وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

المركز الجامعي نور البشير – البيض

معهد الحقوق و العلوم سياسية

قسم الحقوق

مذكرة لإستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

تخصص قانون أسرة

المعنونة بـ :

الطلاق بالإرادة المنفردة بين الشريعة والقانون

(دراسة مقارنة)

من إعداد الطالبين :

- العياشي سليمان
- سهمي خلف الله

تحت إشراف :

الأستاذة بلباقي وهيبة

لجنة المناقشة

الدكتـور: ضيف شعيب استاذ مساعد،قسم أ (رئيس)

الدكتـورة: بلباقي وهيبة استاذة مساعدة قسم أ(مشرف مقرر)

الدكتـور: سرطوط يوسف استاذ محاضر أ (مناقش)

السنة الجامعية : 2017 – 2018

الشكر والتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول عزّ وجل : ولئن شكرتم لأزيدنكم

نشكر المولى عزّ وجل ونحمده حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه على نعمه الجليلة أنه تبارك وتعالى أمدنا بالصحة والقوة لإتمام هذا العمل ونحمده تبارك وتعالى على توفيقه و إعانته لنا ومنحنا الرشد والثبات آملين أن يتقبله خالصا لوجهه الكريم .

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : من لم يشكر الناس لم يشكر الله .

يطيب لنا بكثير من الاحترام أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة المشرفة **وهيبة بلباقي** والتي بفضل الله وفضل جهدها المتواصل أفادنا كثيرا بنصائحها وإرشاداتها وتوجيهاتها تم انجاز هذا العمل فلها منا كل الشكر والوفاء والتقدير

كما نتقدم بالشكر الجزيل لجميع أساتذتنا الكرام لوفائهم وتوجيهاتهم وعلى رأسهم الأستاذ الفاضل **حطاب عبد النور** فجزاهم الله عنا خير الجزاء

وفي الأخير نتوجه بخالص شكرنا وأماننا إلى كل من ساهم معنا في إتمام هذا العمل من بعيد أو قريب راجين من المولى عزّ وجل أن يجعل هذا في ميزان حسناتهم وشكرا للجميع

إهـــداء

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هدا الواجب ووفقنا الى انجاز هذا العمل .

نتقدم بثمرة هذا المجهود الى من نحملا إسميهما بكل افتخار الوالدان العزيزان والى ، والى رفيقة الدرب وشريكة الحياة الزوجة الغالية والى كل من يعرفني من قريب أو بعيد وأخص بالذكر الاخوة و الاخوات .

كما اتقدم بجزيل الشكر إلى كل من ساعدني على انجاز هذا العمل وعلى تذليل ما واجهت من صعوبات ولا ا نسى بالذكر طاقم ادارة الجامعة.

حفظهم الله ورعاهم وجعل منهم ذخرا لوطننا الغالي .

مقدمــة:

يعتبر الزواج من أهم المواضيع التي تولاها الشارع الحكيم بالرعاية، وأصبغ عليه قدسية خاصة، ماجعله أكثر العقود أهمية بين سائر العقود الأخرى، وذلك لما يترتب عليه من آثار لا تقتصر فقط على الزوج أو الزوجة فقط إنما تمتد إلى المجتمع بأكمله، فأولى له الإسلام عناية كبيرة واعتبره ميثاقا غليظا لقوله تعالى :" وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض وآخذنا منكم ميثاقا غليظا "[1]..

فالله سبحانه وتعالى شرع الزواج أساسا للبقاء و الإستمرار، ولتحقيق مقاصد سامية وأهداف نبيلة أهمها تكوين الأسرة على وجه يحقق سعادتها وهناءها.

غير أنه ورغم الأهمية التي يحظى بها الزواج إلا أن الحياة الواقعية والعملية تثبت بين الحين والآخر أن هناك حالات لا يمكن معها تحقيق هذه المقاصد السامية للزواج، فيمكن للحياة الزوجية أن تصاب بما لا يستطاع معه دوام العشرة وبالتالي تصبح جحيماً بعدما كانت سكنا و مصدرا للراحة، وشرا بعدما كانت خيرا ونعمة.

لذلك شرع الله الطلاق كآخر حل إن لم تُجدِ كل المحاولات، وأباح للزوجين أن يركنا إلى أبغض الحلال وهو الطلاق، لقوله صلى الله عليه وسلم "ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"[2]..

من خلال التصرف الأحادي للزوج بإ ا ردته المنفردة، أو بإتفاق إ ا ردتي الزوجين، أو بلجوء الزوجة للقضاء لطلب الخلع أو التطليق، لإنهاء الرابطة الزوجية لإخلال زوجها بالتزاماته وواجباته لشرعية والقانونية تجاهها، وتضررها من ذلك مع إستحالة مواصلة العشرة الزوجية.

لكن تظل الصورة الأصلية لإنهاء الرابطة الزوجة بالطـــلاق هـــي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج باعتبار العصمة الزوجية مملوكة له شرعا وقانونا وذلـك لحكمة بالغـــة و مبررات قوية، فإيقاع الطلاق من طرف الزوج بإرادته المنفردة هو ممارسـة لحقه الممنوح لـــه شرعا وتترتب آثاره من تاريخ تلفظه به فالطلاق ملزما لمن صـــدر

1- سورة النساء، الآية 21.

2- أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، شادي محسن الشياب، الجزء 3، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009 ، ص504

منه ولا يملك الرجـــوع عنه متى توفرت فيه الشروط اللازمة لإيقاع الطلاق لأن الطلاق تتعلق بـــه حقـــوق مشتركة بين الله والعبـــاد وهذه الأخيرة لا يمكن درؤها.

وطبيعة حق الزوج في إيقـــاع الطـــلاق بإرادته المنفردة هو حق غير مطلـــق بـــل مقيد بقيود رسمها الشارع للزوج، حتى لا يتعسف في طـــــلاقه قصـــــد الإضرار بالزوجـــة مهما كانت صـــور الضرر الواقـــع عليها.

أسباب اختيار الموضوع

تعود أسباب اختيار موضوع الطلاق بالارادة المنفردة بين الشريعة والقانون كموضوع لبحثنا عدة أسباب تتلخص فيما يلي:

1-ضرورة دراسة موضوع الطلاق بالارادة المنفردة بصفة شاملة جامعة لشتات أجزائه، حيث إقتصرت الدراسات السابقة لهذا الموضوع على دراسات جزئية ، دون أن تجمع أجزاءه بدراسة شاملة بين الشريعة والقانون.

2-انتشار ظاهرة الطلاق بالإرادة المنفردة في المحاكم الجزائرية.

3-جهل الناس بطرق الوقاية من الطلاق والتخفيف من انتشاره في المجتمع.

4-قلة الوعي بالآثار الخطيرة للطلاق بصفة عامة باعتباره يشمل الأسرة والمجتمع بأكمله، مما يستدعي تفعيل النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق،وأن يقوم المشرع بدوره في محاصرة هذه الظاهرة كي يحمي الأسرة من التفكك على أن يكون ذالك في إطار الدين الإسلامي الذي هو مصدر القانون .

أهمية الموضوع:

يكمن الهدف من دراسة هذا الموضوع في :إبراز ماهية الطلاق بالإرادة المنفردة وأهم الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة الجزائري ،مقارنتا بالشريعة الإسلامية أثناء تطبيق النصوص القانونية، وكذا محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية، والسعي إلى إيجاد الحلول وتقديم المقترحات .

الدراسات السابقة :

الدراسات التي اطلعنا عليها فيما له علاقة مباشرة بعنوان بحثنا،كتاب للدكتور المصري مبروك" الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية-"دراسة مقارنة 2010 -، حيث تناول هذا الكتاب موضوع الزواج والحكمة منه، ثم الطلاق والحكمة منه، ومع أن عنوان الكتاب" الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري "كصورة من صور فك الرابطة الزوجية، إلا أنه ذكر جميع صور انحلال الرابطة الزوجية المذكورة في القانون من خلع وتطليق، وفي الشرع من إيلاء وظهار ولعان مع مناقشة قانون الأسرة الجزائري في كل نقطة يتطرق إليها المؤلف.

ويظهر لنا أوجه التشابه بين موضوع البحث وبين هذا الكتاب في تناولنا موضوع واحد وهو الطلاق والتركيز عليه من الناحية الفقهية والقانونية، ومناقشة قانون الأسرة الجزائري في المسائل الخاصة بهذا الموضوع "الطلاق بالإرادة المنفردة"

أما أوجه الاختلاف تتمثل في أن موضوع الكتاب جاء بشكل عام، أما موضوعنا جاء بشكل خاص حيث تناولنا الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فقط، دون التعرض إلى الصور الأخرى، كما عالجنا في موضوعنا الإشكالات الخاصة بالطلاق التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري أثناء تطبيقه.كما اعتمدنا على مذكرة لرحو مليكة بعنوان" الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج "مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،2012 . 2015، حيث تناولت هذه المذكرة الطلاق- بصورة مجملة غير مفصلة لكل نقطة على حدى وتطرقت إلى ذكر أثاره ،ويظهر لنا التشابه بين موضوع مذكرتها وموضوع البحث في تناولنا لنفس الموضوع وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

منهجية البحث:

لقد اعتمدنا في دراستناعلى كل من المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، المناسب لهذا الموضوع.

إشكالية البحث:

ومن خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية الآتية:

ما هو موقف المشرع الجزائري من الطلاق بالإرادة المنفردة؟ وهل هو حق خالص للزوج أم قيده قانون الآسرة الجزائري ؟وما مدى موافقة هذا التقييد للشريعة الإسلامية ؟

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ارتأينا أن نقسم البحث الى فصلين: تناولت في الفصل الأول ماهية الطلاق أما بالنسبة للفصل الثاني فجاء تحت عنوان الصلح كإجراء جوهري في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة .

الفصل الأول :مفهوم الطلاق

يعتبر الزواج آية ربانية وسنة نبوية و فطرة إنسانية وضرورة اجتماعية فجاءة الشريعة الإسلامية من اجل المحافظة على الأسرة وأهداف الزواج من اجل المحافظة على النسل البشري ل **قوله تعالى: "يا أيها ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقنَٰكُم مِّن ذَكَر وَأُنثَىٰ وَجَعَلنَٰكُمۡ شُعُوبا وقَبَائِلَ لتعارفوا إِنَّ أَكرَمَكُم عِندَ الله اتقاكم إن الله عليم خبير**".[1]، إضافتا الى تحقيق الأنس والراحة والاستقرار النفسي ، في **قوله تعالى:"وَجَعَلَ بَينَكُم مَّوَدَّة وَرَحمة إِنَّ فِي ذلِكَ لَآيات لِّقَوم يَتَفَكَّرُونَ**".[2]

ومن شأن الحياة الزوجية انها تعترضها عقبات تعكر صفو حياة الزوجين فلابد للزوجين من التسلح بالصبر والحكمة من اجل المحافظة على كيان الاسرة ، فإن استمر الشقاق والتباغض بين الزوجين ،شرع بعث الحكمين من اجل التوفيق بين الزوجين لقوله تعالى:" **فابعثو حكما من اهله وحكما من اهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليم خبير** "[3].

فان لم تنفع هذه الطرق نلجأ الى الإصلاح بينهما وإدخال طرف ثالث ل **قوله تعالى : " والصلح خير**"[4]

ولقد منحت الشريعة الإسلامية الزوج الحق في ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت الضرورة الى لذالك، دون الحاجة الى إرادة الزوجة لانه مالك للعصمة، ومجال بحثنا هو الطلاق بإرادة الزوج ، وسنتطرق في هذا الفصل الى ماهية الطلاق ، حيث تناولنا تعريف الطلاق ودليل مشروعيته في المطلب الاول والحكمة من مشروعية الطلاق ، وفي المطلب الثاني القيود الواردة على هذا الطلاق .

1- سورة الحجرات،الآية13.
2- سورة الروم،الآية 21.
3- سورة النساء ،الآية 35.
4- سورة النساء ،الآية 128

المبحث الأول: ماهية الطلاق ودليل مشروعيته

إن الله تعالى ما شرع الطلاق إلا لتمام مصلحة الزوجين وسعادتهما وأن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق من أبغض الحلال اليه وجعله بيد الرجل لكي لا يخرج به عن المقصد الشرعي الذي وضع من أجله ،ووضع له حكما وأحكاما لا يتعداها الرجل إذا اراد المحافظة على البيت الاسري وهو ما سنطرق له في هذا المبحث من تعريف الطلاق ودليل مشروعيته والحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل

المطلب الأول: تعريف الطلاق

إن الطلاق هو الحل الأخير الذي يلجأ إليه الزوجين للحد من الشقاق الذي لا تنعدم فيه الغاية و الهدف من الزواج ،وسنتناول في الفرع الاول تعريف الطلاق لغة واصطلاحا ونتطرق في الفرع الثاني الى تعريف الطلاق شرعا .

الفرع الأول: تعريف الطلاق لغة و اصطلاحا:

أولاً :الطلاق لغة

هو حل القيد والإطلاق ومنه طالق، أي مرسلة بلا قيد وطلقت المرأة من زوجها طلاقا أي تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته[1]، و الطلاق هو الترك أو المفارقة، يقال طلّق البلاد أي تركها و فارقها و طلقت القوم أي فارقتهم[2].

و هو أيضا رفع القيد سواء كان حسيا أو معنويا فيكون حسيا كقيد الفرس و قيد الأسير و يكون معنويا كقيد النكاح و هو الارتباط الحاصل بين الزوجين، أما الفرق بين الطلاق و الإطلاق و إن كان كل

1- طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر 2009 ص 81 .

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004 ص 207 .

منهما يستخدم لحل القيـد حسيا أو معنويا إلا ان العرف قد جرى على قصر الإطـــــلاق على القيد الحسي و قصر الطـــلاق على رفع القيد الزوجـي فيقال : طلّق الرجل زوجته لا أطلق الرجل زوجته [1] .

ثانيا: تعريف الطلاق اصطلاحا عند الفقهاء

هو رفع قيد النكاح في الحال والمآل بلفظ مخصوص، سواء كـان هذا اللفــظ مخصوصا منطوقا، مكتوبا أو مشار إليه أو به[2] ،فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن ، وفي المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي. واللفظ المخصوص هو الصريح كاللفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها[3].

وعرفه الأستاذ بدران أبو العينين بدران أن الطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال وفي المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكناية أو الإشارة ومعنى هذا أن الطلاق يرفع أحكام قيد الزواج الصحيح و يمنع استمرارها[4].

عرف الأستاذ مصطفى شلبي : على انه حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه بالحال أو المآل[5] .

الفرع الثاني: تعريف الطلاق اصطلاحا

لقد تباينت المذاهب الأربعة في تعريف الطلاق من الناحية الشرعية وهو ما سنتناوله في هذا الفرع في تعريف الطلاق عند الحنابلة والمالكية والحنفية والشافعية .

1 حسن علي السمني ، الوجيز في الأحوال الشخصية الجزء الأول بدون طبعة ، دار الخلدونية الجزائر ص 316 .

2 .أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة 2004 ، ص 10 -11 .

3 . عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر2007، ص 212

4 بدران أبو العنين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، دار النهضة .لبنان،1957 ص 173.

5 .محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، الدار الجامعية بيروت 1983 ص 471

أولاً : تعريف الحنفية

دفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق وقالوا أيضا الطلاق رفع قيد النكاح حالا ومآلا بلفظ مخصوص[1].

ثانيا : تعريف المالكية

الطلاق صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره وهذا التعريف لا يتنافى مع تعريف الحنفية و الحنابلة [2] .

ثالثا : تعريف الشافعية

الطلاق شرعا حل عقد النكاح بلفظ الطلاق و نحوه ثم إذا كان المراد بالنكاح العقد كانت الإضافة بيانية، والمعنى حل عقد هو النكاح أو بعبارة أخرى رفع النكاح[3].

رابعا : تعريف الحنابلة

الطلاق شرعا حل قيد النكاح و قالوا أيضا في تعريفه الطلاق شرعا حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طلقة رجعية .[4]

ومن هنا فرباط الزوجية وثيق لا يمكن الإفلات منه ، ان لم يكن ذلك على الإطلاق فإنه لا يتم إلا بعد استنفاذ جميع الوسائل المشروعة للمحافظة عليه، و تبعا لذلك فكل محاولة لفك قيد النكاح تعتبر من ابغض ما أحل الشارع الحكيم ، والدليل على ذلك حديث الرسول صلى الله عليه و سلم « أبغض الحلال عند الله الطلاق » .

1 نصر سليمان ، أ.سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى ،2003 ، ص 06-07 .

2 عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الرابع دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003ص 279 .

3 أ.نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى ،الجزائر 2006 ، ص 113 .

4موفق الدين أبي محمد عبد الله أحمد بن محمد بن قدامة 620/541,المغني,الجزء العاشر الطبعة الاولى، دار عالم الكتب الرياض1986

غير أن الشريعة الإسلامية نظرا لكونها تتميز بالواقعية دون غيرها من الشرائع ،فقد أباحت الطلاق إذا كان ضروريا لدفع مقاصد أكثر من الضرر الناتج عن التفريق بين الزوجين ، فتصبح هذه الحياة جحيما لا يطاق و من هنا كان الحل هو الطلاق الذي يسمح لكل منهما أن يبدأ حياة جديدة قد تعطي ثمارا عجزت الحياة السابقة عن تحقيقها ، و إن كان هذا هو حال الطلاق في الشريعة الإسلامية فإنه كان لزاما علينا أن نتفحص موقف القانون الجزائري من الطلاق .

الفرع الثالث : تعريف الطلاق قانونا

لقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري من قانون 05-02 بقوله «الطلاق حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

و إستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة الحكم القضائي [1] .

ولم يخرج المشرع الجزائري عن القاعدة التي تشكل إجماعا بالنسبة لغالبية الدول العربية الإسلامية التى جعلت الطـــــلاق حقا إراديا أصيل لزوج دونما الرجوع إلى الزوجة ، أي أن إرادتها تنعدم أمام إرادة الزوج في إحداث هذا الأثر القانوني فالمادة 48 [2] .من قانون الأسرة الجزائري،و التي أشارت إلا أن الزواج يحل بالطلاق أكدت الصورة الأعلى منه وهي إرادة الزوج النابعة أساسا من العصمة الزوجية المملوكة له شرعا، ذلك أن البارز شرعا وقانونا هو ملكية العصمة للزوج ، فالإسلام فوضه وحده للقيام بذلك لأنه الأحرص على بقـاء العلاقـة الزوجية .

1 بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 207-208

2 قانون رقم 84_11 المؤرخ في9 رمضان 1926 الموافق ل9ونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بالامر رقم 05_02المؤرخ في27فبراير 2005 (ج ر 15 ص 21)

مـن هنـا نلاحـظ أن القـانون الجزائـري لم يختلـف بتعريفـه للطـلاق عـن التعريـف الـوارد في مختلـف مـذاهب الشـريعة الإسـلامية ، حيـث يمكـن الإسـتنتاج مـن خـلال هـذا التعريـف أن الطـلاق هـو الـذي يحـل عقـدة الرابطـة الزوجية بين الزوجين .

