طبيعة الصلح ودور القاضي
في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية

أ/ نوي عبد النور
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة خميس مليانة

مقدمة:

لقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالقواعد الموضوعية اهتماما بالغا على حساب القواعد الإجرائية، بل إنهم لم يميزوا بين ما هو موضوعي وما هو إجرائي، على عكس فقهاء القانون والمشرعين الذين أولوا هذه الأخيرة عناية فائقة لا تقل شأنا عن العناية بالقواعد الموضوعية، وهذا الاهتمام - ضعفا وشدة - لا يعيبه فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتبار أن هذه القواعد ترتبط ارتباطا وثيقا بالمجتمع، فكلما كان هذا الأخير بسيطا كانت الحاجة إلى القواعد الإجرائية قليلة، ولعل هذه البساطة هي التي طبعت المجتمع الإسلامي في بداياته مقارنة بما وصلت إليه المجتمعات اليوم من تطور وتشعب سبل الحياة، وبالتالي ضرورة إيجاد قواعد إجرائية تساير هذا التطور والتشعب.

والمجتمع الجزائري على خصوصيته لم يشذ عن هذه القاعدة، فهو مجتمع قد تأثر كغيره بالتطورات التي مرت بها كافة المجتمعات بما يتمخض عن ذلك من طرح مسائل قانونية جديدة تستلزم تدخل المشرع، فعمد هذا الأخير إلى تقرير قوانين تتضمن المعالجة الموضوعية لها على غرار القانون المدني والتجاري والإداري والجنائي وغيرها، ومن ثم سن قوانين أخرى تتولى التنظيم الإجرائي لذات المسائل مثل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقانون الإجراءات الجزائية.

وعن المسائل المتعلقة بالأسرة فقد تجاذبتها القواعد الموضوعية الواردة في قانون الأسرة والذي استوحى المشرع نصوصه من أحكام الشريعة الإسلامية على تعدد مذاهبها واختلاف فقهائها، وكذا القواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبين هذه وتلك يثور التساؤل حول تلاؤم هذه القواعد وتناغمها خاصة في المجال العملي والحال أن القاضي هو الذي يضطلع بتطبيقها، ومن ثم فإن تعارض هذه الأخيرة أو غموضها يصعب

مهمته ويدفعه إلى استجلاء نوايا المشرع عن طريق ولوج باب التفسير بما يحتمله ذلك من الوقوع في الخطإ.

ويعد الصلح في قضايا الطلاق أنموذجا للقواعد الإجرائية التي يمكن الحديث عنها في هذا المجال، حيث نص عليه المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة ضمن المواد المنظمة للطلاق والواردة في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج، وتناوله ضمن المواد من 439 إلى 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفرع المعنون بالصلح من القسم الثالث المتعلق بإجراءات الطلاق، وبشأنه نطرح الإشكال التالي:

إلى أي مدى تتلاءم الأحكام الإجرائية الخاصة بالصلح وتطبيقاتها القضائية مع الأحكام الموضوعية التي تضمنها قانون الأسرة والمستوحاة من أحكام الشريعة الإسلامية؟

وارتأينا أن نتناول دراسة هذه الإشكالية وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الصلح:

المطلب الأول: مفهومه ودليل مشروعيته

المطلب الثاني: إجراءاته

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للصلح:

المطلب الأول: الطابع الصلحي للجلسة

المطلب الثاني: مدى اعتبار الصلح رجعة أو عقدا جديدا

المبحث الأول: ماهية الصلح:

للوصول إلى ضبط ماهية الصلح نتطرق إلى ضبط مفهومه عن طريق الولوج إلى تعريفه لغة وشرعا وقانونا ثم التطرق إلى القواعد التي تحكم إجراءات سيره.

