إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه و الاجتهاد القضائي

أ / عبد الحكيم بن هبري
باحث دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

ملخص

فرض المشرع الجزائري على القاضي إجراء محاولات الصلح في قانون الأسرة في المادة (49) منه،التي جاءت كما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، و كما نظم ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد (431) و (439) إلى (448) منه إلا أن الفقه و القضاء اختلفا حول مدى الزاميتها، وكذا اثر إغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الإجراء المؤدي إلى بطلان حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، و بين من يرى عكس ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري. و لا تؤدي إلى إلغاء الحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية.

الكلمات المفتاحية: محاولات الصلح، قضايا، فك الرابطة الزوجية، حماية الأسرة.

Reusmé

le legislateur algérien a imposé pour raison d'application par le juge la procedure des tentatives de reconciliation cités dans le code de la famille a partir de l'article 49 « le divorce ne peut pas etre etabli que par jugement precede par plusieurs tentatives de conciliation effectuées par le juge au cours d'une periode qui saurait excedée un delais de trois mois a compter de l'introduction

المنارة للاستشارات

de l'instance » ainsi que les modalités de son application dans le code des procedures civiles et administratives dans les articles 431 439 jusqu'à 448 or que la doctrine et la jurisprudence ne s'entendaient pas concernant son obligation ainsi que sa négligence et l'inapplication de cette procedure, qui engendre l'ivalidité du divorce ou la demande de l'epouse de divorce –etatlik- ou–alkhola- ou par le consentement mutuelle et entre celui qui croit le contraire disant que la tentative de reconciliation n'est pas consideré comme procedure obligatoire qui ne conduise pas a la dissolution de la relation conjugale . .
les mots clés : tentatives , reconciliation, le divorce, code de la famille.

مقدمة:

فرض المشرع الجزائري على القاضي إجراء محاولات الصلح في ق أ في المادة (49) منه، التي جاءت كما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"، و كما نظم ذلك في ق إ م إ في المواد (431) و (439) إلى (448) منه إلا أن الفقه و القضاء اختلفا حول مدى الزاميتها، وكذا اثر إغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الإجراء المؤدي إلى بطلان حكم الطلاق أو التطليق أو الخلع أو الطلاق بالتراضي، و بين من يرى عكس ذلك بأن محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري، ومنه تطرح أسئلة عديدة ، مفادها: هل اعتبر قضاء المحكمة العليا محاولة الصلح إجراء جوهري من النظام العام؟ وما هو الفرق بين الإجراء الجوهري و الإجراء غير الجوهري والإجراء الوجوبي الذي جاء في ق إ م إ؟ وهل تخلف إجراء الصلح في دعاوى فك الربطة الزوجية يؤثر على صحة الحكم القضائي المثبت لفك الرابطة الزوجية أم لا؟ وما هو سبب عدم استقرار البيِّن في موقف القضاء في ظل نص قانوني واحد لم يطرأ عليه أي تغير، فكيف

المنارة للاستشارات

نسمي هذا التباين؟هل نسميه تراجعًا أم نسميه استدراكا أم شيئا آخر؟فكيف نجد هذا التناقض في أعلى جهاز قضائي يسهر على توحيد المفهوم القانوني و توحيد الاجتهاد فأين يكمن الخلل؟ و كيف يمكن نقض أحكام الطلاق دون الأخذ بعين الاعتبار طبيعتها النهائية والتي قد نفذت ورتبت أثارها القانونية ؟ وهل معنى ذلك أنه لم تعد نهائية ولا عبرة من تنفيذها وجوبا ؟ والإجابة على كل هذه التساؤلات تكون كما يلي:

المبحث الأول: تذبذب الفقه وقضاء المحكمة العليا بخصوص وجوبية إجراء الصلح

نص المشرع على محاولات الصلح في قانون الأسرة في المادة (49) منه كما نظمه في ق إ م إ في المواد (431) و(439) إلى (448) منه. إلا أن الفقه و القضاء اختلفا حول الزاميته قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المطلب الأول)، وبعد صدوه(المطلب الثاني).

المطلب الأول : مدى تعلق محاولات الصلح بالنظام العام من خلال الفقه و القضاء

ثار خلاف كبير بين الفقة والقضاء عند تفسيرهم لنص المادة (49)من ق أ ، بين مؤيد (الفرع الأول)ومعارض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه الفقهي و القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري

فسر الأستاذ العربي بلحاج نص المادة (49)من ق أ بما يلي **:"...** نصا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم بالطلاق.. "[1] وذهب إلى القول أن "... محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريًا على القاضي القيام به.."[2]، وذهب الأستاذ عمر زودة إلى القول أن:" محاولة الصلح من المقتضيات

المنارة للاستشارات

الموضوعية لصحة العمل لقانوني"[3].واعتبر الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا أن محاولة الصلح " إلزامية للقاضي وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة (49) من ق أ لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري، فلا بد منها قبل النطق بحكم الطلاق"[4] وأيضا كان قضاء المحكمة العليا مستقرًا بخصوص إجبارية محاولة الصلح عندما كان يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه لنص المادة (17) منه[5]، فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا الصادرة بتاريخ في 1968/07/03 أن" التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون "[6].

أما بعد صدور ق أ في سنة 1984 استقر أيضا قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولات الصلح، في القرار الصادر في 1991/06/18 أين جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، وقد جاء تحييثها كما يلي:" بالرجوع إلى القرار موضوع الطعن، يتجلى بأنه جاء مخالفا للقانون، خصوصا المادة 49 من ق أ التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك ولم يتعرض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، وأن المادة 49 من ق أ تنص صراحة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح "، إذا فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار

المنارة للاستشارات

المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له ما يستوجب نقضه"[7]،وأيضا على نفس المنوال وحتى بعد تعديل ق أ 2005[8].

الفرع الثاني: الاتجاه الفقهي و القضائي المنكر لفكرة الصلح كإجراء جوهري

يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين أن:" محاولة الصلح لا تعد من النظام العام، بل في بعض الحالات، إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة، يعد في حد ذاته إجراء مخالفً ا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقاً لنص المادة (51) من ق أ ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين"[9]. ورأى أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدًا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام[10]، وذهب الأستاذ الأنور عبد الرحيم إلى القول:" ولقد قضى المجلس الأعلى بأن عدم القيام بمحاولة الصلح ليس من النظام العام ، وأنه يمكن تغطية هذه المحاولة ،بالتصدي للموضوع" [11]. " ولقد كانت المحكمة العليا تقضي في قراراتها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق، إذ لم يقم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين غير أنه في قرارات أخرى حذت منهجا مغايرًا بأن اعتبرت محاولة الصلح ليست إجراء جوهريا ومن بين تلك القرارات في هذا الشأن نجد هذا القرار الذي قضى بما يلي"إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق،ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق و التطليق تصدر دائما نهائية "[12]وتبعاً لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بأن محاولة الصلح جوازية [13] وأكدت أيضا في قرار أخر لها (غرفة الأحوال الشخصية لدى المجلس الأعلى) بأن" محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية ..."[14]. حتى بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005، استمرت المحكمة العليا

المنارة للاستشارات

باعتبار الصلح إجراء غير جوهري وهو ما تضمنه قرار صادر أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 والذي قضى بما يأتي:" لكن حيث أن المادة 49 من ق أ لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهرياً للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من ق أ هي إلا موعظة ..."[15].

المطلب الثاني: موقع إجراء محاولات الصلح وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

أكد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على وجوبية محاولات الصلح(الفرع الأول)غير انه لم يرتب الجزاء الإجرائي في حال عدم التقيد بوجوبية محاولات الصلح (الفرع الثاني).

الفرع الاول: التنصيص على وجوبية محاولات الصلح

وأمام الاتجاهين السالفي الذكر أعلاه، برز منذ صدور ق إ م إ موقف يحاول حسم الأمر وإزالة الإشكال، بحيث يعتبر أن نص المادة (439) هو المعيار الفاصل، بأن جعلها إجراء وجوبي وفي هذا الشأن فسرت الأستاذة قودري خيرة : أن جلسات الصلح وجوبية بقولها : " أبانت الممارسة العملية في ظل المادة القديمة بأنه كان يعتريها بعض القصور بحيث أن محاولة الصلح كانت تعد إجراء شكليا تقوم به المحكمة تارة، وتغفل عنه تارة أخرى ولكن بمجرد صدور ق ا م ا الذي أزال التناقض الذي وقع فيه القضاة وأصبحت الأحكام موحدة وهذا بناءا على المادة (439) منه التي نصت بقولها "محاولات الصلح وجوبية " هذه المادة جاءت بصيغة الأمر، لأن استعمال لفظ " وجوبية" من شأنه أن يلزم القاضي بالقيام بإجراء الصلح[16].