المطلب الثاني: دليل مشروعيـة الطلاق و الحكـمة منه

شرع الإسلام الطلاق في تحقيق لأصل من أصوله وهو أن يكون وسطاً بين الإفراط والتفريط غير أنه يعد تشريعا استثنائيا لقوله صلى الله عليه وسلم " **أبغض الحلال عند الله الطلاق** " .[1]وعلى ذالك سيتم التطرق الممشروعية الطلاق وصفته الشرعية في الفرع الاول ،والى الحكمة من تشريع الطلاق في الفرع الثاني ،والى الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل في الفرع الثالث .

الفرع الاول: مشروعية الطلاق وصفته الشرعية

أولاً : مشروعية الطلاق

لقـد استمد الفقهـاء الـدليل على مشـروعية الطـلاق مـن الكتـاب و السـنة و الإجمـاع و القيـاس **1ـ مـن القرآن الكريم**

يقـول الله تعـالى في ﴿ **يا أيها النبي إذَا طلّقتم النساء فطلقوهن لعدتهن** ﴾[2] ،وهذا و إن كان خطابا للنبي صلى الله عليه وسلم إلا أنه حكم عام فيه وفي جميع أمته فهو من الخاص الذي أريد به العموم ويقول الله تعالى ﴿ **الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**﴾ [3] .

1جاء في مختصرالسنن لأبي داود عن محارب بن دثار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه و سلم،من اعداد وتعليق عزت عبد الدعاس سيد ،الطبعة 1 دار الحديث ،سورية،1979،ص274

2 سورة الطلاق الآية 01.

3 سورة البقرة الآية 229 .

وهذه الآية تنظيم للطلاق من ناحية عدده، وأنه ليس للرجل إلا ثلاث تطليقات وأحكام الرجعة ،ومتى تجوز وهذا التنظيم القرآني للطلاق دليل على مشروعيته، وجاء أيضا قوله تعالى ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء** ﴾[1] وهي آية سورة البقرة تنفي الجناح و الإثم عن الطلاق إذا تم بحدوده الشرعية ووقتا وهيئة .

وقوله تعالى ﴿و إذا **طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف**﴾ .[2]

وقد ورد في تفسير المسلمين من الطلاق, وترغيبهم في استبقاء عقدة النكاح ما امكن –أحاديث كثيرة كلها ناطقة بما أجملنا الإشارة إليه, من ذلك قوله صـــلى الله عليه وسلم:(**أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة**)[3] .

وقوله تعالى ﴿ **يأيها الذين امنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها**﴾.[4]

2– من السنة النبوية

نجد أحاديث كثيرة منها ما رواه مالك عن نافع إن عبد الله ابن عمر طلق امرأته و هي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم(**مره فليرجعها ، فليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد و إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء**) .[5]

الحديث واضح منه مشروعية الطلاق من وجوه ، منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يذكر إيقاع الطلاق من عبد الله ابن عمر بل أنكره في الحالة التي هي عليه زوجته وقت أن أوقع عليها الطلاق، كما أباح

1سورة البقرة الآية236

2سورة البقرة الآية231

3أخرجه أحمد في المسند كتاب شرح المهذب,للإمام أبي اسحاق بن علي بن يوسف الشيرازي,الجزء20,طبعة 2007, دار الكتب العلمية، لبنان ,بدون سنة النشر ص 276 .

4 سورة الاحزاب الآية49

5_حديث ابن عمر المشهور روي مالك عن نافع أخرجه مسلم ،في كتاب الطلاق ،دار احياء التراث العربي ،بيروت ،ص 5022

الرسول صلى الله عليه وسلم لابن عمر بعد أن يراجع امرأته ويتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر أن يطلقها بعد ذلك إن شاء قبل أن يمسها فلو كان إيقاع الطلاق غير مشروع ما أباحه رسول الله صلى عليه و سلم لابن عمر فالرسول عليه الصلاة و السلام لا يبيح محضورا

3 – من الاجماع

لقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من عهد الرسول صلى الله عليه و سلم حتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته، و لم ينكر أحد هذا الإمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي .

وذكر الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) ان الطلاق من حيث هو جائز, والأولى عدم ارتكابه,لما فيه من قطع الألفة إلا لعارض, وتعتبره الأحكام الأربعة من حرمة, وكراهية, وندب, والأصل أنه خلاف الأولى.[1]

4–من القياس

لقد دل القياس على الطلاق أيضا لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين و لم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت لمقاصد الزواج وتضييع لمصالحه التي شرع من أجلها لذلك شرع الطلاق في الإسلام رفعاً للضرر اللاحق بأحد الزوجين،

فيلتمس كلاهما من هو خير له و أحسن معاملة و أكرم عشرة لقوله سبحانه وتعالـــى :﴿ **وَ إِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاًّ من سعته و كان الله واسعا حكيما** ﴾ [2]. لذلك فـــإن جل العلماء يقررون أن الأصل في الطلاق الحضر إلا أن تدعوا إليه حاجة أو يقتضيه سبب[3] .

1 .وهبة الزحيلي,الفقه الإسلامي و أدلته,الجزء التاسع،الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر , سورية،1997 ص 6879

2 سورة النساء الآية 130

3 .عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، مرجع سابق ،ص 214 .

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق

الأصل في الحياة الزوجية أن يكون مبناها على المودة والرحمة،وذالك لقوله سبحانه وتعالى﴿ **و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذالك لآيات لقوم يتفكرون**﴾[1]

اذا انعدمت هذه المودة و الرحمة وحل محلها النشوز والشقاق واستنفذت جميع وسائل الإصلاح الكفيلة بإرجاع المياه إلى مجاريها بين الزوجين وبقيت الوحشة مستحكمة فليس هناك محل أحكم وأعدل من أن يفترقا إذ لا يعقل أن يعيش اثنـــان تحت سقـف واحد و هما يكنان لبعضهما كل الكره والعداوة والبغضاء هذا وإن في تشريع الطلاق على صورته موجودة في تشريعتنا السمحة حكما باهرة في طليعتها الحفاظ على المرأة من تلاعبات الزوج، كان في الجـــاهلية يطلق و إذا قاربت عدتها على الانتهاء راجعها ليطلقهـــا من جـــديد و هكذا الإضرار بها إذ يدرها كالمعلقة لا هي مطلقة ولا هي ذات زوج، فجاء الإسلام وحد من هذه التلاعبات فأعطى للزوج فرصتين للطلاق وهذا يتضح من أن رجلا عمد لامرأته على عهد النبي صلى الله عليه و سلم فقال لها : لا آويك و لا أدعك تحلين قالت: كيف ؟ قال: أطلقك فإذا دنى مضي عدتك راجعتك، فشكت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان فإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان ﴾ [2].

فيكون الطلاق في هذه الحال من رحمة الله بعباده إذ تخلص المرأة من أذى زوجها و سطـــوته عليها و ظلمه لهـــا ، إضافة إلى ذلـــك قد يكشف الـــزوج من زوجته خيانة تكون سببا في تلطيخ فـــراش الـــزوجية و اختلاط الأنساب فلو لم يشرع له الطلاق فانه يعيش معها مكرها مجبرا يكن لها العداوة و البغضاء وكل هذه الأمور تمجها الشريعة و تأباها و لذا جاء الحل جذري متمثلا في تشريع الطلاق فما أحكمه وأعدله من تشريع[3].

---

1 سورة الروم الآية 21 .

2 سورة البقرة الآية 229 .

3 . نصر سليمان ، مرجع سابق، ص 09 – 10 .

هذا من جهة ومن جهة أخرى قد يصاب أحد الزوجين بمرض لا يستطيع معه دوام العشرة و قد يفقد مقومات جنسية وقد يكون عقيما لا يلد و قد يغيب غيبة طويلا ولا يعرف احي أم ميت وقد يحكم عليه بسجن مؤقت أو المؤبد وقد يعسر فلا يستطيع الانفاق على الزوج فتصبح الزوجة بذلك معرضة إلى حياة البأس والشقاء الى غير ذلك من الأسباب التي لا تتوفر فيها المحبة بين الزوجين و لا تستقيم معها مصالح الأسرة في حسن العشرة و المحبة .

لهذا كان واجب إيجاد باب للخلاص من هذه الحياة التي أصبحت لا تحقق مقصود منها التي لو ألزمت الزوجان بالبقاء فيها على ما بينها من بغض وكراهية أصبحت الرابطة الزوجية صورة من غير روح وقيد من غير رحمة لا تثمر ثمراتها ولا تحقق المراد منها ولا يكون بها عفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة ويكون الإبقاء عليها وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم و أشد أنواع القسوة وعامل من عـــوامل الزيغ و الميل إلى المحادثات البغيضة[1] .

الفرع الثالث: الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل

إن الشـــريعة الإسلامية قـــد أناطت بإيقاع الطـــلاق للزوج ، فإن طلق الرجل زوجته وقع الطـــلاق و احتسب عليه بإجماع الأمة المسلمة سلفا وخلفا ولا قضاء قاض[2] . فهذه النصوص صريحة كل الصراحة في أن الطلاق حق للزوج [3]، وليس حقا للمرأة و ذلك أن فصم دعوى الزوجية يترتب عنه أمور خطيرة بعيدة المدى في حياة الأسرة و المجتمع، فلو كان الطلاق حقا للمرأة بحكم وظيفتها في الحياة الاجتماعية خلقت على طباع وغرائز تجعلها أشد تأثيرا و أسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجل و لهذا كانت أصلح من الرجل في جميع المواطن التي تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأولاد و حضانتهم و ما أشبه ذلك و هذه العاطفة لا تتردد في هذا الاندفاع و لا تبالي بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة، حسنة أو سيئة بل ترى الحســـــن كله و النفع في أن تجيب داعية

1.أحمد فراج حسين ، مرجع سابق، ص 18 – 19 .

2.نور الدين عتر ، أبغض الحلال إلى الله ، مؤسسة الرسات 1405 الموافق ل 1985م ، ص 120 .

3.محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة ، دراسة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، 1977 م ص 482 ، 483 .

تلك العـــاطفة و تحقق مطالبها العاجلة فلو جعل الطلاق بيدها لتصرفت به على ما يرضي تلـــــك العاطفة مما تظن به سعادتها ، الأمر الذي يترتب عليه أن تصبح الأسرة مهددة بالانهيار لأقل غضبة و أقل انفعال [1] .

و سنتناول في هذا الفرع مبررات اخرى التي تجعل الطلاق بيد الرجل منها اتصاف الرجل بالتروي وتحمل تبعات الزواج

أولا: **اتصاف الرجل بالتروي**

هذا ما يجعله يتأنى قبل إيقاع الطلاق ، و أما المرأة فجبلتها مفطورة على سرعة الانفعال و التأثر فلو جعل أمر الطلاق إليها لسارعت إلى فسخ العلاقة الزوجية لأيسر مشكلة و لا ربما فضلت غير زوجها على مال أو جاه أو لعدم رغبتها في تصرف ما كمن طلقت زوجها ، لأنـــــــه لم يلتزم بلباس السهرة في أعرافهم .

ثانيا: تحمل الزوج تبعات الزواج

أي ما يحمل الزوج على التأني و التفكير قبل أن يطلّق حتى لا يخسر ما أنفقه على الزوجة الأولى [2] .كما أن الحكمة من جعل الطلاق بيد الزوج هي الحد من انتشاره فالرجل و بما أن حضانة الأولاد من حق الأم فهو لا يوقعه إلا في حالات الضرورة القصوى.

ولا يمكن الحد من انتشار ظاهرة الطلاق إلا بهذا التشريع الرباني ، و هاهي التشريعات التي حرمت الطلاق أصلا او التي جعلته بيد المرأة تعلن فشلها و إفلاسها ، فالطلاق أشد ما يكون ارتفاعا في هذه البلدان التي منعته أو منحته للمرأة .

و رغـم كـل التكـاليف الـتي أثقلـت الشـريعة الإسـلامية كاهـل الرجـل بهـــا ،و رغـم كـل الخســـــارة الـتي سيتكبدها عند وقوع الطلاق فإن الشريعة الإسلامية أباحت للمرأة و قد أعفتها من كل الالتزامـات أن تشترط

1.أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب ، الدار الجامعية للنشر 1417 هـ الموافق ل 1998 ، ص 23 _ 27 .

2.أحمد محمد المومني ،الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع ، طبعة الأولى، دار الميسرة للنشـر و التـوزيع و الطباعة ،البحرين،2009 ص 79

لنفسها حق الطلاق و أن تكون العصمة بيدها فإن رضي الزوج بذلك صار لها حق تطليق نفسها بإرادتها المنفردة.

فالإسلام لم يهمل جانب المرأة في أمر الطلاق، و لم تغبن في هذا الحق بل جعل للمرأة الحق في اللجوء إلى القضاء لتطلب التفريق بينها و بين زوجها إن وجد سبب يسوغ تطليق القاضي ،كأن تتضرر من الزوج و يثبت أنه يؤذيها بما لا يليق بأمثالها فإن أثبتت الزوجة بأي طريقة من طرق الإثبات ما يسوغ تطليقها شرعا من زوجها يحكم القاضي بتطليقها شرعا من زوجها يحكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها و تمكين القاضي الطلاق عن الزوج ثابت بأكثر المذاهب الفقهية .

وقد لا تريد المرأة الذهاب إلى ساحة القضاء فشرّع لها الإسلام طريقا آخر للتخلص من الرابطة الزوجية و تعويض على الزوج ما أنفقه في سبيل زواجه بها و هذا الطريق الثاني هو المسمّى عند الفقهاء بالخلع [1].

و قد ورد ذكره في القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿ **ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألّا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ [2].

وهذا في قمة العدل والإنصاف ،كما أنه أمر بالصبر و التأني في أخذ القرار [3] ،إذ يقول تعالى ﴿ **وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا و يجعل الله فيه خيرا كثيرا** ﴾ [4].

كما أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يخالف موافقة الفقه الإسلامي في جعل الطلاق حقا إراديا أصيلا للزوج حيث نص في المادة 48 ق أ ج على الطلاق بالإرادة المنفردة و اعتبره حلا لعقدة النكاح و مع ذلك لم يهمل المشرع الجزائري أمر المرأة ، و حقها في فك الرابطة الزوجية حيث جعل لها الحق في طلب

1 بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية الزواج و الطلاق ، الجزء الأول ،دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع ، بدون سنة نشر ، بيروت – لبنان ص 391 ، ص 429 .

2 سورة البقرة ، الآية 229 .

3.عدوى أبو بكر ، العلوم الشرعية : جميع الشعب ، دار الهدى للطباعة و النشر ، الجزائر،2000 ،ص 128 .

4سورة النساء الآية19.

التطليق إن تضررت من زوجها طبقا لنص المادة 53 ق أ ج و للقـاضي أن يحكم لها بذلك إن أثبتت الزوجة الضرر الواقع عليها .

وفي الحالـة التي يكون الضرر فيها معنويا أو عندما يصعب عليها إثباته فقد خول لها المشرع سبيلا آخر للتخلص من الرابطة الزوجية تضمنته المادة 54 ق أ ج وهو الخلع و قد أحسن المشرع الجزائري في أخذه لجميع صور فك الرابطة الزوجية التي تكفل دائما حق الطرف الضعيف وتمكنه من التخلص من الضرر الواقع عليه.

المبحث الثاني :موقف الشريعة والقانون من الطلاق بالإرادة المنفردة

إذا عرفنا أن الله سبحانه وتعالى ما شرع الطلاق إلا لتمام مصلحة الزوجين وسعادتهما ،وانه سبحانه وتعالى يكره الطلاق و يبغضه ، فجعل زمامه بيد الرجل حتى لا يخرج به عن المقصد الشرعي منه ،فكان من أحكامه لكل شيء صنعا .

وإننا نؤمن بحكم عقيدتنا ذاتها بأن مادامت الشريعة قد أعطت حق الطلاق اصلا للرجل ، فلابد أن يكون هناك ما يبرر ذلك في الواقع بإعتبار أن الشريعة صادرة من عند الله عالم الغيب والشهادة ،وخالق كل شيء ،وهو أعلم بمن خلق و يجدر بنا أن نشير هنا أن الشريعة لم تغفل حق المرأة في انهاء الحياة الزوجية ،بل هناك عشرات الحالات يمكن للمرأة أن تفارق زوجها إذ (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام) وإنما الأصل في الطلاق أن يكون بيد الرجل .

وسنتطرق في هذا المبحث إلى نظرة الشريعة والقانون إلى الطلاق بالإرادة المنفردة للرجل ،حيث سنتناول في المطلب الاول موقف الشريعة الاسلامية من الطلاق بالارادة المنفردة للزوج،وفي المطلب الثاني الى موقف القانون من الطلاق بالارادة المنفردة .

المطلب الأول :موقف الشريعة من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على الحق الأصيل للزوج في إيقاع الطلاق وأصناف الأزواج الذين خولت لهم الشريعة إيقاع طلاقهم ، حيث تناولنا في الفرع الاول من يوقع الطلاق في الشريعة الاسلامية ،وفي الفرع الثاني من يقع طلاقه من الازواج .

الفرع الأول :من يوقع الطلاق في الشريعة

إن من أركان الطلاق ،ركن المطلق وهو الذي له الحق في إيقاع الطلاق وهو الزوج فليس للمرأة إيقاع الطلاق ابتداء وعلى هذا دلت النصوص ففي الكتاب العزيز **قوله تعالى "وإذا طلقتم النساء فبلغن**

اجلهن"[1] وقوله تعالى" فإن طلقها فلا تحل له من بعد "[2] ،ولإيقاع الطلاق لابد من توفر مجموعة من الشروط المعينة، وهي أن يكون بالغا ،عاقلا،مختارا، قاصدا إيقاع الطلاق .

أولا أن يكون بالغا

فذهب الحنفية إلى اشتراط الزوج المطلق بالغا فلا يقع طلاق الصبي ولو كان عاقلا لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل ،فلا يعرف وجه المصلحة فلا يقع طلاقه .

وكذالك قال المالكية أنه لا يصح الطلاق من صبي ولو كان مراهقا وهو مذهب الشافعية ايضا.[3]

ثانيا أن يكون عاقلا

ويشترط في الزوج المطلق أن يكون عاقلا فلا يقع طلاق المجنون لقوله عليه الصلاة والسلام " **رفع القلـم عن ثـــلاث عـــن النـــائم حتـى يستيقـظ وعـــن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق** ". [4]

ولأن العقل شرط في أهلية التصرف لأنه به يعرف هذا التصرف ذا مصلحة أم لا . وفي بهذا قال الفقهاء فلا يقع عندهم طلاق المجنون ، قال إبن قدامة الحنبلي " أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو فيما معناه لا يقع طلاقه " [5]

ولهذا فكل فاقد للعقل يلحق بالمجنون في عدم وقوع طلاقه لتساويهما في علة عدم اعتبار طلاقه في فقد العقل . ويلحق بالمجنون في عدم اعتبار طلاقهم النائم والمعتوه والمغمى عليه.

1- سورة البقرة الآية 221.

2- سورة البقرة الآية 220.

3- حاشية ابن عابدين رد المحتارعلى الدر المختار، ، الجزء الثالث ،دار الفكر للنشر ،لبنان،1979،ص 243 .

4- سنن ابو داود_اعداد وتعليق عزت عبد الدعاس سيد،الطبعة 1،دار الحديث،1979.

