مداخلة الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة في اتخاذ التدابير الكفيلة بحماية المراكز القانونية للزوجين

-على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة-

أ. عبد الحكيم بن هبري

أ. بسمة عثماني

ملخص باللغة العربية:

تناولت هذه الورقة البحثية موضوع الدور الايجابي لقاضي شؤون الأسرة في اتخاذ التدابير الكفيلة بحماية المراكز القانونية للزوجين، من خلال بيان دوره في مباشرة إجراءات الصلح وإنهاء النزاع بين الزوجين (المبحث الأول)، لنتعرض في المبحث الثاني إلى دوره في الأمر بالتدابير اللازمة سواء في إطار التحقيق أو التدابير المؤقتة إلى حين الفصل في موضوع النزاع ، وذلك على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة.

Abstract

This Document brings into discusses the subject of Positive role of the Family Affairs Judge at taking measures to protect the legal status of the couple, Through a statement of his role in initiating the conciliation proceedings And ending the dispute between spouses(The first research).

Then, in(the second research), we explain his role in ordering the necessary measures Whether under investigation or interim measures Until the dispute is resolved, In the light of the Code of Civil and Administrative Procedure and the Family Code.

مقدمة:

سعى المشرع الجزائري في سبيل حماية المراكز القانونية لكلا الزوجين إلى وضع العديد من التدابير مانحا لقاضي الموضوع السلطات اللازمة لتحقيق هذه الغاية ، على غرار سلطة التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق،واعتبارها إرادة حرة لا تشوبها شائبة، أو استدعاء الزوجين لإجراء الصلح في حالة طلب الطلاق ، وكذا تعيين حكمين، حيث نص المشرع على هاذين الإجراءين بمقتضى المادتين49و56من قانون الأسرة المتعلقة ، حيث أورد لهذه القواعد الموضوعية إجراءات تبين كيفية العمل بها نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي يمارس فيها قاضي الأسرة أم الأدوار الايجابية في مجال إصلاح ذات البين وجمع شمل الأسرة، وكما منح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، للقاضي سلطات واسعة، ولاسيما في إطار التحقيق واتخاذ أي تدبير يراه مناسبا، فعزز من دور قاضي شؤون الأسرة ولم يصبح القاضي في وضع الحياد السلبي، بل أصبح له دورا إيجابياً في سير إجراءات الخصومة، بل حتى في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء محاولات الصلح أو سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية المؤقتة.

و هذا هو ما نريد تسليط الضوء عليه لإبراز دور القاضي في الحفاظ وحماية المراكز القانونية لكلا الزوجين من خلال الإجابة عن الإشكالية التالية: **مدى سلطة القاضي في اتخاذ التدابير الكفيلة بضمان حماية المراكز القانونية للزوجين و الإجراءات المتبعة لتحقيق هذه الغاية ؟ وفيما تتمثل الآليات والتدابير القانونية الممنوحة للقاضي في القانون الجزائري ، الموضوعي و الإجرائي ؟، وكيف يمارس القاضي الدور الوقائي و العلاجي في هذا المجال ؟ وذلك من خلال خطة البحث التالية:**

المبحث الأول: دور قاضي شؤون الأسرة في مباشرة إجراءات الصلح وإنهاء النزاع بين الزوجين

إن الحفاظ على العلاقة الزوجية من التفكك من أهم عوامل حماية الأسرة التي يبدأ تكوينها بعقد الزواج الذي سمّاه القرآن العظيم بالميثاق الغليظ، وقد وضعت الشريعة الإسلامية أحكاما وقائية تحفظ بها هذا العقد كبيان الحقوق الزوجية وتشريع الشروط الاتفاقية بين الزوجين، إضافة إلى وضع تدابير علاجية في حالة تعرض الحياة الزوجية إلى الاضطراب منها إقامة الصلح بين الزوجين سواء بمبادرة ذاتية بينهما أو بتدخل أطراف أخرى، وذلك لإزالة أسباب الخصام وتحقيق لمّ الشمل.

ولما كان الصلح هو محاولة سابقة للحكم ، فإنه يعتبر أهم طريقة بديلة يتأكد إعمالها في المجالات التي تكثر فيها النزاعات أو تكون نزاعاتها ذات طابع خاص، وتزداد أهمية الصلح متى تعلق الأمر بمجال الأسرة نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط بين أفرادها، والتي تتصف بالحساسية والخصوصية، وتقتضي نزاعاتها الكثير من الكتمان والسرية والحكمة والتروي، لأنها تكون على درجة من التعقيد والتداخل بين ما هو قانوني وما هو اجتماعي ونفسي ،مما يقتضي ، توضيح مدى تفعيل القاضي لهذا الإجراء لإحداث الحماية اللازمة لعقد الزواج .

المطلب الأول : الأحكام الموضوعية لجلسات محاولة الصلح

الفرع الأول–ضرورة رفع الدعوى :طبقاً لنص المادة (48) من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) أي بالتطليق و الخلع وعليه فالمشرع اعتبر كل هذه الصور طلاقاً بمعناه العام كطريق لحل الرابطة الزوجية، ومادام حق فك هذه الرابطة الزوجية ثابت للزوجين معا، فإن ممارسته يجب أن تتم عن طريق التوجه للقضاء وتسجيل الدعوى القضائية بذلك، حيث تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة الإجرائية الوحيدة التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة في هذا الإطار من الناحية القانونية، باعتبارها (الدعوى) أصلاً سلطة الشخص التي يخولها له النظام القانوني في اللجوء إلى الجهات القضائية لغر ض حماية حقه[1].وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين، ومحاولة منه كبح الجماح وتفادي انحلال وفصم 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 والواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح في أي دعوى موضوعها حل الرابطة الزوجية إلا بعد رفع الدعوى وانعقاد الخصومة.

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

الفرع الثالث و جود 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؟، وما هو الحل إذا كان الزواج زواجا عرفيًا؟.لقد ذكر البعض من الفقهاء الزواج بأنه:" عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات "[4]، بالرجوع إلى نص المادة (04) من الأمر 02/05 2005 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة ، لا يمكن القول بمحاولة للصلح من غير وجود لعقد زواج قائم فعلاً بين زوج وزوجة،وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح، وعقد 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 ولازم [5]، والواقع 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 ومحتمل جدًا، ولهذا يصح إجراء الصلح من طرف القاضي متى رفع إليه النزاع، فالعبرة بوجود عقد الزواج في الملف

الدعوى، وهو ما يكرسه قضاء المحكمة العليا[6]،لكن يكمن المشكل من الناحية العملية عندما يكون ثمة زواج شرعي غير مكتمل الشروط الشكلية المطلوبة قانونًا، 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 و الثابت في الاجتهاد القضائي أنه يمكن إثبات الزواج العرفي وتثبيته وفي نفس الوقت الحكم بالطلاق، فجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ **1995/10/24** ما يلي:" **إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي**" [7]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 وقبل الفصل في مسألة الطلاق أن يجري الصلح بين الزوجين لاسيما إذا كان الطلاق رجعياً.

المطلب الثاني : الأحكام الشكلية لجلسات محاولة الصلح

الفرع الأول –الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح : لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة في ذلك[8]، إلا أن المشرع تدارك ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي:

أولاً–الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد إجراءات الصلح : تتمثل الشروط الشكلية في :

أ–الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح :

1 – وجوبية إجراء محاولات الصلح أمام المحكمة:تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة، وهو ما توضحه المادة (32) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية و توابعها، حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذالك حسب المادة (423) من نفس القانون، وحسب المادة (49) من قانون الأسرة ، فالمشرع يتكلم عن إجراء الصلح في بداية نظر النزاع عند عرضه على مستوى المحكمة أما المادة (49) تنص على أنه لا يثبت الإطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات صلح، وفقد جاء في قرار عن للمحكمة العليا الصادر بتاريخ **2006/11/15** والذي أقر المبدأ الأتي: "**محاولة الصلح في دعاوى الطلاق، تتم وجوبا أمام المحكمة فقط**"[9]، نجد في هذا القرار أن إجراء الصلح يتم وجوباً أمام المحكمة، فإذا كان الأمر كذلك فإن سؤالاً هاماً يطرح نفسه بإلحاح بخصوص ما إذا كان إجراء الصلح يقتصر على قضاة أولى درجة فقط ؟، أم يمتد الاختصاص إلى قضاة المجلس القضائي؟.

2– مدى اختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح :قد يحدث وان يحكم قاضي أول درجة برفض دعوى طالب فك الرابطة الزوجية، لسبب قواعد الاختصاص أو لسبب آخر، و بالرجوع إلى نص المادة (57) من قانون الأسرة[10]، وبمفهوم المخالفة لهذا النص، يجوز الاستئناف مادام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بالرابطة الزوجية ناهيك عن الشق المادي الذي لم يتعرض له أصلاً، حيث يمكن لرافض الدعوى أن يعيد رفعها من

جديد[11] أو له أن يستأنف، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ **1999/02/16** و الذي جاء في حيثياته " **أنه من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي، لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق...** "[12].لا يعد الحكم الصادر بالرفض حكما في فك الرابطة الزوجية، فالقاضي لم يناقش الموضوع أصلا، وبالتالي عند اختيار المدعي طريق الاستئناف هل يجوز لغرفة شؤون الأسرة على مستوى المجلس إجراء الصلح، باعتبار أنها سوف تدرس القضية من البداية من حيث الوقائع و القانون؟، وأمام التزام المشرع الصمت في أحكام قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الرأي منقسم بين الفقهاء و القضاء إلى اتجاهين:

–اتجاه 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 في المجلس القضائي، يتعين عليه قبل النطق به أن يقوم بمحاولة الإصلاح وبالرغم من كون المادة (**49**) أعلاه تتحدث عن المحكمة، فإن ذلك لا يعني أن المجلس غير معني أو معفي 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 [13].