المطلب الأول: مفهوم الصلح ودليل مشروعيته:

لم يعرّف المشرع الجزائري الصلح لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية واكتفى فقط بالنص على إلزاميته قبل الفصل في دعاوى الطلاق وبين إجراءاته، وعلى هذا

نستأنس بالتعريفات اللغوية وما قدمه الفقه الشرعي والقانوني في هذا المجال، فعن التعريف اللغوي جاء في مادة ص.ل.ح. صلح الصلح ضد القضاء، أصلحه ضد أفسده. وإليه: أحسن.[1]

والصلح صلاحا وصلوحا وصلاحية أزال عنه الفساد وصالحة، صلاحا ومصالحة وافقه خلاف خاصمه والصلح السلم.[2]

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرّفوه بأنه "عقد بين متخاصمين يتوصل به إلى حل الخلاف بينهما" [3]، كما عرّفوه على أنه عقد يُنهي الخصومة بين المتخاصمين"[4]، وعرّفوه كذلك على أنه "معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين" [5]، كما عرّفوه كذلك على أنه "عقد يرفع النزاع بالتراضي" [6].

ما يمكن استخلاصه من جملة هذه التعاريف هو الطبيعة العقدية للصلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى ذلك فهم يحددون أطرافه ويسمى كل واحد منهما مصالحا، وتتم بينهما صيغة العقد عن طريق الإيجاب والقبول بكل لفظ ينبئ عن المصالحة، ويكون محل العقد هو الحقوق المتنازع فيها وتسمى مصالحا عنه، ويسمى ما يؤديه أحدهما للآخر قطعا للنزاع بدل الصلح [7]، وإذا كان الصلح بحضور القاضي فعليه أن يحرص عليه إذا لم يتبين له الحق أو إذا كان بين المتخاصمين قرابة فقد كتب عمر- رضي الله عنه- إلى معاوية "أن احرص على الصلح بين الناس ما لم يستبن لك القضاء"، كما قال: "ردوا الخصوم إذا كانت بينهم قرابة فإن فصل القضاء يورث بينهم الشنآن".[8]

---

[1] أنظر: الأستاذ طه أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، الجزء الثاني، مصر، عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، دون سنة نشر ص839.

[2] أنظر فؤاد إفرام البستاني، منجد الطلاب، لبنان، منشورات المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الثالثة، 1956، ص410.

[3] أنظر: أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثامنة، 1976 ص347.

[4] أنظر: السيد سابق، فقه السنة، الجزء3، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981، ص305.

[5] أنظر د.محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه عمر ابن الخطاب، لبنان، دار النفائس، الطبعة الرابعة، 1989، ص 593.

[6] د. محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه الحسن البصري، لبنان، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1980، ص 746

[7] أنظر: السيد سابق، مرجع سابق، ص305، 306.

[8] أنظر: موسوعة فقه عمر، مرجع سابق، ص 727

والصلح حسب فقهاء الشريعة ثلاثة أنواع:

- صلح بين المسلمين وأهل الحرب[1].

- صلح بين متخاصمين على مال[2].

- صلح بين متخاصمين على غير مال، كالصلح بين الزوجين وغيرهما عندما يقع بينهما الخلاف على غير المال ويتصالحا[3].

هذا، ويستمد فقهاء الشريعة الإسلامية مشروعية الصلح من القرآن والسنة والإجماع.

فمن القرآن توجد عدة آيات تحدثت عن الصلح نورد منها ما يلي:

قوله تعالى: ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُواْ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَهُمَاۖ ﴾[4].

وقولـــه: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾[5]

ومن السنة قوله ﷺ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما"[6]

ومن الأثر ما جاء عن سيدنا عمر رضي الله عنه عند تأكيده على الحديث السابق في رسالته إلى أبي موسى الأشعري وقوله كذلك: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن"[7]

ومن الإجماع فقد اتفق فقهاء المسلمين على مشروعية الصلح بين الخصوم من أجل أن يحل الوفاق محل الشقاق ولكي يقضي على البغضاء بين المتنازعين[8].

---

[1] أنظر: موسوعة فقه عمر، مرجع سابق، ص 593.

[2] أنظر: أبو بكر جابر الجزائري منهاج المسلم، مرجع سابق، ص347

[3] أنظر: موسوعة فقه عمر، مرجع سابق، ص 593

[4] سورة الحجرات الآية 09

[5] سورة النساء الآية 34.

[6] السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص305

[7] أنظر السيد سابق، المرجع السابق، ص 305

[8] أنظر السيد سابق، مرجع سابق، ص 305

وحكم الصلح أنه جائز[1] لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾.