5-ابن قدامة المقدسي المغني ، الجزء السابع ،الطبعة 1،عالم كتب ،الرياض،1986، ص 113

ثالثا أن يكون مختارا

والمقصود بالاختيار أن يكون المطلق غير مكره على الطلاق من قبل الغير لأن الإكراه تقييد الاختيار ويعدم الرضا ، وقد فصلنا بعض الشيء في طلاق المكره في الفرع الثاني .

رابعا أن يكون قاصدا

والقصد الى الشيء التوجه اليه وإرادته عامدا ،فالمراد بكون المطلق قاصدا الطلاق هو كونه ناويا إيقاع الطلاق مريدا له عازما عليه.

جاء في المغني " إن الطلاق لا يقع إلا بلفظ فلو نواه بقلبه من غير تلفظ لا يقع في قول عامة اهل العلم منهم عطاء وجابر والشافعي وإسحاق ويحي ابن كثير ،ولهذا ورد في صحيح البخاري قول النبي صلى الله عليه وسلم "أن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم "،والعمل على هذا عند أهل العلم أن الرجل إذا حدثته نفسه بالطلاق لم يكن شيء حتى يتكلم به .

يقول الإمام الشوكاني[1] (الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الواردة في الطلاق ،هي كلها مصرحة بأن الطلاق هو الواقع من الأزواج ، ولم يرد غير هذا حتى يحتاج الى الكلام عليه فمن إدعى انه يصح طلاق من غير زوج فعليه البرهان ،فإن نهض به وإلا كانت دعواه ردا عليه .إذا عرفت هذا أن لا حاجة الى الاستدلال على كون الطلاق إنما يصح من الزوج).

فلندع إذن للـــزوج ما أودعه الله له،و لنستعمل الحـــق في موضوعه بلا تعسف،فلا إفـــراط و لا تفـــريط و لنكن و سطا عُدولاً فلا ضرر و لا ضرار في الإسلام[2] ،و اعلموا جميعا أن الإسلام لم يغفل حق المرأة في الطلاق،و إنما ينبغي أن نفرق بين كـون الأصل في الطـــلاق أنه بيد الـــرجل،و بينما يتبعه من تشـريعـــات و ضوابط .

1- محمد علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ، الجزء الثاني ،دار الكتب العلمية، لبنان ، ص 340.
2- أخرجه مالك في الموطأ، باب الأقضية، الجزء الثاني دار الحديث،لبنان،ص 749 .

فإن صار الرجل امرأته أو كرهته لخَلق أو خُلق مما لا سبيل للعيش معه في كنف السعادة،حينها يمكن للمرأة أن تطالب بالفرقة فإما إصلاح – **و الصلح خير** – أو يطلق الزوج فإن أبى فرق الحاكم بينهما.

الفرع الثاني : من يقع طلاقه من الأزواج

اتفق جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية على أن العاقل البالغ غير المكره إذا تلفظ بالطلاق قاصدا له ، وقع طلاقه من حين تلفظ به،اتفقوا على أن طلاق المجنون و النائم و المغمى عليه لا يقع[1]،و اختلفوا فيما عدا ذلك:

أولا:طلاق الصبي

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق الصبي لا يقع و هو الصحيح، لأن الطلاق شرع حيث تكون المصلحة في إيقاعه و الصبي و إن كان مميزا لا يدرك المصلحة لى تمامها، ثم هو ستصرف يجلب إليه الضرر فلا يقع.

قال علي فيما يرفعه إلى الرسول صلى الله عليه و سلم : " ألم تعلم أن القلم رفع عن ثلاثة المجنون حتى يفيق و عن الصبي حتى يدرك و عن النائم حتى يستيقظ"[2]، وروي عن الإمام أحمد أن طلاق الصبي يقع، و في الرواية الثانية عنه أنه لا يقع هذا إذا عقل الصبي، أما إذا لم يعقل فلا يقع طلاقه قولا واحدا.[3]

ثانيا :طلاق الغافل و المخطئ و الجاهل بمعنى لفظ الطلاق

من أراد أن يتكلم فنطق بطلاق زوجته غير قاصد للفظ، أو تلفظ بكلمة الطلاق جاهلا معناها، أو جرت على لسانه في غفلة منه عن معناها. يصدقون ديانة لا قضاء.

و معنى هذا أنه إذا تلفظ به و لم يعلم به غيره فلا طلاق و لا إثم و لا حرج عليه في الاستمرار على هذه الزوجية، و إن سأل المفتي وجب عليه أن يفتيه باستمرار الزوجية و عدم وقوع الطلاق.

1- المغني 311/7 مرجع سابق .

2- رواه الإمام البخاري – باب الطلاق في الإغلاق ،الجزء الخامس ،دار ابن كثير ،بيروت،1987 ،ص 2019.

3- المغني 314/8. مرجع سابق

أما إذا علمت المرأة بذلك ورفعت أمرها إلى القاضي، أو احتسب بذلك أحد ممن سمعه فبلغ القضاء فإن القاضي يحكم بالطلاق لأن القضاء ينبني على الظواهر و الله يتولى السرائر.[1]

و كذلك قضاء عمر في التي قالت لزوجها سمني (خلية طالق) فسماها فذهبا إلى عمر، و أخبرته أن طلقها، فقص الزوج على عمر القصة، فأوجع رأسها و قال للزوج أوجع رأسها و لم يره شيئا. وخالف الأحناف كل هذا و قضوا بوقوع الطلاق المخطئ و الناسي و طلاق الهازل و طلاق الرجل الذي أردا أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع و في النفسي قال أبو حنيفة: (لا يجوز الغلط في الطلاق).[2] و الراجح هو القول بعدم وقوع طلاق الناسي و المخطئ و الجاهل .

ثالثا: طلاق الهازل

قد يتلفظ الزوج بالطلاق قاصدا له و لكنه لا ينوي الطـــلاق و إنما من باب الهـــزل و المزاح، قائلا لامرأته أنت طالق ثم يخبرها أنه يهزل معها،فقد ذهب جمهور الفقهاء الحنفية و الشافعية و في رواية عن الإمام مالك إلى وقوعه[3]، و استدلوا بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد الطلاق و النكاح و الرجعة".

رابعا : طلاق المكره

يعرف الإكراه على انه حمل الغير على أمر لا يريد مباشرته بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه و يصير الغير خائفا به، و هو قسمان :

1- ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين، الجزء الرابع،الطبعة1،دار الكتب العلمية ، لبنان ،1998،ص 47.

2- محمد بن على الشوكاني ، فتح القدير ،الجزء4 ،الطبعة الاولى،دار ابن كثير،لبنان ،1993،ص 4_5.

3- فتح القدير5/4. مرجع سابق.

ملجئ : وهو الذي لا يبقى معه للشخص قدرة ولا اختبار كالإلقاء من شاهق، وهو المقصود بالإكراه هنا، و غير ملجئ: و هو ما لا يبقى للشخص معه الاختيار و القدرة كما لو أكره على أكل شيء تعافه نفسه و لا يضره[1]،و اختلف الفقهاء في وقوع طلاق المكره :

فذهبت الحنفية و أبو قلابة و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري إلى أن طلاق المكره يقع.[2]

فقد جاء في مجمع الأنهر : (ولو كان الزوج مكرها فإن طلاقه الصحيح لا إقراره بالطلاق، لأن الإقرار خبر محتمل للصدق و الكذب و قيام آلة الإكراه على رأسه يرجح جانب الكذب و كذا اللاعب و الهازل بالطلاق)[3].

و حجتهم في ذلك أن الطلاق قد وقع من الهازل بنص الحديث [4] و هو لم يقصد الطلاق فكان ذلك دليلا لأعلى أن النبي صلى الله عليه و سلم اعتبر فيه مجرد النطق بلفظ الطلاق قاصدا اللفظ من غير اتجاه إلى معناه موقعا للطلاق ، و المكره شانه كذلك، قصد النطق و إن لم يرتض المعنى، فيقع طلاقه و أن أقصى ما يؤدي إليه الإكراه أن المكره لم لم يرتض آثار الطلاق الذي نطق به و إن ذلك متحقق في الهزل أيضا.[5]

وذهب جمهور الفقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة و معهم الشيعة و الظاهرية، إلى أن الطلاق المكره لا يقع[6] ، و استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ و النسيان وما استكرهوا عليه"[7].

و بقوله صلى الله عليه و سلم : " لا طلاق في إغلاق ".[8] و قد فسر الإغلاق بالإكراه. و في رواية " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق" .

1- الأنسوي ،التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، مؤسسة الرسالة،مصر، ص 120 .

2- أنظر المغني 375/7 ،مرجع سابق.

3- عبد الرحمان شيخي زاده،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر،الجزء الاول ،دار احياء التراث العربي ،مصر ،ص384.

4- الحديث : " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد الطلاق و النكاح و الرجعة" السابق الاشارة اليه.

5- أبي زهرة ، الأحوال الشخصية ،الطبعة 3،دار الفكر العربي ،مصر،1957 ، ص 290.

6- انظر المغنى 315/7، مرجع سابق

7- سبق تخريجه.

8- الحافظ محمد ابن عبد الله المعروف بالحاكم في المستدرك على الصحيحين ،الجزء الثاني، كتاب الطلاق ،دار الكتاب العربي ،لبنان ،ص198.

و لأن المكره غير ارض بما تلفظ به، فهو لم ينو الطلاق و إن تلفظ به و الرسول صلى الله عليه و سلم يقول : " **إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى...الحديث**"[1] ،و قد نفى الله سبحانه و تعالى، الكفر على من نطق به تحت الإكراه فقال :إلا من اكره و قلبه مطمئن بالإيمان"[2] فلا يعد كافرا و إن نطق به، لأنه لم ينو و إنما تلفظ به تحت قوة الإكراه، بخلاف الهازل، فإنه إن نطق بالكفر هزلا فإنما يقع لقوله تعالى : " و لئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض و نلعب قل أبالله و آياته و رسوله كنتم تستهزئون لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم".[3]

و روي أن رجلا على عهد عمر تدلى بشتار عسلا (أي يستخرجه) فأقبلت امرأته فجلست على الحبل ، فقالت لتطلقني ثلاثا وإلا قطعت الحبل فذكرها الله والاسلام،فجلست على الحبل، فقالت طلقني ثلاثا، فأبت فطلقها ثلاثا، ثم خرج إلى عمر فذكر ذلك له فقال ارجع إلى أهلك فليس هذا بطلاق.[4]

الإكراه إذا كان بحق :

ويستثنى إذا كان الإكراه بحق : يقول بن قدامة : " إن كان الإكراه بحق نحو إكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إن لم يفئ ، و إكراه الرجلين اللذين زوجهما وليان و لا يعلم السابق منهما على الطلاق، وقع الطلاق ، لا،هـ قول حمل عليه بحق، فصح كالإسلام المرتد إذا أكره عليه، و لأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق، ليقع طلاقه، فلو لم يقع لم يحصل المقصود"[5].

شروط الإكراه :

حتى يعتبر الإكراه في عدم وقوع الطلاق به ، فلا بد من توافر شروط هي بمثابة الضابط الذي يعرف به حد الإكراه،و هذه الشروط هي :

1- محمد بن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري، الجزء الاول ،كيف بدء الوحي ،دار ابن كثير ،بيروت ،1987،ص 6.

2- سورة النحل –الآية 106.

3- سورة التوبة – الآية 65.

4-ابي بكرمحمد ابن الحسين ابن علي البيهقي ، في السنن الكبرى ،الجزء السابع ،الطبعة 1،دار المعرفة ،لبنان،1353هـ ،357.

5- المغني 316/7، مرجع سابق .

1- أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب كاللص.

2- أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجيبه إلى ما طلبه منه.

3- أن يكـون ممـا يستضـر بـه ضـررا كبـيرا، كالقتـل، و الضـرب الشـديـد ، و القيـد و الحبـــس الطويلين و إضاعة المال، و هتك العرض و كذلك الضرب الخفيف نحو الصفعة لذي مروءة بملأ من الناس. ويندب الحالف بالطلاق أو غيره ليسلم من القتل بحلفه ولا يقع الطلاق.

خامسا :طلاق السكران :

يقـول ابـن حـزم :" وحـد السـكر أن يخلـط في كلامـه، فيـأتي بمـا لا يعقـل، و بمـا لا يـأتي بـه إذا لم يكـن سكران، و إن أتى بما يعقل في خلال ذلك لأن المجنون قد يأتي بما يعقل و يتحفظ من السلطان ومن سائر المخاوف و أما من ثقل لسانه، و تخبل مخرج كلامه و تخبلت مشيئته و عربد فقط إلا أنه لم يتكلم بما لا يعقل، فليس هو سكران"، برهان ذلك قول الله تعالى : "ولا تقربوا الصلاة و أنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون"[1]

فبين الله تعالى أن السكران لا يعلم ما يقول، فمن لم يعلم ما يقول فليس بسكران، و من خلط فأتى بما يعقل و ما لا يعقل فهو سكران لأنه لا يعلم ما يقول[2].

و إذا كان السكر يتناول حلال كالدواء ، و غيره فلا يقع به الطلاق، أما إذا زال عقل السكران بمحرم كالخمر فقد اختلف الفقهاء في طلاقه إلى قولين أما القول الأول فذهبـــت الحنفية و الشـــافعـي في أحـــد قوليه و أحمد في إحـدى الـــروايات عنه، و مـــالك و روي عن سعيد بن المسيب و عمر بن عبد العزيز و الزهري و الشيعي و غيرهم، إلى أن طلاق السكران بمحرم يقع[3]،أما القول الثاني فذهب الإمام أحمد في الرواية الثانيـة عنـه، و في قـــول للإمـــام أحمـــد فـــي الـــرواية الثانيـة عنـه، و فـــي قـــول للإمـــــام

1- سورة النساء- الآية 43.

2- لابي محمد على ابن احمد ابن سعيد ابن حزم ، المحلى بالاثار، الجزء 11،مكتبة الجمهورية العربية ،مصر ،1970، ص 535_536,

3- انظر المغني 312/7 و مجمع الأنهر 384/1 مرجعين سابقين .

الشـــافعـــي و هـــو مـــروي عـــن الإمـــام مـــالك و اختـــاره الكـــرخـــي[1] و الطحـــاوي من الحنفية وروي عن أبان بن عثمان و عن جـــابر بن زيد و عكرمة و عطـــاء و طاوس، و ابن حزم و غيرهم إلى أن طلاق السكران لا يقع.[2]

سادسا: طلاق الإغلاق :

إذا كان الغضب بحث لا يعقل معه ما يقول ولا يفعل، وهذا إنما يقع للإنسان عند الفرح الشديد أو عند الفزع الشديد أو عند شـــدة الغضب، حكمه حكم المجنـــون لا يقع طلاقه، لأن الـــرسول صلـــى الله عليه و سلم يقول : " لا طلاق في إغلاق"[3] رواه الإمام أحمد و أبو داود علق عليه بقوله: " أظنه الغضب " و قد فسر بالإكراه و الغضب أيضا.

و دليل ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : فيما رواه الإمام أحمد عن ابن عباس مرفوعا إلى النبي صلة الله عليه و سلم قال : " علموا و يسروا و لا تعسروا و إذا غضبت فاسكت ، و إذا غضبت فاسكت و إذا غضبت فاسكت"[4]

فما كلفه النبي صلى الله عليه وسلم بالسكوت ، إلا لأنه يستطيع ذلك، فقد أوحي إلى النبي " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها "[5] فهذا الغضبان مكلف حال غضبه، بالسكوت، فيكون مؤاخذا بالكلام الذي يصدر عنه[6]، إذن فطلاق الغضبان الذي لا يقع، هو الغضبان الذي يكون في حكم السكران عقله مازال، و أنه مكلف بما يقول و بما يفعل، و عليه يقع طلاقه لا محالة،و لو أن الرجل لم يغضب امرأته، و إن وقع ذلك فهو النادر القليل، و الله أعلم.

1- سير أعلام النبلاء 426/15.مرجع سابق.

2- المحلي535/11 ،مرجع سابق..

3- سبق تخريجه.

4- الامام احمد ،ترتيب مسند احمد ابن حنبل مع شرحه بلوغ الاماني من اسرار الفتح الرباني ،الجزء الرابع ،دارالشهاب ،القاهرة،ص 2557.

5- سورة البقرة –الآية 286.

6- زاد الميعاد59/4.، مرجع سابق.

المطلب الثاني :موقف قانون الاسرة الجزائري من الطلاق بالارادة المنفردة

لقد نص المشرع الجزائري في قانون الاسرة الجزائري صراحة أن العصمة بيد الزوج متى ما اراد الطلاق ،ولكن قيده بقيود واجراءات ينبغي السير وفقها حتى صدور الحكم بالطلاق وهوما سنتطرق له في هذا المطلب حيث سنتحدث في الفرع الاول عن موقف قانون الاسرة الجزائري من أصناف الازواج الذين يقع طلاقهم، وفي الفرع الثاني الى موقف القانون الجزائري من الحكم الصادر بالارادة المنفردة .

الفرع الاول :موقف القانون الجزائري من الازواج الذين يقع طلاقهم

من خلال نص المادة 47 من قانون الاسرة الجزائري نستشف أن المشرع الجزائري جعل حل للعصمة الزوجية بيد الرجل في شكل الطلاق ـ تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة . فجعل المشرع حل الرابطة الزوجية بيد الزوج بإرادته المنفردة وفق الشريعة الاسلامية و هو صورة من صور إنحلال الزواج فالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج هو وفق القانون وهذا من خلال مادة .48 . مع مراعات المادة .49. يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين .53 .54 من هذا القانون .

أما أصناف الرجال الذين يقع طلاقهم لم ينص عليهم وإنما اكتفى بالإطلاق جاء في المادة 48[1]

يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة .

فالازواج الذين يقع طلاقهم أقسام كما بينا في المطلب السابق هازل ولاعب وسكران ومجنون وغاضب ونائم والمكره .

فقانون الاسرة الجزائري لم يبين اي الازواج يقصد ، أم انه يقصد كل يصح عليه اطلاق اسم الزوج ، لكن نستطيع أن نفهم أن الارادة شرط لوقوع الطلاق قانون الاسرة الجزائري وذلك في قول المشرع (بإرادة الزوج)،

1- القانون رقم 84_11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بقانون رقم 05_09 المؤرخ في 25 ربيع الاول 1426 الموافق 4مايو 2005 المتضمن الموافقة على الامر 05_02 المؤرخ في 1426 الموافق 27فبراير 2005.

فالعاقل البالغ غير المكره ،والمجنون والسكران والصبي كلهم يريدون الطلاق اما اللاعب والهازل والمكره والذي اشتد غضبه كلهم لايريدون الطلاق .

فهل يقصد هذا التقسيم تقييد الارادة أم أنه لايقصد ذالك ؟

ويفهم من المادة 49 من قانون الاسرة والتي تنص (لايثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاث اشهر) .

يقصد بالعاقل البالغ غير المكره فقط ، لان كل اقسام من الهازل واللاعب والمكره لا يريدون الطلاق وبالتالي يتم الرجوع عنه قبل أن يثبت أثناء محاولة الصلح وقبل الحكم بالطلاق ،هذا إذا رفعوا الى القضاء ، ان منهم . قطعا ـمن لاتصح مرافعته للقضاء لعدم إعتباره قوله كالصبي والمجنون ،ومع هذا لا نستطيع أن ننسب هذا الحكم للقانون الجزائري ،لأنه ورد في المادة 222 [1] منه : على أن كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية.