ساير هذا الاتجاه القضاء الذي يذهب إلى ضرورة إجراء الصلح أمام جهة الاستئناف، لا سيما عند صدور حكم يقضي برفض دعوى التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي أو الطلاق بإرادة الزوج على مستوى المحكمة، ويجد هذا القول أساس في قرار صادر غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي لعين تموشنت من خلال قرار صادر بتاريخ 2015/03/31، والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي :" ....**وحيث أن هيئة المجلس سعت إلى إصلاح ذات البين بين الطرفين بتاريخ 2015/03/24، لكن بدون جدوى إذ أن المستأنفة تمسكت بطلب التطليق للضرر الذي أصابها من ادانة المستأنف عليه بجنحتي محاولة السرقة و انتهاك حرمة منزل و السكر العلني، ومعاقبة بثلاث سنوات حبس نافذة . وثابت من خلال محضر الصلح في هذا الصدد أن زوجها معتاد الإجرام و بقيت معه فترة وجيزة فقط كونه دائماً في المؤسسة العقابية وتمسكت بالتطليق..**"[14] .

–اتجاه آخر من الفقه يرى بأنه لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام جهة الاستئناف بعد فشل محاولة الصلح أمام المحكمة، وخاصة وأن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى، وفي هذا المجال انتقد أحد فقهاء القانون المغربي مدونة الأسرة المغربية بحيث يعتقد أن هذا لا يتفق مع ما ورد في نص المادة (**82**)من المدونة الأسرة المغربية و التي تقابل عندنا المادة (**49**) من قانون الأسرة على أساس أن الصلح بصفة عامة و في شؤون الأسرة يكون قبل المرافعات وتفادياً من تزايد تعقيد علاقات الزوجين، أما إذا فشل في البداية وواصل الطرفان إجراءات التقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي فلا يبقى فائدة في

إجراء الصلح من جديد أمام جهات الاستئناف.[15] وساير أيضاً هذا الاتجاه القضاء في قرار صادر بتاريخ **1998/11/17** الذي قضى بما يلي:"... **حيث أن القرار المنتقد قد نص على أن الطاعن قد تخلف عن الحضور خصوصًا وأن إجراءات الصلح المنصوص عليها بالمادة المشار إليها تخص المحاكم دون المجالس وعليه فالفرع غير مؤسس...**".[16] ونجد قرار آخر صادر بتاريخ **1999/03/16** جاء بما يلي:" **حيث أن المادة 57 من قانون الأسرة تنص فقط على أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ماعدا في جوانبها المادية، وهذا يعني أنه لا يجوز قضاة المجالس مناقشة الحكم بالطلاق وليس كما يقصده الطاعن عدم اختصاصهم في الفصل بالطلاق، لأنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب الحكم بالطلاق على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس لما المحكمة تقضي بالرجوع إلى البيت الزوجي أو ترفض دعوى الطلاق وهذين الحكمين قابلين للاستئناف، لأنهما لا يعتبران حكمان بالطلاق، مما يجعل الوجه غير مؤسس.حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تنطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح المذكور بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس.**"

يلاحظ بأن المحكمة العليا ذهبت إلى كون أن جهة الاستئناف ليست ملزمة بالقيام بمحاولة الصلح قبل النطق بالطلاق وأن المادة (**49**)من قانون الأسرة ليست ملزمة لقضاة المجلس القضائي[17].

بين هاذين الاتجاهين هناك اتجاه آخر[18]، يرى أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي في كل آن وكلما كان ذلك 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 و أمام المجلس القضائي،غير أن هذا الاتجاه لا يجعل من محاولة الصلح أمام جهة الاستئناف أمرًا إلزاميا. و يبدو أن الاتجاه الثالث هو الأقرب إلى الصواب بعدم وجود أي نص سواء في قانون الأسرة، ولا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كونهما تضمانا نصوصاً عامة فلا نجد ما يلزم أو يمنع بإعادة محاولات الصلح أمام جهة الاستئناف، كما أنه لا فائدة من اجترار هذه المحاولة ما لم يكن قد استجد أمر تجد معه ضرورة تكرار المحاولة تبعاً للسلطة التقديرية لجهة الاستئناف.

في اعتقادي أن جهة الاستئناف تكون ملزمة بإجراء محاولة الصلح، ولو أدبيا متى قضى برفض دعوى طالب فك الرابطة الزوجية على مستوى الدرجة الأولى، و لم يتم اختيار طريق رفع دعوى قضائية من جديد، مبدئياً تسبيب المحكمة العليا لقراراتها عندما انتهت إلى عدم اختصاص قضاة المجلس لإجراء الصلح على أساس أن المادة(**49**) من قانون الأسرة تخاطب قضاة الدرجة الأولى من تسبيب قاصر، فالاكتفاء بالقول بأن النص يخاطب قضاة الدرجة الأولى فقط قول لا يستقيم، حتى قضاة المجلس قضاة موضوع و عند نظرهم في القضية ينظرون فيها من حيث الواقع والقانون.فالأصل أن قضاة الموضوع بصفة عامة، يقومون بإجراء الصلح لكن المحكمة العليا لسد بعض الثغرات، و عدم فتح باب الطعن حتى ضد قرارات المجالس القضائية تفضل القول بأن المحكمة هي من تجري

الصلح و ليس جهة أخرى، فالمجلس إذا أجرى الصلح ذلك أمر مستحسن ومرغوب فيه، لكن إذا لم يجري الصلح فيكتفي بالصلح المجرى أمام المحكمة، وإلا فإنه سوف يفتح مجال لنقض قرارات المجلس القضائي، إذا لم يجري هذا الأخير صلح و يصبح هناك نقض أحكام قضاة المحكمة وكذا نقض قرارات المجالس القضائية، ولذلك المحكمة العليا تخلق اجتهادات لتفادي ذلك الوضع.[19]

ب– ميعاد والمدة المحددة لإجراء الصلح نصت المادتين (**49**) من قانون الأسرة، و(**442**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاث (**03**) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق. لكن السؤال الذي يطرح هل المدة التي حددها المشرع بثلاثة أشهر والتي تسري من تاريخ رفع الدعوى هي مدة كافية لإمكان الصلح أو إجرائه أصلاً ؟، وهل تقدير هذه المدة مرتبط بأمر ما آخر أراد المشرع أخذه في الحسبان ؟، كانت المادة (**49**)من قانون الأسرة قبل التعديل، تنص على أنه تكون جلسة الصلح خلال فترة لا تزيد عن ثلاثة (**03**)أشهر[20]، وكانت هذه النقطة محل خلاف عند الدارسين انتهى إلى اتفاق بالتزام ما جاء في الشريعة الإسلامية، لأنه لأعدل والأكثر إنصافا .

فرأى فريق من الباحثين أن فترة الصلح يجب أن تكون لا تقل عن 06 شهور كما هو الحال عليه في فرنسا وكما جاءت به أحكام الطلاق في القانون المدني الفرنسي المتمم و المعدل طالما أن الدين الإسلامي أشد حرصا على حفظ الأسرة من فك ارتباطها فليس من المنطقي أن يكون الفرنسيين أكثر حرصا من المسلمين في إعطاء فترة الصلح حقها فتعين تمديد فترة الصلح إلى ما لا يقل عن 6 أشهرهذا و يرى جانب آخر أن هذه المدة (مدة الثلاثة أشهر) لا تتناسب مع شعار السرعة في الإنجاز الذي تبنته وزارة العدل بدعوى أن قضايا الأحوال الشخصية ومنها الطلاق تتطلب السرعة وتتصف أحيانا بالاستعجال، فكان من الأفضل جعل إجراءات محاولة الصلح لا تتجاوز مدة شهر واحد من تاريخ تسجيل الدعوى بكتابة ضبط المحكمة [21] .

رأى فريق آخر و هو الاتجاه الصحيح بأن تكرار الصلح لا بأس به، لكن لا يجب أن تتجاوز فترة الصلح الثلاثة أشهر للزوجة غير الحامل، حيث إن كانت حامل فعدتها وضع حملها، مع مراعاة أحكام المادة (**43**) المعدلة من قانون الأسرة،فنجد المشرع الجزائري بموجب الأمر 02/05 الذي عدل المادة(**49**) من قانون الأسرة ، بمقتضى أحكام المادة (**12**) منه أصبحت تنص على ما يلي :" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى** "، بحيث أصبح النص الحالي يحدد متى يشرع القاضي في إجراء الصلح [22]، وإن كان المشرع حدد سريان هذه المدة من تاريخ رفع الدعوى، وهي مدة من الجانب القانوني الوضعي مقبولة غير أنها من الجانب الشرعي باعتبار الشريعة الإسلامية مصدر أول و أساسي لقانون الأسرة غير مقبولة شرعًا، 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، وهو الرأي الذي يشاطره جانب من الفقه بخصوص ارتباط مدة الثلاثة أشهر مع أمر آخر قد يكون المشرع أخذه في الحسبان الذي يرتبط بفترة العدة الشرعية.

أكد على هذا الموقف قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة (**442**) ، ولذلك فإنه يمكن القول أن المدة التي حددها المشرع لمحاولة الصلح ليست بالمدة الطويلة التي يطول معها أمد التقاضي، وليست بالمدة القصيرة التي تضيع معها فرص الصلح، خصوصًا إذا علمنا أن بدأ سريانها من تاريخ تسجيل الدعوى بكتابة ضبط المحكمة، وبالنظر لما هو جار به العمل من الناحية العملية أن عرض الموضوع على القاضي بجدولة القضية يكون بعد عشرون يوماً على الأقل، وشهر على الأكثر من ذلك، فإن لم يقم القاضي بمحاولة الصلح في هذه الفترة، فإن ما تبقى من المدة يكون معقولاً جدا لإمكانية عقد جلسة بل جلسات للصلح، فيمكن معه استغراق مدة الثلاثة أشهر في عدة محاولات للصلح[23]،فيجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين عند عدم نجاح المحاولة الأولى إلا أن تنجح أو تستغرق مدة الثلاثة أشهر[24]، ولا مانع من أن يمارس القاضي إجراءات محاولة الصلح بعد تسجيل الدعوى مباشرة بكتابة ضبط المحكمة [25].

ج–بدء سريان فترة الصلح:تساءل بعض من الفقه عن بداية ثلاثة الأشهر المتعلقة بالصلح ، فيما إذا كانت تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق؟، أو من تاريخ طرح النزاع على المحكمة ؟.

و للإجابة على هذا السؤال حاول الأستاذ **بلحاج العربي** الإجابة بقوله: إن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة، إلا أن الأستاذ **لحسين بن الشيخ آث ملويا** يرى:أن الموقف الذي جاء به **بلحاج العربي** تم نقله عن الأستاذ **فضيل سعد** دون أي تعليل له واعتبر سريان مدة ثلاثة أشهر الخاصة بالصلح من تاريخ نطق الزوج أمر غير مستساغ، ويعتبر مساساً صارخاً لنص المادة (**49**) من قانون الأسرة، وخلص إلى أن الأمر في غاية الوضوح ولا يحتاج إلى تفسير.حيث أن مدة الصلح يجب أن تكون ثلاثة أشهر، وأن المكلف بإجراء محاولة الصلح هو القاضي نفسه، إلا أنه تساءل بقوله متى يستطيع القاضي مباشرة عملية الصلح ؟، وأجاب بأن الأمر ليس بالصعب فقبل رفع الدعوى لا يستطيع القاضي القيام بالصلح لعدم علمه بالقضية، و لا أثناء رفع الدعوى بل أن القاضي يتمكن من ممارسة عمله في محاولة الصلح في أول جلسة يحضرها طرفي النزاع أمامه حيث حينها يستطيع الاجتماع بالزوجين في مكتبه ويباشر عملية الصلح، وانتهى إلى أن مدة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى التي يحضرها الطرفان أمام القاضي[26]، في حين فسر الأستاذ **فضيل مبينا** زمن سريان مدة الصلح وأثر جلسة الصلح على العدة، وذلك بأن المشرع قيد القاضي بفترة ثلاثة أشهر لإجراء الصلح بموجب نص المادة (**49**)المذكورة أعلاه ثم تلاها بالمادة (**50**) من نفس القانون.

غير أنه يلاحظ غموض بشأن المدة التي حددها المشرع في المادة (**49**)، و ورتب عليها أثارًا في المادة (**50**) في ما يخص بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها،وأثر ذلك على العدة فإذا أخذنا بتاريخ طرح النزاع على المحكمة فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهرين سابقين على تاريخ طرح النزاع، فهل تحسب العدة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم من يوم صدور الحكم، الأمر الذي يقتضي التفريق بين أمرين فيما يخص جلسة الصلح وعلاقتها بالعدة، فإما أن الزوج ينطق بالطلاق ثم يتقدم هو أو زوجته لإثباته بواسطة الحكم، ففي هذه الحالة يجب

أن يتم التأكد من تاريخ حصول الطلاق والبحث في مسألة العدة وإن كانت الرجعة ممكنة أم لا، فإن بانت الزوجة من زوجها فلا رجعة، حيث لا تكون جلسة الصلح ذات فائدة.

حيث يجب في هذه الحالة فقط إثبات الطلاق بحكم لتصبح الرجعة بعد ذلك بعقد جديد، أما إن اتضح للقاضي أن مدة العدة لم تنته وأن الرجعة ما تزال قائمة، أمكن تحديد جلسة للصلح للتأكد من رغبة الطرفين في التصالح وإلا يحكم القاضي بفك الرابطة الزوجي[27]، وأما الأستاذ **لمطاعي نور الدين** ذهب إلى القول :" إذ حسب ما يتوخاه المشرع عملاً بالقاعدة العامة التي تتضمنها المادة (**49**) من قانون الأسرة أنه لا يعقل أن يجري قاضي شؤون الأسرة الصلح، والذي يهدف من وراءه إقناع الزوج بضرورة استعمال حق الرجعة، إلا إذا تم ذلك خلال عدة الطلاق الرجعي، وهذا لا يتأتى إلا إذا تم خلال مدة المحددة للصلح، لذا منع المشرع القاضي صراحة بموجب المادة (**49**) من إجراء الصلح بعد انتهاء المدة المقررة و يتضح ذلك من خلال عبارة "دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "، أي بمفهوم المخالفة والذي هو طريق من طرق التفسير،أنه اذ انقضت المدة القانونية للصلح، فإنه يجب على القاضي أن لا يجريه بين الطرفين[28]. غير أنه إذ تجاوز القاضي المدة المقررة له، أي تتجاوز ثلاثة أشهر ماذا يترتب عنها؟، لا يوجد إشكال ماعدا في حالة طلاق الزوج فهي تعد مدة تنظيمية، و لا يترتب عن إنقاصها أو الزيادة فيها أية مخالفة للقانون وفي هذا الشأن صدر قرار عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث بالمحكمة العليا بتاريخ 2014/07/10، والذي يقضي بما يلي:"**لكن حيث إن المدة المحددة لإجراء محاولة الصلح، هي مدة تنظيمية، و لا يترتب عن إنقاصها أو الزيادة فيها، أية مخالفة للقانون، وبالتالي لا يترتب عليها أي بطلان وعليه فإن هذا الفرع غير مؤسس و يتعين رفضه.**"[29]، هذا الرأي يصح في حالة جميع الصور بما فيها طلب الطلاق بالإرادة المنفردة ما لم يقع الطلاق بعد أي ماعدا حالة إثبات الطلاق لأنه قد تكون العدة فاتت.

هـ–استدعاء الأطراف :نص المشرع من خلال نص المادة(**440**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين، وكان عليه أن يتدارك هذه النقطة، بأن يضيف نص يخص مسألة تبليغ الزوج بجلسة الصلح دون الاكتفاء 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 موكيلهما حسب الأمر الذي تسير عليه إجراءات الاستدعاء الذي يكون بشكل شفهي من طرف القاضي في جلسة المحاكة،لأن تبليغ العريضة يكون عن طريق التبليغ الرسمي وهو نفسه التبليغ الذي يعتمد عليه القاضي للتأكد من أن الزوجة أو الزوج أي المدعي عليه بلغ بأول جلسة، والتي يفترض أنها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح.

وبالتالي القاضي الذي لا يحدد جلسة للصلح ولا يدعوا الأطراف لحضورها يكون قد خالف الإجراءات، فالقاضي ملزم بالقانون وواجب عليه قانوناً القيام بالإجراءات التمهيدية للصلح، و لا تدخل القضية إلى المداولة بدون دعوة الأطراف أو تحديد جلسة الصلح، فمحاولة الصلح هي جميع الإجراءات التمهيدية و هذه الإجراءات

تبدأ من يوم تحديد القاضي تاريخ الجلسة و استدعائه للأطراف، قررت المحكمة العليا أنه في حالة عدم استدعاء القاضي الأطراف لجلسة الصلح، يكون قد خالف القانون[30]، بل و أكثر من ذلك على القاضي أن يدعو الأطراف و يشير في ظهر الملف أنه أمر و سعى إلى دعوة الأطراف إلى عقد جلسة الصلح، ومنحهم فرص متكافئة مع منحهم آجال أخرى، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الأسرة و المواريث بتاريخ **2014/09/11** والذي جاء في مضمونه ما يلي :" **القضية كانت مجدولة لجلسة 2013/06/24، لجواب المدعى عليها الطاعنة ليتم تأجيلها ثانية لجلسة 2013/7/8، لنفس الغرض وإجراء محاولة الصلح وتكون المدعى عليها الطاعنة قد مكنت بذلك من حضور جلسة الصلح والرد على عريضة افتتاح الدعوى خلافاً لما ورد في الوجه إلا أنها تغيبت عن الحضور فيما حضر المدعي لتتولى المحكمة بعدها إجراء محاولة الصلح والنظر في القضية والفصل فيها في نفس الجلسة وهو إجراء سليم لأن المحكمة تملك السلطة التقديرية في منح أجال أخرى أو الفصل في القضية في الحال وفقا لنص المادة 271 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طالما وأن طرفي الخصومة استفادا من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم مثلما توجب المادة 2/3 من نفس القانون وأن الطاعنة هي التي تقاعست عن حضور جلسة الصلح مما يجعل الوجهان غير مؤسسين ويتعين معه رفض الطعن** "[31]. لكن إذا تم استدعاء الزوجة عن طريق المحضر القضائي ورفضت استلام التكليف بالحضور لجلسة الصلح لا يؤثر على الحكم القضائي، وهو ما يؤكد الاجتهاد القضائي:" **لكن و مادامت الزوجة(الطاعنة) رفضت استلام التكليف بالحضور من المحضر القضائي ورفضها حضور جلسة الصلح، فذلك لا يمنع القاضي في النطق بالطلاق طالما الزوج كان مصرًا عليه و العصمة الزوجية بيده...** "[32].

