



جامعة آكلي محند اولحاج - البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

دور قاضي الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أسرة

إشراف الدكتورة
ربيع زاهية

إعداد الطالبان
- بلقاسم نادية
- عمارة العربي

لجنة المناقشة

الدكتور خليفي سمير:.....رئيسا

الدكتورة ربيع زاهية.....مشرفا ومقررا

الدكتورة عينوش عائشة.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2019/10/30

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

أفراد عائلتي صغيرا وكبيرا.

رفيقاتي الدرب في الدراسة.

كل الأهل والأقارب.

أهدي ثمرة جهدي وعملي هذا إلى

إلى أمي رحمها الله وأسكنها فسيح جنانه

إلى والدي الغالي حفظه الله وأطال في عمره.

إلى الذين ساندوني لإنجاز هذا البحث...إخوتي.

إلى شريكتي في الحياة...زوجتي.

إلى كل الأهل والأقارب.

عمارة

شكر وتقدير

بعد الشكر لله عز وجل على توفيقه وامتنانه وفضله علينا في إنجاز هذا البحث العملي.

نتوجه بخالص الشكر إلى الأستاذة المشرفة، الدكتورة "ربيع زاهية"، على ما قدمته لنا من توجيهات ونصائح قيمة طيلة إشرافها علينا، فجزاها الله كل خير.

كما نتوجه بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة على قبولها مناقشة المذكرة.

وكل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذه المذكرة ولو بالكلمة الطيبة.

قائمة أهم المختصرات

جزء	ج
جريدة رسمية	ج ر
دون سنة نشر	د.س.ن
صفحة	ص
من الصفحة إلى الصفحة	ص ص
طبعة	ط
عدد	ع
قانون أسرة جزائري	ق أ ج
قانون عقوبات جزائري	ق ع ج
قانون مدني جزائري	ق م ج
مجلد	مج

شرع الله الزواج وجعله الطريقة السليمة والصحيحة لإنشاء أسرة وعائلة كنواة صالحة للمجتمع بأسره، قوامها الرحمة والمودة وحسن المعاشرة بين الزوجين، حيث جاء في منزل تحكيمه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (٢١) (1)، ولقد أولت الشريعة الإسلامية هذه العلاقة الكثير من العناية والاهتمام فحددت الشروط الأساسية لها ليحقق من خلالها أهدافه، بالإضافة إلى الالتزام بتعاليم الدين حرصاً على تنشئة الأطفال في بيئة إسلامية سليمة، كما حث الرسول صلى الله عليه وسلم شباب الأمة على الزواج والترغيب فيه والإعانة عليه.

وكما شرع الله الزواج للمسلمين فإنه شرع الطلاق، وذلك في حال كانت هنالك أسبابا تحول دون استمرارية الحياة الزوجية في جو من التآلف والمحبة، إذ قد تتعرض الحياة الزوجية إلى العديد من التجارب التي تواجه الزوجين تؤدي في الغالب إلى خلق بعض المشاكل والضغوط التي يكون وقعها ثقيلا عليهما، ومن ثم تنشأ حالة من الخلاف والشقاق تعكر صفو تلك العلاقة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية بينهما، لتتطور تلك النزاعات وتصل إلى المحاكم كحل نهائي لفك الرابطة الزوجية.

ومن أجل المحافظة على التماسك والترابط العائلي لما فيه من استقرار للأسرة بغرض تنشئة أجيال تنهض برسالة مجتمعتها، فقد تم تقييد هذا الحق بضوابط شرعية وقانونية، دعت المشرع الجزائري إلى عدم الالتزام بمذهب واحد في مجال تقنين الأسرة مراعاة منه لحاجات الزوجين وتحقيق الأصلح لهما وللمجتمع؛ بالحرص على ديمومة هذا الميثاق الغليظ الذي محله عقد الزواج، وفي محاولة منه للحد من الآثار السلبية الناجمة عن فك الرابطة الزوجية، والتي تؤكد الإحصائيات الميدانية التي أثبتت ارتفاع حالات الطلاق بكل صورته بمعدلات رهيبية.

كما سعت الإرادة التشريعية لوضع قيود وآليات تضبط من خلالها حق اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، تمثلت في نظامي الصلح والتحكيم، كطرق بديلة لمثل هذا النوع من المنازعات، حيث يلزم القاضي المختص بنظر دعاوى الطلاق، أن يحيل الزوجين المتنازعين

(1) سورة الروم، الآية رقم 21.

إلى محاولات صلح؛ يسعى من خلالها، للتوفيق بين وجهات النظر المتباينة. وفي حالة باءت محاولات الصلح من طرف القاضي بالفشل يمكن له أن يلجأ إلى إجراء آخر وهو التحكيم.

ولما كانت الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق بكافة صورته نهائية وغير قابلة للاستئناف إلا في ما يتعلق بالمسائل المادية فيها، فإن القاضي يسعى لأن لا يكون حكمه معيبا يستوجب الطعن فيتمسك بمحاولة الصلح كإجراء يدخل ضمن مهامه القضائية.

أهمية الموضوع

تتجلى أهمية الموضوع في كونه يسلط الضوء على آليتين هامتين لفض النزاعات والخلافات العائلية خاصة في دعاوى فك الرابطة الزوجية التي تمتلئ بها المحاكم وما ينجم عنها من آثار مدمرة على الفرد والمجتمع.

أسباب اختيار البحث

يرجع سبب اختيارنا لهذا الموضوع إلى دوافع ذاتية وأخرى موضوعية نوجزها فيما يلي:

اعتبارات ذاتية

- تدعيم المكتسبات العلمية القبلية في إطار التخصص موصولا بموضوع الدراسة.

- قلة الدراسات والمراجع الوطنية التي اهتمت بالصلح والتحكيم في قضايا شؤون الأسرة وإن تم التطرق إليها فإن ذلك يكون بصفة عارضة، حيث انصب الاهتمام خصوصا، على الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية والتحكيم الدولي، مما شكل حافزا شخصيا للولوج في غمار هذه الدراسة والوقوف على مختلف الجوانب المتصلة بها.

