

سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع (دراسة مقارنة)

The authority of the judge in making conciliation in repediation lawsuit(a comparative study)

بعاكية كمال (*)

تحت إشراف : الأستاذة الدكتورة. حبار أمال (*)

تاريخ إرسال المقال: 2019 /04 /10 تاريخ قبول المقال: 2019/07/13

الملخص:

إن الخلع هو عبارة عن عقد معاوضة ،لهذا فانه يشترط فيه التراضي رغم أن هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط رضا الزوج بالخلع ورغم أنهم اتفقوا على أن اشتراط الرضا يكون في البذل ،كما إن المشرع الجزائري ألزم القاضي بمخالعة الزوجة من زوجها بمجرد طلبها للخلع ،وذلك حسب نص المادة 54 من قانون رقم84-11 المؤرخ في 09رمضان عام 1404هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 فالقاضي مقيد بهذه المادة ،رغم وجود المادة 49 من نفس القانون التي تلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح ،التي يعتبرها بعض القضاة إجراء جوهرى والبعض الآخر أنها إجراء غير جوهرى،كما أن إجراء الصلح في الطلاق يختلف عن إجراء الصلح في الخلع ،ذلك أن إجراء الصلح في طلاق محدد بمدة وهي ثلاثة أشهر، وذلك تماشيا مع عدة المرأة ،أما مدة إجراء الصلح في الخلع حددها المشرع

(*) بعاكية كمال، طالب دكتوراه السنة الثالثة، جامعة وهران 1 (احمد بن بله) كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، البريد الإلكتروني: kamelbaakia@gmail.com

(*) الأستاذة الدكتورة. حبار أمال، جامعة وهران 1 احمد بن بله كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، البريد الإلكتروني: amalgemeaux@gmail.com

بثلاثة أشهر أيضا، ولكن لا علاقة لها بفترة العدة إذ أن الزوج لم يطلق زوجته فعلى المشرع الجزائري أن يمدد من مدة إجراء الصلح في الخلع ، متبعا في بحثي هذا دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية.

الكلمات المفتاحية: سلطة القاضي - الخلع - فقهاء الشريعة الإسلامية- قانونا-إجراء الصلح -المشرع الجزائري - المشرع العربي .

Summary :

repediation « Khula » is a set-off contract, that is why mutual consent is conditioned. Although discrepancy among Islamic jurists and experts to set the agreement of the husband with the repediation, they agree on mutual consent as a condition in the exchange. Besides, the Algerian legislator requires the judge to repediate the wife of her husband just by asking for repediation 'Khula'. This is according to the article 54 of the Algerian family code number 05-02. The judge is bound by this article. In spite of the article 49 of the same code that restrict the judge to make and try conciliation which is considered by some judges vital measure, others don't. Moreover conciliation in divorce differs from conciliation in repediation. Making conciliation in divorce limited by a period of time of three months and this is according to the waiting period of the woman, the period prescribed by Islamic law for a woman during which she may not remarry after being widowed or divorced. However the period of conciliation in repediation is determined by legislator by three months too, but this has no relation with the prescribed waiting period as the husband has not divorced his wife. Therefore the Algerian legislator should prolong the period of making conciliation in repediation. Including in my research a comparison with some Arabic legislations

Keywords: Jurisdictional power - Khula - Islamic jurisprudence - law -make reconciliation - Algerian legislator - Arabian legislator

المقدمة:

الحمد لله الهادي إلى الرشاد والصلاة والسلام على من أوصى بالرفق في العباد وعلى آله وصحبه أهل الحق والسداد وبعد، إن من آيات الله تعالى ونعمه علينا أن خلق لنا من أنفسنا أزولجا لتسكن إليها أنفسنا ، لهذا فقد أقر الله تعالى الزواج و جعله من سننه الكونية وذلك لاستمرار البشرية، إلا أنه في بعض الأحيان تذهب السكينة بين الزوجين فتستحيل الحياة بينهما ، لذلك شرع الله تعالى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وجعله أبغض الحلال إليه وذلك حتى لا يستعمل إلا للضرورة التي يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية ، كما جعل أيضا الخلع بيد الزوجة تستعمله متى رأت أنها تبغض هذا الزوج وتخشى على نفسها من أن لا تقيم حدود الله ، فتلجأ إلى القاضي لتختلع من زوجها ، إلا أن القاضي ملزم بإجراء

الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بالخلع أو الطلاق وذلك بنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي سيأتي بيانها لاحقا ، كما تنص أيضا هذه المادة على مدة إجراء الصلح والتي لا تتجاوز ثلاثة أشهر وذلك تماشيا مع مدة عدة الزوجة المطلقة وهي على الأكثر ثلاثة أشهر، وذلك تقاديا لإرجاع الزوجة إلى زوجها بعد انتهاء مدة عدتها ، خاصة إذا تلفظ الزوج بالطلاق قبل الوصول إلى المحكمة، لكن الإشكال الذي يطرح هو : هل أحكام المادة 49 من قانون الأسرة تجري على الخلع أم لا بد من استحداث مادة أخرى تبين كيفية إجراء الصلح بين الزوجين، على اعتبار أن الخلع يختلف عن الطلاق الذي يصدره الزوج والتطليق الذي يصدره القاضي إذا كان بناء على طلب من الزوجة، لأن الطلاق إذا تلفظ به الزوج في البيت يعتبر طلقة رجعية ما لم يكن ثالثا وقبول الزوج للخلع من زوجته يعتبر طلقة بائنة، فهل يمكن إجراء الصلح بين الزوج وزوجته تراضيا على الخلع في البيت ثم رفعا أمرهما إلى القاضي ليثبت ذلك ؟ وهل مدة الصلح في الطلاق هي نفس المدة التي يخضع لها الخلع؟ وما حكم إهمال القاضي لإجراء الصلح ؟ لهذا سأطرق في بحثي إلى دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية للإجابة عن هذه الإشكالات، متبعا في ذلك الخطة التالية:

المبحث الأول :ماهية الخلع والصلح

المطلب الأول :تعريف الخلع

الفرع الأول : تعريف الخلع لغة

الفرع الثاني :تعريف الخلع فقها

الفرع الثالث :تعرف الخلع قانونا

المطلب الثاني:حكم الخلع

الفرع الأول :حكم الخلع بسبب

الفرع الثاني :حكم الخلع بغير سبب

المطلب الثالث :تعريف الصلح

الفرع الأول: تعريف الصلح لغة

الفرع الثاني :تعريف الصلح فقها

الفرع الثالث :قانونا

المطلب الرابع : مشروعية الصلح

الفرع الأول : من القرآن

الفرع الثاني :من السنة

الفرع الثالث : من الإجماع

المبحث الثاني :سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع

المطلب الأول: في التشريع الجزائري

الفرع الأول :قبل صدور قانون الأسرة 84-11

الفرع الثاني : بعد صدور قانون الأسرة 84-11

الاجتهاد الذي يرى إن الصلح إجراء جوهري

الاجتهاد الذي يرى إن الصلح ليس إجراء جوهري

المطلب الثاني : في بعض التشريعات العربية

الفرع الأول :في التشريع المصري

الفرع الثاني :في التشريع المغربي

الفرع الثالث: في التشريع الإماراتي

الفرع الرابع: في التشريع الكويتي

المطلب الثالث :اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع الجزائري

الفرع الأول: الاجتهاد الذي يرى بطلان الحكم

الفرع الثاني :الاجتهاد الذي يرى عدم بطلان الحكم

المطلب الرابع :اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح عند المشرع المصري

الخاتمة.