هذا عن تعريف الصلح لغة وشرعا، أما بالنسبة إلى شرّاح قانون الأسرة الجزائري فلم يتصدوا لتعريفه إلا نادرا، ومن ذلك نذكر التعريف الذي أورده الأستاذ عمر زردة والذي جاء فيه: "أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج عن التراجع عن طلبه الطلاق".

ونعيب على هذا التعريف أنه قصر الصلح على حالة الطلاق بإرادة الزوج في حين إن نص المادة 49 من قانون الأسرة جاء عاما مما يفهم معه أن الصلح يتوجب في جميع حالات الطلاق بما فيها الطلاق بإرادة الزوج، وعلى ذلك نميل إلى تعريف الصلح بأنه: "إجراء قضائي وجوبي يستهدف من ورائه القاضي إقناع الزوجين أو أحد منهما بالتراجع عن الطلاق والتوصل إلى اتفاق بينهما" ونرى أن مزايا هذا التعريف هي:

1- التأكيد على إلزامية الصلح كإجراء قضائي يتعين على القاضي القيام به قبل الفصل في دعوى الطلاق وهذا ما يؤكد عليه نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- أنه يجعل الصلح من مهام القاضي الذي يشرف عليه شخصيا، وهذا يميزه عن التحكيم الذي يتم إسناده إلى أشخاص آخرين.

3- أنه يؤكد على أن عمل القاضي في الصلح لا يعدو عن كونه مجرد محاولة وبالتالي فهو ملزم ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة. وهذا ما يؤكده نص المادة 3/443 من قانون الأسرة.

4- أن هذا التعريف يجعل الصلح يستغرق جميع قضايا الطلاق بما فيها حالة الطلاق بإرادة الزوج المتفردة.

هذا وتبدو أهمية الصلح في مثل هذه القضايا في الحفاظ على التماسك الأسري وتبعا لها الحفاظ على استقرار المجتمع، ولعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يحسم الطبيعة الوجوبية والإلزامية للصلح في نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر سنة 2008، بعدما كان الأمر محل خلاف بين الدارسين وكذا الاجتهاد القضائي بخصوص هذه المسألة بين من كان يرى وجوب إجرائه قبل الفصل في دعاوى الطلاق وبين من كان لا يوجب إجراءه

[1] أبو بكر الجزائري، مرجع سابق، ص347

خصوصا إذا تعلق الأمر بحالات الطلاق العرفي[1] وهو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة أو يكون باتفاق الزوجين خارج أروقة المحاكم.

حيث نصت على ما يلي: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، وعلى هذا يتوجب على القاضي بالنسبة إلى دعاوى الطلاق وقبل الفصل في الموضوع، عقد جلسة أو عدة جلسات صلح، وهذا أمر يتعلق بالنظام العام كون أن الإلزامية جاء النص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي تتعلق أحكامه عموما بالنظام العام، وعلى ذلك فإن إغفال هذا الإجراء من شأنه تعريض الحكم للنقض.

المطلب الثاني: إجراءاته:

لانعقاد جلسة الصلح لا بد من أن تكون هناك دعوى طلاق مرفوعة أمام المحكمة، لتبدأ إجراءات الصلح التي بينها المشرع في المواد من 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي:

1-تحديد تاريخ الجلسة: عادة ما يقوم القاضي بتحديد تاريخها في أول جلسة يعقدها للنظر في القضية، بل وقبل أن يتسلم العريضة الجوابية من طرف المدعى عليه في الدعوى، وحسن فعل القضاة بذلك لأن الصلح قبل تبادل العرائض يكون أحسن، فهذه الأخيرة عادة ما تتضمن ما يوقع في نفوس الزوجين الضغائن والعداوة، وعلى كل حال يجب أن لا يتجاوز تاريخ تحديد الجلسة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

2-تبليغ الزوجين بتاريخ الجلسة: من الناحية العملية يتم إعلام الزوجين بالتاريخ لدى حضورهما لأول جلسة للنظر في دعوى الطلاق من طرف القاضي شفاهة، وعادة ما يطلب منهما الانتظار إلى غاية رفع تلك الجلسة ليقوم باستقبالهما فيما بعد بغية عقد جلسة الصلح أو تحديد تاريخ لاحق بذلك.