اعتبارات موضوعية

- تقصي سير مختلف إجراءات محاولات الصلح والتحكيم في قضايا فك الرابطة الزوجية.

- التعرف على الدور الذي يمكن أن يؤديه القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين.
- معرفة مهام الحكمين في إجراء التحكيم بين الزوجين وحدود ممارسة صلاحيتهما.

أهداف الدراسة

- تسليط الضوء على أهم التعديلات التي سعى إليها المشرع الجزائري لوضع أسس مستقرة تحافظ على أصغر وحدة في النظام الاجتماعي، وفي مقدمتها ما احتواه هذا البحث، وهو إعمال الطرق البديلة (الصلح والتحكيم) في منازعات الأسرة، من أجل التقليل من ظاهرة الطلاق.

- الإحاطة بماهية الصلح ومشروعيته وتطبيقاته في قانون الأسرة وأثار نجاحه وفشله على الزوجين.

- الإحاطة بماهية التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق ومشروعيته وتطبيقاته من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- إظهار العلاقة بين الصلح والتحكيم والقضاء، ودور القاضي والحكمين في عرض الصلح على الزوجين.

على ضوء ذلك، يمكن طرح الإشكالية الآتية:

ما مدى فعالية الصلح والتحكيم المخولين لقاضي الأحوال الشخصية كآليتين لتفادي فك الرابطة الزوجية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

تقتضي طبيعة الموضوع الاعتماد على مناهج متعددة من بينها المنهج الوصفي الملائم لهذا الغرض وذلك من خلال عرض شامل للعناصر التي تخدم موضوع البحث وبسط لكامل أفكاره وجزئياته، من خلال عرض آراء أصحاب المناهج الأربعة المشهورة في مجال الصلح والتحكيم بين الزوجين، وكذا المنهج المقارن بتتبع المادة العلمية وبيان أدلة الفقهاء وأقوالهم والمقارنة بينها من جهة وبينها وبين القانون الجزائري من جهة أخرى. والأخذ برأي المشرع

الجزائري من خلال النصوص القانونية والاجتهادات القضائية وترجيح ما تبين لي انه الصواب وأقرب إلى تحقيق المصلحة، وهذا ليس بقصد المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، لأنها ليست دراسة مقارنة، لكن من اجل إظهار وجود السند الشرعي الذي يدعم وجهة نظرنا في مجال الصلح والتحكيم في منازعات الأسرة، وفي الأخير استخدمنا المنهج الاستدلالي وذلك بالاستناد إلى النصوص الشرعية والقانونية المنظمة لمسألتي الصلح والتحكيم.

للإمام بالدراسة ارتأينا التصريح بالخطة الآتية: حيث نقوم بالبحث في إجراء الصلح في قضايا شؤون الأسرة (الفصل الأول)، حيث نتطرق إلى مفهوم الصلح في دعوى فك الرابطة الزوجية (المبحث الأول)، ثم نبين الإجراءات المتبعة في جلسة الصلح بين الزوجين ودور القاضي فيها (المبحث الثاني). أما في الجانب الموالي فنتعرض فيه إلى إجراء التحكيم في قضايا شؤون الأسرة (الفصل الثاني)، وهو بدوره ينقسم إلى مبحثين، حيث نتطرق إلى مفهوم التحكيم في دعاوى فك الرابطة الزوجية (المبحث الأول)، ثم نتحدث عن إجراءات التحكيم ومدى مساهمة القاضي والحكمين في فض النزاع بين الزوجين (المبحث الثاني).

يعد الصلح من أهم العقود التي تجرى بصفة اعتيادية بين الأشخاص، حيث يحتل مكان الصدارة بين سائر العقود، وذلك يعود إلى الغرض من هذا العقد والنتيجة التي يتمخض عنها، فغرضه الإصلاح والتوفيق بين الناس بالإضافة إلى كونه يعيد الحقوق إلى أصحابها برضا المتعاقدين، كما أنه يعمل على إشاعة الأمن والطمأنينة بين الناس، فهو ليس رابطة قانونية فحسب وإنما في مقاصده روابط اجتماعية أساسية ودينية متينة.

كما يعد الصلح من مقاصد الإسلام وأهداف الدين الكبرى، حيث شرع الله الصلح ورغب فيه لما فيه من المحافظة على المودة بين الناس، وقطع النزاع وإزالة الشقاق بينهما، ونبذ الفرقة، واستئصال أسبابها المؤدية إليها، وبذلك تصفو النفوس، وتزول الأحقاد، وتجتمع القلوب.

ولعل العلاقات الزوجية تعد من أبرز العلاقات الاجتماعية التي خصها الدين بقضية عظيمة وعنى بتحديد دورها في هذه الحياة بدقة لا متناهية، ذلك لأنها تعد المنشأ الأصلي الذي يقوم عليه المجتمع، فبصلاحها يصلح هذا الأخير وبفسادها يهلك، وتصبح الروابط الاجتماعية عرضة للتفكك والضعف وكثرة انتشار الآفات الأخلاقية.

غير أن هذه العلاقة الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة يمكن أن يعتريها شقاق وخصومة في فترة من فترات حياتها، مما يشكل تهديدا للاستقرار الأسري وخاصة إذا كان هناك أطفال بين الزوجين، وبالتالي يصبح من الضروري أن يتدخل أولو الأمر سواء بواسطة أهل الزوجين، أو عن طريق القاضي - في حالة ما إذا تطور النزاع ووصل إلى المحاكم - وهذا من أجل رأب الصدع الذي أصاب تلك العلاقة وإزالة كل أسباب الخصومة والعداوة بين الزوجين وتقريب وجهات النظر بإقامة الصلح بينهما تفاديا لما يمكن أن ينجر عن حل الرابطة الزوجية من تشتت كيان الأسرة وضياع الأطفال.

لإثراء أكثر في هذا الجانب من الموضوع نقوم بتحديد مفهوم الصلح في دعوى فك الرابطة الزوجية (المبحث الأول)، ثم نتعرض إلى الإجراءات المتبعة في جلسة الصلح بين الزوجين ودور القاضي فيها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الصلح في دعوى فك الرابطة الزوجية

يكتسي الصلح بين الزوجين أهمية بالغة، فهو يهدف إلى المحافظة على الأسرة من خلال تفادي حل عقد الزواج، وكذا مختلف النتائج الوخيمة المترتبة عن ذلك والتي من شأنها المساس بالعلاقات والروابط القائمة بين الزوجين.