وبالتالي ولكي نعرف ما يتبناه هذا القانون لابد من الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية . وبالرجوع الي أحكام الشريعة الاسلامية وجدنا الاختلافات بين الفقهاء ،فهذا يوقع كل طلاق الا طلاق المجنون والصبي و ذلك يوقع طلاق الصبي ولا يوقع طلاق المجنون، وبالتالي لا نستطيع أن نعرف ما يتبناه وما يقضي به هذا القانون لانه لم يرجعنا الى مذهب معين أو قاعدة معينة نضبط بها الاحكام.[2]

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالطلاق بالا رادة المنفردة للزوج :

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة و أحكام إلزام ولذا كل حكم تقابله دعوى خاصة فحكم الإلزام تقابله دعوى إلزام والحكم التقريري تقابله الدعوى التقريرية، والحكم المنشئ تقابله الدعوى

1- المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.المرجع نفسه .

2- الدكتور مبروك المصري ،الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر 2010،ص 196.

المنشئة بمعنى الحكم الصادر في أحد هذه الدعاوى إنما هو انعكاس لها[1] .ولذلك تختلف طبيعة الأحكام القضائية، الأمر الذي يفرض التطرق إلى معرفة الطبيعة القانونية لحكم الطلاق ،وقد اختلفوا الفقهاء حول طبيعة الحكم القضائي الذي يثبت الطلاق المنصوص عليه في المادة(**49**)[2] من قانون الأسرة إلى اتجاهين، بين من يرى بأن حكم الطلاق بناءا على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف، وبين من يرى بأنه حكم منشأ . وهو ما سنتناوله في هذا الفرع بشيئ من التفصيل

أولا – حكم الطلاق بناءا على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف:

حسب هذا الرأي ، إن الطلاق حق للزوج، يمارسه كممارسته لأي حق أخر مقيد بعدم التعسف ويمارسه في كل الأحوال ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة، رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، و لا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال حقه وتبعا لذلك أجاز لها القانون طلب التعويض،وتظهر طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة، أنه من الأحكام التقريرية الكاشفة، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج[3] .

في غير التطليق و الخلع، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري[4].

لكن هناك من الفقهاء من يعتقد أن الطلاق لا يقع إلا بعد صدور حكم القاضي، فهو مخالف لأحكام المادة **48** من قانون الأسرة، حيث حسب هذا الموقف هنالك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلا من إ رادة الزوج[5] ، في حين أن حكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشفا للطلاق لا منشئ له، وإن وقوع الطلاق أمر قائم بذاته وإثبات الطلاق أمر آخر، فلكل من الأمرين حكمه الخاص به، و في مسالة الطلاق يختلف حكم

1- زودة عمر، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر،الجزائر،2014،ص 127 و ما بعدها.

2- المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري.مرجع سابق

3- تقية عبد الفتاح، قضيا شؤون الاسرة،من منظور الفقه والتشريع والقضاء ،منشورات تالة_الجزائر 2011.

4- عيدوني عبد الحميد في ابرام عقد الزواج و انهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013 ، ص 118.

5- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي و آثاره على الأحكام القضائية،لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعةالجزائر، ص 49.

الطلاق الواقع فعلا عن حكم إثباته[1] ، فال زوج يوقعه . أما القاضي يسجل تلك الإرادة و يثبتها بموجب حكم تقريري، فهناك بون شاسع بين مصطلح " **لا يثبت الطلاق** " و مصطلح " **لا يقع الطلاق** " فالمصطلح الأول يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف، أما المصطلح الثاني فيقصد به إيقاع الطلاق و يكون الحكم بشأنه منشأ غير كاشف[2] إذ لو أن القاضي حل محل الزوجة في إيقاع الطلاق فإن هذا الطلاق يعتبر طلاق بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع و التطليق، و بالتالي ليس لإرادة الزوج اعتبار[3].

وحسب هذا الرأي الطلاق لا يعتد به، إلا إذا أوقعه القاضي بالمحكمة قول لا ستقيم مع نصوص و أحكام قانون الأسرة وإن هذا القول يصح فقط عندما ينص المشرع صراحة على أن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة على غرار ما جاء به المشرع التونسي بينما قانون الأسرة أقر بموجب أحكام المادة (**48**) من قانون الأسرة على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون تقيدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق، والكشف عنه لا غير طبقا لنص المادة (**49**) من قانون الأسرة[4].

وما يعزز به أنصار هذا الرأي أن المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة (**52**) من قانون الأسرة و هو مصطلح الطلاق وليس مصطلح الحكم بالطلاق، أي بمعنى عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي الأولى لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده، لأن العصمة بيده وإن الزوج لما يلجا إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دورا سلبَى ا إذ لا يجوز له أن يناقش سبب الطلاق أو يرفض إثبات الطلا ق[5] .

1- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر بدون تاريخ نشر،ص104.

2- لمطاعي نور الدين ، مرجع سابق، ص 59.

3- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة و في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة أبو بكر بلقايد الجزائر ،2014/2013، ص108.

4- لمطاعي نور الدين، المرجع نفسه، ص59.

5- المرجع نفسه ص ص 55،54

هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها[1]، وأن اعتبار الحكم الصادر في دعوى الطلاق ذو طابع إنشائي إذا تمسكنا بالقانون الوضعي، لكن بتفسير عبارة نص المادة (**49**) من قانون الأسرة وهي" **لا يثبت حكم الطلاق**" ... ، تبين أن الحكم الذي يصدر في الدعوى يؤكد رغبة كل من الزوجين في فك الرابطة الزوجية، التي لم تعد قائمة من اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج، وأما الحكم القضائي فما هو إلا كاشف هذه النية وهذا يتفق مع شريعة الإسلامية و القاعدة لمعروفة" **إنما الأعمال بالنيات**[2] "

ثانيا – حكم الطلاق بناء على إ رادة الزوج المنفردة حكم منشأ:

يعتبر جانب آخر من الفقه أن الطلاق من الحقوق الإرادية التي يملكها الزوج و إذ بمجرد تعبير الزوج عن إرادته يحدث الأثر القانوني، و هو انقضاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج أي وقوع الطلاق، وخروجًا عن القاعدة العامة أصبح يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني حسب نص المادة (**49**) ، و تبًعا لذلك أصبحت إ ا ردة الزوج عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر إلا باستيفاء الشكل القانوني المحدد .كون إرادته أصبحت قاصرة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني ومرد هذا القصور .يرجع إلى إرادة لمشرع وليس إلى ضعف الزوج في قواه العقلية .[3]

فلا يقع الطلاق إلا بموجب حكم، فهو ليس شرطاً للإثبات و إنما هو شرط للانعقاد ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، فإنه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد أنحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك.

1- مجلة الإجتهاد القضائي ، الجزائر،عدد خاص 2001، ص 103 و مابعدها.

2- الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2005، ص 122 .

3- زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر ، السنة الجامعية 2001/2000، ص105.

ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق و لا يعد وسيلة إثباته، وعليه لا يمكن قبول دعوى الزوج بوقوع الطلاق ما لم يقدم محررا رسمًيا صادر عن القاضي، يثبت ذلك[1] فالمشرع قيد الحق في الطلاق لأنه أوجب أن يقع أمام القاضي، وهذا الشرط ليس سلبا لحق الزوج في الطلاق بل أمر وجوبي على الزوج إذا أراد أن يطلق أن يحترم الشكل الذي يقرره القانون فحسب هذا الاتجاه يكون حكم القاضي منشئاً للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة (**03**)أشهر قبل الحكم.

واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق و خلال خصام الزوجين[2] ، وإن المعنى الظاهر وهو أن الطلاق لا يتم إثباته إلا بحكم قضائي، وأنه عندما يقع عرفيا، فإن القاضي يمكنه أن يعتمد البينة الشرعية في إثباته، وهذا المعنى فاسد وغير صحيح لأنه يقتضي أن الدعاوى التي تتعلق بإثبات الطلاق لا تسمع مطلَقا في حالة إذا وقع بعد صدور قانون الأسرة، و لعل المشرع يقصد الوسيلة العادية لإيقاع الطلاق هي الحكم الذي ينطق به القاضي وأنه بانتفاء هذا الحكم لا يقع الطلاق إلا بصفة استثنائية بشأن الطلاق اللفظي الذي تم بين الفاتح من جويلية **1975** و تاريخ صدور قانون الأسرة.

و يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يقبل البينة الشرعية في إثباته،وقانون الأسرة لم يوفق في صياغة نص المادة(**49**) ،لأنه لم يبن ما هي الحالة الاستثنائية التي يجوز فيها للقاضي أن يسمع دعوى إثبات الطلاق، كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة .ولهذا كان .على المشرع أن يستعمل مصطلح" **لا يقع**" بدلا من " **لا يثبت**[3] "

يذهب هذا الرأي إلى القول أنه لا يعقل أن الطلاق كاشف وما يبرر موقفهم هو نص المادة **49**

1- زودة عمر، المرجع نفسه، ص 31.

2- بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة بالجزائر، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد الجزائر، العدد 12 ،2011، ص 89.

3- تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاقن قانون الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق أبو بكر بلقايد الجزائر ،2010 ص 49.

من قانون الأسرة باللغة الفرنسية التي تعني أن عبارة" **لا يثبت** " ليست في محلها لأن عبارة ،لا تعني عبارة " **لا يثبت** " إنما تعني عبارة **لا ينشأ** "أو عبارة " **لا يتم إقرار**"، أو " **ne peut لا** » « **être établi يتم تأسيس**" ، لذلك فإن نص المادة (**49**) باللغة الفرنسية صحيح وهو يفيد بأن الحكم هو منشأ وليس كاشف لذلك على المشرع إعادة صياغة المادة (**49**) المكتوبة باللغة العربية ، ويخلص هذا الرأي إلى أن الطلاق صار بيد المحكمة فلا يقع إلا بحكم، فهذا يعني عمليا تخليه عن الطلاق الرجعي .وعليه حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم منشئ ناتج عن دعوى منشئة.

وختاما لهذا المبحث ،ومما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر يتضح جليا أن الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى طلاق بإ ا ردة الزوج المنفردة هو الاتجاه الأول الذي يعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره،

فإذا وقع الزوج البالغ العاقل غير المكره طلاق زوجته بلفظ صريح يقصده، فالطلاق واقع لا يختلف في هذا اثنان إذا كانت العلاقة الزوجية صحيحة قائمة .فمثل هذا الطلاق لا يحتاج إلى حكم القاضي، و إنما يحتاج إلى إثبات وتوثيق لدى المحكمة أو الجهة المختصة، ضمانا للحقوق ومنعا للتناكر الذي قد يحصل و لا يحتاج إلى فترة إصلاح لا ساعة و لا يوم ولا ثلاثة أشهر، و إنما كل ما يحتاجه هو إثباته و توثيقه وتترتب آثار هذا الطلاق من يوم وقوعه، و لا يعد الحكم به من طرف القاضي توثيقا و إثباتا له لا غير[1].

1- مبروك المصري، آثار الطلاقة من قانون الأسرة الجزائري دراسة وتحليل ، دار العلوم للغة العربية و آدابها، العدد 33 ، مصر ،2009، ص 259.

الفصل الثاني : الصلح كإجراء جوهري في الطلاق بالإرادة المنفردة

الصلح هو وسيلة بديلة تزداد أهميته متى تعلق الأمر بالمنازعات الأسرية، نظرا لطبيعة العلاقة التي تربط بين أفراد الأسرة من أجل تحقيق الأهداف النبيلة المسطرة من المشرع في قانون الأسرة الذي جاء نتيجة حوار إجتماعي وقانوني عميق بين مختلف فئات المجتمع ، سعيا للحفاظ على تماسك الأسرة ،وامتثالا لقول الحكيم العليم جل جلاله " وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير " [1]

ويخضع الصلح من حيث أحكامه في قضايا الطلاق بالإرادة المنفردة الى قانون الأسرة وقواعد الفقه الإسلامي، و القاعدة العامة أن الحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج هو حكم تقريري يقتصر فيه دور القاضي على تكريس إرادة الزوج و الكشف عنها، إلا أن المشرع جعل له طابع الإنشاء رغم هذه الخاصية ، ومن ثمة خصه بإجراءات متميزة ينبغي إتباعها و إلا تعرض الحكم للنقض و الإبطال، وتتجلى هذه الإجراءات بصفة خاصة في ضرورة إجراء الصلح، أما فيما يخص التحكيم فإن مجاله هو حالة الخصام طويل الأمد بين الزوجين مع عدم ثبوت الضرر وهذا ما نصت عليه المادة 56 من ق.أ[2]، و على هذا الأساس سوف نتعرض في هذا الفصل إلى إجراء الصلح كإجراء جوهري في دعوى الطلاق بالارادة المنفردة . فما مدى إلزامية هذا الإجراء ؟

وسنتطرق في المبحث الاول الى احكام الصلح وفي المبحث الثاني الى اجراءات الصلح في الطلاق بالارادة المنفردة

1- سورة النساء الآية 128.

2- المادة 56 من قانون الاسرة الجزائري ،مرجع سابق .

المبحث الأول : أحكام الصلح

يعتبر الصلح باب من ابواب الفقه الاسلامي والقانون الوضعي له أحكام و أركان وشروط وأثار يقوم عليها ولمعرفة هذه الأحكام سنتناول في المطلب الأول ماهية الصلح ودليل مشروعيته ونتناول في المطلب الثاني أركان وشروط الصلح بين الشريعة والقانون .

المطلب الاول: ماهية الصلح ودليل مشروعيته .

الفرع الاول : تعريف الصلح

وقبل تعريف الصلح من الناحية الشرعية والقانونية نتطرق الى مصطلح الصلح من الناحية اللغوية .

أولا : الصلح لغة

هو إنهاء الخصومة، فنقول صالحه وصلاحا إذن صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد .[1]

ثانيا : الصلح في الشريعة الإسلامية

لم يختلف فقهاء الشريعة في تعريف مصطلح الصلح ، حيث عرفه فقهاء المالكية على انه انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه ،وقال الشافعية ان الصلح هو الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، أما الحنابلة فقالوا ان الصلح هو معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين،أما في الفقه الحنفي ، فقد عرف الحنفية الصلح على انه قد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن [2].

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،المجلد الثاني ، الجزء الخامس، ، دار إحياء التراث العربي، لبنان،بدون سنة طبع، ص169 .
2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، 2002،ص 971

ثالثا : تعريف الصلح في القانون :

عرفت الأستاذة ابتسام القرام مصطلح الصلح في مؤلفها" المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري: بأن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل."عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل[1]"

و عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 419 من القانون المدني بقولها أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل .[2]

أما في قانون الاسرة و طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة[3] فالصلح بين الزوجين اجراء قضائي تخذه القاضي قبل الفصل في دعوى الطلاق المرفوعة أمامه ، و يتم عبر عدة محاولات يجريها خلال فترة معينة قد يلجأ فيها الى محكمين ، و مما سبق فان الصلح بين الزوجين هو عقد او إجراء يقدم عليه الزوجان إما اتفاق او قضاءا .

الفرع الثاني: دليل مشروعيته

لقد تظافرت الأدلة على مشروعية الصلح وعلى ذلك سيتم التطرق الى دليل مشروعية الصلح في القرآن الكريم و السنة النبوية ثم في إجماع المسلمين .

أولا – في القرآن الكريم:

لقد أمر الله عز وجل بالصلح في العديد من الآيات في الق آ رن الكريم، من أجل أن يبين أهميته في تسير حياة الناس، وأنه السبيل الوحيد لحل الأزمات والخلافات، ومن بين تلك الآيات؛ قوله تعالى :"لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس"[4]

1- ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري باللغة العربية و الفرنسية، قصر الكتاب الجزائر، دون سنة النشر ،ص140.
2- القانون المدني الصادر بالامر رقم 75_58 المؤرخ في 20رمضان 1395 الموافق ل26سبتمبر 1975.
3- القانون رقم 84 – 11المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق 04 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر05-02 المؤرخ في 1426 الموافق 27 فبراير 2005.
4- سورة النساء، الآية127

فالقيام بالإصلاح بين المتخاصمين أمر مطلوب، حتى يعودوا إلى ما كانوا عليه من الألفة و الإخاء، فيجوز فيه من النجوى ما لا يجوز في غيره، و يدخل الصلح بين الزوجين في هذا المعنى، وكذا الأجر العظيم الذي يجزي به الله إفشاء أسرار الحياة الزوجية التي قد لا يجرؤ الزوجين على البوح بها إلى القاضي، مما يساعد على الوقوف على الأسباب الحقيقية للشقاق والتصدي لها قبل اشتداد الخصام ووصوله إلى القضاء[1].، لعظم الفائدة المرجوة و الثواب الجزيل للمصلحين من هذا المعروف، وقوله عز وجل أيضا "**يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله ورسوله أتقو الله وأصلحوا بينكم** "[2]

جعل الله إصلاح ذات البين من طاعته، فإن دل هذا فإنما يدل على أهمية الإصلاح الذي يخلق المودة والإخـاء و المصافاة والأخوة والألفة، وترك أسباب الاختلاف و التنازع و الشقاق، وهو ما يؤكد .مشروعية الصلح بصفة عامة، ويستدل على مشروعية الصلح بين الزوجين **قوله تعالى "وَالصُّلْحُ خَير"** [3]

تشمل الآية جميع أنواع الصلح بما فيها الصلح بين الزوجين؛ كما قال جل شأنه أيضا }": **وَإِنْ خِفْتمْ شِقَاقَ بْينِهِما فَابْعثوُا حَكَما منِّ أَهْلهِ وَحكَما مِّنْ أَهْلهَا إنِ يرِيَدا إصِلَاحًا يوَفقِّ اللهَّ بْيَنُهَما إنَِّ اللهَ كَانَ عَليًِما خَبِيًرا**".[4]

فإذا خيف وقوع الشقاق و الخلاف بين الزوج والزوجة، فيشرع في هذه الحالة في الصلح ليزيل الشقاق وتستمر الحياة الزوجية، ويتضح من الآية الكريمة، أن الله لما وعد الحكمين والزوجين بالتوفيق بشرط إرادة الإصلاح دل على محبة الله للإصلاح ، وهذا يدل دلالة إلزامية على .مشروعية الصلح .[5]

1- بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة- دراسة مقا رنة- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية2011 / 2012،ص25.

2- سورة الأنفال، الآية1 .

3- سورة النساء، الآية128 .

4- سورة النساء، الآية 35.

5- المسيعديين خالد إبراهيم، أحكام الصلح بين الزوجين، دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني، مذكرة .لنيل شهادة الماجستير في الشريعة قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤتة، الأردن، 2006 ، ص11 .

وقال سبحانه وتعالى في محكم تنزيله }":**وَانِ امرأَة خَافَتْ مِن بْعلهَا نشُوزا أْو إعراضًا فَلاَ جَناحَ عَليْهِما أَن يصُلحَا بْيَنُهَما صُلحًا والصُّلْحُ خَير وأُحْضِرتِ الأَنفسُ الشُّحَّ وإن تحْسِنوُا وتتَقوا فَإِنَّ اللهَّ كَانَ .بَما تعَملوُنَ خَبِيًرا.**[1]

يعني أن المرأة إذا علمت من زوجها استعلاء بنفسه عليها، إما لبغضه إياها أو لكراهية بعض الأشياء منها، وظهر انصرافه عنها بوجه عام أو ببعض منافعه التي كانت لها منه، فلا حرج عليهما أن يصلحا بينهما، من أجل استدامة المقام في حبال العقد الذي بينهما، و الصلح خير.و حثت هذه الآية الزوجين على إصلاح ذات البين، وذلك لعظم الفائدة المرجوة والأجر العظيم و الثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل الخير[2] وكلمة "خير " في الآية بمعنى : خير من الفراق والتمادي في الخلاف و الشحناء ،والمباغضة لأنها شر، وأن الله سبحانه وتعالى وصف الصلح بالخير، ولا يوصف بالخير إلا ما كان مشروعا مأذونا فيه[3] .

ثانًيا – في السنة النبوية :

يعتبر الصلح من الأمور الجائزة والمرغوب فيها بين الناس جميعا في المجتمع، و الأحرى بين الزوجين، وهو ما تؤكده السنة القولية و الفعلية .

1 – السنة القولية:

جاءت جملة من الأحاديث تبين فضيلة الصلح ،فعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول صلى الله عليه وسلم **قال": الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حرم حلالا أو أحل حراما و المسلمون على شروطهم إلا شرطًا حرم حلالا أو أحل حراما"**،إن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ولا وصف بالجواز إلا ما كان مشروعا في أصله، ولا يظلم فيه أحد الطرفين،و لا يحرم حلالا فهو

1- سورة النساء الآية 128 .

2- المسيعدين خالد ابراهيم، المرجع نفسه، ص 10.

3- شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص123 .

جائز، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهى و قمة العدل و أقرب الى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة وصلاح المجتمع ككل.

وعن ابي الدرداء" رضي الله عنه قَالَ رُسولُ الله صلى الله عليه وسلم" أَلا أُخْبِرِكم بِأَفْضَلَ مِنْ درجة الصيام والقيام "قالو بلى يارسول الله قال "إصلاح ذات البين ،فإن فساد ذات البين هي الحالقة ".[1]

2 – السنة الفعلية:

ثبت في صحيح البخاري " :أن النبي صلى الله عليه وسلم ذهب إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم"، وعن أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها، أنها سمعت رسول الله –صلى الله عليه وسلم .[2]

وروى عبد الله بن كعب عن » ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيرا أو يقول خيرا : « يقول كعب بن مالك رضي الله عنه لما تنازع مع أبي حدود في دين على إبن أبي حدود ،أن النبي صلى الله عليه وسلم أصلح بينهما بأن إستوضع من دين كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر[3]، فدل ذلك على جواز الصلح.

ثالثاً – الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الإصلاح بين الناس، في كل المجالات، بما فيها الصلح بين الزوجين، و قد اشتهر العمل بالصلح بين الصحابة رضوان الله عليهم، إذ روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري" :وأحرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء"، كما قال أيضًا " :ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن [4] " ، فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح

1– الحديث أخرجه الترميذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق و شرح أحمد محمد شاكر، دار الكتاب .العلمية، لبنان، دون سنة، ص635 .

2– الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري ،الجزء الرابع، المطبعة المصرية، لبنان، سنة1243 ،ص743

3– الإمام العسقلاني ابن حجر، المرجع نفسه، ص 228 و229

4– الإمام بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، المطبعة الجمالية .بدون مكان النشر،1908، ص40 .

مطلقا وكان ذلك بمحضر الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، ولم ينكروا عليه فيكون إجماعًا من الصحابة، ويكون حجة قطعية لأن الصلح شرع للحاجة وهي قطع الخصومة والمنازعة.[1]

وقال صاحب كتاب المغني ":وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع، صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل و أهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق .بينهما [2]"

وفي الأخير نخلص أن مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية و إجماع الصحابة والفقهاء.

المطلب الثاني: أركان وشروط الصلح بين الشريعة والقانون

لكل عقد من العقود أركان يقوم عليها ، وشروط يتوقف ترتب أحكامه ، وأثارها على على وجودها ومن تلك العقود عقد الصلح ، فله أركان يتوقف وجوده على توفرها ،وشروط لا تصح أحكامه ولا تترتب أثاره إلا بوجودها [3]، وعليه سنتطرق في الفرع الأول الى أركان وشروط الصلح في الشريعة ،وأما في الفرع الثاني سنتناول أركان و شروط الصلح في القانون .

الفرع الأول: أركان وشروط الصلح في الشريعة

لقد ذهب الحنفية إلى إن للصلح ركن واحدا وهو الصيغة المؤلفة من الاجاب والقبول الدالة على التراضي لكونها ماهية العقد فلا يتحقق بدونها ،إذ لا يتصور عقد دون إيجاب وقبول الدالان على توافق الإرادة على إنشاء ذالك العقد .

1- شتوان بلقاسم، مرجع سابق، ص126

2- المقدسي ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد المغني والشرح الكبير، كتاب الصلح، الجزء الخامس .دار الكتاب العربي، دون بلد النشر ، 1983 ،ص6 .

3- كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكساني ، الطبعة 2،دار الكتاب العربي بيروت لبنان ، 1974،ص 324.

أما العاقدان والمحل فيعتبران شرطين للعقد [1]وقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين قالو إن للصلح أركان ثلاثة لا يصح إلا بها وهي الصيغة والعاقدان والمحل .وعلى كل فلأركان الصلح شروط لا يتحقق إلا بوجودها وسنذكر كل هذه الأركان مع تفصيل في شروطها .

أولا الصيغة :

وهي الإيجاب والقبول الصادران عن العقيدين الدالين على رضاهما ويختلف التعبير عن الإيجاب والقبول باختلاف العقود ففي عقد الصلح يأتي بلفظ صالحت وفي ما معناها من الألفاظ الدالة على تراضي الطرفين المتنازعين عن الصلح ، وهذا عند الحنفية "ويسمى ما تقدم من كلام العاقدين ايجابا لأنه يثبت للاخر خيار القبول"[2] .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فيرون أن الايجاب هو ما دل على التمليك سواءا صدرا متأخرا أو متقدما والقبول هو ما دل على التملك ولو صدر اولا ، وقد أكد ابن قدامة ما ذهب اليه المالكية والشافعية بقوله "الايجاب بأن يقول بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل عليهما "[3].

ومما ينبغي التنبيه عليه أن جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية لم يتكلموا عن الشروط المتعلقة بالصيغة في باب الصلح ، باعتبار ان عقد الصلح عندهم غير قائم بذاته وغير مستقل بشروطه بل هو تابع لأقرب العقود التي تنطبق عليه شروطها وأحكامها[4]. اما الحنفية فقد تكلمو عن بعض شروط صيغة الصلح بصورة مستقلة في بابه حيث ذكرو أن من شروط الصيغة وجود الايجاب الذي لا يصح الصلح بدونه في أي صورة من صوره ،أما القبول فيشترط في بعض الصور دون بعضها ككون الصلح مبادلة فهنا لابد من القبول الدال على رضا القابل ،وهذه اهم شروط ركن الصيغة.

1- شرح القدير ابن الهمام الحنفي ،مرجع سابق.

2- مدونة الفقه المالكي وأدلته،الامام الغرياني ،الجزء 3،الطبعة 2 ،دار الغرب الاسلامي ، لبنان، 1994ص208

3- مغني المحتاج شمس الدين محمد الخطيب الشربيني،الطبعة 1، دار المعرفة ،بيروت ،لبنان ، 1997،ص208.

4- الامام علاء الدين الكساني ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الجزء6،الطبعة 2،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،1986،ص40.

1_ أن يعلم كل عاقد ما صدر من الطرف الأخر سواء كان هذا العلم عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة الدالة على تراضي الطرفين .[1]

2_ أن يكون الإيجاب والقبول واضح الدلالة على مراد العاقدين المعبرين عن إرادتهما الباطنية من خلال ذالك ولابد أن يكون ما أستعمل للدلالة على الإيجاب والقبول يدل لغتا أو عرفا على العقد المقصود.

3_ أن يكون القبول موافقا للإيجاب من كل الوجوه لأنه جواب له ،وذالك باتحاد موضوع العقد بحيث يتفقان على الشيء الذي انعقد الصلح من أجله ، وقيمة الصلح .[2]

4_ أن يتصل القبول بالايجاب وهذا الشرط اتفق عليه الفقهاء من حيث وجوده لكن اختلفوا من حيث فورية الاتصال بين الايجاب والقبول ،ففقهاء الشافعية يشترطون الفورية بين الايجاب والقبول دون الفصل بينهما، والا لم ينعقد .[3]

اما جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة فأنهم يشترطون ايضا لانعقاد العقد اتصال القبول بالايجاب في المجلس ،ولكنهم لا يشترطون الفورية كالشافعية بل يجوز الفصل والتراخي ، إذا لم يكن دالا على الإعراض[4]

ثانيا العاقدان _ المتصالحان : ويقصد بهما كل من يتولى العقد أصالة عن نفسه ، او نيابتا عن غيره ، والصلح عقد كغيره من العقود حيث يجب فيه ما يجب في بقية العقود من الاركان والشروط، ومن ضمن الشروط التي لا يصح أي عقد الا بتوفرها اهلية العاقدان وهذا باتفاق الفقهاء ،ويمكن بيان الشروط المتعلقة بالعاقدين في النقاط التالية :

1- فتحي الدريني، النظريات الفقهية: ، منشورات جامعة دمشق، الطبعة 2،دمشق سوريا،بدون سنة النشر، ص 318.

2- رد المحتار على در المختار، شرح تنوير الأبصار: محمد بن عادين، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود و على محمد معوض، الجزء 7،طبعة خاصة ، دار عالم الكتب، الرياض،2003 ،ص 15.

3- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني، دار المعرفة ، بيروت لبنانن الطبعة 1 ، 1418هـ ، 1997 م (10/2).

4- فتحي الدريني، النظريات الفقهية ،الطبعة 1،دار الهدى، الجزائر،بدون سنة النشر،ص 329.

أ_ اهلية التصرف : فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لايعقل ، لإنعدام اهلية التصرف بإنعدام العقل ،أما الصبي المأذون له في التصرف _المميز _ يصح صلحه اذا كان فيه نفع ظاهر.

ب_ أن يحرص المصالح على مال الصغير والمجنون والمعتوه والمحجور عليه لسفه ،فيجب على الولي او الوصي أو مقدم القاضي أن يكونو حريصين على مصلحة هؤلاء ومنفعتهم

ج _ أن لا يكو ن المصالح مرتدا وهذا شرط انفرد به أبو حنيفة خاصة بناءا على أن القاعدة عنده في تصرفات المرتد هي انه موقوفة [1]

ثالثا المحل:

والمراد بمحل العقل هو ما يقع عليه العقد ، وتظهر فيه أحكامه وآثاره ،ففي عقد الصلح المصالح عنه والمصالح به.

1_المصالح عنه:

فهو الشيء المتنازع فيه، وهو نوعان حق الله وحق العبد ، أما حق الله فلقد اتفق الفقهاء على عدم صحة الصلح في حقوق الله تعالى ،وعليه فلا يصح الصلح في حد الزنا وشرب الخمر ،كأن يصالح الزاني أو شارب الخمر من أراد أن يرفعه للحاكم التخلي عن الرفع مقابل مال يدفعه له ،او مصالحة الحاكم ليترك إقامة الحد عليه مقابل مال يدفعه لبيت المال ،فهذا الصلح يعتبر باطل لتعلقه بحق خالص لله تعالى .

أما حقوق العباد فلقد اتفق الفقهاء على جواز الصلح فيها ،ويصح عندهم بثلاث شروط ويمكن ذكرها في النقاط التالية .

1_ إن يكون المصالح عنه حق ثابتا للمصالح في المحل :لابد إن يكون الحق الذي وقع عليه الصلح ثابتا في عقد الصلح "المحل" إذ لا يمكن التصالح على حق غير ثابت في محل عقد الصلح[2].

1- بدائع الصنائع ،مرجع سابق .

2- المغني لابن قدامة المقدسي ،مرجع سابق .

2 _ أن يكون مما يجوز اخذ العوض عنه سواء ،كان المصالحة عنه مما يجوز بيعه أو لا ،وسواء أكان مالا أو غير هو عليه يجوز الصلح على القصاص سواء أكان على النفس او ما دونها من الأعضاء ،فإذا جاز فعلى الكل جاز الصلح على الجزء،إذ ما يصدق على الكل يصدق على الجزء بالضرورة [1].

3_أن يكون معلوما :لقد اتفق الفقهاء على صحة الصلح اذا كان المصالح عنه معلوما . واستدل الإمام الشافعي بقول النبي صلى الله عليه وسلم "الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا"[2].

2_المصالح به :

ويقصد بالمصالح به أو المصالح عليه هو من يعطيه من عليه الحق لمن له الحق ويشترط لصحته وجوازه ثلاث شروط يمكن توضيحها في ما يلي :

أ_ ان يكون المصالح به مالا متقوما ،فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم وكل ما ليس متقوم لان الصلح في معنى المعاوضة إذ الأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراءه يصح الصلح به أو عليه، وما لا يجوز بيعه أو شراءه فلا يجوز الصلح به .[3]

ب _ أن يكون المصالح به معلوما فلا يصح الصلح بمجهول جنسا أو صفتا ،أو قدرا ، لأنه بيع والبيع لا يصح بثمن مجهول ، وكذالك لا يصح الصلح بشيء غير محدد من حيث مدته حتى وإن كان معلوم الجنس والصفة والقدر .[4]

ج _ ان يكون المصالح به مملوكا للمصالح : فإذا صالح على مال معلوم ثم استحق ذالك المال من يد المدعي لم يصح الصلح،لان المال المصالح به ليس مملوك للمصالح ولذالك يعتبر الصلح باطلا ،أما إن كان الشيء المصالح عنه غير معين بعينه ، وإنما معين بصفته صح الصلح ببدله المماثل له في صفته .[5]

1- طاهر حداد ،كتاب المنطق ، دار الهدى عين مليلة الجزائر، دون سنة نشر، ص 34.

2-طاهر حداد، مرجع سابق ص 22.

3- الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء 6 ،ص 48 ،مرجع سابق.

4- أحمد الدردير،الشرح الصغير على أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك ،الجزء3، دار المعارف القاهرة،ص 412

5- الأمام للشافعي، كتاب الام ،الطبعة 2،دار الفكر للطباعة والنشر،لبنان،1983 ،ص466.

الفرع الثاني :اركان وشروط الصلح في القانون.

إن عقد الصلح في القانون يندرج ضمن العقود الرضائية التي يكفي في إنعقادها وصحتها تراضي المتعاقدين _المتصالحين _وذلك بإقتران الايجاب والقبول ،فالتراضي هو أساس تكوين العقد ،وما داما الصلح عقدا فلابد له من اركان وشروط لصحته وترتب اثاره عليه ،وهذه الاركان هي التراضي والمحل والسبب.

أولا أركان الصلح في القانون:

1_ التراضي : فالصلح الذي يكون بين الزوجين هو عقد رضائي يشترط لانعقاده توافق الايجاب و القبول ، ويجب تبين متى تم الاتفاق نهائيا بين الطرفين لانه لا يتم عادة الا بعد مفاوضات طويلة و لا يجوز الوقوف عند اي مرحلة من مراحله و تسري عليه القواعد العامة في نظرية العقد حسب نص المواد 59 ، 574 – و كالة خاصة –من القانون المدني . وكما يجب ان تتوفر فيه شروط الصحة و هي : الأهلية خلو الإرادة من العيوب .[1]

أ_ الأهلية : و قد حددتها المادة 07 من قانون الأسرة ببلوغ سن 19 سنة كما نصت المادة 81 من نفس القانون على حالة فاقد الأهلية .

ب _عيوب الرضا : بالنسبة للغلط نضمت أحكام المواد 81 ، 84 ، 465 من القانون المدني، التدليس المادة 86 من ق م ، الإكراه و التهديد م 88 ق م ، الاستغلال المادة 90 من ق م .

2_ المحل : ان محل عقد الصلح بين الزوجين يتمثل في الحقوق و الواجبات المخولة لكل واحد منهما المواد 36 ، 38 ، 39 من قانون الأسرة . هذا مع الأخذ بالاعتبار أحكام المادة 461 من القانون المدني و المتعلقة بعدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية او بالنظام العام ، فلا يجوز للزوج ان يصالح زوجته على نفي او إثبات نسب ابنهما او إسقاط حق النفقة الزوجية او العدل حالة تعدد الزوجات ، و محل الصلح ايا كان

1- القانون المدني الجزائري أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون رقم 05_10 المؤرخ في 20 يونيو 2005

يجب ان تتوفر فيه الشروط العامة في المحل * موجودا او ممكنا ، معينا او قابلا للتعيين مشروعا* م 96/92 من القانون المدني.[1]

3_ السبب : أن السبب في الصلح هو الباعث الدافع للزوجين الى الصلح ، فقد يكون خشية خسارة الدعوى او العزوف عن التقاضي بما تتطلبه من وقت ، العلانية و التشهير ، الإبقاء على صلة الرحم و يمكن استخلاص البواعث من أسباب الزواج نفسها من تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و الاحصان ... الخ .

و يشترط في السبب الوجود و المشروعية حسب نص المادة 97 ، 98 من القانون المدني .[2]

ثانيا شروط الصلح في القانون :

لما كان الصلح وسيلة من الوسائل المنهية للنزاع فقد إعتبره الفقهاء عقدا من العقود المسماة و من ثم فإنه يخضع للقواعد العامة المألوفة التي تطبق على العقود، وللصلح شروط ينبني عليها وهي

وجود نزاع قائم أو محتمل، نية حسم النزاع و نزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من حقه وهي العناصر التي يتكون منها الصلح الوجوبي(القضائي)الذي يشترط أن تصادق عليه المحكمة بعد أن تتوافر فيه هذه المقومات الثلاثة أما العنصرين الأول و الثاني فهما ملزمين لحسم النزاع أما العنصر الثالث فهو عنصر غير لازم في الصلح القضائي فلا يشترط أن ينزل كل من الطرفين عن حقه بل يكفي نزول أحدهما فقط عن حقه أو عن جزء منه دون مقابل يقدمه الطرف الآخر لأن الصلح القضائي له مفهوم أوسع.

اولا _جود نزاع قائم أو محتمل: باستقرائنا للمادة 419 من القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري، اشترط وجوب توافر نزاع قائم أو محتمل .

1- القانون المدني الجزائري ،المرجع نفسه.

2- القانون المدني الجزائري،مرجع سابق.

بمعنى أن يكون النزاع بين المتخاصمين جدي وليس هزلي كما لو لم يكن النزاع قائم أو محتمل مثال ذلك كما لو يتنازل المؤجر للمستأجر عن بعض الأجرة غير المتنازع عليها حتى يتمكن من دفع الباقي فهذا إبراء من دين مدني وليس صلحا بمفهوم المادة السالفة الذكر.

إذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام الجهات القضائية و أنهاه الطرفان بالصلح كان الصلح هذا قضائيا مع وجوب التمييز فيما إذا كان جوازيا أم إجباريا من حيث المجال الذي ورد فيه، ويشترط على ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع بل يكفي تكريسه في محضر إتفاق فقط، و إلا لانتهى النزاع بالحكم وليس بالصلح، على أن بقى النزاع مستمرا متى كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه بالوسائل المقررة قانونا ومن ثم يكون هناك محلا للصلح على مستوى الدرجة الثانية للتقاضي، هذا و لا يشترط في النزاع أن يكون قائما و فعليا، فقد يكون صوريا أو محتملا ومع ذلك يجوز الصلح بشأنه طالما أن الصورية لا تخالف النظام العام أو الآداب كما لا يقصد بها الإضرار بالآخرين أو الاعتداء على حقوقهم.

و ليس من الضروري أن يكون ثمة نزاع مطروح على القضاء فيكفي أن يكون محتمل الوقوع بين الطرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع و يكون في هذه الحالة الصلح غير قضائي أي إتفاقي ودي جوازي[1]، مثال ذلك أن يكون أحد طرفي العقد هو المحق وحقه ظاهر وواضح غير أنه يريد الصلح ليتوقى طول إجراءات التقاضي أو لتفادي تعنت الخصم وما يحدث في المرافعات من تشهير فالمعيار هنا ذاتي وشخصي غير مرتبط بوضوح الحق في حد ذاته ، وكثيرا ما ينكر المدعى عليه نشأة الالتزام في ذمته و مع هذا يجوز التصالح معه على الجزء الذي يقره لتجنب طول وعناء التقاضي [2].

1- المادة 419 القانون المدني الجزائري.مرجع سابق.

2- الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم ،دراسة تأصيلية ، و تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،بدون سنة نشر، ص06 .

ثانيا _نية حسم النزاع:

الشرط الثاني الذي أقره المشرع الجزائري في المادة السالفة الذكر هو شرط نية حسم النزاع بمعنى أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما و إما بتوقيه إذا كان محتملا، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع فلا يعتبر العقد صلحا بمفهوم المادة 419 من القانون المدني، مثال ذلك أن يتفق شخصان على إستغلال عين بطريقة معينة قبل حسم النزاع من طرف المحكمة فهذا الاتفاق لا يعتبر صلحا لأنه لم يحسم النزاع.وقد يأتي الصلح على بعض الأجزاء المتنازع عنها ولا يشمل جميع المسائل كأن يحسم المتخاصمين جزءا من الخصومة ويترك الباقي إلى القضاء لإنهاء النزاع لتتولى المحكمة البت فيه.

ثالثا تنازل كل طرف عن جزء من حقه:

اشترط المشرع الجزائري نزول إ ا ردة كل من المتصالحين على وجه التبادل عن الحق في مواجهة الآخر ، فإن نزل أحدهما عن كل ما يدعيه على الحق و لم يتنازل الآخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحا، و إنما تسليم بحق الخصم، كما لا يشترط أن يكون التنازل متعادلا من الجانبين

فقد ينزل احدهما عن جزء كبير من إدعائه و يتنازل الآخر عن بعض إدعائه فإن ذلك يكون صلحا، فإذا أقر المدعى عليه بمبلغ الدين كله لكنه اتفق مع المدعي حين التسديد أن يدفع له جزءا بعد أجل ما، فإمهال المدعي له يعتبر تركا منه لجزء من حقه ويكون ذلك صلحا استلزم أن تصادق عليه المحكمة وذلك لتوافق الإرادتين على إنهاء النزاع تماما، وهذا ما يميز الصلح عن ترك الإدعاء .[1]

غير أن ذلك لا يشترط بالضرورة تعادل التنازل عن الحقوق فقد يتنازل احدهما عن اليسير والآخر عن الكثير المهم هو حسم النزاع نهائيا،وعلى هذا الأساس فإن تنازل كل من المتخاصمين إراديا أمام المحكمة فإن ذلك يعتبر عملا قضائيا تصالحيا يؤدي إلى إنهاء النزاع بين الطرفين ولا يمكن المطالبة بإبطاله إلا برفع دعوى بطلان

1- الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 01

أصلية[1] .أما إذا اتخذ هذا التنازل من إ رادة منفردة فإن ذلك يأخذ حكم التارك لإدعائه أو المتنازل عنها ولا يعتبر صلحا.

و يشترط في الصلح القضائي بالمعنى الحقيقي أن تتوافر في الطرفين أهلية التصرف في الحقوق محل الصلح فإذا لم تتوافر في احدهما أو كلاهما فلا يجوز للمحكمة أن تصادق على هذا العقد لكونه عمل باطل[2]،أما في العمل التصالحي غير القضائي الذي يتضمن تنازلا من جانب واحد فقط فإن أهلية التصرف غير مشترطة في الطرف الآخر الخصم.

و الصلح القضائي لا يجوز في كل المسائل المتعلقة بالنظام العام [3]، لأنه يتضمن تنازل متبادل عن جزء مما يدعيه الخصم .و الصلح القضائي يتطلب حضور الطرفين أمام المحكمة و إقرارهما بالتصالح الذي تم وتوقيعهما على المحضر المعد لذلك، و في حال غاب أحدهما عن مجلس القضاء و لم يوقع الاتفاق على الصلح فلا يجوز للمحكمة التصديق على هذا الصلح و إنما يلتزم الأطراف على الاستمرار في نظر الدعوى و إصدار الحكم فيها.

1- المادة 905 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ،قانون رقم08_09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 2008المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية

2- المادة 01 ،من قانون الاجراءات المدنية والادارية مرجع سابق

3- الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 01

المبحث الثاني إجراءات الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة :

يعتبر الصلح كوسيلة وقائية لمنع تفكك الاسرة من الطلاق الذي يهددها ،فجاء الصلح ليرأب هذا الخلل وقد بوب له فقهاء الشريعة ورجال القانون في مجال الاحوال الشخصية من اجل الحد من ظاهرة الطلاق وسنتطرق في المطلب الاول الى موقف الشريعة من الصلح ،وفي المطلب الثاني الى موقف القانون من الصلح.

المطلب الاول: موقف الشريعة والقانون من الصلح في دعوى الطلاق بالا رادة المنفردة :

إن الصلح كمفهوم عام جعل من أجل رد المتخاصمين الى الحق ،وفي الاحوال الشخصية يكون من أجل الاصلاح الاسري والحد من ظاهرة الطلاق ،وإتفق كل من الشريعة والقانون على هذه الوسيلة الوقائية للمحافظة على كيان الاسرة ،وهو ما سنحاول التطرق اليه في الفرع الاول كعنوان موقف الشريعة من الصلح ،وفي الفرع الثاني الى موقف القانون من الصلح.

الفرع الاول : موقف الشريعة من الصلح

إن الأصل في الرابطة الزوجية الاستمرار و الاستقرار و الإسلام يحيط هذه الرابطة المقدسة بكل الضمانات التي تكفل استمرارها و واستقرارها و يمنع كل الأسباب المؤدية إلى وانفصامها فالمنهج الإسلامي الحكيم في الصلح بين الزوجين إن حدث بينهما اختلاف أو حصل منهما نشوز أو إعراض أو كان بينهما نزاع و شقاق يظهر لنا في تلك الخطوات الإصلاحية حرصه على رعاية الحياة الزوجية و تقويمها و إصلاح ما يطرأ عليها، لكن إذا تعذر الإصلاح و تحقق الضرر، و تعسرت الأمور و لم يعد هناك مجال لاستمرار الحياة على معاني الخير و البر و المودة و الرحمة، فإن الفراق حينذاك يكون فيه مصلحة للجميع، فالإصلاح يعني قطع الخصومة، و هو شامل على الصلح و الفراق"[1] .

ثم إن هذا التشريع الرباني الحكيم – الطلاق – اشتمل على تشريعات و تنظيمات و تفصيلات دقيقة تكون علاجا لآثاره و نتائجه، ومن ضمن هذه التشريعات : الصلح بالرجعة في الطلاق الذي يمثله قوله تعالى :"

1- زكريا الانصاري ، حاشية الجمل ،الجزء الاول 1،دار الفكر لبنان،1996،ص380.

وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا " (**البقرة : 228**)،الآية الكريمة تعرض لأحكام الطلاق و ما يتبعه من عدة و رجعة ،في تحديد المطلقات المعنيات في الآية،و العدة الخاصة بهن،والحكمة من تشريع تلك العدة،و الصلح بالرجعة في الطلاق من حكم تشريع العدة.

أولا: تحديد المطلقات المعنيات في الآية هن المطلقات البالغات المدخول بهن غير الحوامل، فبالرغم أن ظاهر الآية يشمل جميع المطلقات ، إلا أن الصحيح خروج بعضهن من العموم.

ثانيا:العدة الخاصة بهن ،وهن أولئك النساء اللاتي طلقن أزواجهن عليهن عدة يتربصن و ينتظرن فيها مدة ثلاث قروء ، على اختلاف العلماء في المراد بذلك ،فمنهم[1] من قال إن القرء هو : الطهر، و المراد به الطهر الواقع بين دمين ، و منهم من قال إنه الحيض.

و قال الراغب الأصفهاني : القرء في الحقيقة : اسم للدخول في الحيض عن طهر، و لما كان اسما جامعا للأمرين : الطهر ، و الحيض المتعقب له، أطلق على كل واحد منهما، لأن كل اسم موضوع لمعنيين معا يطلق على كل واحد منهما بانفراده به،وليس القرء اسما للطهر مجردا، و لا للحيض مجردا بدلالة أن الطاهر التي لم تمر أثر الدم لا يقال لها ذات قرء و كذا الحائض التي استمر بها الدم و النفساء لا يقال لها ذلك، و قوله تعالى : " يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" أي ثلاثة دخول من الطهر في الحيض.

يقول صاحب المنار : " قال الأستاذ الإمام : و الخطب في الخلاف سهل لأن المقصود من التربص العلم ببراءة الرحم من الزوج السابق، و هو يحصل بثلاثة حيض كما يحصل بثلاثة أطهار، و من النادر أن يستمر الحيض إلى آخر الحمل، فكل من القولين موافق لحكمة الشرع في المسألة[2].

ثالثا:الصلح بالرجعة في الطلاق من حكم تشريع العدة.

1- وهبة الزحيلي ،مرجع سابق ،ص7172.

2- محمد رشيد رضا، تفسير المنار،الجزء6 ،الهيئة العامة المصرية للكتاب،مصر،1990،ص371.

إن من حكم تشريع العدة- عدا حكمة براءة الرحم – حكمة بليغة أخرى تتمثل في الصلح الذي يجمع بين المطلقة الرجعية و زوجها،ففي فترة التربص تختبر العواطف بعد الافتراق، فقد يكون في القلب ود كامن أو عواطف تستجاش و لعل سكون الغضب و هدأة الشر و اطمئنان النفس يبعد دواعي الطلاق، ويستثير الحنين إلى استئناف الحياة الزوجية[1].

إن فترة التربص فترة تجربة و اختبار لحقيقة المشاعر ، فإن اتضح في اثنائها أن استئناف الحياة المشتركة مستطاع، و الرجعة ممكنة، فالطريق إلى ذلك مفتوح، إذا كانت نية الأزواج صالحة، و رغبتهم صادقة في الألفة و المودة، وإصلاح ذات البين و حسن المعاشرة[2]، أما إذا قصد الزوج مضارة المراة ، و تطويا العدة عليها و منعها من التزوج بعد العدة حتى تكون كالمعلقة لا يعاشرها الأزواج بالحسنى، و لا يمكنها من التزوج فهو آثم بينه و بين الله تعالى بهذه المراجعة[3].

فلا يباح للرجل أن يرد مطلقته إلى عصمته إلا بإرادة إصلاح ذات البين و نية المعاشرة بالمعروف[4]،اهتم الإسلام العظيم بأمر الحياة الزوجية اهتماما شديدا، و دعا إلى صيانة كيانها و أرشد إلى ما يقويها و يدعم أركانها، ذلك أن الحياة الزوجية السعيدة تقوم على دعائم ثلاثة هي السكن، و المودة و الرحمة.

و من وسائل تنظيم الإسلام للحياة الزوجية حثه على الوفاق بين الزوجين و على حسن المعاشرة، و عدم الاستجابة لنزعات ، ونزوات النفس فقال سبحانه و تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً ﴾[5] ، و لأن الحياة تعترضها الاحداث المختلفة و تعتريها المشكلات ، دعا الإسلام إلى الحكمة و التريث في علاجها، و حث على بذل الجهد في الصلح و التوفيق بين الزوجين.

1- السيد قطب ،في ظلال القرءان ،الجزء الاول ،الطبعة 1،دار الشروق للنشر والطباعة ،مصر ، 2011،ص246.

2-محمد ابن امين الشنقيطي،اضواء البيان ،دار الفكر،لبنان ،1995،ص120.

3- تفسير المنار،الجزء2،ص374.مرجع سابق

4- ابن جرير الطبري ،تفسير جامع البيان ،الجزء2 ،دار الفكر،لبنان،1984،ص402.

5- سورة النساء اللآية 19.

فلو حصل خلاف و كان هناك نشوز أو إعراض من جانب الزوج يسبب نفرة و خصومة قد تؤدي إلى تطليق الزوجة أو تعليقها، فهناك العلاج الإلهي و التشريع الرباني العظيم الذي يقضي بإقامة الصلح بين الزوجين، فقال عزوجل : " 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 وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا"[1] .

أما إذا تفاقم الخلاف بين الزوجين حتى خيف الشقاق ، فليس للرجل أن يغالي في إيذاء الزوجة ، أو يتعمد إهانة أو قسرا، بل عليه أن يرجع إلى الشرع كلما وقع بينهما شقاق، لأن هناك منهج إسلامي حكيم في الصلح بين الزوجين يقتضي الأمر بالتدخل عند وقوع الشقاق وعدم الوفاق، و يحث على ضرورة الإصلاح بين الزوجين و بذل الجهد في الإبقاء على الرابطة المقدسة، ومنع استفحال الأسباب المؤدية إلى الفراق، قال تعالى ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا** ﴾[2].

و إذا وقع الشقاق و تم الطلاق ، فإن في أحكامه و ما يتبعه من عدة و رجعة ما يغري بالصلح و يدعو إليه، قال سبحانه ﴿ **وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[3].

ومما سبق بيانه، يتبين حرص الشريعة الاسلامية على قضية الصلح والتوفيق بين الزوجين .

1- سورة النساء اللآية 128.

2- سورة النساء الآية34.

3- سورة البقرة الآية 228

الفرع الثاني : موقف القانون من الصلح

لقد جاء المشرع الجزائري بترسانة من القوانين تتعلق بالصلح تعريفا وبيانا لاجراءاته وآثاره سواءا في القانون المدني أو قانون الاجراءات المدنية والادارية أو قانون الأسرة وهو ما سنتناوله في هذا الفرع بعنوان موقف القانون من الصلح.

أولا في قانون الاسرة:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة (49) من قانون الاسرة ،والتي جعلت إجراءات الطلاق باطلة، إذا لم تسبقها محاولات الصلح بين الزوجين، حيث نصت هذه المادة على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة(03) اشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى..."[1] و مما يبين أن المشرع الجزائري أكد على أن الصلح لما فيه من فوائد عدة و فضائل جمة تعود على الأفراد و الأسرة و المجتمع بالخير و العافية أن هذه المادة معدلة، حيث كانت المادة السابقة تنص على صحة إجراءات الطلاق بمجرد محاولة مرة واحدة " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر.[2]

إذ بمقارنة بسيطة بين النصين ندرك مدى اهتمام المشرع الجزائري بالصلح في القانون الجديد، حيث عدل المشرع المحاولة الواحدة بمحاولات عدة، يكررها القاضي على الطرفين و لعل التكرار يحقق الهدف المرجو منه، إذ تتم إجراءات الطلاق إلا بعد بذل القاضي جهده و ذلك باتخاذ كل السبل بناء على السلطة المخولة له قانونا و استعمال جميع الوسائل التي تمكنه من تحقيق الصلح بين الطرفين إذ كلمة (محاولات) و (يجريها) تدل على أن القاضي يبذل جهدا في اجراء عملية الصلح .

1- قانون الأسرة الجزائري آخر تعديل قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 و المضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 ص 21).

2- قانون الأسرة الصادر تحت رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984.

و الفقرة الثانية من نفس المادة (49) تؤكد هذا الاهتمام أيضا بتحرير محضر يبين فيه سعيه للصلح و النتائج التي توصل إليها من خلال محاولاته الصلح ولا بد من توقيع كل من القاضي و امين الضبط و الطرفين المتنازعين على المحضر الذي يعتبر دليلا على أن القاضي قام بما يجب القيام به قبل إيقاع الطلاق المرتبطة إجراءات صحته بالمحاولات التي يقوم بها القاضي من اجل الصلح ، و هذا ما أكده العربي بلحاج بقوله" و يتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر بحكم من القضاء، و أن محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق، و إذا لم يتم هذا الإجراء فإن الحكم الصادر بالطلاق يكون باطلا[1].

ثانيا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية:

حيث نصت المواد (439) إلى المادة (445) و من المادة (990) إلى المادة (993) و(439) على أن " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية" فهذه المادة بينت بصريح العبارة على وجوب تكرار محاولات الصلح بين المتنازعين من طرف القاضي، و أن لا يقصر جهدا من اجل الإصلاح بينهما، ومن عوامل تحقيق ذلك يتم في جلسات سرية، لأن المقصد من هذه الجلسات هو معالجة مشكل النزاع أو الشقاق بطريقة تحفظ أسرار الزوجين و خصوصياتهما، و تحفظ أيضا ود الأسرتين و علاقتهما الطيبة و استمرارها.

و إذا طلب الزوجان حضور أحد أفراد العائلة للمشاركة في محاولة الصلح جاز القاضي استدعاءه، و من اجل الوصول إلى تحقيق الصلح أجاز المشرع أيضا للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير بعد تذكيرهما بعواقب الانفصال، و آثاره على الأسرة و على الأولاد خاصة، فتبصير الإنسان بعواقب أفعاله و ما ينتج عنها من تبعات دينية و دنيوية قد ترشده إلى سبيل الرشاد، و تقوده إلى بر الأمان، و تثنيه عما يريد الإقدام عليه دون تفكير في عواقبه، و نتائجه التي تعود على الأسرة بالسلب، كما أنه يجب على القاضي إثبات هذا الصلح بمحضر في الحال

1- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ، الجزء 1،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،2007،ص356.

من طرف أمين الضبط و يوقع عليه القاضي و الزوجان و أمين الضبط على هذا المحضر حيث نصت عليه المواد (439) إلى المادة (445) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[1]

ثالثا القانون المدني:

حيث تناولت هذه المواد(459 إلى المادة 466) تعريف الصلح، و شروط المتصالحين كونهما أهلا للتصرف، مع عدم إمكانية الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية كتنازله على كرامته، أو عن انتمائه لعائلته، كما لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، المواد (460،459،461)،كما نصت المواد من (462 إلى 466) على آثار الصلح ككونه منهيا النزاعات التي يتناولها و اسقاط الحقوق و الإدعاءات التي تنازل عنها كل منهما أو احدهما بصفة نهائية[2] ، و قد بينت المادة (220) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كيفية إنهاء النزاع بالصلح، حيث نصت على أنه" تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى، بالصلح...[3] و بناء على هاتين المادتين فإن الصلح يعتبر عاملا أساسيا لحسم النزاع بين الطرفين، و إنهائه ، و يصبحان ملزمين بما تم عليه الإتفاق صلحا، و لا يمكن لأي منهما إحياء النزاع، أو تحريك دعوى النزاع من جديد إذا شاب الصلح عيب من غلط، أو تدليس ، أو عدم مشروعية المحل أو السبب ففي هذه الحالات يمكن للمتضرر منهما بسبب هذا العيب أن يرفع دعوى مستقلة أمام المحكمة المختصة من اجل هذا إبطال هذا الصلح المشوب بالعيب.

فهذه الترسانة من القوانين المتعلقة بالصلح تعريفا و بيانا لإجراءاته و آثاره، وما يجب على القاضي من إجراء محاولات الصلح سواء كانت من طرفه أو من طرف الحكمين إن دلت على شيء فإنما تدل على اهتمام المشرع ومن ورائه الدولة التي استمد منها سلطة التشريع اهتماما كبيرا بالصلح الذي وصفه الله العليم الخبير الحكيم بالخيرية المطلقة بقوله " و الصلح خير"،فهذا الجزء من الآية الكريمة هو عبارة عن مبتدأ و خبر أو موضوع ومحمول

1- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2- القانون المدني الجزائري ، الصادر تحت رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الوافق 26 ديسمبر سنة 1975 م المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

3- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

، و من المعلوم في علم المنطق أن موضوع الكلية الموجبة مستغرق في محمولها،[1] و معنى هذا أن جميع مسائل الصلح و في أي مجال كان فهو خير من غيره، فالفرد الصالح، و الأسرة و المجتمع الصالح ، و الجليس الصالح خير ، فكل من اتصف بهذه الصفة فهو خير من غيره، غذ العمل المرفوع و المقبول عند الله و المنجي صاحبه من الخسارة الحتمية هو العمل الصالح الذي لا يصدر إلا من إنسان صالح.

المطلب الثاني: إجراءات واثأر الصلح

يجب على القاضي قبل اصدار الحكم بالطلاق بالارادة المنفردة لابد من استنفاذ محاولات الصلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى،وهذه المحاولات لابد لها من اجراءات من ناحية الشكل والموضوع ولها آثار تترتب عليها ،وهو ما سنحاول معالجته في هذا المطلب ،حيث سنتناول في الفرع الاول اجراءات الصلح الشكلية الموضوعية ،وفي الفرع الثاني الى الاثار المترتبة عن الصلح.

الفرع الأول : الإجراءات الشكلية والموضوعية

تقتضي دراسة إجراءات الصلح في ظل الممارسة القضائية إلى التطرق إلى معالجة دور القاضي في مباشرة إجراءات الصلح، ولمعرفة إجراءات الصلح ودور القاضي فيها، لابد من التطرق أولا إلى الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح ،أما ثانيا نتناول الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح .

أولا الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح:

وتتمثل الشروط الموضوعية لاجراء محاولات الصلح في:

1_ ضرورة رفع الدعوى:

طبقاً لنص المادة (48) من قانون الأسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و (54) من هذا القانون أي وعليه فالمشرع اعتبر كل

1- الإستغراق : هو شمول الحكم في القضية لكل أفراد الحد المنطقي موضوعا كان أو محمولا، و في الكلية الموجبة يستغرق الموضوع في المحمول لا العكس ، فقول كل الجزائريين مسلمون: فالموضوع وهو كل الجزائريين مستغرق في المحمول، اما المحمول فهو غير مستغرق فهنلك مسلمون كثيرون غير الجزائريين ،الطاهر حداد ، كتاب المنطق ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر ، ص26.

هذه الصور طلاقاً بمعناه العام كطريق لحل الرابطة الزوجية، فإن ممارسته يجب أن تتم عن طريق التوجه للقضاء وتسجيل الدعوى القضائية بذلك، حيث تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة الإجرائية الوحيدة التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة في هذا الإطار من الناحية القانونية، باعتبارها(الدعوى) أصلاً سلطة الشخص التي يخولها له النظام القانوني في اللجوء إلى الجهات القضائية لغر ض حماية حقه .[1]

وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حتى يتسنى لقاضي شؤون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين، ومحاولة منه كبح الجماح وتفادي انحلال وفصم عرى الزوجية فشرط وجود دعوى طلاق عروضه على القضاء هو شرط موضوعي لعقد جلسة الصلح بين الزوجين.

وعلى العموم فإنه يتم اللجوء إلى القضاء بطريق رفع الدعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختصة[2].

كما يستلزم الأمر أن تتوفر في هذه العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانوناً والواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح في أي دعوى موضوعها حل الرابطة الزوجية إلا بعد رفع الدعوى انعقاد الخصومة.

2 - أطراف جلسة الصلح:

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

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

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق،ص97

3- أنظر المواد (13) و(14)و (15) وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المذكور سابقا

3 – و جود العلاقة الزوجية:

إن محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما، فلا صلح في غياب هذه الرابطة،و بالرجوع إلى نص المادة (04) من الامر 02/05 2005 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة التي جاء فيها الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة التعاون و إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" ، فلا يمكن القول بمحاولة للصلح من غير وجود لعقد زواج قائم فعلاً بين زوج وزوجة.

وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح، وعقد الزواج الرسمي هو وسيلة و التي يمكن من خلالها إثبات الصفة في ذلك، لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد زواج قائم فعلاً من الناحية الشرعية على الأقل فلا يكون إلا بناء على عقد زواج صحيح ولازم[1]، ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن إجراء الصلح.

يرى فقهاء المذهب المالكي فيما يتعلق إجراء الصلح في الطلاق قبل البناء، أن بعث الحكمين يكون في الحالتين أي قبل الدخول وبعده لأن حصول الشقاق وعدم الوفاق بين الزوجين قد يحدث حتى قبل البناء، فجاء في مدونة الإمام مالك " :المرأة ممن لم يدخل بها يجري أمرها مع الحكمين مجرى المدخول بها "

والواقع أن المشرع الجزائري لم يوضح الأمر بشأن هذه المسألة فالأخذ بما ذهب إليه المالكية هو المنطق السليم لأن حدوث الخصام بين الزوجين قد يكون حتى قبل الدخول وهو أمر متصور ومحتمل جًد ا، ولهذا يصح إجراء الصلح من طرف القاضي متى رفع إليه النزاع، فالعبرة بوجود عقد الزواج في ملف الدعوى،وهو ما يكرسه قضاء المحكمة العليا .[2]

1– زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة النصوص القانونية والفقهية و الاجتهاد القضائي ،مذكرة لنيل الماجيستار في الحقوق،بن عكنون الجزائر 2006_2007.

2– ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي ": لكن حيث انه قد استقر اجتهاد غرفة شؤون ... ، فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح، وقد ثبت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حضر جلستي الصلح و تمسك بفك ال ا ربطة الزوجية القائمة بينه و بين الطاعنة، قبل البناء، لا استحالة إتمام م ا رسيم الزواج... ، وعليه فان هذا الوجه غير مؤسس و يتعين رفضه "أنظر 2014.:، غير منشور /05/ .المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، قرار رقم 0902780 ، مؤرخ في15 _04_2014 .

ثانيا: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح

لم يبين المشرع في قانون الأسرة إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة في ذلك[1] ، إلا أن المشرع تدارك ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بانعقاد إجراءات الصلح .

1 – الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد إجراءات الصلح:

تتمثل الشروط الشكلية في كل من ضرورة تحديد الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح(أ) وكذا كيفية تبليغ طرفي الصلح(ب)، بالإضافة إلى تحديد مدة الصلح(ج)، مع ضرورة تحديد بدء سريان هذه المدة(د),

أ– الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح:

يجب إجراء محاولات الصلح أمام المحكمة: تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة، وهو ما توضحه المادة (32) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية ": المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام.تفصل في جميع لقضايا لاسيما قضايا شؤون الأسرة".، وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذالك حسب المادة (423) من نفس القانون وحسب المادة (49) من قانون الأسرة التي تنص ":لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح.ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"...، فالمشرع يتكلم عن إجراء الصلح في بداية نظر النزاع عند عرضه على مستوى المحكمة أما المادة(49)على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح .

ب –ميعاد والمدة المحددة لإجراء الصلح

نصت المادتين (49) من قانون الأسرة، و (442)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولات الصلح ثلاث (03) أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق.

1– سعد عبد العزيز،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية دار هوما الجزائر ،2013 ، ص26

ولذلك فإنه يمكن القول أن المدة التي حددها المشرع لمحاولة الصلح ليست بالمدة الطويلة التي يطول معها أمد التقاضي، وليست بالمدة القصيرة التي تضيع معها فرص الصلح، خصوصً ا إذا علمنا أن بدأ سريانها من تاريخ تسجيل الدعوى بكتابة ضبط المحكمة، وبالنظر لما هو جار به العمل من الناحية العملية أ ن عرض الموضوع على القاضي بجدولة القضية يكون بعد عشرون يوما على الأقل، وشهر على الأكثر من ذلك، فإن لم يقم القاضي بمحاولة الصلح في هذه الفترة، فإن ما تبقى من المدة يكون معقولا جدا لإمكانية عقد جلسة بل جلسات للصلح، فيمكن معه استغراق مدة الثلاثة أشهر في عدة .محاولات للصلح[1] فيجب على القاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين عند عدم نجاح المحاولة الأولى إلا أن تنجح أو تستغرق مدة الثلاثة أشهر [2] ولا مانع من أن يمارس القاضي إجراءات محاولة الصلح بعد .تسجيل الدعوى مباشرة بكتابة ضبط المحكمة.[3]

ج- بدء سريان فترة الصلح واستدعاء الأطراف

إن المشرع الجزائري قيد القاضي بفترة ثلاثة أشهر لإجراء الصلح بموجب نص المادة (49) من قانون الأسرة ثم تلاها بالمادة (50) من نفس القانون، ولقد حاول الأستاذ بلحاج العربي الإجابة بقوله :إن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان قد نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة، نص المشرع من خلال نص المادة (440)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين ، وإن دأب العمل القضائي على تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح في جلسة التي يحضر فيها الطرفين بعد التكليف لحضور سواء بإعلامهما شخصيا أو بإعلام موكيلهما حسب الأمر الذي تسير عليه إجراءات الاستدعاء الذي كون بشكل شفهي من طرف القاضي في جلسة المحاكمة،لأن تبليغ العريضة يكون عن طريق التبليغ الرسمي وهو نفسه التبليغ الذي يعتمد عليه القاضي للتأكد من أن الزوجة أو الزوج أي المدعي عليه بلغ بأول جلسة، والتي يفترض أنها أول تاريخ لعقد جلسات الصلح.

1- عبد النور زيدان، مرجع سابق، ص108 .

2- عبد النور زيدان ،نفس المرجع ، ص109 .

3- سعد عبد العزيز، مرجع سابق، ص27

فمحاولة الصلح هي جميع الإجراءات التمهيدية و هذه الإجراءات تبدأ من يوم تحديد القاضي تاريخ الجلسة و استدعائه للأطرف.

2 – الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح:

خص المشرع الجزائري الصلح في قانون الأسرة بإجراءات شكلية متعلقة بسير إجراءات الصلح أهمها .

أ –ضرورة التأكد من هوية الطرفين:

إن المعمول به في ساحة القضاء ينادي على رقم القضية وكذا أطرافها ثم يدعوا الأطراف إلى إجراء محاولة صلح بعد رفع الجلسة العلنية، وذلك باستدعائهما إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط لحضور جلسة الصلح.

يقوم الكاتب بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات، أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح، و تجدر الإشارة إلى التأكيد على ضرورة التأكد من هوية الزوجين، من طرف القاضي و إن كان القانون لم ينص على ذلك فإنه من الأهمية بمكان، فلابد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم.[1]

ب–مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما:

خصّ المشرع في إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة بإجراءات متميزة عن الإجراءات المنصوص عليها في الكتاب الخامس المتعلق بالطرق البديلة لحل النزعات[2] ، حيث نجد المادة (440) ،تنص على أنه " :في التاريخ المحدد لإج ا رء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على إنفراد ثم معا."...

1- بوذريعات محمد،، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من اعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ،يومي 6،7ماي منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات ،عدد3الجزائر،2014،ص100.

2- حميش حسان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار .التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة 2010 .، ص1 .

ولعل الغرض من ذالك هو تفادي الضغط و الإكراه في الطلاق و حرية كشف وقائع من المتعذر الكشف عنها عند المواجهة .[1]

ج – سرية جلسة الصلح:

تنص المادة (07) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة". ، خلاف ا للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية، فإنه في دعاوى فك الرابطة الزوجية إن جلسة الصلح تتوافق مع التراث الجزائري 5 فجاء بنص المادة(439)

من نفس القانون وأكد على أن " محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية " فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين و القاضي وكاتبه.[2]

د–عدد محاولات الصلح:

لقد نصت المادة (49) من قانون الأسرة على أنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح"... ، يفهم من نص المادة أن القاضي ملزم بأن يعقد عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، على أن عدة محاولات معناها لا أقل من محاولتين أو ثلاث محاولات، من أجل إستغراق مدة الثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الدعوى حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الدعوى، فالمفروض أن القاضي لا يقل عن الأجل المنصوص و لا يزيد عليه .قصد إعطاء الزوجين فرصة للتراجع عن موقفهما و تجاوز الخلافات القائمة بينهم.

هـ–قواعد الحضور والغياب في جلسة محاولة الصلح:

نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الحضور و الغياب لأطراف جلسة الصلح حيث ينبغي تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح سواء عن طريق القاضي في الجلسة عند حضورهما أمامه أو عن طريق المحضر

1- حميش حسان ،المرجع نفسه، ص4 .

2- بوضياف عادل،الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية للاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية الجزء1،الطبعة 1،كليك لنشر ،الجزائر،2012، ص444

القضائي، وبعد تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح و تحديد تاريخها بوضوح يكون على الزوجين الحضور[1] ، غير أنه قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ المحدد لجلسة الصلح، ففي هذه الحالة نجد أن المشرع قد عالج حالات الغياب وميز بين حالة تغيب أحدهما أو كلاهما[2] ، فإن كان التغيب للضرورة الملحة لسبب مقنع و مشروع كأن يكون مريض مثلاً، فالقاضي في هذه الحالة يندب قاضي آخر لمساعدته وسماع الخصم المريض و هذا بموجب إنابة قضائية، لأن المشرع نص في المادة (441) على أنه ":إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي...ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية".

وفي حالة ما كان سبب التغيب لفترة قصيرة و حيث يستطيع المتغيب حضور الجلسة الثانية،فيمكن تأجيل القضية لجلسة الصلح إلى تاريخ لا حق، مدام ذلك ممكنا وذلك أفضل من إتباع إجراءات " إذا إستحال / الإنابة القضائية و تنفيذها مما قد تستغرق وقت أطول، وهو ما تقضي به المادة441 على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لا حق للجلسة."..

الفرع الثاني : آثار الصلح

يحاول القاضي التوفيق بين الزوجين، لكن وهذه المحاولة قد تنجح كما قد تفشل و تختلف آثارها على دعوى فك الرابطة الزوجية بين النجاح والفشل وهو ما سنتناوله في نقطتين .

الأولى أثر نجاح محاولات الصلح :

الجديد الذي جاء به المشرع، أنه يتعين علي القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقع من طرفه وكاتب الضبط والزوجين[3] ، فقد تضمنت المادة (49) المعدلة من قانون الأسرة سنة 2005 ، وكذا المواد (439) و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية جميع لإجراءات، التي يقوم بها القاضي أثناء وبعد إجراء الصلح، فيتبين من هاته المواد أن القاضي إذا نجح في مساعيه وأصلح بين الزوجين فإنه يأمر

1- بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 445 و446 .
2- بوضياف عادل ، المرجع نفسه ،ص 445 و446 .
3- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص346 .

الكاتب بتحرير محضر الصلح(أولا)، حيث يتضمن هذا المحضر البنود المتفق عليها من قبل الزوجين، وبذالك يعتبر سنَد ا تنفيذَى ا(ثانيا)، وبذالك يحكم القاضي بانقضاء دعوى الصلح (ثالثا)، حيث تمنح القوة التنفيذية للحكم تنفيذه بقوة القانون، لكن هذا التنفيذ قد يصطدم بمشكلات عديدة (ربعا)ويتميز محضر الصلح بعدم قبول الطعن فيه(خامسا)

1_ تحرير محضر الصلح ومضمونه:

لم يشترط القانون شكلا معينا لمحضر الصلح كما هو الحال بالنسبة للحكم القضائي، لكن اشترط ضرورة توقيع أطرف الصلح على المحضر، ويقتصر مضمون محضر الصلح على إثبات ما جرى و ما ، صرح به الطرفان، دون أن يشمل رأي القاضي أو يعلله لأنه لا يخضع لرقابة جهة قضائية أعلى .[1]

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

وأما عن مضمون محاضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي و بحضور الأطراف جميًع ا أو أحدهما،وتتفرع إلى أربعة محاضر وهي باختصار ، محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوج،و محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوجة،ومحضر صلح يتضمن التزامات متقابلة على عاتق الزوجين،محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط .

2 – اكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي:

وفقا لنص المادة (443) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يعد محضر الصلح سنًد ا تنفيذياً الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري / بالإضافة إلى نص المادة600) للسندات التنفيذية التي نصت على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي ،محاضر الصلح أو الاتفاق

1- بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص100 .

المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط، و هذا يعني أنه يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهره بالصيغة التنفيذية1 ، دون صدور حكم قضائي لأن الصلح سيد الأحكام كما يقال. [1]

3 – الحكم بانقضاء دعوى للصلح:

عند حصول الصلح بين الزوجين يحرر القاضي محضرا، حيث لا يجوز للقاضي الاستمرار في نظر الدعوى متجاهلا اتفاق الأطارف وتصالحهم، ذلك أن الصلح ينهي النزاع، و بالتالي لا يصبح للقاضي ولاية التصرف وتصبح دعوى الطلاق بغير موضوع لتصالح الزوجين وتراجعهما عن طلب فك عقد الزواج،. فلم يعد طلب الطلاق متمسك به وقد تم التراجع عنه، فيصبح القاضي في هذه الحالة غير مخيَّر في إثبات الصلح الحاصل بين الزوجين و الإشهاد لهما بذلك، فلا يقف عند هذا الحد بل يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكدا لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه، وليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها ولا بالتنازل عنها، و إنما بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح طبق ا لما تنص عليه المادة (220من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على ما يلي... " :تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح."...

4- تنفيذ محضر الصلح:

و يتمثل التنفيذ بصورة عامة في إخراج الفكرة من مجال التصوير إلى مجال التحقق العملي و التنفيذ في المجال القضائي مظهر من مظاهر الحماية القضائية في مرحلتها النهائية، إذ تتيح للمستفيد من السند التنفيذي أن يجني ثماره، ويكون التنفيذ عموما اختياري أو إجباري. حيث يتمثل التنفيذ الاختياري في مجال الصلح الأسري في قيام أحد الزوجين أو كلاهما بتنفيذ مقتضيات محضر الصلح، حيث يعد هذا الأخير قابلاً للتنفيذ بدون إكراه أو ضغط طواعية كون أن الأصل في التنفيذ يرجع إلى إرادة الأطراف.

1- حميش حسان ، مرجع سابق، ص. 7

ويختلف التنفيذ الاختياري عن الجبري كون هذا الأخير ينفذ جبراً على الملزم به، فإذا كان التنفيذ الاختياري للسند لا يثير أي إشكال، فإن التنفيذ الجبري يتطلب أن يكون السند تنفيذيا وان يكون محتوى وطبيعة الالتزام من الأمور القابلة للتنفيذ، أي بمعنى أن محضر الصلح يتضمن التزامات قابلة للتنفيذ الجبري، وهو ما يعبر عنه قابلية العمل التصالحي للتنفيذ الجبري، وتتمثل شروط قابلية العمل التصالحي للتنفيذ في شرطين هما، ضرورة أن تكون طبيعة الالتزامات الملقاة على عاتق أحد الزوجين أو كلاهما في مواجهة بعضهما البعض من الأمور القابلة للتنفيذ و أن يكون السند ممهور بالصيغة التنفيذية.

5- الطعن في محضر الصلح:

قد ترد بعض الأمور ضمن وقائع العريضة الافتتاحية لدعوى أو حتى في المذكرة الجوابية، ربما الزوج لم يقصدها حيث قد ترد خطأ، و بالتالي الحقيقة تظهر من خلال جلسة الصلح و القاضي بصدد مراقبة للمناقشات و تصريحات الأطراف، حيث يجب أن يتضمن محضر الصلح اتفاق الطرفين وكذا ذكر الأسباب التي قد بنى عليها الحكم بالطلاق، بالإضافة إلى تسبيب الحكم، وبالتالي لما يضمن القاضي محضر الصلح أو عدم الصلح كل لأمور و النقاط لا سيما النفقة حتى لا يكون فيما بعد استئناف على تخفيضها فيكون ذكرها في المحضر إ لزاما على عاتق الزوج فيحول الأمر دون استئنافه، لأنه قطعي فيقضى بتأيد الحكم.

ويكون محضر الصلح حجة على الزوج، اذا قام الزوج باستئناف قصد تخفيض مبلغ النفقة،لأنه في هذه لحالة يجد نفسه وقع على مضمون محضر الصلح، فيما يخص الشق المادي ،مما يقع حائلاً وفي وجهه عند الطعن هذا من جهة، ومن جهة أخرى كون محضر الصلح لا يقبل أصلا الاستئناف.

ثانيا: أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين:

قد لا يوفق القاضي في مساعيه للصلح بين الطرفين طول المدة المقررة لذلك، فليس في وسعه سوى تحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح، ونتائج محاولاته، يوقعه مع كاتب الضبط والزوجين، ثم يتم التطرق بعد ذالك إلى موضوع الدعوى .ودور القاضي في سير الدعوى، إذا كانت دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة .[1]

1- تحرير محضر عدم الصلح ومضمونه:

يلتزم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح والإشارة إليه في الحكم القضائي، قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية ،أما عن مضمون محضر عدم الصلح والذي يأخذ أحد الشكلين، إما محضر عدم الصلح لتمسك أحد الزوجين بفك ال ا ربطة الزوجية، وهذا النوع من المحاضر نجده في جميع صور فك الرابطة الزوجية ما عدا الطلاق بالت ا رضي، ويرجع ذلك إلى أن أحد أط ا رفه يتمسك بطلبه المتمثل في فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق بالإرادة لمنفردة للزوج،

2_ دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى:

قرر المشرع أنه في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي في حالة عدم تصالح الزوجين أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، فإنه يتم التطرق إلى موضوع الدعوى و يشرع في مناقشة الموضوع، وهذا لأن كل الإجراءات المتعلقة بالصلح هي إجراءات سابقة عن الخوض في موضوع النزاع[2]، و عندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقاً للإجراءات العادية، و يكون الحكم ابتدائي نهائي فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائي فيما يخص الجوانب المادية له.

وفي هذا الإطار يعتمد القاضي على محاولات الصلح التي أجرها سابَق ا وفشل في إصلاح ذات البين من خلال ملابسات النزاع بين الزوجين وأسبابه الحقيقية، حيث يستطيع القاضي تكوين صورة مبدئية عن النزاع،

1- بوذريعات محمد، مرجع سابق، ص 92.

2- بوضياف عادل، مرجع سابق ، ص 447 و448 .

يضاف لها ما قد استنبطه وما ثبت له من حقائق عندما عرض الصلح على الزوجين أثناء محاولة الصلح، وبذلك يستطيع الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية وفق الطلب المقدم للمحكمة بموجب العريضة الافتتاحية، حيث يجب عليه أن يستخلص من تلك الجلسات من يتحمل المسؤولية في فك الرابطة الزوجية حتى لا يكون حكمه معيبا[1].

1- بوضياف عادل، مرجع سابق ، ص 449.

الخاتمـــة :

مـن خـلال دراسـتنا لموضـوع الطـلاق بـالارادة المنفـردة بـين الشـريعة والقـانون ، دراسـة مقارنـة ،يمكننـا استخلاص بعض النتائج ،والتي سنلخصها في شكل نقاط

اولا: يعد الطلاق بالارادة المنفردة ، صورة من صور فك الرابطة الزوجية، حيث يعتبر حقا أصيلا للزوج يوقعه بإرادته المنفردة ، وقد نص عليه الشارع الحكيم وأقره قانون الأسرة الجزائري، هذه الإرادة لم تترك مطلقة بل قُيدت بضوابط ونصوص معينة، لكي لا يسئ الزوج استعمال حقه في الطلاق.

ثانيا :يعتبر الصلح في قضايا شؤون الاسرة وخاصة في الطلاق بالارادة المنفردة ،طريق بديل لحل النزاعات.

ثالثا: تهدف محاولات الصلح إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة أثناء فترة عدة الطلاق الرجعي، ولا يهدف إلى إقناع الزوج بالعدول عن الطلاق.

رابعا:الأصل العام أن الزوج يوقع الطلاق بإرادته المفردة طبقا لنص المادة (**48**) من قانون الأسرة ويلجأ إلى رفع الدعوى القضائية لإثباته طبقا لنص المادة(**49**) من نفس القانون، فتكون مدة حساب عدة الطلاق الرجعي موافقة لتاريخ رفع الدعوى الذي يوافق أيضا بداية مدة إجراء محاولات الصلح من طرف قاضي شؤون الأسرة. أما إيقاع الطلاق بتاريخ سابق على رفع الدعوى لا يشكل إلا استثناءا، والاستثناء شاذ لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه.

خامسا :إ ن الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى الطلاق بإرداة الزوج المتفردة هو الإتجاه الذي يعتبر حكم الطلاق بالإرادة المنفردة حكم كاشف لواقعة الطلاق وما رفع الدعوى إلا لتقريره من اجل ضمان ا لحقوق ومنعا للتناكر الذي قد يحصل.

سادسا: الصلح الوارد في المادة(**49**) من قانون الأسرة، يخص الطلاق بالإرادة المنفردة، ولا يمت بأي صلة لدعاوى التطليق و الطلاق بالتراضي و الخلع،و أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام إجرائية تضبط الصلح في شؤون الأسرة، فإجراء الصلح فيها يجعل القاضي لا يستند لنص المادة (**49**) من قانون الأسرة، و انما يعتمد على الأحكام التي جاءت بها المواد(**439**)و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبناءا على ما سبق يبقى الاشكال التالي قائما ،هل كثرة الطلاق بالارادة المنفردة للزوج سببه فشل محاولات الصلح التي يجريها القاضي ؟ وختاما لهذا البحث هذه بعض من الاقتراحات نتوج بها بحثنا

اولا:استحداث آلية قانونية وقضائية للحد من ظاهرة الطلاق.

ثانيا:تفعيل الصلح القضائي ليصبح حلا لمحاربة ظاهرة الطلاق وليس إجراء قانوني.

ثالثا :إحداث قاضي صلح تسند إليه مهمة الإصلاح بين الزوجين، دون غيرها من المهام والاختصاصات الموكلة لقضاة الموضوع،

رابعا:العمل على إصدار دليل عملي خاص بالصلح في قضايا الأسرة ليكون مرجًعا موحدا لقضاة الصلح.

القرآن الكريم:

أولا :كتب التفسير

1. _السيد قطب ،في ظلال القرءان ، الطبعة 1،دار الشروق للنشر والطباعة ،مصر ، 2011.

2. _محمد بن علي الشوكاني ، فتح القدير الجامع بين فن الرواية والدراية ،الطبعة الاولى،دار ابن كثير،لبنان ،1993

3. _محمد رشيد رضا، تفسير المنار، الهيئة العامة المصرية للكتاب،مصر،1990.

4. -محمد ابن امين الشنقيطي،اضواء البيان في تفسير القرءان بالقرءان ،دار الفكر،لبنان ،1995.

5. _ابن جرير الطبري ،تفسير جامع البيان ، دار الفكر،لبنان،1984.

ثانيا:كتب الحديث وشراحه

6. _ سنن ابو داود_اعداد وتعليق عزت عبد الدعاس سيد،الطبعة 1،دار الحديث،1979.

7. _ مالك في الموطأ، باب الأقضية، دار الحديث،لبنان.

8. _ مختصر السنن لأبي داود ،من اعداد وتعليق عزت عبد الدعاس سيد ،الطبعة 1 دار الحديث سورية،1979

9. _ابن قيم الجوزية ،زاد الميعاد ،الطبعة 3،دار الرسالة ،مصر،1958،

10. _الامام احمد ،ترتيب مسند احمد ابن حنبل مع شرحه بلوغ الاماني من اسرار الفتح الرباني ،دارالشهاب ،القاهرة.

11. _الامام الذهبي ،، سيرأعلام النبلاء،دار الرسالة، لبنان ،1984.

12. _الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري ، ، المطبعة المصرية، لبنان، سنة 1243،

13. _الترميذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير، تحقيق و شرح أحمد محمد شاكر، دار الكتاب . العلمية، لبنان، دون سنة،

14. _الحافظ محمد ابن عبد الله المعروف بالحاكم في المستدرك على الصحيحين ،دار الكتاب العربي ،لبنان

15. _صحيح البخاري ،دار ابن كثير ،بيروت،1987 .

16. _صحيح مسلم ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ،دار احياء التراث العربي ،بيروت

17. -ابي بكرمحمد ابن الحسين ابن علي البيهقي ، في السنن الكبرى ،الطبعة 1،دار المعرفة ،لبنان،1353هـ .

ثالثا: الكتب الفقهية

18. _ نصر سليمان ، أ.سعاد سطحي ، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الهدى ،2003 .

19. _ ابن قدامة المقدسي المغني ،الطبعة 1،عالم كتب ،الرياض،1986.

20. _ عبد الرحمان بن أبي زهرة ، الأحوال الشخصية ،الطبعة 3،دار الفكر العربي ،مصر،1957 .

21. _ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة 2004 .

22. _ أحمد محمد المومني ،الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع ، طبعة الأولى، دار الميسرة للنشـر و التـوزيع و الطباعة ،البحرين،2009

23. _ الإمام شرف الدين النووي ، شرح المهذب, طبعة 2007, دار الكتب العلمية، لبنان ,بدون سنة النشر .

24. _عبد الرحمان شيخي زاده،مجمع الأنهر في شرح ملتقى الابحر ،دار احياء التراث العربي ،مصر

25. _ بدران أبو العنين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة ، دار النهضة .لبنان،1957

26. _ حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، ، الجزء الثالث ،دار الفكر للنشر ،لبنان،1979.

27. _ عبد الرحمان الجزيري ،كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2003

28. _ عبد القادر بن حرز الله ،الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ،الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر2007.

29. _ عدوى أبو بكر ، العلوم الشرعية : جميع الشعب ، دار الهدى للطباعة و النشر ، الجزائر،2000

30. _ محمد على ابن احمد ابن سعيد ابن حزم ، مكتبة الجمهورية العربية ،مصر ،1970.

31. _ محمد علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار ،دار الكتب العلمية، لبنان .

32. _ محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة ، دراسة ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية، 1977 م.

33. _ نور الدين عتر ، أبغض الحلال إلى الله ، مؤسسة الرسالة 1405 الموافق ل 1985م.

34. _ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين ،الطبعة1،دار الكتب العلمية ، لبنان ،1998.

35. _أحمد الدردير،الشرح الصغير على أقرب مسالك إلى مذهب الإمام مالك ، دار المعارف القاهرة.

36. _أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب ، الدار الجامعية للنشر 1417 هـ الموافق ل 1998

37. _الإمام بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع، المطبعة الجمالية . بدون مكان النشر،1908،

38. _الأمام للشافعي، كتاب الام ،الطبعة 2،دار الفكر للطباعة والنشر،لبنان،1983 .

39. _الأنسوي ،التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ، مؤسسة الرسالة،مصر.

40. _المقدسي ابن قدامة، موفق الدين محمد عبد الله بن احمد بن محمد المغني ، كتاب الصلح، دار الكتاب العربي، دون بلد النشر ، 1983

41. _زكريا الانصاري ، حاشية الجمل ،دار الفكر لبنان،1996.

42. _محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، الدار الجامعية بيروت 1983 .

43. _مدونة الفقه المالكي وأدلته،الامام الغرياني ،الطبعة 2 ،دار الغرب الاسلامي ، لبنان، 1994

44. _مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني، دار المعرفة ، بيروت لبنانن الطبعة 1 ، 1418هـ ، 1997 م (10/2).

45. _وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، 2002.

رابعا :الكتب القانونية

46. _ أ.نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، دار الهدى ،الجزائر 2006

47. _ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004 .

48. _ حسن علي السمني ، الوجيز في الأحوال الشخصية ،بدون طبعة ، دار الخلدونية ،الجزائر

49. _ طاهري حسين،الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الأولى ، دار الخلدونية الجزائر 2009

50. _أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر بدون تاريخ نشر

51. _الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دور المحكمة في الصلح و التوفيق بين الخصوم ،دراسة تأصيلية ، و تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،بدون سنة نشر.

52. _الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.

53. _الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.

54. _بوضياف عادل،الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية للاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية ،الطبعة 1،كليك للنشر ،الجزائر،2012

55. _تشوار الجيلالي، حق الزوجة في الطلاق ،قانون الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق أبو بكر بلقايد الجزائر ،2010 .

56. _تقية عبد الفتاح، قضايا شؤون الاسرة،من منظور الفقه والتشريع والقضاء ،منشورات تالة_الجزائر 2011.

57. _زودة عمر، الإجراءات المدنية و الإدارية في ضوء آراء الفقهاء و أحكام القضاء، انسيكلوبيديا لنشر ، الجزائر ، 2014.

58. _سعد عبد العزيز،إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الاسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية دار هومة الجزائر ،2013 .

59. _عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار إحياء التراث العربي، لبنان،بدون سنة طبع،.

60. _فتحي الدريني، النظريات الفقهية ،الطبعة 1،دار الهدى، الجزائر،بدون سنة النشر

61. _مبروك المصري ،الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ،2010

62. _بن شويخ رشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة بالجزائر، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد الجزائر، العدد 12 ،2011.

خامسا : كتب اللغة

63. _ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري باللغة العربية و الفرنسية، قصر الكتاب الجزائر، دون سنة النشر .

64. _الطاهر حداد ،كتاب المنطق ، دار الهدى عين مليلة، الجزائر .

سادسا:المداخلات

65. _بوذريعات محمد،، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، من اعمال الملتقى الدولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات ،يومي 6،7ماي منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات عدد 3 الجزائر 2014.

66. _حميش حسان، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد، مداخلة ألقيت في إطار .التكوين المحلي المستمر الخاص بالقضاة، مجلس قضاء ورقلة 2010 .

سابعا :المذكرات و الاطروحات الجامعية

67. _ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة و في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، جامعة أبو بكر بلقايد الجزائر ،2014/2013.

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

69. _ مطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي و آثاره على الأحكام القضائية،لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة الجزائر.

70. _بن حليمة يمينة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة- دراسة مقا رنة- ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، السنة الجامعية2011 / 2012

71. _زودة عمر ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون الجزائر ، السنة الجامعية 2001/2000.

72. _زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق دراسة النصوص القانونية والفقهية و الاجتهاد القضائي ،مذكرة لنيل الماجيستار في الحقوق،بن عكنون الجزائر 2007_2006.

73. _عيدوني عبد الحميد في ابرام عقد الزواج و انهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013 .

ثامنا :النصوص القانونية

74. _ قانون الاجراءات المدنية والادارية ،قانون رقم08_09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 2008

75. _القانون المدني الجزائري ، الصادر تحت رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق 26 ديسمـر سنة 1975 م المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

76. _القانون رقم 84 – 11المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق 04 مايو 2005 المتضمن الموافقة على الأمر05-02 المؤرخ في 1426 الموافق 27 فبراير 2005.

تاسعا : القرارات القضائية

77. _مجلة الإجتهاد القضائي ، الجزائر،عدد خاص 2001.

عنوان المذكرة: الطلاق بالإرادة المنفردة بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة)	
الاهداء	
الشكر	
المقدمة	أ–د
الفصل الأول : ماهية الطلاق	
المبحث الأول : ماهية الطلاق ودليل مشروعيته	**07**
المطلب الأول : تعريف الطلاق	**07**
الفرع الأول : تعريف الطلاق لغة واصطلاحا	**07**
الفرع الثاني : تعريف الطلاق شرعا	**08**
الفرع الثالث :تعريف الطلاق قانونا	**10**
المطلب الثاني : دليل مشروعيته والحكمة منه	**11**
الفرع الأول : مشروعية الطلاق وصفته الشرعية	**11**
الفرع الثاني : الحكمة من تشريع الطلاق	**14**
الفرع الثالث : الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل	**15**
المبحث الثاني : موقف الشريعة والقانون من الطلاق بالإرادة المنفردة	**19**
المطلب الأول :موقف الشريعة من الطلاق بالإرادة المنفردة	**19**
الفرع الأول :من يوقع الطلاق في الشريعة الإسلامية	**19**
الفرع الثاني : من يقع طلاقه من الأزواج في الشريعة الإسلامية	**22**
المطلب الثاني : موقف القانون الجزائري من الطلاق بالإرادة المنفردة	**28**
الفرع الأول : موقف القانون الجزائري من ركن المطلق وشروطه	**28**
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للحكم الصادر بالإرادة المنفردة للزوج	**29**
الفصل الثاني : الصلح كإجراء جوهري في الطلاق بالإرادة المنفردة	
المبحث الأول : أحكام الصلح	**37**
المطلب الأول : ماهية الصلح و دليل مشروعيته	**37**
الفرع الأول : تعريف الصلح	**37**
الفرع الثاني : دليل مشروعيته	**38**
المطلب الثاني :أركان وشروط الصلح بين الشريعة و القانون.	**42**
الفرع الأول : أركان و شروط الصلح في الشريعة.	**42**

الفرع الثاني : أركان و شروط الصلح في القانون	**47**
المبحث الثاني : إجراءات الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة	**52**
المطلب الأول : موقف الشريعة والقانون من الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة	**52**
الفرع الأول : موقف الشريعة من الصلح	**52**
الفرع الثاني : موقف القانون من الصلح	**56**
المطلب الثاني : إجراءات وآثار الصلح	**59**
الفرع الأول : الإجراءات الشكلية والموضوعية	**59**
الفرع الثاني :أثار الصلح	**66**
الخـــاتمة	**73**
قائمة المصادر و المراجع	**76**
الفهرس	**84**