---

[1] أنظر بشأن اختلاف الاجتهاد القضائي: - قرار المحكمة العليا غ.أ.ش الصادر في 1991/6/18 قضية رقم 75141- المجلة القضائية العدد1 لسنة 1993، ص65إلى 67. أنظر كذلك قرار المحكمة العليا غ.أ.ش الصادر في 1996/07/09 قضية رقم 138949، المجلة القضائية عدد 2 سنة 1996 ص77. أنظر كذلك قرار المحكمة غ.أ.ش الصادر في 1998/07/21 قضية رقم 200198، مجلة نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد56، ص41/40. أنظر كذلك قرار المحكمة العليا غ.أ.ش الصادر في 1999/02/16 قضية رقم 216850 المجلة القضائية العدد خاص سنة 2001 ص100.

3-عقد جلسة الصلح: وتعقد في التاريخ المحدد لها، ويجب أن تكون سرية، وهنا نكون أمام احتمالين:

أ- حالة حضور الأطراف: يتولى القاضي الاستماع إلى كل زوج على انفراد في مكتبه، ثم الاستماع إليهما معا، دون أن يمنع ذلك من إشراك أحد أفراد العائلة في هذه الجلسة بناء على طلب أحد الزوجين، ويحاول القاضي خلال الجلسة إصلاح ذات البين، وهو ملزم بذلك قانونا[1]، وعليه أن يبذل في كل مرة مزيدا من الجهد مع تكرار الجلسات[2]، ويمارس دوره الإصلاحي عن طريق طرح المبادرة التي يمكن أن تؤدي إلى تهدئة النفوس، وأن يثبت حسن نية طرف ما في العودة إلى مواصلة الحياة الزوجية أو بإلزام الطرف المخل بالتزاماته بالقيام بما يلزم من واجبات خاصة تلك التي كانت سببا في تعكير صفو الحياة الزوجية[3]، وقد تسفر هذه الجلسة عن إحدى النتيجتين:

- **تحقق الصلح:** إذا نجح القاضي في ذلك يثبت الصلح في محضر يحرر في الحال من أمين الضبط تحت أشرافه، ويوقع من قبلهما والزوجين، ويودع لدى أمانة الضبط، ويعد هذا المحضر بمثابة سند تنفيذي تطبيقا لنص المادة 3/343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكمه بانقضاء الخصومة والدعوى بالصلح.

- **عدم تحقق الصلح:** إذا أخفق القاضي في مهمته أمكن له منح الزوجين مهلة تفكير أخرى في محاولة صلح جديدة أو تعيين حكمين لمحاولة الصلح خارج الجلسة، فإن نجحا في ذلك أثبت الصلح في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وإذا لم ينجحا أو اعترض عملهما إشكالات أطلعا القاضي بذلك الذي يجوز له إنهاء مهامهما إذا تبدت له صعوبة تنفيذها، ويعيد القضية إلى الجلسة وفي هذه الحالة يفصل القاضي في دعوى الطلاق المرفوعة أمامه.

ب- حالة عدم حضور الأطراف: إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا كان التخلف عن الحضور بدون عذر يحرر القاضي محضرا بذلك ويشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

---

[1] أنظر: أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني، مصر، مطابع شتات، طبعة 2011، ص165.

[2] أنظر: أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مصر، دار الكتب القانونية، طبعة 2008، ص58

[3] أنظر: سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار الهدى، طبعة2011، ص613

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للصلح:

تتضارب آراء شرّاح القانون الجزائري بخصوص الطبيعة القانونية لجلسة الصلح بين من يحتفظ لها بالطابع الصلحي فقط، وبين من يزيد على هذا الطابع فيكفيها تارة رجعة وتارة أخرى عقد زواج جديد.