للتفصيل أكثر في مفهوم الصلح بين الزوجين، يقتضي تبيان المقصود به (المطلب الأول)، ثم التطرق بعدها إلى بيان مشروعيته من خلال المصادر المعروفة للشريعة الإسلامية (المطلب الثاني)، وأخيرا تمييزه عن الصلح في القوانين الأخرى (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المقصود بالصلح

يحظى عقد الصلح بأهمية بالغة في حياتنا اليومية، إذ يقع في كل المعاملات المالية والشخصية، أو غير ذلك من العقود التي يمكن أن يظهر بها عقد الصلح، وهذا التوسع يجعل من عقد الصلح مجالا خصبا للعقود كلها، ولهذا سارت التشريعات القديمة والحديثة على تنظيم عقد الصلح وتناولت أحكامه، مما جعل هذا العقد محل اهتمام فقهي وتشريعي.

لتحديد مفهوم الصلح نقوم بتعريفه (الفرع الأول)، يليها تبيان المقومات التي يركز عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الصلح

يعد الصلح من المصطلحات الشائعة الاستعمال في حياتنا اليومية، ولكي يتضح لنا المغزى من إجرائه يقتضي أن نقوم بتعريفه بشقيه اللغوي (أولا) والاصطلاحي (ثانيا).

أولاً: تعريف الصلح لغة

الصُّلْحُ وَيُذَكَّرُ وَيُؤَنَّثُ وَسَالَمَهُ مُسَالَمَةٌ وَسِلَامًا وَسَلِمَ الْمُسَافِرُ يَسْلَمُ مِنْ بَابِ تَعَبَ سَلَامَةً خَلَصَ وَنَجَا مِنَ الْأَفَاتِ فَهُوَ سَالِمٌ وَبِهِ سُمِّيَ وَسَلَّمَهُ اللَّهُ بِالتَّثْقِيلِ فِي التَّعْدِيَةِ⁽¹⁾.

والصُّلْحُ: السُّلْمُ. وَقَدْ اصْطَلَحُوا وَصَالَحُوا وَصَالَحُوا وَتَصَالَحُوا وَاصْطَلَحُوا مُشَدَّدَةً الصَّادِ. وَقَوْمٌ صُلُوحٌ: مُتَصَالِحُونَ⁽²⁾.

كما يعرف الصلح بأنه: «إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحزب والسلام وقد يُوصف بالمصنِّدِ، فيقال هو صلح لي وهم لنا صلح مصالحو»⁽³⁾.

ونقول (صالحه) مصالحةً وصلاحاً سالمه وصالفاً ويُقال صالحه على الشيء سلك معه مسلك المسالمة في الإتفاق.

والفعل (أصلح) في عمله أو أمره أتى بما هو صالح نافع والشيء أزال فساده وبينهما أو ذات بينهما أو ما بينهما أزال ما بينهما من عداوة وشقاق⁽⁴⁾.

وقال الجرجاني: «الصلح في اللغة اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة وفي الشريعة عقد يرفع النزاع»⁽⁵⁾.

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، المكتبة العلمية - بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 286.

(2) محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفي الإفريقي، لسان العرب، ج 2، ط3، دار صادر - بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م، ص 517.

(3) علي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني، التعريفات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1403هـ/1983م، ص 137.

(4) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، باب الصاد، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 520.

(5) علي بن محمد الزين الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، الجزء الأول، الطبعة الأولى، باب الصاد، دار الفضيلة، مصر، 2004، ص 114.

ثانياً: تعريف الصلح اصطلاحاً

يعد الصلح من المفاهيم التي حاول الفقهاء ورجال القانون وضع تعريف محدد لها سواء من الناحية الشرعية، والقانونية، والتشريعية وهو ما نبينه من خلال الآتي:

1- التعريف الشرعي للصلح

فسر أئمة المسلمين الصلح بأنه العقد الذي تنقطع به الخصومة بين المتخاصمين، ولعل من الأنسب عرض رأي الأئمة الأربعة في تفسير معنى الصلح وهذا كما يأتي:

أ- في الفقه الحنفي

هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة، فهو يعد عندهم عقدا يرفع النزاع ويزيله، لأنه صدر عن متنازعين برضى واتفاق بينهما لإزالة التشاجر والنزاع⁽¹⁾.

ب- في الفقه الحنبلي

الصلح هو معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين متخاصمين⁽²⁾.

ج- في الفقه الشافعي

الصلح عقد يقطع النزاع وتنتهي به الخصومة بين المتخاصمين، وهذا من باب تسمية السبب وهو العقد باسم المسبب وهو قطع المنازعة⁽³⁾.

(1) عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1975، ص5.

(2) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح المقدسي الصالحي الحنبلي، أبو إسحاق، المشهور ببرهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج4، كتاب الجهاد، الطبعة الأولى، باب تعريف الصلح وحكمه، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1418هـ/1997م، ص 258.

(3) عبد الغني الغنيمي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب وهو (شرح مختصر القدوري في الفقه الحنفي)، تحقيق: محمد العزازي، ط 1-4، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن، ص 363.

د - في الفقه المالكي

عرف ابن عرفة الصلح بأنه: «الانتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه»⁽¹⁾.

يتضمن هذا التعريف إشارة إلى جواز الصلح لتوقي منازعة غير قائمة، ولكنها محتملة الوقوع في المستقبل، أي أعطى للصلح دورا جديدا لم يكن موجودا في التعاريف السابقة، وذلك بتبيان دور الصلح الوقائي، ويعد هذا التعريف أحسن التعاريف مقارنة بالتعاريف السابقة.

2 - التعريف القانوني للصلح

يشكل الصلح في قضايا الأسرة موضوعا حساسا، لأنه يمس بالدرجة الأولى الأسرة التي تعد اللبنة الأولى لبناء المجتمع، إذ يتوقف صلاح المجتمع واستقامته على متانة الأسرة وترابطها، وهو الأمر الذي أولاه المشرع الجزائري عناية بالغة، فبين الأحكام القانونية التي تنظمه عند نشوب نزاع بين الزوجين من أجل الحفاظ على وحدة الأسرة وتعاونها، وسدا لباب الفرقة والضياع الأسري.

يعرف الصلح بوجه عام كما يلي:

عرفه الدكتور أحمد بوسقيعة بأنه: «عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل»⁽²⁾.

وعرفه الدكتور محمود سلامة زناتي بأنه: «اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه يتنازل أحدهما عن ادعائه مقابل أداء شيء ما»⁽³⁾.

(1) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعييني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، ط3، كتاب السلم، باب الصلح، دار الفكر، 1412هـ/1992م، ص 79.

(2) احسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، 1998، ص 229.

(3) زناتي محمود سلام، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص 250.

أما الأستاذ أحمد عبد الرزاق السنهوري فعرفه بأنه: «عقد يحسم به الطرفان نزاعات قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه»⁽¹⁾.

أما الصلح الذي هو موضوع دراستنا (الصلح بين الزوجين)، فقد خلص جانب من الفقه إلى أنه إجراء قضائي وأطلقوا عليه أيضا الصلح القضائي، حيث عرفوه على أنه: «الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم بالحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق»⁽²⁾.

وجاء في تعريف آخر أنه: «إجراء تفرضه بعض القوانين على المتخاصمين تلزمهم بالحضور أمام هيئة مخصصة كمكتب المصالحة في قضايا العمل، أو أمام قاضي شؤون الأسرة حتى يحاولوا أن يصطلحوا قبل مواصلة إجراءات الخصومة»⁽³⁾.

كما جاء أيضا أنه: «السعي والتوسط بين المتخاصمين لأجل رفع الخصومة والاختلافات، عن طريق الترضي والمصالحة»⁽⁴⁾.

أما عن محاولات الصلح من جانب الفقه يرى الأستاذ "عمر زودة" أن: «محاولات الصلح بين الزوجين هي أن يقوم القاضي بجمع الزوجين أمامه لمحاولة إقناع الزوج بالتراجع عن طلب الطلاق»⁽⁵⁾.

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، ج5، العقود التي تقع على الملكية: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، مصر، د.س.ن، ص 507.

(2) سليم بقار، دور الصلح في حل المنازعات الأسرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018، ص 7.

(3) عبد الحكيم بن هبزي، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 15.

(4) رابح دهم، أحكام الصلح بين المبايعين في الفقه الاسلامي، مذكر لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الشريعة والعلوم، كلية العلوم الاسلامية، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 13.

(5) عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003، ص 12.

وعرفه الأستاذ لحسن بن الشيخ آث ملويا بأنه: «تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق وإرجاع الزوجين إلى بعضهما وهو السبيل ويكون للزوج حق مراجعة زوجته»⁽¹⁾.

كما ذهب الأستاذ لمطاعي نور الدين إلى القول أن: «محاولة الصلح في قانون الأسرة هي عبارة عن إجراء يهدف إلى تقديم النصح والإرشاد والموعظة الحسنة للزوج، حتى يتمكن القاضي من الوصول إلى المبتغى والهدف المنشود وهو إقناع الزوج الذي أوقع الطلاق بضرورة الحفاظ على الرابطة الزوجية واستعمال حق الرجعة لا غير»⁽²⁾، وذلك لا يتأتى إلا إذا تم استعمال هذا الحق خلال مدة عدة الطلاق الرجعي دون حاجة إلى إبرام عقد جديد ودفع مهر جديد، بحيث لا يكون الهدف من الصلح إقناع الزوج عن العدول عن الطلاق وإنما مواصلة واستمرار الحياة الزوجية طالما أن مدة عدة الطلاق الرجعي لم تنتقض بعد وعلى القاضي اغتنام الفرصة وعدم تفويتها.

نجد أيضا أن المشرع الجزائري عندما نص بضرورة إجراء عدة محاولات صلح قيدها بفترة زمنية مدتها ثلاثة (03) أشهر تسري من تاريخ رفع دعوى والتي لا يمكن للقاضي أن يتجاوزها، كما لا يمكنه أن يقوم بإجراء محاولات الصلح بعد انقضائها.

3 - التعريف التشريعي للصلح

بالرجوع إلى المواد المتعلقة بالصلح في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الصلح، وإنما ألزم القاضي بإجراء محاولة التوفيق بين الزوجين، بالإشارة إلى ذلك في نص المادة 49 ق أ ج السالفة الذكر.

إلا أن هذا لم يمنع المشرع من تعريف الصلح في القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة لجميع القوانين، وذلك ضمن نص المادة 456 منه كما يلي: «الصلح عقد ينهي به

(1) بن الشيخ آث ملويا لحسن، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص71.

(2) نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2006، ص ص 140.

الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقها»⁽¹⁾.

والصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية هو محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعياً لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التسوية بالتراضي.

كما يتبين على ضوء التعاريف السابقة أن الصلح يعد جزءاً من إجراءات الخصومة ولا يدخل ضمن إجراءات الطلاق، لأن المشرع لم يعلق الطلاق على إجراء معين عكس دعوى الخلع أو التطليق أو الطلاق بالتراضي التي قيدها المشرع بتقديم طلب للقاضي والذي يعد فيها الحكم منشأ لفك الرابطة الزوجية، فقد يستعمل الزوج حقه في إرجاع زوجته أثناء فترة العدة في حالة الطلاق الرجعي والتي من المفروض أن تتطابق مع الفترة التي خصصها المشرع لمحاولة الصلح⁽²⁾ المذكورة في المادة 17 ق أ ج⁽³⁾، فإن حصل الرجوع ولو دون رضا الزوجة يكون الزوج قد مارس حق الرجعة⁽⁴⁾.

لذلك يجب على المشرع الجزائري أن يتدخل ويغير مصطلح الصلح الوارد في قانون الأسرة واستبداله بمصطلح العدة طالما العلاقة الزوجية لا تزال قائمة، فلا يعد صلحاً عندما يرجع الزوج زوجته بموجب حكم القاضي، وإنما يكون الزوج في هذه الحالة قد استعمل حقه المتمثل في الرجعة ولا مكان للصلح في هاته الحالة. فكيف لنا أن نعد إرجاع الزوج لزوجته أثناء العدة صلحاً، طالما رضت الزوجة لا يغير من الأمر شيئاً؟ فيجب التمييز بين أحكام الرجعة وأحكام الصلح. ومن ثم لا يصح قول المشرع: «من أرجع زوجته أثناء محاولة الصلح

(1) أمر رقم 58-75 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. ج ر ع 78، الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975 م. معدل ومتمم.

(2) نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 141.

(3) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة. ج ر ع 24، الصادر في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005. ج ر ع 15، الصادر في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005 م.

(4) نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 141.

لا يحتاج إلى عقد جديد»، وإنما الأصح: «من أرجع زوجته أثناء العدة لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن أرجعها بعد فوات العدة يحتاج إلى عقد جديد».

دائماً في إطار تعريف مفهوم الصلح في شؤون الأسرة، تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري خص الصلح في قانون الأسرة بطريقتين: صلح يتم عن طريق القاضي مباشرة، و صلح عن طريق الحكّمين تحت إشراف القاضي وذلك في حالة عدم ثبوت الضرر وفقاً لنص المادة 56 ق أ ج التي نصت على الصلح عن طريق بعث الحكّمين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مقومات الصلح

من خلال التعريفات السابقة يمكن استنباط مقومات الصلح وتتمثل في الآتي:

أولاً: وجود نزاع قائم أو محتمل

لا يمكن تصور قيام عقد الصلح من دون وجود نزاع بين طرفين متخاصمين، فجوهر عقد الصلح هو إنهاء الخصومات بين الأفراد، والنزاع يقصد به أن يدعى كل طرف لنفسه الحق فيكون موضوع الصلح مشكوك فيه، والعبرة في وجود النزاع هي بما يقوم في ذهن طرفي الصلح وقت إبرامه، لا بما هو موجود فعلاً، فمثلاً لو اعتقد الطرفان أن حقهما مشكوك فيه، وكان في واقع الأمر ثابتاً لأحدهما يبقى الحق متنازعا فيه لأن طرفا الصلح يعتقدان ذلك، ولا يستلزم في النزاع أن يكون مؤكداً أو واقعا بالضرورة، بل يمكن أن يكون كذلك محتملاً بمعنى إمكانية وقوعه في المستقبل، وذلك لتفادي هذا النزاع المحتمل، ويصطلح عليه في هذه الحالة صلحا غير قضائي، والمهم أن يكون هناك نزاع جدي قائم أو محتمل⁽²⁾.

(1) المادة 56 من القانون رقم 84-10، السالف الذكر.

(2) عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص463.

ثانيا: وجود نية لحسم النزاع

يقصد به أن تتوفر في العاقدین نية إنهاء النزاع متى كان قائما، أو بتجنبه متى كان محتمل الوقوع. ومع ذلك لا يشترط أن يحسم الصلح جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين، فقد تحاول تسوية بعض هذه المسائل عن طريق الصلح فيقوم بحسمها، ويترك الباقي للمحكمة حيث تتولى هي الفصل فيها⁽¹⁾.

ثالثا: التنازل عن ادعاءات متقابلة

يشترط في عقد الصلح أن يتنازل كلا من الطرفين عن جزء من ادعاءاته، أي تنازل متبادل من كلا الجانبين، وإن لم يكن الأمر كذلك فلن نكون بصدد عقد صلح، بل نكون أمام إبراء أو ترك ادعاء، أو تسليم بحق الخصم.

كما أنه ليس بالضرورة أن تكون التنازلات التي قام بها الخصوم متعادلة، فيجوز أن يتنازل أحد المتعاقدين عن جزء كبير من ادعاءه، ولا يتنازل المتعاقد الآخر إلا عن الجزء اليسير، ويفهم من عدم ممارسة الحق في رفع الدعوى من الطرف صاحب الحق فيه تنازلا ينعقد به الصلح، فقد يكون المقابل الذي يسعى الطرف الآخر للحصول عليه هو تجنب إجراءات التقاضي وما تحويه من علانية وتشهير⁽²⁾.

المطلب الثاني: مشروعية الصلح

إن استقراء مصادر الشريعة الإسلامية الدالة على مقاصدها من التشريع، يتبين لنا المقصد العام من هذا الأخير وهو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاحه بصلاح نوع الإنسان وما يحيط به من موجودات، والأدلة كلية وصريحة على أن مقصد الشريعة هو الإصلاح وإزالة الفساد وليس الإصلاح المنوه به مجرد صلاح العقيدة والعمل، بل صلاح أحوال الناس وشؤونهم

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 511.

(2) نوال غبريوي، نسيمه حمادو، عقد الصلح في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018، ص 10.

في الحياة الاجتماعية، فيتضح لنا وجود نصوص كثيرة تناولت الصلح عموماً والصلح بين الزوجين خصوصاً، فأجازته مما يفيد مشروعيته⁽¹⁾.

لذا، يمكن أن نستدل على مشروعية الصلح من خلال نصوص القرآن (الفرع الأول)، ومن السنة النبوية المطهرة (الفرع الثاني)، ومما هو حاصل من إجماع أئمة المذاهب المعروفة (الفرع الثالث)، ومن المعقول (الفرع الرابع).

الفرع الأول: مشروعية الصلح من القرآن الكريم

إن المقصود بمشروعية الصلح من القرآن الكريم هو إيجاد أدلة على جوازه. ويمكن أن نستشف ذلك من خلال الآيات الكثيرة المستقاة من هذا المصدر الرباني والتي تدل على مشروعية الصلح نذكر من بينها:

وَفِي التَّنْزِيلِ الْعَزِيزِ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقْتُلُوا الَّتِي تَبَغَى حَتَّى تَقَى إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾⁽²⁾.

قال أبي الطبري رحمه الله في تفسير هذه الآية: «يقول الله تعالى ذكره: إن طائفتان من أهل الإيمان اقتتلوا فأصلحوا أيها المؤمنون بينهما بالدعاء إلى حكم كتاب الله والرضا بما فيه لهما وعليهما وذلك الإصلاح بينهما بالعدل»⁽³⁾.

(1) وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011، ص16.

(2) سورة الحجرات، الآية رقم 9.

(3) محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، الشهير بالإمام أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد السند حسن يمامة، مج 25، ج 21، ط3، القول في تأويل قوله تعالى: وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا...، دار هجر للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 1422هـ/2001م، ص 357؛ محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقوسي، ج 19، الطبعة الأولى، تفسير سورة الحجرات، قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ

مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا﴾، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1427هـ/2006م، ص 373، 381.

ويقول: «فإن أبت إحدى هاتين الطائفتين الإجابة إلى حكم كتاب الله لها وعليها وتعدت ما جعل الله عدلا بين خلقه وأجابت الأخرى منهما (فَقَاتِلُوا آلَ بَنِي نَدِيمٍ)، أي فقاتلوا التي تتعدى وتأتى الإجابة إلى حكم كتاب الله (حَتَّى تَقِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ) أي حتى ترجع إلى حكم الله الذي حكم في كتابة بين خلقه - فإن رجعت الباغية بعد قتالكم إياهم إلى الرضا بحكم الله في كتابه فأصلحوا بينهم وبين الطائفة الأخرى التي قاتلتها بالإنصاف بينهما وذلك حكم الله في كتابه الذي جعله عدلا بين خلقه، وأعدلوا أيها المؤمنون في حكمكم بين من حكمتم بينهم بأن لا تتجاوزوا في أحكامكم حكم الله وحكم رسوله إن الله يحب العادلين في أحكامهم القاضين بين خلقه بالقسط»⁽¹⁾.

قال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ مَّجْحُولِهِمْ إِلَّا مَنَ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾⁽²⁾.

في هذه الآية بيان على أن من أفضل الأعمال الخيرية وأحبها إلى الله تعالى الإصلاح بين الناس، وذلك بإزالة الخلاف الخصام ورفع النزاع والشقاق وحفظ المودة والألفة والعلاقة الطيبة، ويدخل الصلح في هذا المعنى.

وقال أيضا: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁽³⁾.

(1) محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، الشهير بالإمام أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ص 357.

(2) سورة النساء، الآية رقم 114.

(3) سورة الأنفال، الآية رقم 01.

قال ابن كثير رحمه الله في تفسير هذه الآية: «﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ﴾، أي واتقوا الله في أموركم وأصلحوا فيما بينكم ولا تظالموا ولا تخاصموا ولا تشاجروا فما أتاكم الله من الهدى والعلم خير مما تختصمون بسببه»⁽¹⁾.

وقال أب السعود في تأويلها: «أي بتسليم الأمر ونهيه وتوسيط الأمر بالأمر بإصلاح ذات البين بين الأمر بالتقوى والأمر بالطاعة لإظهار كمال العناية بالإصلاح بحسب المقام وليندرج الأمر به بعينه تحت الأمر بالطاعة (وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ) إن كنتم كاملي الإيمان بطاعة الأوامر واتباع المعاصي فأصلحوا ذات البين بالعدل والإحسان»⁽²⁾.

قال تعالى: ﴿وَإِنَّ أُمَّرَأَةً خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾⁽³⁾.

تؤكد هذه الآية مشروعية الصلح بصريح العبارة، حيث نصت على أن الصلح خير، أي خير من الفرقة وسوء العشرة، كما حثت الزوجين على إصلاح ذات البين وذلك لعظم الفائدة المرجوة والأجر العظيم والثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل. وكفى بالصلح عظمة، ومكانة، ومنزلة أن الله قد وصفه بالخيرية.

الفرع الثاني: مشروعية الصلح من السنة النبوية الشريفة

هناك العديد من الأحاديث المتواترة عن الرسول صلى الله عليه وسلم حول مشروعية الصلح نذكر منها ما يلي:

- (1) إسماعيل بن عمر بن ضوء القرشي البصري، ثم الدمشقي، أبو الفداء، المشهور بابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ج4، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1999، ص10.
- (2) محمد بن محمد العمادي، أبي السعود، تفسير أبي السعود المسمى إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، ج4، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 4، 5.
- (3) سورة النساء، الآية رقم 128.

1- حَدَّثَنَا أَبُو الصَّبَّاحِ الشَّامِيُّ، عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ الشَّامِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَبِي أَيُّوبَ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ لَهُ: «يَا أَبَا أَيُّوبَ، أَلَا أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ مَوْضِعَهَا؟» قَالَ: بَلَى، قَالَ: «تُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ إِذَا تَفَاسَدُوا، وَتُقَرِّبُ بَيْنَهُمْ إِذَا تَبَاعَدُوا»⁽¹⁾.

2- حَدَّثَنَا كَثِيرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ عَوْفِ الْمُرْنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا»⁽²⁾.

إذا، الصلح الذي يحرم الحلال فهو أن يصلحه على دار على أن لا يسكنها، أو يصلح زوجته على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها فيحرم على نفسه بالصلح ما أحل الله له من السكنى والنكاح والطلاق. وأما الصلح الذي يحل الحرام فهو أن يصلحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة أو على خمر أو خنزير، فيستحل بالصلح ما حرم عليه من الربا والخمر والخنزير⁽³⁾.

3- عن أمِّ كُلْثُومِ بِنْتِ عُقْبَةَ بْنِ أَبِي مُعَيْطٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «لَيْسَ الْكَذَّابُ الَّذِي يُصْلِحُ بَيْنَ النَّاسِ فَيَنْمِي خَيْرًا أَوْ يَقُولُ خَيْرًا»⁽⁴⁾.

(1) علي بن أحمد القرافي الأنصاري الشافعي، نفحات العبير الساري بأحاديث أبي أيوب الأنصاري، تحقيق: محمد كريم محمد الجميلي، باب ما جاء عنه في إقامة الصلاة وأداء الزكاة وصيام رمضان، رقم الحديث: 595، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2014، ص 81.

(2) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، جامع الأحاديث (ويشتمل على جمع الجوامع للسيوطي والجامع الأزهر وكنوز الحقائق للمناوي، والفتح الكبير للنبهاني)، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه فريق من الباحثين: عباس أحمد صقر وأحمد عبد الجواد، على جمعة، ج14، رقم الحديث 13822، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994، ص 76.

(3) عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، أبو المحاسن، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق: طارق فتحي السيد، ج5، الطبعة الأولى، كتاب الصلح، باب دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009، ص 402.

(4) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز - محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب، ج5، ط1، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، رقم الحديث 2692، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379هـ/1959م، ص 299؛ مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: صدقي جمال العطار، كتاب البر والصلة والآداب [الأدب]، باب تحريم الكذب وبيان ما يباح منه، رقم الحديث 6799، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 1285.

لقد رفع الرسول صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث الشريف الكذب عن من ينقل الكلام بين طرفين من أجل الإصلاح بينهما، لكونه يخبر كلا منهما بما علمه من الخير، ويسكت عما علمه من الشر، وليس في هذا الخبر شيء من الكذب، إذ الكذب هو الإخبار بالشيء على خلاف حقيقته، وهو قد سكت عن ذلك. ولا "ينسب لساكت قول" (1).

ومنه، فإذا قيل: «أن هذا الحديث تعارضه أحاديث الكذب»، قلنا: «أحاديث ذم الكذب عامة فيه كله، وما جاء في غيره فهو تخصيص للعام، وهذا هو الذي تناوله حديث الترخيص في الكذب، وكذا كل كذب يؤدي إلى خير، كما أشار إليه الرسول صلى الله عليه وسلم أي يبلغ خيرا على وجه الإصلاح، ويقول خيرا أي يخبر بما عمله المخبر عنه من خير ويسكت عما عمله من الشر، فإن ذلك جائز محمود بل قد يندب - يسن - بل قد يجب، وإنما نفى - الرسول صلى الله عليه وسلم - عن المصلح كونه كذابا باعتبار قصده، وهذه أمور قد يضطر فيها الإنسان إلى زيادة القول ومجاوزة الصدق طلبا للسلامة ودرأ للضرر، وهو ما اتفق عليه جمهور الفقهاء وعلماء الشريعة» (2).

الفرع الثالث: مشروعية الصلح من الإجماع

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى رأسهم الأئمة الأربعة أصحاب المذاهب المشهورة على مشروعية الصلح، لما فيه من الخير والفوائد التي لا تحصى ولا تعد، إذ به تزول العداوة والشقاق ويقطع به دابر الخصومة والنزاع وتستمر الألفة والتواصل بين الناس.

فنجد أن الحنفية والمالكية والحنابلة أكدوا على مشروعية الصلح بأنواعه الثلاثة سواء كان صلحا على إقرار أو سكوت أو إنكار، لما فيه من منافع كثيرة وفوائد عظيمة، إذ به تزول

(1) علي بن عوالي، الصلح ودوره في استقرار الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2011-2012، ص 27، 28.

(2) أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج4، ط7، كتاب الصلح، باب ليس الكاذب الذي يصلح بين الناس، رقم الحديث 2692، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، 1323هـ/1905م، ص ص 418، 419؛ سعيد السدواي، أشهر آفات اللسان وبآخره فضيلتنا الصدق وحفظ اللسان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2017، ص 228.

الخصومة ويحل الخلاف ويرفع النزاع على وجه يرضي الطرفين. أما الشافعية فقد أجمعوا على مشروعية الصلح باستثناء الصلح على إنكار فإنهم منعه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

يعد مصطلح الصلح من المصطلحات الشائعة والمتداولة بكثرة في الحياة اليومية، وبما أننا نتعرض إلى مسألة الصلح في منازعات فك الرابطة الزوجية، فلا بد من تمييزه عن مصطلح الصلح في القوانين الأخرى، حيث نبرز أوجه الاختلاف والتشابه بينه وبين كل من الصلح في القانون المدني (الفرع الأول)، والصلح في المادة الاجتماعية (الفرع الثاني)، والصلح كطريق بديل لحل النزاعات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني

إذا كان الصلح في شؤون الأسرة والصلح في القانون المدني لهما نفس الهدف بحيث أن كليهما ينهيان النزاع بطريقة ودية، بانقضاء الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها كل من المتصالحين، حيث تنقضي الدعوى بالصلح، غير أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما.

نص المشرع الجزائري على الصلح في قانون الأسرة ضمن أحكام المادة 49 منه والتي جاء فيها: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجنحها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى»، وكذا في نص المادة 431 ق إ م إ في الطلاق بالتراضي: «يتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور، من قبول العريضة... ويحاول الصلح بينهما إذا كان ممكناً...».

(1) ليلي طالب، دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018، ص 9.

من خلال هذه المادة، نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر الصلح في قانون الأسرة إجراء قضائياً يسبق الفصل في القضية دون تقديم تعريف له، في حين نجده في القانون المدني قد خصص له فصلاً كاملاً وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود"، وذلك ضمن المواد من 459 إلى 466 ق م ج، حيث عرفه في نص المادة 459 بما يلي: «الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه». بذلك يكون المشرع قد أقر بالصلح واعتبره عقداً⁽¹⁾، إذ نجد أن أحد طرفي الصلح في القضايا المدنية يكون إما شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أما بالنسبة لطرفي الصلح في قضايا شؤون الأسرة فهما دائماً شخصان طبيعيين (الزوج والزوجة)⁽²⁾.

أما بالنسبة لطبيعة النزاع، ففي القانون المدني يمكن أن يكون نزاعاً قائماً أو محتملاً، وتبعاً لذلك يكون الصلح يهدف إلى حل نزاع قائم أو توخي نزاع محتمل، في حين أن الصلح في شؤون الأسرة يكون إجراءً لصيقاً بالنزاع القائم وهو النتيجة المباشرة والمؤكدة بعد رفع الدعوى، فالقاضي ينظر مما هو عالق أمامه من مسائل وخلافات زوجية⁽³⁾.

