.ج ، وتبعاً لذلك قضى المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 06/03/1985/ بأن محاولة الصلح جوازية

1. لحسن بن الشيخ أث ملويا، رسالة في طلاق الخلع ، دارهومة ، ص 186 .

وبعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984 م اعتبرت المحكمة العليا الصلح قبل حكم الطلاق إجراء جوهريا ومن النظام العام، ففي قرار لها بتاريخ 18/01/1994 أكدت أنه وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه 1، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الذي يتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم يفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقص الحكم المطعون فيه وإحاطته على نفس المحكمة.

إن المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة طرحت إشكالا حقيقيا على مستوى القانون من خلال مدى إلزامية هذا الإجراء أمام الجهات القضائية المختصة من عدمه وما هو الجزاء المترتب على تخلف هذا الإجراء؟

فنص المادة جاء بصيغة العموم إذ لا يستفاد معنى الوجوب إلا بطريق الدلالة مما أدى إلى عدم استقرار الرأي في العمل القضائي الأمر الذي أثر سلبا على مصير الرابطة الزوجية.

وهذا ما دفع بعض القانونيين إلى الاتجاه نحو مبدأ إلزامية إجراء الصلح بالنسبة للقاضي واعتبار إغفال القيام به خطأ في تطبيق القانون يُعرض العمل القضائي للبطلان فالمادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 02/05 تضيف صفة الإيجاب على محاولة الصلح 3.

- 1 . للتوسع أكثرراجع : قرار في 03 / 07 / 1968م ، المجلس الأعلى ، مجلة الأحكام ، وزارة العدل ، المجموعة 1 ، الجزء الأول ، بدون تاريخ ص 51.49.
- 2 . بتصرف عن : العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 2002 م ، الجزء الأول ، ص 258
- 3 . عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية ، نشرة القضاة ، وزارة العدل 1 جانفي 1986 م ، ص 29

غير أن المشرع ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ تدارك جملة من النقائص المسجلة في إجراءات الصلح ، حيث نص صراحة على مبدأ إلزامية إجراء الصلح من خلال نص المادة 439، حيث جاء فيها : " محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية .

والسؤال المطروح هل هذا الوجوب فرض على القاضي القيام بالصلح كونه من الإجراءات الجوهرية التي لا يصح العمل القانوني من دونها أم أن الطابع الإلزامي يكون بغرض حمل القضاة على القيام به فقط دون أن يتعرضوا لأي جزاء جراء عدم القيام بهذا الإجراء ؟ أم هو مجرد إجراء شكلي مما يفهم منه عدم إلزاميته ومن ثم لا يترتب نقض الحكم الذي لا يأخذه بعين الاعتبار .

إن القرارات السابقة تؤكد بوضوح ضرورة إجراء الصلح بالنسبة للقاضي ، واعتبرته من الإجراءات الجوهرية ذات الصلة بالنظام العام التي لا يصح العمل القضائي بدونها ولا الاتفاق على مخالفتها أو رفض القيام بها من طرف الزوجين أو القاضي . وكل حكم قضائي لا يحترم هذا الإجراء يكون مصيره النقض من طرف قضاة المحكمة العليا . وبمعنى آخر أن الحكم القاضي بالطلاق يرتكز في وجوده على مدى احترام إجراء محاولة الصلح من طرف قاضي شؤون الأسرة ، وإلا سيكون معيبا بمخالفته قاعدة أساسية في الإجراءات ويكون البطلان مصيره².

لكن كيف نبطل حكما قضائيا بحجة عدم مراعاة إجراءات معينة مع العلم في حالة الطلاق أو الخلع يكون قد مر من الوقت ما يجعل الشخصين أجنبيين عن بعضهما البعض بانقضاء فترة العدة ، فما فائدة هذا الإبطال بحجة عدم مراعاة إجراء الصلح المنصوص عليه قانونا ؟ فكيف لنا ان نتصور عودة الزوجين الى حالتهم الأولى قبل

1 . قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 .