المطلب الأول: الطابع الصلحي لجلسة الصلح:

يقصد بالطابع الصلحي لجلسة الصلح بقاء هذه الأخيرة في الإطار المنوط بها أصلا والمتعلق بالتوفيق بين الزوجين طالما لم تنفك الرابطة الزوجية، وعلى ضوء الإجراءات السالف ذكرها فالمقصود هنا هو الفترة الممتدة ما بين رفع دعوى الطلاق والفصل فيها على أساس أنها الفترة التي تعقد فيها جلسة الصلح بقصد تلاقي الحكم بالطلاق، وهو بالفعل ما يتناسب حسب رأينا مع ما رمى إليه المشرع من وراء سنه نص المادة 49 من قانون الأسرة عندما قضى بعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي، وعدم اعترافه بالتالي بالطلاق الذي يتم خارج دائرة المحكمة سواء كان بإرادة الزوج المنفردة أم بالتراضي، متبنيا في ذلك الرأي الذي ذهب إليه البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية، وبعض الصحابة والتابعين، وعلى رأسهم أمير المؤمنين علي بن أبي طالب وعمران بن حصين رضي الله عنهما والإمام محمد الباقر والإمام جعفر الصادق، وكذلك عطاء وابن جريج وابن سرين[1] وابن حزم الظاهري وابن تيمية وابن القيم رحمهم الله[2]، حيث يرى هؤلاء ضرورة الإشهاد بالبينة على الطلاق، واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: "فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم"[3]، وهذا خلافا لرأي جمهور الفقهاء الذين يعترفون بالطلاق العرفي الذي يتم من غير إشهاد على أساس أن الطلاق هو حق للرجل يستعمله في أي وقت شاء وأن التعبير عنه لا يجب أن يقترن بشهادة الشهود.[4]

ووجه المقاربة بين رأي بعض الفقه في هذه المسألة وما ذهب إليه المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة أن القاضي عند فصله في دعوى الطلاق وكاتب الضبط يلعبان دور شاهدي العدل، وهذا لا يمس بالقواعد الموضوعية التي قررتها الشريعة الإسلامية في الطلاق، فإذا كان الإشهاد على الطلاق مقررا بنص الآية الكريمة فإن تنظيمه وتحديد الجهة التي تقوم به

---

[1] انظر: السيد سابق، الجزء 2، المرجع السابق، ص220

[2] أنظر: عمر زردة، المرجع السابق، ص32

[3] سورة الطلاق الآية 2

[4] أنظر: السيد سابق، الجزء2، المرجع السابق، ص220

يعد من المسائل المرسلة التي يحق لولي الأمر أن يتدخل بتنظيمها وتقييمها دون أن يؤثر ذلك على حق الزوج في إيقاعه[1]، وهو ما قصده المشرع في مستهل نص المادة 48 من قانون الأسرة بعبارة "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، وبالعودة إلى جلسة الصلح نجد أن إسقاط هذا الرأي يتوافق مع الطابع الصلحي لها بحيث يقوم القاضي بإجرائها قبل إصدار الحكم بالطلاق، وتبقى على ذلك محافظة على الأصل فيها، والقول بغير هذا قد يخرجها من هذا الطابع.

وجدير بالذكر أن تفسير نية المشرّع على هذا النحو يعالج مختلف الظواهر السلبية التي انتشرت في الجزائر بخصوص الطلاق والمتمثلة في ارتفاع نسبه نتيجة إيقاعه لأتفه الأسباب وتعريض الأسرة ومن خلالها المجتمع للتفكك والانحلال، فاعتماد هذا التفسير من شأنه التضييق من مجال إيقاع الطلاق، كونه أبغض الحلال.

المطلب الثاني: مدى اعتبار الصلحة رجعة أو عقدا جديدا:

تنص المادة 50 من قانون الأسرة على ما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد".

بتحليل عبارات النص نجد أن المشرع الجزائري قد اعتبر جلسة الصلح مراجعة لا تحتاج إلى عقد جديد، والمراجعة هي الرجعة والتي تعرف على أنها إعادة الزوجة المطلقة طلاقا بائنا للعصمة بلا تجديد عقد، أو هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقهما[2]، والمشرع الجزائري في هذا النص يكون قد تراجع عن موقفه الذي تبناه في نص المادة 49 بجعل الطلاق لا يثبت إلا بصدور حكم يقضي بذلك، واعترف بالطلاق العرفي الذي يقع خارج المحكمة واعتبر عقد جلسة الصلح أثناء عدة الزوجة مراجعة لا تحتاج إلى عقد جديد من جهة، ومن جهة أخرى يكون قد غير من طبيعة الصلح واعتبره رجعة بما يحتمله هذا التكييف من وجود مرادفات الطلاق والعدة والرجعة أثناء العدة.