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: انعدام الجزاء الإجرائي في حال عدم التقيد بوجوبية محاولات الصلح

بصدور ق إ م إ لم تعد مسألة إلزامية محاولات الصلح تثير أي جدل اذ نصت المادة 439 منه "محاولات الصلح وجوبية "[17]، لكن يطرح تساؤل هنا عن الوضع الذي كان سائد فيما يخص الصلح قبل صدور ق إ م إ وهل تغير الوضع بعد صدوره؟ في حقيقة الأمر لم يتغير أي شيء بخصوص إجراء الصلح سواء في ظل ق أ لسنة 1984 أو عند تعديله سنة 2005، أو في ظل ق أ م الملغى، أو حتى بعد صدور ق إ م إ، بحيث لاقت المادة (49) من ق أ نقاشًا حادًا و تضاربًا صارخاً وهذا راجع إلى سوء فهم و تفسير القانون، في حين لا يوجد أي إشكال حول اعتبار محاولة الصلح إجراء جوهري أو غير جوهري، فالمادة السالفة الذكر تتكلم عن محاولة الصلح التي كانت موجودة منذ سنة 1984 وحتى بعد تعديل ق أ سنة 2005؛ لكن كل ما في الأمر أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تنص على الصلح المفرد أي الذي يقتصر على محاولة صلح واحدة، والجديد الذي أتى به تعديل 2005 هو زيادة عدد محاولات الصلح، للحفاظ على الأسرة حسب ما جاء في عرض الأسباب مشروع قانون الأسرة، حيث آنذاك كان هناك برلماني طالب من الحكومة إضافة كلمة " وجوبا " بعد عبارة "من طرف القاضي" وهذا قصد إلزام القاضي بالقيام بإجراء الصلح حتى لا يفوت فرصة الرجوع الزوجين[18]. فالمشرع في المادة (49) يخاطب القاضي لا المتقاضين، بحيث جاء النص على ما يلي:"...بعد عدة *محاولات صلح يجريها القاضي*..."، وبالتالي المشرع فرض على القاضي استيفاء هذا الإجراء على أن لا يتجاوز ذلك ثلاثة(03) أشهر الذي هو ميعاد خاص بإجراء محاولات الصلح، و يبدأ من تاريخ رفع الدعوى، لكن لم يرتب

المنارة للاستشارات

المشرع جزاء على مخالفة القاضي لهذا الإجراء، وهذا ما نستشفه من خلال نصي المادتين (49) من ق أ و(439) من ق إ م إ التي خصهما المشرع بذكر و جوبية الصلح و لم يرتب على عدم مراعاة أحكامهما البطلان، فقداعتمد المشرع الصلح كإجراء وجوبي في نص المادة (49) منذ سنة 1984 وحتى بعد التعديل سنة 2005، و هو ذات الموقف خلال نص المادة (439) من ق إ م إ بأن أقر وجوبية محاولات الصلح؛ فالمشرع و ضع قاعدة عامة مفادها أن القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين سواء النص الموضوعي أو الإجرائي فجاء ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة آمرة لكن لم يقرنها المشرع بجزاء، لأنه بالرجوع إلى فقه القواعد القانونية نجد نوعين من القواعد القانونية؛ القواعد المكملة و القواعد الآمرة و هذه الأخيرة تنقسم إلى نوعين؛ قاعدة آمرة تتضمن جزاء عند عدم مراعاتها، و قاعدة آمرة لا تتضمن جزاء على عدم مراعاة أحكامها. و لنا أن نتساءل لماذا المشرع في أحد القواعد الآمرة يعطي الجزاء في أمر ما، و أحيانا لا يرتب جزاء.

فهذا له دلالة قاطعة على أنه في حالة عدم العمل بذلك المقتضى فلا أثر يترتب عليه، فلا يمكن أن يفسر النص أكثر مما يحتمل ومادام المشرع يقول: على القاضي إجراء الصلح و لكن لم يرتب جزاء على تخلف هذا الإجراء فهذا دليل يجعل من الصلح إجراء غير جوهريا. تجدر الإشارة إلى أن من يقول أن الصلح إجراء جوازي قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 على أساس عدم وجود نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطليق، ولكن بعد هذا التاريخ أصبح الصلح إجراء جوهريا ومن النظام العام، ويجوز لطرفي الدعوى إثارته و لو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا كون أن المادة (49) لم تجعل إجراء محاولة الصلح

المنارة للاستشارات

جوازًيا[19]، وأن ق أ قد علق الطلاق بالصلح واعتبر أن الصلح هو من أجل العدول، و أنه إذا لم يوجد الصلح فالطلاق باطل ولا أساس له من الصحة.لا يصح هذا التفسير في ق أ ، كما و أنه يمس بمبادئ الشريعة الإسلامية و كذا خرق للنصوص القانونية، لأن من يعتبر أن الصلح إجراء جوهري اختلط عليه الأمر حيث أقرن ذلك بالمصالحة المنصوص عليها في قانون العمل، أي لا بد أن تكون هناك مصالحة بين الزوجين أولاً، فإذا وقعت المصالحة لا يحرر محضر عدم الصلح و بالتالي لا توجد فكرة الطلاق(و بما فيه الطلاق الرجعي الواقع)، أما إذا أجريت المصالحة و لم يفلح القاضي في ذلك، فالنتيجة الحتمية أن يأتي بعدها الطلاق أي لا بد من وجود الصلح كإجراء سابق و أولي والذي ينتهي إلى الفشل، ثم التطرق إلى الطلاق فيصبح الصلح قيدًا على الطلاق مثلما هو الحال عليه في المصالحة، التي هي قيد على رفع الدعوى في القضاء الاجتماعي، و هذا أمر لم تأت به لا الشريعة الإسلامية و لا قانون الأسرة، فيكمن دور القاضي في هذه الحالة من التأكد هل إعمال قاعدة قانونية أو عدم إعمالها يعرقل حسن سير العدالة،

فهنا بالتأكيد أن القاضي سوف يفصل واقعة الطلاق عن إجراء الصلح و يخلص إلى القول أن الصلح مرحلة لا علاقة لها بالطلاق الذي يفترض في غالب الأحيان وقوعه .يمكن للقاضي أن لا يجري الصلح أصلاً؛ و لاسيما إذا تأكد أن أحكام المادة (51) من ق أ قائمة فإجراء الصلح بين امرأة و رجل طلقها ثلاث مرات متباعدة ومتتالية مخالف للنظام العام، ومخالف للشريعة الإسلامية و كذلك لقانون الأسرة، إذ لا يمكن للرجل أن يراجع المرأة المطلقة ثلاثا، فهي أجنبية عليه، فإجراء الصلح فيه مساس للنظام العام و لأحكام قطعية من القرآن الكريم وخرق لأحكام المواد (49) و

المنارة للاستشارات

(51) ومن ق أ المستمدة من الشريعة الإسلامية. فمن يقول أن الصلح إجراء جوهري هو قول من لا يعترف بطلاق الزوج، وإنما يؤمن فقط بطلاق القاضي وأن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة وأن طلاق الزوج هو لغو حسب اعتقادهم، ومرد هذا الاعتقاد عدم التفرقة بين الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته عندما يمارس حقه الإرادي المقرر له شرعا و قانونا والتفريق القضائي؛ كون الأول يقع رجعيًا ما لم يكمل ثلاث طلقات، أما الآخر فيقع بائنا دائما. عقبت الأستاذة بوزيد وردة على أنه لا يوجد سبب لإغفال القاضي قيامه بمحاولة الصلح قبل الحكم في دعوى الطلاق سوى خطئه في تطبيق القانون لأنه اعتد بعلمه الشخصي واستبعد إجراء وجوبي، وسبب هذا الخطأ ربما يعود لغياب نصوص تنظم عملية الصلح وإجرائاته وهو ما استدركه قانون الأسرة لاحقا[20]، فعدم القيام بإجراء الصلح ربما هو من قبيل الخطأ يتحمله القاضي لا الزوجان[21]، لأنه و فرضا لو إعتبرنا أن الصلح إجراء جوهري معناه أنه علقنا الطلاق الذي هو مسألة موضوعية على استيفاء إجراء ونكون حملنا الزوجان خطأ لم يتسببا في حدوثه فالصلح أمر مندوب إليه مصداقًا لقوله تعالى: { وَالصُّلْحُ خَيْرٌ}[22].

فالصلح أمر إيجابي لما يجريه القاضي ولكن إذا لم يقم به لسهوه عنه،لا نعالج الخطأ بخطأ أكبر عندما نقرر بطلان ونقض حكم الطلاق ونعلق الحكم على إجراء لم يتم إجرائه، فالصلح يتعلق بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق وإجراء الصلح لا يرتبط ولا يتعلق به، فنص المادة (49) من ق أ ليست نص إجرائي يتعلق بإجراءات الطلاق، لأن هذا الأخير وقع بقوة الشرع والقانون، و لا يحتاج إلى إجراء الصلح لإيقاع الطلاق، فنص المادة (48) من ق أ لم يعلق الطلاق على أي قيد أو شرط. [23]

المنارة للاستشارات

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على عدم استقرار الفقه والقضاء بخصوص اجراء محاولات الصلح

المطلب الأول: أثر تخلف اجراء الصلح بالنسبة للحكم القضائي

هناك من يرى بطلان الحكم (الفرع الأول). وهناك من يرى بصحة الحكم(الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر تخلف اجراء الصلح يؤدي الى بطلان الحكم القضائي المثبت للطلاق

يرى الأستاذ بلحاج العربي:"لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وإن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق. وإذا لم يتم هذا الإجراء، فإن الحكم الصادر يكون باطلا "[24]، وانتهى إلى القول: "سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه"[25] ويرى الأستاذ عمر زودة: "إن محاولة الصلح من المقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني، ويترتب على تخلفها بطلان هذا العمل"[26]. أما الأستاذة تشوار حميدو زكية فترى" ... لكن دون الإغفال عن الصلح الذي أصبح إجراءا جوهريا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية [27]".و أضافت: " على القضاة إتباعها وإلا عرضوا قرارهم للطعن"[28]. يستخلص من قرارات المحكمة العليا ،أن الصلح إجراء أوجبه القانون، ويعد من النظام العام وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له،الأمر الذي يستوجب نقضه كما هو ثابت من خلال القرارات الآتية: جاء في قرار صادر بتاريخ07/03/ 1968 عن المجلس الأعلى سابقا بأن:" التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون "[29]،

المنارة للاستشارات

الفرع الثاني: أثر تخلف اجراء الصلح لا يؤثر على صحة الحكم القضائي المثبت للطلاق

صياغة الوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا تفيد ببطلان العمل الإجرائي

يرى الأستاذ لمطاعي: " إن محاولة الصلح في حقيقة الأمر ليست إجراء جوهري من شأنه المساس أو التأثير على الحكم القضائي المثبت للطلاق، لأن الهدف المتوخى من إجراء محاولة الصلح هو تقديم النصح، و الإرشاد والموعظة الحسنة للزوج[30]، وذهب الأستاذ زيدان عبد النور إلى اعتبار:"أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري، الغاية منه الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي و لا يترتب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائي المترتب مخالفة له " [31]،وجاء في أحد القرارت الصادرة بتاريخ 1999/02/16 ما يلي:" إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهري للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة (49) من ق أ ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس "[32].

حتى بعد تعديل ق أ سنة 2005 الذي إعتبر أن الصلح إجراء غير جوهري بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2007/06/13 والذي قضى بما يأتي " لكن حيث أن المادة (49) من ق أ لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط، إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهرياً للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكور بالمادة (49) من ق أ ما هي إلا موعظة، مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن"[33]

المنارة للاستشارات

المطلب الثاني: أثر تخلف اجراء الصلح بالنسبة لقانون الإجراءات المدنية والإدارية

نص المشرع على وجوبية محاولات الصلح (الفرع الأول) غير أن صياغة الوجوب في ق إ م أ لا تفيد ببطلان العمل الإجرائي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: وجوبية محاولات الصلح في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

نص المشرع على وجوبية الصلح في ق إ م إ صرحة،إذ "جدير بالذكر أن قيام المحكمة بالصلح أمر وجوبي لانقاش فيه وهذا يحيلنا بشكل مباشر إلى أن المشرع قد اعتبر محاولة الصلح من طرف المحكمة مسألة ضرورية تتعلق بقاعدة آمرة من قواعد النظام العام التي يجب أن لا نتجاوزها " [34].

الفرع الثاني: صياغة الوجوب لا تفيد ببطلان العمل الإجرائي

إن القول بالبطلان يعد خرقاً لكل من أحكام الشريعة الإسلامية، كما و ليس له أساس قانوني، لأن المشرع لم يشترط من خلال المادة (49) من ق أ إجراء محاولات الصلح من أجل إتمام الطلاق، لأن إذا تلفظ الزوج بالطلاق أصبح مركز موجود، ثم يأتي الحكم القضائي لإثبات ذلك المركز الذي أوقعه الزوج، فالطلاق ليس معلق على أي شيء حسب المادة (49)من ق أ وهنا نجد أن سوء فهم النصوص القانونية خلق في المسألة الواحدة تناقضا بين من يعتبر الصلح إجراء جوهري و بين من يعتبره إجراء غير جوهري من جهة و بين من يعتقد أنه بصدور ق إ م إ زال الغموض و لم تعد مسألة إلزامية الصلح تثير أي جدل بحيث تضمنت المادة (439) الجواب بأن اعتبرت محاولات الصلح و جوبية من جهة أخرى.وفي الحقيقة وجوبية هذا الإجراء واضحة من خلال عدة محاولات يجريها القاضي تطبيقاً لنص المادة (49) من ق أ، وهو ما تؤكده المادة (439)[35]غير أنه يلاحظ غياب صيغة

المنارة للاستشارات

الإلزام في نص المادة (49) من ق أ، وكذا النص المعدل لها[36]، أو حتى نص المادة (439) من ق إ م إ التي لا تتضمن جزاء على عدم مراعاتها، فلم يقيد المشرع النصين تحت طائلة البطلان. ليكرس نص المادة (49) من ق أ، فكلمة وجوبية الغرض منها تمكين القاضي من إجراء الصلح و لا يتملص على أساس أنه لا يوجد نص يفرض عليه القيام بإجرائه[37]. فالصلح وجوبي في حدود عدة محاولات يقوم بها القاضي ، لكن المشرع لم يرتب جزاء على عدم القيام بها، في حين يذهب السواد الأعظم من القانونين عن خطأ، إلى أن تخلف إجراء محاولات الصلح ، تؤثر على صحة الحكم. هذا الكلام لا يصح، لأنه في حقيقة الأمر مرد كل هذا راجع إلى عدم التفرقة بين القواعد القانونية كما قلنا سابقاً ، و بالتالي مفتاح الجواب على هذا الخلاف يكمن في معرفة متى تكون القاعدة القانونية ملزمة، ومتى لا تتضمن جزاء يوقع عند مخالفتها وسواء كانت القاعدة الآمرة قاعدة موضوعية أو قاعدة إجرائية. فتعتبر كلا من المادتين (49) من قانون الأسرة و المادة (439) من ق إ م إ هما قاعدتان آمرتين كونهما تتضمن صياغة الوجوب ، بالرغم أنهما من القواعد الآمرة إلا أنه لم يقرنهما المشرع بجزاء مادي عند مخالفة مقتضياتهما ويلاحظ عدم استقرار بيِّن في موقف القضاء في ظل نص واحد لم يطرأ عليه أي تغير، غير أن النصين سالفي الذكر لا يرتبان البطلان على الطابع الوجوبي، في حين نجد والمادة (60)من ق إ م إ تنص على ما يلي" لا يقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً، إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه"، فهذا النص يتعلق ببطلان الأعمال الإجرائية التي الأصل فيها الصحة والاستثناء هو البطلان[38]. كما أن المشرع لم ينص على قواعد خاصة ببطلان إجراءات الصلح، بل تناول موضوع بطلان

المنارة للاستشارات

الإجراءات شكلاً بصفة عامة، أي بطلان القواعد الإجرائية شكلاً بوجه عام تحكمه نفس القواعد الواردة في المواد (**60**) إلى (**66**) من نفس القانون[39]، فمتى وجد نص صريح على البطلان فلا يجوز للقاضي أن يحيد مدام هناك نص صريح على البطلان وعليه نخلص أن القاضي قيده المشرع بالبطلان المنصوص عليه صراحة في القانون إلى جانب أن يترتب عليه ضرر يلحق الخصم.[40]

خاتمة:

باعتبار الحكم الذي قضى بفك الرابطة الزوجية حكم ابتدائي و نهائي، لا يستطيع القاضي مراجعة هذا الحكم بأي طريقة كانت، كونه يتميز بطابع خصوصي ونهائي وعلى ذلك لا يمكن لقضاة القانون أن يهدموا الطلاق الذي نطق به الزوج وإلا وقعوا في الإثم بحجة عدم مرعاة إجراء الصلح،فوظيفة المحكمة العليا هي مراقبة مدى احترام تطبيق القانون، وهذا الأخير يشمل نوعين من القواعد القانونية، القواعد الموضوعية و القواعد الإجرائية ،و يظهر أن المحكمة العليا قد اهتمت فقط بالسهر على إحترام القواعد الإجرائية بدعوى ضرورة مراعاة إجراء الصلح، حيث نجدها تنقض أحكام قضائية قضت بفك الرابطة الزوجية في حين أهملت الجانب الموضوعي. وهي بذلك لا تولي اهتمام للقواعد الموضوعية والآثار الوخيمة الناجمة عنها، لأن مركز الزوجين ينقضي إما بتلفظ الزوج بالطلاق أوبصدور الحكم المثبت لفك الرابطة الزوجية ولا علاقة له بقرار الصادر بعد لنقض، وبذلك نرى تناقض بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية وكما هو معروف في الفقه " أن القاعدة الإجرائية تخدم القاعدة الموضوعية ولا تستطيع القاعدة الإجرائية أن تعصي القاعدة الموضوعية".وليس أمام المحكمة العليا إلا أن تصرح برفض الطعن بأسباب انعدام شروط البطلان

المنارة للاستشارات

الإجرائـي المقـرر للأعمـال الإجرائيـة. فـلا تكـون للطعـن أي قيمـة قانونيـة لإنعدم إجراء الصلح ، و يبقى طعن بدون موضوع.