المبحث الأول :ماهية الخلع والصلح

لمعرفة ماهية الخلع والصلح لابد لنا التعرض إلى تعريف الخلع في المطلب الأول ثم التطرق إلى حكم الخلع في المطلب الثاني ،ثم إلى تعريف الصلح في المطلب الثالث ثم إلى دليل مشروعية الصلح في المطلب الرابع، متناولا ذلك في الفقه الإسلامي ثم في قانون الأسرة الجزائري و مقارنا ببعض التشريعات العربية.

المطلب الأول: تعريف الخلع

لتعريف الخلع لا بد لنا أن نتطرق إلى تعريف الخلع لغة وفقها مقارنة ذلك بمذاهب الفقهاء الشريعة الإسلامية، مع ذكر التعريف القانوني عند المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية .

الفرع الأول :

تعريف الخلع لغة :من خلع نعله ،وقائده، وخلق عليه خلعة ،وخلق الولي عزله¹، ومنه أطلق على خلع الزوجة وذلك بطلب فراقه بعوض كي تتخلع منه.

الفرع الثاني :

تعريف الخلع فقها:لقد اختلفت تعريفات الفقهاء للخلع حسب نظرهم لطبيعة الخلع ،لكن كلهم يتفقون في أن الخلع لا بد له من عوض . وهذه بعض تعاريفهم:

1-المالكية :فقد عرفه ابن عرفة "بأنه عقد معاوضة على البضع،تملك به الزوجة نفسها ،ويملك به الزوج العوض"² من خلال هذا التعريف يتضح أن الخلع لا بد فيه من التراضي لأن ابن عرفة عرفه على أساس انه عقد والعقد لا بد فيه من التراضي، والتراضي قد يكون حول وقوع الخلع، وقد يكون التراضي فيه على البذل .

2-الحنفية :الخلع عند الحنفية هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه اليه ليتخلى عنها³ فقد جعل الحنفية في تعريفهم أن شرط الخلع أن تكون المرأة كارهة للزوج ولا بد فيه من مال تدفعه للزوج.

3-الحنابلة : هو فراق الزوجة بعوض، بلفظ مخصوص¹ فقد الحنابلة أن الخلع لا بد أن يكون بلفظ مخصوص وعوض .

¹ المجند في اللغة والإعلام -طبعة جديدة ومنقحة -دار المشرق بيروت-الطبعة الثانية والأربعون ص192
² الحبيب بن طاهر -الفقه الإسلامي وأدلته الجزء 04 -بيروت لبنان الطبعة الثانية 1426هـ 2005م ص08.
³ الشيخ أبي الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر ألتقوي الحنفي البغدادي -مختصر قدوري في الفقه الحنفي -تحقيق و تعليق الشيخ كامل محمد محمد عويضة -منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية -بيروت لبنان الطبعة الأولى

4-الشافعية: الخلع عندهم هو فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج²

5-الظاهرية: قد الظاهرية الخلع على أن افتداء المرأة زوجها، مخافة ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفها حقه، فلها أن تقتدي منه و يطلقها إن رضي هو، و إلا لم يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما³ فقد اشترط الظاهرية في تعريفهم للخلع مجموعة من الشروط، أولها أن تكون الزوجة كارهة له، ثانيها الخوف من ألا توفيه حقه أو أن يبغضها ثم تقدم له العوض مع توفر شرط رضا الزوج و الزوجة .

الفرع الثالث : تعريف الخلع في قانونا :

1-في قانون الأسرة الجزائري: لم يعرف المشرع الخلع في قانون رقم84-11 المؤرخ في 09رمضان عام 1404هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 واكتفى بذكر أنه رخصة تستعملها الزوجة، لكن بالرجوع إلى اجتهاد المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1980/02/25 قرار تحت رقم 21305 "الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبولها"⁴ ما يلاحظ على هذا الاجتهاد القضائي أنه لم يتعرض إلى رضا الزوج، أو أن الخلع هو عقد بل اكتفى بذكر العوض .

2-عند المشرع الكويتي : لقد عرف المشرع الكويتي الخلع في المادة 111 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المباشرة أو ما

¹ عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصي النجدي الحنبلي -حاشية الروض المربع شرح زاد المستتفع- المجلد السادس الطبعة الأولى بدون سنة طبع ولا مكتبة ص459

² الشيخ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني -دراسة وتحقيق و تعليق الشيخ علي محمد عوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود -قدم له و قرض له الأستاذ الدكتور محمد بكر -الإقناع حل ألفاظ ابي شجاع الجزء الثاني -منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الثالثة 2004-1425ص284

³ الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي -تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البندري -المطلى بالآثار - الجزء 9 منشورات علي بيضون دار الكتب العلمية بيروت لبنان طبعة 1 1425/2003 ص511

⁴ نشرة الفضاة 1980، العدد1 ص79

في معناه¹ من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع الكويتي جعل الخلع طلاق، ولكنه يختلف عن الطلاق الذي يصدره الزوج بأنه طلاق نظير عوض، كما أنه جعل التراضي على العوض و ليس أصل الخلع. فكان على المشرع الجزائري أن يكون أكثر وضوحا و يعرف الخلع في قانون الأسرة الجزائري بدل من ترك القضاة يتيهون في خلافات .

تعريف المختار : هو عقد إزالة ملك النكاح بين الزوجين .

-قلت هو عقد أقصد أن التراضي فيه يكون على البذل و ليس أصل الخلع .

و قلت بعوض أقصد إذا انعدم العوض لا يقع الخلع، إلا إذا كان بلفظ الطلاق فيقع رجعيا.

المطلب الثاني: حكم الخلع

الأصل في الخلع جائز ولم يخالفهم في ذلك إلا المزني فانه لم يجزه رغم أن أية الخلع منسوخة بقوله تعالى و إن أردتم استبدال زوج مكان الزوج ...²

وهذه بعض أقوال جمهور الفقهاء في جواز الخلع .