ووقوع المشرّع في هذا التناقض والاضطراب يلقي بظلاله على عمل القاضي على اعتبار أن هذا الأخير ووفقا لهذا التفسير قد يعتبر الصلح رجعة وعليه بالتالي التأكد ما إذا كان تاريخ جلسة الصلح واقع خلال فترة العدة وهذه الحالة لا تثير إشكالا، إلا أن الإشكال يقع في حالة

---

[1] أنظر: عمر زردة، المرجع السابق، ص32،ص 33

[2] أنظر: الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، لبنان مؤسسة المعارف، الطبعة الأولى، 2002، ص87

رفع الدعوى أمام القضاء بعد انقضاء عدة المطلقة عرفيا واستطاعة القاضي التوصل إلى الصلح بين المتخاصمين، ففي هذه الحالة وبناء على هذا الرأي عليه أن يعتبر ذلك الصلح عقدا جديدا، وبالتالي يتأكد من توافر أركانه وشروطه، إلا أنه وفي هذه الحالة سيصطدم كذلك بما قرره المشرّع في نص المادة 50 عندما أقر وجوب إبرام هذا العقد في حالة كان الحكم بالطلاق قد صدر، وهو ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة، فيجد القاضي بالتالي نفسه في موقف حرج لأنه سيضطر إلى إبرام عقد جديد خلال الصلح بالرغم من عدم وجود حكم يقضي بالطلاق، ويكون عمله بهذا وإن خالف نص المادة 50 إلا أنه وافق الحكم الشرعي في ذلك بشأن وجوب إبرام عقد جديد في حالة أراد الزوجان الرجوع بعد انقضاء عدة الطلاق العرفي، كما يطرح هذا النص إشكالا بخصوص قضايا الطلاق المتعلقة بالمرأة الحامل ذلك أن نص المادة 60 من قانون الأسرة يقضي بأن عدة هذه الأخيرة في طلاق هي وضع حملها وأقصاها 10 أشهر، والسؤال كيف يستطيع القاضي أن يلائم بين نص هذه المادة ونص المادة 50 من نفس القانون والمادة 343 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك أنها تحدد أقصى مدة الصلح بثلاثة أشهر، وبالتالي يجد القاضي نفسه أمام احتمالين:

❖**الاحتمال الأول:** أن يكون الصلح خلال مدة الحمل، معنى ذلك أنه تم خلال العدة، وفي هذه الحالة يعد رجعة.

❖ **الاحتمال الثاني:** أن يكون الصلح بعد وضع الحمل معنى ذلك أنه تم بعد انتهاء العدة، وبالتالي يحتاج إلى عقد جديد بالرغم من أنه لا يوجد حكم طلاق صادر من المحكمة كما قضت بذلك المادة 50 من قانون الأسرة، وعلى القاضي هنا التأكد من توافر أركان الزواج خلال الصلح ليتلاءم ومقتضيات الشرع.

غير أن الأمر يبقى مفتوحا على احتمال آخر يتعلق بعدم نجاح جلسة الصلح وصدور حكم يثبت الطلاق وكانت الحامل لا تزال في عدتها فسيرورة جلسة الصلح بهذه الطريقة تطبيقا لنص المادة 50 من قانون الأسرة تحرم الزوجين من الرجعة وتلزمهما بإبرام عقد جديد في حين إنه من الناحية الشرعية هما غير ملزمين بذلك طالما أن العدة لم تنته.

وهذه الإشكالات هي التي دفعت شرّاح القانون الجزائري[1] إلى اقتراح تعديل نص المادة 50 على النحو التالي: "من راجع زوجته أثناء الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء

[1] أنظر: د.رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008، ص 148

العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة" وهذا حتى ينسجم النص القانوني مع مقتضيات الأحكام الشرعية.