الهوامش:

[1]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ص357 .

[2]- بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 356 .

[3]- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية2000-2001، ص 35 .

[4]- بن الشيخ آث ملويا لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومه الجزائر،2005، ص 197.

[5]- أنظر المادة (17) من الأمر رقم 154/66، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم .

[6]-المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، دون رقم الملف، مؤرخ في 1968/07/03، مجلة الأحكام لوزارة العدل، الجزء الأول، دون سنة النشر، .ص 49 إلى 51.

[7] - المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 75141، مؤرخ في 1991/06/18،المجلة القضائية عدد 01 1993، ص 65 وما يليها، وجاء في قرار آخر أيضا:" حيث أنه و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من قانون الأسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه، ولحالته على نفس المحكمة " أنظر:القرار الصادر عن: المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 96688، مؤرخ في 1994/1/18، نشرة القضاة، عدد 50،1997، ص 80 إلى 84.

المنارة للاستشارات

[8]- فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 2012/06/14 ما يلي: "حيث و طبقاً لأحكام المادة (49) من ق أ فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا، فحرر محضر عدم الصلح إثباتاً لذلك وحيث أنه مادام قد ثبت أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفًا لمقتضيات المادة (49) من ق أ، مما يجعل الوجهين المثارين سديدين مما يتعين نقض الحكم بدون إحالة" المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 687997، مؤرخ في2012/06/14، غير منشور .

[9]- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار فسيلة، الجزائر، 2009 ص 141.

[10]- المرجع نفسه، ص 126 .

[11]- الأنوار عبد الرحيم، نظام الطلاق في الجزائر، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا، معهد الحقوق، جامعة الجزائر الجزائر، السنة الجامعية 1975-1976، ص81. كما يرى الأستاذ زيدان عبد النور:" ...بعد أن كان الموقف القضاء مستقر على إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، نجد بعض القرارات التي تفيد عكس هذا تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري، الغاية منه الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي و لا يترتب على مخالفته بطلان العمل القضائي." زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، دراسة للنصوص القانونية والفقهية وفي الاجتهاد القضائي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2006 ، ص118 .

[12]- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، عدد 02 1990، ص 40.

[13]- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 36962، مؤرخ في 1988/07/18، المجلة القضائية، عدد 02 1990، ص65 و ما بعدها "..وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه، ولا يصح لخصم أن

المنارة للاستشارات

يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا، لهم فعله أو تركه، وأن المادة (17) من ق إ م المتعلقة بالصلح، جاء النص فيها عامًا وجاء جوا زيًا، ولا يستثني أي دعوى، فالمادة تقول: " يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت، ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن أمكن له ذلك، ويتركه إن تعذر عليه الأمر و لا يأخذ عليه إن هو تركه... ".

[14]- المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 200198، مؤرخ في 1998/07/21، نشرة القضاة ، عدد 56، 2000، ص 40. وورد كذلك في قرار آخر:" إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلاً جوهريًا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة (49) من ق أ ما هي إلا موعظة " المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم174132، مؤرخ في 1997/10/23، نشرة القضاة، عدد 55،1999، ص 179ومابعدها.

[15]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657، مؤرخ في 2007/06/13 ، غير منشور .

[16]- قويدري خيرة ، مرجع سابق، ص 211. وفي السياق ذاته، ذهبت الأستاذة أمينة بن جناحي إلى القول: "...كما أن التعديل الأخير لسنة 2005 ق أ لم يتعرض بصورة مباشرة لإلزامية محاولات الصلح في الطلاق، غير أن المشرع تدارك هذا العيب، وذلك من خلال نص المادة (439) من ق ا م ا و بذلك وجب إعمال هذا النص و القول بوجوبية وإلزامية إجراء الصلح" بن جناحي أمينة، دور القاضي في الخلع، دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة ، بومرداس، السنة الجامعية 2014، .ص 110 .

[17]- دلهوم نجوى، محاولة الصلح في دعاوى الطلاق إجراءاتها ومدى ارتباطها بالقواعد الموضوعية المستمدة من الشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 19، المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، السنة الدراسية 2008 -2011، ص 3.

[18]- أنظر: ملحق محضر الجلسة، المنعقد يوم الأحد 22 أفريل 1984، بمقر المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني، الصادر في 2 شعبان 1404 هـ، الموافق ل 3 ماي 1984 السنة الثالثة ، عدد 47، ص 16.

المنارة للاستشارات

[19]- بن شيخ آث ملويا لحسين ، مرجع سابق، ص 198 و201.

[20]- بوزيد وردة ، مرجع سابق، ص 28 .

[21]- عدم قيام القاضي بإجراء الصلح يمكن أن يعرضه إلى مسألة تأديبية من قبل مفتشية القضاء من الوزارة .

[22]- سورة النساء، الآية 127.

[23]-وكل ما في الأمر أن الزوج مطالب بالتقدم إلى القضاء برفعه دعوى لإثبات ذلك المركز القانوني الذي أوجده بإرادته المنفردة قصد الحصول على حكم قضائي يثبت ذلك، وما إجراء الصلح إلا من أجل السعي الحثيث لإقناع الزوجين بضرورة مواصلة الحياة الزوجية.

[24]- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص357 .

[25]- المرجع نفسه، ص 357 .

[26]-زودة عمر، مرجع سابق ،ص 35 .

[27]- حميدو تشوار زكية، مرجع سابق، ص 121 .

[28]- المرجع نفسه، ص 130 .

[29] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم96688، مؤرخ في 1994/01/18، بنشرة القضاة، عدد 50،1997، ص80،وجاء في قرار آخر قضى بما يلي:" حيث أنه ..أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة (49) من ق أ، التي تتطلب إتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية، الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه وإحالته على نفس المحكمة..." أنظر:المحكمة العليا،غرفةالأحوالالشخصية،قرار رقم75141،مؤرخ في 1991/06/18، المجلة القضائية، عدد 01 1993، ص 65 وما بعدها. وقرار آخر:" ..، خصوصًا المادة (49) من ق أ التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له.

المنارة للاستشارات

"أنظر المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم687997، مؤرخ في 2012/06/14، غير منشور.

[30]- لمطاعي نور الدين، مرجع سابق، ص 130 و 132 . وبالتالي يتعلق الصلح بمرحلة ما بعد وقوع الطلاق، أين يكون السعي حثيثا لإقناع الزوج على مواصلة الحياة الزوجية، ولا يتعلق لا مطلقا بالطلاق

[31]- زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص118 . في حين يرى الأستاذ عادل بوضياف:" إن الصلح وجوبي.. والوجوب في ق إ م إ لا يفيد ببطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح نظرًا، لأن البطلان في هذا القانون له ضوابط فاصلة، لا بطلان بدون نص قانوني أو انعدام الضرر ..لا يظهر جليا و أن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي، و تبعا لذلك يكون الصلح حسب رأيه إجراء و جوبي لا يترتب على تخلفه بطلان العمل الإجرائي أو الحكم القضائي" بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 444.

[32]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216850، مؤرخ في 1999/02/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 103وما بعدها.

[33]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657، مؤرخ في 2007/06/13، غير منشور. وفي قرار أخر قضت بمايلي: "لكن متى تم القضاء بالطلاق ، فذلك لا يعني أن القاضي لم يستدعي الطرفين لإجراء محاولة الصلح وحيث أن سهو القاضي بعدم ذكره في حيثيات الحكم قيامه بإجراء محاولة الصلح ،فذلك لا يعني أنه لم يقم بإجراء محاولة الصلح وإنما هو مجرد سهو ليس إلا. و الذي لا تأثير له على سلامة الحكم المنتقد ، مما يتعين رفض الوجه لعدم جديته و تبعا لذلك رفض الطعن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية رقم الملف 3777368 بتاريخ 2007/02/14، قرار غير منشور.

[34]-دريسي جليلة، سناء الماحي، مسطرة الصلح في قضاء الأسرة ، مجلة الملف ، عدد 14، المغرب، 2009 ، ص 229

[35]- بوكايس سمية، بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة

المنارة للاستشارات

الماجستير في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2013-2014، ص 109.

[36]- بوزيد وردة، مرجع سابق، ص 24.

[37]- لمطاعي نور الدين، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير(فرع قانون الأسرة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 الجزائر، السنة الجامعية 2012_2013.

[38]- المرجع نفسه، ص 487.

[39]- فاضل أحمد، الدور الايجابي للقاضي في الدعوى المدنية– دراسة تحليلية للدور الايجابي للقاضي المدني في مجال الخبرة القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية سنة 2012-2013، ص 213.

[40]- في حين نجدالمشرع الفرنسي جسد الاستثناء في المادة(114)من ق إ م إ الفرنسي والتي تنص على ما يلي: "*باستثناء الأشكال الجوهرية أو تلك المتصلة بالنظام العام*".

المنارة للاستشارات