الفرع الثاني : الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح:

أ – **ضرورة التأكد من هوية الطرفين:** إن المعمول به في ساحة القضاء في الجلسة العلنية بعدما ينطق القاضي بالقضايا المفصول فيها والتي 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، وذلك باستدعائهما 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[33]، لأنه في عدم التأكد من هوية أحد الزوجين قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار شخص غير زوجه،وكثيرًا ما وردت على القاضي مسألة عدم امتلاك 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 يقوم الشخص باستخراج بطاقة هويته أو تقديم ما يفيد حقيقة هويته[34].

ب–مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما: خصّ المشرع في إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة بإجراءات متميزة عن الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزعات[35]، حيث نجد المادة (**440**) تنص على أنه: " **في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على إنفراد ثم معا**...".ولعل الغرض من ذالك هو تفادي الضغط و الإكراه في الطلاق و حرية كشف وقائع من المتعذر الكشف عنها عند المواجهة[36]، وما هو جاري به من الناحية العملية استقبال المدعي أولاً بالمكتب، و بعد تأكد القاضي من هويته يستمع إليه على إنفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق، و يقوم من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفين بأسلوب لين يتضمن النصح و الوعظ ولعل الاستماع إلى كل زوج على إنفراد بدء من رافع طلب فك الرابطة الزوجية، تمكين كل طرف من القول ما لا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر، كما قد 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 ذالك كل طلباتها 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 في فك الرابطة الزوجية، ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما.[37] لا ينبغي السير في الدعوى – وكما هو جار في بعض المحاكم – من تبادل المذكرات بين الأطراف ثم عقد محاولة للصلح، لأن المنطق يقضي بأن تكون محاولة الصلح هي أولى الإجراءات، على اعتبار أنه إذا تم الصلح بين الزوجين فلا حاجة في السير في الدعوى، وانتظار مذكرات الأطراف وإبراز دفوعهما في الموضوع، فقد يتفادى كل ذلك عند نجاح مساعي الصلح بينهما، وعليه يتعين على القاضي الناظر في قضايا الأحوال الشخصية وفي دعوى الطلاق، أن يعرض الصلح على الزوجين في أول مرحلة من مراحل الدعوى[38].

ثم تأتي مرحلة الدعوى إن لم يأتي الصلح بفائدة، وذالك عن طريق محامي إن كان لهما محامي حيث يحاول كل طرف الدفاع عن موكله[39]، فقد عرف تاريخ قضاء الفرنسي مرحلة كان الصلح فيها أساسياً بل هو الأصل تفاديا للخصومة فلا يجوز للمحضر القضائي أن يبلغ المدعي عليه بعريضة الدعوى إلا بعد أن يأذن له قاضي الصلح بذلك، و قاضي الصلح قبل أن يأذن له لا بد له أن يأمر بحضور الأطراف من أجل أن يصالحهم مع بعضهم[40].

كما أن هيئة الدفاع لم يخولها القانون صلاحية إجراء الصلح بين الطرفين في مكاتبها قبل عرض النزاع على القضاء[41]، فيتعين عليها أن لا تزيد من حدة النزاع بشأن ما يدون في المذكرات الجوابية وكذا عريضة افتتاح الدعوى، الأمر الذي قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى القضاء على بوادر الصلح ويعدمها، حيث قد يكون

تجريح بالطرف الآخر الذي يجعل رافضاً لمبدأ الصلح بعدها، ولا سيما عند مواجهة الطرفين في جلسة الصلح يتضح أن لا علاقة لبعض الأمور التي وردت في العريضة الافتتاحية المعدة من قبل الدفاع.

ج– سرية جلسة الصلح :تنص المادة (**07**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن" **الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة** .". خلافًا للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية، فإنه في دعاوى فك الرابطة الزوجية إن جلسة الصلح تتوافق مع التراث الجزائري [42] فجاء بنص المادة (**439**) من نفس القانون وأكد على أن " **محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية** " فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين و القاضي وكاتبه[43]، حيث وتجرى أمام القاضي، خارج قاعة الجلسات، و بحضور الزوجين شخصيا، دون ممثليهما أو محاميهما [44]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 والدفاع عن موكله، و بمفهوم المخالفة الدفاع غير مخول له في حضور جلسة الصلح [45].

تقتضي السرية أن لا تحضر 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 جلسة الصلح طالما أنها طرف أصلي فلا مجال للحديث عن السرية إذا تعلق الأمر بالطلب الأصلي في النزاع [46].

د–عدد محاولات الصلح:لقد نصت المادة (**49**) من قانون الأسرة قبل تعديلها "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح** ..."، 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 أقل من 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. وجاء في عرض أسباب المادة (**49**)من قانون الأسرة المعدلة أنه قصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن موقفهما و تجاوز الخلافات القائمة بينهم،فقد تميز التعديل بوجوب تكرار محاولة الصلح وذلك رغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لمزيد بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين، أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه و يعدل عن تمسكه بمبدأ بفك الرابطة الزوجية[47]. فرض المشرع على القاضي إجراء عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، لكن يجب أن لا تقل عن محاولتين أو ثلاث محاولات، ونجد موقف المحكمة العليا نص على أن عدد محاولات الصلح وتقديرها يخضع لقضاة الموضوع، و لا رقابة للمحكمة العليا على ذلك، حيث نجد من بين قراراتها الصادرة

بتاريخ **2012/10/11** جاءت بما يلي :" **لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا** "[48]

هـ–**قواعد الحضور والغياب في جلسة محاولة الصلح** : نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الحضور و الغياب الأطراف لجلسة الصلح إذا غاب أحد الزوجين عن حضور جلسة الصلح في تاريخها المحدد بسبب عذر قاهر أو مانع، جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة، أو ندب قاض آخر لسماعه نصت المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية: "إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية"، كما نص قانون الإجراءات المدنية أن للقاضي بعد محاولة الصلح التي لم تنجح منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، وفي حالة تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى. غير ان موقف المحكمة العليا فيما يخص تغيب أحد الزوجين أو كلاهما عن جلسة الصلح كان يفسر على أساس أنه رفض ضمني للصلح، ولم يكن قضاء المحكمة العليا يميز بين حضور أو عدم حضور المدعي طالب فك الرابطة الزوجية وبين المدعى عليه. هذا الموقف لم يلبث طويلاً إذ تراجع قضاء المحكمة العليا في ذلك، أين قررت أنه على رافع دعوى فك الرابطة الزوجية (المدعي) أن يحضر وشخصيا جميع محاولات الصلح أو على الأقل جلسة أو جلستين لكي يؤكد و يبدي دفوعه ومطالبه، ويصرح فيما إذا كان يريد الصلح أو يرفضه، و في حالة غيابه ترفض دعواه، لأنه أصلاً هو على علم بالدعوى لكون حضور طالب فك الرابطة لجلسات أو جلسة الصلح كاف لاحترام مقتضى نص المادة (**49**) من قانون الأسرة، فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح وحيث أنه بذلك تكون المحكمة قد احترمت نص المادة (**439**) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لا يهم حضور الطرف الآخر الذي يكون في مركز المدعى عليه و الذي يحتل مركز الطرف الضعيف في الرابطة فالمدعي عليه، إذا ما ثبت أنه تم استدعائه قانونياً وتمت مراعاة المواد الخاصة بالتبليغ، فإن تغيبه عن جلسة الصلح لا يؤثر على خلاف حضور طالب فك الرابطة الزوجية.أما في حالة تغيب الزوجين عن محاولات الصلح، التي أمر بها القاضي، ورغم ذلك لم يمتثلا فقاضي شؤون الأسرة لا يحرر محضر عدم الصلح، وإنما محضر يثبت فيه حالة عدم الحضور ليناقش الموضوع بعد ذلك والفصل في القضية، الأمر الذي يجعل الفصل في الموضوع دون إجراء الصلح فعلياً يجعل من شأن ما قام به قاضي الموضوع في أول درجة مجرد إجراء شكلي، الأمر الذي يخالف مقتضيات المادة **49** من قانون الأسرة و المادة (**439**)وما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

لما أكد فالمشرع على ضرورة حضور الزوجين شخصياً أمام القاضي في جلسة الصلح، إنما ذلك تجسيد لمبدأ مهم وهو مبدأ الوجاهية المقرر للأطراف، والذي يضمنه القاضي والمكرس بنص المادة الثالثة فقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث يسمع القاضي كل طرف حيث يتكلم بأسلوب الجمع و عدم التفريق أو التحيز لأحد مهما كان الوضع، و يتمكنان من المناقشة و إبداء دفوعهما و طلباتهما وسماع موقف كل زوج وهذا كله تكريسًا لحقوق الدفاع، و ضمان مبدأ الوجاهية الذي لا يكون إلا بحضور الطرفين، الأمر الذي يؤدي

بالخصوم إلى الاستفادة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم أثناء محاولات الصلح وتجاوز الصعوبات و العقبات، و إيجاد حلول وعلاج للخلافات ولا يعفى مبدأ الوجاهية إلا في حالات يستحيل فيها حضور الطرف الآخر كالغيبة و المفقود أو مسجون خارج الولاية، فهذه حالات تعتبر استثنائية فلا يتحقق مبدأ الوجاهية بسبب طبيعة وظروف كل قضية. غير أن سماع القاضي طرف واحد يعد في حد ذاته خرقاً لمبدأ المواجهة، أو خرقاً لحقوق الدفاع لكن هذا ليس تقصيرًا من القاضي وإنما تقصير من الزوج الذي امتنع عن الحضور، فالقاضي أعطاه فرصة لكي يحضر و يواجه الخصم، فالقاضي ليس له حق إحضار الخصم بالقوة العمومية أو إصدار أمر ضبط وإحضار، حيث يقوم القاضي في هذه الحالة بالتأشير على أن الإجراء قد تم استيفائه، لكن ما يلاحظ أنه بدأ يسود اتجاه قضائي يتجه إلى عدم التقيد بمبدأ الوجاهية، و الاكتفاء بحضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة الصلح الأمر الذي لا يتماشى ومبدأ الإصلاح.