2 . البطلان هو من أهم وأخطر الجزاءات التي تلحق الإجراءات المخالف للمقتضيات التي يستوجبها القانون فتندعم بها الآثار التي يرتبها عندما يكون صحيحا وعلى هذا الأساس فإن تخلف إجراء الصلح يؤثر على الحكم القضائي المثبت للطلاق وجودا وعدما

صدور الحكم مع أن الطلاق قد وقع شرعا بوقت طويل ورتب آثاره الشرعية والمطلقة أصبحت أجنبية عن مطلقها.

الفرع الثاني : الصلح إجراء شكلي

تراجع الاجتهاد القضائي على إلزامية محاولة الصلح

إن الواقع العملي أثبت أن إجراء الصلح في بعض الحالات يكون بين أجنبيين بعد انقضاء العدة ، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يتراجع عن موقفه الأول ، حيث صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا ، اعتبرت الصلح إجراء شكلي وليس بالجوهرية ، ولا ينتج عن إغفال الصلح بطلان العمل القضائي ، حيث جاء في قرار المحكمة العليا:

محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق ، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس.1 وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 16 / 02 / 1999م ورد في حيثياته رد المحكمة العليا بخصوص محاولة الصلح طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة كقاعدة إجرائية لصحة الطلاق فجاء : إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس.2.

وقد قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 21 / 07 / 1998 م أن إجراءات الصلح ليست من الإجراءات الجوهرية وذلك من خلال القضية (ع.م) ضد (ر.أ) حيث أصدرت المحكمة حكما نهائيا يقضي بالطلاق بين الطرفين والحكم كان حكما نهائيا وبدون اجراء محاولة الصلح بين الطرفين ، رغم ان الزوجة هي التي طلبت فك الرابطة الزوجية ، حيث ان المحكمة اعتبرت ان محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى

1 . المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية والموارث ، ملف رقم 21685 بتاريخ 16 / 02 / 1989 م
المجلة القضائية عدد خاص بالأحوال الشخصية سنة 2001، ص.103.10 .

2 . المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ، قرار في 16 / 02 / 1999 م ملف رقم 216850 مجلة القضاء ، العدد الخاص لسنة 2001 م ، ص.103.100 .

الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وان لفظ الطلاق او التطليق تصدر دائما نهائيا
1.

إن هذا القرار وغيره من القرارات الأخرى اعتبرت أن إجراء الصلح هو إجراء شكلي الغرض منه الوعظ والإرشاد. وبالتالي ظهر تراجع راديكالي في موقف المحكمة العليا تجاه محاولة الصلح ، ولا يمكن إلزام القاضي الأخذ به قبل الحكم بالطلاق مما يفيد أنها غير ملزمة أصلا ، ولا تتعلق بالنظام العام ، فلا يترتب البطلان للحكم الصادر بالطلاق من غير إجرائها ولا ينقض .

وأعتقد أن القاضي الذي يغفل عن إجراء الصلح في بعض الحالات هو لاعتباره أن ما سيقوم به هو مخالف للشريعة الغراء ومخالف للنظام العام ، وكذلك هذا الموقف من المحكمة العليا تنتصر لمبدأ إرادة الزوج في الطلاق والتي تعتبر إرادة حرة ولا تخضع للقانون في حالات معينة .

وعموما لا فائدة من الصلح في حالة إصرار الزوجة على طلب التطليق لغيبة الزوج دون عذر ولا نفقة ولا يعلم مكانه .

فالمادة 49 من قانون الأسرة كانت ولا زالت منبع التضارب في قرارات القضاء بسبب عدم دقة صياغة نص المادة ، وعليه نتحتاج إلى نصوص تشريعية أخرى لبيان وتفصيل لمحاولة الصلح حفاظا على النظام العام .