جاء في الحاوي الكبير "جواز الخلع لقوله تعالى (لا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا) البقرة الآية 229، وهذا خطاب للأزواج حذر الله تعالى عليهم أن يأخذوا من أزواجهم ما أتوهم من صدق بغير طيب أنفسهم، ثم قال (إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله)"³

¹ قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61-لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2008 -إصدار وزارة العدل الطبعة الأولى 2001 و إجراءات دعوى النسب و تصحيح الأسماء

² المعنى لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي - 541هـ-620هـ دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع - الرياض السعودية -الطبعة الأولى 1406هـ- 1986هـ -الطبعة الثانية 1412هـ-1992هـ-الطبعة الثالثة 1417هـ-1997م، ج 10 ص268

³ أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري -الحاوي الكبير في مذهب الإمام الشافعي و هو شرح مختصر المزني تحقيق و تعليق الشيخ محمد المعوض -الشيخ عادل أحمد الموجور -قدمه و قرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل - الأستاذ الدكتور عبد الفتاح أبو سنة دار الكتب العلمية بيروت لبنان الطبعة الأولى 1994/1414 جزء 10 ص03

كما جاء أيضا في التوضيح شرح مختصر لابن الحاجب "ونقل عن اللخمي و غيره و مالك جواز الخلع و عن ابن يونس قال مالك : ولم أرل أسمع إجازة الفدية بأكثر الصداق "¹ من خلال هذا القول جائز عند الإمام مالك . كما ورد أيضا في كشاف القناع " إذا كرهته لنقص دينه أو لكبره أو لضعفه أو نحو ذلك و خافت إنما لتركه فيباح لها أن تخالعه على عوض تقتدي به نفسها منه "² من خلال هذه الأقوال يتضح أن الخلع مباح في أصله، لكن اختلف الفقهاء في مسألة ما هي الحالة التي يجوز فيها الخلع لهذا ارتأيت أن أبين كل حالة على حدا :

الفرع الأول: الخلع بسبب

إذا كان الخلع بسبب فانه يختلف حكمه حسب السبب الذي يقع به .فقد يكون مباحا إذا كرهت المرأة زوجها و خافت أن لا توفيه حقوقه فتكون عاصية لأمر الله تعالى³، ودليل ذلك قوله تعالى "ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به "⁴، و يكون واجبا إذا علمت الزوجة أن زوجها طلقها ثلاثا و لا دليل لها على ذلك و هو ينكر و يأبى طلاقها، ففي هذه الحالة يجب عليها أن تقتدي نفسها منه⁵ وقد يكون حراما إذا عضل الزوج زوجته وضارها قاصدا أن تقتدي منه⁶ كما قد يكون مكروها إذا طلبت الخلع في حالة الوفاق أي من غير سبب¹.

¹ شيخ خليل ابن إسحاق المالكي -التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك -تحقيق محمد عثمان دار الكتب العلمية بيروت لبنان بدون سنة طبع الجزء 4 ص 04

² الشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي -كشاف القناع عن متن الإقناع عالم الكتب بيروت سنة الطبع 1983/1403 جزء 5 ص 212

³ تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي طبعة جديدة ومنقحة ومرتبطة دار ابن حزم مكتبة دار الريان الجزائر طبعة أولى 2002/1423 المجلد الأول 441

⁴ سورة البقرة الآية 229

⁵ أحمد بخيت الغزالي -أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي ،دار الفكر الجامعي الإسكندرية -طبعة 1 ص 357

⁶ لمغني، تأليف الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المتوفى سنة 630هـ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى المتوفى سنة 334هـ، ويليهِ الشرح الكبير على متن المقنع، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمان بن ابي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة 682هـ - دار الكتاب العربي بدون سنة الطبع ولا بلد الطبع ج5،صفحة 272 /توضيح شرح مختصر ابن الحاجب- تأليف

الفرع الثاني: الخلع بغير سبب

وهي الحالة التي يكون فيها الزوجان متوافقان وليس بينهما أي شقاق ولا خصومة.

-ذهب جمهور العلماء إلى جواز الخلع في هذه الحالة مستدلين على ذلك بقوله تعالى "فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"². فالآية عامة تشمل حالة الشقاق والوفاق، ثم استدلوا بما انه يجوز لها أن تبذل مهرها بدون مقابل فمن باب أولى أن تبذله في مقابل أن تصير مالكة لنفسها، كما استدلوا أيضا بأنه عقد رضائي جعل لدفع الضرر فيصح من غير ضرر كالإقالة في البيع .

-ذهب داوود والزهري وابن سيرين³ و أننخي إلى عدم جواز الخلع إلا في حالة وقوع الشقاق بينهما واستدلوا بقوله تعالى "فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به"⁴، وبما روي عن الربيع بنت معوذ "أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها"⁵ وبما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال "ابغض الحلال إلى الله الطلاق"⁶.

-الرد على القول الثاني: جاء في الرد المختار على الدر المختار "بأنه ذكر الخوف في الآية جرى مجرى الغالب، فلا لا مفهوم له، وإن سلمنا أن له مفهوم فغاية ما يستفاد منه هو النهي عن الخلع في حالة الوفاق، وهو لا ينافي المشروعية كالبيع وقت صلاة الجمعة، فيفيد النهي الكراهة لما فيه من قطع

الشيخ خليل ابن إسحاق -المتوفى سنة 772هـ -تحقيق محمد عثمان -دار الكتب العلمية -بيروت - سنة الطبع 2011 بلد الطبع لبنان - الطبعة الأولى ص14 /اللمع في الفقه المالكي- أبي إسحاق التلمساني المتوفى سنة 699هـ -تحقيق شريف المرسي -دار الأفاق العربية الطبعة الأولى القاهرة -2011، ص235-حاشية الروض المربع جمع عبد الرحمان بن محمد بن القاسم العاصمي النجدي الحنبلي -1312هـ-1392هـ- الطبعة الأولى -1399هـ- الجزء السادس صفحة 462

¹ حاشية الروض المربع الجزء السادس صفحة 461 نفس المرجع- المعنى شرح مختصر أخرقي ص 270 نفس المرجع.

² سورة النساء الآية4

³ المعنى شرح مختصر أخرقي ص 268 نفس المرجع

⁴ سورة البقرة الآية 229

⁵ نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ،تأليف محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،حقيقه وعلق عليه أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد -دار ابن القيم -دار ابن عفان الطبعة الأولى 1426هـ-2005م، كتاب الخلع رقم الحديث 2869المجلد 8 ص 211.

⁶ نفس المرجع السابق، كتاب الطلاق رقم الحديث 2835المجلد 8 ص 151

الوصيلة بلا سبب، وعلى هذا يحمل الحديث الأخير، و أما ما روي في امرأة ثابت، فأجبت عنه بأنها لم تشكك لذلك بل لسبب آخر، وهو البغض وقبح الخلقة، كما ورد في حديث آخر وإن كانت شكته ذلك فهي واقعة حال، فلا يقاس عليها¹.

كما استدل أبو قلابة وابن سرين على عدم جوازه إلا في حالة وقوع الزنا من الزوجة لقوله تعالى "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة"². وفسر الفاحشة بالزنا فقال في هذه الآية حرم على الزوج مضارعتها لأخذ بعض الصداق إلا أن يظهر منها على زنا، فإنه يجوز له في هذه الحالة أخذ الفدية منها كما هو مفهوم من الاستثناء³، فهذه الآية يفهم منها تحريم المضارة قصد الخلع، فهذا لا يعني انه يستفاد منها التحريم.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتكلم عن الخلع بسبب أو بغير سبب مكتفيا بذلك بطلب الزوجة الخلع وذلك في المادة 54 من قانون قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005⁴ على عكس المشرع المصري الذي اشترط لقبول دعوى الخلع أن تبرر ذلك، وهذا حسب المادة 20 من قانون 1 لسنة 2000⁵.

والذي أرجحه والله اعلم وأعلى انه مباح لقوة أدلة الفريق الأول، ثم انه لما طلبت الخلع بدون سبب فهي طالبة للفرقة فطلبها هذا يعتبر سبب لأنه لا يمكن لعاقل أن يقبل هذا، أن المرأة تطلب الخلع وهي تعيش

¹ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار -لخاتمة المحققين محمد أمين المشهور بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف -دراسة وتحقيق وتعليق الشيخ عادل احمد عبد الموجود -الشيخ على محمد معوض - قدمه وقرضه الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل -كلية الدراسات -جامعة الأزهر -دار عالم الكتب الرياض -السعودية - طبعة خاصة 1423هـ-2003م ج 5 ص 94.

² سورة النساء الآية 19

³ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ص94 ج05 نفس المرجع.

⁴ المادة 54 (الامر 02-05) " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي .

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ."

⁵ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الالكتروني:

في سعادة ورفاهية ثم إنها تريد أن تفارق هذه النعمة بنقمة الفراق، إلا إذا كانت مجنونة والمجنون رفع عنه القلم ولا تخالغ نفسها .

المطلب الثالث : ماهية الصلح

لمعرفة ماهية الصلح لابد لنا أن نتطرق إلى تعريف الصلح لغة و فقها ثم في قوانين الوضعية .

الفرع الأول : تعريف الصلح لغة: من فعل صلح يصلح صلوحا وأصلح الشيء بعد فساده، أقامه وأصلح الدابة أي أحسن إليها فصلحت¹.

الفرع الثاني : تعريف الصلح فقها: لقد عرف فقهاء المذاهب الأربعة الصلح بتعاريف مختلفة و لكنهم يتفقون في أن الصلح هو عقد يرفع النزاعات بين المتخاصمين .

فقد عرف الحنفية الصلح في كتاب الاختيار لتعليل المختار بأنه" عقد يرتفع به التشاجر و التنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد...."² كما عرفه ابن العابدين لغة "اسم من مصالحة وشرعا عقد يرفع النزاع"³. أما الشافعية فقد جاء في كتاب الروض "الصلح لغة قطع نزاع و شرعا عقد يحصل به ذلك"⁴. كما جاء أيضا في المغنى و الشرح الكبير لابن قدامى المقدسي للحنابلة " الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين"⁵. أما المالكية عرفه ابن عرفة على انه " هو انتقال الحق أو الدعوى لرفع

¹ المجدد في اللغة والإعلام -طبعة جديدة ومنقحة -دار المشرق بيروت-الطبعة الثانية والأربعون ص781
² الاختيار لتعليل المختار، تأليف عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم الشيخ محمود أبو دقيقة - دار الكتب العلمية - بيروت لبنان - بدون سنة الطبع المعرفة لبنان ج 3 ص5.
³ رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار- محمد أمين الشهير بابن العابدين دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض طبعة خاصة 2003/1423 ج8 ص405 .
⁴ الروض النظير الجامع بين تحفة الطلاب والتيسير في فقه الإمام الشافعي - تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لشيخ الإسلام زكريا بن محمد الأنصاري المتوفى سنة 962هـ - التيسير بنظم التحرير لشرف الدين يحيى بن موسى العمريني المتوفى سنة 989هـ تأليف قاسم بن محمد النووي - دار البشائر الإسلامية -الطبعة الأولى 1425هـ-2004م ص 379 .
⁵ المغنى، تأليف الإمام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المتوفى سنة 630هـ على مختصر الإمام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى المتوفى سنة 334هـ، ويليه الشرح الكبير على متن

النزاع أو خوف وقوعه¹. إذن ما يلاحظ على هذه التعاريف على أن الفقهاء اتفقوا على جعل الصلح عند وقوع الخصام الحالي أما المذهب المالكي فقد جعل الصلح كنظام وقائي و ذلك بأن جعلوا الصلح في الخصام الحالي أو الخصام المتوقع فهذا يكون تعريف المالكية أدق ووقائي لكل الخصومات التي من الممكن أن تنشأ .

الفرع الثالث: التعريف القانوني

لم يعرف المشرع الجزائري الصلح في قانون رقم قانون رقم84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بامر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وإنما ألزم القاضي بإجراء الصلح و ذلك حسب المادة 49 السالفة الذكر وذلك من أجل التوفيق بين الزوجين، إلا أنه عرفه في المادة 459 من القانون المدني الجزائري بأنه "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه"².

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه أخذ بالمذهب المالكي و ذلك كنظام وقائي لحل نزاعات محتملة الوقوع، أما الصلح المقصود في قانون الأسرة الجزائري ليس ذلك الصلح الذي يقصد به العقد و إنما ذلك يراد به محاولة الإصلاح بين الزوجين و ليس ذلك العقد الذي يلزم الطرفين، لهذا فقد عرفه جانب من الفقه كعمر زوده "أن محاولة الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن الطلاق"³ وهذا التعريف يشمل إرادة الزوج في الطلاق ولا يشمل إرادة الزوجة في الخلع، فمن المفروض أن تكون العبارة التالية إقناع الطرف الذي يريد فك الرابطة الزوجية . أما بالنسبة للمشرع المصري لم يعرف الصلح في قانون الأحوال الشخصية وذلك بعد استقرائي لقانون رقم 1 لسنة 2000 ولكن بالرجوع إلى المادة 3 من نفس القانون لقد جاء النص فيها" تصدر الأحكام طبقا لقوانين

المقنع، تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن احمد ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة 682هـ - دار الكتاب العربي بدون سنة الطبع ولا بلد الطبع ج5 ص 05.

¹ مدونة الفقه المالكي و أدلته -تأليف الدكتور الصادق عبد الرحمان الغرياني - مؤسسة الريان بدون سنة الطبع ولا بلد الطبع ج3ص704 .

² الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لي 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ زوده عمر -طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها -الموسوعة للنشر -الجزائر 2003 ص108

الأحوال الشخصية والوقف المعمول به، فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبو حنيفة¹، كذلك بالنسبة للمشرع الأردني لم يعرف الصلح في قانون الأحوال الشخصية، لكن بالرجوع إلى المادة 325 منه نجد أنه أحالنا فيما لم يرد النص بشأنه إلى الراجح من المذهب الحنفي "ما لا نكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من المذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون"²، كما لم يعرف المشرع المغربي الصلح في مدونة الأسرة المغربية، لكنه أحال إلى المذهب المالكي و ذلك حسب المادة 400 منه كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى المذهب المالكي و الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام و العدل و المساواة و المعاشرة بالمعروف"³، كما أنه بالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي أhalلت القضاة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند انعدام النص القانوني لقد نصت على ما يلي "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴، ما يلاحظ على المشرع الجزائري لم يكن أكثر دقة في تحديد المذهب الراجح الذي يعتمد عليه القضاة عند انعدام النص القانوني، في حين نجد أن المشرع الأردني و المصري أرشد إلى المذهب الحنفي و المشرع المغربي أرشد إلى المذهب المالكي، و ما يعيب على المشرع الجزائري أنه ترك القضاة يتيهون في فقه المذاهب الأربعة، و ذلك بعدم تحديد المذهب، إن فانه لزاما على المشرع الجزائري أن يعيد صياغة المادة 222 و يبين فيها بأي المذاهب لزاما على القضاة أن يأخذوا في حالة انعدام النص، وذلك حتى لا تتعرض أحكام القضاة للتناقض والله اعلم وأعلى.

¹ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الإلكتروني:

<http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law>.

² قانون رقم 36 لعام 2010 قانون الأحوال الشخصية الأردني من الموقع الإلكتروني:

<http://www.sjd.gov.jo/EchoBusV3.0/SystemAssets/PDFs/AR/AppliedLegislations/a7walsha5seye>

³ مدونة الأسرة المغربية صيغة محينة بتاريخ 25 يناير 2016- القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة -الجريدة الرسمية عدد

5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 هـ 05 فبراير . من الموقع الإلكتروني : <http://adala.justice.gov.ma/>

⁴ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل

والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ،المعدل والمتمم بالقانون 05-02.

المطلب الرابع: مشروعية الصلح.

لقد ثبتت مشروعية الصلح من القرآن والسنة والإجماع بصفة عامة وبين الزوجين خاصة.

الفرع الأول : من القرآن الكريم.

قال تعالى " والصلح خير"سورة النساء الآية 128فاخير عن الصلح بأنه خير والخير مندوب إليه لقوله تعالى "وافعلوا الخير لعلكم تفلحون".سورة الحج الآية 77.وقال تعالى "فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلح والصلح خير"قال العلامة ابن عاشور في تفسيره "لان المقصود أن إثبات ماهية الصلح خير فهو تذييل للأمر بالصلح والترغيب فيه وليس المقصود أن الصلح المذكور أنفاً وهو الخلع خير من النزاع بين الزوجين"¹

الفرع الثاني:من السنة النبوية.

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرفوعاً وموقوفاً على عمر "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"ومن الصلح الذي يحل حراماً كالصلح على خمر والذي يحرم حلالاً كأن يصالح زوجته أن لا يوطأ ضرثها .

الفرع الثالث من الإجماع: ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الصلح عامة وبين الزوجين خاصة لما فيه من خير للزوجين والأولاد.²

المبحث الثاني:سلطة القاضي في إجراء الصلح في دعوى الخلع.

إن القاضي ملزم بإجراء الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالطلاق، وذلك حسب المادة 49¹ من قانون الأسرة الجزائري، كما انه يمكن للقاضي أن يبعث الحكمين للتوفيق بين الزوجين و ذلك حسب

¹ تفسير التحرير والتتوير-تأليف الشيخ محمد الطاهر بن عاشور بدون مطبعة ولا بلد الطبع ج5ص216
² المغنى لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي الجماعيلي النمشقي ألسالحي الحنبلي 541هـ-620هـ،تحقيق الدكتور عبد المحسن التركي - الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو - دار عالم الكتب الرياض ط1 1406هـ-1986م-ط2 1412هـ-1992م ط3 1417هـ-1997 -طبعة مصححة ومنقحة، ج7ص5.

المادة²⁵⁶ من نفس القانون و من هذا المنطلق يتعين البحث في ماهية الصلح و مشروعيته ثم إلى سلطة القاضي في إجراء الصلح، و ما هو دور القاضي ؟ ثم بعد ذلك أتطرق الى ما حكم الخلع الصادر بدون إجراء الصلح عند المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية؟

المطلب الأول في التشريع الجزائري

يمكن أن أبين سلطة القاضي في إجراء الصلح قبل وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري 84-11، كما انه يمكن اعتبار أن الخلع يخضع للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، لأن المشرع الجزائري أدرج الخلع تحت فصل الطلاق. كما أن الغرض من إجراء الصلح هو تقادي الفرقة بين الزوجين ولما كان الخلع نوع من أنواع الفرقة فإنه يخضع لإجراء الصلح.

الفرع الأول : قبل صدور قانون الأسرة رقم 84-11:

كان اجتهاد المجلس الأعلى مستقر على اعتبار الصلح إجراء جوهري وذلك حسب قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 03-07-1968"إن التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"³ من خلال هذا القرار يتضح أن الصلح يعتبر إجراء جوهري، وهذا عندما كان إجراء الصلح يحكمها قانون الإجراءات المدنية الملغى عند تطبيقه للمادة 17 منه⁴.

¹ المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02 التي جاء النص فيها "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

² المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بقانون رقم 05-02 التي جاء النص فيها"يعين القاضي الحكيم ،حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة ،وعلى هذين الحكيم ان يقدم تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين".

³ عدة الطلاق الرجعي وأثرها على الأحكام القضائية لمطاعي نور الدين -الجزائر 2009، ط2 دار الفسيلة ص141 .

⁴ أمر رقم 66 -154 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 8 يونيو 1966م يتضمن قانون الإجراءات المدنية -المادة 17 (أمر رقم 71-80 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971م) "يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في اية مادة كانت -

الفرع الثاني : بعد صدور قانون الأسرة 84-11:

لقد اختلفت اجتهادات القضاة في اعتبار إجراء الصلح جوهرى أم لا.

1- الاجتهاد الذي يرى إن الصلح إجراء ليس جوهرى:

جاء في قرار رقم 36962 الصادر بتاريخ 03-06-1985" من المقرر قانونا انه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء مالا يفرضه عليه القانون، وانه لا يسوغ لخصم انتزاع إجراء ما منهم جعله القانون جوازيا لهم فعله أو تركه، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه مخالفة لقواعد جوهرية في الإجراءات وعدم كفاية الأسباب تأسيسا على أن محاولة الصلح تتم بين الطاعنة وزوجها في غير محله مما استوجب رفض الطعن¹، من خلال هذا القرار يتضح أن الصلح ليس بالإجراء الجوهرى الذي من شأنه أن يجيز الطعن في القرار، بحجة أن القاضي لم يجري الصلح بين الزوجين. وحتى بعد صدور أمر 05-02 استمر اعتبار أن إجراء الصلح ليس جوهريا، وذلك حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 13-06-2007" لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط، إضافة إلى محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من ق ا ج ما هي إلا موعظة².

2- الاجتهاد الذي يرى أن إجراء الصلح جوهرى:

جاء في قرار الصادر بتاريخ 25-12-1989" على انه من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة الصلح من طرف القاضي... ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان الثابت في قضية الحال إن المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه³. فقد اعتبر هذا القرار أن الصلح إجراء جوهرى.

¹ المجلة القضائية 1990 العدد 02 ص 65 قرار رقم 36962 الصادر بتاريخ 03-06-1985

² المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية -قرار رقم 356657 المؤرخ في 13-06-2007 غير منشور.

³ المجلس الأعلى للقضاء -غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 57812 المؤرخ في 25-12-1989-المجلة القضائية، عدد

إن هذا التضارب بين القرارات واختلاف القضاة في هذه المسألة أي هل الصلح إجراء جوهرى أم لا، راجع إلى عدم وضوح المشرع الجزائري في تشريعه قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، وخاصة المادة 49 منه ،ولكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل¹ التي جاء النص في المادة 439"محاولات الصلح وجوبيه "إذن كلمة وجوبيه تعني انه لا يمكن للقضاة تجاوز محاولة الصلح، و لكن الإشكال الذي يطرح أنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الخلع، قبل الوصول إلى المحكمة . ففي الفقه قد وقع الخلع ولكن هل القاضي ملزم في هذه الحالة بإجراء الصلح و إذا قلنا نعم فان هذا مخالف للشريعة الإسلامية ،لان الطلاق قد ووقع باننا ،ولا يجوز للزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد و إذا قلنا لا فإن هذا مخالف للمادة 49 التي تلزم القاضي بالصلح قبل إصدار حكم الطلاق.وعليه فانه لزاما على المشرع أن يفرق بين التخالع بين الزوجين قبل الوصول إلى المحكمة وبين عدم التخالع بين الزوجين إلى حين الوصول إلى المحكمة ،لان الطلاق الصادر من الزوج يعتبر رجعيًا ما لم يكن ثالثًا وان الخلع يعتبر طلاقًا باننا .

-كما أنه يجب التفرقة بين الصلح في الطلاق إذا تلفظ الزوج بالطلاق في البيت وكانت طلقة ثالثة فلا داعي للصلح، لأنها باننت منه، أو انه تلفظ بالطلاق ولم يرتععا إلى القاضي إلا بعد مضي فترة العدة.

-إن حدث التخالع بين الزوجين بالتراضي قبل الوصول إلى القاضي ما على القاضي إلا تشييته لان الخلع عند الفقهاء يقع طلاقًا باننا .

-إذا طلبت الزوجة الخلع أمام القاضي، والزوج رافض للخلع فعلى المشرع أن يمدد من جلسات الصلح إلى أكثر من ثلاثة أشهر ،وذلك لان الطلاق لم يصدر من الزوج إذ انه لا عدة عليها مادامت هي الطالبة للخلع ،ثم أنه من المعروف أن المرأة مجبولة على العاطفة والتسرع فكلما كانت محاولة الصلح أطول إلا وكانت مرجوة النتيجة وتريثها لعله يعيدها إلى صوابها .

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 ،يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-اعتبار الصلح جوهريا في كل من الخلع والتطليق وحتى في الطلاق إذا لم يتلفظ به الزوج بالطلاق.

المطلب الثاني : في بعض التشريعات العربية

تناولت بالذكر في هذا المطلب أربعة فروع اذكر فيها التشريع المصري كقصر أول ثم الفرع الثاني التشريع المغربي والفرع الثالث التشريع الإماراتي ،وأخيرا الفرع الرابع التشريع الكويتي.

الفرع الأول: في التشريع المصري

بالنسبة للمشرع المصري فقد نص في المادة 18 الفقرة 02 من قانون رقم 01-2000 على الصلح في دعوى الخلع بما يلي "ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح"¹ فقد نص المشرع المصري صراحة على إجراء الصلح في دعوى الخلع، على عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص صراحة إلى إجراء الصلح في الخلع بل أدرج الخلع تحت فصل الطلاق إحياء منه على أن الخلع كالطلاق، كما ورد في الطعن رقم 48 سنة 25 ق جلسة 22-11-1983 س34 ص1606 " وان كانت المادة السادسة من القانون رقم 25 لسنة 1929توجب على المحكمة محاولة الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالتطليق، إلا أنها لا تستلزم القيام بهذه المحاولة في كل مرحلة من مراحل الدعوى"² من خلال هذا الطعن يتضح أن الصلح يعتبر إجراء جوهرى ولا يشترط في كل مرحلة من مراحل الدعوى. كما جاء أيضا في الطعن رقم 21 سنة 53 ق جلسة 27-03-1984 س35 ص865" فان هي قضت (إي المحكمة) بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهرى أوجبته القانون ولصيق بالنظام العام"³

كما اعتبر قضاء النقض المصري أن دعوى التفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم ،وذلك حسب الطعن رقم 03

¹ الخلع والطلاق -عاصف فؤاد الصحاح -الطبعة 2000-دار إيجي مصر للطباعة والنشر ص43

² قضاء النقض في الأحوال الشخصية -المستشار سعيد احمد شعلة 2005-توزيع منشأة المعارف بالسكندرية ص 141

³ قضاء النقض في الأحوال الشخصية -المستشار سعيد احمد شعلة 2005-توزيع منشأة المعارف بالسكندرية ،

سنة 53 ق جلسة 29-05-1984 س35 ص1480 الذي جاء فيه " مجال إعمال المادتين 10،11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلزم به الزوجة أو مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطلق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم"¹ من خلال هذا القرار يتضح أن قضاء النقض المصري قد اعتبر أن الخلع ممن يجب فيه الصلح والتحكيم لأن الخلع في نظر قضاء النقض المصري هو التطلق، كما جاء أيضا في الطعن رقم 518 سنة 71 ق جلسة 22-02-2003 "النص في المادة 18 من قانون رقم 1- لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مفاده وجوب عرض الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطلق، فان قضت بالتطبيق دون أن تعرض عليها الصلح على هذا النحو كان قضاؤها مخالفا للقانون، باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام"².

الفرع الثاني : في التشريع المغربي

لقد جاء في مدونة الأسرة المغربية³ المادة 81 "تستدعي المحكمة الزوجين لمحاولة الإصلاح " كما ورد أيضا في المادة 94 من المدونة المغربية "إذا طلب الزوجان أو احدهما من المحكمة حل النزاع بينهما يخاف منه الشقاق وجب عليه إن يقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لإحكام المادة 72 أعلاه"، كما ورد في المادة 114 من نفس القانون "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شرط أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال . عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو احدهما طلب التطلق للمحكمة، مرفقا به للإذن بتوثيقه، تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فان تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق " بما أن المشرع المغربي قد جعل الخلع لا يكون إلا بالتراضي وذلك حسب المادة 115 "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لإحكام المادة 114 أعلاه " فان الخلع يخضع للمادة 114 من نفس القانون التي تلزم المحكمة بمحاولة

¹ قضاء النقض في الأحوال الشخصية -المستشار سعيد احمد شعله 2005-توزيع منشأة المعارف بالسكندرية ص 143

² سعيد احمد شعله -قضاء النقض في الأحوال الشخصية ص 203

³ مدونة الأسرة المغربية صيغة محكمة بتاريخ 25 يناير 2016-القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة -الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 هـ 05 فبراير . من الموقع الالكتروني

الصلح، وبما أن المشرع المغربي لم يجعل للزوجة الحق في طلب الخلع دون رضا الزوج وأرشدنا إلى مسطرة الشقاق فهي بذلك تكون ملزمة برفع دعوى التظليق التي تخضع بدورها إلى إجراء الصلح وذلك حسب المواد 81- 94.

كما ذكر المشرع المغربي الخلع في المادة 120 من المدونة الأسرة المغربية التي جاء النص فيها "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما و إذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله"، من خلال هذه المادة يتضح أنه إذا حصل اتفاق بين الزوجين على الخلع واختلفا في المقابل فإن المشرع يلزم القضاة بإجراء الصلح وبمفهوم المخالفة انه إذا حصل اتفاق على الخلع والبدل فالمحكمة غير ملزمة بإجراء الصلح، وهذا مخالف لإحكام المادة 114 من نفس القانون التي جاء النص فيها "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط أو بشروط، لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة ولا تضر بمصالح الأطفال، عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو احدهما طلب التظليق للمحكمة يرفقا بإذن تدوينه، تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه" يتضح أنه عند الاتفاق على الخلع تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، وما يؤكد ذلك نص المادة 115 التي جاء النص فيها "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لإحكام المادة 114 "يعني أن المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين حتى عند الاتفاق بين الزوجين على الخلع، ولكن عند عدم إجابة الزوج لطلب زوجته فان الزوجة لها الحق في اللجوء إلى مسطرة الشقاق، وذلك حسب المادة 120 من نفس المدونة الفقرة الثانية التي جاء النص فيها على ما يلي "... إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق" و إذا لجأت إلى مسطرة الشقاق، فان المحكمة تحاول الإصلاح بين الزوجين وذلك حسب المادة 94 من نفس القانون "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل النزاع يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لإحكام المادة 82 أعلاه".

الفرع الثالث: في التشريع الإماراتي

لقد أورد المشرع الإماراتي¹ الصلح في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية التي جاء النص فيها على ما يلي "لكل من الزوجين طلب التلطيق للضرر ،الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك ما لم يثبت تصالحهما.

تتولى اللجنة التوجيه الأسري وفقا للمادة (16) من هذا القانون الأصلاح للزوجين ،فان عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما ،فان تعذر وثبت الضرر حكم بالتلطيق" يتبين من خلال هذه المادة إن المشرع لم يلزم القاضي بإجراء الصلح بل يكفي بمجرد عرضه عند ثبوت الضرر وعجز اللجنة الأسرية في الإصلاح ،إلا أن المشرع الإماراتي أحدث لجنة التوجيه أسري ،فعلى المشرع أن ينتهج نهج المشرع الإماراتي في إحداث لجنة التوجيه الأسري للإصلاح بين الزوجين وذلك لأنها أكثر تفرغا للإصلاح على عكس القاضي الذي يشتغل بقضايا أخرى غير الطلاق ،مما يجعل القاضي يجري الصلح كإجراء شكلي فقط.

الفرع الرابع: في التشريع الكويتي

كما ذكر المشرع الكويتي² الصلح في المادة 127 من القانون الكويتي التي جاء النص فيها على ما يلي "على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين ،فذا تعذر الإصلاح وثبت الضرر حكمت بالتفريق بينهما بطلقة بائنة، وان لم يثبت الضرر عينت حكمن للتوفيق بينهما أو التفريق " من خلال هذه المادة أنه يجب على المحكمة الإصلاح بين الزوجين وذلك من خلال لفظة على المحكمة، فهذا يعني أن إجراء الصلح جوهري.

¹ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة – القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 ط 3 1438 هـ -2017، والقوانين واللوائح والأنظمة المتعلقة به وفقا لأحدث التعديلات ، من الموقع الالكتروني:

<http://www.dji.gov.ae/Lists/DJIBooks/Attachments/79/Ahwa>

² قانون الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين أرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء ط1 فبراير 2011 من الموقع الالكتروني:

<https://www.e.gov.kw/sites/kg0Arabic/Forms/QanoonAlAhwalAIMadaniyah>

المطلب الثالث: اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع الجزائري

تبعا لاختلاف الاجتهادات القضائية التي تعتبر الصلح إجراء جوهرى أم لا ،وهذا الاختلاف يترتب عليه سؤال هل إهمال القاضي لإجراء الصلح يترتب عليه بطلان الحكم أم لا ؟ . لقد اختلفت اتجاهات القضاة في اعتبار الحكم الصادر بدون إجراء الصلح هل هو باطل أم لا ؟

الفرع الأول : الاتجاه الذي يرى بطلان الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح :

جاء في قرار الصادر بتاريخ 03-07-1966 عن المجلس الأعلى سابقا "بان التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفة للقانون"¹ وبما أن الخلع هو تفريق فانه يقاس عليه هذا القرار كما اعتبر التفريق دون محاولة الصلح باطل. كما جاء أيضا في القرار الصادر بتاريخ 14-02-2013 حيث انه تبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه ومحضر عدم الصلح بتاريخ 19-09-2009 إن المطعون ضدها بصفتها مدعية وطالبة التظليق لم تحضر جلسة الصلح ومع ذلك استجابة المحكمة لدعواها الرامية إلى التظليق وحيث أن المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث –قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لجلسة محاولة الصلح ،وعليه فان هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه دون الحاجة لمناقشة الوجه الثاني ومدام إن المطعون ضدها لم تحضر جلسة الصلح مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه بدون إحالة طبقا لنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية² ،من خلال هذا القرار يمكن أن يقاس عليه الخلع وذلك بنص في القرار "قد استقر اجتهادها على وجوب حضور طالب فك الرابطة الزوجية لمجلس محاولة الصلح " مادام أن الخلع هو طلب الزوجة لفك الرابطة الزوجية فإنها تخضع إلى وجوب الصلح ،وان عدم إجراء الصلح يؤدي إلى بطلانه وهذا مخالف لنص المادة 57 من قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 التي جاء النص فيها على ما يلي "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتظليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية" ذلك أن الخلع الصادر الحكم به يعتبر طلاقا باننا ،فكيف يمكن

¹ المجلس الأعلى ،غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 03-07-1968،مجلة الأحكام ج1 دون سنة النشر 49-51

² المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قرار رقم 687997 المؤرخ بتاريخ 14-06-2012- غير منشور .

إبطال هذا الحكم وإرجاع الزوجة إلى زوجها، حتى في حالة إعادة الصلح بينهما وإن تراضيا ونجح الصلح، فهل تعود الزوجة إلى بيت الزوجية أم عليه أن يعقد عليها من جديد.

الفرع الثاني : الاتجاه الذي يرى عدم بطلان الحكم بالخلع في حالة الحكم به دون إجراء الصلح:

جاء في قرار الصادر بتاريخ 16-02-1999 ما يلي "إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما الصلح المذكور في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس¹ من خلال هذا القرار يتضح أن إهمال إجراء الصلح لا يؤثر في صحة الحكم، كما جاء أيضا في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 13-06-2007 لكن حيث أن المادة 49 من قانون الأسرة لا تطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس يتعين معه رفض الطعن²

والذي أرى والله اعلم واعلي أن إجراء الصلح يجب أن يعتبر جوهريا إذا كانت الزوجة هي طالبة الخلع والزوج رافض، وإذا لم تجري المحكمة الصلح قبل الحكم بالخلع فان الحكم باطل والزوجية باقية، لأن الزوج لم يرضى بالخلع إذن لم يصدره هو، فهي ليست بأئن .

أما إذا كان هناك تراضي بين الزوجين بالخلع فإجراء الصلح لا يعتبر جوهريا وعدم إجرائه لا يبطل الحكم لان الزوج قد رضي ورضاه دلالة على وقوع الخلع طلقه بائنة، فلا يمكن إبطال الحكم والزوجية بائنة من زوجها .

إن عدم النص صراحة على إلزامية الصلح في قانون الأسرة الجزائري جعل القضاة يختلفون فيه من حيث جوهرية إجراء الصلح أو عدم جوهريته مما ترتب عليه أيضا بطلان الحكم أو عدم بطلان الحكم كما بينت سابقا.