و– مدى جواز الوكالة في الصلح بين الزوجين: ينص قانون الإجراءات المدنية في المادتين 440 و 441 على أن القاضي يستمع إلى كل زوج على انفراد ثم معا، وإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه، وعليه فحضور الزوجين شخصيا أمر لابد منه، ولا تجوز النيابة عنهما أو عن أحدهما.أي يتعين حضور الزوجين شخصياً لجلسة الصلح أمام القاضي وذلك لتحقيق الغاية المنشودة و هي التعرف على حقيقة النزاع القائم بينهما و الظروف و الملابسات المحيطة به، كما أن الحضور الشخصي يساعد القاضي على الاسترشاد بالتفسيرات التي قد يبديها الطرفان و التي لها أهمية خاصة في العملية الصلحية، والأكثر من ذلك أن الصلح في حد ذاته يقتضي بتنازلات يقبلها الطرفان وأن الوكلاء، ولا يمكنهم التعهد بذلك إلا بالرجوع إلى موكليهم و تؤخر القضية في كل مرة و قد يكون الأمر لأتفه الأسباب. وذهب نفس الاتجاه إلى تأكيد الغاية من رفض حضور وكلاء الخصام من المحامين أو غيرهم مع الزوجين أو في مكانهما خلال سريان جلسة الصلح، لا سيما و أن المادة (**439**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تؤكد على أن يتم الصلح في جلسة سرية نظرًا للخصوصية و المسائل الشخصية لكل بيت و لكل زوجين، مما يتعين معه عدم السماح بحضور غير أطراف الدعوى، حفاظاً على حرمة الأسرة، وهذا تفاديا لفضح أسرار الأسر[49]، لأن حضور غيرهما، قد لا يعبر فعلاً عن أسباب الخصام أو مبررات طلب فك الرابطة الزوجية، لأن ذلك من الأمور التي لا يقدر الزوج أو الزوجة البوح بها إلى غيره[50]، فحسب هذا الاتجاه يظهر أن الأعمال التي لا تصح فيها الوكالة هي تلك التي تتعلق بالشخص وترتبط به، بحيث لا يتصور أن تأتي من غيره وتعود بالمصلحة عليه، وبعبارة أخرى فإنه يستحيل أن تحل إرادة الغير محل إرادة النفس في تحقيق الأهداف المتوخاة منها، أو تحصيل المصلحة التي شرعت من أجلها.

ساند هذا الاتجاه الفقهي القضاء الجزائري بحيث أقر أنه لا يمكن استبدال حضور الأطراف لجلسة الصلح، إذ جاء في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ **2007/06/13** والذي جاء فيه : "...**حيث متى**

تقدم الطاعن بواسطة محاميه بدعوى الطلاق فإن أحكام المادة 49 من قانون الأسرة توجب عليه بالحضور لجلسة الصلح، وعن إصراره على الطلاق

دون حضوره لجلسة الصلح و الاكتفاء بموكله غير قانوني مما يتعين نقض الحكم محل الطعن...

"[51]. يبدو أن هذا الاتجاه هو الصائب لسبب بسيط و هو أن المشرع ذكر في المادة (**49 /2**) من قانون الأسرة،التي تنص: "...**يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين**. .." ، أي لا بد من ضرورة حضور الطرفين وَذكر المشرع أيضاً في نص المادة (**431**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن القاضي يستمع إلى الزوجين على إنفراد، ثم معاً و يتأكد من رضائهما و لم يقل يستمع إلى الوكلاء و إنما ينظر مع الوكلاء في الاتفاق والقضاة عادة ما يردون على هذا النص بعدم قبول هذا الإجراء، وعلى الأطراف الحضور شخصياً أمام القاضي ليتلقى منهما بصفة مباشرة تصريحاتهما ودفوعاتهما وطلباتهما لأنهما المعنيان بفك الرابطة الزوجية ففرضاً وقع الطلاق بالوكالة في ظل غياب الزوجين أو أحدهما، ثم يطعن أحدهما في الوكالة بالتزوير[52]، وكانت الزوجة المطلقة مثلاً قد تزوجت برجل أخر فكيف يمكن تدارك هذه الأشكال ؟.رغم أن الحل لتفادي مثل هذه الأشكال هو منع جواز الصلح بالوكالة بحيث يتوجب أن يكون هناك نص قانوني بحيث يتدخل المشرع و يستثني إجراءات الطلاق من المبادئ العامة المتعلقة بالوكالة.

ي– إشراك أحد أفراد العائلة في الصلح:

استحدث المشرع بموجب المادة (**440**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراء وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولات الصلح لكن ليس بمهموم الإنابة كما سبق بيانه، فيمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة و المشاركة في محاولات الصلح، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة، نظرًا لخصوصية النزاع وسريته و حساسيته ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية وكل ذلك خلال 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وهو ما ينسجم مع نص المادة (**49**) من قانون الأسرة[53].

المبحث الثاني: دور القاضي في الأمر بالتدابير في إطار التحقيق واتخاذ التدبير المؤقتة الى حين الفصل في موضوع النزاع

منح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، للقاضي سلطات واسعة، ولا سيما في إطار التحقيق واتخاذ أي تدبير يراه مناسبا، فعزز من دور قاضي شؤون الأسرة ولم يصبح القاضي في وضع الحياد السلبي، بل أصبح للقاضي دور إيجابياً في سير إجراءات الخصومة، حيث نحاول تبيان دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء سير خصومة فك لرابطة الزوجية(**المطلب الأول**)، ثم نبين دور القاضي في اتخاذ الإجراءات التحفظية و الوقائية المؤقتة أثناء سير الخصومة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية في إطار التحقيق أثناء سير خصومة فك لرابطة الزوجية

الفرع الأول :دور القاضي في تقصي الحقيقة من خلال الامر بحضور الخصوم شخصيا و استجوابهم

لا تكون العرائض المتبادلة بين الخصوم قادرة أحيانا عبى شرح طلبات الأطراف على النحو الذي يسمح للقاضي بالفصل في القضية، وفي هذه الحالة يمكن له أن يأمر بحضور الخصوم واستجوابهم، ويعد هذا الإجراء مستحدثا بالكامل ومنه نستنتج أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح يحاكي قانون الإجراءات الجزائية و تبرز سلطات القاضي من خلال هذا الإجراء، بحيث يفصل بأمر غير قابل للطعن في طلب أحد الخصوم الرامي إلى حضور الطرف الآخر وهو ما أقرته المواد من 98 إلى 107 التي بينت بالتفصيل الإجراءات التي يتبعها القاضي، وهذا التفصيل في الإجراءات، يؤدي بما لاشك فيه إلى تمكين الأطراف و محاميهم من التأكد من شرعية العملية وعدم مخالفتها للقانون، حفاظا على حقوقهم،فقد أقرت هذه المواد أن الأصل هو استجواب الخصوم معا، إلا إذا تطلبت ظروف القضية وحالة الاستعجال أن يتم الاستجواب بصفة انفرادية، و في كل الأحوال على القاضي أن يحفظ حق الطرف الأخر، كما أن مواجهة الخصوم بالشهود تتم بناء على طلبهم بأنفسهم دون قراءة أي نص مكتوب كما يمكن سماعهم بحضور خبير.وإذا كانوا ممثلين بمحامين فلا يستجوبون إلا بحضور هؤلاء المحامين أو بعد إخطارهم. و لم يلزم القانون القاضي بتحديد موضوع السماع أو الاستجواب في الأمر بحضور الخصوم، بل اكتفى بإعطائه سلطة الأمر بحضورهم شخصيا، وهذا ما يعكس التوجه الجديد للمشرع الجزائري في إعطاء دورا إيجابيا أكبر للقاضي في تسيير الخصومة و تقصي الحقيقة وفقا لنص المادة 98 من ق إ م إ.[54]

الفرع الثاني : دور القاضي في توسيع نطاق التحقيق من خلال تفعيل الإجراءات المستحدثة بموجب المادة 425 من ق ا م ا: ارتأى المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أن يوسع من نطاق التحقيق مستحدثاً بذلك إجراءات جديدة تتبع في قسم شؤون الأسرة، بحيث تنص المادة (**425**) من نفس القانون على ما يلي:" **يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة للقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة و يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت و حتى أثناء إجراءات الصلح**"، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح سؤال مفاده هل وسائل التحقيق هاته لها علاقة بنص المادة (**450**) و (**451**) السالفتي الذكر؟.تكون الإجابة بنعم، لأن المشرع منح قاضي شؤون الأسرة صلاحية التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق، في إطار تأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، و في سبيل ذلك مكنه من أن يمارس أو يتخذ أي إجراء أو تدبير يراه ضروريا، و لاسيما إذا لم يحضر جلسات محاولات الصلح، فالمشرع في المادتين (**450**) و (**451**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فتح الباب على مصراعيه، فمتى رأى القاضي في إطار التحقيق أن يتخذ تدبير ما، كتعين مساعدة اجتماعية أو طبيب

خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع، بغرض الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح أو اللجوء إلى الإنابة القضائية لندب قاض أخر لسماع الزوج الغائب طبقاً لنص المادة (**441**) من نفس القانون. فبالرجوع إلى المواد (**75**) وما يليها، فيما يخص القواعد العامة لإجراءات التحقيق يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق، التي يسمح بها القانون، و يأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال، ويجوز لممثل النيابة العامة حضور إجراءات التحقيق في القضايا التي يتم إشعاره بها، وعند الاقتضاء إبداء ملاحظاته فيمكن أن نجمل هذه التدابير في:

أولا: الخبرة الطبية

ثانياً: المساعدة الاجتماعية

ثالثاً–الاستشارة :من المفيد أن نجد المشرع الجزائري في هذا المجال حذا حذو التشريعات الإجرائية الحديثة وبهذه الكيفية يكون قد تعزز دور الإيجابي للقاضي، في إطار صلاحيات التحقيق وحتي في إجراءات الصلح مما يجعله متحكما في زمام الأمور، و تكون هذه الاستشارة شفاهة، لأنه لو استعصى عليه الأمر إلى درجة إصدار أمر كتابي فانه يلجأ إلى طريق أخر من طرق التحقيق كالخبرة مثلا،و لكن الاستشارة يلجأ إليها عندما لا تكون المسألة المعروضة عليه معقدة أو فنية إلى درجة أنه لا يستطيع الفصل فيها إلا بالتحقيق المعمق، وعليه حتى و لم يذكر المشرع هذا الأمر فان القاضي يستشير زملائه القضاة وكل من له فائدة في استشارته [55].

رابعاً: الإنابة القضائية

خامساً:الاستماع إلى الشهود

سادساً:الانتقال إلى المعاينة

المطلب الثاني : دور القاضي في اتخاذ الإجراءات التحفظية و الوقائية المؤقتة أثناء سير الخصومة

من بين التعديلات التي جاء بها الأمر رقم **02/05** المؤرخ في **27 /2005/02** هو إضافته للمادة (**57 مكرر**) التي تنص على ما يلي:" **يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة و الزيارة و المسكن**". فقد منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية لقاضي شؤون الأسرة، بمناسبة نظره في القضايا المعروضة عليه، باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية و الوقائية أثناء سير الخصومة، مثل منح نفقة مؤقتة، حضانة مؤقتة، زيارة مؤقتة، أثاث الأطفال، أثاث الزوجة أو الزوج...الخ .

أولاً– معنى التدابير المؤقتة و مبررات استحداثها في دعاوى فك الرابطة الزوجية: نشير في البداية أن التدابير المؤقتة في ظل قانون الأسرة رقم **11/84**، إجراء مستحدث و مؤقت[56]، و لاسيما أثناء محاولات الصلح و هو الأمر الذي تسبب في ضياع حقوق الأولاد، من حيث النفقة أو الحضانة أو السكن أو في حقهم لرؤية أوليائهم ومن جهة أخرى طول إجراءات التقاضي في مواد فك الرابطة الزوجية أو حتى أثناء فترة الصلح والتي

تعادل ثلاثة أشهر. وعليه أثناء مدة إجراء القاضي للصلح تطرح إشكالية مصير حقوق الأولاد المادية و المعنوية، لأنه أثناء رفع الدعوى يكون الزوجين في حالة كبيرة من درجة الخلاف و الشقاق ما قد يدفعهم إلى إهمال الأولاد، و أمام هذه الوضعية تدخل المشرع الجزائري لحل هذه المشكلة باستحداثه للمادة(**57 مكرر**) من قانون الأسرة، و أسباب هذا التعديل نجدها مؤسسة على أن مسائل الأسرة لا تقبل التأخير و تقتضي السرعة و عدم التراخي[57]، ولقد منح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لقاضي شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال بنص المادة(**1/425**) ويكون بذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل قاضي الموضوع أو الاستعجال يتحول أحدهما إلى الآخر.[58]

وبموجب المادة 57مكرر من ق أسرة يكون المشرع قد سمح للقاضي، و أعطى لصاحب المصلحة الحق في المطالبة بما يتعلق بهذه المسائل على الوجه المؤقت إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، حتى و لو كان ذلك في مرحلة الصلح، بمقتضى نص المواد (**442/444و445**) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ثانياً– حالات اللجوء إلى التدابير المؤقتة:

خولت المادة (**57 مكرر**) القاضي إمكانية الفصل على وجه السرعة و الاستعجال، بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة سواء أثناء مرحلة الصلح أو بعدها، و في كل مراحل النزاع بصفة عامة في دعاوى فك الرابطة الزوجية و التي جاءت على سبيل المثال، ومن بين الأمور الإستعجالية التي يمكن أن تثار نجد التدابير المؤقتة المتعلقة بالنفقة(**أ**) التدابير المؤقتة المتعلقة بالحضانة(**ب**)، التدابير المؤقتة المتعلقة بالزيارة(**ج**)، التدابير المؤقتة المتعلقة بالسكن(**د**).

مما سبق نجد أنه على خلاف القانون الجزائري المشرع المغربي أوكل النيابة العامة مهمة التنفيذ الفوري على الأصل للتدابير المنصوص عليها في المادة (**121**) من مدونة الأسرة، وذلك في انتظار صدور حكم في الموضوع، لما لهذه التدابير من أهمية قصوى في حماية الأسرة، وخاصة الزوجة والأطفال في تدبير زيارة الأبناء أو حضانتهم المؤقتة، أو دراستهم و غيرها من التدابير المؤقتة [59]،لأنه في غالب الأمر أو أصلاً الزوجين متنازعين أو كلاهما يتخلى عنهما، فالتدابير المنصوص عليها في المادة (**443**) هي تدابير متعلقة بالآثار المتعلقة بالأسرة و لاسيما القصر، هدف هذه التدابير المحافظة على الأسرة مؤقتاً في انتظار الحكم و الفصل في القضية نهائيا، وإذا تبينت وقائع جديدة يمكن للقاضي تعديل التدبير، ومن حقه أن يتراجع لأن القضية قضية ظرف ومستجدات تجعل القاضي يراجع و يغير التدبير حسب الظرف مراعيًا في ذلك دائما ما يحقق مصلحة الأسرة[60]. وعليه التدابير المؤقتة حماية للزوجين والأطفال، و بعد الفصل في الموضوع يزول ذلك التدبير لأنه بالرجوع إلى مدونة الأسرة المغربية نجد أنه في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء و تعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة و الأطفال تلقائيا أو بناء على طلب أحد الزوجين، إلى غاية صدور الحكم في الموضوع بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربه أو أقارب الزوج[61].

نستنتج أن التدابير في المغرب إما أن يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه، أو بطلب من الأطراف، أما القانون الجزائري ومن خلال المادة (**442**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت على سبيل الجواز، حيث يجوز للقاضي اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير أثناء فترة الصلح [62]، دون أن يوضح ما إذا كان لابد من تقديم طلب من أحد الأطراف؟، فعلى سبيل المقارنة نجد المشرع المغربي منح إمكانية اتخاذ التدابير إما بمبادرة من القاضي أو بطلب من الأطراف، أما النص الجزائري غير واضح فهل يعني ذلك أن القاضي يتخذه من تلقاء نفسه أم لا بد من أن يطلب الأطراف ذلك ؟.لكن بما أن الأمر يتعلق بمجرد إجراء تحفظي مؤقت يمكن أن يطلبه الخصوم، و للقاضي أن يقضي به إذا رأى ذلك و له سلطة في تقدير مدى ضرورة اتخاذ التدبير من عدمه. و لا سيما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعدما تبنى المشرع النظرية الحديثة و التي تقول أن للقاضي دور في الخصومة، فله أن يتخذ ما يراه مناسباً، مثلا الزوجين أثناء الصلح كأن تدعي الزوجة أن زوجها لم ينفق عليها وعلى أولادها أو أنهم في الشارع وأنه أهملهم يتدخل القاضي فيتخذ تدبير مؤقت في هذا المجال استنادا إلى المادة (**424**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتكفل قاضي شؤون الأسرة بالسهر على حماية مصالح القصر فيمنحهم نفقة مؤقتة أو سكن مؤقت، أوقد يتبين أثناء جلسة الصلح أن للقصر أموال و حسابات جارية و بالتالي خوفا من التصرف في تلك الأموال و بالتالي القاضي يتخذ تدبير مؤقت في عدم التصرف في أموال القصر .لكن يطرح الإشكال بين نص المادة (**57مكرر**) من قانون الأسرة، و المادتين (**442**) و (**310**) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،لأن نص المادة (**57مكرر**) تعالج مسألة اتخاذ تدبير بناء على طلب أحد الأطراف قصد استصدار أمر على عريضة على وجه الاستعجال،(سواء تعلق الأمر بالنفقة المؤقتة أو الزيارة ..الخ)، و لا يهم إذا كان النزاع حول فك الرابطة الزوجية قائم أم لا[63]؟ فقد يستجيب القاضي كما قد لا يستجيب؛ وهذا النوع من التدابير الذي يتخذ في شكل أمر على عريضة يقبل الاستئناف، في حالة الرفض.لكن بالنسبة للتدبير المؤقت المنصوص عليه في المادة (**442**) لا يمكن أن يتخذه القاضي، إلا إذا كان هناك نزاع مطروح عليه، ولا سيما في جلسة الصلح و ليس بالضرورة أن الأطراف هم الذين سيطلبونه، فقد يقوم القاضي من تلقاء نفسه بناء على تصريحات الأطراف و ما يجري أمامه في جلسة الصلح، و هذا النوع من التدابير لا تقبل أي طريق من طرق الطعن.

عند ملاحظة النصين الإجرائيين السالفين الذكر، يوهم بأن هناك تناقض بينهما أو أن النص اللاحق ألغى ضمنياً النص الأول، غير أنه لا يوجد تناقض و لا تعارض كلاهما تدابير مؤقتة و كلاهما قاعدتان إجراءين لكن المادة (**442**) يكون إعمالها أثناء رفع الدعوى و لا سيما فترة الصلح، أما المادة (**57مكرر**) من قانون الأسرة التي تخص أحد الأطراف الذي يتقدم بطلب إلى القاضي، لا يشترط أن يكون هناك نزاع قائم أمام القضاء وكما و قد تكون أثناء رفع الدعوى.

خاتمة :

لقد حاولنا في هذا البحث رصد موقف المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة في تحديد الدور الذي رسمه للقاضي من أجل أن يوفق بين فكرتين ،فكرة الخصومة ملك لأطرافها

وفكرة أن الخصومة تتجاوز إطار مصلحة الخصوم وتقتضي إعطاء دور ايجابي للقاضي، وكل ذلك من أجل الحفاظ على المراكز القانونية لكلا الزوجين.

يعتبر الحفاظ على استمرارية الأسرة من أهم أولويات المشرع وعلى هذا الأساس منح القاضي سلطة واسعة في تحديد جلسات الصلح و تعيين المحكمين لتحقيق هذه الغاية فبالنسبة للطلاق منح المشرع بمقتضى المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قاضي الموضوع سلطة واسعة من حيث التأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق أي إرادة حرة لا تشوبها شائبة، ذلك أن الطلاق تصرف إرادي يترتب عليه أثار قانونية، وعليه يجب أن يكون صادر عن إرادة حرة ويتبين هذا للقاضي من خلال التحدث إلى الزوج و الاستفسار عن السبب الذي يدفعه للطلاق وقد لا يظهر هذا في الجلسة الأولى وعليه نص القانون في المادة 49 من قانون الأسرة بقوله:"بعد عدة محاولات صلح ."

وبالنسبة للتطليق فقد أكدت المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحيل على أحكام قانون الأسرة ضرورة تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق، حيث يبرز دور القاضي في التأكد من توافر أحد الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، وذلك بإثباتها من طرف المدعية وبناءا على هذا النص فتح المشرع للقاضي الباب على مصراعيه و أوسع من سلطته التقديرية، حيث أصبح له أن يكيّف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق وهذا ما تفيده كذلك المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث لا يتقيد القاضي بتكييف الخصوم.

هذا ونلاحظ مما سبق أن المشرع الجزائري قد عمل على حماية المراة ومركزها القانوني من خلال الاعتراف صراحة بحقها في التطليق ،وان كان قيد هذا الحق بمجموعة من الشروط تخضع لتقدير القاضي.

أما بالنسبة للخلع فدور القاضي في هذا الإجراء لا يختلف كثيرا عن الطلاق، حيث يخضع كذلك إلى إجراء صلح، إلا أن الملاحظ عمليا أن القاضي لا يطيل أو لا يعقد عدة محاولات صلح، حيث تكفي محاولتين، لأنه غالبا ما تكون الزوجة مصرة على فك الرابطة الزوجية.

ويبرز أكثر دوره الإيجابي في تسيره من خلال المساعي التي يقوم بها من أجل الصلح بين طرفي النزاع ومحاولة للوصول إلى الاتفاق في إطار القانون، حتى يتمكن من إنهاء النزاع بغير حكم قضائي، و الدور الايجابي الذي منحه إياه المشرع لا يقتصر على عرض الصلح ،وإنما له سلطة تسير جلسة الصلح وإدارة الحوار بين الخصوم ،و يدفع الأطراف الى التنازل المتبادل بغية التوصل إلى تحرير محضر الصلح الذي يحمل طابع أخلاقي لما فيه من النصح و غياب فكرة الإلزام والجبر، كون رضا الأطراف المتصالحة وهو إيقاف للنزاع دون التعيين ظاهريا للفائز و المهزوم.

و لكي يتعزز دور القاضي أكثر لا بد من حضور الخصوم شخصيا أمامه إذا ما قرناه بحضور الوكلاء أو عند غياب أحدهم. **فللقاضي دور واسع وكبير إذ يتخلى ويتحرر من البنود القانونية لان مهمته ليس قول كلمة القانون وإنما الإشهاد للطرفين بتلاقي إرادتهما بسعي منه فلا يعطي الحق لأحد و لا ينتزع الحق**

من أحد ، وهو الأمر الذي يدعونا إلى إعطاء وصف قانوني لهذا الدور لتمييزه عن دور القاضي و هو بصدد الفصل في الخصومة و لتمييزه عن دور الموثق الذي يكتفي بتلقي إرادة الأطراف، بل أن مهمة القاضي تتطلب منه التخلي عن شخصية القاضي و رجل القانون لكي ليتقمص شخصية أخرى هي شخصية الموفق هذا الدور يتطلب منه مهارات أخرى غير المعرفة الواسعة بالقانون، فالتقريب بين الوجهات.

و ما يعكس التوجه الجديد للمشرع الجزائري في إعطاء دورا إيجابيا أكبر للقاضي في تسيير الخصومة و تقصي الحقيقة في اتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات من خلال من دعوة الخصوم إلى الحضور شخصيا واستجوابهم، و أعطى لصاحب المصلحة –الزوج او الزوجة – الحق في المطالبة بما يتعلق بهذه المسائل على الوجه المؤقت إلى غاية الفصل في الدعوى المعروضة أمامه، حتى و لو كان ذلك في مرحلة الصلح.

وفي الختام هناك مجموعة من التوصيات نراها ضرورية:

1 -إعادة نظر شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعلها أكثر وضوحا وشمولا ولعل الكثير من التوصيات التي جاءت في ملتقى قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجات القانون الوضعي المنعقد في 11، 12، 13 سنة 1999 بمقر المجلس الإسلامي الأعلى كانت في محلها، والتي أخذ المشرع ببعضها في التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05.

2 -إحالة قاضي شؤون الأسرة في حالة عدم وجود النص التشريعي إلى مذهب محدد من مذاهب الشريعة الإسلامية لتسهيل المهمة على القاضي، وعدم تضارب واختلاف الأحكام القضائية.

3 -إقامة دورات تكوينية خاصة بقضاة شؤون الأسرة في مجال الشريعة الإسلامية.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب القانونية

1. بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومه الجزائر،2005.
2. بن الشيخ آث ملويا لحسين ،رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة – سلسلة دراسات قانونية دار هومه ، الجزائر، 2013.
3. بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
4. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة و العلوم الطبية و البيولوجية، دون طبعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
5. – تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء، منشورات ثالة الجزائر،2011.
6. – حمدي باشا عمر، القضاء الاجتماعي منازعات العمل و التأمينات الاجتماعية، دار هومه، الجزائر 2014.
7. – داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دون طبعة، دار الهلال للخدمات الإعلامية دون سنة .
8. – دليل عملي لمدونة الأسرة، سلسلة الشروح و الدلائل، الطبعة الثالثة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، عدد01، المملكة المغربية،2004 .
9. – ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، الطبعة الثالثة المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2012.
10. – تفية عبد الفتاح، مباحث في قانون الأسرة من خلال مبادئ و أحكام الفقه الإسلامي، 1999 -2000.
11. – زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر الجزائر، 2003.
12. زودة عمر الإجراءات المدنية على ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر ، الجزائر، 2014.
13. سابق السيد، فقه السنة، المعاملات، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي لبنان،1977.

14. سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، 1989.

15. شيماء محمد سعيد خضر البدراني، أحكام عقد الصلح، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع، الأردن،2003.

16. – طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعم باجتهاد المحكمة العليا و المذاهب الفقهية مع التعديلات المدخلة عليه بموجب الأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، مرفقا بنماذج قضائية لعرائض الأحوال الشخصية، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2009 .

17. – عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة الجزائر2013.

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

– فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1989.

19. الكشبور محمد، شرح مدونة الأسرة، انحلال ميثاق الزوجية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب،2006.

20. لوعيل محمد، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر،2006.

21. نجيمي جمال، الطعن بالنقض في المواد الجزائية والمدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة ط2، دار هومه، الجزائر،2013.

22. نصر الجندي ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر،2009م.

23.الأنصاري حسن النيداني ، الصلح القضائي ، دار الجامعة الجديدة، بلا طبعة ، سنة 2001 .

24.العيش فضيل، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر دون سنة النشر

25.قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات التقاضي في الأحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات الصلح القضائي –و الوساطة القضائية – دار هومه، الجزائر، 2013.

23. محمود محجوب عبد النور ،الصلح وأثره في إنهاء الخصومة في الفقه الإسلامي،دار الجيل بيروت ،الطبعة 1، سنة 1987 .

2/ الرسائل الجامعية :

24. *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 الجامعية2012-2013.

25. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة – دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية –، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.

26. إبراهيم المسيعديين خالد، أحكام الصلح بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة، الأردن،2006.

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

28. بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة –دراسة مقارنة –، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية2011-2012.

29. بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2010-2011.

30. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2013-2014.

31. 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 2013-2014.

32. خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر –1–، الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012.

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

34. عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2013-2014.

35. عيساني محمد، آليات تسوية نزاعات العمل الفردية في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة الجامعية 1998-1999.

36. غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع و الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الدراسية2010 – 2011.

37. قدور محمد سليمان، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2011-2012.

38. كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012 .

39. –العربي وردية، النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

40. تبودشت نعيمة، الطلاق و توابع فك العصمة الزوجية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2000.

41. حمدادو لمياء، سلطة القاضي في تسير إجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر –1– ، الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014.

42. محمد شحادة العرموطي سوزان، العيب الجوهري و أثره في بطلان الإجراءات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، 2009.

43. هجيرة بن عزي، الطلاق لاتفاقي على ضوء مدونة الأسرة و العمل القضائي، رسالة دبلوم الدراسات العليا المعمقة كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة المغرب، 2009 م.

مذكرات إجازة القضاة:

44. بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة الثامنة عشر، الجزائر، 2007-2010.

45. وزاني توفيق، السند التنفيذي في المواد المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء دفعة 17، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2006-2009.

46. دلهوم نجوى، محاولة الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، دفعة 19، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2008 -2011.

47. –لشهب نسيمة، الصلح في المنازعات المدنية والإدارية مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الحادية عشر، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2000 – 2003

48. –بن الشويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، **مجلة العلوم القانونية و الإدارية والسياسية**، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، عدد12، 2011.

49. .جمعي ليلى، سلبيات وإيجابيات قانون الأسرة الجزائري ودور قضاة الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات وتأكيد تلك الإيجابيات، **مجلة الحضارة الإسلامية**، جامعة وهران، عدد09، 2004 .

القوانين والأوامر

50. –الأمر رقم 154/66، مؤرخ في 18 صفر ،1386 موافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم،(**الملغى**).

51. –الأمر رقم 58/75، مؤرخ في 20 رمضان 1395، موافق ل26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

52. قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404، موافق ل 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل و متمم بموجب القانون رقم 05-09، مؤرخ في 25 ربيع الأول سنة 1426 موافق ل 04 مايو 2005، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 05-02، مؤرخ في 18 محرم عام 1924، موافق ل 27 فبراير سنة 2005.

الهوامش:

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

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

[3] –أنظر المواد (**13**) و(**14**)و (**15**) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

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

[5] – زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006، ص 101.

[6]– ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي :" **لكن حيث انه قد استقر اجتهاد غرفة شؤون، فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح، وقد ثبت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حضر جلستي الصلح و تمسك بفك الرابطة الزوجية القائمة بينه و بين الطاعنة، قبل البناء، لا استحالة إتمام مراسيم الزواج ، وعليه فان هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه" أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة ، قرار رقم 0902780، مؤرخ في 2014/05/15، **غير منشور**.

[7] – المحكمة العليا، غرفة أ.ش، قرار رقم34980 مؤرخ في،1997/04/10، **نشرة القضاة**، عدد53 1998، ص 56.

[8]– عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة الجزائر2013.، ص 26 .

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

[10]– تنص المادة (**57**)على ما يلي: "**تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية** ...".

[11]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 342470، مؤرخ في 2005/9/14، **المجلة القضائية**،العدد 02، 2005، ص 409 /411.

[12]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850، مؤرخ في1999/02/16، **المجلة القضائية**، عدد خاص، 2001، ص 100.

[13]– بن الشيخ آث ملويا لحسين ،رسالة في طلاق الخلع – دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة – سلسلة دراسات قانونية دار هومه ، الجزائر، 2013، ص 189

[14]– مجلس قضاء عين تموشنت قرار، قرار رقم رقم 15/،00264، صادر بتاريخ31 /2015/03، قرار **غير منشور**.

[15]– الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية الزواج والطلاق، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مطبعة العارف الجديدة ، المغرب، 1994، ص405.

[16]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 210451، مؤرخ في 11/17/ 1998، **مجلة القضائية**، 1997 عدد 01،126 ،

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

[18]– الفاخوري إدريس، مستجدات مدونة شؤون الأسرة في مجال مسطرة الشقاق بين الزوجين، **مجلة المنبر**، جامعة مولاي إسماعيل، المغرب عدد 5، 2004.، ص 20و21.

[19]– الصديق توابتي، مرجع سابق.ص120

[20]– نصت المادة **49** من قانون الأسرة قبل تعديلها على ما يلي:" **لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر** " .

[21] – سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص 27 .

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

[23]– عبد النور زيدان، مرجع سابق، ص 108.

[24]– المرجع نفسه، ص 109.

[25] – سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص27.

[26]– بن الشيخ اث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 260و 259

[27]– فضيل سعد، مرجع سابق، ص 326و 325

[28]– لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، مرجع سابق، ص 103.

[29]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0982921، مؤرخ في 2014/07/10، **غير منشور**.

[30]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 393121، مؤرخ في 2007/05/09، **غير منشور** .

[31]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 393121، مؤرخ في 2014/09/11، **غير منشور** .

[32]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 376803 ، مؤرخ في 2007/01/17، **غير منشور**

[33]– بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 95.

[34]– بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 443 .

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

[36]– المرجع نفسه، ص 4

[37]– بوشيبان خديجة، مرجع سابق، ص 10.

[38]– زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص108.

[39]– دلهوم نجوى، مرجع سابق، ص16 .

[40]– بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 90 .

[41] خرطة احمد، الصلح في الطلاق و التطليق بين جوهرية الإجراء و نبل الغايات، **مجلة الفقه و القانون**، عدد 03 2013، ص 11و 12 .

[42]– حميش حسان، مرجع سابق، ص4

[43]– بوضياف عادل، مرجع سابق، ص444.

[44] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق. ص 116

[45] – خرطة أحمد، مرجع سابق، ص 12 .

[46] – بوضياف عادل، المرجع نفسه، ص445 .

[47] – دياب حسن عز الدين، مرجع سابق، ص 214.

[48]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، لقرار رقم 813976 ، مؤرخ في2012/10/11، **غير منشور**. ونجد قرار أخر قضى بما يلي:" ...لكن **حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يتبين أن قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 2008/11/30، تمسك فيها الزوجان بمطالبهما و بالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاذه و لايعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض**..."، المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، قرار رقم620084 14مؤرخ في /2011/04، **مجلة المحكمة العليا**، عدد01، 2012، ص ص 299 الى 302.

[49]– قويدري خيرة ، مرجع سابق، ص212 .

[50]– بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص .113 .

[51]– المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 382976، مؤرخ في2007/06/13،**غير منشور**. وتأكيدًا لهذا الموقف صدر قرار آخر بتاريخ 16جانفي 2008 و الذي جاء في حيثياته ما يلي:"...**و أن هذا الإجراء هو محاولة الصلح بيت الطرفين و إنه كاستثناء لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين ولا يصح فيه النيابة، ومتى تبين أن هذا الإجراء قام به شخص آخر غير الزوج يشكل مخالفة للمبدأ المذكور، و يعد خطأ في تطبيق القانون لا سيما المادة 49 من قانون الأسرة** ..." **أنظر**: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم 417622، مؤرخ في 2008/01/16، **مجلة المحكمة العليا**، عدد 01، 2009،.ص 302،

[52]– بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 119 .

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

[54]– بوذريعات محمد، الدور الايجابي للقاضي في تسيير الخصومة المدنية ،مرجع سابق ،98.

[55] – بن حليمة يمينة، مرجع سابق، ص 42 .

[56]– بن جناحي أمينة، مرجع سابق، ص 102.

[57] – شامي أحمد، مرجع سابق، ص 276 و 277 .

[58] – زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء أراء الفقهاء و أحكام القضاء، مرجع سابق، ص.191

[59]– محمد عبد المحسن البقالي الحسني، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، محاضرة ألقيت في محكمة الاستئناف بطنجة، المغرب، http://www.elkanoon.com/، ص 7.

[60]– يمكن أن يكون هذا الإجراء موضوع تعديل، إذ تطلبت مصلحة القاصر ذلك إما تلقائياً من القاضي، أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة، أو كل شخص أخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر، وكما يجوز للقاضي إلغاء تدابير الإنهاء أو السحب المؤقت للحقوق المرتبطة بممارسة الولاية أو الحضانة كلياً أو جزئيا، و كذلك في المادة (**467**) يمكن للقاضي قبل الفصل في الموضوع أن يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة لحماية مصالح القصر و هذا الأمر غير قابل لاي طعن .

[61]– أنظر المادة (**121**) من مدونة الأسرة المغربية فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة و التي تنص على ما **يلي:" في حالة عرض النزاع بين الزوجين على القضاء، وتعذر المساكنة بينهما، للمحكمة أن تتخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنسبة للزوجة والأطفال تلقائياً أو بناءًا على طلب، وذلك في انتظار صدور حكم في الموضوع بما فيها اختيار السكن مع أحد أقاربها أو أقارب الزوج، وتنفذ تلك التدابير فورًا على الأصل عن طريق النيابة العامة."**

[62]– وردت هذه التدابير في الفرع الثالث في الصلح المواد (**439**)ما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[63]– بناء على نص المادة(**57 مكرر**) يمكن للجدة خارج دعوى فك الرابطة الزوجية أن تقدم طلب من اجل استصدار أمر لزيارة أحفادها بعد وفاة ابنها .