جامعة محمد الصديق بن يحي– جيجل-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة

الآليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبين:

- **عماري عباس**
- **بولخيوط عبد الرحيم**

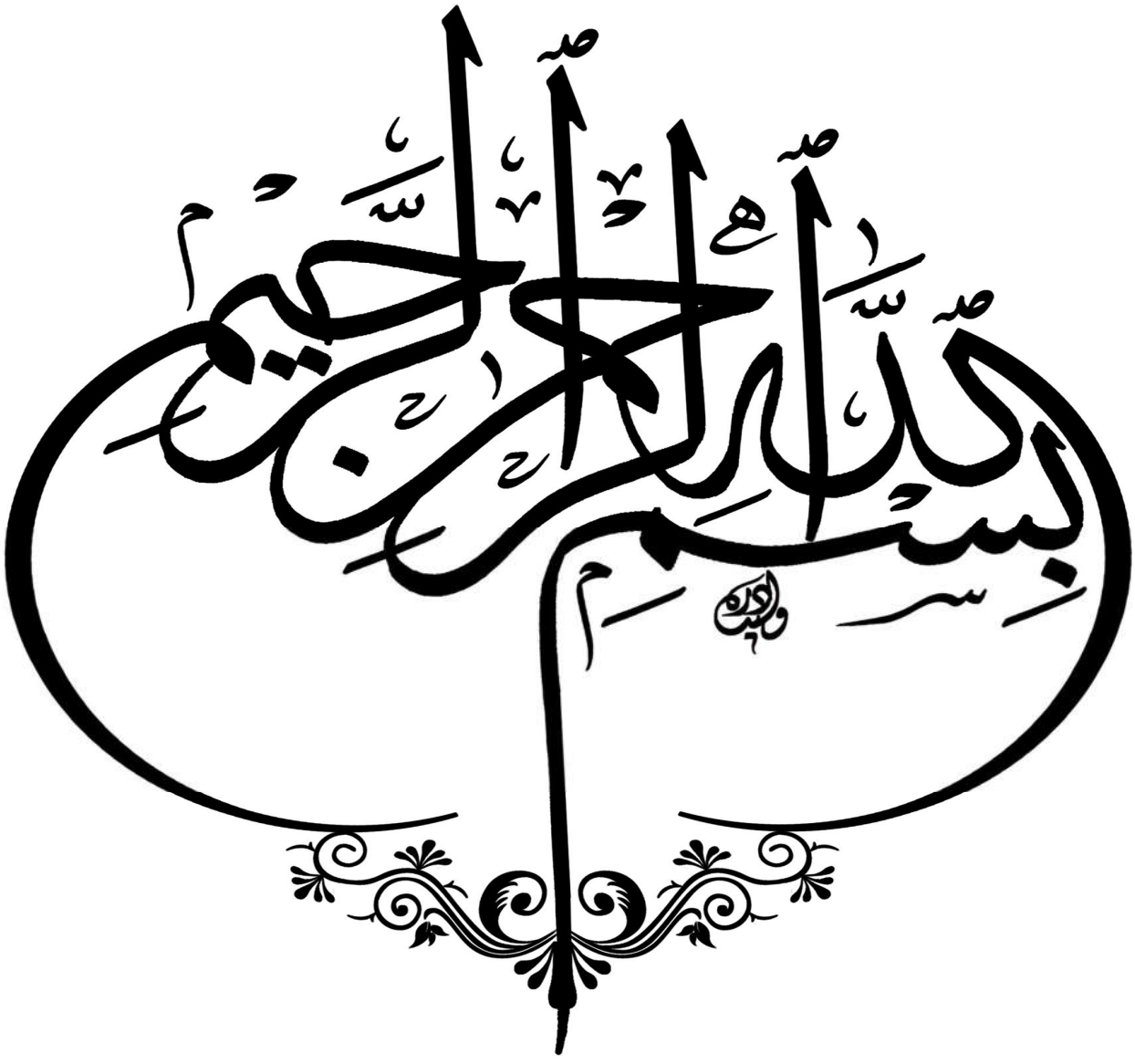
إشراف الأستاذة:

منيغر سناء

لجنة المناقشة:

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
د/ قريمس نسيمة	أستاذة محاضرة "ب"	جيجل	رئيسا
د/ منيغر سناء	أستاذة مساعدة"أ"	جيجل	مشرفا ومقررا
د/ عميور خديجة	أستاذة مساعدة "أ"	جيجل	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة حمدا يليق بجلاله وعظمته

اعترافا بالفضل والعرفان نتقدم بخالص الشكر للأستاذة " **منيغر سناء**" لما تفضلت بالإشراف على مذكرتنا وما بذلته من مجهودات ونصائح لنا طوال فترة الإنجاز

كما نتقدم بالشكر للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة

وقبولهم مناقشة المذكرة

كما لا ننسى كل من وقف إلى جانبنا وأعاننا على انجاز هذه المذكرة

وخاصة الأصدقاء رعاهم الله تعالى

وكذلك الأستاذ الفاضل عبد الكريم

وكل الأستاذة وطلبة كلية الحقوق والعلوم السياسية

الإهداء

إلى أحلى وأثمن ما أملك في هذه الحياة ، إلى الجوهرتين اللامعتين اللتان تنيران دربي

ألا وهما أمي وأبي حفظهما الله تعالى وأطال في عمرهما

إلى جدي وجدتي وأخواتي وكل أفراد عائلتي الكريمة

إلى كل أصدقائي الكرام كل باسمه حتى لا ننسى أحد وعلى رأسهم:

بسمة، سيفو، ريان، حورية، عباس، حمزة، رابح...

إلى ابن أختي العزيزة : الكتكوت عبد الرحمان رعاه الله وحفظه وأطال في عمره

إلى كل أساتذتي والمعلمين الذين على أشرفوا على تدريسي طوال مرحلة التعليم

إلى أستاذتي العزيزة التي لا أنسى فضلها في نجاحي في شهادة البكالوريا

وهي " شهبور سعاد"

إلى كل صديق وقريب وزميل وحبيب من قريب أو من بعيد

والحمد لله ربّ العالمين ....

عبد الرحيم بولخيوط

الإهداء

إلى أحلى وأثمن ما أملك في هذه الحياة

إلى الجوهرتين اللامعتين اللتان تنيران دربي وهما

" أمي وأبي " رعاهما الله وأطال في عمرهما

إلى كل أخوتي وأخواتي وجميع الأهل والأقارب

إلى كل الأستاذة والزملاء والأصدقاء الكرام

عماري عباس

مقدمة

الأسرة هي اللبنة الأساسية التي يبنى عليها المجتمع والزوجان هما الركيزة الأساسية لها، حيث نظم المشرع الجزائري العلاقة الزوجية وذلك بإبراز الصلة النفسية والروحية، بين الزوجين، وأكد على ما بينهما من رباط قوي وصلاة متينة حملها على التراحم والتآلف، فجعل لكل واحد من الزوجين دورا ووظيفة يؤديها داخل الأسرة حفاظا على حسن العشرة بينهما، حيث أرشد كل واحد منهما إلى ما له من حقوق وما عليه من واجبات اتجاه الطرف الآخر، وذلك لتوطيد العلاقة بينهما وضمان استقرار الأسرة ونفي كل الخلافات التي تؤثر سلبا على العشرة الزوجية، وقد شرع الإسلام الزواج لأهداف عظيمة ورسم طريق تكوين الأسرة الصالحة واهتم بإنشائها على أسس ثابتة وراسخة وأقامها على ميثاق غليظ قوامه المودة والرحمة، لقوله تعالى: " **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة، إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**"، (سورة الروم، الآية 21).

والذي يكون من ثمراته الرحمة والمودة والإحصان بين الزوجين، والتناسل لبقاء الجنس البشري ليعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله، والأصل أن الحياة الزوجية تقوم على المعاشرة بالمعروف لقوله عز وجل: " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف، وللرجال عليهن درجة، والله عزيز حكيم" (سورة البقرة، الآية: 228).

لكن قدر أن النفس البشرية قد تصاب بالتقلب وأن لمظاهر الحياة وانحراف القلوب نزاعات تحاول أن تغير روابط وتقطع الصلات وتزرع في النفوس النفرة بدل الألفة، والشقاق بدل الوفاق والفراق بعد التلاقي، فإذا دخل الشقاق في الحياة الزوجية حوّل المودة والرحمة إلى كره وحقد، مما يؤدي إلى تعكير صفو الأسرة، وتغيّر جوّها وتمزيق شملها، وإخراجها عن مسارها الحقيقي وهدفها النبيل، لهذا فقد حرص كلمن قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية على الحفاظ على العلاقة الزوجية، وتفادي انحلالها فقد شرعت وسائل لذلك ومن أهمها باب الصلح والتحكيم ، فقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: " ردوا الخصومة حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن".

وعليه فقد سار المشرع الجزائري باعتبار الصلح والتحكيم وسيلتين وعلاج للزوجين حتى تستقر الحياة بينهما، حيث وضع قانون الأسرة المواد من 49 إلى 56 كما وضع قسم خاص بشؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المادة 439 غلى 449 للصلح والتحكيم في النزاعات الأسرية، حيث سنّ له إجراءات معينة تمارس تحت إشراف القضاء لتسوية هذه النزاعات وهذا ما يساهم في الحفاظ على تماسك الأسر واستقرارها، والحد من ظاهرة التفكك الأسري التي يعاني منها المجتمع الجزائري، وهذا عند تطبيق هذه الإجراءات تطبيقا سليما.

وعليه من أجل الإحاطة أكثر بالموضوع تأتي أهمية اختيار هذا البحث الموسوم بعنوان: الآليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية كونها تسلط الضوء على إحدى هذه الآليات المذكورة سابقا في حل الخلافات الأسرية سواء فيما تعلق بالجانب النظري أو العملي، كما أنها تطرقت للعديد من القضايا والإشكالات القانونية والواقعية المتعلقة بها، كما أنها واكبت أهم المستجدات القضائية والشرعية المرتبطة بها.

أما من جانب الأسباب المتعلقة باختيارنا لهذا الموضوع فهناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فأما الأسباب الذاتية فأساسها كون تخصصنا يندرج ضمن قانون الأسرة واهم من هذا فالرغبة في البحث والتقصي للوقوف على حقيقة المسالة خاصة، كذلك الوقوف على أهم التعديلات التي سعي إليها المشرع الجزائري وكيف عمل جاهدا هو الآخر لوضع أسس مستقرة للمحافظة على أصغر وحدة في النظام الاجتماعي وهي الأسرة.

أما الأسباب الموضوعية فأساسها كون الدراسات التي اهتمت بالصلح والتحكيم في قضايا شؤون الأسرة قليلة مقارنة بما هو عليه الحال في المواد المدنية والتجارية والتحكيم الدولي، كما أن تطبيقات المحاكم بشأن الصلح والتحكيم خاصة لم تلقى الاهتمام الكافي، فقد وضعا كطريقين بديلين وما زاد انتباهنا أن نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري لم يشملها التعديل ، حيث يلزم على القاضي بوجوب تعيين حكمين من أهل الزوجين الذين

استحكما الخلاف بينهما حد الشقاق والنزاع الشديد، فإن القاضي بعيد عن تطبيق نظام التحكيم رغم صراحة النصوص القانونية.

أما من جانب أهداف البحث فهي كالتالي:

– الإحاطة بماهية الصلح والتحكيم، والطبيعة القانونية لهما وتطبيقاتهما في قانون الأسرة ومدى نجاح هاتين الآليتين أو فشلهما.

– إظهار العلاقة بين الصلح والتحكيم والقضاء وإبراز دور القاضي والحكمين في تحقيق الصلح بين الزوجين.

من خلال ماسبق قمنا بطرح الإشكالية التالية :

ما هي الإجراءات القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري للحد من انحلال الروابط الأسرية؟

لمعالجة هذه الإشكالية قمنا بتقسيم البحث إلى فصلين، كل فصل ينقسم إلى مبحثين:

الفصل الأول: الصلح كوسيلة لتسوية النزاعات الأسرية

المبحث الأول: مفهوم الصلح

المبحث الثاني: إجراءات الصلح وآثاره

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الأسرية

المبحث الأول: مفهوم التحكيم

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وصلاحيات الحكمين في قانون الأسرة الجزائري

أما الخاتمة فقد تضمنت لخلاصة للأفكار المتوصل إليها قصد تفعيل الآليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية في قانون الأسرة والقضاء الجزائري والشريعة الإسلامية.

وقد ضمنا بحثنا بأهم النتائج التي توصلنا إليها في الخاتمة إلى جانب بعض الاقتراحات التي وجدناها ضرورية.

الفصل الأول

الصلح كوسيلة لتسوية النزاعات الأسرية

تمهيد:

إن دراسة موضوع الصلح في شؤون الأسرة يستوجب التطرق إلى مفهومه في اللغة والاصطلاح وكدا التطرق إلى مشروعيته ثم تمييزه عن بعض صور الصلح المشابهة له والمنصوص عليها في القوانين الأخرى، يقضي الأمر أيضا الفصل في مدى اعتبار الصلح أو إجراءات محاولات الصلح إجراء جوهري وما مدى تأثيرها على الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية.

ومن هذا المنطلق يقتضي تقسيم الفصل الأول إلى مبحثين قصد تبيان مفهوم الصلح ومشروعيته وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه إجراءات الصلح في قانون الأسرة الجزائري والآثار المترتبة عنه.

المبحث الأول

مفهوم الصلح

للإحاطة الجيدة بمفهوم الصلح يقتضي منا التعرض إلى تعريف الصلح و مشروعيته في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى في المطلب الثاني.

المطلب الأول

التعريف بالصلح

نتعرض بالدراسة إلى تعريف الصلح في الفرع الأول ثم مشروعيته في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تعريف الصلح

سنتطرق في هذا الفرع لتعريف الصلح من الناحية اللغوية أولا، ومن الناحية الاصطلاحية الشرعية والقانونية ثانيا.

أولا- المدلول اللغوي للصلح:

الصلح من الصلاح ضد الفساد، وصلُحَ يصلَح ويصلُح صلاحا وصلوحا، وأصلح الشيء بعد فساده أي أقامه، والصّلح: السّلم، والصِّلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة، والصلح أصلح ما بينهم، وصالحهم مصالحة وصلاحا[1].

والصلح من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة، والصالح هو الخالص من كل فساد، وهو سلوك طريق الهدى وهو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل والشّرع، وعليه فإن الصلح له عدة معان تدور حول إنهاء الخصومات والنزاعات وإزالة الفساد وإفشاء السلام ونشر الصلاح[2].

[1]- إبن منظور، لسان العرب، الجزء 49، الطبعة الثالثة، دار الصادر لبنان 1985، ص27.

[1] - المرجع نفسه، ص139.

ثانيا– المدلول الاصطلاحي للصلح:

تناول الفقهاء مصطلح الصلح في كتابهم بمعنى العقد الذي ينهي الخلافات والخصومات الواقعة بين أطراف النزاعات المختلفة بصفة عامة بغض النظر عن نوعية هذه الخلافات.

عند الحنفية " **الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة**".

عند المالكية عرفه ابن عرفة " **الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه**".

عند الشافعية " **الصلح عقد يحصل به ذلك أي قطع النزاع**".

عند الحنابلة " الصلح معاهدة يتوصل بها إلي الإصلاح بين المتخاصمين".

من خلال تعريفات الفقهاء للصلح فإن فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة يعتبرون الصلح أنه نوع من أنواع العقود هدفه رفع النزاع فلم يفرقوا بينه وبين الحكم والقضاء فالحكم أيضا يرفع النزاع، أما تعريف المالكية للصلح كان أحق حيث أن رفع النزاع يكون بعوض أي التنازل عن بعض الحقوق[1].

التعريف المختار هو تعريف المالكية لأنه أحق وأشمل، لأنه جامع لجميع أنواع الصلح عن إقرار وإنكار وعن سكوت وذكر العوض دلالة علي التنازل المتبادل بين المتخاصمين، كما أن الصلح فيه يكون عند وقوع النزاع أو قبله من خلال (أو خوف وقوعه)أي الدور الوقائي للصلح.

أما الصلح في القانون فلم يعرف المشرع الجزائري الصلح لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعريفا صريحا بل أعتبره إجراء قضائي، وبالرجوع إلى نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري الصلح بين الزوجين هو عقد رسمي يبرمه الزوجان بإرادتهما الحرة، يشترطان فيه كل الشروط التي يرونها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، ويتسع الاتفاق

[1]– علي بن محمد الشريف الجرباني ، التعريفات، طبعة جديدة، مكتبة لبنان، 1985، ص136.

إلى كافة العقود التي تنهي النزاعات والخلافات بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية أو تقي من أي نزاع محتمل مستقبلا، ويكون مضمونها جميع الحقوق المادية والمعنوية التي تكون سببا للخصومة، من خلال المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداءًا من تاريخ رفع الدعوى"[1]، وكذا المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تحت عنوان الطلاق بالتراضي وكذا إجراءات الصلح المنصوص عليها في نفس القانون والمتعلقة بقسم شؤون الأسرة ابتداءًا من المواد 439 وما يليها.

ومن خلال المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والمواد 431 و439 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أن المشرع الجزائري عند نصّه على الصلح في شؤون الأسرة أعتبره إجراءاً قضائياً يتخذه القاضي قبل الفصل في دعوى الطلاق المرفوعة أمامه، و يتم عبر عدة محاولات يجريها خلال فترة معينة قد يلجأ فيها إلى محكمين وعليه فالصلح بين الزوجين نوعان: صلح اتفاقي حسب المادة 19 أو قضائي حسب المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يجريه القاضي بين الزوجين قبل الفصل في الدعوة، في حين نجد القانون المدني عرفّه في المادة 459 على أنه "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعا محتملا، ذلك بأن كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

فقد أعتبر الصلح بين الزوجين عقداً، والعقد حسب المادة 54 من القانون المدني " **هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**"[1].

[1]– إبن منظور ، مرجع سابق ص40.

الفرع الثاني:

مشروعية الصلح

لقد تضافرت الأدلة على مشروعية الصلح بصفة عامة في عدة مجالات وبين الزوجين بصفة خاصة وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع من خلال دراسة الصلح في القرآن الكريم (أولا) في السنة (ثانيا) في الإجماع (ثالثا)[1].

أولا – مشروعية الصلح في القرآن الكريم:

لقد أمر الله عز وجل بالصلح في العديد من الآيات في القرآن الكريم من أجل أن يبين أهميته في تسيير حياة الناس، وأنه السبيل الوحيد لحل الأزمات والخلافات، ومن بين تلك الآياتٌ قوله تعالى (لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس)، فالقيام بالإصلاح بيت المتخاصمين أمر مطلوب حتى يعودوا إلى ما كانوا عليه من الألفة والإخاء فيجوز فيه من النجوى ما لا يجوز في غيره.

ويدخل الصلح بين الزوجين في هدا المعنى، وكذا الأجر العظيم الذي يجزي به الله و الفائدة المرجوة والثواب الأصيل للمصلحين من هذا المعروف. وقوله عز وجل أيضا (يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم وأطيعوا الله ورسوله إن كنتم مؤمنين)[2].

كما جعل الله تعالى إصلاح ذات البين من طاعته، فإن دل هذا فإنما يدل على أهمية الإصلاح الذي يخلق المودة والإخاء والمصافاة والأخوة والألفة وترك أسباب الإخلاف والتنازع والشقاق، وهذا ما يؤكد مشروعية الصلح بصفة عامة ويستدل على مشروعية الصلح قوله تعالى (الصلح خير).

---

[1]– بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة،وفق التشريع و القضاء الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2018 ص24.

[2] – سورة الأنفال الآية 01.

حيث تشمل الآية جميع أنواع الصلح بما فيها الصلح بين الزوجين كما قال تعالى أيضا (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا) فإذا خيف وقوع الشقاق والخلاف بين الزوجين فيشرع في هده الحالة في الصلح ليزيل الشقاق وتسمر الحياة الزوجية ويتضح من الآية الكريمة، أن الله تعالى لما وعد الحكمين والزوجين بالتوفيق بشرط إرادة الإصلاح دال على محبة الله للإصلاح وهذا يدل على إلزامية الصلح.

وقل سبحانه وتعالى في محكم تنزيله (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحها بينهما والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا)[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 العقد الذي بينهما، والصلح خير وحثت هذه الآية الزوجين على إصلاح ذات البين، وذلك لعظم الفائدة المرجوة والأجر العظيم والثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل الخير، وكلمة خير في الآية بمعنى: خير من الفراق والتمادي في الخلاف والشحناء والمباغضة لأنها شر وإن الله سبحانه وتعالى وصف الصلح بالخير، ولا يوصف بالخير إلا ما كان مشروعا مأذونا فيه[2].

ثانيا- مشروعية الصلح في السنة:

يعتبر الصلح من الأمور الجائزة والمرغوب فيها بين الناس جميعا في المجتمع والأحرى بين الزوجين، وهو ما تؤكده السنة القولية (أ) والفعلية (ب).

أ/السنة القولية :

جاءت جملة من الأحاديث أشهرها:

---

[1]- سورة النساء ،الأية ،128.

[2] - بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص26.

عن ابن 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 صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما**".

إن هذا الحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح ولا يوصف بالجواز إلا ما كان مشروعا في أصله ولا يظلم فيه أحد الطرفين ولا يحرم حلالا فهو جائز فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو منتهى وقمة العدل وأقرب إلى دوام المودة والأولى بذلك أنه يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة وصلاح المجتمع ككل.

فعن أبي الدرداء رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟**" **قالوا بلى قال** "**صلاح ذات البين، فإن فساد ذات البين هي الحالقة** "[1].

ب/السنة الفعلية: ثبت في صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم ذهب عند بني عمر بن عوف ليصلح بينهم وعن أم كلثوم بنت عقبة رضي الله عنها، أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس، فينمي خيرا، أو يقول خيرا)، وروي عن عبد الله بن كعب بن مالك رضي الله عنه لما تنازع مع أبي حدود في دين على أبي حدود أن النبي صلى الله عليه وسلم أصلح بينها بأن إستوضع من دين كعب الشطر وأمر غريمه بأداء الشطر ،فدل دلك على جواز الصلح.[2]

ثالثا- مشروعية الصلح في الإجماع:

أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعية الإصلاح بين الناس، في كل الحالات بما فيها الصلح بين الزوجين، وقد اشتهر العمل بالصلح بين الصحابة رضوان الله عليهم إذ روي عن عمر الله بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لأبي موسى الأشعري: "**وأحرص على الصلح**

[1] – المسعد ابن خالد إبراهيم،أحكام الصلح بين الزوجين:دراسة فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية الأردني،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة ،قسم الفقه وأصوله،جامعة مؤتة،الأردن ،2006 ،ص11.

[2]–بن هبري عبد الحكيم ،المرجع السابق ،ص 26.

ما لم يتبين لك فصل القضاء "، كما قال أيضا: " **ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن**"، فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر الصحابة الكرام رضوان الله عليهم، ولم ينكروا عليه فيكون إجماعا من الصحابة، ويكون حجة قطعية لأن الصلح شرع للحاجة وهي قطع الخصومة والمنازعة.

وقال صاحب كتاب المفتي:"**وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع، صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وصلح بين أهل العدل وأهل البغي، وصلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما**".[1]

المطلب الثاني

تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

لإبراز خصوصية الصلح في قانون الأسرة لابد من محاولة تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني(فرع أول) وكذا تمييزه عن الصلح في المادة الاجتماعية (الفرع الثاني) وبعد ذلك سنتطرق إلى تمييزه بما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية والذي اعتبر بديل لحل النزاعات وهذا ما سوف يتم تناوله في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني

إن موضوع الصلح في القانون الأسرة لا يعتبر عقد وإنما هو إجراء يجريه قاضي شؤون الأسرة بين الزوجين، على خلاف الصلح في القانون المدني الذي يكيف على أنه عقد طبقا لنص المادة 459 منه ،وإن كان الصلح في شؤون الأسرة والصلح في القانون المدني لهما نفس الهدف بحيث أن كليهما ينهيان النزاع بطريقة ودية، بانقضاء الحقوق والادعاءات التي ينازل عنها كل من المتصالحين، حيث نقضي الدعوى بالصلح غير أن ذلك لا يعني وجود اختلاف بينهما.[1]

[1] – المسعد بن خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص12.

والمشرع الجزائري أخذ بمبدأ الصلح في القانون الأسرة كحالة القوانين العربية ككل واعتبره من قبيل الإجراءات الوجوبية والأولية التي يلتزم القاضي بما قبل الشروع في مناقشة موضوع الدعوى فنجد محاولة الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق مصدرها القانوني في القانون الأسرة بموجب المادة 49 منه ،بحيث تنص على ما يلي :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"[2]، وكذا نص المادة 431 من ق إ م إ في الطلاق بالتراضي والتي تنص على :"**يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة ...ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا**"[3].

وبصفة عامة في صور فك الرابطة الزوجية في المواد 493 وما يليهما.

وعليه نلاحظ أن المشرع الجزائري عند نصه على الصلح في القانون الأسرة الجزائري اعتبره إجراء قضائيا سبق الفصل في القضية دون تقديم تعريف له في حين نجده في القانون المدني قد خصص له فصلا كاملا وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني (الالتزامات والعقود) وذلك من المادة 459 إلى المادة 466 من القانون المدني.

حيث عرفه في نص المادة 459 بما يلي: "**الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يستوفيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه**"[4].

---

[1] – خوفي خالد، التسوية الدولية للنزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية ،2011–2012 ص90.

[2] المادة 49، من القانون رقم 84–11 مؤرخ في 01 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، بموجب الأمر 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 صادر في 27 فبراير 2005.

[3] – المادة 431 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.

[4] – المادة 459 إلى المادة 466 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

وبذلك يكون المشرع قد أقر بالصلح في سواء القانون الخاص واعتبره عقدا وبذلك يكون المشرع قد اقر بالصلح في كلا القانونين، وكذلك نجد أن احد طرفي الصلح في القضايا المدنية إما شخص طبيعي أو معنوي، أما بالنسبة لطرفي الصلح في قضايا شؤون الأسرة فهما دائما شخصين طبيعيين وهما الزوج والزوجة حسب المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإن نجاح الصلح مرهون بمدى الاستعداد الذي يبديه الطرفين لتحقيق هذا المسعى.

أما عن طبيعة النزاع ففي القانون المدني يمكن أن يكون النزاع قائم أو محتمل تبعا لذلك يكون الصلح بهدف حل نزاع قائم وصلح بهدف توفي نزاع محتمل غير أنه يكون إجراء الصلح[1] في شؤون الأسرة لصيقا بالنزاع القائم بالضرورة وهو النتيجة المباشرة والمؤكدة بعد رفع الدعوى إضافة إلى الاختلاف في محل النزاع ذاته فأي نزاع يمكن أن يكون محل للصلح في القانون المدني مهما كان الحق المنازع فيه، وأيا كانت ترتيباته وصحته ومداه،رغم وجود بعض القيود على مبدأ حرية التصالح والتي ترجع أساسا إلى فكرة النظام العام،على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي له طابع التصالح استثنائي لا يقبل النزاع المستقبلي أو الاحتمالي ذلك أن موضوع فك الرابطة الزوجية مطروح على قاضي شؤون الأسرة الذي يكون محلا للصلح، وعليه فالقاضي ينظر فيما هو عالق أمامه من مسائل وخلافات زوجية.

طبيعة قضايا شؤون الأسرة تختلف عن طبيعة قضايا القضاء المدني، لأن الأولى تتعلق بحالة الأشخاص بذاتهم ويغلب عليها طابع السرية والحرمة، والثانية تتعلق بالأموال سواء كانت منقولة أو عقارية.

يلاحظ أيضا أن الصلح في شؤون الأسرة لا يتوفر على نص إجرائي يتعلق بالصلح، الذي يتم خارج الجهات القضائية وبعيدا عن الخصومة القضائية التي ترفع أمامها والتي

[1] – محمد الكشبور،،شرح مدونة الأسرة ،انحلال ميثاق الزوجية ،مطبعة النجاح الجديدة ،الجزء الثاني،دط،2006،ص50.

يطلب بعدها من القاضي الإشهاد للأطراف به خلافا كما هو منصوص عليه في الصلح المدني[1].

إن القائم والمبادر بالصلح في شؤون الأسرة،القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة وهو ما تؤكده نص المادة 49 من ق أ وكذا المواد 431 و 439 وما يليها من ق إ م إ، للقاضي إجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين بنفسه أو يقوم به تحت إشرافه، أما الصلح في القانون المدني فقد يكون بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو بسعي من القاضي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ويجمع الصلح القضائي الطرفين دون وجود علاقة ادغان على أساس أن الناس سواسية أمام القضاء والكل متساوون أمامه طبقا للنصوص الدستورية[2].

الفرع الثاني

تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية

حق اللجوء للقضاء حق من الحقوق العامة التي يكفلها القانون للناس جميعا، فلكل شخص حق الإدعاء أمام القضاء،سواء كان محقا في ادعائه أو غير حق فيه، وهو الحق الذي تقضي القواعد العامة في القانون، بمعنى أن الشخص كلما وقع اعتداء على حقه أو مركزه القانوني نشأ له الحق في مباشرة الدعوى، لكن القانون يمكن أن يورد استثناءا على القاعدة بمعنى أنه بالرغم من وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني للشخص فالقانون يمنعه من اللجوء إلى القضاء إلا بعد القيام بعمل معين أو الحصول على إذن مسبق وهو ما يسمى بالمنع المؤقت،ويشكل هذا العمل قيدا على رفع الدعوى، يعتبر هذا القيد عقبة قانونية وضعها المشرع أمام الشخص فلا يمكنه اللجوء إلى القضاء إلا بعد استفائه[3].

[1] – باديس ديابي،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى،الجزائر،2007.

[2] – شفيقة بن صاولة ،الصلح في المادة الإدارية،الطبعة الثانية،دار هومة، الجزائر، 2008، ص31.

[3] – زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء إسنيكولبيا، د ط ،الجزائر،2014،ص75.

ويشمل هذا القيد صور منها إجراء المصالحة في منازعات العمل، بحيث تنص المادة 1/19 من القانون رقم 90-04 على مايلي: "**يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية**[1].

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع قيد حق الشخص في اللجوء للقضاء في منازعات العمل بضرورة إجراء محاولة الصلح قصد تسوية النزاع بين الطرفين، حيث يترتب على رفع الدعوى قبل استفاء هذا القيد عدم القبول، وفي حالة عدم حصول صلح بين الطرفين حينئذ يحق للشخص اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القضائية فهذا القيد نسبي لأنه يقوم بعمل وإذا لم يؤدي العمل إلى نتيجة يلجأ إلى القضاء، لكن في حالة لجوء الشخص العامل للقضاء دون أن يقوم بمحاولة الصلح،فيجب عند رفع الدعوى أمام القسم الإجتماعي مراعاة القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى مع إضافة شرطين أساسيين لقبولها شكلا وهما:[2]

أن ترفق العريضة بمحضر عدم الصلح وتجدر الإشارة بأن النظام سواء كان تدريجيا أو أمام نفس الجهة المستخدمة لا يحل محل محضر عدم الصلح ولا يعتبر شرطا لقبول الدعوى.

أن ترفع الدعوى خلال أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى،وهذا حتى لا يتعسف العمال في رفع دعواهم إلا بعد انقضاء آجال طويلة قصد الحصول على تعويضات تكون كبيرة في غالب الأحيان.

يتبين لنا من خلال ما سبق الفرق بين محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل باعتبارها قيدا على رفع الدعوى،وبين محاولة الصلح المنصوص عليها في المادة 49 من ق أ الذي يعتبر في هذه الحالة شرطا وجوبيا للنظر في موضوعها،حيث يعتير إجراءا من

[1] – المادة 1/19 من قانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6نوفمبر 1990،يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

[2] – زودة عمر،المرجع السابق، ص77.

الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة الذي يجريه القاضي مباشرة بعد رفع الدعوى وهذا ما أكدته المادة 49 من ق أ التي تنص على ما يلي:"....**بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر...**" [1] .

أما محاولة الصلح في قانون العمل فالمشرع يخاطب صاحب الحق،وعلى هذا الأساس لا يعتبر في هذه الحالة إجراءا من الإجراءات الخصومة بل هو إجراء مستقل خارج عن الخصومة،لأنه في حالة حصول العامل على محضر عدم المصالحة ورفع بعد ذلك دعوى قضائية انتهت إلى بطلان الإجراءات،فكل الإجراءات التي تمت من يوم رفع الدعوى إلى آخر إجراء باطلة باستثناء محضر عدم الصلح،حيث نجد أنه لا علاقة له بالخصومة المنعقدة بالمحكمة فالمحضر يبقى صحيحا،ويمكن رفع دعوى من جديد استنادا إلى هذا المحضر لأنه لا يعد جزءا من إجراءات الخصومة[2].

ورد إجراء المصالحة في أماكن مختلفة من تشريعات العمل،حيث نهى عليه المشرع في القانون رقم 02/90 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب،كإجراء يمكن اللجوء إليه لحل الخلاف الجماعي في العمل قبل اللجوء إلى الوساطة أو التحكيم،كما نص المشرع عل المصالحة واعتبرها إجراء إلزامي في نزاعات العمل الفردية قبل رفع الدعوى القضائية،في القانون رقم 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل بموجب المادة 19 من القانون السالف الذكر[3].

الفرع الثالث

تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات

استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرق بديلة لحل النزاعات ومن بينها الصلح الذي يهدف إلى إنهاء النزاع بين الخصوم ويؤدي إلى تخفيف

[1] – المادة 49 من القانون رقم 84-11، المعدل والمتمم.

[2] – بربارة عبد الرحمان،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،الطبعة الثانية،منشورات بغدادي،الجزائر،2009،ص361.

[3] – قانون رقم 04/90،المرجع السابق.

العبء عنهم، لأن إجراءات التقاضي فيها تمتاز بالمشقة لأنها تستغرق وقتا طويلا وتكليف باهضة بالإضافة إلى أن الصلح يؤلف بين القلوب،ويضع حدا للأحقاد والشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة ويقلل من حجم الدعاوى المعروضة على المحاكم والمجالس[1].

وضع المشرع القواعد الإجرائية العامة للصلح كطريق بديل لحل النزاعات ضمن الكتاب الخامس من ق إ م إ، حيث يغلب على إجراء الصلح في نزاعات فك الرابطة الزوجية الطابع الوجوبي الإجرائي المسبق للصلح بعد رفع الخصومة القضائية وقبل السير فيها باعتباره إجراء من إجراءاتها فهو بهذا يختلف عن الطرق البديلة كل النزاعات المنصوص عليها في الكتاب الخامس من نفس القانون والي تعتبر طرق تعويضية للخصومة القضائية يلتجأ إليها المتقاضي بصفة اختيارية،متخليا بذلك كقاعدة عامة عن الكثير من إجراءاتها[2].

فكرة الصلح كطريق بديل ليس بالفكرة الجديدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تناولها المشرع في المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية الملغى ولو أنه اكتفى آنذاك بهذا النص الذي أجاز للقاضي بصفة عامة مصالحة الأطراف أثناء الدعوى وفي أي مادة كانت، كما احتفظ في ق إ ج إ بنفس هذه المقتضيات في المادة الرابعة منه إلا أن إجراء الصلح هذه المرة ورد ضمن الأحكام التمهيدية وكرسه مع المبادئ الإجرائية العامة لأهميته، غير أنه ذكر الصلح في الكتاب الخامس كطريق بديل وليس كإجراء ما هو عليه الحال في شؤون الأسرة.

عالج المشرع القواعد الإجرائية للصلح كطريق بديل في أربع مواد من 990 إلى 999 وردت في الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الخامس،ولم يعرف ق إ م إ الصلح كطرق بديل خلافا لما هو عليه الحال في الصلح في ق م من خلال نص المادة 459 منه،أوضحت المادة 990 السالفة الذكر الطابع الجوازي لمحاولة الصلح، إذ تركت فيه خيار

[1] – المرجع نفسه، ص363.

[2] – بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية،مذكرة التخرج لنيل إجارة المعهد الوطني للقضاء،الدفعة الثامنة عشر،الجزائر،2010،ص14،13.

إتمامه لطرفي النزاع بمبادرة منهما،بينما الصلح في قضايا شؤون الأسرة لابد من تدخل القاضي نظرا للطابع الوجوبي له[1].

في الأخير نستنتج أن المشرع استثنى من الطرق البديلة قضايا شؤون الأسرة، ويشكل هذا الاستثناء حالة خاصة في ق إ م إ لكون المشرع في قانون الأسرة فضل الصلح الذي يقوم به القاضي مباشرة مع الطرفين فلا يمكن له بعدها أن يفرض إجراء الصلح كطريق بديل أو الوساطة بل إن تبريرا استثناء إجراءات الصلح كطريق بديل في مجال قضايا شؤون الأسرة يرجع إلى احتواء التشريع الخاص بها إلى ما يتكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات.

المطلب الثالث:

الطبيعة القانونية للصلح

نص المشرع الجزائري على محاولا الصلح في قانون الأسرة في المادة 49 منه التي نصت على ما يلي: "**لا يثيت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى**"[2].

كما نظمه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 430 إلى 448 منه، إلا أن الفقه والقضاء اختلفا بين ما إذا كان الصلح من النظام العام(الفرع الأول) أو أنه ليس من النظام العام(الفرع الثاني).

الفرع الأول :

الصلح من النظام العام

الكثير من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة 49 من قانون الأسرة، وكذا المواد المنظمة الإجراءات الصلح الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الثاني تحت عنوان الإجراءات الخاصة لكل جهة قضائية من الباب الأول في الإجراءات الخاصة

[1] – بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص16.

[2] – المادة 49 من قانون رقم 84 – 11، المعدل والمتمم.

بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام في الفصل الأول في شؤون الأسرة، في القسم الثالث في إجراءات الطلاق في الفرع الثالث في الصلح في المواد 439 وما بعدها، أن محاولات الصلح التي يجريها القاضي تعد من الإجراءات الأولية والجوهرية السابقة على الحكم لفك الرابطة الزوجية باعتبارها من النظام العام[1].

حيث فسر الأستاذ بلحاج العربي نص المادة 49 من ق أ بما يلي: "نصا إجرائيا أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق،حيث يتوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق"، وذهب إلى القول أن "...محاولة الصلح أصبحت إجراءا إجباريا على القاضي القيام به".

واعتبر الأستاذ حسين بن الشيخ آيث ملويا أن محاولة الصلح إلزامية للقاضي وهي من النظام العام، لكون المشرع في المادة 49 من ق أ لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم،والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح هي إجراء جوهري لابد منها قبل النطق بحكم الطلاق وأضاف أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية وعدم القيام بها يعد إخلالا بإجراء جوهري.

استقر أيضا قضاء المجلس الأعلى على إلزامية محاولات الصلح في قراره الصادر بتاريخ 25/12/1989 على أنه: من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي، والقضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، وكذلك في القرار الصادر في 18/06/1991[2] أين جاء في أحد قرارات المحكمة العليا أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، ومنه فالقيام بإجراء محاولة

[1] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري:أحكام الزواج، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص357.

[2] – شامي أحمد، السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة:دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلسمان،السنة الجامعية،2014،2013،ص100.

الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام وكذلك وبعد تعديل ق أ 2005 فقد جاء في قرار صادر بتاريخ 14/06/2012 ما يلي: "حيث وطبقا لأحكام المادة 49 من ق أ فإنها تقضي على أنه لا يثبت الطلاق إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الطرفين من طرف القاضي.

وحيث أنه ثبت من الحكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلى لأنهما لم يحضرا فحرر محضر عدم الصلح إثبات لذلك وحيث أنه مادام أن المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح فإن القضاء بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولة صلح يعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من ق أ.

الفرع الثاني

الصلح ليس من النظام العام

بعض رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة 49 من ق أ يعتبرون أن محاولات الصلح التي يجريها قاضي شؤون الأسرة، لا تعد من النظام العام.

حيث يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين أن "محاولة الصلح لا تعد من النظام العام،بل في بعض الحالات إجراء محاولة الصلح من قبل القاضي يعد في حد ذاته إجراءا مخالفا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من ق أ ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين،ويرى أن محاولة الصلح لا علاقة لها بالنظام العام مضيفا "الذي يدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري، أن المشرع حدد لها مدة ثلاثة أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى وبمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد[1] انقضاء المدة المحددة لها 3 أشهر، فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما قيدها المشرع تلك المدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول".

[1] – سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري،الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر،2010، ص123.

ويرى الأستاذ عادل بوضياف "إن الصلح وجوبي بنص المادة 439 من ق إ م إ وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بها القاضي وهو تأكيد لنص المادة 49 من ق أ،والوجوب في ق إ م إ لا يقيد بطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح، ولا يظهر جليا وإن الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي .."ولأن الصلح في ذاته محاولة تقريب وجهتي النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق[1].

واعتبر الأستاذ عبد العزيز سعد أنه وبخصوص بعض الحالات تصبح محاولة الصلح في دعاوى الطلاق غير ذات أهمية فتصبح إجراء غير جوهري بالنظر لوقائع بعض هذه الحالات التي من بينها حالة ما إذا اتفق الزوجان على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك، وحالة ما إذا أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضه المطلق لمبدأ الصلح، كما تعتبر محاولة الصلح عديمة الفائدة عندما تتمسك الزوجة بالتطليق لغيبة الزوج عنها مدة طويلة بلا عذر ولا نفقة ولا يدري أين هو أصلا[2].

كانت المحكمة العليا قضي في قراراتها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق،إذا لم يقم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين غير أنه في قرارات أخرى، بأن اعتبرت محاولة الصلح ليست إجراءا جوهريا ومن بين تلك القرارات في هذا الشأن نجد هذا القرار الذي قضي بما يلي : "إن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق والتطليق تصدر دائما نهائية".

كما قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 03/06/1985 بأن محاولة الصلح جوازية، وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاد إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاده، ولا

[1] – بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية :الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية،الجزء الأول،الطبعة الأولى، د.د.ن، الجزائر،2012، ص444.

[2] – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد:أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومه للنشر، الجزائر،2010، ص115.

يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازيا،،فعله أو تركه وأن المادة 17 من ق إ م إ المتعلقة بالصلح جاء النص فيها عاما وجوازيا، ولا يستثنى أي دعوى.

وأكدت في قرار أخر لها لغرفة الأحوال الشخصية لدى المجلس الأعلى بأن "محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية..."[1].

وبعد تعديل ق أ سنة 2005 استمرت المحكمة العليا باعتبار الصلح إجراء غير جوهري وهو ما جاء في القرار الصادر أن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 13/06/2007 والذي قضي بما يلي: "لكن حيث أن المادة 49 من ق أ لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط إضافة إلى أن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 هي إلا موعظة...".

المطلب الرابع

شروط الصلح

نتناول في هذا المطلب أهم الشروط الأساسية التي ينبغي توافرها لقيام إجراء الصلح والتي تتمثل أساسا في ضرورة رفع الدعوى التي يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول ثم بعد ذلك وجود أطراف جلسة الصلح في الفرع الثاني وأخيرا وجود العلاقة الزوجية في الفرع الثالث.

الفرع الأول

ضرورة رفع الدعوى

طبقا لنص المادة 48 من ق أ يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53، 54 أي بالتطليق والخلع وعليه فالمشرع اعتبر كل هذه الصور طلاقا بمعناه العام كطريق حل الرابطة الزوجية، ومادام حق فك هذه الرابطة الزوجية ثابت للزوجين معا فإن ممارسته يجب أن تتم

[1] – عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص117.

عن طريق الوجه للقضاء وتسجيل الدعوى القضائية[1]،بذلك حيث تعتبر هذه الأخيرة الوسيلة الإجرائية الوحيدة التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة في هذا الإطار من الناحية القانونية، باعتبارها الدعوى أصلا سلطة الشخص التي يخولها النظام القانوني في اللجوء إلى الجهات القضائية لفرض حماية حقه.

وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حيث يتسنى للقاضي شؤون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين ومحاولة منه كبح الجماح وتفادي انحلال وخصم الحياة الزوجية فشرط وجود طلاق معروض على القضاء هو شرط موضوعي لعقد جلسة الصلح بين الزوجين[2].

وعليه فإنه يتم اللجوء إلى القضاء بطريق رفع الدعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كاتبة الضبط المحكمة المختصة كما يستلزم الأمر أن تتوفر في هذه العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانونا والواردة في ق إ م إ وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح في أي دعوى موضوعها حل الرابطة الزوجية إلا بعد رفع الدعوى وانعقاد الخصومة.

ومنه فقد حدد المشرع فترة زمنية بثلاثة أشهر تجري فيها محاولة الصلح لكنه لم يبين متى تبدأ هذه الفترة،فهل تبدأ من تاريخ ،،،، طلب الطلاق بكتابة الضبط المحكمة أم من تاريخ الأول لجلسة الصلح أم بالحضور الأول للأطراف جلسة الصلح[3].

يبدو أن هذه الفترة تبدأ من تاريخ المقررة للجلسة الأولى لإجراء الصلح ويقوم القاضي خلال هذه المرحلة بالمصالحة بين الزوجين وقد تنتهي هذه المحاولة إلى نتيجة إجابية وفي هذه الحالة هو ليس إلى عقد جديد لأن الطلاق لم يقع أصلا.

---

[1] – المادة 54،53،48،من القانون رقم 84–11،المعدل والمتمم.

[2] – عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، د ط، الجزائر، 2003، ص35.

[3] – المرجع نفسه، ص36.

الفرع الثاني

وجوبية إجراء محاولات الصلح

تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة حسب نص المادة 32 من ق إ م إ "**المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام تفصل جميع القضايا لا سيما قضايا شؤون الأسرة...**"، وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في ق أ وذلك حسب المادة 423 من نفس القانون.

وحسب المادة 49 من ق أ التي تنص "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...**"[1].

فالمشرع تكلم عن إجراء الصلح في بداية نظره في النزاع عند عرضه على مستوى المحكمة، أما المادة 49 تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، وقد جاء في قرار عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 15/11/2006 والتي أقر المبدأ الأتي: "**محاولة الصلح في دعاوى الطلاق وجوبا أمام المحكمة فقط**"[2].

نجد في هذا القرار أن إجراء الصلح يتم وجوبا أمام المحكمة.

ذهب اتجاه من الفقه إلى القول أن المادة 49 من ق أ نصت على وجوبيته إجراء محاولة الصلح ولم تميز بين المحكمة والمجلس القضائي،وبالتالي يجب على القاضي أن يقوم بها قبل النطق بالطلاق سواء كان على مستوى المحكمة أو على مستوى المجلس، وبمعنى آخر من يحكم بالطلاق في المحكمة أو في المجلس القضائي،يتعين عليه قبل النطق به أن يقوم بمحاولة الإصلاح وبالرغم من كون المادة 49 أعلاه تتحدث عن

---

[1] – المادة 49 من القانون رقم 84-11،المعدل والمتمم.

[2] – المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 372130 مؤرخ في 2006-11-15،المجلة القضائية،عدد02 سنة 2007،ص463إلى 467.

المحكمة، فإن ذلك لا يعني أن المجلس غير معني بالقيام بمحاولات الإصلاح عندما يكون النطق بالطلاق في الدرجة الثانية، فلابد أن تسبق النطق بالطلاق محاولة الإصلاح سواء كان ذلك النطق على مستوى المجلس أو المحكمة،ولا استثناء إلا بقانون.

اتجاه آخر من الفقه يرى بأنه لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد أمام جهة الاستئناف بعد فشل محاولة الصلح أمام المحكمة،خاصة وان ق إ م إ لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الأسرة في جميع مراحل الدعوى،لأن الصلح بصفة عامة وفي شؤون الأسرة يكون قبل المرافعات وتفاديا من تزايد تعقيد علاقات الزوجين،أما إذا فشل في البداية وواصل الطرفان إجراءات التقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي فلا يبقى فائدة في إجراء الصلح من جديد أمام جهات الاستئناف.

هناك اتجاه آخر يرى أن الصلح بين الزوجين من مهام القاضي وفي كل وقت وكلما كان ذلك ممكنا أو كلما استجد ما يبرره بدليل قد يأتي الزوجين في أي مرحلة من مراحل الدعوى ويطلان التنازل عن الدعوى لوقوع صلح بينهما الأمر الذي سيحقق نتيجة إيجابية سواء كان ذلك أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي،غير أنه هذا الإتجاه لا يجعل من محاولة الصلح أمام جهة الاستئناف أمرا إلزاميا[1].

الفرع الثالث

وجود العلاقة الزوجية

إن محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما فلا صلح في غياب هذه الرابطة ومن تم نتساءل متى تكون في صدد علاقة زوجية قائمة فعلا؟

وهل يشرط لإجراء الصلح من طرف القاضي أن يحصل دخول حقيقي بين الزوجين؟ وما هو الحل إذا كان الزواج زوجا عرفيا؟

[1] – الخميلشي أحمد،التعليق على قانون الأحوال الشخصية :الزواج والطلاق،الجزء الأول،الطبعة الثالثة،مطبعة المعارف الجديدة،المغرب،1994،ص405.

لقد ذكر بعض الفقهاء بأنه عقد يقيد حل العشرة بين الزوجين بتعاونهما ويحدد ما عليهما من حقوق وما عليهما من واجبات، قال تعالى"**من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون**"[1].

بالرجوع إلى نص المادة 4 من الأمر المعدل من ق أ التي جاء فيها "**الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي من أهدافه تكوين أسرة أساساها المودة والرحمة والتعاون وحصان الزوجين والمحافظة علة الأنساب**"[2].

فلا يمكن القول بمحاولة للصلح من غير وجود العقد الزواج قائم فعلا بين زوج وزوجة وعليه شرط الزواج هو ركن أساسي لمحاولة الصلح وعقد الزواج الرسمي هو وسيلة والتي يمكن من خلالها إثبات الصفة في ذلك،لأن الطلاق لا يكون إلا بناءا على عقد زواج صحيح ولازم، ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن إجراء الصلح.

المبحث الثاني:

إجراءات الصلح وآثاره

خص المشرع الجزائري محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة بإجراءات موضوعية وشكلية، كما تطرقت المادة 48 من ق أ أنه ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة وهذا في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من قانون الأسرة، ومنه تقتضي دراسته إجراء محاولات الصلح، في ظل الممارسة القضائية إلى التطرق إلى معالجته إجراءات الصلح في دعوى الطلاق الراضي ودعوى التطليق من طرف الزوجة في (المطلب الأول)، في حين نتطرق إلى معالجة الآثار المترتبة من الطلاق بالتراضي و التطليق بطلب من الزوجة في (المطلب الثاني).

[1] – الآية 21 من سورة الروم.

[2] – المادة 4 من القاون رقم 84–11 المعدل والمتمم.

المطلب الأول:

إجراءات الصلح "دعوى الطلاق بالتراضي ودعوى التطليق من الزوجة كنموذج"

خص المشرع الجزائري الطلاق بالتراضي المنصوص عليه في المادة 485 من قانون الأسرة بإجراءات خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا لاختلافه عن حالات فك الرابطة الزوجية الأخرى، ونلاحظ كذلك نفس الأمر بالنسبة لدعاوى التطليق من الزوجة، فهناك أسباب عديدة عددتها المادة 53 من ق.أ.ج، والسبب العاشر منها وسع الباب بأن أجاز التطليق لكل ضرر.

الفرع الأول:

إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي

نظرا لخصوصية العلاقات الأسرية فإن المشرع الجزائري وسعيا منه للحفاظ على استقرار الأسرة عمل على استحداث أحكام خاصة بالطلاق بالتراضي استجابة لرغبة الزوجين اللذين لا يودان إشهار أسباب النزاع بينهما عن طريق إجراءات قضائية قد تطول، فيظهر بأن هذا النوع من الطلاق لا يثير أي إشكال لأن القاضي ليس له إلا توثيق وإثبات الطلاق غير أن هذه الفكرة ليس صحيحة على إطلاقها، حيث جعل المشرع[1] الطلاق يتم تحت رقابة القضاء لتكون إجراءاته وجميع خطواته المتطلبة قانونا تحت رقابة القاضي، الذي يملك سلطات واسعة في ذلك، ليتدخل من أجل القيام بالدور القانوني والاجتماعي المتاح له أمام حرية الزوجين في إيقاع هذا النوع من الطلاق، فاتفاق الطرفين لا يكون المعزل من رقابة القاضي لإرادتهما، ومدى احترام شروط الطلاق للنظام العام و مصلحة الأفراد والأمور المرتبطة بآثار الطلاق قصد حماية الطرف الضعيف، وبذلك خص المشرع ق.إ.م.إ بإجراءات وأحكام خاصة للطلاق بالتراضي التي يجب على القاضي مراعاتها بدءا بمراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها ثم الاستماع إلى الزوجين والتأكد من رضا الزوجين، ومحاولة

[1]– الحسين آث ملويا، الملتقي في الأحوال الشخصية، ج1، د.ط، دار هومة، الجزائر، ص113.

إصلاح ذا البينين ما أمكن إصلاحه، كما أعطى القاضي دورا فعالا في مراقبة القاضي مدى مراعاة الاتفاق للنظام العام ومصلحة الأولاد.[1]

تنص المادة 428 من ق.إ.م.إ "في حالة الطلاق بالتراضي يقدم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط".[2] أما نص المادة 429 من نفس القانون تضمن البيانات التي يتضمنها الطلب المشرك، وتنص المادة 430 من القانون السالف الذكر على ما يلي: "يخطر أمين الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي، ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض"، يتمتع أطراف النزاع في هذه الحالة بكل الامتيازات التي يمتع بها من سلك الطريق البديل لحل نزاعه وخاصة السرعة في نظره[3]

وبالرجوع لنص المادة 48 منه نجد أنه من بين صور انحلال الرابطة الزوجية الطلاق بالتراضي، وينعقد الاختصاص للمحكمة في الطلاق بالتراضي مكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما طبقا لنص المادة 426 من ق.إ.إ.م.

الفرع الثاني

إجراءات الصلح في دعوى التطليق من الزوجة

هناك حالات أين يكون للصلح أثر منتج منها الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، فقد أجاز المشرع الجزائري في المادة 53 فقرة 4 من قانون الأسرة للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة يتأكد القاضي من طبيعة العقوبة وسماع تصريحات كل طرف، لأنه في إطار القيام بالصلح إذا كان محكوما عليه بمدة ليست بالطويلة أو أن الزوج قضي العقوبة، وخرج من السجن ثم تأتي الزوجة وترفع طلبها، وهنا يلعب القاضي دورا كبيرا في إقناع الزوجة بأن الخطأ فعلا وهو مستعد لكي

[1]–المادة 428، قانون رقم،08–09، المرجع السابق.

[2] المادة 428 ،قانون رقم 08–09، المرجع السابق.

[3] المادة 430، المرجع نفسه.

يتغير، وأنه يتعين على الزوجة منحه فرصة أخرى ليتدارك الخطأ فباب التوبة مفتوحا لاسيما وأن الزوج يتمسك بالزوجية[1].

النفقة أثر من أثار عقد الزواج الصحيح، ولهذا أولى لها المشرع اهتماما كبيرا وأكد على الطابع الإلزامي لتسديدها وبإخلال بهذا الالتزام يلزم الزوجة حق طلب التطليق ولهدا وضع المشرع شروط تتمثل في[2]:

-شرط عدم إنفاق الزوج على زوجته بامتناعه عن تقديم ما تحتاجه.

-شرط استظهار الزوجة بحكم يقضي بالنفقة على الزوج بقبول دعواها.

-شرط أن لا تكون الزوجة عالمة بعسر الزوج عند العقد فلا يحق لها طلب التطليق للإعسار.

-أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي.

يخول القانون للزوج حق متابعة زوجها جزائيا طبقا لأحكام المادتين 330 و 331 من قانون العقوبات بتهمة الإهمال العائلي والامتناع عن دفع نفقة مقررة بحكم قضائي، وخلال جلسة الصلح يحاول القاضي مع الزوجين تحديد تاريخ عدم الإنفاق ويدون ذلك في محضر بشرط أن لا يكون أكثر من سنة قبل رفع الدعوى وعند عدم تحديده، كما يعمل القاضي في محاولات الصلح على إقناع الزوج بأنه ملزم بالإنفاق، مادام هو المسؤول على أسرته سواء كان غنيا أو فقيرا على أن يكون إنفاقه حسب حالته المادية.

وفي حالة فشل القاضي في محاولات الصلح فإنه يحسم أمر النفقة التي تشمل الغداء والكسوة والعلاج و السكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات

[1] - بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري: مقدمة الخطبة، الزواج والطلاق، الميراث والوصية، الجزء الأول:الزواج والطلاق ،الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص150.

[2] - عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة مصر، ص 13.

ومن أسباب طلب التطليق كذلك نجد مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج وهي مستحدثة بموجب الأمر 05/02 في الفقرة 09 من المادة 53 من قانون الأسرة، فإذا نصب اتفاق الطرفين على شرط من الشروط كإشراط الزوجة إكمال دراستها واشتراطها على الزوج عدم الزواج مرة أخرى أو الاتفاق حول نصيب كل من الزوجين وعند قيام الزوج الرفض كرفضه لعمل الزوجة فهنا يجوز لها طلب التطليق ويشترط هنا أن يكون الشرط مكتوبا في عقد رسمي كما لها الحق في طلب التعويض وحسب المادة 53 مكرر من قانون الأسرة فالقاضي في جلسة الصلح في هده الحالة له دور إجابي يتمثل في مراقبة صحة الشروط المقترنة بالعقد وتقدير مشروعيتها نظرا للإختلاف الفقهي في هدا المجال ودوره في إبطال الشرط والإبقاء على عقد الزواج ودوره في تعديل الشروط المقترنة بالعقد لإعادته إلى العدالة[1].

المطلب الثاني:

معيقات الصلح بين الزوجين

قد تطرأ على عملية الصلح بين الزوجين بصفة عامة وأثناء الجلسة بصفة خاصة ظروف تحول دون تحقيق الهدف المرجو من العملية الصلحية، وهذا راجع إلى عدة أسباب تقف عائق أمام القاضي والحكمين إن وجد وقد تطرقنا في الفرع الأول إلي غياب الزوجين أو أحدهما عن جلسة الصلح وفي الفرع الثاني تناولنا حالة وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح.

الفرع الأول:

غياب الزوجين أو أحدهما عن جلسة الصلح

يتم تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح سواء عن طريق القاضي في الجلسة عند حضورهما أمامه أو عن طريق المحضر القضائي، وبعد تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح يتوجب على الزوجين الحضور لجلسة الصلح غير انه قد يحدث ظرف يحول دون تحقيق

[1] عمرو خليل، المرجع السابق،ص 15.

ذلك، وهو غياب أحد الزوجين في التاريخ المحدد لجلسة الصلح مما جعل المشرع الجزائري يعالج حالات الغياب ويميز بين حالة غياب أحدهما أوكليهما معا، فإن كان التغيب للضرورة أو لسبب مقنع ومشروع[1]، فللقاضي أن يعين قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية عملا بنص المادة 02/441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2]، وأما إن كان التغيب بدون عذر رغم تبليغه شخصيا ففي هذه الحالة يحرر القاضي محضرا يثبت فيه تخلف الخصم عن حضور جلسة الصلح بإرادته وهذا استنادا للمادة 441 /02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها: " غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي بذلك"[3].

وفي هذا الشأن فقد ذهبت المحكمة العليا في البداية إلى تفسير غياب احد الزوجين عن جلسة الصلح على أساس أنه رفض ضمني للصلح، هذا الموقف لم يلبث طويلا أن تراجع قضاة المحكمة العليا عنه حينما قرروا أنه على رافع دعوى فك الرابطة الزوجية أن يحضر شخصيا محاولات الصلح لكي يؤكد ويفسر مطالبه، ويصرح إذا كان يريد الصلح أو يرفضه وفي حالة غيابه ترفض دعواه[4].

أما في حالة تغيّب الزوجين معا عن محاولات الصلح، يجب على قاضي شؤون الأسرة أن يحرر محضر عدم الصلح، وأيضا محضر يثبت فيه عدم الحضور لجلسة الصلح.

---

[1] عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق، ص336.

[2] تنص المادة 02/441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو يستدعي قاض آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية".

[3] المادة 441 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[4] عادل بوضياف، المرجع السابق، ص445.

الفرع الثاني:

وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح

نميّز في هذه الحالة بين وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، وبين وفاة احد الزوجين خلال مدة الصلح في دعاوى التفريق القضائي في الأخرى.

أولا- وفاة الزوجين خلال مدة الصلح في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

يملك الزوج الحق في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة، فإذا فع دعوى قضائية لإثبات ذلك المركز القانوني، وكانت القضية في مرحلة محاولات الصلح التي يجريها القاضي قد يحدث وان يتوفى الزوج أو الزوجة قبل إتمام العملية الصلحية، وهو ما يستدعي التساؤل حول تصرف القاضي في هذا الشأن، فلا يقضي بانقضاء أو سقوط الخصومة؟ أو يقضي بإثبات الطلاق إذا ادعى الزوج قبل وفاته أنه وقع الطلاق؟

لقد جاء في هذا الشأن قرار عن المحكمة العليا بتاريخ: 10/11/ 2011[1]، أنه يجب على القاضي أن يلتفت إلى طلب الزوج المحدد والمذكور في العريضة و يتأكد منه شخصيا عن حضوه جلسة الصلح، فمتى ثبت للقاضي أن الزوج طالب بإيقاع الطلاق في هذه الحالة يقضي بانقضاء الخصومة بوفاة المدّعي طبقا لنص المادة 220 من ق إ م إ[2]، أما إذا صرح الزوج بالطلاق لأول مرة أثناء جلسة الصلح ثم توفي مباشرة ولم تنقضي فترة محاولات الصلح المحددة بـ ثلاث (03) أشهر، ذهب جانب من الفقه أن يتعين على القاضي أن لا يصدر حكما بانقضاء الدعوى دون الالتفات إلى هذا الطلاق الذي أوقعه الزوج أو إلى

---

[1] قرار رقم 474956 مؤرخ في 2011/11/10 المحكمة العليا غرفة شؤون الأسرة والمواريث جاء فيه: " يؤدي وفاة الزوج بعد رفعه دعوى الطلاق إلى انقضاء الخصومة وليس انقضائها، لا يحق للورثة ولا للقاضي تغيير موضوع دعوى الزوج في إيقاع الطلاق إلا يثبته بأثر رجعي.

[2] تنص المادة 220 ق إ م إ على ما يلي: " تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى ....يمكن أن تنقضي الخصومة بوفاة أحد الخصوم ما لم تكن قابلة للانتقال ".

العدة المترتبة عنه، ويجب في هذه الحالة أن يثبت الطلاق المسجل في الحالة المدنية طبقا لنص المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري[1]، وذلك بعد مراقبته للعدة هل انقضت أم لا.

ثانيا- وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعاوى التفريق القضائي الأخرى:

تتجلى هذه الدعاوى في كل من دعاوى فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و54 من قانون الأسرة الجزائري إلى جانب دعاوى الطلاق بالتراضي فإذا حصلت الوفاة بعد رفع إحدى الدعوات السابقة، أو كانت القضية في مرحلة محاولات الصلح لا يثار هنا أي إشكال باعتبار أن الحكم الصادر فيهم هو حكم منشأ لا يترتب عليه أي أثر قانوني إلا من يوم صدور الحكم القاضي بالطلاق، وعلى القاضي أن يصدر حكم بانقضاء الدعوى على أساس الوفاة طبقا لنص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري الجزائري التي تنص على ما يلي: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة "[2]، وتكون الخصومة حينها قد انقضت بوفاة المدّعي.

المطلب الثالث:

أثار إجراءات الصلح

إن محاولات الصلح القاضي سواء بنفسه أو بالاستعانة بالحكمين وقد تنتهي بالنجاح كما قد تنتهي بالفشل وهو ما يكون له تأثيرا مصيريا في سريان الدعوى وكيفية انقضائها بعد تحير محضر الصلح أو محضر عدم الصلح حسب الحالة، وهو ما سنتناوله في هذا المطلب حيث نطرق لحالة نجاح محاولة الصلح في الفرع الأول وحالة فشل محاولة الصلح في الفرع الثاني.

[1] تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محالات صلح يجريها القاضي....ثلاث(03) أشهر".

[2] المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه.

الفرع الأول:

نجاح محاولات الصلح

إن نجاح الصلح بين الزوجين في أية دعوى من الدعاوي السابقة يتخذ عدة إجراءات لاحقة ظهر في تحرير محضر الصلح ثم يليها الحكم بانقضاء الدعوى[1].

أولا- تحرير محضر الصلح:

نص المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أن الصلح الموصل إليه من طرف الزوجين يثب بموجب محضر يحرّر في الحين من قبل أمين الضبط وتحت إشراف القاضي ويوقع من طرف هذا الأخير وأمين الضبط والزوجين ويوضع بأمانة ضبط المحكمة نفسها، كما نصت المادة 448 من نفس القانون على أنه إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر[2] يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، حيث أوجب المشرع الجزائري على القاضي بمجرد حصول الصلح واتفاق بين الزوجين وتوصلهما للصلح أن يثبت ذلك في الحين لأن الخصومة تقتضي مباشرة وليس للقاضي ولاية عليها، بعد ذلك يتولى أمين الضبط تحت إشراف القاضي الذي ينظر في الدعوى تحرير محضر يتضمن كل ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين، فدور القاضي هو الإشهاد على ما تم الاتفاق عليه دون تدخل أو تعديل ما دام موافقاً للنظام العام و لا يمس بمسائل الحالة الشخصية كما لا يجوز للقاضي أن يملي حقوقاً أو ينزع حقوقاً لهذا الطرف أو ذلك أو أن يفرض عليهما شروطاً معينة بإرادته فهو

[1]- نبيل صقر، تشريعات العمل نصا و تطبيقا، النصوص التشريعية و التنظيمية الخاصة بالعمل، اجتهادات المحكمة العليا، دار الهدى، الجزائر 2009، ص28.

[2]- وردة بوزيد، الصلح و التحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص شؤون الأسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي 2011، ص28.

مطالب بالحياد و دوره الصلح بين الزوجين فقط بالإشراف و التوجيه و المصادقة في الأخير على ما اتجهت إليه إرادة الطرفين.[1]

وبالرغم من إن إرادة القاضي في العمل القضائي تقريرية و مفروضة لكنها تؤدي دوراً تبعياً في العملية الصّلحية لتفسح المجال للإرادة الاختيارية للخصوم التي تبقى تلعب دوراً أساسياً في إنهاء النزاع القائم صلحاً لكن بتوجيه كبير من القاضي. أما مضمون محضر الصلح الذي يحرّره أمين الضبط تحت إشراف القاضي وبحضور الأطراف جميعاً أو أحدهما ففضلاً عن المعلومات المتعلقة بهوية المدّعي والمدّعى عليه وواقعة الحضور والغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح، فإنه يتضمن جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفين وكذا دفوعهما وطلباتهما والشروط التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كليهما معا. ولا يجوز أن يتضمن محضر الصلح ما يخالف النظام العام أو ما يمس بالحالة الشخصية لأحد الزوجين "بقا لنص المادة **641** من القانون المدني التي تنص على: " **لا يجوز الصلح في المساءل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام ولكن يجوز الصلح في المساءل الناجمة عن الحالة الشخصية**"[2].

لم يعرف المشرّع الجزائري الحالة الشخصية وما يشمله من مسائل ما يجعلها متروكة للاجتهادات.

ثانيا: تنفيذ محضر الصلح:

أعطى المشرّع الجزائري لمحضر الصلح صفة السند التنفيذي من خلال نص المادة 443-3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "**يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا**"[3]، وبالتالي فإنه للزوجين أو أحدهما مبدئيا الحق في تنفيذ التزامه والتقيد الجبري لا يكون إلا بسند تنفيذي والتي من بينها محضر الصلح المؤشر من طرف القاضي والمودع بأمانة

[1]- وردة بوزيد، مرجع سابق، ص31.

[2]المادة 641 من القانون رقم 75_58 المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]المادة 443 قانون رقم 08-09، المرجع السابق.

الضبط طبقا لأحكام المادة **86** قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقبل المرور لتنفيذ محضر الصلح يجب أن يمر بالصيغة التنفيذية وتسمى بالنسخة المطابقة للأصل وتختم بالختم الرسمي للجهة القضائية وتسلم للمعني شخصيا ويقوم أمين الضبط عند تسلم هده النسخة بالتأشير على النسخة الرسمية الأصلية المحفوظة لديه بأنه قد سلم نسخة تنفيذية موقعة من الطرفين ومنه شخصيا والقاضي كدالك وتاريخ التوقيع ....إلخ ومنه عند تحرير محضر الصلح يبين فيه القاضي هوية الطرفين وساعة الحضور وتاريخه والمساعي التي قام بها في إطار محاولة الصلح بينهما ونتائج محاولاته وكدالك حالة غياب أحد الزوجين أو حدث له عارض منعه من دالك ويجب أن يبين دالك في المحضر[1].

ثانياً: الحكم بانقضاء الدعوى:

عند حصول الصلح بين الزوجين يحرر القاضي محضراً، حيث لا يجوز للقاضي الاستمرار في نظر الدعوى متجاهلا اتفاق الأطراف وتصالحهم، ذلك أن الصلح ينهي النزاع وبالتالي لا يصبح للقاضي ولاية التصرف، وتصبح دعوى الطلاق بغير موضوع لتصالح الزوجين و تراجعهما عن طلب فك عقد الزواج فلم يعد طالب الطلاق متمسك بموقف ثم التراجع عنه فيصبح للقاضي في هذه الحالة غير محير في إثبات الصلح بين الزوجين والإشهاد لهما بذلك، فلا يقف عند هذا الحد بل يجب عليه زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكد لهما[2] علانية ما سبق أن تصالحا عليه، وليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها ولا بالتنازل عنها وإنما بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح طبقا لنص المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي: " **تنقضي الخصومة تبعاً لانقضاء الدعوى بالصلح**"[3] .

[1] عمرو خليل، المرجع السابق، ص 19 .

[2]– نبيل صقر، مرجع سابق، ص17.

[3]– المادة 22 من القانون رقم 08–09 معدل و متتمم.

الفرع الثاني:

فشل محاولات الصلح

تطرقنا في الفرع السابق إلى ما يعرف بإجراءات نجاح محاولات الصلح، وعليه يتخذ فشل هذا الأخير إجراءات أخرى يمكن إبرازها من خلال

أولاً- تحرير محضر عدم الصلح:

إن إجراء محاولات الصلح لا تنتهي دائماً بالنجاح ففي الكثير من الحالات يصّر أحد الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية و يعبّر عن إرادته صراحة أمام القاضي بذلك والذي يتوجب عليه بعد عدّة محاولات في جلسات الصلح أن يحرر محضراً بعدم الصلح.

المشرّع الجزائري لم ينقص صراحة على تحرير محضر عدم الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وخاصة عند الطرق لحالة عدم الصلح بالمادة 443 وهو ما أدّى إلى وقوع حالات غفل فيها القضاة عن القيام به أو الإشارة إليه في الأحكام والتي تكون عرضة للطعن بالنقض[1].

غير أنه بالنظر للمادة 49 من قانون الأسرة الفقرة الثانية نجد أن المشرع أوجب على القضاة تحرير محضر عدم الصلح يبينوا فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح في حالة فشلهم وهدا يشمل محاضر نجاح الصلح أو فشله هدا من جهة ومن جهة أخرى ما يبين وجوبية تحرير محضر عدم نجاح مسعى الصلح حيث تؤكد أغلب اجتهادات المحكمة العليا في هدا الخصوص أنها تنقض الأحكام التي لم يتم فيها الإشارة لمحضر عدم الصلح سواء قام القاضي بمحاولات الصلح أو أغفل عن ذكر المحضر أو لم يقم أصلا بمحاولات الصلح[2].

---

[1]- عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص263.

[2] - بلحاج العربي ،الوجيز في شرح في شرح قانون الأسرة الجزائري،أحكام الزواج،الجزء الأول،الطبعة السادسة،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2010 ،ص 107 .

ثانيا: الشروع في مناقشة الدعوى

في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي وعدم تصالح الزوجين أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له ،فإنه يتم التطرق إلى موضوع الدعوى ويشرع في مناقشة الموضوع ،وهدا لأن كل الإجراءات المتعلقة بالصلح هي إجراءات سابقة عن الخوض في موضوع الدعوى ،وعندها يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية ويكون الحكم ابتدائي نهائي فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائي فيما يخص جوانبه المادية[1].

وفي هدا الإطار يعتمد القاضي على محاولات الصلح التي أجراها سابقا وفشله في الإصلاح بين الزوجين من خلال ملابسات النزاع بينهما، حيث يستطيع القاضي تكوين صورة جزئية عن النزاع ،يضاف لها ما استنبطه وما ثبت له من حقائق عندما عرض الصلح على الزوجين أثناء محاولات الصلح ، وبدالك يستطيع الفصل في الدعوى 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.[2]

يمكن للقاضي أن يستخلص من جلسة الصلح أنه يجوز له أن يأخذ بعين الاعتبار من بين عناصر المناقشات والوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها ادعائهم طبقا لنص المادة 26 من ق إ م إ، وكذلك تساعد جلسة الصلح القاضي على فهم حقيقة النزاع

حيث وبناء على من خلالها له أن يكيف الوقائع والتصرفات محل النزاع تكييفا قانونيا سليما دون التقيد بتكييف الخصوم طبقا لنص المادة 29 من نفس القانون، وقد يتم توقيع محضر الصلح من أحد الزوجين في حين يرفض الآخر أو يعلن صراحة عن عدوله عن

[1] أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية ،فقه الطلاق ،الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2009 ،ص،29

[2] إسماعيل أمين نواهظة ،الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن ،2009 ، ص93

هذا الصلح ففي هذه الحالة فإن القاضي لا يوقع على المحضر ولا ينهي النزاع عن طريق الصلح، وإنما يمكن له أن يعتبر هذا المحضر غير الموقع عليه من طرف أحد الخصوم سند في الدعوى يجوز الاستناد عليه في الحكم الذي سيصدر[1] .

بالرجوع إلى الفقه الإسلامي الزوجة ليس لها الحق في طلب التطليق إذا نشب بينهما وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة، لأن ذلك ليس في نظره سببا من أسباب التطليق، وهذا ما دفع المشرع الجزائري في ق أ قبل التعديل إلى عدم ذكره، وحسب الشريعة الإسلامية يبعث حكمين من أهلهما وبالتالي لم يكن سببا من أسباب التطليق، غير أن التعديل الذي طرأ على المادة 53 من ق أ في 2005 أدرجه، واعتبره سببا من أسباب التطليق، والمشرع قد سمح للزوجة بأن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين[2] .

إذا ثبت للمحكمة بعد إجراء عدة محاولات صلح تعذر استمرار العلاقة الزوجية ولم تتمكن الزوجة من إثبات الضرر وأصرت على طلب التطليق في هذه الحالة لا يفصل القاضي في موضوع الطلب وغالبا ما ترفض هذه الدعاوى لعدم التأسيس، لذلك لابد على قاضي شؤون الأسرة أن لا يعمل على توسيع نطاق دائرة رفض دعاوى التطليق لانعدام الإثبات أو لعدم التأسيس، وخصوصا أن الضرر لم يتم إثباته وأن الرابطة الزوجية لا زالت قائمة، فنجد هنا أن القانون منح للقاضي اتخاذ إجراء آخر بتفعيل نهج آخر قد يؤدي إلى نتيجة إيجابية وهو تعيين حكمين لمحاولة الصلح بينهما وفقا لأحكام قانون الأسرة.

وفي حالة اشتداد الخصام وثبوت الضرر للقاضي في هذه الحالة غير ملزم بتعيين الحكمين، لأنه في حالة إثبات الزوجة للضرر وفشلت كل محاولات الصلح حتما القاضي يصدر حكمه بتطليق الزوجة من زوجها[3].

---

[1] – بلحاج العربي، المرجع السابق، ص112.

[2] –يسري عبد العليم عجوز، الصلح في ضوء الكتاب والسنة، د ط، القاهرة، د س ن، ص112.

[3] – غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2010–2011، ص46.

الاستدعاء المسلم لهما من قبله، أول شيء يقوم به القاضي التأكد من هوية الزوجين، وإن كان القانون لم ينص على ذلك فإنه من الأهمية بمكانه لأنه في عدم التأكد من ذلك، قد يدفع بأحد الزوجين إلى إحضار غير زوجه ليحصل على حكم يقضي بالطلاق في غيبة الزوج الآخر، ولذلك وجب التأكد من هوية الطرفين.

سبق القول أن المادة 431 من ق إ م إ، حيث يبقى السلطة التفسيرية للقاضي أن يسهما معا في البداية وهو المعمول به، ولا يسمح الزوجان على انفراد إلا عندما يحس القاضي أن الزوجة ربما وقعت في غرور أو أنهما لا تعلم على ما أمضت أو أنه هددها على أن توقع على الطلاق بالتراضي.

يقوم القاضي بالاستماع إلى الزوجين معا مجتمعين قصد التوصل لحل الإشكال وتقريب وجهتي النظر والعمل على إصلاح ذات البين بين الزوجين[1].

إن دعوى الطلاق بالتراضي مؤسسة على مبدأ التراضي الذي تمثل،فيه الإرادة عموده الفقري ولذا وجب صدور إرادة حرة وسليمة من كل العيوب.

1 – في طلب الطلاق بالتراضي:

ويراد منه الطلاق بالتراضي الزوجين، واتفاقهما معا بناءا على رغبتهما المشتركة، أي أن يتفق كل من الزوج على إيقاع الطلاق بينهما فيتفقان على مبدأ الطلاق، وكل ما يتصل به من توابع وغيرها من الحقوق فيطلبان من القاضي إثبات الطلاق وكل ما يتصل به من توابع وغيرها من الحقوق فيطلبان من القاضي إثبات الطلاق بينهما حسب ما اتفق عليه وما على القاضي سوى الاستجابة لذلك متى توافرت شروط ذلك.[2]

[1] – فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري: في الزواج والطلاق، الجزء الأول، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر'، 1989، ص118.

[2] المصري مبروك،الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري،دراسة فقهية مقارنة ، د ط، دار هومه، الجزائر، 2010 ،ص258.

ففي القضاء أنه لا يمكن معارضة اتفاق الزوجين على وضع حد للرابطة الزوجية القائمة ينهما بأن يتطلقا بتراضيهما وفقا لإرادتهما المشتركة، ولأن الطلاق بالتراضي غير محرم شرعا بل يجد جوهره وأصله في الآيات 127، 129 من سورة النساء فكما على الزواج فينهيان العقد الأول بعقد ثان لا ظلم فيه لأحد بالمعروف والإحسان، غير أنه لا يمكن للقاضي عدم مراعاة ذلك الاتفاق وعدم الأخذ به متى رأى مخالفة لأحكام النظام العام أو أنه يمس بحقوق الغير.

2- في طلب الطلاق من الزوجة:

وردت حالات في نص المادة 53 من ق أ عشوائيا بالإضافة إلى خصوصية وظروف كل قضية، وأمام غياب نصوص قانونية تستثني بعض الحالات من إجراء الصلح لغياب الحكمة من تشريعه وبالتالي اقتضى الأمر تناول حالات التطليق منتج لأثاره وله فائدة أخرى يكون فيها الصلح مجرد إجراء شكلي لاستبعاده ذلك ومنه فالصلح المنتج في بعض حالات التطليق هناك حالات أن يكون لصلح أثر منها الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.[1]

وتسجيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وحالة ما إذا وقعت الزوجة دعوى التطليق لعدم الإنفاق، كذلك حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، تم التطليق للضرر وصولا إلى الشقاق المستمر بين الزوجين.

وقد يعتبر الصلح إجراء شكليا في بعض حالات التطليق، كالتطليق للفقدان والغيبة فمعظم،القانون الجزائري أخذوا بالتعريف القانوني للمفقود الوارد في نص المادة 109 من ق أ[2]، وعليه فقد نصت المادة 53/5 من ق أ[3] أنها أجازت للزوجة المفقود والغائب طلب

[1] محمد لوعيل،المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه،الجزائر،2006،ص، 60 .

[2] -تنص المادة 109 على: "أن المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

[3] تنص المادة 53الفقرة 5 على: "الغيبة بعد مرور سنة بلا عذر ولا نفقة".

التطليق فعلى الزوجة التي تريد أن ترفع دعوى التطليق أن تصدر حكم فقدان لتثبت واقعة فقدان الزوج لكي يقبل طلبها.

ومنه فالسؤال المطروح عندما ترفع الزوجة الدعوى التطليق في هذه الحالة هل يجري القاضي الصلح في هذه الأحوال؟

والقاضي يعلم جيدا أن مثل هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا استندت إلى حكم بفقدان أو غياب الزوج والغريب في الأمر أنه قد يكون القاضي المعروض عليه الدعوى هو من أصدره، ،فنفرض لا أنه أجرى الصلح فما الغرض المستوفى، من إجراء الصلح أمام الضرر الذي لحق بالزوجة، ثم إن هذا الصلح لا فائدة منه بحيث انتفى الغرض،منه والحكمة من إجرائه مفقودة هي الأخرى في قضية الحال مما يجعل جلسة الصلح دون جدوى وبدون موضوع ويجعل من الإجراء الذي قام به القاضي إجراءا شكليا لأن تخلف الصلح لا يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي في هذه الحالة.[1]

[1] محمد لوعيل ،المرجع السابق ، ص ، 62.

خلاصة الفصل:

إن الصلح يفيد استقامة الحال بعد الفساد وقد اخذ فقهاء المذاهب الأربعة بمفهوم متقارب للصلح، على انه عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة وكان تعريف المذهب المالكي شاملا بأنه لم يجعل من الصلح رافعا للنزاع، بل مانعا لوقوعه، أما في تعريف التشريعات الوضعية للصلح، فقد جاء أوسع في مدلوله من ذلك الذي جاء عن فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك من الناحية العملية.

ولما كان المشرع الجزائري غير مستقر حول إلزامية محاولة الصلح من جوازها، خاصة تلك المتعلقة بمنازعات الأسرة، فإن ذلك أثر على العملية الصلحية ككل، ونميز في مسائل الأحوال الشخصية مسائل متعلقة بأحوال شخصية بحتة وأخرى متعلقة بمصالح مالية، والصلح يجوز على المصالح المادية الناجمة عن الحالة الشخصية، ولا يجوز بكل ما هو متعلق بهذه الأخيرة وبالنظام العام، كما جعل المشرع الجزائري كافة طرق الطلاق تحت رقابة القضاء للحد من الطلاق التعسفي من جهة، واستكمالا للإرادة التشريعية في حرصها على عرض الصلح بين الزوجين المتخاصمين كآلية تدفع بها للحد من نسب الطلاق المتزايدة من جهة أخرى واضعة لكل محاولة لكل محاولة صلح شروط موضوعية وأخرى شكلية، يتطلبها العمل القضائي، وتتم العملية الصلحية وفق إجراءات محددة قانونا في مدتها ومكان انعقادها وكيفية إثباتها، وكل ذلك تحت إشراف القاضي، أين تنتهي بتحرير محضر يعد سندا تنفيذيا على اعتبار أن محاولة الصلح تدخل ضمن النشاط القضائي، كما تتطلب كفاءة عالية من قاضي شؤون الأسرة، تتضمن إدراكات عقلية ونفسية إلى جانب التكوين العلمي الشرعي الذي يتطلبه قانون الأسرة دون غيره من فروع القانون، وقد تنجح المهمة الصلحية كما قد تفشل، لكن تبقى لها آثار تختلف باختلاف الحكم بالطلاق، إذا ما كان منشئا أو كاشفا على كلا الزوجين، ويبقى دور المحكمة حاسما في إثبات الصلح بينهما.

الفصل الثاني

التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الأسرية

تمهيد:

ليست الحياة الزوجية في تناغم وانسجام دائم فقد تلوح في أفق الأسرة بعض المشاكل التي تحدث خلافا وعداوة بين الزوجين، يسعى أحدهما أو كلاهما لفض هذا الخلاف، داخليا وعلاج حالهما دون إفشاء لسرهما أمام أهل أو قاض مصداقا لقوله تعالى: " فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا، والصلح خير" (النساء الآية: 128)، وقد لا يزول التوتر بل يزداد حدة، وتزداد الشحناء والبغضاء والشقاق وهنا وجب تدخل أطراف خارجية لفض خلافات الزوجين، وقد تطرقنا لأحد هذه الطرق في الفصل الأول من البحث لفض المنازعات وهو الصلح بمعية القاضي لإصلاح ذات البين وإعادة السكينة إلى الأسرة، وكما رأينا فقد يفلح أو يعجز عن الإصلاح وبسبب عدم ثبوت الضرر واستحكام الشقاق فمن واجب القاضي اللجوء إلى التحكيم.

المبحث الأول:

مفهوم التحكيم

حتى نتمكن من معرفة الأسس التي يقوم عليها التحكيم كنظام قائم بذاته لفض الخصومات بالسبل الرضائية في منازعات فك الرابطة الزوجية ومواز لنظام القضاء فإنه يلزم أن نوضح في هذا المبحث مفهوم التحكيم بشكل عام من أجل أن يكون مدخلا لفهم موضوع البحث الأصلي وعليه سنتناول معناه شرعا وقانونا وكذلك فقها، كما سنتطرق في المطلب الأول إلى التعريف بالتحكيم، وفي المطلب الثاني إلى التمييز بين التحكيم وما يشابهه.

المطلب الأول:

التعريف بالتحكيم

التحكيم بين الزوجين من الطرق الشرعية كل الخلافات الزوجية ولمعالجة المشكلات الأسرية، ورفع الضرر ودفع أسباب النفور نتيجة لما قد يحدث بين الزوجين من النشوز أو الشقاق فعند وصول التزام بينهما إلى مرحلة متقدمة يحتاج معها الزوجان إلى دخول طرف ثالث قال تعالى:« وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إنّ الله كان عليماً خبيراً»، والتحكيم في الإجراءات التي قد يسلكها القضاء عند الخلاف بين الزوجين قال ابن العربي مسألة الحكمين نصّ الله عليها وحكم بها عند ظهور الشقاق بين الزوجين واختلاف ما بينهما وهي مسألة عظيمة اجتمعت الأمة على أصلها في الحديث وإن اختلفوا في تفاصيل ما ترتب عليها ».

ومنه لابد من التطرق إلى تعريف التحكيم في الفرع الأول، ومشروعيته في الفرع الثاني.

الفرع الأول:

تعريف التحكيم.

يهدف تعريف التحكيم في المقام الأول إلى بيان ذاته، أو الحقيقة التصورية التي تتظلم مفرداته، بحيث تكون له في الذّهن صورة واضحة ومنضبطة، لذلك نقوم بتعريف التحكيم شرعا (أولا) وقانونا (ثانيا)[1].

أولا- تعريف التحكيم شرعاً:

يتعرف التحكيم في الاصطلاح الشرعي بأنه تولية الخصمين حكماً بينهما في اختيار دوي الشأن شخصا أو الحشر للحكم فيها تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما كما عرفته مجلةالأحكام العدلية بقولها" اتخاذ الخصمين شخصاً آخر برضاهما للفصل في حضر متفهما ودعواهما" ومن ثم فالتحكيم عند قضاء الشريعة يعتبر قضاء ولذا يشترطون في المحكم ما يشترط في القاضي عند التحكيم ورقت صدورها وعليه فقد أقرت الشريعة الإسلامية النصح التحكيم لقضاء فنجد دلائل [2] كثيرة في القرآن الكريم لقوله تعالى: « لا خير في كثير من نجواهم إلاّ من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس»[3].

وقال تعالى أيضا في محكم التنزيل « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما، إنّ الله كان عليما خبيراً »[4]، وفي السنة ما روي عن أبي داوود عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه

---

[1]-جمال حشاش، التحكيم في النزاعات بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث الإنسانية، المجلد28، عدد 7، 2014، ص 1743.

[2]- أيسر عصام داوود سليمان، الأثر المانع، للاتفاق التحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي،مصر 2014، ص 24، 25.

[3]- سورة النساء، الآية 141.

[4]- سورة النساء، الآية 35.

وسلم: « الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحا أحل حراما أو حرّم حلالاً »[1]، وعليه فالتحكيم بين الزّوجين من الطرق الشرعية التي أقرتها الشريعة الإسلامية لحل الخلافات الزوجية ومعالجتها ورفع الضرر، ودفع أسباب النشوز الذي قد يحدث بين الزّوجين من النشوز أو الشقاق، وهذا عند وصول النزاع بينهما إلى مرحلة متقدمة يحتاج فيها الزوجان إلى دخول طرف ثالث يسمى بالحكمْ وهذا ما بينته الآية الكريمة لقوله تعالى: « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها » والمراد بالحكم هنا ما يرتضيه الزوج أو الزوجة للفصل بينهما بعدل، أو ما يختاره ولي الأمر، أو من ينوب عنه من القضاة من أهل الزوجين للفصل في شقاق بينهما ومنها قوله تعالى:« أفغير الله أبتغي حكما وهو الذي أنزل إليكم الكتاب مفصلاً » أي حكما يرجع إليه الحكم والقضاء ولا يختلف الأمر عن التنشئة حيث وردت هذه الكلمة ومشتقاتها كثيراً بهذه المعاني المذكورة وما نستنتج من كل هذا هو إشعار الحكمين للطرفين بأهمية الحياة الزوجية، وإن الحفاظ على كتمها تحتاج من الطرفين أن يتنازل كل منهما على بعض احتوته من أجل مصلحة الأسرة لا سيما مع وجود الأبناء.[2]

ثانيا– تعريف التحكيم قانوناً:

أم يعرف المشرع الجزائري في التحكيم، وإنّما اكتفى بالتأكيد على جواز اللّجوء إليه في الشؤون الأسرية والمتعلقة بقضايا تلك الرابطة الزوجية فأدرج نصوص إجرائية من ضمنها نص المادة 446 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث تنص المادة 446 من ق إ م إ على أنه (إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة)[3].

[1]– حديث شريف ، رواه الترميدي.

[2]– جمال حشاش، المرجع السابق، ص 1744.

[3]– المادة 446 ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

وما جاء في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على (إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما)[1] حيث يعين القاضي الحكمين، حكما من أجل الزّوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وواضح من هذين المواد أن إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين، أو أضرّ أحدهما بالآخر واستحل استمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم يثبت الضرر اختارت المحكمة حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، ويشرط في الحكمين أن يكون رجلين عادلين من أهل الزوجين.

– فيظهر من المادة 56 من ق إ ج أنّ المشرع أخد بفكرة الشقاق السبب من أسباب اللجوء إلى التحكيم، كما اعتبره سبباً من الأسباب التي تجيز للزوجة المطالبة بالتطليق وجاء ضمن المادة 8/53 من نفس القانون والتي أضافها المشرع ضمن تعديل 2005 وبالتالي تفهم من هذا الشأن أن اشتداد الخصام المنصوص عليه في المادة 56 السابقة الذكر هو نفسه الشقاق المستمر بين الزوجين الواردة ذكره ضمن المادة 8/53.[2]

– وتكمن صحة الحكمين في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين ولابسات وكذا تحديد مسؤولية كل واحد منهما في محاولة إزالة الخلاف والصلح والتوفيق بينهما بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا، بما في ذلك سماع الزوجين وتوضيحات الجيران والأقارب وعلى هذين الحكمين أن يعترفا على أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبدلا جهدهما في الإصلاح.

– ولقد أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه.

---

[1]– قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]– آيت شاوش دليلة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبعض تشريعات الأحوال الشخصي العربية، رسالة دكتورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 250، 251.

الفرع الثاني:

مشروعية التحكيم

أولا- من الكتاب الكريم:

قوله تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريداَ إصلاحاً يوفّق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً "[1].

وجه الدلالة: أن الآية الصريحة في الدلالة على جواز التحكيم ومشروعيته بين الزوجين في الشقاق حفاظاً على سلامة الأسرة فجوازه أولى في سائر الخصومات، لأن ذلك يحفظ المجتمع الذي تتكون منه الأسرة.[2]

ثانيا- من السنة النبوية:

عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه: " أن أناس نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل إليه فجاء على حمار فلما بلغ قريبا من المسجد، قال النبي صلى الله عليه وسلم: " قوموا إلى خيركم أو سيدكم فقال يا سعد إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال فإني أحكم فيهم أن تقتل مقاتلوهم وتسبي درارهم قال حكمت بحكم الله أو بحكم الملك".

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قبل تحكيم سعد بن معاد رضي الله عنه في يهود بن قريضة، وهذا يدل على جوازه من باب أولى يكون بين المسلمين في منازعاتهم وخاصة في الخصومات التي تنشأ بين الزوجين.

---

[1]- سورة النساء، الآية، 35.

[2]- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة للوصول على ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، فلسطين، 2007، ص 50.

ثالثا- من الإجماع:

قد مكن جملة من أهل العلم إجماع الصحابة رضي الله عنهم على جواز التحكيم وقالوا لأن ذلك وقع لجمع الصحابة ولم ينكر مع اشتهاره وقال السرخسي، " والصحابة رضي الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم" .

المطلب الثاني:

التمييز بين التحكيم وما يشابهه

- يشترك التحكيم مع بقية وسائل فض النزاعات الأخرى كونها عقودا رضائية ويختلف عنها في إجراءاته وأحكامه، ولذلك كان لزاما بيان أوجه الاتفاق والاختلاف حتى تتمايز الأشياء ويستطيع أهل العلم بيان أحكام التحكيم، لأنه كثيرا ما يكون التعريف بمفرده غير كاف لتوضيح ماهية الشيء إلا ببيان ما يشتبه به لذلك سنتطرق إلى التمييز بين التحكيم وما يشابهه من أنظمة أخرى حيث نتطرق إلى التمييز بين التحكيم والصلح في فرع أول وإلى التمييز بين التحكيم والقضاء فرع ثاني، والتمييز بين التحكيم والوكالة فرع ثالث.

الفرع الأول:

التمييز بين التحكيم والصلح

- يتفق الصلح مع التحكيم أن كلا منهما وسيلة لفض النزاع بعيدا عن القضاء الرسمي، إلا أن التحكيم فيه صفة الإلزام من المحكم، والصلح لا إلزام فيه، ويترتب على ذلك غالبا رضى الطرفين في الصلح وعدم رضاهما.

- أو أحدهما على الأقل في التحكيم.

– والصلح فيه تنازل اختياري عن بعض الحقوق المدعات من الخصوم، بخلاف التحكيم الذي لا يستوجب ذلك بل قد يستأثر أحد الخصوم بالحق كله عند الحكم له.[1]

– الفارق الجوهري بين التحكيم والصلح يتمثل في أن الصلح يظل مجرد اتفاق بين الخصوم ولا ينفذ إلا إذا صدر به حكم قضائي، ويجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للعقود، أما التحكيم فينتهي بحكم حاسم النزاع ويكون قابلا للتنفيذ بعد الأمر بالتنفيذ .[2]

– وبصفة عامة يمكن القول أن لنظامي التحكيم والصلح عناصر يشتركان فيها وتمثل نقاط تشابه بينهما نذكرها فيما يلي:

– يتشابه نظام الصلح والتحكيم في أن كليهما يحسم به النزاع يتراضي أطراف المنازعة دون استصدار حكم قضائي.

– مراقبة القضاء العام في الدولة للصلح والتحكيم، على السواء في مدى مخالفتها للنظام العام.

– عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وهي مسائل الأحوال الشخصية والأهلية، وأضافت بعض القوانين العربية المقارنة مسائل الحدود والجنايات.

[1]– محمد علي عبد الحميد مؤمن، مبدأ التحكيم في فض النزاعات الأسرية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مولانا إبراهيم الإسلامية الحكومية، كلية الدراسات العليا، قسم الشريعة والقانون، 2015، ص 20، 21.

[2]– محمد مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، ط2، دار النهضة العربية ، مصر، 1999، ص 17.

* ويختلف كل من التحكيم والصلح فيما يلي:

– نظام الصلح يعيد وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذو الشأن بأنفسهم أو بواسطة من تمثلونهم بينما يقتصر نظام التحكيم على أطراف الاتفاق على التحكيم باختيار أفراد عاديين يتولون الفصل في نزاعهم.[1]

– إن اختيار شخص ثالث في عقد الصلح ليقوم بالتوفيق، فإنه لا يعدو أن يكون وسيط أو مصالحا، وما يتوصل إليه من حلول لا يكون ملزماً إلا بعد رضاهم بينما ما يصدره المحكمين يكون ملزما للأطراف لأنه لا يعتد بإرادة الأطراف المحكمين فور انصرافها إلى تحويل من يفصل في النزاع.

– يعد حكم المحكمين سنداً تنفيذياً حتى صدر الأمر بتنفيذه من القاضي في حين أن الصلح لا يكون قابلا للتنفيذ ولا يكون سنداً تنفيذيا إلا إذا تم أمام القضاء وبإقرار الخصوم وإثبات ذلك في محضر الجلسة أين يصادف عليه المحكمة.[2]

– تختلف ولاية كل من المحكم والقاضي المصالح، كالقاضي لا يستمد ولايته إلا من القانون وحده، بينما المحكم يستمدها من إرادة الأطراف.

الفرع الثاني:

التمييز بين التحكيم والقضاء

– التحكيم هو فصل في خصومات الناس، ويشترط في المحكم غالبا وبشكل عام ما يشترط في القاضي من الإسلام والعقل والبلوغ والحرية والذكورة والعلم وسلامة الحواس والأعضاء كالسمع والبصر والنطق.

[1]– البدراني شيماء، أحكام عقد الصلح، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، الدار العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 37.

[2]– التيحيوي محمد السيد، الصلح والتحكيم، د.ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص 146.

– يتفق التحكيم والقضاء في مسائل أهمها:

– يعتبر عقد التحكيم شبيه بعقد تولية القاضي منصب القضاء .

– لما كان التحكيم فرع من فروع القضاء وحكم المحكم بمثابة الإصلاح فإنه يشترط في المحكم أهلية القضاء.

– إلا أن هناك فروقا بين القضاء والتحكيم ومن بينها.

– التحكيم شعبة من شعب القضاء، ولذلك يذكره الفقهاء عادة من باب القضاء فكل من المحكم والقاضي يستمد سلطته ممن ولاه، فالقاضي يعينه الإمام والمحكم يعينه الخصوم، ويعزل كل منهما إذا عزله من ولاّه ويعتبر الحكم الصادر عن كل جهة حكما شرعيا متى كان صحيحاً مستوفيا لشروطه.[1]

– القاضي مقيد بزمان ومكان، والمحكم غير مقيد بزمان ومكان إلا فيها يتم الاتفاق عليه.

– حكم القاضي عام ويطبق على الكافة، وحكم المحكم خاص بطرفي الخصومة.

– القاضي لا يمكن للأطراف عزله، بطلاق المحكم الذي يمكن لطرفي الخصومة عزله قبل الحكم في القضية.

– القاضي أعلى مرتبة من المحكم، ولذلك ترفع قرارات التحكيم إلى القضاء لتصديقها وتنفيذها.[2]

[1]– محمد عبد القادر أبرناس، القضاء في الإسلام، د.ط، مكتبة الأقصى الأردن، 1980، ص 184.

[2]– الخيضر، خالد عبد الله التحكيم في العقود الإدارية، بحث مقدم لنيل درجة دكتور كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2007، ص 98.

– لا يشترط في القضاء رضا الخصمين في الخصومة، في حين التحكيم يعتمد على التراضي بين الخصمين.

– عقد القضاء يجب أن يصدر من طرف صاحب صفة خاصة، وهو الحاكم أو نائبه باعتباره وكيلا عن الأمة، اما في عقد تولية المحكم فلا يشترط أن تتوافر فيمن يوليه مثل تلك الصفة، فيصبح بذلك التحكيم من احد الناس .[1]

– إن سلطة المحكم مقتصرة على طرفي التحكيم دون غيرهم ولا ينفذ حكمه إلا في حقهم وفي الحدود التي قيدوه بها أما سلطة القاضي عامة على سائر الأفراد.

– التحكيم لا يشمل القضايا التي تمس النظام بخلاف القضاء التي تمتد ولايته لتشتمل منازعات الحق العام والخاص.

– التحكيم جواز بديل للقضاء، يكون اللجوء إليه بناءا على إرادة الخصوم للفصل في المنازعات، أما القضاء هو الجهة التي تملك حق الفصل في المنازعات وفقا للتشريع المعمول به في الدولة وغايته حفظ الحقوق وإشاعة الأمن ووسيلته قاض يطبق القانون لإرساء العدل.[2]

– لا يتقيد المحكمين باختصاص مكاني ينظر المنازعات وتعدد هو منوط بإرادة الأطراف ولا ينفذ حكم أحدهم بمفرده، أما القاضي فهو مقيد بالنظر في المنازعات التي يختص مكانيا ومبدأ التعدد خاضع للنظام العام لقضاء الدولة.[3]

[1]– الخيضر خالد عبد الله، المرجع السابق، ص 199.

[2]– التيحيوي محمد، المرجع السابق، ص 25.

[3]– منتديات ستارت تايمز، في شؤون قانونية، إجراءات الصلح في المادة المعنية في الجزء 3، خاص بالأكاديمية، بحث منشور على شبكة الإنترنت www.startimes.com تاريخ التصفح: 29-08-2021، سا 21,56 .

– يجب أن لا يرتبط القاضي بأحد الخصوم رابطة تؤثر على مبدأ الحياد بينما نجد أن الخصوم لا ينفقوا على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم في جو عائلي ودي.

الفرع الثالث:

التمييز بين التحكيم والوكالة

– تعرف الوكالة بأنها" إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم".

– يعتبر التحكيم ولاية خاصة، وهذه الأخيرة تقوم على مفهوم النيابة أو التفويض سواء كان مصدرها القانون الوضعي كالولي الطبيعي أو القاضي في الوصاية، أو الاتفاق في الوكالة، ففي التحكيم وجه نيابة وتفويض أطراف الخصومة للغير في القضاء بينهم.

– القاعدة أن الوكيل يستمد سلطته من الموكل بينما المحكم مستقلا تماما عن الخصوم فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي ولا يتمكن الخصوم التدخل في عمله.[1]

– تكتبُ للوكيل، بمقتضى الوكالة، الصفة الإجرائية في تمثيل الموكل، أي في التقاضي باسمه ومباشرة كافة الأعمال، بحسب نوع الوكالة فيما إذا كانت عامة أو خاصة، ولما كانت الصفة في تمثيل الموكل لا تثبيت للوكيل إلا بالنسبة لأعمال الإدارة، فلابد من وكالة خاصة عن كل عمل ليس من أعمال الإدارة وخاصة في البيع، والرهن، والصلح، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء.

– للموكل أن يتصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، أما المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع فهم مستقلون كما لا يتمكن الأطراف من التدخل في عملهم لأنه

[1]– أبو الوفا أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ط3، منشأة المعارف، مصر، 2006، ص 32.

يصبح لهم صفة القاضي، وبالتالي إذا كان يجوز للموكل عزل وكيله فذلك غير جائز في حالة تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع.[1]

– والوكالة شأن التحكيم من العقود الرضائية، وغير اللازمة لكلا طرفيه .

– الموكل أو الوكيل– فيملك أحدهما إنهاء الوكالة قبل تمام الفعل الموكل به وبإرادته المنفردة، كما المحتكم إنهاء التحكيم بإرادته المنفردة قبل صدور الحكم، وإنما يفترقان في أن الوكيل لا يتصرف إلا بما هو في مصلحة الموكل، وبإرادة موكله الصريحة أو الضمنية، حتى نهاية الوكالة، ولا يملك مخالفتها، وإلا كان تصرفه باطلا وموقوفا على إجازة الموكل على رأي .[2]

– أما المحكم بعد أن تنعقد له سلطة نظر النزاع برضا المحتكمين إليه، يباشر عمله باستقلال عن إرادتيهما، له أن يوجه حكمه إلى أي منهما، حسب ما يقتضيه الدليل عنده، وإن كان ذلك مخالفا لإرادة أحد المحكمين ويكون حكمه لازما لهما ما لم يكن جوراً، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يشترط لصحة الوكالة أن يملك الموكل فعل ما وكل به بنفسه، فالصبي الذي لا يملك البيع أو الشراء، لا يمكنه توكيل غيره بالبيع أو الشراء، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه، ولكننا نجد أن المحتكمين أطراف الخصومة لا يملكون إنهاء النزاع بينهما، وهو الفعل الموكول ب إلى المحتكم وإن كان لهم ذلك بطريق آخر كالصلح أو ترك الخصومة.

– وتتفق الوكالة مع التحكيم في أن كلا منهما يعتبر نوعاً من الولاية وأن الرضا هو التثبت لهذه الولاية ومداها، فلا يملك الوكيل مباشرة العمل الموكل به إلا بإذن الموكل ورضاه، وفي حدود ما وُضع له من قيود، والمحكم لا تنعقد له ولاية نظرا لنزاع إلا برضي

[1]– التّيحيوي محمد السيّد، المرجع السابق، ص 254.

[2]– أبو الوفا أحمد، المرجع السابق، ص 34.

المحتكمين إليه، وفي النطاق والحدود الذي رسم له سواء من حيث الموضوع أو الزمان، أو المكان.[1]

– وفي الأخير فإن للتحكيم خصوصيته التي تميزه عن الصلح والقضاء والوكالة، رغم اشتراكه مع هذه المفاهيم في نقاط اتفاق عديدة.

المطلب الثالث:

مشروعية التحكيم بين الزوجين وطبيعته القانونية

– المقصود بمشروعية التحكيم هو إيجاد أدلة على صحته وجواره في الشريعة الإسلامية لأنها المصدر الوحيد للفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي للتحكيم بين الزوجين، بينما البحث عن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم بين الزوجين يقتضي معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم عموما، والتي تساعد في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم وكذلك تحديد الأصل الذي ينتمي إليه، فإن كان الأصل هو سلطان الإرادة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية، وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه هو سلطة القضاء، كان نظاما قضائيا، سنتطرق إلى مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية فرع أول، وإلى الطبيعة القانونية للتحكيم فرع ثاني.

الفرع الأول:

مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية .

– التحكيم نظام قديم عرضته البشرية على مر العصور وعرفته العرب حيث كان لهم حكام من أهل الشرف والأمانة والمجد والتجربة، وعندما جاء الإسلام أقرّ ما كان حسنا من أمور العرب في المعاملات أو الأخلاق.

[1]– عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، د.ط، مصر، ص 256.

واعترف بشرعية التحكيم الذي ورد في الكتاب والسنة والإجماع.[1]

أولا- من الكتاب:

بقوله تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكماً من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً ".[2]

- تدل الآية الكريمة على جواز مشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق والمنازعة الشديدة، فمن واجب المجتمع المسلم المحيط بهما أن يختار حكماً من ذوي قرابة الزوجين، لأن في وجود الأهل فسحة لعرض أسباب الخلاف مما يستحي ذكره أمام الغرباء لكن برعاية حقيقية في الإصلاح وإذا كان الحفاظ الأسرة من مقاصد التشريع، فشرّع التحكيم لإزالة الشقاق وصون المودة والرحمة، فحواره أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من خصومات حفاظا على كيان المجتمع المسلم لقطع دابر الفرقة والشقاق حيث قال سبحانه وتعالى: " فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون " وقال أيضا " إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"[3].

- ويستدل من هذه الآية أنه أمر الله، لمن يحكم بين الناس أن يحكم بالعدل، وهذا الحكم يشمل القضاء كولاية عامة والتحكيم كولاية خاصة مستثناة منه.

ثانيا- من السنة:

- هناك أحاديث تفيد جواز التحكيم، حيث جاء عن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم (من أصلح بين الناس أصلح الله تعالى أمره وأعطاه بكل كلمة يتكلم بها عتق رقبة ويرجع مغفورا له ما تقدم من ذنبه).

[1]- القرطبي، ابن كثير الليثي، هو الإمام مالك ابن آنس ، د.ط، المكتبة العصرية، لبنان، 2010، ص 505.

[2]- سورة النساء، الآية، 35.

[3]- السرخيسي، محمد بن أبي سهل المبسوط، د.ط، دار المعرفة، لبنان، 2004، ص 62.

– كما روي عن شريح بن هاني أبي الحكم، دعاه الرسول صلى الله عليه وسلم فقال " عن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم؟

قال: إن قومي إذا اضطلعوا في شيء أتوني فحكمت بينهم طرحني كل الفريقين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما أحسن هذا" .[1]

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أنه يدل على جواز التحكيم وبيان ذلك إقرار الرسول الكريم واستحسانه لما كان يفعله أبو شريح بين قومه من التحكيم في خصوماتهم، وما صيغة التعجب إلا مبالغة في إعجابه، وهو يدل دلالة واضحة على جواز التحكيم في الشريعة الإسلامية.

– عن أبي سعيد الخذري رضي الله عنه قال: لمّا نزل أهل قريضة على حكم سعد أتى النبي صلى الله عليه وسلم على حمار، فقال: " إنّ هؤلاء نزلوا على حكمك، قال أحكم أن تقتل مقاتلهمْ وتسبي درارهم، قال : " حكمتْ فيهم بحكمْ الملك ".[2]

– أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل تحكيم بني قريضة له ما نزلت على حكمه ثم جعل الحكم فيهم إلى سعد بن معاد برضاهم، فكان الحديث نصا في جوان التحكيم، وإلا لها حكم فيهم سعداً برضاهم، ولما عمل بحكم سعد فيهم، إذ أن التحكيم لو لم يكن مشروعاً لما صح حكم سعد، ولما وجب تنفيذه، وأن المجتمع عليه بين الفقهاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عمل بحكم سعد فيهم.

[1]– القرطبي، المرجع السابق،ص 159.

[2]– أبي عبد الله محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، ط1، دار إبن كثير، سوريا.

ثالثا- من الإجماع:

- عمل الصحابة رضي الله عنهم بالتحكيم، ولم يظهر لهم مخالف في ذلك، فقد تحاكم عمر وابن كعب في نقل تنازعا عليه إلى زيد بن ثابت، وكذلك فعل جمع من كبار الصحابة في منازعات وقعت بينهم فكان إجماعاً.

- ونجد في الإجماع رغم ثبوت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة إلا أن جمع من الفقهاء اختلفوا وذهبوا إلى قولين.

القول الأول: وهو قول الخطية والمالكية وأكثر الشافعية والحنابلة إلى جواز التحكيم.

- واستدلوا بالنص القرآني في قوله تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها "، فعند الشقاق بين الزوجين يشرع في تعيين حكمين، وقياسا على ذلك في كافة الخصومات إذا ما رضي الخصمان بثالث ليفصل في النزاع بينهما .[1]

القول الثاني: وهو قول بعض فقهاء الشافعية وابن حزم، وقد أجازوا التحكيم بشرط أن لا يوجد قاضي في البلد، فإن وجد قاض لم يجز التحكيم.

- واستدلوا بأن الحكم بين الناس من عمل الإمام ونوابه، فإن لم يوجد قاض جاز تولية حكم للضرورة، لكن هذا الاستدلال مردود لأن التحكيم يختلف عن القضاء، فالحكم فيه مقتصر على من رضي بالتحكيم، بطلاق القضاء الذي له الولاية العامة.[2]

- والراجع في القول الأول، الاستثناء إلى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع، وأن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم استحسن التحكيم من ابي شريح في وجوده وهو في الأمة وولى أمرها، كما أن القول بعدم التحكيم فيه تطبيق للناس في مباشرة مصالحهم، وعليه فالتحكيم جائز ومشروع بدليل نصوص القرآن والسنة النبوية وأجمع

[1]- القرطبي، إبن كثير الليثي، المرجع السابق، ص 508.

[2]- المشادي عبد المجيد، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف ، د.ط، مصر، 1995، ص 373.

الصحابة رضي الله عنهم على جواز التحكيم دون تكبير من أحد، وإجماع الفقهاء من بعدهم، " بل قد يكون التحكيم واجب فيما لو احتاج الخصمان أو أحدهما حاجة ملحة لحكم قضائي في بلد لا يحكم بشرع الله ".[1]

– لكن ظهر منحى مخالف فيما يتعلق بنطاق وذلك بعد موقعة (صفين) وظهر خلاف في جول جواز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالسلطة والحكم.

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للتحكيم فذهب البعض إلى أنه ذو طبيعة تعاقدية، في حين ذهب أغلب الفقه إلى اعتبار التحكيم قضاءاً، وأن هذا الأخير هو الإعلان عن إرادة القانون بواسطة شخص الغير، وكذلك مدى إلزامية التحكيم بين الزوجين في نظر القانون والقضاء الجزائري.

أولا– النظرية العقدية للتحكيم:

– تفيد هذه النظرية أن التحكيم من المعاملات الخاصة للأفراد يشبعون فيه رغبتهم في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، باختيار محكمين ليسوا قضاة إنما أفراد يعهد إليهم تنفيذ العقد مستمدين سلطتهم منه ويتم وفقا لقواعد العدالة، واستثناء وفقا للقانون .[2]

– وعليه فإرادة الخصوم تعمل على إحلال المحكمين محل القاضي المختص بنظر النزاع، بحيث إذا لم ينجح المحكمين في مهمتهما لأي سبب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة من جديد.

[1]– القرطبي، ابن كثير الليثي، المرجع السابق، ص 507.

[2]– أبو الوفا أحمد ، المرجع السابق، ص 35.

– وبالرجوع إلى أحكام المادة 56 من قانون الأسرة نجد أنه ورد بها عبارة " يعين القاضي الحكمين "، فسلطة التعيين تعود للقاضي، وهو نفس مضمون المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاءت فيها عبارة " جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين".[1]

– لقد أجاز المشرع التحكيم كقضاء خاص يستمد قوته من إرادة الخصوم.

لكن ضمن الحدود التي عينها القانون، ورغم أن قانون الإجراءات المدنية أضاف في تعديله مواد إجرائية خاصة بالتحكيم بين الزوجين في منازعات فك الرابطة الزوجية، إلا أن المشرع أغفل الكثير من التفاصيل الإجرائية التي تقتضيها تعيين الحكمين، وبالتالي سوف نلجأ إلى القانون المقارن، فقد ورد في المادة 20 من القانون رقم 1/ 2000 الخاص بإجراءات التقاضي.[2]

وفي مسائل الأحوال الشخصية المصري، وفي فقرتها الأولى الحدث أنه يجب على المحكمة، أن تكلف كلا من الزوجين تسمية حكمه في الجملة التالية على الأكثر، وعبارة " على الأكثر " تفيد أن للمحكمة سلطة تكليف الخصمين بتسمية حكميهما فوراً، أي في ذات الجلسة الحاضرين فيها فعلا وحينها تنتهي أول إجراءات التحكيم، وهي تعيين الحكمين، كأصل عام بواسطة الزوجين مباشرة، وما على المحكمة سوى مراقبة عملية التعيين بحيث يجب أن يكون الحكم من الأهل والقرابة وهو ما أكدته المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:

" ...حكما من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة "[3].

[1]– المادة 446، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[2]– إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والغرفة، ط1، دار الثقافة، الأردن، 1999، ص 102 .

[3]– المرجع نفسه، ص 104.

ثانيا- النظرية القضائية للتحكيم:

- يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يبدأ بعقد وينتهي حكمه وهذا الحكم يعد عملا من أعمال القضاء، وانطلاقا من عمل المحكم التي تتماثل مع عما القاضي فإن التجاء الأفراد إلى التحكيم ليس فيه نزول عن اللجوء إلى القضاء إنما فيه نزول عن اللجوء إلى القانون الرسمي .

- وبالتالي فالحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، بل يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبتفويض منها، كما أن غياب أحد الخصوم أو كليهما بعد الإبلاغ بها تبليغا صحيحاً، لا يمنع الحكمين من نظر الخصومة وإصدار الحكم وتنفيذه جبرا، وذلك ما تفرضه العدالة على الخصوم.[1]

- وبالرجوع دائما إلى مقتضيات قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية، فيما يخص إجراءات التحكيم بين الزوجين، نجد أنه ليس من المفترض أن يكون الحكمين عالمين بالنصوص القانونية وإجراءات التقاضي وعدم مخالفة النظام العام، كتلك التي تفرضها الدولة انتصاراً لسيادتها، وهما يفصلان في النزاع.

- والقول بأنه يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي ليس المقصود منه معرفة قواعد إجراءات الفصل في النزاع وصولاً إلى إصدار الحكم ومعرفة القانون الواجب التطبيق، بل يكفي فيهما الفصل بنزاهة وعدل والتوصل إلى حكم محايد وموضوعي.

- لكن حرص المحكمة على أن يطلع الحكمان القاضي بما يعتريهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة"[2]، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقرير مهمتهما في أجل شهرين"، ما هو

[1]- هبة زكريا، الطرق البديلة كل النزاعات الأسرية طبقا لقانون إ ج م إ الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تيزي وزو، الجزائر، 2015.، ص 85.

[2]- زهير زيدي، المرجع السابق، ص 88، (رسالة علمية).

الا خضوع إجراء التحكيم إلى الرقابة القضائية، وأن إجازة المشرع التحكيم، كطريق مواز للقضاء الرسمي للدولة، لا يجعل من إرادة الزوجين وحدها كافية لخلقه، بل إن المشرع أعلن صراحة أن يتوصل إليه الحكمان يثبت في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

– فمن الواضح إذن أن التحكيم بين الزوجين نظام تعاقدي في نشأته ولكنه قضائي في وظيفته، رغم أنه لا يخضع لجميع قواعد الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الدولة.

– وتتعارض بهذا الصدد نظريتان:

الأولى: وتنطلق من أن تحكيم بالصلح بالنظر إلى نتيجته أو هو مصالحة غير إجبارية للأطراف[1]، وسنرى هذه النظرية في الآية الكريمة: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها" [2]، فهي بنظر الفقه أساس التحكيم خاصة وأن عدد المحكمين زوجي، وقرار هو غير إلزامي إلا بقبول طرفي النزاع به وعلى تنفيذه، لذلك فليس له الطابع القضائي بل هو قريب من المصالحة.

الثانية: وترى أن القرار التحكيمي فيه إلزام لطرفي النزاع ما دام يخضع لنظام قانوني معين مهما كان مصدره، فهو إذن تحكيم بالقانون والحكم يجب أن يحسم النزاع، وأساسه الآية الكريمة: " إن الله يأمركم أن تؤدّوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل"[3].

[1]– نبيل صقر، المرجع السابق، ص 188.

[2]– سورة النساء، الآية: 35.

[3]– سورة النساء، الآية: 58.

ومن أجل ذلك لابد أن تكون الهيئة التحكيمية مشكلة بوضعية يمكنها من الفصل في النزاع، آي بطريقة تمكن الأغلبية من اتخاذ القرار وذلك في حالة تعذر اتخاذه بالإجماع، وعليه فإن عدد الحكام تقتضي أن يكون وتراً.

– وذهب البعض من الفقهاء إلى التأكيد على أن التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية هو الأصل، وأن التحكيم بالقانون هو الاستثناء منه، لأن المحكم بالصلح يطبق العدل، لكن تطبيق العدل لا يعطيه من تطبيق القانون، خاصة إذا تعرضت نصوصه لمواضيع النزاع بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام والآداب .[1]

وعليه؛ كما كان أصل التحكيم بين الزوجين الآية الكريمة: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها".

وأنه جاز للقاضي أني يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما، كما أن حكمه هو غير نافذ إلا بعد قبول طرفي الخصومة فإن التحكيم بين الزوجين هو تحكيم بالصلح، كما أن الطبيعة التعاقدية للتحكيم بين الزوجين تقارب التوافق والمصالحة أكثر من مقاربتها للأحكام القضائية ويبقى القرار التحكيمي أدنى من قوة الحكم القضائي.[2]

ثالثا– مدى إلزامية اللجوء للتحكيم:

– جاء عن البغوي: " وهل بعث الحكمين واجب، قال البغوي عليه بعثهما وظاهره الوجوب وحجته الآية"، وقال بن عاشور: " الآية دالة على وجوب بعث الحكمين عن نزاع الزوجين النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق".

[1]– عمرو طه، بدوي محمد، المدخل لدراسة القانون، د.ط، د د ن، مصر ، 1428هـ، ص 27.

[2]– عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 189.

1- مدى إلزامية اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق في قانون الأسرة:

عند استقراء نص المادة 56 من قانون الأسرة، التي جاء فيها " إذا اشتدّ الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"،[1] ونتوقف عن عبارة " وجب تعيين حكمين"، فهي تقضي الوجوب لكن المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية المعدل تقضي بأنه : " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة" نلمس اتجاهين متعاكسين من خلال نص هذه المادة .[2]

- **الاتجاه الأول:** ونجد فيه أن المشرع الجزائري قد غير من موقفه اتجاه التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق المستمر من الجود، حسب مقتضيات قانون الأسرة، إلى الجواز حسب مقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية علما أن بعض من مواد هذا الأخير هي نصوص إجرائية متعلقة بإجراءات التقاضي في الشؤون العائلية، و هي لاحقة لنصوص تقنين الأسرة، زمنيا مما يعني أنه وجب أن تكون موافقة لها.[3]

- **الاتجاه الثاني:** لقد قضت المادة 44 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعبارة حسب مقتضيات قانون الأسرة"، أي أن تعيين الحكمين بين الزوجين لا يخرج عن النطاق الذي حددته المادة 56 من قانون الأسرة، وأحكامهما التي تقضي الوجوب.

- نخلص أن المشرع من خلال نص المادة الإجرائية 446 قرر منح السلطة التقديرية للقاضي من أجل تقديرحالات منازعات فك الرابطة الزوجية والتي تتطلب اللجوء إلى

[1]- المادة 36، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]- المادة 446، قانون إ م وإدارية الجزائري، المرجع السابق.

[3]- ليلى جمعي، سلبيات وإيجابيات قانون الأسرة الجزائري، ودور القضاة في ذلك، مقال منشور بمجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران ، العدد 9، 2004، ص 118، (مقالة).

التحكيم، ومع ذلك فإننا نلمس، أن هناك عدم رغبة في تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين ولا على حمل القضاة على تطبيقه.

ب- مدى إلزامية اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق في القضاء.

- إن البحث عن قراراته للمحكمة العليا واجتهاداتها في قضايا التحكيم بين الزوجين الذي سببه الشقاق أسفر عن ندرة هذه القرارات بسبب قلة، إن لم نقل الغلام- الطعن في الموضوع لذلك سوف يتم التركيز على المعطيات القانونية، والفقهية واجتهاداته القانون المقارن والتركيز على أهم ما يمكن أن يكون ليس على ما هو كائن.[1]

- لقد أسفر البحث عن قرار وحيد جاء فيه نذكر نص المادة 56 من قانون الأسرة ضمن أحد قرارات المحكمة العليا، قضى ما يلي:

- " من المقرر قانونا أنه لا يتم الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون.[2]

- ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية: 46، 55، و 56 من قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

- فهذا القرار اعتبر عدم اللجوء إلى التحكيم بموجب المادة 56 من قانون الأسرة فيه مخالفة للقانون تتطلب نقض ما جاء به في قرار المجلس القضائي.

---

[1]- باديس دياربي، صور فك الرابطة الزوجية على صور القضاء والقانون في الجزائر، دار الهدى ،الجزائر، 2007، ص 48.

[2]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 25- 12- 1989، مجلة قضائية ، عدد3، 1991.

– وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا جعلت فيه، من استمرار الشقاق بين الزوجين سببا كافيا للحكم بالتطليق، تضمنت حيثياته.

– " ولما كان ثابتا في قضية الحال – أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما.

– فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[1]

– ما نستخلصه من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا في اجتهادها لم تشجع القضاة على أخذ مسلك التحكيم للوقوف على الأسباب الحقيقية التي أدت إلى استحالة العشرة الزوجية، وكان كافيا أن يلجأ قضاة الموضوع إلى التحكيم بدل جعل استحكام الشقاق سب للحكم بالتطليق أخذا بالشهادات الطبية كدليل إثبات على الضرر.

– نخلص أن اجتهاد المحكمة العليا يتأرجح هو الآخر بين الإقرار بوجوب إكمال أحكام المادة 56 من قانون الأسرة، وبين اعتبار الشقاق بين الزوجين سببا كاف لإجابة الزوجة لطلبها في التفريق القضائي.

[1]– قزار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/1/14، فصلا في الطعن، رقم 47495، منشور بالمجلة القضائية، العدد 2، 2009.

المبحث الثاني:

إجراءات التحكيم وصلاحيات الحكمين في قانون الأسرة الجزائري

سنتطرق إلى إجراءات التحكيم بين الزوجين ولمن تعود السلطة في ذلك وما يحدث في مجلس التحكيم من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه رقابة القضاء على عملية التحكيم، وفي المطلب الثالث الآثار القانونية للتحكيم بين الزوجين.

المطلب الأول:

إجراءات التحكيم بين الزوجين:

إن اتخاذ المحكمة الإجراءات التحكيم يدل على دخول دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما تميزها هو عدم ثبوت إضرار الزوج بزوجته أو إخفاق الزوجة في إثبات الشرر الواقع عليها الأمر الذي يستدعي تعيين حكمين، وسنتطرق إلى سلطة تعيين الحكمين كفرع أول، وإلى وظيفة الحكمين فرع ثاني، وإلى شروط الحكمين فرع ثالث.

الفرع الأول:

سلطة تعيين الحكمين:

إن اتخاذ إجراءات التحكيم يعد من الإجراءات الوجوبية بالنسبة للمحكمة والخصوم على السواء، بالنسبة للمحكمة عليها اتخاذ إجراءات التعيين، كإعلان منها عن بداية مرحلة التحكيم ولا تلتفت إلى رفض الخصوم لهذا الإجراء، فليس لأي من الزوجين السلطة التقديرية في ذلك، فهي ملزمة للقاضي وليس للأطراف لكن يزيد الأمر هنا في إجراء التحكيم، أن للزوجين حق تعيين من يمثلهما من الأهل، وهو ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 56 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها تعيين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، " ويفهم من ذلك

أن القاضي لن يكون على دراية بأهل الزوجين ما لم يقوم هذين الأخيرين بإيصال العلم إليه.[1]

لكن تبقى سلطته التقديرية سارية المفعول، بالنسبة للحكمين فيها إذا كان حائزين على شرط القرابة بالنسبة للزوجين أما باقي الشروط وهي الذكورة والعدالة والعلم والدراية بأمور التوفيق والإصلاح، وهي شروط مختلف فيها بين الفقهاء وقال بها المالكية فتبقى هي أيضا محل تقرير القاضي فيما يراه مناسبا لمعطيات ملف القضية.

– لكن منح حق تسمية أحد الخصوم لحكمه لا يعطيه الحق في التراخي في ذلك، بل لابد أن يتم تعيين الحكمين من طرف القاضي بإرشاد من الخصوم ويكفل حصوله بالسرعة المناسبة، وهو ما عبر عنه المشرع في عبارة في أجل شهرين"، فتحديد هذه المدة كفيل بأن يجعل القاضي يسرّع من وتيرة العمل التحكيمي ومن آليات التقاضي بصفة عامة، حتى يتم في آجاله ودون تقاعس من أحد، وبذلك يتم تعيين الحكمين في ذات الجلسة التي يكون فيها الزوجان أو وكلائهما حاضرين فيها، وهذا التدخل في تعيين الحكمين، يعطي القاضي دوراً إيجابياً تجاه الدعوى التي هي بحسب الأصل ملك للخصوم، لكن المشرع يسمح للمحكمة بأن يكون لها دور بارز في تسيير الخصومة وكذلك في عناصر الدعوى ذاتها الواقعة منها والقانونية[2].

[1]– وردة بوزيد، المرجع السابق، ص 94.

[2]– بلقاسم شتوان، الصلح في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة دكتوراه ، كلية أصول الديني والشريعة، جامعة الأمير عبد القادر ،العلوم الإسلامية، قسنطينة، السنة الجامعية، 2000/ 2001، ص 88.

الفرع الثاني:

وظيفة الحكمين

– إن أول مهمة للحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، وحتى يتمكنا من الإصلاح بين الزوجين فإنّ الأمر يتطلب منهما البحث في أسباب الشقاق بين الزوجين وفي السبل الكفيلة لإنهائه لتعود الحياة بينهما يسودها الألفة والمودة وتخلوا من الشقاق والخلاف فمعرفة أسبات الخصام بين الزوجين مهم جدا للوصول إلى حل والإصلاح بينهما.[1]

وعلى الحكمان يدرسا الحلول الممكنة للإصلاح إن رأيا الخير والمصلحة في ذلك لتعود الحياة الزوجية إلى وضعها الطبيعي وذلك بتذكير كل واحد منهما بواجبه تجاه الآخر وتنبيهه إلى موضوع الخطأ الذي ينبغي اجتنابه وقد يكون من الناجح أن يستخدم الحكمان وجاهتهما وقوة شخصيتهما في التأثير على الزوجين والضغط عليهما بشتى السبل.

– كما يقوم الحكمان بإثارة معاني الإيمان في نفوس الزوجين لما في ذلك من أثر كبير في التأثير عليهما، كإثارة معاني الشهامة والرجولة في نفس الزوج بأن يترفع عن ظلم الزوجة فهي أمانة في يده، كما ينبغي للحكم من أهل الزوجة أن يذكرها بحق الزوج ووجوب طاعته فإن ذلك ينعكس إيجابا عليها وعلى بيتها، وتذكيرهما بذلك استناداً لما جاء في الشريعة الإسلامية والسنة النبوية.[2]

– أما إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وباء مجهودهما بالفشل فقد اختلف الفقهاء في صفة الحكمان ومهمتهما هل هما وكيلين أم حاكمين، وهل يملك الحكمان الحق في التفريق بينهما.[3]

---

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، ج6، دار الفكر، سوريا ، 1985، ص 528.

[2]– المرجع نفسه، ص 530.

[3]– بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص 90.

القول الأول: أنهما حكمان لا وكيلان ولهما حق التفريق:

ذهب المالكية إلى أن الحكمين لهما الحق في الحمم والتفريق على أن الهدف الأساسي من بعث الحكمين هو الإصلاح فإن عجزا عن الإصلاح لهما أن يحكما بالتفريق[1]، واستدل أصحاب هذا القول تعالى: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إنّ الله كان عليماً خبيراً.

– وجه الدلالة من الاية : قالوا إن الله سبحانه وتعالى سماهما حاكمين ومن شأن الحاكم أنّه له ولاية الحكم والإلزام.

– كما استدلوا بما روي" أن رجل وامرأة أتيا على بن أبي طالب رضي الله عنه ومع كل واحد منهما فئام من الناس تأمرهم فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها وقال للحكمين هل تدريان ما عليكما، إن رأيتما أن تفرقا فرقتها وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله حتى تقر بمثل الذي أقرت به".

وجه الدلالة، لو كان وكيلين لم يقل لهما: أتدريان ما عليكما، إنما كان يقول: أتدريان بما وكلتكما' ويسأل الزوجين ما قال لهما، فدل على أنهما دا كمال وقول على رضي الله عنه لرجل الحديث حتى ترضى بما رضيت) يدل على أنه أجبره على قبول حكم الحكمين وأنه أسند إليهما الأمر في الجمع والتفريق على حسب ما يريانه منا سبا، وهذه من صلاحية الحاكم .[2]

[1]– سورة النساء، الآية: 35.

[2]– عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار البصائر، الجزائر، دس ن، ص 219.

القول الثاني: أنهما وكيلان وليس لهما حق التفريق:

– أن الحكمين وكيلان ليس لهما إلا الإصلاح، فإن لم يتمكنا من تحقيقه فعليهما أن يرفعا الأمر للقاضي دون التفريق بينهما، إلا إذا وكلهما الزوجان به، وهو قل الحسن البصري وعطاء ومذهب الحنفية والجديد من مذهب الشافعي والرواية الثانية للحنابلة وقول أهل الظاهر.

واستدل أصحاب هذا القول بقوله تعالى: " إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما"، وجه الدلالة، قالوا أن الله سبحانه وتعالى قال: "إن يريدا إصلاحا"، ولم يقل إن يريدا فرقة ولو أراد الفرقة لذكرها، فلما لم يذكرها دل على أنه لا يريدها[1]، كما استدلوا يقول علي رضي الله عنه للرجل: " كذبت لا والله حتى تقر بمثل ما أقرت به" وجه الدلالة، دليل على أن علي كرّم الله وجهه توقف لما لم يرضى الزوج بالفرقة واعتبر إذن الرجل فيها ولو كان حاكمين لم يلتفت إلى إذن أحد الزوجين أو رضاهما.

القول الراجح:

مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين لإنهاء حالة الشقاق إما بالجمع بينهما والإصلاح وإزالة الشقاق بالتفريق بينهما طلاقا أو خلعا، فما يراه الحكمان مناسبا لحال الزوجين هو توفيق بحد ذاته سواء.

كان بالجمع أم التفريق والشارع يميل إلى التوفيق أكثر من التفريق، وقد شار قانون الأسرة الجزائري في هذه المسألة على راي من رأي إنما الحكمان وكيلان أي أن مهمتهما الإصلاح لا غير حسب نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري فإذا رأيا أن الموقف

[1]– المصري مبروك، المرجع السابق، ص 253.

يستدعي التفريق اقترحا ذلك ورفعا بشأنه تقرير للقاضي على أن لا يتجاوز مدة شهرين من بداية عملهما وقيامهما بالمهمة.[1]

الفرع الثالث:

شروط الحكمين

لابد أن تتوافر عدة شروط معنية في الحكم حتى يكون مؤهلا للقيام هذا العمل وفهم المقصد الذي وجه إليه وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

الإسلام: لأن الحكم في مهمته بمثابة السلطان وبالأخص عند من يقول أن للحكمين أن يجمعا أو يطرقا حسب ما اقتضت المصلحة ولو من غير رضى الزوج فلا سلطان لكافر على مسلم، لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[2].

التكليف: اشترط البلوغ وسلامة الإرادة واكتمال الأهلية، لأن غير البالغ والصبي والمميز والمجنون وغيره لا يعتبر من أهل الرأي وفض النزاعات خاصة في مثل هذه الأمور التي لا يفهمها ويدرك خباياها، إلا من كانت له خبرة وتجربة في الحياة الزوجية ومشاكلها.

العدالة: فلكون الفاسق لا يؤمن جانبه قد يزيد في الخلاف أكثر مما يصلح لأنه من طبع هؤلاء الإفساد.[3]

---

[1]– عبد المؤمن بلياقي، التفريق القضائي بين الزوجين، في الفقه الإسلامي ، دراسة مدعمة بنصوص قانونية من قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 153.

[2]– سورة النساء، الآية 141.

[3]– الجندي أحمد نصير، موسوعة الأحول الشخصية، الزواج والطلاق، التفريق بين الزوجين، الجز الأول، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 404.

الذكورية: يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عادلين خبيرين بما يطلب منهما في هذه المهمة/ فاشتراط الذكورية كما يمتاز به الرجال عادة من التأني وحسن التدبير والتفكير والمهمة تستدعي ذلك

أن يكون الحكمين من أهل الزوجين: نصت الآية الكريمة على أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين حكما من أهله وحكما من أهلها، لأنهما أدرى بأمورهما وأصدق من غيرهما في الإصلاح بينهما، ونفوس الزوجين ترتاح لهما أكثر مما ترتاح لغيرهما حتى لا تتفشى أسرارهما خارج حدود الأسرتين.[1]

ويستحب أن يكون الحكمان من أهلي الزوجين فإن لم يكونا من أهلهما بعث القاضي رجلين أجنبيين، ويستحسن أن يكونا من جيران الزوجين ممن لهما خبرة بحالهما والقدرة على الإصلاح بينهما[2]، واتفق الفقهاء على أن يكون الحكمين من أهل الزوجين وإن وقع خلاف بينهم فيما إذا أهل الزوجين، وجاء قانون الأسرة الجزائري موافقا لرأي المالكية في كون الحكمين لا يكونا إلاّ من الأهل.

وهذا ما نصّت عليه المادة 56 منه: " يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة"، ويؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يتعرض لكل شروط الحكمين وقد رأينا ما اشترطه الفقهاء من العدالة والذكورية والرشد لعله يأخذ هذه الشروط من الفقه الإسلامي وذلك حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[3].

[1]– عبد الفتاح تقية، قضايا الأسرة في منظور الفقه والشريعة والقضاء، د .ط، منشورات تالة، الجزائر، 2011، ص159.

[2]– عروي عبد الكريم، الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية، الصلح والوساطة القضائية لقانون إ م إ ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة بني مسوس، الجزائر، 2012، ص 112.

[3]– تنص المادة 222 من قانون الأسرة على ما يلي: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

المطلب الثاني:

رقابة القضاء على عملية التحكيم

إن استحكام الخلاف بين الزوجين من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقرير القاضي على ضوء ما من خلف الدعوى، فإذا لم يثبت الضرر بعث بالحكمين لتحري أسباب الشقاق وتمارس رقابته عليهما منذ تعيينهما إل غاية تحديدهما لتقرير عن المهمة التي أوكلت لهما.

الفرع الأول:

التزام الحكمين بتقديم تقرير للقاضي

إن التقرير الذي يرفعه الحكمان إلى القاضي لا يشترط فيه تحليل وتسبيب ما توصلا إليه لأن رأيهما فيما وقفا عليه من أسباب الخلاف هو معيار الصحة.

أولا- الحكم بالصلح على ضوء تقرير الحكمين:

- جاء في نص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: " إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن " [1] من خلال هذه المادة نجد أن القاضي ملزم بالأخذ بما اشتهر إليه الحكمان في حالة وحيدة، وهي إصلاحهما للشقاق الذي وقع بين الزوجين، بحيث يثبت في محضر يصادق عليه القاضي، أما خلاف ذلك ، أي إذا انتهيا إلى التفريق بينهما، لأن حالهما مستعصية على الإصلاح والتوفيق، فإن القاضي غير ملزم بتبني رأيهما.

- - نجد أنه ليس الحكم بالمعنى القانوني للكلمة، إنما هو اقرب إلى الشهادة على واقعة معينة هي بالتحديد وقوع الصلح بين الزوجين المتخاصمين، ولما كانت هذه الوقائع

[1]- المادة 448، قانون الإجراءات م و إ ، المرجع السابق.

بطبيعتها قابلة للإثبات شهادة الشهود، ولما كان الحكمان من الأهل فقد أجازت المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، سماع شهادة الأقارب في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، كاستثناء من الأصل غير أن ما يشهد ب الحكمان واقعة الصلح ويتم تحريره في تقرير يقدم إلى المحكمة، فيخرج بذلك، ما يقدمه الحكمان عن صفة الشهادة، ولما كان من أهم نتائج التفرقة بين التحكيم بالقضاء بالصلح هي أن المحكم بالصلح لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي، ورغم أن مصدر السلطة في التحكيم، تعاقدي وموضعها قضائيا ما أكسبه طبيعة مختلطة، تجعل من وظيفة المحكم تنحصر في مجرد النطق بالحق أما وسائل الإجبار فهي تخرج من متناول ولا كون إلا بيد القضاء.[2]

غير أنه يمتد بالشكل الخاص الوارد على عملية التحكيم ككل، وهذا الشكل يلتزم المحكمين حتما في مراعاة تحرير التقرير وإبداعه، في مدة محددو وهو ما قضت به المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري" وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"[3]

– وهذه الأحكام قصد بها المشرع مراقبة عمل الحكمين، حرصا منه على مصلحة الزوجين والتحقيق من أن ما جاء في تقرير الحكمين قد توافرت في ه الشكلية المطلوبة تمهيدا لتنفيذه، وحتى يظهر به المحكمان بإثباته كتابة وقت محاولة الإصلاح" فأوجب القانون أن يكون عدد الحكام اثنين، وهو ما قضت به المادة 46 من قانون الإجراءات

[1]– تنص المادة 153 من قانون إجراءات م وإ على ما يلي" لا يجوز سماع أي شخص كمشاهد إلا إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم".

[2]– ديب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ترجمة للمحاكمة العادلة، مرقم للنشر، الجزائر، 2009، ص 413.

[3]– المادة 56، قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

المدنية والإدارية،[1] وأن يكونا من الأهل ومخالفة هذه القواعد الآمرة يرتب بطلانا متصلا بالنظام العام، حتى ولو لم يصرح المشرع بذلك لأنه من القواعد العامة.

– إن القاعدة المعتمدة في نظام الطعن، عموما أنه لا يصح الحديث عن عدم جواز الطعن إلا إذا نص المشرع على ذلك[2] ومنعه بنص صريح، ولكن لا يفلت تقرير الحكمين من مراقبة القضاء فقد قرر له المشرع عدم قبوله أي طعن بغية الاستقرار الفوري للمراكز القانونية التي حسمها تقرير الحكمين بالصلح وبقاء الزوجة على حالها، كما أن ما حكم على أساسه الحكمان هو قواعد العدل والضمير وليس على أساس قانوني، لذلك فهو غير قابل لي طعن، لأن التنازل عن تطبيق القانون مرتبط بالتنازل عن الاستئناف.[3]

ثانيا– الحكم بالتطليق على ضوء تقرير الحكمين:

– من المقرر في المذهب المالكي أنه إذا اتفق الحكمان على رأي ، نفذ حكمهما أمضاه القاضي دون تعقيب وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلاله نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري" وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما" فأخذ القاضي بما اتفق عليه الحكمان، وهو الصلح والتوفيق بين الزوجين ومن هنا تكون أمام افتراضين.

الافتراض الأول: وهو أن يتفق الحكمان على التطليق، وهو ما لم يصرح به المشرع الجزائري، لأنه رفض منح هذه السلطة للمحكمين، واعتبرهما وكيلين عن القاضي، لا يخرجان عن حدود الوكالة التي أنيطت بهما، وإلا جاز له سحبها منهما.

[1]– تنص المادة 446 من ق إ م على ما يلي " إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلاح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

[2]– قرار المحكمة العليا، عرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 24–09– 1996، ملف رقم 139353 ، المجلة القضائية، عدد 2، 1997، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا ، طبع ديوان الأشغال التربوية، ص 96.

[3] ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص415.

– لكن محكمة النقض المصرية قضت بخلاف هذا النهج ، حيث جاء عنها المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وأنه إذا انقضى على رأي نقد حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب لما كان كذلك، وكان الثابت في تقارير حكم محكمة أول درجة أن الحكمين قدما تقريرا انتهيا فيه إلى أنه لا خير في هذه الزيجة، " ورتب الحكم على ذلك اتفاق الحكمين على وجوب التفريق بين الزوجين وقضي بالتطليق ، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون"[1].

الافتراض الثاني: وهو أن يختلف الحكمين، فطلق أحدهم ولا يطلق الآخر وهذا أيضا مردود، ولا يمضيه القاضي، بل إن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قضت بأنه يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين وإذا تبين له صعوبة تنفيذ[2] مهمة الحكيم، وأن يعيد القضية إلى الجلسة لتستمر الخصومة، وتكمن الصعوبة إما في تعنت أحد الزوجين وإصراره على الانفصال فإن اتفق الحكمان على الاستجابة والحكم بالتطليق، فحكمهما مردود، وإما أن يختلفا فيطلق حكم ولا يطلق الحكم الآخر، وتقريرهما مردود أيضا.

– هذا ونجد أن من آليات التي تمارسها المحكمة على عمل الحكمين هو اعتبار تقرير الحكمين مجرد رأي استشاري يستأنس به قاضي الموضوع ليكون في عقيدته توافر عناصر الضرر من عدمه فيصدر حكمه على أساسه ولكن لا يستطيع أن يعدل في التقرير بأي حذف أو إضافة .

[1]– عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 91.

[2]– تنص المادة 449 قانون إ م و إ على ما يلي: " يجوز للقاضي إنهاء سهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة وغي هذه الحالة بعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصوصية".

الفرع الثاني:

انقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين

– ينقضي التحكيم بين الزوجين لأحد الأسباب التالية:

1/ إذا صدر تقرير الحكمين في المدة المحددة له متضمنا الصلح بين الزوجين، وهي النتيجة الطبيعية لانقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجية بسبب الشقاق، فتنقضي الدعوى على إثره.

2/ إذا يصدر حكم في النزاع بسبب صعوبة المهمة وعدم تبيان مصدر الضرر، حتى على حكمين من الأهل، فيجهل عليهما الحال، لينهي القاضي مهامهما تلقائيا وتعاد الخصوصية إلى عهدها الأول للنظر فيها ، وهو ما أكدته المادة 449 من قانونية الإجراءات المدنية والإدارية، فينقضي التحكيم بزواله.

هذا ما أكدته القاعدة القانونية المتعلقة بالتحكيم، في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن بعض التشريعات العربية قررت غير ذلك، فإذا ما قدم الحكمان تقريرهما منتهيان إلى اختلافهما أو عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين، قررت المحكمة عث حكم ثالث[1]، بذات إجراءات بعث الحكمين مع الحكم الثالث القيام بالمهمة مرة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي أن يضمّن حكمه الذي سيصدره في الدعوى على ما يدل على أنه قام بإجراءات التحكيم، حسب ما اقتضته المادة 56 من قانون الأسرة،

[1] علي علي سليمان، مقال حول قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد02، 1986، ص 993.

فلا يثبت عليه تخلف القيام بإجراء جوهري يؤدي إلى تعريض الحكم إلى النقض، وذلك قياسا على أثر تخلف محاولة الصلح المقررة في نص المادة 49 من نفس القانون[1].

وتعتبر أسباب الانقضاء هذه عادية مقارنة بأخرى غير متوقعة بل حدثت بصورة طارئة، نذكرها فيما يلي:

1/ ينقضي التحكيم بوفاة احد الحكمين أو بفقد أهليته لكن زوال صفة المحكم عنه لا يرتب زوال التحكيم، بل يجوز إكمال إجراءات التحكيم، بحكم محل الذي زالت عنه الصفة.

2/ بعزل أحد الحكمين أو كليهما لعدم الصلاحية للتحكيم، مما يتوجب على القاضي تعيين حكمين آخرين .

3/ بوفاة أحد الزوجين فتنحل الرابطة الزوجية بسبب الوفاة، كما قضت بذلك المادة 47 من قانون الأسرة، لفم يعد هناك محل للتحكيم ولا سبب لقيامه[2].

4/ عدم صدور تقرير الحكمين في الميعاد المقرر له فيسحب منهما القاضي الثقة، كما بإمكانه تعيين حكمين غيرهما.

5/ تنحي الحكم عن مهمة التحكيم والمبدأ أنه لا يجبر أحد على قبول مهمة التحكيم، ومن ثم إذا قبلها وجب عليه إتمامها، إلا إذا مجد سبب جدي يمنعه من الاستمرار، كأن يصيبه مرض يمنعه حتما من التحكيم[3].

وزوال التحكيم أو صفة الحكمين لأي سبب من الأسباب كالوفاة أو العزل أو فقد الأهلية أو التنحية، عن أداء مهمة التحكيم يزول ويسقط على إثره التحكيم ويعتبر كأنه لم

---

[1] قوادري الأخضر، الوجيز الكافي في إجراءات القاضي في الأحكام العامة في الطرق البديلة في حل النزاعات الأسرية، الصلح القضائي، الوساطة القضائية، د ط، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 220.

[2] تنص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة".

[3] عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص264.

يكن بسبب فقد ركن جوهري، وأي قرار يصدر من أحد الحكيم أو كليهما بعد انقضاء إجراءات التحكيم يعتبر باطلا.

المطلب الثالث:

الآثار القانونية للتحكيم بين الزوجين

يرتب التقرير المتضمن لإجراءات التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق بعد صدوره بالكيفية المطلوبة وخلال المدة المحددة وفقا للشكل الذي حدده القانون آثار مهمة على التقرير ذاته، وعلى عمل الحكمين.

الفرع الأول:

الآثار القانونية لتقرير الحكمين

إن التشريعات العربية التي أخذت على عاتقها اعتبار الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وبالتالي نفاذ حكمهما وإمضاء القاضي له، فإن حكما في تقريرهما بالتفريق بين الزوجين فلا يقع شرعا أو قانونا، بمجرد رفعه إلى القاضي ومن ثمة لا أثر له إلا بعد أن تضمن نتيجته في الحكم الذي يفصل بموجبه في الدعوى المعروضة أمامه بحكم قضائي مستوف لشروطه المطلوبة، وبذلك يقع الطلاق وتبدأ عدة الزوجة من تاريخ صدور الحكم عن القاضي وليس من تاريخ رفع التقرير إليه[1].

ولما اعتبر المشرع الجزائري الحكمين وكيلين وبالتالي إن شاء استأنس القاضي بشهادتهما حول وضعية الزوجين، واعتمدها في حكمه الذي يفصل بموجبه في النزاع، بحيث

[1] الخباث سهام، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016، ص98.

يجد في تقريرهما ما يزيد في قناعته حول ما تدعيه الزوجة، فإما يحكم عليها بالرجوع وإما يحكم لها بالطلاق، أين تبدأ عدتها في السريان من تاريخ صدور حكم القاضي بذلك.

وتجدر الإشارة إلى أن عدم جعل تقرير الحكمين ملزما مرده إلى خاصية الولاية الخاصة، التي يتصف بها التحكيم عموما، مما يجعل من ذلك مبررا لرفض صبغ تقرير الحكمين بالحجية اللازمة.

الفرع الثاني:

الآثار القانونية لعمل الحكمين

عمل الحكمين قد يكلل بالنجاح أو بالفشل، وينتج عن عمل الحكمين آثار عديدة نذكرها فيما يلي:

أولا- نجاح إجراء التحكيم

إذا توصل الحكمين إلى إنهاء الخلاف والشقاق بين الزوجين بالصلح يعني أنه تحقق الغرض الذي من أجله قامت المحكمة بإجراءات التحكيم مما يستوجب عليها إثباته في محاضرها لتنقضي بذلك الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح حسب نص المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1]، وحينها تستنفذ المحكمة ولايتها بسبب حسم النزاع بين الزوجين صلحا، مما يرتب عدم جواز نظر الدعوى من جديد، وبالتالي فإن الصلح يؤكد بإرادة الزوجين ومضمونه يحرر بمحضر ويوقع من الطرفين، يرفع التحكيم محضر الصلح يبقى خاضعا للصيغة العقدية فهو يعتبر في سلطات الإدارة الواجب احترامها من طرف القاضي.

[1] تنص المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح أو بالقبول بالحكم أو بالتنازل عن الحكم ".

ثانيا- فشل إجراء التحكيم

إن فشل الحكمين في مهمة التحكيم التي أوكلت لهما يتطلب من القاضي التدخل لإعادة الخصومة إلى القضاء[1].

السبب في اتجاه القاضي إلى إجراءات التحكيم هو فشله في محاولات الصلح كإجراء أولي في دعاوى التطليق التي أجراها قبل ذلك وفشل الصلح والتحكيم لا يغني عن وجوب إعادة النظر في ملف القضية، وفي وسائل الإثبات المعروضة أمامه، ومحاولة الفصل في النزاع إما بالاستجابة إلى طلب الزوجة إلى التطليق فيحكم به، وإما رفض طلب المدعية وإلزامها بالرجوع إلى بيت الزوجية بسعي من الزوج وتحميلها كافة المصاريف القضائية.

وفي انتظار البث بهذا الحكم فإنه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة والمتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن إن لزم الأمر وهو ما نصت عليه المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ويكون تقرير التحكيم متضمن من حيث الموضوع معاينة الضرر وأسبابه[2].

ونصت المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة"[3].

[1] عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص 219.

[2] تنص المادة 57 مكرر من قانتون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة.....".

[3] المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

خلاصة الفصل:

إن التحكيم في اللغة يفيد تفويض الأمر للغير من أجل القضاء والفصل بعدل في كل شقاق ونزاع، وقد اتفق جميع الفقهاء على أن التحكيم يتم بإرادة أطراف النزاع وبرضاهم وان الشرط في المحكم الصلاح ولو ولاية خاصة بحيث ينفذ حكمه عليهم، ومفهومي التحكيم والشقاق متلازمان، فأينما يكون استحكام الخلاف والشقاق تطلب تدخل أهل الثقة للفصل بعدل بين المتخاصمين ويتفق مفهوم التحكيم مع مفاهيم تتشابه معه لكنه يبقى محتفظا بخصوصيته التي تميزه عن تلك التي تتضمن مفهوم الصلح والقضاء والوكالة، ورغم ثبوت مشروعية الصلح بالكتاب والسنة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في طلب التحكيم بوجود القضاء، ظهرت حديثا نظريات تفسر الطبيعة القانونية للتحكيم حيث اختلف فقهاء القانون حولها، فمنه من يقول بالنظرية العقلية للتحكيم في حين اتجه آخرون إلى القول بالنظرية القضائية، لكن يبقى التحكيم بين الزوجين له خصوصية فهو تعاقدي في نشأته وقضائي في وظيفته، بحيث تغلب عليه المصالحة مما يجعله أدنى من الحكم القضائي، واللجوء إلى التحكيم بين الزوجين يتطلب عجز الزوجة إثبات الضرر الذي لحق بها من طرف زوجها، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وشرط الضرر أن يكون من الزوج دون غيره ولازم غير مؤقت، بحيث لا قدرة للزوجة على تحمله، كما أن التحكيم بين الزوجين يستدعي صدق النية من الزوجين والحكمين على السواء، غير أن اختلاف الفقهاء طال سلطة الحكمين، أيضا فمنهم من يرى أن مهمتهما مقصورة على الإصلاح دون التفريق، فيما يرى البعض الآخر أن سلطتهما تتضمن الإصلاح والتفريق بحسب ما تقتضيه المصلحة، وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الأول ليضع العملية التحكيمية تحت رقابة القضاء.

الخاتمة

الأصل في العلاقة الزوجية أنها قائمة على أساس المحبة والمودة والتعاون والسامح فمهما طرأ عليها من خلاف فإن ذلك يعد استثناء لا يكاد يخلو منه بيت فلا بد من الرجوع إلى الأصل وهو صفو العلاقة الزوجية والابتعاد عن كل ما يزعزع استقرارها، لذلك حثت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري كل من الزوجين الالتزام بكل ما يترتب عن عقد الزواج من حقوق وواجبات كل واحد منهما اتجاه الآخر لأن من أكثر الأسباب المؤدية لظهور الشقاق بين الزوجين هو تعدي احد الزوجين على حدود الآخر، سواء كان ذلك إخلالا بالحقوق المشتركة بينهما أو الواقعة على أحدهما اتجاه الآخر، وفي حالة إذا استحكم الخلاف بين الزوجين واتسعت هوة الشقاق بينهما ولم يخطو أحدهما في الوئام والوفاق خطوة، فذلك يحتم على الحكماء التدخل لمحاولة الإصلاح والتوفيق بينهما عن طريق التحكيم وللمحافظة على استمرارية الحياة الزوجية، شرّع الإسلام التحكيم بين الزوجين للإصلاح والتوفيق بينهما.

وقد تبنى قانون الأسرة الجزائري وسائل علاج الشقاق والإصلاح بين الزوجين للحد من نسبة الطلاق ويظهر ذلك من خلال نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي ألزمت القاضي بإجراء الصلح من الناحية العملية هو إجراء شكلي لأن أغلب جلسات الصلح في المحاكم تنتهي بفك الرابطة الزوجية، ونادرا ما يحدث الصلح وإذا فشل القاضي في الصلح بين الزوجين واشتد الخصام بينهما لجأ إلى نظام التحكيم الذي شرّعته الشريعة الإسلامية، فيبعث حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة لمحاولة معرفة الأسباب الحقيقية للشقاق واتخاذ الطرق المناسبة لعلاجها، فقد وافق قانون الأسرة الجزائري الفقه الإسلامي على وجوب تعيين حكمين للإصلاح بين الزوجين من خلال المادة 56 من قانون الآسرة الجزائري، ويعتبر هذا العلاج وسيلة فعالة في حل الكثير من الخلافات الزوجية وذلك في نجاح الحكمين في الإصلاح بين الزوجين، فرغم تأكيد المشرع الجزائري على مسألة الصلح وإعطائها الطابع الإجرائي إلا أنه كثيرا من القضايا الزوجين يبث فيها بالطلاق دون المرور

بعملية صلح المبينة في المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، ولو طبقت هذه المادة لقضينا على نسبة كبيرة من النزاعات الزوجية، وإذا فشل الحكمين في مهمة الإصلاح بين الزوجين واستفحل الشقاق بينهما بحيث تستحيل مواصلة العشرة فلا بد من التفريق بينهما، وهذا ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري من خلال المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جعل الشقاق المستمر بين الزوجين سبب من أسباب التطليق الموجبة للزوجة.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية:

- مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والأئمة والعلماء لما فيه من إنهاء الخصومة وتحقيق العدل.
- العملية الصلحية لا تعزوها النصوص القانونية لإثبات جوازها ومشروعيتها بل أن تحاط بوسائل فعالة تخدم القاضي والمتقاضي.
- إن المادة 49 من قانون الأسرة جعلت "بعد تعديلها" من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح مما يفيد تأكيد المشرع على وجوبها واعتبارها من الإجراءات الجوهرية، المتعلقة بالنظام العام.
- الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالنظام العام كقاعدة عامة، لكنه يجوز على المصالح المالية المتعلقة بهما.
- الطلاق الذي يجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح هو الذي عبرت عنه الإرادة التشريعية من خلال ما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة .
- أوجبت المادة 49 القيام بمحاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق، فيجوز عرض الصلح قبل النظر في الدعوى أو قبل اتخاذ إجراءات الإثبات فيها أو قبل النطق بالحكم .

- من بين الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري من اجل الحد من الطلاق التعسفي أن جعل حل الرابطة الزوجية تحت الإشراف الفعلي للمحكمة وأيضا الإصلاح بين الأطراف المتخاصمة من خلال جلسات الصلح التي يقوم بها القاضي بنفسه.
- محاولة الصلح تحكمها شروط تلزم المحكمة المختصة بالتحقق من توافرها من أجل أن يكون العمل القضائي حائزا على قوة الحقيقة القانونية.
- مدة محاولة الصلح ومدة العدة تتطابقان في لوحدتهما الزمنية وكذا في تاريخ سريان حسابهما في حالة واحدة في تلفظ الزوج بالطلاق يوم بداية جلسة الصلح الأولى.
- اهتمت الشريعة الإسلامية بالقضاء اهتماما لم تعرفه باقي التشريعات من خلال تشددها في الشروط الواجب توافرها في القاضي ليكون أهلا لهذه الوظيفة الجليلة.
- لقد ترك المشرع الجزائري فراغا كبيرا في قانون الأسرة بصدد كثير من المسائل لم تتيسر تغطية هذا النقص عمليا، بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة في إحالتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بسبب نقص التكوين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائري.
- محضر الصلح كسند تنفيذي له حجية منقوصة.
- إن التوصل إلى الصلح بين الزوجين يجب أن يصدر فيه حكم بانقضاء الدعوى يتم فيه التسبيب بإبراز مساعي الصلح ونتاجه الإيجابية وإرفاقه بمحضر الصلح وفي حالة الفشل يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.
- تعريفات فقهاء القانون للتحكيم جاءت مرتبطة بالمجال القانوني الذي تخصص فيه كل واحد منه.
- التحكيم بين الزوجين يقوم بتوافر شروط معينة لا تقوم في سائر الخصومات لخصوصية المنازعة في فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها.
- الفارق الجوهري بين نظام التحكيم ونظام الصلح متعلق بمرحلة التنفيذ ، فبينما ينتهي التحكيم بقرار قابل للتنفيذ مباشرة بعد اطلاع المحكمة عليه ولا تمتد سلطة

القاضي للنظر في الموضوع فإن الصلح لا يقبل التنفيذ إلا تصديق القاضي ووضع الصبغة التنفيذية عليه.

- تختلف قواعد التحكيم عن قواعد الوكالة في أحوال كثيرة واعتبر القضاء أعلى مرتبة من التحكيم، كما أن حكم المحكم لا يخرج عن الولاية الخاصة.
- التحكيم بين الزوجين نظام تعاقدي في نشأته ولكنه قضائي في وظيفته، رغم أنه لا يخضع لجميع قواعد الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الدولة.
- الضرر الذي يجيز طلب التطليق على الزوج معياره شخصي وليس مادي وأمر تقديره متروك لقاضي الموضوع الذي يقدر أيضا الحالات التي تتطلب اللجوء غلى التحكيم .
- ربط المشرع الجزائري إمكانية التحكيم بأهلية التصرف للشخص الذي يود اللجوء إليه، واشترط في المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها أن لا تتعلق بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.
- أخذ المشرع الجزائري بالرأي القائل بان الحكمين وكيلان لا تعدو مهمتهما الإصلاح بين الزوجين.
- الشروط المتفق عليها في الحكمين: كمال الأهلية والإسلام والشروط المختلف فيها: الذكورة والقرابة والعلم بأحكام الجمع والتفريق والعدالة.
- ينفذ قول الحكمين بما اتفقا عليه في الإصلاح ولا عبرة لطلاقهما على الزوجين فلا يأخذ به القاضي.
- من بين آليات الرقابة التي تمارسها المحكمة على عمل الحكمين هو أخذ تقريرهما على انه رأي استشاري يستأنس به قاضي الموضوع ليكون في عقيدته توافر عناصر الضرر من عدمه، فيصدر حكمه على أساسه.
- الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق طلاق بائن.

- سكت المشرع الجزائري عن كثير من التفاصيل الإجرائية المتعلقة بالتحكم بين الزوجين.
- ينقضي التحكيم بصدور تقرير الحكمين في المهلة المحددة أو بانقضائه، دون قيامهما بما عهد لهما، أو بسبب الوفاة أو العزل أو فقد الأهلية أو الرجوع لأحد الحكمين أو لكليهما كما ينقضي بوفاة أحد الزوجين.
- إن الصلح والتحكيم من الإجراءات الوجوبية يندرجان في إطار النظام القضائي.

وأخيرا يمكن القول بأنه المهمة الصلحية في نظامنا القضائي لم تحط بقيود فعالة كما لم يتم تفعيل نظام التحكيم رغم أهميته مما ساعد في الإخلال من فعالية الطرق الودية لفض المنازعات الأسرية

الاقتراحات:

اعتبارا مما سبق نقدم الاقتراحات التالية:

- نشر الوعي الشرعي بأحكام الأسرة عن طريق استغلال وسائل الإعلام المختلفة وتنمية الوازع الديني لدى الزوجين والتوعية والإرشاد بالواجبات الزوجية من خلال المحاضرات وخطب المساجد.
- العمل على تفعيل نظام التحكيم لحل المشاكل الأسرية وخاصة حالات الشقاق بين الزوجين، كما يجب على الأهل أخذ دورهم في الإصلاح بكل الوسائل الممكنة والمتاحة وعدم تصعيد المشاكل بين الزوجين ومساعدتهم على تخطيها، للمحافظة على استقرار حياتهم الأسرية.
- العمل على تحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع لأن أكثر دوافع النشوز والشقاق في مجتمعنا ناتجة عن تراكمات وأزمات ساهمت بشكل كبير في انتشار الخلافات الأسرية.

- عدم اللجوء إلى الطلاق إلاّ بعد استنفاذ كل وسائل العلاج التي شرعها الإسلام لأنه أفضل علاج لمشاكل الأسرة والمجتمع، فلا بد من الرجوع إليه لحل مشاكل الزوجين.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1. القرآن الكريم.

2. السنة النبوية.

3. المعاجم.

-إبن منظور، لسان العرب، الجزء 49، الطبعة الثالثة، دار الصادر لبنان 1985.

ثانيا- المراجع

1. الكتب

- أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية ،فقه الطلاق ،الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع ،الأردن ،2009 .
- إسماعيل أمين نواهظة ،الأحوال الشخصية ،الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر والتوزيع، الأردن ،2009 .
- باديس ديابي،صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى،الجزائر،2007.
- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح في شرح قانون الأسرة الجزائري،أحكام الزواج،الجزء الأول،الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،2010 .
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح القانون الجزائري: مقدمة الخطبة، الزواج والطلاق، الميراث والوصية، الجزء الأول:الزواج والطلاق ،الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.
- بن صاولة شفيقة ،الصلح في المادة الإدارية،الطبعة الثانية، دار هومة ،2008.
- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في شؤون الأسرة،وفق التشريع و القضاء الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2018 .

- بوضياف عمار ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية :الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية،الجزء الأول، الطبعة الأولى دار جسور للنشر والتوزيع،الجزائر،2012.
- الحسين آث ملويا، الملتقي في الأحوال الشخصية، ج1، د.ط، دار هومة، الجزائر.
- الخميلشي أحمد،التعليق على قانون الأحوال الشخصية :الزواج والطلاق،الجزء الأول،الطبعة الثالثة،مطبعة المعارف الجديدة،المغرب،1994.
- زودة عمر،الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء إسنيكولبيا،د ط ،الجزائر،2014.
- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الجزائر،2010.
- عبد العزيز سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري: في الزواج والطلاق، الجزء الأول، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر'، 1989.
- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد:أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل،ط4، دار هومة للنشر،الجزائر،2010.
- علي بن محمد، الشريف الجرباني ، التعريفات، طبعة جديدة، مكبة لبنان 1985.
- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها،د ط،الجزائر،2003.
- عمرو خليل، انحلال الرابطة الزوجية بناءا على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:دراسة مقارنة، د.ط، دار الجامعة الجديدة مصر.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري: في الزواج والطلاق، الجزء الأول، د ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر'، 1989،.

- محمد الكشبور،،شرح مدونة الأسرة ،انحلال ميثاق الزوجية ،مطبعة النجاح الجديدة ،الجزء الثاني،دط،2006.
- محمد لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومه،الجزائر ،2006.
- المصري مبروك،الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري،دراسة فقهية مقارنة ، د ط، دار هومه، 2010.
- نبيل صقر، تشريعات العمل نصا و تطبيقا، النصوص التشريعية و التنظيمية الخاصة بالعمل، اجتهادات المحكمة العليا، دار الهدى، الجزائر 2009.
- يسري عبد العليم عجوز، الصلح في ضوء الكتاب والسنة، د ط، القاهرة، د س ن.

ثانيا- الرسائل والمذكرات الجامعية:

1/ رسائل الدكتوراه:

- شامي أحمد،السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة:دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلسمان،السنة الجامعية،2014،2013.

2/ مذكرات الماجستير:

- خوفي خالد، التسوية الدولية للنزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية ،2011-2012.
- غضبان مبروكة، النفقة بين التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2010-2011.

- المسعد ابن خالد إبراهيم،أحكام الصلح بين الزوجين:دراسة فقهية مقارنة بالأحوال الشخصية الأردني،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة ،قسم الفقه وأصوله،جامعة مؤتة،الأردن ،2006 .
- وردة بوزيد، الصلح و التحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص شؤون الأسرة كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي 2011.

3/ مذكرات إجازة المعهد الوطني للقضاء:

- بوشيبان خديجة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية،مذكرة التخرج لنيل إجارة المعهد الوطني للقضاء،الدفعة الثامنة عشر ،الجزائر ،2010.

ثالثا- المجلات القانونية:

- المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم 372130 مؤرخ في 2006-11-15،المجلة القضائية،عدد02 سنة 2007،ص463إلى 467.

رابعا- النصوص القانونية:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل ومتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج ر عدد 15 صادرة بتاريخ 27 فبراير 2005.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر في 23 أفريل 2008.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

- قانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق ل 6نوفمبر 1990، يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

فهرس المحتويات

الشكر والعرفان

الإهداء

مقدمة..... 01

الفصل الأول: الصلح كوسيلة لتسوية النزاعات الأسرية

تمهيد..... 06

المبحث الأول: مفهوم الصلح.....07

المطلب الأول: التعريف بالصلح:.....07

الفرع الأول: تعريف الصلح: 07

أولا- المدلول اللغوي للصلح :.....07

ثانيا- المدلول الاصطلاحي للصلح:.....07

الفرع الثاني: مشروعية الصلح.....10

أولا – مشروعية الصلح في القرآن الكريم:.....10

ثانيا- مشروعية الصلح في السنة النبوية 11

ثالثا- مشروعية الصلح في الإجماع:.....13

المطلب الثاني: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى.....13

الفرع الأول: تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني.....14

الفرع الثاني: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية.....16

الفرع الثالث: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات...19

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للصلح.....21

الفرع الأول: الصلح من النظام العام.....21

الفرع الثاني: الصلح ليس من النظام العام.....23

المطلب الرابع: شروط الصلح.....25

الفرع الأول: ضرورة رفع الدعوى.....26

الفرع الثاني: وجوب إجراء محاولات الصلح.....27

الفرع الثالث: وجود العلاقة الزوجية.....29

المبحث الثاني:إجراءات الصلح وآثاره.....31

المطلب الأول:إجراءات الصلح "دعوى الطلاق بالتراضي ودعوى التطليق من الزوجة كنموذج".....31

الفرع الأول: إجراءات الصلح في دعوى الطلاق بالتراضي.....32

الفرع الثاني: إجراءات الصلح في دعوى التطليق من الزوجة 33

المطلب الثاني: معيقات الصلح بين الزوجين.....35

الفرع الأول: غياب الزوجين أو أحدهما عن جلسة الصلح.....36

الفرع الثاني: وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح.....37

أولا– وفاة الزوجين خلال مدة الصلح في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج: 37

ثانيا– وفاة أحد الزوجين خلال مدة الصلح في دعاوى التفريق القضائي الأخرى:.....38

المطلب الثالث: أثار إجراءات الصلح.....39

الفرع الأول: نجاح محاولات الصلح.....39

أولا– تحرير محضر الصلح.....39

ثانيا– تنفيذ محضر الصلح.... 41

ثالثا– الحكم بانقضاء الدعوى.....41

الفرع الثاني: فشل محاولات الصلح.....42

أولاً– تحرير محضر عدم الصلح:.....42

ثانيا– الشروع في مناقشة الدعوى.....43

خلاصة الفصل:.....49

الفصل الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات الأسرية

تمهيد:.....51

المبحث الأول: مفهوم التحكيم 52

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم.....5

الفرع الأول: تعريف التحكيم.....53

أولا– تعريف التحكيم شرعاً: 53

ثانيا– تعريف التحكيم قانوناً: 54

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم.....56

أولا– من الكتاب الكريم: 56

ثانيا– من السنة النبوية:.....57

ثالثا– من الإجماع:.....57

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم وما يشابهه.....57

الفرع الأول: التمييز بين التحكيم والصلح 57

الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والقضاء.....59

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم والوكالة.....62

المطلب الثالث: مشروعية التحكيم بين الزوجين وطبيعته القانونية.....64

الفرع الأول: مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية 64

أولا– من الكتاب: 65

ثانيا– من السنة: 65

ثالثا– من الإجماع: 67

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.....68

أولا– النظرية العقدية للتحكيم: 68

ثانيا– النظرية القضائية للتحكيم:.....70

ثالثا– مدى إلزامية اللجوء للتحكيم:.....72

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وصلاحيات الحكمين في قانون الأسرة الجزائري.....76

المطلب الأول: إجراءات التحكيم بين الزوجين:.....76

الفرع الأول: سلطة تعيين الحكمين:.....76

الفرع الثاني: وظيفة الحكمين:.....78

الفرع الثالث: شروط الحكمين: 81

المطلب الثاني: رقابة القضاء على عملية التحكيم.....83

الفرع الأول: التزام الحكمين بتقديم تقرير للقاضي.....83

أولا- الحكم بالصلح على ضوء تقرير الحكمين 83

ثانيا- الحكم بالتطليق على ضوء تقرير الحكمين 85

الفرع الثاني: انقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين.....87

المطلب الثالث: الآثار القانونية للتحكيم بين الزوجين.....89

الفرع الأول: الآثار القانونية لتقرير الحكمين.....89

الفرع الثاني: الآثار القانونية لعمل الحكمين.....90

أولا- نجاح إجراء التحكيم 90

ثانيا- فشل إجراء التحكيم.....91

خلاصة الفصل 92

الخاتمة 94

قائمة المصادر والمراجع.....101

فهرس المحتويات 107

الملخص

الملخص:

إن المحافظة على استقرار الأسرة هو الهدف الذي سعي إليه المشرع الجزائري من خلال إعادة النظر في التشريعات الخاصة بالأسرة حتى تكون ملائمة للقصد العام للشريعة الإسلامية، وذلك من خلال التأكيد على وجوب فض المنازعات الأسرية عن طريق آليتي الصلح والتحكيم، فمحاولة الصلح إجراء وقائي يحفظ كيان الأسرة والمجتمع ككل، وهو ملزم لقاضي شؤون الأسرة يقوم به قبل الفصل في دعاوى الطلاق بكافة صوره يتطلب منه أن يكون مصالحا ومفاوضا وعنصرا إيجابيا في المهمة الصلحية باقتراح حلول يراها مناسبة لفض الخصومة بين الزوجين، ولن يتحقق له ذلك دون أن تكون له دراية واسعة بأحوال الناس الاجتماعية والنفسية، كما أن اللجوء إلى التحكيم يقوم على شرط عدم ثبوت الضرر الذي تدعيه الزوجة طلبا للتطليق وفشل القاضي في مسعاه إلى الصلح بينهما، مع الأخذ بان يكون الضرر لازما وغير قابل للزوال وكونه يرقى لأن يكون سببا في للشقاق بين الزوجين، مما يوجب على القاضي تعيين حكمين خبيرين بأحوال الزوجين ولهما القدرة على الإصلاح، مهمهما ليس إثبات الضرر الذي لم تستطيع الزوجة إثباته بل الوقوف على ما أثاره الزوجان أمامهما من خلاف وشقاق يحاولان على أساسه الحكم بينهما بعدل.

Summary:

Maintaining the stability of the family is the goal sought by the Algerian legislator by reconsidering the family-related legislation so that it is appropriate to the general intent of Islamic law, by emphasizing the necessity of resolving family disputes through the mechanisms of conciliation and arbitration. And society as a whole, and it is obligatory for the family affairs judge to do it before deciding on divorce cases in all its forms, requires him to be a conciliator, a negotiator and a positive element in the conciliatory mission by proposing solutions he deems appropriate to resolve the dispute between the spouses, and this will not be achieved for him without having extensive knowledge of people's social conditions and psychological, and resorting to arbitration is based on the condition that the damage claimed by the wife for divorce has not been proven and the judge failed in his efforts to reconcile between them, taking into account that the damage is necessary and irreversible and that it amounts to being a cause of discord between the spouses, which requires the judge to appoint Two expert judges on the conditions of the spouses and have the ability to reform, their important thing is not to prove the damage that the wife could not prove, but to stand on what the spouses raised before them of disagreement and discord on the basis of which they are trying to judge me justly greedy.