ونرى أن تفسير نية المشرع وفقا لما هو منصوص عليه في نص المادة 49 باشتراط إيقاع الطلاق أمام المحكمة وعدم اعترافه بالطلاق العرفي من شأنه أن يجنبنا جميع هذه المشاكل العملية، وهذا سبب إضافي يضاف إلى جملة الأسباب السالفة الذكر والتي تدعونا إلى تبني هذا الطرح، وفي هذا السياق نقترح تعديل نص المادة 50 بالطريقة التي تقضي على دلالات التناقض بينها وبين نصي المادتين 48 و49 من نفس القانون وبالشكل الذي يبقي جلسة الصلح في الطابع الصلحي لها الذي يتلاءم مع جدواها، ونقترح أن يكون التعديل بطرح عبارة "محاولة الصلح " من نص المادة بحيث تصبح على النحو التالي: "من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق خلال فترة العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد انقضاء العدة يحتاج إلى عقد جديد"، وهذا التعديل يخرج النص من تنظيم الصلح إلى تنظيم الطلاق والرجوع.

الخاتمة:

وفي الختام نقول إن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما اشترط عقد جلسة الصلح قبل الفصل في القضايا الرامية إلى الطلاق وفك الرابطة الزوجية، ذلك أنه حقق بهذا الاشتراط مقصدين على قدر من الأهمية، فمن جانب يكون قد نحا منحى فقهاء الشريعة الإسلامية في تبني هذا الاتجاه وهو ما يؤكد مرة أخرى تأثر قانون الأسرة بهذه الشريعة السمحة، ومن جانب آخر يكون قد قرر الأداة والوسيلة التي يمكن بها تضييق مجال حالات الطلاق، خصوصا وأن المجتمع الجزائري يعاني من ارتفاع نسبه، غير أن المشرع قد وقع في تناقض هدد اتساق نصوص هذا القانون، عندما اعتبر الصلح تارة صلحا وتارة أخرى رجعة أو عقدا جديدا، ويكون بذلك قد خرج عن الأسس الشرعية التي تبقي جلسة الصلح في هذا الإطار، وعرض عمل القضاء إلى عدة مشاكل عملية.

ويبقى اعتماد تفسير نية المشرع بعدم الاعتراف بالطلاق العرفي استنادا إلى نص المادة 49 الحل الملائم والأنسب إذا ما أخذنا بعين الاعتبار التعديل المقترح لنص المادة 50، ذلك أنه يقضي على التناقض بين نصوص قانون الأسرة، ويضيق من نسب حالات الطلاق دون أن يكون في ذلك مساس بأحكام الشريعة الإسلامية التي أيد جملة من فقهائها هذا الرأي، وإن كان الإفتاء في الجزائر والدول العربية يميل إلى اعتناق الرأي الذي يقول بوقوع الطلاق العرفي بدون إشهاد.

قائمة المراجع:

القران الكريم:

1- الكتب:

- أ.طه أحمد الزاوي، ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة، الجزء الثاني، مصر، عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.

- فؤاد إفرام البستاني، منجد الطلاب، لبنان، منشورات المطبعة الكاثوليكية، الطبعة الثالثة، 1956.

- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثامنة، 1976.

- السيد سابق، فقه السنة، الجزء3، لبنان، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981.

- د.محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه عمر ابن الخطاب، لبنان، دار النفائس، الطبعة الرابعة، 1989.

- د. محمد رواس قلعه جي، موسوعة فقه الحسن البصري، لبنان، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1980.

- د.الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008.

- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، لبنان مؤسسة المعارف، الطبعة الأولى، 2002.

- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار الهدى طبعة2011.

- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة البحريني، مصر، مطابع شتات، طبعة 2011.

- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون التونسي، مصر، دار الكتب القانونية، طبعة 2008.

2- المجلات:

- المجلة القضائية العدد1 لسنة 1993.

- المجلة القضائية عدد 2 سنة 1996.

- مجلة نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية العدد56.

- المجلة القضائية العدد الخاص سنة 2001.

3- القوانين:

- قانون الأسرة.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية.