جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور الإجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص

من إعداد الطالبتين
- بن ودنين كريمة
- مهدب صبيحة

تحت إشراف الأستاذة
- د/إقروفة زبيدة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة): أيت منصور كمال أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ----------رئيسا

الأستاذة: إقروفة زبيدة، أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية------- مشرفة ومقررة

الأستاذ(ة): تواتي بسمة، أستاذة محاضرة قسم "أ"، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية---------- ممتحنة

السنة الجامعية: 2023-2024

قال تعالى:

{وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }

سورة النساء :الآية رقم 35

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده كثيرا على أن يسّر لنا أمرنا
في القيام بهذا العمل.
كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير
إلى اللذين حملوا رسالة العلم والمعرفة
ولا يسعنا في هذا المقام إلّا أن نتوجه بالشكر الجزيل والامتنان الكبير
إلى الأستاذة المشرفة "إقروفة زبيدة" لتولّيها الإشراف على هذه المذكرة
وعن كل ملاحظاتها القيّمة
وجزاها الله عن ذلك كل خير
كما لا يفوتنا أن نتقدم بالشكر الخاص إلى الأساتذة الكرام بشكل عام خاصة
"بن مداخن ليلة"
ويطيب لنا تقديم خالص الشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول فحص
وتدقيق هذه المذكرة.
وإلى كل من ساعدنا على إتمام مذكرتنا،

الإهداء

إلى أبي العزيز الذي رباني وتعب على تعليمي حفظه الله وأطال في عمره،

إلى من زينت حياتي بضياء البدر، وشموع الفرح،

إلى الغالية على قلبي أمي أدامها الله لي،

إلى من سندني ومنحني القوة والعزيمة لمواصلة الدرب وكان سببا في مواصلة دراستي،

زوجي الغالي،

إلى من حلت بركة وجودهم في حياتي، ومن ملأت ضحكاتهم الجميلة عمري،

أبنائي الأحبة

"كنزة وعصام".

إلى إخواني وأخواتي أطال الله في عمرهم وأسعد أيامهم،

إلى من كان سندا لي سواء من قريب أو من بعيد.

أهديهم عملي هذا،

مهدب صبيحة

الإهداء

إلى روح **والدي**، رمز العطاء الحنان،

إلى روح **أمي** التّي لا يعوضها شيء، رحم الله حنيتها التّي تكفينا عن الدنيا بما فيها،

تغمدهما الله برحمته الواسعة وأسكنهما فسيح جنانه،

وإلى قرة عينيّ ونبضي في الحياة أبنائي،

"يورمان" "أدريان"،

حفظهما الله،

الى كل افراد عائلتي كل باسمه ومقامه،

إلى من كانوا ملاذي وملجئي،

إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات،

أهديهم عملي هذا،

بن ودنين كريمة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: جزء.

د.ب.ن: دون بلد النشر.

د.د.ن: دون دار النشر.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ط: دون طبعة.

ص.ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

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

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ثانيا: باللغة الفرنسية

P: Page.

مقدمـــة

تُعتبر الأسرة الوحدة الأساسية التّي يقوم عليها المجتمع، نظرا للدور الهام والحيوي الذي تقوم به لتحقيق الاستقرار والتطور، وعلى هذا الأساس قام المشرع الجزائري بتنظيمها، أين وضع لها حماية قانونية من خلال تنظيم العلاقات الأسرية وتحديد حقوق وواجبات أفرادها في "قانون الأسرة"[1] وأيضا وضع لها قسما خاصا في "قانون الإجراءات المدنية والإدارية"[2] مبينا فيه الجانب الاجرائي فيها.

فالزواج عقد شرعي يجمع بين الرجل والمرأة بالتراضي، وذلك بنية التكامل والتعاون والتكافل بينهما، والعلاقة الزوجية أية من آيات الله تعالى، وتقوم على المودة والرحمة والتوافق لقوله تعالى: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**"[3]. لذلك وضعت الشريعة الإسلامية ضمانات لتعزيز نجاح الزواج، باعتباره رابط مقدس.

لكن قد يحدث ما يعكر صفو الحياة الزوجية، مما يؤثر على استمرارية الحياة الزوجية، ما يؤدى بالطرفين إلى فك الرابطة الزوجية، سواء بالإرادة المنفردة أو بإرادة الزوجين، لذلك تدخل المشرع الجزائري لإصلاح العلاقة الزوجية لتفادي الانفصال، إذ نص في المادة 49 من **ق.أ.ج** على الصلح كإجراء ملزم للقاضي قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية، وقد ساير في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: "**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ ۚ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا**"[4]، فبالصلح يزول النزاع والشقاق بين الزوجين، فتطيب المشاعر

---

[1]– قانون رقم 84–11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، بالأمر رقم 05–02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج عدد 15 الصادر في 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج عدد 15، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

[2]– قانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، الصادر في 25 فيفري 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22–13 المؤرخ في 12جويلية 2022 ج.ر.ج.ج عدد 84، 13 جويلية 2022.

[3]– سورة الروم، الآية رقم 21.

[4]– سورة النساء، الآية رقم 128.

وتصفو النفوس، فقد يساهم في بناء قاعدة للتفاهم والتعاون في المستقبل، خاصة إذا كان هناك أطفال بينهما.

وفي هذا السياق يأتي دور الاجتهاد القضائي في تجلية أحكام الصلح في الجزئيات التّي أغفلها المشرع الجزائري، واستدراكا للنقص التشريعي، رغم التعديلات التّي مست قانون الأسرة سنة 2005.

لذلك تتجلى أهمية معالجة موضوع الصلح خاصة، في الجانب التطبيقي له الذي يفرز عدة اشكالات تحتاج لاجتهاد قضائي يقوم بسد الثغرات التّي وقع فيها قانون المشرع وإكمال بذلك النقائص وتفسير الغامض منه.

أسباب إختيار الموضوع

إن اختيارنا لموضوع دور الاجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين، يعود لأسباب ذاتية وأسباب موضوعية، حيث يعكس اهتمامنا الشخصي بالقانون والعدالة الدافع الأساسي وراء اختيارنا لهذا الموضوع، حيث نسعى إلى فهم دور القضاء والقانون في تسوية النزاعات الزوجية وتعزيز السلم الأسري. كما تدفعنا الرغبة في التعمق في مفهوم الصلح بين الزوجين وفهم وجهة نظر القانون والشريعة الإسلامية في مدى أهميته، وذلك لتوجيه المساعي نحو بناء علاقات زوجية مستقرة وصحية.

أهداف الموضوع

يتمثل هدف دراستنا في إبراز دور الاجتهاد القضائي وأهميته كأداة أساسية في تطبيق القوانين، وضمان تحقيق العدالة في المجتمع، بالتركيز على نطاق أعمال الاجتهاد القضائي في تسوية النزاعات الزوجية، وتضيف القواعد المتعلقة بالصلح بين الزوجين. كما نسعى لبيان مفهوم الصلح بين الزوجين وأهميته في بناء علاقات زوجية مستقرة وصحية، مع التفصيل في التمييز بين مفهوم الصلح والمصطلحات والقوانين الأخرى المتشابهة في شؤون الأسرة، كذلك نطمح إلى المساهمة في إثراء المكتبات بمرجع متخصص في هذا المجال، يفيد الطلاب.

إشكالية موضوع البحث:

ما هو دور الاجتهاد القضائي في تفسير وتقويم النصوص القانونية الخاصة بالصلح بين الزوجين؟

المنهج المعتمد:

اعتمدنا في دراستنا على ثلاثة مناهج رئيسية. أولاً المنهج الاستقرائي، حيث قمنا بتصفح ودراسة مختلف النصوص التشريعية والقضائية المتعلقة بموضوع البحث. ثانياً المنهج المقارن، حيث قمنا بمقارنة بين الشريعة الإسلامية واجتهادات المحكمة العليا وقانون الأسرة المعمول به، بهدف فهم الفروق والتشابهات بينها، وأخيرا المنهج التحليلي، حيث قمنا بتحليل المواد القانونية ذات الصلة بموضوع الصلح بين الزوجين، ومناقشتها بعمق، لاستخلاص الاستنتاجات اللازمة.

خطة البحث:

للإجابة عن الإشكالية المطروحة قسمنا بحثنا الى فصلين: **(الفصل الأول)** إطار المفاهيم للاجتهاد القضائي والصلح بين الزوجين، وبدوره قسمناه إلى مبحثين، أين تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الاجتهاد القضائي، والمبحث الثاني مفهوم الصلح بين الزوجين، **(الفصل الثاني)** أثر الاجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين، أين فرعناه إلى مبحثين، المبحث الأول دور الاجتهاد القضائي في تطبيق القواعد المتعلقة بالصلح بين الزوجين، والمبحث الثاني يتمثل في الاجتهاد القضائي في إرساء قواعد الصلح بين الزوجين.

أخيرا حوصلنا مجموعة من النتائج والتوصيات في خاتمة البحث.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للاجتهاد القضائي والصلح بين الزوجين

يُفهم من عملية الاجتهاد القضائي عموماً على أنّه تفسير القوانين وتطبيقها من قبل القضاء، مع مراعاة الظروف والسياق الاجتماعي والثقافي لكل قضية، ويقوم القضاة خلال هذه العملية بالتفكير والتحليل والبحث للوصول إلى قرارات تتوافق مع العدالة والمنطق القانوني.

أما بالنسبة لمفهوم الصلح بين الزوجين، فيعبر عن العملية التّي يتم خلالها التوصل إلى اتفاق بين الزوجين في حالات النزاعات الزوجية والأسرية، يتضمن هذا الصلح تنازل الأطراف عن حقوقهم ومطالبهم بما يحقق المصلحة المشتركة ويحافظ على استقرار العلاقة الزوجية، ويعتمد هذا المفهوم على مبادئ العدل والتسامح والتعاون بين الأطراف، مما يعزز فكرة تسوية النزاعات بطرق بناءة.

في هذا السياق، تبرز أهمية دراسة دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الصلح بين الزوجين على الوجه القانوني الصحيح، حيث يتعين علينا فهم كيفية تطبيق القواعد القانونية والشرعية في حل النزاعات الزوجية وتعزيز السلم الأسري، من خلال تحليل هذين المفهومين، سنكون قادرين على فهم تأثير القضاء والقوانين على العلاقات الزوجية وكيفية تشجيع الصلح والتوافق بين الأطراف.

لذا تطرقنا في دراستنا الى الإطار المفاهيمي للاجتهاد القضائي والصلح بين الزوجين حيث تناولنا مفهوم الاجتهاد القضائي **(المبحث الأول)**، ومفهوم الصلح بين الزوجين **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

مفهوم الاجتهاد القضائي

يُعد الاجتهاد القضائي عملية فقهية وتفسيرية، يقوم بها القضاة لتطبيق القوانين واتخاذ القرارات القانونية في القضايا المختلفة، ويعكس المفهوم جهود القضاء في فهم وتفسير القوانين وتطبيقها على الحالات الفردية بمرونة وعدالة، ويهدف الاجتهاد القضائي إلى تحقيق العدالة وتطبيق القانون بطريقة تتناسب مع الظروف الفريدة لكل قضية.

نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الاجتهاد القضائي، مع الإشارة عن أهميته **(المطلب الأول)**، والكشف عن نطاق إعماله **(المطلب الأول)**.

المطلب الأول

تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته

نتناول في هذا المطلب تعريف الاجتهاد القضائي لغة واصطلاحا **(الفرع الأول)** وتعريفه في الفقه الاسلامي والقانون مع ذكر أهميته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الاجتهاد القضائي

من الملاحظ أن كلمة الاجتهاد القضائي من الكلمات المركبة أين يتوجب علينا تعريف كل كلمة على حدى للوصول إلى تعريف جامع.

أولا: تعريف الاجتهاد

1. لغة

الاجتهاد هو الجد وبذل الوسع والمجهود في طلب الأمر وهو افتعال من الجهد والطاقة[5]، والجهد بفتح الجيم يقصد منه النهاية والغاية[6]، لقوله تعالى: "**وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ**"[7]

---

[5]– أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج2، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2008، ص102.

[6]– الزبيدي مرتضي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط.6، د.د.ن، بيروت، 1999، ص20.

والمجتهد هو الذي يعطي لكل واقعة حكمها المناسب لمكانها وزمانها وحالها[8] ومن ذلك لقوله تعالى: "**وَالَّذِينَ لا يَجِدُونَ إِلّا جُهْدَهُمْ**"[9].

وفي اللغة الفرنسية يطلق على عبارة الاجتهاد القضائي (La jurisprudence) وهي من أصل لاتيني من لفظ (Juris) ويعني القانون ولفظ (Prudence) ويقصد منه العلم والمعرفة[10].

2. اصطلاحا

قام العلماء بإعطاء تعريفات كثيرة للاجتهاد كلها لا تختلف إلّا من حيث العبارة ومن بين هذه التعاريف:

تعريف الشوكاني هو "بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط"[11].

وقيل هو بذل المجتهد وسعه في استنباط الأحكام حيث انه في حالة ما إذا قام بالاجتهاد فقيه فيكون اجتهادا فقهيا، أما إذا قام بالاجتهاد قاضيا فيكون اجتهادا قضائيا[12].

يلاحظ ان الاجتهاد جهد فكري يقوم به المجتهد ليحس انه يجب عليه القيام بالبحث في المسالة عن طريق الاستنباط لكي لا يلحقه لوم بسبب تقصيره وعدم اهتمامه[13].

=[7]– سورة الانعام، الآية رقم 109.

[8]– الزبيدي مرتضي، المرجع السابق، ص20.

[9]– سورة التوبة، الآية رقم 72.

[10]– Petit Larousse, Imprimerie de la France, 1989, p155.

[11]– محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ارشاد الفحول، ج2، ط.1، دار الكتاب العربي، دمشق، 1999، ص205.

[12]– عبد الكريم زيدان، د ط، الوجيز في أصول الفقه، لبنان، 2004، ص402.

[13]– مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم في الشريعة الإسلامية كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2005، ص13.

3. قضاء

الاجتهاد هو الطريق الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، سواء فيما يتعلق بالنصوص القانونية، أو في استنباط الأحكام الواجبة التطبيق في حالة عدم وجود النص، كما يقصد منه أيضا مراقبة المحكمة العليا للقرارات والأحكام الصادرة من المحاكم والمجالس القضائية[14].

ثانيا: تعريف القضاء

1. لغة

للقضاء في اللغة عدة أوجه يعود مرجعها إلى تمام الشيء، فيقصد منه الحكم، وجمعه أقضية، والقاضي معناه في اللغة القاطع للأمور المحكم بها، ونقول استقضى فلان أي جعله قاضيا يحكم بين الناس اي الانهاء، والتقدير، القضاء، والحكم[15].

وفي القرآن الكريم ورد القضاء بمعنى الأمر، والحتم منه، لقوله تعالى: "**وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا**"[16]، وكما ورد أيضا بمعنى العمل لقوله تعالى: **فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ**"[17]، ويقصد منه الحكم والفصل[18] وأيضا بمعنى الاعلام القاطع[19] لقوله تعالى لقوله تعالى: "**وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ**"[20].

---

[14]– ليلى حمي، أثر الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار في الفقه الإسلامي وقنون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة - فك الرابطة الزوجية نموذجا-، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص الشريعة والقانون، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2023، ص16.

[15]– الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الجبل، لبنان، 2002، ص551.

[16]– سورة الإسراء، الآية رقم 23.

[17]– سورة طه، الآية رقم72.

[18]– بودور مبروك، "القضاء من المصطلح الى السلطة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، المجلد 1، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018، ص138.

[19]– أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق ص476.

[20]– سورة الإسراء، الآية رقم 04.

2. اصطلاحا

تعددت التعريفات الفقهية للقضاء من جهة المصطلحات والتعابير لكنها متقاربة في المعنى وسوف نتعرض على بعض منها:

القضاء في اصطلاح الفقهاء تسليم مثل الواجب بالسبب، القضاء على الغير إلزام أمر لم يكن لازما قبله، أما القضاء في الخصومة فهو تبيان ما هو ثابت[21].

فهو بذلك منصب الفصل بين الناس في النزاعات حسما لتداعي وقطعا للخصومة والنزاعات.

3. قضاء

هو مجموعة من المبادئ العامة التّي تتلخص من أحكام المحاكم عند تطبيقها للقانون في الفصل في النزاعات المطروحة[22].

ثالثا: تعريف الاجتهاد القضائي

1. شرعا

على ما سبق يمكننا تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي على النحو الآتي: "استفراغ القاضي وسعه وطاقته في إدراك الأحكام الشرعية الفاصلة في الخصومة وتنزيلها على الواقعة المتنازع عليها تنزيلا محكما[23]، وهو ثابت بالكتاب والسنة لقوله تعالى: "**إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا**"[24]، أو هو القضاء الشرعي خارج نطاق

---

[21]– الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ط.1، القاهرة، دار الكتاب المصري، 1991، ص191.