المطلب الثاني: آثار محاولات الصلح على الطلاق والعدة

إن محاولات الصلح تثير إشكالات عديدة من خلال الآثار التي ستترتب على الحكم بالطلاق أو احتساب العدة

الفرع الأول: أثر محاولة الصلح على الطلاق المعترف قانونا والطلاق من زواج غير

مسجل

أولا : أثر محاولة الصلح على الطلاق المعتبر قانونا

قبل أن نتطرق إلى أثر محاولة الصلح على الطلاق المعتبر قانونا علينا أن نبين طبيعة الحكم المثبت للطلاق يقودنا إلى البحث أولا في أنواع الأحكام القضائية ، والتي تنقسم إلى أحكام تفريرية، أحكام منشئة و أحكام إلزامية وكل حكم تقابله دعوى خاصة به ، ثم البحث في طبيعة الحكم في حد ذاته فيما إذا كان حكما قضائيا ، أم لا يعدو أن يكون مجرد عمل ولائي إذ أن الأصل في أعمال القضاء أنها ذات طبيعة قضائية بحتة ، واستثناء تكون ذات طبيعة ولائية . و حق الطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي، و الحق الإرادي يعرف بأنه سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه ما دام ذلك يوافق القانون ، وبمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني ، وهنا يجب تمييزه عن الحق الإرادي الذي لا يولد مع ميلاد الحق أو المركز القانوني إذ لا ينشأ هذا الأخير إلا بناء على ما يرتكبه الطرف الآخر في الرابطة من إخلال بالتزاماته ومثالها حق الزوجة في التطليق . إلا أنه ورغم كون حق الزوج في الطلاق هو حق إرادي إذ يشترط في الشريعة الإسلامية لوقوع الطلاق قصد فيه وهو إرادة التلطف به ولو لم ينو أي إرادة لفظ الطلاق لمعناه ، فقد قيده المشرع الجزائري باللجوء إلى القضاء وتبعاً لذلك أصبحت إرادة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني إلا باستيفاء الشكل الذي قرره القانون وذلك باستصدار حكم قضائي يثبت إرادة الزوج في الطلاق . وقد جعل المشرع لهذا الحكم طبيعة الإنشاء¹ لأنه ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين ، ويخلق بذلك وضعاً جديداً ، وذلك من تاريخ تصريح القاضي به ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط ، في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه وليس من تاريخ تصريح الزوج به ، وبالتالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم.

1 . بتصرف عن : القاضي عمرزودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، الموسوعة للنشر ، 2003م ، ص 99.

وما يلاحظ أن القاضي عمرزودة تعرض لحالة واحدة من الطلاق بمفهومه العام، وهي الطلاق بإرادة الزوج المنفردة فسماه الحق الإرادي مع العلم أن الرابطة الزوجية تنفك عن طريق الخلع والتطليق.

وعليه فمحاولة الصلح ليس لها أي أثر على وقوع الطلاق من الناحية الشرعية لأنه يجب أن نفرق بين وقوع الطلاق شرعا ووقوعه قانونا¹ بمعنى آخر الصلح في هذه الحالة هو مجرد إجراء قانوني لا يترتب أي أثر على الطلاق اللفظي المعتبر شرعا.

ثانيا :أثر محاولة الصلح في الطلاق من زواج غير مسجل

أ. تسجيل الزواج العرفي قبل رفع دعوى إثبات الطلاق

لا يمكن رفع دعوى إثبات الطلاق العرفي² ما لم يكن الزواج العرفي قد تم تسجيله الذي نصت عليه المادة 22 من قانون الأسرة 3، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن دعوى الطلاق العرفي تختلف عن دعوى تسجيل الزواج ، ومن ثم وجب رفع دعوى تسجيل الزواج أولا، وإلحاق النسب ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا طبعا إذا سايرنا الواقع وسلمنا بقبول دعوى إثبات الطلاق العرفي والتي لم ينص عليه قانون الأسرة الجزائري ولكن فرضت نفسها بشدة في الواقع العملي، وفي حقيقة الأمر هذا الاتجاه كان معمولا به قبل صدور قانون الأسرة الجزائري تطبيقا لقواعد الشريعة الإسلامية، فالتطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي، ونجد أن كلا من محكمة البويرة وكذا محكمة الجلفة تعملان على إثباته بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق في حد ذاتها ، بسماع الأطراف و كذا الشهود، وقد صدرت عدة أحكام عن محكمة الجلفة مؤيدة بقرار من المجلس

1 .راجع في هذا الموضوع: فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، طبعة 1986 م ، 1 / 326 .

2 . المادة 57 من قانون الأسرة لم تنص على مسألة الطلاق العرفي.

3 . المادة 22 من قانون الأسرة :يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي

يجب تسجيل حكم تثبت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة .

تصب في هذا الغرض وأهمها القرار رقم 99/19 الصادر بتاريخ 30/01/1999 والذي صدر إثر استئناف حكم قضى بالإشهاد على واقعة الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين خلال شهر أوت 1996 وإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مبلغ 40.000 دج عن الطلاق التعسفي و مبلغ 10000 دج نفقة عدة و مبلغ 1000 دج نفقة إهمال للابن تسري من تاريخ 01/06/1998 إلى غاية النطق بالحكم وإسناد حضانة الابن لأمه. وقد كان قرار المجلس بتأييد الحكم مبدئياً مع تعديله بحذف مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي وتجدر الملاحظة أن حذف التعويض لم يكن لعدم جوازه بل لكون أن الزوجة قد اعترفت بوجود اتفاق بينها وبين الزوج على الطلاق ، وبالتالي فقد أسسوا قرارهم على أساس المادة 442 وما بعدها من القانون المدني واعتبروا أن الصلح ينهي النزاع.

ب : أثر الصلح على الطلاق العرفي

إذا قلنا أن الطلاق يثبت بحكم قضائي منشئ فما مدى صحة التطبيقات القضائية بشأن إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي ؟

إن عدم اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق العرفي فيه مخالفة للنص الشرعي الذي يرتب آثاراً شرعية ، مع العلم أن المشرع سمح بإثبات الزواج العرفي وسكت عن إثبات الطلاق العرفي ، وهذا الفراغ القانوني في قانون الأسرة الجزائري بخصوص النصوص التي تحكم الطلاق أدى إلى بروز مشاكل عويصة ، كما نجد في المادة 58 من قانون الأسرة الجزائري عبارة تاريخ التصريح بالطلاق ، فما المقصود منها؟ هل تعني تلفظ الزوج بالطلاق أم تعني تصريح القاضي به ؟

على الرغم من أن القانون الجزائري لم يتعرض إلى مسألة إثبات الطلاق العرفي بنصوص قانونية صريحة لافي قانون الأسرة ولا في قانون الحالة المدنية ، إلا أن القضاء الجزائري استقر على الإقرار بالطلاق العرفي ، ومبدأ إلزامية الطلاق بالنسبة للزوج إذا تلفظ به ، ويكون الإثبات في هذه الحالة بموجب حكم قضائي مثبت لواقعة الطلاق

ويتم تقييده في سجل الحالة المدنية بموجب دعوى قضائية ترفع من جانب الزوج او الزوجة او من له مصلحة من ورثتهما 1

إن المشرع قد اعترف بوقوع الطلاق خارج ساحة القضاء ضمنيا ويبقى الإشكال في كون أن المشرع لم يرتب جزاءا عن المصالحة التي تقع بعد مضي مدة الثلاثة أشهر .

والإشكال المطروح في هذه الحالة ،هل إذا أقر الزوجان أن هذه الطلقة هي الطلقة الثالثة ولم يثبتاه قضائيا ،هل يتوجب على القاضي إجراء الصلح كما هو منصوص عليه قانونا ، أم يطبق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال إعمال المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث تقول : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. أم تدخل النيابة العامة² لمنع الصلح بين زوجين للحفاظ على النظام العام ؟ مع العلم أن المادة 3 مكرر³ من قانون الأسرة الجزائري اعتبر النيابة العامة طرفا رئيسيا وأصليا في القضايا الرامية إلى تطبيق بنود قانون الأسرة وهذا النص هو أعلى درجات البيان بحيث لا يحتمل أي تأويل من هذا الوجه الذي سيق من أجله. وقد منح المشرع الجزائري للنيابة العامة حق التدخل في الدعاوى المدنية بهدف حماية النظام العام، وهو ما نصت عليه المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

1 . عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ط3 ، دارهومة ، الجزائر ، 1996 ، ص372.

2 .. قد اختلف الفقه والقضاء حول تعريف النيابة العامة وطبيعتها القانونية؛ فهناك رأي اعتبرها هيئة تابعة للسلطة التنفيذية باعتبارها سلطة اتهام؛ والاتهام يقصد به تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها، وأنها تابعة لوزير العدل الذي يمثل السلطة التنفيذية. ورأي ثاني اعتبرها هيئة قضائية لأنها تشرف على أعمال ذات صبغة قضائية مثل الضبط القضائي والتصرف في محاضر جمع الاستدلالات والقيام ببعض إجراءات التحقيق في حالة التلبس والتي هي لأصلا من اختصاص قاضي التحقيق ، كما أنها هيئة تدخل في تشكيل المحكمة.

أما الرأي الثالث هيئة قضائية تنفيذية وهي الطبيعة القانونية للنيابة العامة في التشريع الجزائري. يمكن تعريف النيابة العامة على أنها " جهاز في القضاء الجنائي أسندت إليها وظيفة الاتهام".

3 . المادة 3 مكرر الأمر رقم 02.5 المؤرخ في 27 فبراير 2005: تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون .

أو بصفتها متدخلة في خصومة قائمة من أجل إبداء الرأي بما يحقق سلامة تطبيق القانون فتكون طرفاً، منضماً حسب ما نصت عليه المادة 259 من نفس القانون. ولقد نصت المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سبيل الحصر القضايا التي يجب اطلاع وإبلاغ النيابة العامة بشأنها 10 عشرة أيام قبل الجلسة من أجل إبداء رأيها الكتابي حول تطبيق القانون، كما مكنت المادة للنيابة سلطة التدخل التلقائي في القضايا التي تقدر بأنها متعلقة بالنظام العام، كما منحت أيضاً للقاضي إمكانية طلب تدخل النيابة العامة لذات الغرض في أية قضية أخرى¹. وأرى أن النائب العام له دور كبير في منع هذا النوع من الصلح حفاظاً على النظام العام. الفرع الثاني: أثر محاولة الصلح على العدة

نظراً لارتباط العدة بالطلاق وارتباط الطلاق من الناحية القانونية بالصلح فما هو أثر الصلح على العدة من الناحية الشرعية والقانونية؟
جاء في نص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري أنه: من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد.

كما يتضح من نصوص المواد 58/59/60 من قانون الأسرة الجزائري أن العدة تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق غير أن المطلقة أحوالها تختلف فمنها من تعتد بالقرء، ومنها من تعتد بالأشهر ومنها من تعتد بوضع الحمل.

ويرى المشرع الجزائري أن المصالحة خلال العدة لا يحتاج الزوج في إرجاع زوجته إلى عقد جديد، ومن هنا جاءت مدة الثلاثة أشهر، وبما أن الأمر كذلك فإن الرجعة التي تقع بعد الإعلان عن الطلاق من قبل القاضي لا تدخل في مفهوم الرجعة التي يملكها الزوج في الطلاق الرجعي، لأن الطلاق لم يقع بعد، وتبعاً لذلك يستطيع الزوج أن يعيد الزوجة إلى بيت الزوجية في أي وقت ما دامت العلاقة الزوجية ما تزال قائمة.

1. الفقرة الأخيرة من المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية.

وهذا في حد ذاته يعتبر إشكال شرعي إذ العدة تحتسب من يوم نطق الزوج بها ونص المشرع في المواد 58، 59، 60 من قانون الأسرة الجزائري أن فترة العدة تبدأ في السريان من تاريخ التصريح بالطلاق، فيفهم من ظاهر النص أن المشرع الجزائري أخذ بالحسبان الاعتراف بالطلاق العرفي مع العلم أن حكم الطلاق ينطق به في جلسة المحكمة ولا يصرح به، وهذا التضارب دليل على عدم قدرة المشرع في ضبط الإشكالات الواقعة من سوء صياغة النصوص، إذ لو أرادت امرأة مطلقة إعادة الزواج، وطلبت من الموثق أن يعقد لها فيلا يعقد لها إلا بعد مرور فترة عدتها من حكم الطلاق¹.

وهنا يظهر دور تقرير الحكّمين في بيان ما إذا كانت العدة ما تزال قائمة فتحدد جلسة الصلح، ومن ثم مراجعة الزوج لزوجته، وإن رأيا أن مدة العدة قد انتهت حدد جلسة للنطق بحكم إثبات الطلاق الواقع².

ولكن هذا لا يمنع القاضي من إجراء الصلح بين مطلقين، لكن إن تم ذلك يكون بعقد جديد، مع مراعاة جميع الأحكام الشرعية في الرجوع بأن لا يكون طلاقاً بائناً بينونة كبرى مثلاً.

1 . بتصرف عن : فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، ج1 ، طبعة 1986 ، ص 327 .
2 . فضيل سعد ، مرجع سابق ، ص 326 .

الخاتمة

إن فلسفة الإسلام المتميزة في حماية الرابطة الزوجية باعتبارها ميثاقا غليظا وحمايتها أثناء وقوع النزاع كانت النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري وذلك من خلال التنصيب على الصلح والتحكيم في مواد قانون الأسرة ، وذلك من خلال الدعوة إلى التحكيم والصلح ، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على قدسية الرابطة الزوجية .

أن المشرع الجزائري على الرغم من المجهودات الكبيرة التي بذلها من خلال التعديلات الأخيرة المهمة التي مست إجراءات التقاضي في مسائل الأسرة ، إلا أنها لم تكن في مستوى حل الإشكالات المطروحة على مستوى القضاء أهمها :

.مسألة الاعتراف بالطلاق من زواج غير مسجل ، حيث جعل الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي بعد استصدار حكم قضائي بتثبيت الزواج .

. إن اختلاف طابع الحكم القاضي بالطلاق يختلف زمن ترتيب آثار كل منهما ، ففي الحكم المنشئ للطلاق تبدأ الآثار الشرعية والقانونية تسري من تاريخ النطق بهذا الحكم كالعدة ونفقتها مثلا ، أما في الحكم المثبت أو الكاشف فإن آثاره تسري من تاريخ تحقق الحكم الشرعي وهو التلفظ بالطلاق من طرف الزوج ، ولذلك كان أثر الحكم الكاشف يسري بأثر رجعي اعتبارا للنص الشرعي .، لكن هل موقف المشرع الجزائري ثابت في كل حال .

ولأجل ذلك نقترح تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري ويجعل الطلاق لا يُثبتُ إلا بحكم بعد محاولة الصلح مع النص على أن يسري (الطلاق) من تاريخ تلفظ الزوج به مع تعيين بإثباته .

. عدم استدراك المشرع الجزائري للتناقضات الواقعة بين النصوص القانونية والأحكام الفقهية فيما يتعلق بالرجعة واحتساب العدة .

. ظهور قصور أداء القضاة لمهمتهم في إجراء الصلح والدليل على ذلك فشل مسعى الصلح في جل القضايا دعوى فك الرابطة الزوجية .

.تذبذب قضاء المحكمة العليا في اعتبار الصلح إجراء جوهرى من النظام العام ،وهذا ما أثر سلبا على القضاة .

. عدم وضوح أيهما أسبق هل الصلح أم التحكيم ،فتارة يفهم أن التحكيم يكون فقط في طلب المرأة للتطليق حيث يستشف القاضي أن الشقاق بين الزوجين مستفحل إلا أن المشرع لم ينتبه إلى أن المدة القانونية للتكيم قد تستغرق الشهرين ،فإذا فشل التحكيم فقد يقوم القاضي بالصلح ألا يمكن للقاضي أن يتجاوز مدة العدة إن لم يتم الصلح خلال شهر إن لم تكن المرأة حامل ؟

. لم نلمس اعتناء المشرع بالخصوصية التي تميز النزاعات الأسرية، من خلال تخصيص محكمة للأسرة تكون لها الاستقلالية الكاملة ، وتعيين قضاة حكم ونيابة متخصصين بقضايا شؤون الأسرة ، تتوافر لفهم جميع الشروط و المؤهلات العلمية الشرعية والقانونية.

كل هذا وغيره في رأينا لم يلتفت إليه المشرع الجزائري في القانون الجديد للإجراءات المدنية و الإدارية، و التي نرجو أن يستدركها في التعديلات اللاحقة لكي تكتمل حلقة الإصلاح التي نرجوها لصالح الأسرة الجزائرية في إطار استكمال الإصلاحات التي تمس جهاز العدالة في بلادنا..

. ضرورة إنشاء هيئات ومجالس صلح خارج إطار القضاء تتكون من فقهاء وعلم اجتماع وعلم نفس ومستشارين في علم نفس الأسر لعلاج بعض القضايا التي لا يمكن للقاضي أن يقوم بالصلح بين الزوجين

وفي الأخير آمل أني استطعت توضيح بعض الإشكالات التي يثيرها إجراء الصلح في الطلاق على أن أجد في المستقبل فضاءات أخرى أتناول بعض الاختلالات الأخرى الواقعة في قانون الأسرة حتى نصل إلى منظومة قانونية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

قائمة المصادر والمراجع

1. الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية .
2. الخليل بن أحمد الفراهيدي ، كتاب (العين) ، تحقيق: د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي ، نشر: وزارة الثقافة والإعلام بالجمهورية العراقية سنة 1985م .
3. الشافعي محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة.
4. الهوتي منصور بن يوسف بن إدريس، كشف القناع ، دار الفكر ، بيروت ، ط1402هـ / 1982م.
5. ابن العربي محمد بن عبد الله الأندلسي ، أحكام القرآن ، دار الكتب العلمية ، 2/125 .
6. ابن عابدين محمد أمين بن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، لبنان ، الطبعة الثانية 1386هـ / 1966م .
7. ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي ، المغني ، دار إحياء التراث العربي
8. ابن قدامى المقدسي، المغني ويليهِ الشرح الكبير ، تحقيق الدكتور: محمد شرف الدين خطاب والدكتور السيد محمد السيد ، دار الحديث ، القاهرة ، ط1 ، 1996م .
9. أبو العباس أحمد الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف .
10. الروضة الندية شرح الدرر الهية ، محمد صديق حسن خان ، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، الناشر: مكتبة الكوثر - دار الأرقم ، طبعة 1413هـ / 1993م .
11. الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية .

13. سنن أبي داود سليمان بن الأشعث ، تخرّيج محمد ناصر الدين الألباني ، صححه الألباني ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، ط 1 .
14. شيماء البدراني ، أحكام عقد الصلح ، المكتبة القانونية ، ط 1 ، 2003م ،
- 15 . عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية ، نشرة القضاة ، وزارة العدل 1 جانفي 1986 م .
16. عبد الله بن محمود بن مودود الموصلبي ، الاختيار لتعليل المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،
15. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت
16. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
17. علي عندليب ، التحكيم في الفقه الإسلامي ، مجلة التوحيد العدد 87 السنة 15 آذار 1997م .
18. فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري ، الزواج والطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، طبعة 1986م
19. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 .
20. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الجيل ، بيروت .
21. معوض عبد التواب ، الدفع الشرعية في دعاوى الأحوال الشخصية ، دار الفكر الجامعي ، ط 1 ،
23. القاضي عمرزودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، الموسوعة للنشر ، 2003م .

24. صحيح البخاري، رقم الحديث 2450، باب إذا حلله من ظلمه فلا رجوع فيه .
25. ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي.
26. الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ط 2 ، 1406 هـ / 1986 م .
27. سنن الترمذي ، تخرّيج محمد ناصر الألباني ، رقم الحديث 1272 م ، باب ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس
28. والرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، دار الفكر ، بيروت ، طبعة 1404 هـ / 1984 م .
29. ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة 2 ،
30. الهوتي منصور بن يونس بن إدريس الهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، راجعه : هلال مصيلحي مصطفى هلال ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة 1403 هـ / 1984 .
31. إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، مطبعة مصر ، طبعة 1381 هـ / 1961 م ، .
32. الحطاب أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، طبعة 1398 هـ / 1978 م .
32. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ط 2002 م ، الجزء الأول ،
33. محمد عبد الرؤوف المناوي ، التعاريف ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، ط 1 ، 1410 هـ

34. محمد أمين بن عابدين ،رد المحتار على الدرالمختار شرح تنوير الأبصار ،دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي عبد المعوض ،قدم له وقرضه الدكتور محمد بكر إسماعيل ، دارالكتب العلمية بيروت ، طلعة 1994م.