¹ المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 216850 المؤرخ في 16-02-1999، المجلة القضائية، عدد خاص 2001 ص 103

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 356657 المؤرخ في 13-06-2007 قرار غير منشور .

المطلب الرابع : اثر الحكم الصادر بالخلع دون إجراء الصلح في التشريع المصري

قد أورد المشرع المصري في المادة 20 من قانون رقم 1 لسنة 2000 في الفقرة الثانية من المادة 20 ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين¹ كما جاء في رقم 21 لسنة 53 ق جلسة 27-03-1984 س35 ص 86-856"مفاد المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 إن المشرع اشترط للحكم بالتطليق أن يثبت إضرار الزوج بزواجه بما لا يستطاع معه دوام العشرة ،وان يعجز القاضي عن الإصلاح بينهما ،مما مقتضاه وجوب تدخل المحكمة بغرض إزالة أسباب الشقاق بين المتخاصمين ،فان هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلا باعتبار أن سعيها للإصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام²، من خلال هذا الطعن يتبين أن إهمال إجراء الصلح يترتب عليه بطلان الحكم هذا إذا قسنا الخلع على التطليق ،وبهذا يكون هذا الطعن موافق للمادة 20 الفقرة الثانية من قانون 01- لسنة 2000 السالفة الذكر ومخالف الفقرة الأخيرة المذكورة سابقا .

كما أنه بالرجوع إلى الطعن رقم 518 سنة 71 ق جلسة 22-02-2003 "النص في المادة 18 من قانون 01- لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية وجوب عرض المحكمة الصلح مرتين على الأقل خلال مدة محددة على الزوجين في حالة وجود أبناء قبل الحكم بالطلاق أو التطليق ،فان قضت بالتطليق دون التعرض عليهما الصلح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون ولصيق بالنظام العام، فان كانت عناصره التي تمكن من الإلمام به تحت نظر المحكمة الموضوع .فانه يكون لمحكمة النقض أن تعرض له من تلقاء نفسها لما كان ذلك، وكان الثابت بالأوراق أن للزوجين أولاد، وان محكمة أول درجة حكمت بالتطليق المطعون ضدها على الطاعن دون أن تتدخل لعرض الصلح عليهما طبقا لنص المادة 18 المشار إليها ،كما أن محكمة الاستئناف لم تعرضه إلا مرة واحدة بجلسة 17-04-2001 رغم وجود أبناء فان الحكم المطعون فيه

¹ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الالكتروني:

<http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law>

² قضاء النقض في الأحوال الشخصية -سعيد احمد شعله ص 142-143

يكون معيبا بما يوجب نقضه¹ يتبين من هذا الطعن أيضا أن الصلح يعتبر إجراء جوهرى وإهماله يعرض الحكم إلى النقض، وما يؤكد أن الخلع مثل الطلاق والتطليق في إجراء الصلح هو المادة 20 الفقرة الثانية السالفة الذكر التي أوجبة الصلح.

كما اعتبر قضاء النقض الخلع مثل الطلاق والتطليق أيضا في الطعن رقم 03 سنة 53 ق الجلسة 29-05-1984 س35 ص 1480 " مجال إعمال المادتين 10،11 من القانون رقم 25 لسنة 1929 والمتعلقتين بالتفريق نظير بدل تلتزم به الزوجة مع إسقاط كل أو بعض حقوقها المالية هو دعوى التطليق التي تتخذ فيها إجراءات التحكيم"² كما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 20 من قانون 01-لجنة 2000 "على انه يكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن"³. إذن هناك تناقض بين الفقرة الثانية السالفة الذكر والأخيرة من نفس القانون وقضاء محكمة قضاء النقض . حيث اعتبرت الفقرة الثانية وقضاء النقض إن إجراء الصلح إجباري ويترتب على إهماله بطلان الحكم بالتفريق، ثم جاء في الفقرة الأخيرة ليؤكد عدم الطعن في الحكم في جميع الأحوال بمعنى حتى وأن أهمل القاضي إجراء الصلح.

الخاتمة:

إن المشرع الجزائري في إطار المساواة بين المرأة والرجل أعطى للمرأة الحق في مخالعة زوجها دون رضاه، وذلك بالمادة 54 من قانون الأسرة الجزائري وذلك في مقابل الطلاق بالإرادة المنفردة الذي يملكها الزوج، كما سعى المشرع الجزائري أيضا إلى الحفاظ على الأسرة من التشتت، وذلك بإصدار المادة 49 من نفس القانون والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر اللتان تجبرا القاضي على إجراء الصلح قبل الحكم بالخلع، إن التعارض بين المساواة بين الرجل والمرأة وبين الحفاظ على الأسرة، قد أنتج المادة 54 من قانون الأسرة التي فتحت بابا آخرًا للتفريق بين الزوجين، لهذا فعلى

¹ قضاء النقض في الأحوال الشخصية - سعيد احمد شعله ص 203

² نفس المرجع ص143

³ قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري معدلا بالقانون رقم 91 لسنة 2000 من الموقع الإلكتروني:

<http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law>

المشرع الجزائري أن يعيد النظر في المادة 54 من قانون الأسرة والمادة 49 من نفس القانون، لهذا قد توصلت في بحثي هذا إلى مجموعة من التوصيات والنتائج:

- 1- إعادة النظر في المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري من حيث إجبار الزوج على الخلع .
- 2- أن يضع المشرع الجزائري مبررات التي أدت بالزوجة لطلب الخلع ،مثملا فعله نظيره المشرع المصري.
- 3- أن يبين أنه إذا طلبت الزوجة الخلع أمام القاضي والزوج رافض فعلى المشرع الجزائري أن يمدد من مدة الصلح إلى أكثر من ثلاثة أشهر ، ذلك لأن الطلاق لم يصدر من الزوج فلا حاجة لربط مدة الصلح بمدة العدة، ثم أنه من المعروف أن المرأة مجبولة على العاطفة والتسرع، فكما كانت مدة محاولة الصلح أطول إلا وكانت مرجوة النتيجة
- 4- إحداث لجنة التوجيه الأسري لإجراء الصلح بين الزوجين، وذلك للقيام بمهمة الإصلاح على أتم وجه، لان القاضي لديه قضايا أخرى غير القضايا الأسرية، مما يجعل الصلح لديه مجرد إجراء شكلي.
- 5- يجب على المشرع الجزائري أن يفرق بين الصلح في الطلاق إذا تلفظ به الزوج وكانت طلاقة تالفة فلا داعي للصلح لأنها باننت منه بينونة كبرى، وبين أن الزوج لم يتلفظ بالطقة الثالث.
- 6- يجب على المشرع الجزائري أن يبين أنه في حالة تلفظ بالطلاق في البيت وانتهت العدة ثم ترفعا إلى المحكمة فلا يجري القاضي الصلح لأنها باننت منه بينونة صغرى.
- 7- أن يبين أنه إذا حدث التخالع بين الزوجين بالتراضي قبل الوصول إلى المحكمة، فلا داعي لإجراء الصلح لان الزوجة باننت من زوجها فما على القاضي إلا تثبيت الحكم بالخلع.