[22]– غواس حسينة، "الاقتراب المفاهيمي للاجتهاد القضائي في التشريع الاسري الجزائري"، **مجلة التوازن الفقهية والقانونية**، المجلد 6، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2022، ص48.

[23]– عياش رتيبة، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي أعلي، البليدة، 2021، ص6.

[24]– سورة النساء، الآية رقم 105.

النصوص القطعية سواء في ثبوتها أو في دلالتها، ذلك في مجال الاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت أو عند عدم ورود النص[25].

يقصد منه أن القاضي يقوم باستنباط الأحكام من أدلتها ويقوم بتنزيلها على الخصومة المطروحة أمامه عند وجود النص الذي يستند إليه، سواء من الكتاب أو السنة وفي حالة عدم وجود النص الذي يستند إليه أي لا يكون النص قاطع الدلالة فيستدل بالقياس أو الأدلة الاجتهادية الأخرى.

2. قانونا

هو بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمية[26]، ويقصد به مجموع الأحكام التّي تصدر من المحاكم في مسألة معينة، أي رأي المحاكم واجتهاداتها في المسائل المعروضة عليها، وعلى هذا يقال اجتهادات القاضي بمعنى الآراء التّي أخذت من المحاكم كما يطلق على الاجتهاد القضائي أيضا اسم القضاء، هذه الأخيرة التّي تفيد الحكم الصادر عن القاضي في قضية مطروحة أمامه وأن القاضي ليس له أن يجتهد في كل حكم يصدره لأنّ عمله يقتصر على تطبيق النصوص القانونية الصريحة في كثير من القضايا[27].

الفرع الثاني

أهمية الاجتهاد القضائي

للاجتهاد القضائي أهمية كبيرة للقاضي خاصة وللقانون عامة، لأنّه يضفي على القانون طابعا تطبيقيا وعمليا من حلال البحث عن الحكم العادل للقضايا المعروضة أمامه[28]، إذ أنّ النظام الانجلوسكسوني يعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا رسميا لقواعد القانون، أين يكون القاضي

---

[25]–محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص فقه وأصول في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009، ص90.

[26]– غواس حسينة، المرجع السابق، ص49.

[27]– عياش رتيبة، المرجع السابق، ص91.

[28]– غواس حسينة، المرجع السابق، ص49.

ملزم باحترام وتنفيذ الأحكام التّي سبقت والصادرة من المحاكم العليا والتي تكون ملزمة للمحاكم الابتدائية وواجبة التطبيق على القضايا المماثلة لتلك التّي صدرت[29]. أما في الدول التّي تأخذ بالنظام الفرنكوفوني، والذي تسير عليه معظم الدول العربية ومنها الجزائر فتعتبر الاجتهاد القضائي مصدرا احتياطيا لقواعد القانون، إذ أنّ القاضي يطبق القانون الساري المفعول به، وبالتالي هو غير ملزم بالأحكام القضائية السابقة التّي تتوصل إليها المحاكم[30].أما في النظام القانوني الجزائري تطبيقا لنص المادة 01 من ق.م.ج التّي جاء فيها ما يلي: "**وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة**"[31].

وعليه ووفقا لهذه المادة فتعتبر مصادر القانون هي التشريع ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي، وقواعد العدالة، ولم تتم الإشارة إلى الاجتهاد القضائي كمصدر من المصادر الأساسية أو الرسمية للقانون وبالتالي لا يلتزم به القاضي عند إصدار أحكامه ولا يعتد به كمصدر للقانون[32].

كما تكمن أهمية الاجتهاد القضائي في أنّه يوائم مقصود المشرع الذي يرمي لحفظ الحقوق وحماية المجتمع، كما يضفي على القانون لمسة التجديد والفعالية والحيوية، إذ يقوم بسد ثغرات التشريع ويكمل نقائصه، بالإضافة إلى أنّه يسير العمل القضائي ويذلل الصعوبات أمام القضاة، ويقرر بذلك مبادئ وقواعد قانونية جديدة تقوم على توحيد العمل القضائي، وتعطي بذلك الروح للقواعد القانونية كي تستمر وتتسع لتتناسب مع الوقائع المتجددة، وتستقر بعدها حينما ينقلها المشرع من سابقة قضائية إلى نص التشريع[33].

---

[29]– غواس حسينة، المرجع السابق، ص51.

[30]– محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص235.

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

[32]– غواس حسينة، المرجع السابق، ص52.

[33]– إقروفة زبيدة، "محاضرات في الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة"، مطبوعة موجهة لطلبة الماستر 2، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2023، ص17.

المطلب الثاني

نطاق إعمال الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة

يتسم مجال إعمال الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة بالتعقيد والحساسية، حيث يشمل القضايا المتنوعة مثل الزواج، والطلاق، وحضانة الأطفال، والنفقة، وتوزيع الممتلكات الزوجية، وغيرها، عند وجود نص تشريعي، يقوم القاضي بتطبيقه وفقاً لمبادئ القانون، ولكنه قد يحتاج إلى استخدام الاجتهاد لتفسير النصوص وتطبيقها على الظروف الفردية لكل قضية أما في حالة انعدام التشريع، فيجب على القاضي استخدام الاجتهاد لتطوير مبادئ قضائية جديدة تنظم العلاقات الأسرية، وذلك بمراعاة المصلحة العامة والمبادئ الأخلاقية، وبالتالي يمكن للقاضي من خلال الاجتهاد القضائي أن يساهم في تشكيل السياسات القانونية المتعلقة بالأسرة، وتحديد مسارات تطور القانون لتلبية احتياجات المجتمع في مجالات الأحوال الشخصية[34].

يلجا القاضي في منازعات الأحوال الشخصية المعروضة أمامه إلى الاجتهاد في حالتين وهما حالة وجود نص تشريعي **(الفرع الأول)**، وحالة انعدام التشريع **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الاجتهاد في حالة وجود النص

المبدأ أن سلطة القاضي مقيدة بالنص القانوني المراد تطبيقه على المنازعة المعروضة عليه ومطلقة فيما لم يرد نص قانوني صريح والذي يؤدي بالقاضي للاجتهاد سواء من خلال النصوص التشريعية التّي يكون ملزم بتطبيقها أو خارج هذه النصوص منه فالقاضي عند تطبيق النصوص التشريعية ملزم باللجوء للاجتهاد في حالتين:

أولا: الاجتهاد في فهم النص

يعد بحث القاضي في نصوص القانون عن القاعدة التّي يمكن تطبيقها على القضية المعروضة عليه ليس بالأمر الهين، على أساس أنّ النصوص القانونية لا تكون دائما واضحة.

---

[34]– عياش رتيبة، المرجع السابق، ص.ص6–7.

كما لا تكون دائما خالية من أي نقص، إذ أنّ غالبا ما يجد القاضي نفسه مجبورا على تفسير مضمون النص لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق على القضية المطروحة أمامه[35].

1. الاجتهاد في إطار النص المشوب بالخطأ المادي

يقال عن نص أنه مشوب بالخطأ المادي، إذا كانت العبارة التّي ورد فيها تتضمن خطأ فادحا في بعض من ألفاظها، بحيث أن معنى النص القانوني لا يستقيم إلّا بعد تصحيحها، ويعتبر هذا النوع من العيوب الأبسط والأقل شانا لأنه في الأصل لا يستوجب لا تفسيرا ولا توضيحا ولا اجتهادا في النص المعيب وإنّما يحتاج تصحيحا فقط[36].

وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 84 من قانون الأسرة على: **"للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة وله الرجوع في الاذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.**

إذ أنّ عبارة (جزئيا أو كليا) جاءت غامضة لأنّها تنصرف إلى التصرف، وليس إلى الأموال التّي يتصرف فيها القاصر المميز لكن المشرع الجزائري هنا التصرف في كل الأموال أو جزء منها[37].

2. الاجتهاد في إطار النص المشوب بالغموض

يقصد بالنص المشوب بالغموض النص الذي يحتمل عدة تأويلات، أي ليس له معنى واضح ودقيق، فالقاضي هنا ملزم بن يجتهد في فهم النص وتفسير مضمونه، بغرض استخلاص الحكم الواجب التطبيق على القضية المعروضة أمامه[38]، ويكون اختلاف الاجتهادات القضائية باختلاف القضاة من حيث فهم وتفسير النصوص التشريعية[39].

---

[35]– عياش رتيبة، المرجع السابق، ص.ص6-7.

[36]–مطروح عدلان، المرجع السابق، ص28.

[37]–عياش رتيبة، المرجع السابق، ص7.

[38]–خليفة غربي، اسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري –إنحلال الزواج نموذجا–، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، حقوق جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص21.

[39]– عياش رتيبة، المرجع السابق، ص7.

وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 41 من ق أ LK "**ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.** المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 40 حدد طرق إثبات النسب بنوعيه الطرق المنشئة والطرق الكاشفة فالطرق المنشئة تتمثل في الزواج الصحيح وما الحق به من أنكحة وطرق الكاشفة تتمثل في الإقرار والبينة، أمّا في الفقرة الثانية أدرج المشرع الجزائري الأساليب العلمية لإثبات النسب واعطى للقاضي السلطة التقديرية في ذلك بنصه على ما يلي: "**يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب**".

من المعروف أن الطريق الأصلي لثبوت النسب هو الزواج الصحيح بتوفر شروطه، وهي وضع الحمل بين أقل من 6 أشهر واقصى مدته 10 أشهر، وعدم نفي الحمل بالطرق المشروعة. فمن الملاحظ أنّ الشرط الأخير جاء بصيغة الجمع "الطرق" من دون حصر ولا تمثيل ما يفيد تعدد طرق نفي النسب، سواء باللعان الذي تم النص عليه شرعا أو بالشهادة الطبية أو بالوسائل العلمية، كالزمر الدموية والتحليل الوراثي[40]، وبالتالي فإنّ غموض نص المادة المذكورة سابقا فتح المجال أمام تعدد الآراء في تفسير الطرق المشروعة لنفي النسب، لأنّها جاءت بصيغة الجمع مما اوهم شمولها بطريق البصمة الوراثية أين جاء قرار المحكمة العليا ليقرر "**نفي النسب يكون بطريق مشروع واحد وهو اللعان**"[41].

3. الاجتهاد في إطار النص المشوب بالنقص

يعتبر النص القانوني أنه مشوب بالنقص في حالة ما إذا كانت عباراته خالية من بعض الألفاظ، التّي لا يكون النص فيها مستقيما إلّا بها[42]. وكمثال نص المادة 103 من ق.أ.ج التّي تنص: "**يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر**"، من النص القانوني نرى ان المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات أسباب الحجر لكن دون ان يقوم بالتفريق بين أسباب الحجر التّي تستدعي الخبرة الطبية وأسباب

---

[40]– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص23.

[41]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 828820، الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2002، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2002، ص 323.

[42]–مطروح عدلان، المرجع السابق، ص31.

الحجر التّي لا تستدعي ذلك[43]، والأصل أن الاستعانة بالخبرة الطبية في دعوى الحجر يكون بسبب الجنون أو العته لكن في حالة السفه، يمكن للقاضي أن يأمر مباشرة بإجراء تحقيق قضائي دون الحاجة إلى خبرة طبية كما يمكن للقاضي سماع أقوال من يرى فائدة في سماعهم وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 2002 أين قضت بأنّه: "**يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف بموجب خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود**"[44].

فمن المعروف ان عمل القاضي يكمن في تحقيق هدف العدل، إذ أنّه في حالة إذا ما لاحظ نقصا في القانون الواجب التطبيق، تعين عليه أن يحكم بما يتوافق ومبادئ العدالة، فبقيامه بتفسير النصوص التشريعية قد يتخذ وسيلة لتغير معاني ومفردات بما يتناسب مع الأوضاع المادية والاجتماعية والاقتصادية الجديدة.

4. الاجتهاد في إطار النص المشوب بالتناقض

يعد تناقضا أو تعارضا بين نصين قانونيين حالة إذا كان الحكم الذي يعبر عليه أحدهما مخالف للحكم الذي يمكن أن يستنتج من الن القانوني الآخر وتكون مهمة القاضي في هذه الحالة التوفيق بين الاثنين، وإذا لم يتمكن من ذلك رجح أحدهما عن الآخر[45]، وكمثال عن ذلك نص المادتين 32 و35 من قانون الأسرة الجزائري حين نصت المادة 32 من الأمر رقم 05-02 على: "**يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد**"، كما تنص المادة 35 من نفس الأمر على أنه: "**إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا**".

من الملاحظ جدا وجود تناقض بين المادتين ذلك في مصطلحي "**الفسخ والبطلان**"، إذ أنّه في المادة 32 يعتبر عقد الزواج باطل إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد

---

[43]-عياش رتيبة، المرجع السابق، ص10.

[44]-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 273529، الصادر بتاريخ 13 فيفري 2002، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2002، ص 55

[45]-مطروح عدلان، المرجع السابق، 31.

وبالمقابل اعتبر في المادة 35 أن عقد الزواج الصحيح والشرط باطل وهذا التناقض واضح جدا[46].

إذ أنّ المشرع الجزائري اعتبر في المادة 35 أنّ هذه الشروط الفاسدة المنافية لعقد الزواج لا يمكن ان تكون مخلة بالمقصود من الزواج لذلك نص على بطلان الشرط وصحة العقد، وهذا ما يندرج من قبيل الصواب[47].

ثانيا: الاجتهاد في تطبيق النص

للاجتهاد في تطبيق النص أهمية لا تقل عن الاجتهاد في فهم النص، إذ أنّه يعتبر مرحلة ضرورية من المراحل العملية الاجتهادية، إلّا أنّ القاضي ملزم ببذل الجهد لفهم النص من حيث معاينة أحكامه، وتحديد ما يرغب الوصول إليه المشرع، فيقوم بدراسته دراسة علمية تحليلية دقيقة للوقائع دراسة علمية تحليلية للتعرف على خصائصها، وما يحيط بها من ملابسات، وفي الأخير يقوم بتطبيق الأحكام على الوقائع على النحو الذي يحقق المصلحة المرجوة من حيث المضمون، ما يفسر ان القاضي لا يطبق النصوص بشكل الي وإنّما يكون بعد دراسة للوقائع التّي يريد تطبيق النص عليها[48].

ومثال عن ذلك نص المادة 53 فقرة 2 التّي تنص: "**يجوز للزوجة ان تطلب التطليق الأسباب الآتية: العيوب التّي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج**".

وتنص المادة 53 مكرر على ما يلي: "**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**.

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري عند ذكره للعيوب اشترطها في الزوج دون الزوجة، وأنّه لم يبين ويحدد معنى العيوب التّي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج هل من العيوب الجنسية أم من

---

[46]– العياشي فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2007، ص33.

[47]– عياش رتيبة، المرجع السابق، ص11.

[48]– المرجع نفسه، ص13.

العيوب الأخرى، بالإضافة إلى كل هذا لم يقم بتبيان إذا كانت المرأة تعلم أو لا تعلم بهذه العيوب قبل إبرام عقد الزواج حتى تتمكن من طلب التطليق، لكن هناك من الفقهاء من ذهب إلى اشتراط عدم علم الزوجة بالعيوب قبل العقد، حتى يكون لها الحق في طلب التطليق[49].

الفرع الثاني

الاجتهاد في حالة الفراغ التشريعي

يقصد بالفراغ التشريعي عدم ورود النص، وهو من أهم مجالات الاجتهاد، إذ أنّه في حالة عدم النص في القانون، يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما أكدته المادة 222 من قانون الأسرة" كل **ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الاسلامية**" حيث يفهم من هذه المادة أمرين:

الأول: أن المشرع الجزائري أعطى الحرية للقاضي في حق الاجتهاد في كل مسالة لم يتم النص عليها صراحة في قانون الأسرة و**الثاني:** أنّ المشرع الجزائري أعطى الحرية للقاضي بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية باعتباره من المصادر الأساسية في قانون الأسرة دون تقييده بأحد المذاهب، إذ أنّ مصادر التشريع الإسلامي لم تحصر في القرآن والسنة فقط، بل وامتدت إلى مصادر أخرى مثل العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[50].

وللاجتهاد القضائي دور فعال حالة انعدام النص القانوني في إيجاد حلول إجرائية للمسائل المرتبطة بإثبات الزواج العرفي، وهذا ما أكدته التطبيقات القضائية، إذ تميزت بالشغور الاغفال الاجرائي في قانون الأسرة أنّ المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية قام باستحداث أحكاما إجرائية خاصة ومنها قسم شؤون الأسرة الذي خص له فصلا مستقلا من خلال المواد من 324 إلى المادة 499.

---

[49]–محروق كريمة، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، د.ط، دار ألفا للوثائق، الجزائر، 2019، ص.ص79–80.

[50]–غواس حسينة، المرجع السابق، ص58.

المبحث الثاني

مفهوم الصلح بين الزوجين

يعتبر الصلح في دعاوى الطلاق إجراء سواء تعلق الأمر بالطلاق بناء على طلب من أحد الزوجين، أو بالتراضي، وهو من الطرق الودية لحل النزاعات بين الزوجين، ذلك على امتداد التاريخ الإسلامي، على أساس أنه يؤدي إلى إنهاء وقطع الخصومة والأصل أن تتم مباشرته من القاضي نفسه.

وسوف نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الصلح وذكر أهميته **(المطلب الأول)**، وتمييزه عن الصلح في القوانين الأخرى وما يشابهها من مصطلحات **(المطلب الأول)**.

المطلب الأول

تعريف الصلح بين الزوجين وأهميته

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الصلح من الناحية اللغوية واصطلاحا **(الفرع الأول)**، وذكر أهميته **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تعريف الصلح بين الزوجين

لهدف الوصول لتعريف شامل للصلح، يتطلب الأمر تعريفه لغة **(أولا)**، ثم اصطلاحا **(ثانيا)**، ثم قانونا **(ثالثا)**

أولا: لغة

في كلام العرب يأتي الصلح على عدة معان منها المصالحة والتصالح والإصلاح وهو عكس المخاصمة والتخاصم[51]. وبالضم **(الصُّلْحُ)** من صلح هو السلم، وهو خلاف الفساد اتى

[51]– بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015، ص11.

بالصلاح أي اتى بالخير والصواب اتى بما هو صالح، أي اتى بما هو نافع، وبالتالي فإزالة الفساد والنزاع وسوء الفهم بين الزوجين هو المقصود بالصلح لغة[52].

وصالحهم مصالحة وصلاحا أي بمعنى سالمهم وهو قطع المنازعة سواء بكسر السين أو بفتحها ويقال أصلح في عمله بمعنى اتى بما هو صالح ونافع، كما يقال أصلح بينهما أي أزال ما بينهما من عداوة وخصومة[53].

وعليه فإنّ الصلح بين الزوجين لغة هو إزالة ما بين الناس من نزاع وسوء فهم لقوله تعالى: **"أَن تَبَرُّوا وَتَتَّقُوا وَتُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ"**[54].

ثانيا: اصطلاحا

لم يقم الفقهاء بتعريف الصلح بين الزوجين وإنّما عرفوه بصفة عامة على أنّه عقد ينتهي بموجبه الخلاف والتنازع الواقع بين أطراف النزاع دون ذكر نوع تلك الخصومات وأسبابها[55].

إذ اجمعوا بدورهم على أن الصلح عقد ينتهي بموجبه النزاع بين الأطراف المتنازعة إذ عرفه الحنفية: "هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة"[56]، وأما الفقه الاسلامي يعتبرون الصلح انه سيد الأحكام لأنّه قائم في جميع العقود لذا عرفوه على أنّه: "هو العقد الذي تقطع به خصومة المتخاصمين، أو هو عقد يحصل به ذلك"[57].

---

[52]– أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب المحيط، ج.2، ط.1، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص331.

[53]– المرجع نفسه، ص550.

[54]– سورة البقرة، الآية 224.

[55]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص11.

[56]– الكاساني الامام بن مسعود بن أحمد، الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، ج 2، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ص93.

[57]– سليمان قدور محمد، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص63.

أما المالكية فيعرفونه على أنه: "انتقال حق أو دعوى يعوض لرفع نزاع قائم، أو الخوف من وقوعه"[58]. إذ أنّ هذا التعريف جاء جامعا لكل أنواع الصلح، سواء بانتقال الحق الذي يؤدي الى الصلح عن الإقرار، أو الانتقال عن الدعوى الذي يؤدى الى الصلح عن الانكار أو السكوت[59]، ويعد هذا التعريف أفضل تعريف بالمقارنة مع التعريفات الأخرى، لأنه أعطى للصلح دورا وقائيا لم يكن له وجود في التعريفات السابقة[60].

ثالثا: قانونا

من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يدرج تعريف للصلح لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بل أشار فقط من خلال قانون الأسرة إلى اجراءات الصلح التّي يجريها القاضي، وهي ملزمة حيث نصت المادة 49 من ق.أ.ج على ما يلي: **"لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه امين الضبط والطرفين.**

فالمشرع الجزائري اعتبر ان الصلح إجراء قضائي، لأنّ القاضي ملزم ومجبر به قبل إصدار الحكم في النزاع المعروض أمامه، وبالتالي فهو إجراء مهم بين الزوجين، لتجنب فك الرابطة الزوجية، باعتباره أداة يستخدمها القاضي لتقريب وجهات النظر بين الطرفين للإصلاح بينهما[61]

---

[58]– بن سعد محمد، دليل المالك لمذهب الامام مالك في جميع العبادات والمعاملات، د.ط، دار الندوة، د.س.ن، ص448.

[59]– الطاهر برايك، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2002، ص16.

[60]– بداني نور الدين، احكام الصلح ما بين نصوص قانون الاسرة والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2023، ص9.

[61]– بودحرة احمد، قروف موسى، "الصلح بين الزوجين في القانون الجزائري بشقيه الموضوعي والاجرائي"، **مجلة المفكر**، المجلد 18، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023، ص448.

وهذا ما أكدته الآية: "**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**"[62].

كما نصت عليه المواد من 439 إلى 449 من ق.إ.م.إ إذ أنّ كل هذه المواد تتضمن الصلح كإجراء قضائي دون إعطاء تعريف اصطلاحي وقانوني، تاركا المجال مفتوحا لشراح القانون الذين أطلقوا عليه مصطلح "الصلح القضائي".

وفي هذا السياق عرف الفقه الصلح في مجال قضايا شؤون الأسرة على أنّه قيام القاضي بجمع الزوجين المتنازعين أمامه لمحاولة اقناع الزوج على التراجع عن الطلاق[63].

كما تم تعريفه على أنّه: "السعي والتوسط بين الطرفين المتخاصمين من أجل رفع النزاع عن طريق التراضي والمسالمة"[64].

أمّا القانون المدني فقد قام بترتيب نصوصه من المادة 459 إلى المادة 466 وقام بتقسيمها إلى ثلاثة أقسام، أين عرض في القسم الأول أركان الصلح وفي القسم الثاني آثار الصلح وفي القسم الثالث بطلان الصلح[65].

عرفته المادة 459 من ق.م.ج على أنّه: "**الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

وعليه فالصلح في شؤون الأسرة لا يعتبر عقدا، وإنّما يعتبر إجراء يلتزم به القاضي قبل إصدار الحكم، ذلك ببذل جهد لإيجاد حل لتسوية النزاع القائم بين الطرفين، والمعروض عليه

---

[62]– سورة النساء، الآية رقم 128.

[63]– حجوج يحي، "دور الصلح في حماية الرابطة الزوجية"، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، المجلد 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2022، ص448.

[64]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص15.

[65]– بن عودة حسكر مراد، "سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه وآلية تفعيله"، **المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد**، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2020، ص156.

بطريقة سلمية، بإقناع الزوجين بضرورة استمرارية العلاقة الزوجية بينهما حفاظا على الأسرة خاصة وعلى المجتمع عامة.

الفرع الثاني

أهمية الصلح بين الزوجين

تعتبر الأسرة نواة المجتمع، لذا حرص الإسلام على حمايتها من التفكك والتلاشي والانفصال، الذي يبدا نشوزا، ثم يتحول إلى انفصال وفراق وتفكك الرابطة الزوجية، التّي تؤدي إلى تفكك أسرة ثم إلى تفكك مجتمع لذلك قال تعالى: "**وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**"[66].

ومن هذا تظهر أهمية الصلح في حماية الرابطة الزوجية من التفكك والاختلاف إذ أنّ هناك اجماع على أهميته في أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئ قانون الأسرة إذ يساهم في:

– إنها حل ودي ومراجعة لقرارات الزوجين إذ تسمح لكل من الزوجين بمراجعة قراراتهما وتغليب المصلحة العامة للعلاقة الزوجية والمصلحة الخاصة للأبناء، التّي تنجم عن العواطف المنفعلة والغضب الذي يؤدي إلى اتخاذ قرارات سريعة ومتهورة[67].

– يقوم بتخفيف العبء عن المتخاصمين، إذ أنّ الغرض من الصلح الودي بين الزوجين لم شمل أسرة كادت أن تتفرق، وبالتالي هو بمثابة إعادة استقرار والسكينة بين الزوجين.

– هو تخفيف من الخسائر المادية والجهد الجسدي والنفسي الذي ينتج عند اللجوء للقضاء وفي هذا تعب للزوجين.

– يقوم بتخفيف العبء عن القضاء وذلك بالتقليص من عدد القضايا التّي تطرح وتعرض أمامه بالخصوص إذا تم الصلح قبل رفع الدعوى، الشيء الذي يمنح فرصة للقضاء بالتفرغ للقضايا الأخرى المطروحة أمامه.

---

[66]– سورة النساء، الآية رقم 128.

[67]– لخداري عبد الحق، "الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، **مجلة الأحياء**، المجلد 20، العدد 24، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2020، ص56.

– يقوم بإزالة الأحقاد بين الزوجين ذلك بوقوف القاضي على الأسباب التّي أدت للخلاف.

– يقوم بستر الأسرار من الانتشار ذلك بحصر المشكلة والخلاف في نطاق ضيق.

– كما أنّ الصلح يجنب طريق آخر، وهو طريق القضاء الذي يؤدى بدوره إلى الشحنة والنفرة بين الزوجين ذلك بخروج الأسرار من المنزل، وأيضا التدخلات التّي تنجر عن ذلك والتي تزيد من حجم المشكل.

– وهذا ما جعل المشرع الجزائري يؤكد على وجوبية الصلح في القضايا الأسرية، والتي وضع له إجراءات مفصلة من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تمارس تحت اشراف القضاء وفي جلسة سرية لا يحضرها إلّا الزوجين أين يستمع القاضي لكل على انفراد ثم اليهما معا[68].

المطلب الثاني

تمييز الصلح في قانون الأسرة عما يشابهه من مصطلحات وقوانين أخرى

يتميز تمييز الصلح في قانون الأسرة بعناصر خاصة ترتبط بالعلاقات الأسرية والمسؤوليات الوالدية والحقوق المالية والنفسية، وبفضل هذا التمييز، يُمكن لقانون الأسرة أن يحافظ على استقرار الأسرة كوحدة اجتماعية، من خلال تشجيع الحلول الودية التّي تخدم مصالح الأسرة وتعزز ترابطها الاجتماعي والعاطفي.

لذا، نتطرق في هذا المطلب إلى تمييز الصلح في الأحوال الشخصية عما يشبهه من المصطلحات **(الفرع الأول)**، وتمييزه عن الصلح في القوانين الأخرى **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

تمييز الصلح عما يشابهه من المصطلحات

يبرز الصلح في القانون كآلية فعّالة لحل النزاعات الأسرية، متميزًا عن مصطلحات أخرى مثل الصلح في القانون الجنائي أو التعويضات في القانون المدني.

---

[68]– فخار حمو، "الصلح في القضايا الأسرية بين الشريعة والقانون الجزائري"، **مجلة الواحات للبحوث والدراسات**، المجلد 14، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، غرداية، 2021، ص480.

لذا، سوف نعرض في هذا الفرع تمييز مصطلح الصلح عما يشابهه من المصطلحات باعتباره من الطرق البديلة لتسوية النزاعات والتي تتمثل في التحكيم**(أولا)**، والوساطة **(ثانيا)**.

أولا: تمييز الصلح عن التحكيم

يعتبر التحكيم في وقتنا الحالي من أفضل الطرق لحل النزاعات على المستوى الدولي، باعتباره نظاما خاصا للفصل في الخصومات بين الأطراف إذ أنّه عبارة عن اتفاق بين الأطراف المتنازعة على أن يتم الفصل بالفعل في النزاع الذي ثار بينهم، ففي حالة اختيارهم هذه الطريقة لحل النزاع فانه لا يمكن لاحد الأطراف اللجوء بعد ذلك للقضاء[69].

وبالتالي فالصلح والتحكيم يتشابهان من حيث:

- أنّ كليهما إجراء أولي قبل إصدار الحكم، والقاضي هو من يأمر بذلك.
- كليهما يجب ان يكون فيهما النزاع قائم، وغير محتمل الوقوع.
- يترتب عنهما إنهاء النزاع دون استصدار حكم قضائي، وعدم قبول الدعوى، إذ لا يجوز للمحكمة النظر في نزاع فيه حكم تحكيم، أو صلح قضائي[70].

أما أوجه الاختلاف فهي كثيرة منها:

- الصلح القضائي ملزم بالقيام به قبل إصدار الحكم، أما التحكيم فهو إجراء غير ملزم، وإنّما هو اختياري ويقوم به الحكمان[71].
- الصلح القضائي هو من يشرف على عملية الصلح، أما التحكيم فتتم من طرف محكم يعينه الطرفان المتنازعان[72].

---

[69]–طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، ط.1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2014، ص91.

[70]–المرجع نفسه، ص92.

[71]–بن قوية سامية، "الصلح في قانون الأسرة الجزائري –إشكالات شرعية وقانونية–"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، المجلد 3، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص 328.

[72]–وعلي فروجة، بوجمعة امين، دور الصلح القضائي في حل النزاعات في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر. تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزى وزو، 2021، ص16.

– الصلح حل وسط يرضي الطرفين، يتم النزول عن جزء من الحق لكلا الطرفين المتنازعين أما في التحكيم فهيئة التحكيم تطبق القانون على موضوع الخصومة[73].

– الطرفين المتنازعين يعرفون سابقا ما سوف يتنازلون عنه في الصلح عكس التحكيم يجهلون مصير النزاع لأنّ الأمر متروك لهيئة الحكم[74].

ثانيا: تمييز الصلح عن الوساطة

الوساطة هي لجوء المتخاصمين إلى شخص ثالث محايد ليس له علاقة بهما من أجل التوسط، إيجاد حل للنزاع القائم بين الطرفين المتنازعين، ويسمى وسيطا، يتميز بالنزاهة والعدل والصدق له سيرة حسنة ومحايدا.

فالصلح والوساطة يتشابهان في:

– كلاهما طريقان وديان بديلان عن القضاء، لإنهاء الخلاف بين الطرفين المتنازعين سلميا.

– كلاهما يتنازل فيه الخصوم عن جزء من حقهم، وان إنهاء الخصومة تتوقف على موافقة الأطراف المتخاصمة.

أما وجه الاختلاف فتتمثل في أن الصلح يتم بين الأطراف المتنازعة وان الوساطة تتم بواسطة طرف ثالث وهو الوسيط[75].

الفرع الثاني

تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

تمييز الصلح في شؤون الأسرة، يتجلى في تركيزه على حل النزاعات الخاصة بالعلاقات الأسرية، بينما يفرق عن الصلح في القوانين الأخرى، كالقانون المدني، وقانون العمل.

لذا، سوف نتطرق إلى تمييز الصلح في قانون الأسرة عن القانون المدني **(أولا)**، وعن قانون العمل **(ثانيا)**.

---

[73]– طلعت يوسف خاطر، المرجع السابق، ص92.

[74]– المرجع نفسه، ص 95.

[75]– بودحرة أحمد، قروف موسى، المرجع السابق، ص338.

أولا: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني

قام المشرع الجزائري بتعريف الصلح في المادة 459 من ق.م.ج التّي نصت على ما يلي: **"الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه.**

فالمشرع الجزائري قد كيف الصلح في هذه المادة على أنّه "**عقد**"، وهذا ما لجأت إليه معظم التشريعات العربية، اعتمادا على تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين يعتبرونه سيد الأحكام، والمشرع الجزائري أخذ تعريف عقد الصلح من المذهب المالكي الذي عرف الصلح على أنه: "هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع خوف وقوعه" أين اعتبره الكثير من الفقهاء أفضل تعريف ذلك بالمقارنة مع تعريفات الفقهاء الآخرين[76].

أمّا المشرع في قانون الأسرة لا يعتبر الصلح "عقد"، وإنّما يعتبره "إجراء وقائي"، يقوم به القاضي قبل إصدار الحكم، وهو من الإجراءات الوجوبية الأولية، وهذا ما أكدته المادة 49 من ق.أ.ج، أين اعتبرته إجراء قضائي دون ذكر تعريف له، على عكس القانون المدني الذي خصص فصلا كاملا، وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني: الالتزامات والعقود من المادة 459 إلى 466 منه حيث عرفه في نص المادة 459 منه حيث عرفته كما يلي: "**الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**".

1. من حيث طبيعة النزاع والقضايا

الصلح في شؤون الأسرة يكون لصيقا بالنزاع القائم بالضرورة، وهو النتيجة المؤكدة بعد رفع الدعوى، والذي يكون ذو طبيعة استثنائية، ولا يقبل النزاع المحتمل الوقوع، أما الصلح في القانون المدني يمكن أن يكون نزاع قائم، أو محتمل الوقوع، والهدف منه تجنب أي نزاع محتمل الوقوع، أما

[76]– بودحرة أحمد، قروف موسى، المرجع السابق، ص 338.

من حيث القضايا، فقضايا شؤون الأسرة تتعلق بحالة الأشخاص، يغلب عليها طابع السرية والحرمة أما قضايا المدني فتتعلق بالأموال سواء كانت منقولة أو عقارية[77].

2. من حيث القائم بالصلح والمواعيد

الصلح في شؤون الأسرة يتم من طرف قاض مختص في شؤون الأسرة في مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى والقاضي ملزم باحترام المدة المحددة قانونا حسب المادة 49 من ق.أ.ج، أما الصلح في القانون المدني، قد يكون بطلب من أطراف النزاع أنفسهم، أو بطلب من القاضي، ويكون ذلك في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، فهو غير مرتبط بمدة معينة.

ثانيا: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في قانون العمل

المبدأ أن كل شخص تم الاعتداء على حقه، فمن حقه اللجوء إلى القضاء من أجل مباشرة الدعوى، استثناء أورد القانون حالات حتى ولو وقع اعتداء على حق من الحقوق، فإنّ الشخص لا يمكن له اللجوء مباشرة إلى القضاء ورفع دعوى، إلّا بعد قيام بإجراء معين أو بالأحرى الحصول على إذن معين، وهو ما يسمى "المنع المؤقت"، أو "القيد"، والذي يتمثل في إجراءات المصالحة في منازعات العمل، والتي تتم على مستوى مفتشية العمل المختصة إقليميا[78].

نصت المادة 19 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل على أنّه: "**يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمل موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية**

يُعتبر إجراء المصالحة المنصوص عليه في الفقرة السابقة اختياريا عندما يقدم المدعي عليه خارج التراب الوطني، أو حالة الإفلاس، أو تسوية قضائية من قبل صاحب العمل"[79].

---

[77]- بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص30.

[78]- المرجع نفسه، ص30.

[79]- قانون رقم 90-04، المؤرخ في 6 فيفري 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج عدد 6، الصادر في 7 فيفري 1990، معدل بالقانون رقم 91-28، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج عدد 68، الصادر في 28 ديسمبر 1991.

من النص نجد ان المشرع الجزائري في النزاعات الفردية للعمل ألزم الشخص بوجوبية إجراء محاولة الصلح في مكتب المصالحة المتواجد على مستوى مفتشية العمل، ذلك قبل اللجوء إلى القضاء، وأنّه في حالة رفع الدعوى مباشرة دون إجراء محاولة الصلح، ترفض الدعوى في حالة إذا لم يتم الاتفاق بين أطراف الخصومة عند القيام بمحاولة الصلح بمكتب المصالحة، أي بمعنى ان محاولة الصلح باءت بالفشل، هنا يمنح للشخص المدعى محضر عدم الصلح يمكن الخصم بموجبه برفع دعوى أمام القضاء في قسمه الاجتماعي، في أجل لا يتجاوز 6 أشهر من تاريخ استلام محضر عدم الصلح.

أما في حالة إذا تم الاتفاق على المصالحة، سواء في كل النقاط أو جزء منها، فيمنح للشخص محضر الصلح من طرف مكتب المصالحة وفي حالة عدم تنفيذ اتفاق المصالحة، من قبل أحد الأطراف في هذه الحالة، يأمر رئيس المحكمة التّي تفصل في المسائل الاجتماعية من أجل التنفيذ في اول جلسة مع تحديد غرامة تهديدية يومية، وعليه نلاحظ ان الصلح في قانون العمل يختلف عن الصلح في شؤون الأسرة، على أساس ان الصلح في قانون العمل يعتبر قيدا على رفع الدعوى، وان الصلح في شؤون الأسرة يعتبر شرطا أساسيا ملزما للنظر في موضوعها، إذ يعتبر إجراء من الإجراءات التّي يقوم بها القاضي بعد رفع الدعوى، عكس الصلح في قانون العمل الذي لا يعتبر إجراء من إجراءات النزاع وإنّما هو إجراء مستقل في حد ذاته عن النزاع[80].

مثال عن ذلك حالة إذا ما القضية انتهت بعد الصلح بين الطرفين في مكتب المصالحة، يمنح محضر عدم الصلح للشاكي، بموجبه يقوم بمباشرة الدعوى، ففي حالة إذا ما اخطآ في الإجراءات مثلا برفع دعوى أمام جهة قضائية غير مختصة، هنا يصدر حكم برفض الدعوى لعدم الاختصاص، لكن يبقى محضر عدم الصلح صحيحا، وبه يمكن له رفع دعوى جديدة أمام المحكمة المختصة، وعلى هذا نقول ان محضر عدم الصلح هو إجراء مستقل بذاته وليس جزءا من إجراءات الخصومة.

أيضا ودائما في قانون العمل المشرع الجزائري تطرق إلى نوع آخر من النزاعات إضافة إلى النزاعات الفردية في العمل، أين يتوجب فيها إجراء محاولة الصلح وهي النزاعات الجماعية في

[80]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص32.

العمل والتي يحكمها قانون 90-02، إذ تنص المادة 06 منه على أنه: "**تقوم مفتشية العمل المختصة إقليميا التّي يرفع إليها الخلاف الجماعي في العمل وجوبا بمحاولة المصالحة بين المستخدم وممثلي العمال**"[81].

وبالتالي فمحاولة الصلح هو إجراء وجوبي لحل الخلافات قبل اللجوء للوساطة والتحكيم، والمشرع الجزائري نص على نوعين من المصالحة في قانون العمل، النزاع الفردي، والنزاع الجماعي اما بالنسبة للصلح في شؤون الأسرة، يكون النزاع فيها دائما نزاعا فرديا بين الزوجين[82].

من حيث الاشراف على الصلح ففي شؤون الأسرة القاضي هو من يشرف على الصلح اما الصلح في قانون العمل فمكتب المصالحة المتواجد على مستوى مفتشية العمل المختصة إقليميا هو من يشرف على الصلح.

[81]- قانون رقم 90-02، المؤرخ في 6 فيفري 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، المعدل والمتمم بقانون رقم 27-91، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج.ر.ج.ج عدد 68، الصادر في 21 ديسمبر 1991.

[82]-بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص33.

الفصل الثاني

أثر الاجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين

تلعب الاجتهادات القضائية المستقر عليها من طرف المحكمة العليا دورا فعالا في ضمان التطبيق السليم للقانون، وفهمه فهما موضوعيا، معتمدة في أغلبها على ما انتهى إليه الفقهاء بتنوع مذاهبهم، ليكون بذلك الاجتهاد القضائي قد حقق قفزة فعالة في إرساء الاستقرار الأسري في إجلاء النقص والغموض الذي يعتري بعض مواد قانون الأسرة، خاصة في حالات فك الرابطة الزوجية ومسائل الصلح المطروحة في المجال القضائي.

ومن أجل معرفة مختلف الآثار المترتبة عن تطبيقاته والاشكاليات المطروحة من الناحية العملية وكيفية تصدي الاجتهادات القضائية لها.

ارتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث نتطرق لدراسة أثر الاجتهاد القضائي في تطبيق القواعد المتعلقة بالصلح بين الزوجين **(المبحث الأول)**، ثم نبين أثر الاجتهاد القضائي في إرساء قواعد الصلح بين الزوجين **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

أثر الاجتهاد القضائي في تطبيق القواعد المتعلقة بالصلح بين الزوجين

يكتسي الاجتهاد القضائي دورا بالغ الأهمية في مجال القانون، فهو يضفي عليه طابعه العملي الحي، ونظرا لتفاقم حالات الطلاق في الميدان القضائي يظهر دور قاضي شؤون الأسرة في حماية الأسرة من الانهيار، بسبب الشقاق الذي يقع بين الزوجين، الأمر الذي يساهم في تفعيل النصوص القانونية وإخراجها من حالة الركود إلى التطبيق.

إن الاجتهاد القضائي الذي يمارسه كل رجل قانوني في مجال الصلح بين الزوجين من شأنه تفعيل إجراء الصلح، خاصة من خلال الاجتهاد في ضبط الاشكالات المتعلقة بهذا الإجراء وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني وهذا بعد عرض التباين الحاصل حول طبيعة إجراء الصلح الذي نجده في المطلب الأول.

المطلب الأول

الاجتهاد القضائي وتحديد طبيعة إجراء الصلح بين الزوجين

تثير محاولة الصلح في قانون الأسرة إشكالات من حيث مدى إلزاميتها من عدمها، فقد اختلف رجال القانون في تفسيرهم للمادة 49 من ق.أ.ج إلى اتجاهين، بين من يرى أن إجراء الصلح هو من الاجراءات الجوهرية، بحيث يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام ويرتبون على إغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الإجراء بطلان العمل القضائي، ومنه يكون بطلان الحكم القاضي بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، وبين من يرى عكس ذلك، بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهريا، لا صلة لها بالنظام العام، ولا بالطلاق أو التطليق.

من أجل معرفة مختلف وجهات النظر، وموقف المحكمة العليا إرتأينا في هذا المطلب لدراسة الصلح كإجراء جوهري **(الفرع الأول)**، ثم الصلح كإجراء اختياري **(الفرع الثاني)**، ثم عرض موقف المحكمة العليا **(الفرع الثالث)**.

الفرع الأول

الصلح إجراء جوهري

سنتناول الرأي المعتبر أن الصلح إجراء جوهري، يجب على القاضي القيام به لحل أي خلاف بين الزوجين، سنعرض موقف الفقه **(أولا)** ثم موقف القضاء **(ثانيا)**.

عرف إجراء الصلح عدة تعديلات في القوانين السابقة، سيما قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984، وكان قانون الإجراءات المدنية هو المطبق بشأن الصلح، وبالضبط بموجب المادة 17 منه في الأمر رقم 66-154[83] التّي تضمنت إجبارية القيام بإجراءات المصالحة أمام المحكمة، والتي تتم بمكتب القاضي قبل جلسات المحكمة، وبتعديل 1969 لقانون الإجراءات المدنية بموجب الأمر رقم 69-77 المادة الرابعة منه نصت على إجبارية المصالحة أمام المحكمة في غير القضايا الاستعجالية، وعندما يكون موطن أحد الأطراف خارج التراب الوطني، لكن آخر تعديل في سنة 1971 بموجب الأمر رقم 71-80[84] لنص المادة 17 أصبحت تنص على جواز القيام بالمصالحة.

أما بخصوص قانون الأسرة فقد نصت المادة 49 على: "**لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة 03 أشهر**"، وبالرغم من الغموض الذي اكتنف هذه المادة، إلّا أن المشرع وبموجب تعديل قانون الأسرة 2005 لم يتعرض مباشرة لإلزامية محاولة الصلح في الطلاق، فأصبحت المادة 1/49 تنص على ما يلي: "**لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 03 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى**"، وبالتالي فالمشرع لم يأت بجديد بخصوص إلزامية محاولات الصلح، المؤكد فقط أن لا طلاق إلّا إذا صدر حكم به من القضاء بعد محاولة الصلح، فدل ذلك على إجبارية

---

[83]- أمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 47 الصادر في 09 جوان 1966، الملغى.

[84]- انظر نص المادة 17 من الأمر رقم 71-80 المؤرخ 29 ديسمبر 1971، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 2، المؤرخ في 07 جانفي 1972، المعدل والمتمم.

محاولة الصلح[85]، وعليه أصبحت محاولة الصلح إجبارية على القاضي مراعاتها والقيام بها قبل التطرق لحكم الطلاق وإذا لم يقم بذلك يكون الحكم باطلا.

تعددت المواقف بخصوص مدى إلزامية محاولة الصلح قبل صدور الحكم بالطلاق بين الفقه والقضاء وفي كل منهما نجد اختلافا وعدم استقرار في الرأي.

أولا: موقف الفقه

ذهب جانب من الفقه إلى القول أن الصلح إجراء وجوبي في دعاوى فك الرابطة الزوجية، لا بد على القاضي أن يتقيد به، ويحرص على عدم إهماله، لأنّه من النظام العام، فقد فسر الأستاذ بلحاج العربي أن المادة 49 من ق.أ.ج تضمنت على أن الصلح نص إجرائي بحت وجب على القاضي تنفيذه قبل الحكم بالطلاق، وإلا كان حكمه معيبا، ومخالفا للقانون، وبالتالي مخالفا للنظام العام، الأمر الذي يجعله معرضا للطعن هذا ما نصت المادة 439 من ق.إ.م.إ على: "**محاولات الصلح وجوبية**"، ضف إلى نص المادة 49 من ق.أ.ج بجعل محاولة الصلح تتكرر عدة مرات، ما يدل على وجوبيتها وإلزاميتها[86] .

كما اعتبر الأستاذ لحسين آث ملويا محاولة الصلح إلزامية للقاضي، وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة 49 من ق.ج.أ، لم يترك الخيار له في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل نص على عدم إثبات الطلاق إلّا بحكم والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، لذلك فهو إجراء جوهري، وأضاف أن: "**إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية، وأن عدم القيام بها إطلاقا يعد إخلالا بإجراء جوهري**"[87].

---

[85]– زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص فقه وأصول الشريعة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص ص 112-116.

[86]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص ص365-367.

[87]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص85.

ثانيا: موقف القضاء

بالرجوع إلى الواقع العملي في مجال قضايا الأحوال الشخصية، وخصوصا في دعاوى الطلاق، نجد كثيرا من القضاة لا يعتبرونها مهمة، فهناك من القضاة من يعتبرها إجراء شكلي فقط وبالتالي لا يكلف نفسه عناء الاجتهاد في الصلح بين الزوجين، والدليل على ذلك أن الإجراءات المتبعة لانعقاد جلسة الصلح، في كثير من المحاكم وعند بعض القضاة، في الواقع العملي إجراءات غير سليمة، كونها تنعقد بعد تمكين الأطراف من تبادل مذكراتهم في الموضوع قبل عقدها، فلو كان الحرص على تفادي حل عقدة النكاح، لكان عرض الصلح بين الزوجين أول الأمور التّي يجريها القاضي.

الفرع الثاني

الصلح ليس إجراء جوهري

ذهب رأي آخر من الفقهاء إلى اعتبار محاولة الصلح مجرد إجراء شكلي، الغاية منه النصح والوعظ، وأن القاضي غير ملزم للقيام به، ولا يترتب عنه بطلان الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية، وهو ما ذهب إليه الأستاذ لمطاعي نور الدين: "**أن محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، بل في بعض الحالات إجراء محاولة الصلح من قبل القاضي يعد في حد ذاته إجراء مخالفا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا للمادة 51 من ق.أ.ج ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين ورأى أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا علاقة لها بالنظام العام**"[88].

ونرى أحد قرارات المحكمة العليا: والجدير بالذكر أن المحكمة العليا وقعت كذلك في نفس الخطأ عند تفسيرها لنص المادة 49 من ق.أ.ج، إذ اعتبرت أن محاولة الصلح من الإجراءات الجوهرية، وذهبت إلى أن القاضي الذي يحكم بالطلاق بدون أن يقوم بإجراء محاولة الصلح يعتبر

= – أنظر أيضا: تومي نوال، "أحكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية"، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، مجلد 07، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2021، ص ص 314-324.

[88]– لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق وآثارها على الأحكام القضائية، ط1، د.ب.ن، 2009، ص 137.

خطأ في تطبيق القانون، كما أن الأمر الذي يدعم أكثر ما سبق أن المشرع حدد مدة 03 أشهر فقط، تسري من تاريخ رفع الدعوى، ولا يمكن لها أن تتجاوزه، وبالتالي لو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية، وتتعلق بالطلاق لما حددها المشرع وجعل المدة أطول.

الفرع الثالث

موقف المحكمة العليا

تذبذب موقف المحكمة العليا بخصوص إلزامية إجراء الصلح من عدمه، فقد كان موقفها لأول مرة إلزاميا وفقا لنص المادة 17 من ق.إ.م حيث جاء في أحد قراراتها آنذاك "**التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن، ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون**"، أما بعد صدور قانون الأسرة 1984 فقد تمسكت المحكمة العليا بأن إجراء الصلح جوهري في قرارها رقم 75141 أين أقرت أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون.

وعليه يتضح جليا أن المحكمة العليا اعتبرت أن محاولة الصلح إجراء إجباري قبل الحكم واعتبرتها من قبيل المسائل التّي تدخل في إطار النظام العام والذي يترتب عنه البطلان[89].

تراجعت المحكمة العليا في بعض قراراتها بخصوص محاولة الصلح، واعتبرت أنها إجراءات شكلية لا غير الهدف منها الوعظ دون غيرها، ومن بين هده القرارات: "عن الوجه المثار من مخالفة نص المادة 49 من التّي تنص: "**لكن حيث بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه اتضح أن عدم محاولة الصلح هي ليست من الإجراءات الجوهرية، حيث مما يجعل الوجه الأول غير وجيه ويتعين رفضه**"[90].

---

[89]–قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 75141، الصادر بتاريخ 18 جوان 1991، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1993، ص 63.

[90]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 769154 الصادر بتاريخ 21 جويلية 1998، (غير منشور).

من خلال هذا القرار يبدو واضحا تراجع المحكمة العليا في موقفها، لكن بعدها ووفق القرارات الأخيرة عادت إلى القول بإلزاميتها لأنّها تتعلق بحالة الأشخاص.

يستفاد من الدراسة السابقة أن موقف المحكمة العليا لم يكن مستقرا وفقا لما يلي:

– صدور القرار الأول سنة 1985 لم يعتبر إجراء الصلح جوهريا، وما سار عليه الاجتهاد القضائي الصادر في 1998.

– صدور قرار 1991 أين اعتبر إجراء الصلح جوهريا وهو من النظام العام، وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي سنة 2014.

– ذهب الاجتهاد القضائي الصادر سنة 1992 إلى أن إجراء الصلح يقتصر وجوبه على المحكمة وليس للمجلس صلاحية إلغاء الحكم بالطلاق الذي لم يلتزم فيه القاضي بمراعاة هذا الإجراء وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي الصادر سنه 2006 وهذا ما يفهم في ظاهر القرار الصادر سنة 1994 الذي نقض حكم المحكمة الذي لم تراع محاولة الصلح.

كل هذه التذبذبات حسمها الاجتهاد القضائي الصادر بتاريخ 2014 الصادر بتاريخ 10 جانفي 2014 رقم الملف 0950026[91].

المطلب الثاني

دور الاجتهاد القضائي في ضبط الإشكالات المتعلقة بالصلح

يلعب الاجتهاد القضائي دورًا أساسيًا في ضبط الإشكاليات المتعلقة بالصلح بين الزوجين، إذ يساهم في تفسير وتطبيق القوانين بمرونة ووفقًا للظروف الخاصة لكل حالة، ويوفر الاجتهاد القضائي للقضاة الأدوات اللازمة للتعامل مع القضايا الزوجية بشكل فعال، خاصة عندما تكون النصوص القانونية غير واضحة أو غير كافية لتغطية جميع الجوانب، من خلال الاجتهاد، يمكن للقضاة تطوير قواعد قضائية تكميلية تساعد في سد الثغرات القانونية وتوفير حلول عملية.

[91]–قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 0950026، الصادر بتاريخ 10 جانفي 2014 المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2014، ص 278.

وعليه سنتناول هدا العنصر في فرعين، الفرع الأول إشكالات متعلقة بانعقاد جلسات الصلح والفرع الثاني إشكالات متعلقة ببدء سريان فترة الصلح.

الفرع الأول

الإشكالات المتعلقة بانعقاد جلسة الصلح

تشكل جلسة الصلح بين الزوجين خطوة هامة في حل النزاعات الزوجية بشكل ودي ومستدام، ومع ذلك تنشأ عدة إشكالات تتعلق بانعقاد هذه الجلسات، مثل تحديد المكان والزمان المناسبين، وضمان حضور الطرفين، وتوفير بيئة داعمة وحيادية.

يساعد الاجتهاد القضائي في معالجة هذه التحديات من خلال وضع قواعد مرنة وتوجيهات عملية تضمن سير الجلسات بكفاءة وتحقيق الأهداف المرجوة منها، وتعزيز دور القضاء في تنظيم وإدارة جلسات الصلح يسهم في تعزيز فرص النجاح وتقليل النزاعات الزوجية بشكل فعال.

أولا: تعدد جلسات الصلح

نصت المادة 49 من ق.أ.ج قبل تعديلها: "**لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد محاولة الصلح...**"، أما بعد التعديل فأصبحت المادة تنص على أنّه: "**لا يثبت الطلاق إلّا بحكم بعد عدة محاولات صلح...**"، يفهم من هذه المادة بعد التعديل أن القاضي ملزم بعقد عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، على أن عدة محاولات معناها لا تقل عن محاولتين أو ثلاث من أجل استغراق مدة ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الدعوى، حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الدعوى، فمن المفروض أن القاضي لا يقل عن الأجل المنصوص ولا يزيد عليه.

جاء في عرض أسباب المادة 49 من ق.أ.ج المعدلة أنه قصد إعطاء الزوجين فرصة التراجع عن موقفهما، وتجاوز الخلاف القائم بينهما، بحيث كانت تنص نفس المادة قبل التعديل، على الصلح المفرد أي محاولة واحدة، فالهدف المتوخى من وراء هذا التعديل هو تكرار محاولة

الصلح للحفاظ على الأسرة وجديد المادة 49 هو جعل الصلح مكرر لا واحدا كما كانت من قبل التعديل[92].

تميز التعديل بوجود تكرار محاولة الصلح، وذلك رغبة من المشرع في إعطائه مزيد من الوقت سواء للقاضي لبذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين، أو بالنسبة للطرفين حتى يراجع كل طرف موقفه ويعدل عن تمسكه بمبدأ فك الرابطة الزوجية[93] إلّا أنّه استثناء على مبدأ الوجوبية في تكرار الصلح في حالة الطلاق بالتراضي، ذلك أن الزوجين متمسكين بالطلاق واتفاقهما على ذلك مما يجعل من تكرارها فاقدة لجدواها.

فرض المشرع على القاضي إجراء عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، لكن يجب إلّا يقل عن محاولتين ونجد موقف المحكمة العليا نص على أن عدد محاولات الصلح تعود للسلطة التقديرية للقاضي، ولا رقابة للمحكمة العليا عليها، من ذلك ما جاء في قرارها الآتي: " **لكن حيث أن تقدير جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من طرق المحكمة العليا**"[94].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا مفاده: "**لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد طلب أجلا ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح، ولكن كان يمثله محاميه بالإضافة إلى أن الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنّه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات لتمكين طرفها من إبداء دفوعهما ومن جهة أخرى فالمادة 49 من قانون الأسرة تنص على أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر مما يجعل الوجه غير مؤسس**"[95].

---

[92]– بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص ص 115–117.

[93]– زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص، 112–116.

[94]– قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، ملف رقم 813976، الصادر بتاريخ 10 جانفي 2014، غير منشور.

[95]– قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 372130، الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2007، المجلة القضائية عدد 2، لسنة 2007، ص ص 463–467.

لكن من الناحية العملية تتعدد جلسات الصلح وفق الخلاف المطروح، وقد يتأثر بعوامل مثل وجود أطفال وحالتهم النفسية، ويسلط القاضي الضوء على النهج الشخصي والمرن الذي يمكن أن يتخذه القضاء لتحقيق نتائج أفضل للأطراف المعنية.

ثانيا: الدرجة المختصة بالصلح

يؤول الاختصاص في النظر في الدعوى الرامية لفك الرابطة الزوجية إلى المحكمة أول درجة ما توضحه المادة 32 من ق.إ.م.إ التّي تنص على: "**المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام...**"، جاء قرار المحكمة العليا ليؤكد ذلك "**محاولات الصلح في دعاوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط**"[96].

نجد في هذا القرار أن إجراء الصلح يتم وجوبيا أمام المحكمة، فإنّ كان الأمر كذلك فإنّ سؤالا يطرح نفسه ما إذا كان الصلح يقتصر على قضاة أول درجة فقط أم أنه يمتد الاختصاص إلى قضاة المجلس؟

قد يحدث وأن يحكم قاضي الدرجة الأولى برفض الدعوى لطالب فك الرابطة الزوجية لسبب قواعد الاختصاص، أو لسبب آخر، وبالرجوع إلى نص المادة **57** من ق.أ.ج وبمفهوم المخالفة لهذا النص، يجوز الاستئناف ما دام لم يفصل في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية ناهيك عن الشق المادي الذي لم يتعرض له أصلا حيث يمكن لمن رفضت دعواه أن يعيد رفعها من جديد وله أن يستأنف، وهو ما استقر عليه قرار المحكمة العليا والذي جاء فيه: "...**أن من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق**"[97].

---

[96]–قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 372130، الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2006، المجلة القضائية عدد 2، لسنة 2007، ص ص 463–467.

[97]–قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 216850 الصادر بتاريخ 16 فيفري 1999 المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 100.

لا يعد الحكم الصادر بالرفض حكما بفك الرابطة الزوجية فالقاضي لم يناقش الموضوع أصلا، وبالتالي عند اختيار المدعي طريق الاستئناف هل يجوز للغرفة في المجلس التصدي لها؟

تعددت الآراء، لكن المشرع أخذ بمبدأ عدم وجود نص في قانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية كونهما تضمنا نصوصا عامة، فلا نجد ما يلزم أو يمنع إعادة محاولات الصلح أمام جهة الاستئناف كما أنه لا فائدة من اجترار هذه المحاولة ما لم يكن قد استجد أمر تجب معه ضرورة تكرار المحاولة تبعا للسلطة التقديرية للاستئناف.

بالرجوع إلى نص المادة 57 من ق.أ.ج[98] وبمفهوم المخالفة لهذا النص يجوز الاستئناف ما دام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية، حيث يمكن لمن رفضت دعواه أن يعيد رفعها من جديد أو له أن يستأنف، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "**من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي المحكمة بالرجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق**".

ثالثا: تحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن

من أبرز العوائق التّي تواجه قاضي شؤون الأسرة عند إجرائه للصلح اكتشافه مسألة انقضاء مدة عدة الطلاق الرجعي، وهي تلك المدة الزمنية المحددة التّي تتربص فيها المرأة المطلقة المدخول بها فتلتزم بأحكامها وتنتظر حتى تنتهي وتنقضي كاملة، فتبين عن زوجها أو يرجعها قبل انقضائه بانقضاء عدة الطلاق الرجعي يتحول الطلاق من طلاق رجعي إلى بائن، والطلاق الرجعي هو الذي يستطيع فيه الزوج إرجاع زوجته إلى عصمته، خلال فترة العدة بدون عقد جديد ومهر جديدين، والذي يترتب عنه عدة آثار منها: قيام علاقة الزوجية ما لم تنته فترة العدة –إمكانية التوارث بين الزوجين–، ونقصان عدد الطلقات عند الزوج، وحق الزوج في إرجاع زوجته دون مهر وعقد جديدين وحتى بدون رضاها، واستحقاق النفقة كاملة.

---

[98]– راجع المادة 57 من الأمر رقم 84–11 التي تنص على: "**تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية...**".

فإذا نطق الزوج بالطلاق بنفس تاريخ رفع الدعوى، فإنّ الأصل أن فترتي العدة والصلح تكونان متزامنتين، لأنّ المادة 442 من ق.إ.م.إ يوجب عدم تجاوز محاولات الصلح مدة 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، لكن عمليا الأمر غير كذلك، إذ يجب على رافع الدعوى الطلاق أي الزوج في هذه الحالة أن يبلغ رسميا المدعى عليها والنيابة العامة بنسخة من العريضة ويجب احترام في ذلك 20 يوما على الأقل من تاريخ تسلم التكليف بالحضور، والتاريخ المحدد لأول جلسة وبالنتيجة لا يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الزوجين إلّا بعد انعقاد الخصومة، فإذا انعقدت في أجل 20 يوما فإنّ هذه المدة تخصم من فترة العدة، وإذا طلب الزوج استكمال إجراءات التبليغ، فإنّ هذه المدة ستخصم أيضا من العدة، وبالتالي هنا يكون الزوج قد استغرق شهرا تقريبا، وفوات امكانية إرجاع زوجته، التّي انقضت هباء دون أي مبادرة من القاضي في الصلح[99].

وإذا كانت الزوجة المكلفة بالحضور متواجدة بالخارج فإنّ أجل التبليغ يمدد وفقا للمادة 4/16 من ق.إ.م.إ إلى 03 أشهر، وهو أجل انقضاء مدة عدة المدخول بها وهو ما يترتب من الناحية الشرعية استحالة الصلح بين الزوجين ليتحول من رجعي إلى بائن[100].

بخلاف الطلاق البائن الذي يرفع قيد الزواج في الحال، ولا تستأنف الحياة الزوجية بعده إلّا بعقد جديد ومهر جديد، وهو الذي ينقسم إلى نوعين: الطلاق البائن ببينونة صغرى وهو الذي لا يستطيع فيه الزوج إعادة زوجته إلّا بعقد جديد ومهر جديد، أما البائن ببينونة كبرى فهو الطلاق المكمل للثلاث، فلا يمكن للرجل إعادة زوجته السابقة إلّا بعد أن تتزوج زواجا جديدا صحيحا، ويدخل بها الزوج الجديد دخولا حقيقيا، ثم يفارقها بطلاق أو وفاة، وتنتهي عدتها من هذا الزواج الجديد.

---

[99]– العيد ياسمينة، لمطاعي حمار صبيحة، "سلطة قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين الزوجين"، **مجلة الأسرة والمجتمع**، المجلد 11، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2023 ص45.

– أنظر أيضا: لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص ص78–86.

[100]– راجع المادة 4/16، القانون رقم 08–09، المتضمن قانون الإجراءات المدية والإدارية، المرجع السابق.

رابعا: تغيب أحد الزوجين عن جلسات الصلح رغم التبليغ

يتم تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح، سواء عن طريق القاضي في الجلسة عند حضورهما أمامه، أو عن طريق المحضر القضائي، وبعد تبليغهما، على الزوجين الحضور لجلسة الصلح، غير أنه قد يحدث ظرف يحول دون تحقيق ذلك، وهو غياب أحدهما في التاريخ المحدد لجلسة الصلح، مما جعل المشرع يعالج حالات الغياب، ويميز بين حالة غياب أحدهما أو وكيلهما، فإنّ تغيب للضرورة أو لسبب مقنع كأن يكون مريضا مثلا، فللقاضي أن يعين قاضيا آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية وسماع الخصم المريض عملا بنص المادة **2/441 من ق.إ.م.إ** وأما إن كان التغيب لفترة قصيرة حيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة، جاز للقاضي تأجيلها المادة "**441 /1 من ق إ م إ** " أما إذا كان التغيب بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، ففي هذه الحالة يحرر القاضي محضرا يثبت فيه تخلف الخصم عن حضور الجلسة ما نصت عليه المادة "**2/441 من ق.إ.م.إ** " ما دام لا تزال هناك عدة محاولات صلح، والإشكال المطروح الذي يصطدم به القاضي في جلسة الصلح، هل أن غياب الزوجين أو أحدهما هو رفض ضمني لفك الرابطة؟

قضاء المحكمة العليا فيما يخص تغيب أحد الزوجين أو كلاهما عن جلسة الصلح كان يفسر على أساس أنه رفض ضمني للصلح، ولم يكن يميز بين حضور أو عدم حضور المدعي طالب فك الرابطة الزوجية، وبين المدعى عليه على أنّه رفض ضمني للصلح، لكن سرعان ما تراجعت المحكمة العليا، حيث أقرت أنه على رافع الدعوى الحضور شخصيا جميع محاولات الصلح أو على الأقل واحدة، لكي يبدي دفوعه وطلباته وفي حالة غيابه ترفض دعواه، لأنّه أصلا على علم بالدعوى لكون حضوره مكلف باحترام مقتضى المادة 49 من ق.أ.ج، وبذلك تكون المحكمة العليا احترمت نص المادة 439 من ق.إ.م.

خامسا: الوكالة في الصلح بين الزوجين

طبقا للقواعد العامة يمكن التوكيل في إجراء الصلح، بشرط أن يكون توكيل بموجب وكالة خاصة إلّا أن الأمر يختلف في شؤون الأسرة بحكم خصوصية العلاقة الزوجية، وبحكم عدم

صراحة نصوص قانون الأسرة، فالطلاق لا يثبت إلّا بحكم بعد سلوك عدة محاولات صلح، التّي أوجبها المشرع بمقتضى نص المادة 49 من ق.أ.ج، وبهذا يمكن إيقاع الطلاق مجردا عن إجراءات الصلح لأنّه من الإجراءات اللاحقة لتلفظ الطلاق.

لم تتطرق المادة 49 من ق.أ.ج والمادة 439 من ق.إ.م.إ إلى إمكانية توكيل الأطراف من عدمه ذلك لحضور مجلس الصلح، ما عدا نص المادة 431 من ق.إ.م.إ التّي تطرقت في فحواها إلى الوكلاء: "**يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما في الاتفاق، ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا.**

ينظر مع الزوجين أو وكلائهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام".

تصدت المحكمة العليا في قرارها لهذه الاشكالية: "**حيث إن المادة 49 من قانون الأسرة توجب محاولات الصلح قبل القضاء بحل عقد الزواج سواء بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع، وهو إجراء جوهري ويتم وفقا لإجراءات المنصوص عليها في المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال إيقاع الطلاق مهما كان وصفه في غياب الزوج طالب حل عقد الزواج، وعدم حضوره جلسة الصلح والاستماع إليه، كما يمكن لا يمكن أن ينيبه أحد في جلسات الصلح مهما كان نوع الوكالة خاصة أو عامة رسمية أو غير رسمية، لأنّ الغاية من حضور جلسات الصلح فضلا عن محاولة إصلاح ذات البين، هو تأكد المحكمة من إرادة الزوج في طلب حل عقد الزواج وفقا لنص المادة 450 من ق.إ.م.إ وخاصة التأكد من أنّ هذه الإرادة صحيحة خالية من عيوبها، وخاصة الإكراه وأن المحكمة بقضائها بالخلع دون حضور المدعية المطعون ضدها واكتفائها بإنابة محاميها لها الوكيل عنها بوكالة رسمية قد خالفت قاعدة جوهرية في الإجراءات فعلا وعرضت بذلك حكمها للنقض**[101].

[101]– قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 1477236 الصادر بتاريخ 07 جويلية 2021، مجلة القضائية عدد 2، لسنة 2021، ص84.

سادسا: للإنابة القضائية

إن ما يفقد الصلح قيمته المعنوية وجرده من عنصر نية حسم النزاع، جعله مجرد إجراء شكلي للحكم في الرابطة الزوجية وليس طريقا وديا للإصلاح، وكنتيجة لذلك ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 751790 أن إصدار إنابة قضائية دولية لسماع الطاعنة حول الصلح ليست ضرورية، بحيث جاء في قرارها: "**إن العبرة في إجراء الصلح هي بحضور طالب الطلاق لجلسة محاولة الصلح، والتي أشارت إليها المحكمة، إذ حضر المطعون ضده طالب الطلاق لجلسة محاولة الصلح وأصر على طلب الطلاق بينما تغيبت الطاعنة، وبالتالي فإنّ المحكمة لم تكن ملزمة بإصدار إنابة قضائية دولية لسماع الطاعنة حول الصلح**"[102].

لكن الإشكال المطروح العبرة في الصلح يتطلب سماع الطرفين كل على حدى ثم معا لمعرفة سبب الخلاف، ومحاولة إيجاد حل ودي، وما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المذكور "... **وقد استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمحاولات الصلح، وإلا أصبح الوجوب المنصوص عليه وفقا لما سبق بدون جدوى، وعليه فإنّ هذا الوجه مؤسس يتعين نقض الحكم محل الطعن بالنقض، وحيث ما دام المطعون ضده لم يحضر جلسات محاولة الصلح فلم يبقى للنزاع ما يتطلب الفصل فيه**".

---

[102]– قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 751790، الصادر بتاريخ 14 جوان 2012، مجلة القضائية عدد 1، لسنة 2012، ص98.

– أنظر أيضا، بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2014، ص113.

الفرع الثاني

الإشكالات المتعلقة ببدء سريان فترة الصلح

لعل أهم الأسباب التّي تساهم في فشل نظام الصلح هو ما يتعلق بإشكالية فترة سريان الصلح، على اعتبار أنّ مدة الثلاثة أشهر المنصوص عليها بنص المادة 49 من ق.أ.ج فيما إذا كانت تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق أو من تاريخ طرح النزاع على المحكمة؟

يرى الأستاذ بلحاج العربي أن الثلاثة أشهر تسري ابتداءً من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة، إلّا أن الأستاذ بن الشيخ آث ملويا لحسين يرى لأنّ الموقف الذي جاء به العربي بلحاج تم نقله عن الأستاذ فضيل سعد دون أي تعليل له، واعتبر سريان مدة الثلاثة أشهر الخاصة بالصلح من تاريخ نطق الزوج أمرا غير مستساغ، ويعتبر مساسا صارخا لنص المادة 49 من ق.أ.ج، وخلص إلى أن الأمر في غاية الوضوح لا يحتاج إلى أي تفسير، حيث إن مدة الصلح يجب أن تكون ثلاثة أشهر وأن المكلف بهذا الإجراء هو القاضي نفسه عندما يعرض النزاع في أول جلسة يحضرها طرفي النزاع أمامه، وخلص الأستاذ/ بن الشيخ إلى أن مدة الثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى التّي يحضرها الطرفين أمام القاضي.

غير أن المادة 49 من ق.أ.ج يعتريها غموض فيما يخص بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها واثر 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 يستوجب 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 التأكد من تاريخ حصول الطلاق والبحث في مسألة العدة إن كانت الرجعة ممكنة أم لا، فإنّ بانت من زوجها فلا رجعة حيث لا تكون لجلسة الصلح فائدة[103].

---

[103]–بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ج1، طبعة 1، دار هومة، الجزائر، 2006، ص ص، 116-118.

– أنظر أيضا: قاضي سهام، المرجع السابق، ص ص48-50.

المبحث الثاني

دور الاجتهاد القضائي في إرساء قواعد الصلح بين الزوجين

يلعب الاجتهاد القضائي دورًا محوريًا في إرساء قواعد الصلح بين الزوجين، حيث يمكن للقضاة من خلاله تفسيره للنصوص القانونية المساهمة في تحقيق العدالة والإنصاف، يتيح لهم كذلك التعامل بمرونة مع القضايا المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، مما يمكنهم من تقديم حلول تتناسب مع الظروف الخاصة لكل حالة، كما يساهم في سد الثغرات القانونية وتوضيح الأحكام الغامضة أو غير المكتملة في قضايا الصلح بين الزوجين.

فكثيرا ما تنتهي العلاقة الزوجية بالفرقة سواء عن طريق رفع الدعوى طرف الزوج، الزوجة، أو تكون بإرادتهما معا، فيما يقوم القاضي بإجراء الصلح ويحاول إصلاح ذات البين بينهما من أجل المحافظة عليها.

من خلال ما سبق سنحاول دراسة الاجتهاد القضائي وإجراء الصلح في مختلف حالات الطلاق **(المطلب أول)**، وتطبيقات الاجتهاد القضائي على إجراءات الصلح **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الاجتهاد القضائي وإجراء الصلح في مختلف حالات الطلاق

كثيرا ما يعود القاضي في محاولاته في إجراء الصلح للاجتهاد القضائي عندما يتعثر في تفسير العديد من المواد القانونية، وكذا في حالة وجود ثغرات فيها ما يعزز من فعالية ونجاح جهود الصلح بين الزوجين.

عل هذا الأساس سنحاول في هذا المطلب عرض الصلح في حالة فك الرابطة الزوجية من أحد الطرفين **(الفرع الأول)**، ثم نعرض الصلح بين الزوجين في حالة الطلاق بالتراضي مع تبيان موقف الإجتهاد القضائي **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

الصلح في حالة فك الرابطة الزوجية من أحد الطرفين

يُعد الصلح في حالة فك الرابطة الزوجية لأحد الطرفين خطوة حاسمة نحو تحقيق تسوية ودية وعادلة، تضمن حقوق الطرفين وتحافظ على مصلحة الأطفال، إن وجدت.

يلعب الاجتهاد القضائي دورًا مهمًا في توجيه هذه العملية، من خلال تقديم تفسيرات مرنة للقوانين وتطوير قواعد تساعد في تحقيق التوازن والعدالة، يسهم الصلح في تسهيل الانتقال إلى حياة مستقرة ومستدامة بعد الانفصال.

أولا: الصلح بين الزوجين بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

القصد منه استعمال الزوج لحقه في فك الرابطة الزوجية، باعتبار أن العصمة في يده، وهو مكتسب بمجرد العقد على الزوجة عقدا صحيحا، ويكون من الزوج نفسه أو من رسوله أو من وكيله، فيكمن دور قاضي شؤون الأسرة عند إجراء محاولات الصلح في هذه الدعاوى في طرح أسئلة على رافع الدعوى هل سبق له وأن أوقع الطلاق من عدمه، ويكون في أول الجلسة، فإذا كانت إجابة الزوج بنعم فعلى القاضي أن يسأله سؤال آخر"، كم مرة طلقت"، من أجل بيان إذا كانت العدة قد انتهت أم لا[104].

قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن تؤكد دائما الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، فالزوج إذا قام بالطلاق بإرادته المنفردة خارج المحكمة هذا يعتبر صحيحا، ومحاولات الصلح ليس لها فائدة،

---

[104]– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 215.

– أنظر أيضا: يعقوب مريم، الصلح ودوره في حماية الأسرة من التفكك، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020، ص ص 85–86.

إلّا إذا كان القرار رجعي، فالطلاق الذي قام به الزوج وفق إرادته المنفردة لا يعتبر دليلا حتى يثبته القاضي، وذلك من زمن تلفظ الزوج بالطلاق خارج المحكمة[105].

فالطلاق إذن بالإرادة المنفردة للزوج هي وسيلة من وسائل فك الرابطة الزوجية إذا وقع الطلاق خارج المحكمة، أي الطلاق العرفي، هنا تتعدد الإشكاليات التّي تتعلق بكيفية عقد جلسات الصلح قبل الحكم بالطلاق، والذي يزيدنا تعقيدا إذا انقضت مدة العدة الشرعية، وبعبارة أخرى تكون دعوى الطلاق لاحقة للطلاق[106]، فما دور محاولة الصلح عندها خصوصا إذا استغرقت المدة فترة العدة الشرعية فأصبح الطلاق بائنا شرعا؟

ثانيا: الصلح بين الزوجين في حالة التطليق

وردت حالات التطليق في نص المادة 53 من ق.أ.ج عشوائيا، بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل قضية، وأمام غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراءات الصلح لغياب الحكمة من تشريعه وبالتالي نتطرق إلى بعض الحالات التّي يكون فيها الصلح منتجا[107]، وهما التطليق بناء على عدم الإنفاق في الحالة الأولى والتطليق للشقاق المستمر في الحالة الثانية.

1. اللتطليق بناء على عدم الإنفاق

يحق للزوجة طلب التطليق في حالة عدم الإنفاق عليها وعلى أولادها، فهي نفقة واجبة تعتبر من آثار الزواج وتشمل (الغذاء، الكسوة، بدل الإيجار. ...).

---

[105]–بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر الصديق، تلمسان، 2014، ص ص110–111.

– أنظر أيضا: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3526 الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1984، المجلة قضائية عدد خاص، لسنة 1984، ص 212.

[106]– قاضي سهام، المرجع السابق، ص 85.

[107]– راجع المادة 53 من قانون رقم 05–02 المتضمن قانون الأسرة: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:**

1– **عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقف الزواج ...**".

ففي حالة عدم الإنفاق على الزوجة يعد ضررا ينافي الإمساك بالمعروف، لذلك اهتم المشرع بذلك سيما في الباب الثاني من الفصل الثاني المتعلق بانحلال الزواج في قانون الأسرة من المادة 74 إلى غاية 80، فلقد أوجب الأخير على الزوج النفقة على الزوجة ابتداء من العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بانتقالها إلى بيته حسب المادة 74 التّي جاء فيها: "**تجب نفقة الزوج على الزوجة المدخول بها أو دعوته إليه ببينة**"، مع مراعاة أحكام المواد 78، 79 و80 وإذا قام الزوج بالإخلال يحق للزوجة رفع دعوى تطليق فالتزام الأب بالنفقة هو التزام مؤقت فبالنسبة للذكور تتوقف النفقة عليهم بمجرد وصولهم سن الرشد أما الإناث بمجرد الدخول بهم فإذا فشلت محاولة الصلح بين الزوجين التّي يجريها القاضي فمن الواجب عليه أن يحسم في أمر النفقة التّي تشمل كل الضروريات الزوجية، لكن على القاضي مراعاة الطرف الآخر وظروف معيشته ولا يمكن أن يحمله شيء فوق طاقته حسب المادة 79 من ق.أ.ج[108].

لذلك لا تكون جلسة الصلح دائما الغرض منها دفع الزوجة على التراجع عن طلبها للتطليق، وإنّما قد يكون مناسبة لمناقشة أمور النفقة، والسكن، والمتاع، والمصوغ، بحضور الزوجين مع الأخذ بعين الاعتبار ما جاء في عريضتهما الجوابية لأنّها حجة قاطعة.

2. التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

سمح المشرع للزوجة بأن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين، شرط إثبات الضرر اللاحق لها من طرفه، قد يرد وأن الزوجة لم تثبت الضرر وأصرت على طلب التطليق واصطدمت بعقبة إثبات إضرار الزوج لها كمظهر من مظاهر إشكالية الإثبات التّي تعاني المتقاضي أمام القضاء، ذلك أن وجه الصعوبة يتمثل في خصوصية العلاقة الزوجية وبالتالي يستعصي إثباته.

ففي حالة فشل الصلح بين الزوجين ففي هذه الحالة يمكن للقاضي تعيين حكمين من أهل الزوجة لمحاولة الصلح وإنهاء الشقاق والذي يعتبر إجراء وقائي، والقاضي لا يمكن أن يحكم

---

[108]– راجع المادة 74 من أمر 05-02 التي تنص على: "**تجب نفقة الزوج على الزوجة المدخول بها أو دعوته إليه ببينة**".

بالطلاق إلّا بعد التيقن من وجود خلافات حقيقية وثبوت الشقاق من خلال الخصومات القضائية بين الزوجين التّي تسند إلى أحكام وقرارات قضائية مدنية كانت أو جزائية، وكان قضاء المحكمة العليا في هذا الشأن صريحا إذ جاء في قرار لها صادر بتاريخ 2014/09/11: "**حيث إن القاضي ارتأى إلى تطليق الطرفين للخلاف أو الشقاق وليس للضرر شرعا ويتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة استندت إلى الخلاف الحاصل بين الطرفين والشقاق المستمر بينهما والذي انجرت عنه خصومات قضائية ورتب عن ذلك فك الرابطة الزوجية**"[109].

فبحسب اجتهاد المحكمة العليا لا يصح ولا يكفي الخلاف الظاهر من خلال النقاش اعتماده كدليل لقبول دعوى التطليق، فلا علاقة لجلسة الصلح بقواعد الإثبات، وهو ما أكده قضاء المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 2011/09/15: "**حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها أسست طلب التطليق على أساس أن الطاعن يتعاطى المخدرات.**

والمشروبات الكحولية والسهرات الليلية ولا علاقة غير شرعية مع الفتيات وأنّه تخلى عن كل واجباته الزوجية ومنها الهجر في المضجع بينما أنكر الطاعن ذلك إلّا أن المحكمة قدرت أن المطعون ضدها تضرر من العشرة استنادا إلى أن الطاعن لم يحضر الجلسة لتنفيذ مزاعمها، لذلك يتعين الاستجابة لطلبها"[110].

إن هذا التسبيب فيه خرق لقواعد الإثبات التّي تقضي من المطعون ضدها تقديم الدليل على ما نسبته للطاعن خصوصا وأن النزاع يدور حول إنهاء علاقة زواج شرعية نتج عنها ولدان ولذلك كان على المحكمة التقيد بقواعد الإثبات وعدم اعتبار تغيب الطاعن عن جلسة الصلح دليلا على ما نسب إليه، ما دام أنكر جوابه على دعوى المطعون ضدها لأنّ جلسة الصلح لا علاقة لها

---

[109]– قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0984821، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 2014، غير منشور

[110]–قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 654972، الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011، المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2011، ص ص 294–297.

بقواعد الإثبات ويقتصر دورها على ما تصالح عليه الطرفين وما اختلفا بشأنه قرار رقم 654972 المؤرخ في: 2011/09/15[111].

ثالثا: فك الرابطة الزوجية عن طريق للخلع

يقصد بالخلع حسب نص المادة 54 من الأمر رقم 84-11: "**يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإنّ لم يتفقا على يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم**"، غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02، فإنّ المادة 54 أشارت إلى إمكانية أن تخالع الزوجة نفسها دون موافقة زوجها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان عليه، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت صدور الحكم.

أمام تهافت العديد من الزوجات على المحاكم بطلب الخلع منذ صدور القانون رقم 05-02 كان من الأحرى على قاضي شؤون الأسرة أن يلعب دورا إيجابيا في معالجة كل قضية بحكمة وتبصر، والقاضي في قضايا الخلع لا يطلب منه البحث في بغض الزوجة لزوجها لأنّ ذلك من الأمور الباطنية، فيكفي أن يتأكد من خلال جلسة الصلح أو حتى من العريضة الافتتاحية أو العرائض اللاحقة، فيما إذا كانت مصممة على طلب الخلع وأنها لا تريد الرجوع إليه إذا توصل القاضي مع الزوجين إلى الصلح فإنه يثبت ذلك في المحضر الذي يعد سندا تنفيذيا[112].

قد تثير محاولات الصلح في مجال الخلع عدة إشكالات من بينها أين تطلب رافعة الدعوى الخلع وبخطأ منها أو محاميها تلتمس الخلع وهي لم يتم الدخول بها، لكن القاضي في هذه الحالة يسعى لإجراء الصلح لعدة مرات وفي نهاية المطاف يصدر حكما برفض الدعوى لعدم التأسيس على اعتبار أن الشرط الجوهري لرفع دعوى طلب الخلع أن يكون الدخول بالزوجة والبناء بها[113]

---

[111]-قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 654972 الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011، المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2011، ص ص 294-297.

[112]- عياش رتيبة، المرجع السابق، ص 55.

[113]-مجلس قضاء بجاية، حكم محكمة أقبو، رقم الجدول 1314-12، قسم شؤون الأسرة.

وهو الحكم الذي صدر عن محكمة أقبو بمجلس قضاء بجاية أين تصدى القاضي لإصدار حكم في طلب الخلع بالرغم من غياب الدخول بها إلا أنها أجرت الصلح.

الفرع الثاني

دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي

الطلاق بالتراضي هو اتفاق الزوجين على وضع حد لعلاقتهما الزوجية بتراض عنهما، فيقومان بطلب من القاضي بإثبات الطلاق بينهما حسب الاتفاق وما عليه سوى قبوله متى توافرت الشروط بذلك، هذا ما ذهب إليه الأستاذ لمطاعي بقوله أنّ الطلاق بالتراضي لا يكون له أثر إلّا إذا تقدم الزوجان بطلب مشترك للقاضي من أجل فك الرابطة الزوجية، ومن ثم لا يكون له وجود إلّا ابتداء من تاريخ صدور حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالتراضي ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد، فيكون حينها الحكم الصادر بشأنه حكما منشأ على عكس الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج الذي يكون فيه الحكم كاشفا لواقعة الطلاق[114].

ما يهمنا في هذه الدراسة هو الحديث عن محاولة الصلح في غياب نص يتحدث عن الطلاق بالتراضي سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من جهة ينشأ الحكم بالتراضي من طرف القاضي لكن عليه في نفس اللحظة إلّا يلغي ما ورد في الاتفاق إذا تعارض مع مصلحة الأولاد أو كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم: 0813942[115].

بالرجوع إلى المادة 431 من ق.إ.م.إ نصت على ما يلي: "**يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ويسمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكن**"، أشارت المادة بصريح العبارة إلى أن القاضي له الحق في إجراء محاولات صلح في حالة الطلاق بالتراضي لكن المادة 49 ليس لها أي علاقة مع هذه الحالة وإنّما تخص الطلاق بإرادته المنفرة للزوج.

---

[114]– نورالدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 138.

[115]– قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 0813942، الصادر بتاريخ 13 أفريل 2013، غير منشور.

كان لابد على المشرع أن يقوم بتعديل النصوص الموضوعية وبين النصوص الإجرائية فطبيعة الحكم المنشأ فالقاضي ليس مقيدا بمدة وضبط زمن معين لإجراء الصلح من جهة، ومن جهة أخرى لا يوجد حل للرابطة الزوجية طيلة رفع الدعوى، وهذا ما نصت عليه المادة 442 على: "**يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له إتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن**".

في جميع الحالات يجب ألّا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، بالنسبة للعدة المشرع لم يبين أحكامها في الطلاق بالتراضي ولا يمكن تطبيق أحكام المادة 50 من قانون الأسرة على هذا النوع من طرق حل الرابطة، لأنّ الطلاق القاضي به هو طلاق بائن.

المطلب الثاني

تطبيقات الاجتهاد القضائي على إجراءات الصلح

لم يفصح المشرع لقاضي شؤون الأسرة كيفية مباشرة إجراءات محاولات الصلح في دعوى الطلاق، إلّا أنّه تدارك الأمر في تعديله لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فنص على شروط انعقاد جلسات الصلح مع تحديد كيفيات سيرها.

ومن الناحية العملية يقوم القاضي باتخاذ العديد من الإجراءات التّي يراها ضرورية من أجل إنجاح جلسة الصلح والوصول إلى نتيجة التوفيق بين الزوجين للتراجع عن الطلاق في حالة نجاحه، أما في حالة فشل مساعيه يتخذ إجراءات يكون بذلك محترما للنصوص القانونية.

ولمعرفة هذه الإجراءات التّي على القاضي اتباعها قسمنا المطلب الثاني إلى فرعين، الفرع الأول سنتناول فيه الإجراءات المتعلقة بمباشرة القاضي للصلح، وفي الفرع الثاني التدابير المتخذة من طرفه خلال جلسة الصلح.

الفرع الأول

الإجراءات المتعلقة بمباشرة القاضي للصلح

ناهيك عن الإجراءات التّي يتخذها القاضي في جلسة الصلح، هناك إجراءات شكلية وموضوعية يجب توافرها في الدعوى المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، فالشروط الموضوعية تستوجب توافر عقد زواج رسمي أي هناك علاقة زوجية قائمة ويكون سواء بالدخول بالزوجة أو لم يتم الدخول بها، ضف إلى ضرورة رفع دعوى قضائية وتسجيلها لدى أمانة ضبط المحكمة أين يتم فيها عرض موجز للوقائع ومن ثمة تنهي للطلبات بمختلف حالات فك الرابطة الزوجية.

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية يستوجب كأول شرط تواجد أطراف الدعوى (المدعي والمدعى عليه) وأمين الضبط في جلسة الصلح طبقا لنص المادة 443 من ق.إ.م.إ، وكذا شرط سرية الجلسات ووفقا لنص المادة 439 من ق.إ.م.إ فإنّ محاولة الصلح تتم في سرية تامة الغاية منها الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها فلا يحضرها إلّا الأطراف والقاضي وأمين الضبط دون حضور الدفاع على إلّا تتجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وعادة يمكن أن ينتهي الصلح بالفشل أو النجاح الذي يقوم به القاضي[116].

أولا: الإجراءات المتخذة من طرف القاضي لإجراء محاولة الصلح

1. ضرورة التأكد من هوية الطرفين

يقوم الزوجين بالحضور إلى الصلح بعد إحضارهما من طرف أمين الضبط حسب الاستدعاء المسلم لهما، يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجة للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات أي مكان آخر داخل المحكمة يكون مخصص لإجراء محاولات الصلح أين يقوم القاضي بالتأكد من هويتهما أين يطلب منهما بطاقات التعريف التّي تثبت الهوية وذلك تفاديا للإكراه وعيوب الإرادة التّي يمكن أن تطرأ عليهما.

---

[116]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 60.

راجع أيضا، زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص 274.

2. الاستماع إلى الزوجين على انفراد

نصت المادة 440 من ق.إ.م.إ على: "**في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا...**"، ولعل الغرض من ذلك هو تفادي الضغط والإكراه في الطلاق، ثم يستفسر عن السبب الذي يدفعه للطلاق، ويقوم من خلال ذلك المناقشة التوفيق بين الطرفين بأسلوب يتضمن النصح والوعظ ولعل الاستماع إلى كل منهما على انفراد يسمح بتمكين كل طرف من القول ما لا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر ويستفسر القاضي معه أو معها في سبب طلب الطلاق ويتقصى الأمر وهنا القاضي يكرر جلسات الصلح ويعود ذلك إلى سلطته التقديرية.

قد يغيب أحد الزوجين للضرورة أو لسبب مقنع ومشروع القاضي يمكن أن يؤجل الجلسة لجلسة لاحقة وللضرورة يمكن أن يقوم بإجراء إنابة قضائية لسامع أحدهما طبقا للمادة 2/441 من ق.إ.م.إ مثله مثل الإنابات القضائية التّي يقوم بها القاضي بندي قاضي آخر: "**قاضي التحقيق من أجل سماع شخص متواجد بالحبس في اختصاص مجلس قضاء آخر**"، أما إذا كان الغياب غير مبرر رغم تبليغه بذلك، فالقاضي يحرر محضرا يثبت فيه تخلف الخصم عن الحضور بإرادته وهذا استنادا لنص المادة 2/441 السابقة الذكر.

ثانيا: انتهاء الصلح

إن محاولات الصلح التّي يتولاها القاضي قد تنهي بالنجاح أو الفشل وهو ما سنتناوله:

1. نجاح مسعى الصلح

أ. تحرير وتنفيذ محضر الصلح

نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 443 من ق.إ.م.إ على أن الصلح المتوصل إليه يثبت بموجب محضر يحرر في الحين من قبل أمين الضبط وتحت إشراف القاضي ويوقع من طرف الأخير، ففي حالة اتفاق الزوجين يثبت في محضر الصلح وتنقضي الخصومة وهنا القاضي دوره يكمن في الإشهاد على ما تم الاتفاق عليه ومضمونه فضلا عن المعلومات المتعلقة بهوية الطرفين وواقعة الحضور والغياب يتضمن جميع التصريحات المدلاة من الطرفين ويقوم القاضي

وأمين الضبط والزوجين بالإمضاء وأعطى له المشرع صفة (السند التنفيذي) للمادة 3/443 من ق.إ.م.إ التّي تنص على: "**يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا**".

ب. الحكم بانقضاء الدعوى

بعد مصادقة القاضي على محضر الصلح تنص المادة 220 من ق.إ.م.إ[117] تنفضي الخصومة بانقضاء الدعوى بالصلح وبالتالي يمكن لرافع الدعوى أو محاميه تقديم مذكرة بالتنازل عن الخصومة أو تركها للصلح الواقع بين الطرفين ويمكن للقاضي أن يفصل فيها في الحال أو أن يؤجلها لجلسة قادمة ليصدر الحكم بانقضاء الدعوى لوجود صلح.

2. فشل مسعى إجراء الصلح

يمكن أن تنتهي محاولات الصلح بالفشل، وهنا القاضي يحرر محضرا بعدم الصلح لما اتجهت له إرادة كل طرف وما يطلبه، ويتضمن النتيجة النهائية بالطلب الأصلي للدعوى سواء كان بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بالتراضي أو الرجوع ويقوم القاضي بالتوقيع عليه[118].

3. الشروع في مناقشة الدعوى

تستمر ولاية القاضي على الخصومة في حالة فشل الصلح بين الزوجين ويقوم باستدعائهما إلى جلسة رسمية لمناقشة الدعوى، كما قد يبدأ في المناقشة في نفس الجلسة والحكم فيها حسب طلب الطرفين ففي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع إصرار الزوج على الطلاق يحكم له بذلك، وقد يعتبر الزوج قد تعسف في استعمال حقه ويحكم للزوجة بالتعويضات المادية ويكون الحكم ابتدائي نهائي ما عدا جوانبه المادية[119]، أما الطلاق من الزوجة نصت المدة 451 من ق.إ.م.إ، أن القاضي يعاين ويكيف الوقائع التّي اعتمدتها الزوجة كأساس لطلب الخلع أو التطليق وهنا القاضي لديه السلطة التقديرية الواسعة في تقدير مدى توفر السبب الذي أسست عليه دعواها، أما

---

[117]– بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة والجديد، دار الهلال الإعلامية، د.س.ن، ص ص 115-117.

[118]– بن جناحي أمينة، المرجع السابق، ص 113.

[119]– بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص 61.

الطلاق بالتراضي اعتبر المشرع حضور الزوجين إجراء جوهري للتأكد من رضائهما وخلو الإرادة من العيوب كالإكراه وغيره المادة 1/431 من ق.إ.م.إ[120].

فبالرغم من وجود عريضة مشتركة وموقعة بين الزوجين، فإنّ غياب أحدهما عن جلسات الصلح أثر في صحة الحكم بالطلاق بالتراضي، ويكون عرضة للطعن بالنقض، وكمثال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/02/08، الذي قضى بنقض الحكم الصادر بفك الربطة الزوجية بالتراضي، بعد قيام الزوجة بالطعن فيه على أساس عدم حضورها جلسة الصلح، وهو ما يخالف مقتضى المادة 431 من ق.إ.م.إ، حيث اعتبرته المحكمة العليا خطأ في تطبيق القانون[121].

أما ما يتعلق بالرجوع إلى بيت الزوجية ما دام أن جلسات الصلح فيها غير وجوبية فلا تأثير لغياب الزوجين، إلّا أن حضورهما مهم سيما لعرض أسباب رفع الدعوى، وسوء المعاملة، وكل هذه الأحكام الصادرة ابتدائية قابلة لكل طرق الطعن.

الفرع الثاني

اتخاذ التدابير المؤقتة من طرف القاضي خلال جلسة الصلح

استحدث المشرع إجراءات مؤقتة خوفا من ضياع حقوق الأولاد من حيث النفقة والحضانة، السكن، أو في حقهم لرؤية أوليائهم ونظرا لطول إجراءات التقاضي في مواد فك الرابطة الزوجية أو حتى أثناء فترة الصلح والتي تعادل 03 أشهر، فمنح القانون لقاضي شؤون الأسرة سلطة إتخاذ جملة من التدابير المؤقتة إلى حين الفصل في الدعوى، بمناسبة تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 ذلك بموجب نص المادة 57 مكرر والتي تنص: "**يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق بالنفقة والحضانة والزيارة**

---

[120]– راجع المادة 1/431 من قانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[121]– سي بوعزة إيمان، "إمكانية تفعيل محاولات الصلح للحد من ظاهرة التفكك الأسري"، **المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 36.

والسكن الهدف من إقرار هذه السلطة للقاضي هو حماية حقوق الأطراف بموجب طلب منهم حتى ولو كان ذلك أثناء جلسة الصلح".

وأكدت على التدابير المؤقتة عدة مواد أخرى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية منها المادتين 442-444 من القانون السالف الذكر، وجاء في نص المادة 445 من قانون أ م إ: **"يجوز للقاضي في حالة ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف، أن يلغي أو يعدل أو يتمم التدابير المؤقتة التّي أمر بها ما لم يتم الفصل في الموضوع، هذا الأمر غير قابل لأي طعن".**

للقاضي إتخاذ كل التدابير المؤقت بموجب أمر غير قابل إلى أي طعن، وهذا ما تنص عليه المادة 442 من ق إ م إ وهذه التدابير ضرورية لحسن سير الخصومة ومن بينها[122]:

- حق الزيارة حيث يسمح ويأذن القاضي للزوج بزيارة أبنائه، وهذا الإذن يلزم الزوجة بتنفيذه وكذلك الأمر بالنفقة.
- إسناد الحضانة مؤقتا لأحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تسند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة.
- الاستماع إلى الشاهد إن اقتضى الأمر، إصدار أمر وإذن إلى المحضر القضائي للانتقال للمعاينة، وذلك لإثبات ادعاءات الزوج بترك الزوجة لمنزل الزوجية.
- التدابير الاحترازية ما يتعلق بالسكن لأنّ له علاقة بمصير الزوجة والأولاد، فيمكن للقاضي بناء على الطلب المتعلق بالسكن، الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

---

[122]- زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص 85.

- أنظر أيضا المادة 442 من القانون 08-09، المرجع السابق.

خاتمة

خاتمة

بناء على ما تقدم من الدراسة نستنتج أن أغلبية قضايا الطلاق التّي تسجل بأقسام شؤون الأسرة، تنتهي بالطلاق، وهذا يعني بصورة غير مباشرة أن الصلح القضائي فشل في إصلاح ذات البين بين الزوجي.

وهذا الفشل يرجع إلى عدة أسباب تستلزم مراجعة العديد من المواد القانونية، وعلى سبيل المثال الإحصائيات التّي لمسناها في مجلس قضاء بجاية، سيما محكمة أقبو لسنة 2022 إلى سنة 2023 فالدعاوى المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة في سنة 2022 كانت 112، في حين في سنة 2023، ارتفعت بشكل رهيب لغاية 150 قضية، أما الخلع من 69 في سنة 2022 قضية مفصول فيها بفك الرابطة الزوجية إلى 102 في سنة 2023، أما التطليق من 10 قضايا إلى 15 قضية في سنة 2023.

هذا الارتفاع يفسره لا محالة أن القاضي بالرغم من مساعيه الحثيثة للصلح بين الزوجين والعمل على تقريب وجهات نظرهم من أجل الإقلاع عن فكرة الفرقة، إلّا أنّه دائما يصطدم بتشبث أحد طرفي العلاقة الزوجية بذلك، ناهيك عن الحكم الهائل للملفات التّي تعرض على نفس القاضي أي يجد نفسه لا يستطيع أن يتحدث مع طرفي النزاع لأكثر من ساعة، وبالتالي فالأسئلة المطروحة تكون محددة وبسيطة، وهنا يجد هؤلاء الصعوبة في طرح مشكلتهم الجوهرية في طلب الطلاق .

إن الارتفاع كذلك يعود للتهافت المستمر لطرفي العلاقة الزوجية زوجا كان أم زوجة، سيما رفع دعاوى في الخلع والتطليق، خاصة مع تعديل القانون 11/84، فبحكم التغير الحاصل في المتغيرات والاقتصادية والثقافية الواحدة، ضف إلى التأثير الجذري للانترنيت الذي لعب دورا هاما في تغيير نمط معيشة البيت الجزائري.

وبالتالي فالصح هو من المواضيع ذات جزيئات متشعبة وبالرجوع للأحكام القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية على مستوى التراب الوطني، نجد أنها تحتاج للتنقيح من طرف المحكمة العليا، الأمر الذي يجعلنا نستنتج أن:

– الاجتهاد القضائي هو الضامن لاستمرارية النصوص القانونية، فهو له نفس الأهمية التّي يحمله التشريع نفسه.

– الاجتهاد القضائي له دور فعال في خلق انسجام ين النصوص القانونية والواقع الاجتماعي المطروح أمام القاضي.

– الاجتهاد القضائي يجعل النص القانوني حيا، خاصة في حالة نقص النص القانوني أو غموضه أو عدم موافقته للأوضاع الحالية وانسجامه مع الواقع المستجد والحالات الطارئة.

– الصلح في القانون الجزائري إجراء وجوبي في دعاوى الطلاق في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، سواء بإرادة الزوج المنفردة، بالتطليق أو الخلع.

– المشرع الجزائري من خلال القواعد الإجرائية الحديثة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، استدرك النص على أن الصلح إجراء وجوبي كما أكدته الاجتهادات القضائية.

– المشرع الجزائري لم يفصل في اعتبار الصلح في الطلاق جوهريا من النظام العام من عدمه، فرغم نص المادة 439 من ق.إ.م.إ التّي تنص على وجوبية الصلح إلّا أنّه لا يوجد جزاء مؤسس قانونا لتخلف هذا الإجراء.

– لا تجوز الوكالة عن الزوجين في حضور جلسات الصلح، وجب عليهما الحضور شخصيا، والتأكد من إرادتهما في فك الرابطة الزوجية.

– تعتبر إجراء الصلح من إجراءات الخصومة، ولا يعد من إجراءات الطلاق، كون أن المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين، وكل ما في الأمر أنه عندما نص على إجراء عدة محاولات الصلح قيده لمدة زمنية هي ثلاث أشهر من تاريخ رفع الدعوى، دون أن يتجاوزها القاضي.

وأنه وبناء على ما تقدم دراسته نوصي بما يأتي:

– قد حان الوقت لتعديل الكثير من المواد المتعلقة بالنزاع بين الزوجين، والنظر إلى القائم بالصلح الذي يجب أن يكون له تكوين خاص يسمح له بمعرفة الأسباب العميقة للخلاف والحقيقية، مثال ذلك إذا كان المشكل الحقيقي هو عدم التوافق الجنسي هذا المشكل يؤدي إلى افتعال مشاكل أخرى بين الزوجين وفي جلسة الصلح لا يتكلمان عنه، بل يبحثان عن مشاكل هامشية وبالتالي فالمصلح يجب أن يكون مختصا في علم النفس، والاجتماع، لكن في القانون الجزائري مهمة الصلح هي تطبيق القانون، وتكوين قاضي قانوني يفصل في الملفات وفقا للوثائق المقدمة

– يجب تحديد عدد الجلسات وعدم ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي، الذي في أغلب الأحيان ونظرا لكثرة القضايا قد يجعلها دون بذل الجهد المرجو للتوفيق بين الزوجين، واعتبارها مجرد إجراء شكلي.

– النص على إمكانية الاستعانة بأجهزة ومؤسسات مختصة من خارج القضاء للمساهمة في عملية الصلح.

– تفعيل دور النيابة في عملية الصلح، فدورها في هذه المسألة سلبي وشبه معدم، خاصة وأنها طرف أصلي في القضية طبقا لنص المادة الثالثة مكرر من قانون الأسرة، فلا بد من توسيع صلاحياتها كالتماس إجراء محاولة الصلح إضافية أو طلب حضور مجلس العائلة.

– حث القضاة على التريث في إصدار الأحكام المتعلقة بالطلاق، خاصة ما يتعلق بالحقوق المشتركة للأولاد.

– السهر على منح عدد متوافق من الملفات للقضاة للبت فيها بشكل موضوعي وصحيح، تفاديا لصدور أحكام يشوبها القصور والخطأ في تطبيق القانون.

– إنشاء هيئة صلح تتكون من متخصصين في تخصصات عدة كالمتخصصين في الشريعة الإسلامية، علم النفس، علم الإجتماع، أطباء، كما هو معمول به في عدد من الدول.

– إحالة دعاوى فك الرابطة الزوجية إلى تلك الهيئة قبل عرضها على القاضي.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: المراجع باللغة العربية

I. الكتب

1. أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج2، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2008.

2. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

3. بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ج1، طبعة 1، دار هومة، الجزائر، 2006.

4. بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة والجديد، دار الهلال الإعلامية، د.س.ن.

5. بن سعد محمد، دليل المالك لمذهب الامام مالك في جميع العبادات والمعاملات، د.ط، دار الندوة، د.س.ن.

6. الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ط.1، القاهرة، دار الكتاب المصري، 1991.

7. الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الجبل، لبنان، 2002.

8. الزبيدي مرتضي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط.6، د.د.ن، بيروت، 1999.

9. طلعت يوسف خاطر، انقضاء الخصومة بالصلح القضائي، ط.1، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2014.

10. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دون طبعة، لبنان، 2004.

11. العياشي فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2007.

12. الكاساني الامام بن مسعود بن أحمد، الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، ج 2، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983.

13. لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق وآثارها على الأحكام القضائية، ط1، د.ب.ن، 2009.

14. محروق كريمة، دور القاضي في حماية الأسرة على ضوء المستحدث من تشريعات الأسرة، د.ط، دار ألفا للوثائق، الجزائر، 2019.

15. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ارشاد الفحول، ج2، ط.1، دار الكتاب العربي، دمشق، 1999.

II. الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ. أطروحات الدكتوراه

1. ليلى حمي، أثر الاجتهاد القضائي في تحقيق الاستقرار في الفقه الإسلامي وقنون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة - فك الرابطة الزوجية نموذجا-، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص الشريعة والقانون، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2023.

2. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص فقه وأصول في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009.

3. مطروح عدلان، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص علوم في الإسلامية كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة، وهران، 2005.

ب. المذكرات الجامعية

ب.1. مذكرات الماجستير

1. بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، 2014.

2. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.

3. بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر الصديق، تلمسان، 2014.

4. زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص فقه وأصول الشريعة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

5. سليمان قدور محمد، الصلح كطريق بديل لحل النزاعات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

6. الطاهر برايك، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2002.

ب.2. مذكرات الماستر

1. بداني نور الدين، احكام الصلح ما بين نصوص قانون الأسرة والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2023.

2. خليفة غربي، اسهام الاجتهاد القضائي في تعديل قانون الأسرة الجزائري –إنحلال الزواج نموذجا–، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، حقوق جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018.

3. وعلي فروجة، بوجمعة امين، دور الصلح القضائي في حل النزاعات في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر. تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزى وزو، 2021.

4. يعقوب مريم، الصلح ودوره في حماية الأسرة من التفكك، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2020.

III. المقالات والمحاضرات

أ. المقالات

1. بن عودة حسكر مراد، "سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه وآلية تفعيله"، **المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد**، المجلد 5، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2020، ص.ص151-74.

2. بن قوية سامية، "الصلح في قانون الأسرة الجزائري -إشكالات شرعية وقانونية-"، **المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية**، المجلد 3، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص.ص319-349.

3. بودحرة احمد، قروف موسى، "الصلح بين الزوجين في القانون الجزائري بشقيه الموضوعي والاجرائي"، **مجلة المفكر**، المجلد 18، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2023، ص.ص333-345.

4. بودور مبروك، "القضاء من المصطلح الى السلطة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، المجلد 1، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018، ص.ص136-156.

5. تومي نوال، "أحكام الصلح ودوره في قضايا فك الرابطة الزوجية"، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، مجلد 07، عدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2021، ص ص114-124.

6. حجوح يحي، "دور الصلح في حماية الرابطة الزوجية"، **مجلة القانون والعلوم السياسية**، المجلد 8، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي أحمد، النعامة، 2022، ص.ص445-459.

7. غواس حسينة، "الاقتراب المفاهيمي للاجتهاد القضائي في التشريع الاسري الجزائري"، **مجلة التوازن الفقهية والقانونية**، المجلد 6، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2022، ص.ص43-65.

8. فخار حمو، "الصلح في القضايا الأسرية بين الشريعة والقانون الجزائري"، **مجلة الواحات للبحوث والدراسات**، المجلد 14، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، غرداية، 2021، ص.ص475-488.

9. سي بوعزة إيمان، إمكانية تفعيل محاولات الصلح للحد من ظاهرة التفكك الأسري، **المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص.ص30-54.

10. لخداري عبد الحق، "الصلح القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري"، **مجلة الأحياء**، المجلد 20، العدد 24، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشيخ العربي التبسي، تبسة، 2020، ص.ص241-268.

11. العيد ياسمينة، لمطاعي حمار صبيحة، "سلطة قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين الزوجين"، **مجلة الأسرة والمجتمع**، المجلد 11، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2023 ص.ص134-149.

ب. المحاضرات

1. إقروفة زبيدة، "محاضرات في الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة"، مطبوعة موجهة لطلبة الماستر 2، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2023.

2. عياش رتيبة، محاضرات في مقياس الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة، موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لونيسي أعلي، البليدة، 2021.

IV. التشريعات

أ. القوانين والأوامر

1. أمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج عدد 47 الصادر في 09 جوان 1966، الملغى.

2. أمر رقم 71-80 المؤرخ 29 ديسمبر 1971، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر.ج.ج، عدد 2، المؤرخ في 07 جانفي 1972، المعدل والمتمم.

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

4. قانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ح.ح، عدد 15 الصادر في 27 فيفري 2005، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05، المتضمن قانون الأسرة، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ج.ج عدد 15، المؤرخ في 27 فيفري 2005.

5. قانون رقم 90-04، المؤرخ في 6 فيفري 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج عدد 6، الصادر في 7 فيفري 1990، معدل بالقانون رقم 91-28، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، ج.ر.ج.ج عدد 68، الصادر في 28 ديسمبر 1991.

6. قانون رقم 90-02، المؤرخ في 6 فيفري 1990، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، المعدل والمتمم بقانون رقم 27-91، يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، ج.ر.ج.ج عدد 68، الصادر في 21 ديسمبر 1991.

7. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، الصادر في 25 فيفري 2008.

ب. القرارات

1. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 3526 الصادر بتاريخ 03 ديسمبر 1984، المجلة قضائية عدد خاص، لسنة 1984، ص 212.

2. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 75141، الصادر بتاريخ 18 جوان 1991، المجلة القضائية، عدد 1، لسنة 1993، ص 63.

3. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 769154 الصادر بتاريخ 21 جويلية 1998، (غير منشور).

4. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 216850 الصادر بتاريخ 16 فيفري 1999 المجلة القضائية عدد خاص، لسنة 2001، ص 100.

5. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 273529، الصادر بتاريخ 13 فيفري 2002، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2002، ص 55.

6. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 828820، الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 2002، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، لسنة 2002، ص 323.

7. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 372130، الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 2007، المجلة القضائية عدد 2، لسنة 2007، ص ص 463-467.

8. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 654972 الصادر بتاريخ 15 سبتمبر 2011، المجلة القضائية عدد 02، لسنة 2011، ص ص 294-297.

9. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 751790، الصادر بتاريخ 14 جوان 2012، مجلة القضائية عدد 1، لسنة 2012، ص98.

10. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة، ملف رقم 0813942، الصادر بتاريخ 13 أفريل 2013، غير منشور.

11. قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 0950026، الصادر بتاريخ 10 جانفي 2014 المجلة القضائية، عدد 02، لسنة 2014، ص 278.

12. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 813976، الصادر بتاريخ 10 جانفي 2014، غير منشور.

13. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0984821، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 2014، غير منشور.

14. قرار المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 1477236 الصادر بتاريخ 07 جويلية 2021، مجلة القضائية عدد 2، لسنة 2021، ص84.

ج. أحكام قضائية

1. مجلس قضاء بجاية، حكم محكمة أقبو، رقم الجدول 1314-12، قسم شؤون الأسرة.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

1. Petit Larousse, Imprimerie de la France, 1989.

الفهرس

الفهرس

شكر وتقدير

الإهداء

قائمة المختصرات

مقدمـــة **1**

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للاجتهاد القضائي و الصلح بين الزوجين

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي 7

المطلب الأول: تعريف الاجتهاد القضائي وأهميته 7

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد القضائي 7

أولا: تعريف الاجتهاد 7

ثانيا: تعريف القضاء 9

ثالثا: تعريف الاجتهاد القضائي 10

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي 11

المطلب الثاني: نطاق إعمال الاجتهاد القضائي في شؤون الأسرة 13

الفرع الأول: الاجتهاد في حالة وجود النص 13

أولا: الاجتهاد في فهم النص 13

ثانيا: الاجتهاد في تطبيق النص 17

الفرع الثاني: الاجتهاد في حالة الفراغ التشريعي 18

المبحث الثاني: مفهوم الصلح بين الزوجين 19

المطلب الأول: تعريف الصلح بين الزوجين وأهميته 19

الفرع الأول: تعريف الصلح بين الزوجين 19

أولا: لغة 19

ثانيا: اصطلاحا 20

ثالثا: قانونا 21

الفرع الثاني: أهمية الصلح بين الزوجين 23
المطلب الثاني: تمييز الصلح في قانون الأسرة عما يشابهه من مصطلحات وقوانين أخرى 24
الفرع الأول: تمييز الصلح عما يشابهه من المصطلحات..... 24
أولا: تمييز الصلح عن التحكيم 25
ثانيا: تمييز الصلح عن الوساطة 26
الفرع الثاني: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى 26
أولا: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني 27
ثانيا: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في قانون العمل 28

الفصل الثاني

أثر الاجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين

المبحث الأول: أثر الاجتهاد القضائي في تطبيق القواعد المتعلقة بالصلح بين الزوجين 33
المطلب الأول: الاجتهاد القضائي وتحديد طبيعة إجراء الصلح بين الزوجين..... 33
الفرع الأول: الصلح إجراء جوهري 34
أولا: موقف الفقه 35
ثانيا: موقف القضاء 36
الفرع الثاني: الصلح ليس إجراء جوهري 36
الفرع الثالث: موقف المحكمة العليا 37
المطلب الثاني: دور الاجتهاد القضائي في ضبط الإشكالات المتعلقة بالصلح..... 38
الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بانعقاد جلسة الصلح 39
أولا: تعدد جلسات الصلح..... 39
ثانيا: الدرجة المختصة بالصلح..... 41
ثالثا: تحول الطلاق الرجعي إلى طلاق بائن..... 42
رابعا: تغيب أحد الزوجين عن جلسات الصلح رغم التبليغ: 44
خامسا: الوكالة في الصلح بين الزوجين..... 44

سادسا: للإنابة القضائية 46
الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة ببدء سريان فترة الصلح 47
المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في إرساء قواعد الصلح بين الزوجين..... 48
المطلب الأول: الاجتهاد القضائي وإجراء الصلح في مختلف حالات الطلاق 48
الفرع الأول: الصلح في حالة فك الرابطة الزوجية من أحد الطرفين 49
أولا: الصلح بين الزوجين بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... 49
ثانيا: الصلح بين الزوجين في حالة التطليق 50
الفرع الثاني: دور القاضي في الصلح عند الطلاق بالتراضي 54
المطلب الثاني: تطبيقات الاجتهاد القضائي على إجراءات الصلح 55
الفرع الأول: الإجراءات المتعلقة بمباشرة القاضي للصلح..... 56
أولا: الإجراءات المتخذة من طرف القاضي لإجراء محاولة الصلح 56
ثانيا: انتهاء الصلح 57
الفرع الثاني: اتخاذ التدابير المؤقتة من طرف القاضي خلال جلسة الصلح 59
خاتمة 61
قائمة المصادر والمراجع 65
الفهرس 74

دور الإجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين

الملخص باللغة العربية

لما كانت الأسرة الركيزة الأساسية لبناء المجتمع، سعى المشرع الجزائري للعمل على استقرارها والحفاظ عليها، وفي حالة وقوع خلاف بينهما كرس المشرع الجزائري إلزامية الصلح بينهما ولأهميته، كان للإجتهاد القضائي دور أساسيا وفعالًا في معالجة الثغرات والفراغات، التّي تشوب نظام الصلح بين الزوجين وفقا للقانون الأسرة.

تناولنا في دراستنا هذه الإطار المفاهيمي لكلا من الصلح والإجتهاد القضائي، مع عرض أهمية الإجرائين في تنظيم العلاقة الزوجية، ثم انتقلنا لبسط دور الإجتهاد القضائي في الصلح بين الزوجين، وفي إرساء قواعد الصلح حسب مختلف حالات فك الرابطة الزوجية، والإجراءات المطلوبة، التّي تقع على عاتق القاضي اتخاذها قبل الفصل بالدعوى إنحلال الرابطة الزوجية.

الكلمات المفتاحية: الأسرة، الصلح، الطلاق، الإنابة القضائية، الإجتهاد القضائي.

Abstract

Since the family is the fundamental pillar of building society, the Algerian legislator has sought to ensure its stability and preservation. In the event of a dispute between spouses, the Algerian legislator has mandated reconciliation between them. Judicial discretion has played a fundamental and effective role in addressing the gaps and deficiencies that affect the reconciliation system between spouses according to family law.

In this study, we addressed the conceptual framework of both reconciliation and judicial discretion, highlighting the importance of both procedures in organizing marital relationships. We then elaborated to conclude the role of judicial discretion in reconciliation between spouses and in establishing the rules of reconciliation according to the various cases of marital dissolution and the procedures required, which the judge must undertake before ruling on the dissolution of the marital bond.

Keywords: Family, Reconciliation, Divorce, Judicial mandate, Judicial discretion.