كذلك 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⁽⁴⁾.

إن القائم والمبادر بالصلح في شؤون الأسرة هو القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة، وهو ما تؤكدته نص المادة 49 ق أ ج، وكذا المواد 431 و 439 ق إ م إ وما يليها⁽⁵⁾، ويمكن

(1) مثل المصالحة في القانون الإداري، وقد صدرت عدة قوانين خاصة تجيز المصالحة في فئة معينة من الجرائم ذات الطابع المالي والاقتصادي مثل: الجرائم الجمركية وجرائم المنافسة والأسعار وجرائم الصرف.. الخ.

(2) تنص المادة 4 ق أ ج على ما يلي: «الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

(3) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 25.

(4) فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغداد، الجزائر، د.س.ن، ص 43؛ سليم بقر، المرجع السابق، ص 14.

(5) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج ر ع 21، الصادر في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.

للقاضي أن يقوم بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين بنفسه أو يقوم به الحكمان تحت إشرافه مع أن القاضي مقيد بمدة زمنية محددة، فيجب عليه إجراء الصلح خلال فترة ثلاثة (3) أشهر من تاريخ رفع الدعوى.

أما الصلح في القانون المدني فقد يكون بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو بسعي من القاضي وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، فللقاضي المدني السلطة التقديرية لاختياره الزمن المناسب لعرض الصلح على أطراف النزاع، على خلاف قاضي شؤون الأسرة الذي تكون سلطته مقيدة⁽¹⁾.

يتميز الصلح في المسائل المدنية بتنازلات متبادلة ومتكافئة، وهذا ما نصت عليه المادة 459 ق م ج، فيعد تنازل المتنازعين عن ادعائهم العنصر الرئيسي في نظام الصلح المدني، بينما الصلح في شؤون الأسرة ولكون الزوجين في موقفين غير متكافئين فمن غير اللائق أن نتكلم عن التنازلات المتبادلة⁽²⁾.

يترتب على الصلح المدني باعتباره عقداً من الناحية القانونية ما يترتب على العقد بصفة عامة فتطبق عليه أحكام الفسخ، المنصوص عليها في المادتين 119 و 122 ق م ج، فمتى أخل أحد المتصالحين بالتزاماته بعد إبرامه لعقد الصلح يجوز للطرف الآخر طلب فسخ العقد لأن الصلح عقد ملزم للجانبين. بينما الصلح في قانون الأسرة الجزائري إجراء قضائي، فلا يخضع للنظرية العامة للعقد، وإنما يخضع لأحكام الإجراءات.

أما عن إمكانية تجديد النزاع، ففي الصلح المدني نلاحظ أنه لا يمكن رفع دعوى من جديد في نفس الموضوع والأطراف والسبب الذي سبق الفصل فيه عن طريق الصلح، مما يعني انقضاء الخصومة طبقاً لنص المادة 220 ق م ج والتي تعد القاعدة العامة وذلك

(1) ليلي طالب، المرجع السابق، ص 11.

(2) حيث أن الأمر في الحقيقة لا يخص مسألة التنازل وإنما يتعلق باستعمال حق، إذ نجد الزوج يستعمل حقه الثاني وهو الرجعة أثناء عملية الصلح خلال فترة العدة الشرعية بعدما استعمل حقه الأول في الطلاق، وهنا لا نكون أمام تنازل عن حقوق وإنما نكون أمام حق مقرر شرعاً وقانوناً للزوج، وهو ما نصت عليه المادة 50 ق م ج: «من رجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن رجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد».

بنصها على أنه: «تتقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح...»، فبعد إبرام الصلح بين الطرفين، يستطيع كل طرف أن يلزم الآخر بهذا الصلح فيمنعه من تجديد النزاع، وهذا عن طريق الدفع بالصلح⁽¹⁾.

أما في قانون الأسرة؛ وبالتحديد قضايا الحالة ودعاوى فك الرابطة الزوجية، إذا تم رفع دعوى سواء من الزوج على أساس الطلاق بالإرادة المنفردة أو من الزوجة طالبة الخلع أو التطلق، وانتهى القاضي إلى الإصلاح بينهما، فإن هذا الصلح لا يحول دون معاودة رفع دعوى فك الرابطة الزوجية مرة أخرى على أساس أنه لا يمكن الاحتجاج بمحضر الصلح السابق على أساس سبق الفصل، لأنه في مسائل الحالة والطلاق لا يمكن الاحتجاج بقاعدة حجية الشيء المقضي به نظرا للطبيعة المتغيرة لهذا النوع من القضايا، حيث نجد المحكمة العليا تؤكد على هذه النقطة وذلك من خلال قرارها الصادر بتاريخ 2005/09/14 عدم خضوع قضايا الحالة لقاعدة "حجية الشيء المقضي به"⁽²⁾، وكما هو معلوم فالطلاق يدخل ضمن حالة الأشخاص، وفي قرار آخر لها صادر بتاريخ 2009/01/14 الذي جاء بمبدأ عدم جواز اكتساب الأحكام الفاصلة في القضايا المتعلقة بالنفقة وحالة الأشخاص لحجية الشيء المقضي به⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بالوكالة في القانون المدني، نجد أنه يجوز للشخص أن يوكل غيره ليبرم صلحا مع خصمه، كما يجوز للوكيل توقيع محضر صلح مع الخصم، و في هذه الحالة لا يجوز للوكيل سواء كان محاميا أو غيره أن يصالح عن حقوق موكله مالم يكن منصوصا عليه في عقد التوكيل، حسبما نصت عليه المادة 574 ق م ج، و إذا تجاوز الوكيل حدود نيابته كان الصلح قابلا للإبطال إلا إذا أقره الموكل. وعلى خلاف ذلك في قضايا شؤون الأسرة ذهب قضاء المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 2009/01/14 أنه: «حيث يتبين من الاطلاع على الحكم محل الطعن أن الطاعن لم يحضر جلسة الصلح، بل أناب عنه محاميه

(1) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص ص 26، 27.

(2) قرار صادر بتاريخ 2005/09/14 عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، رقم الملف 342470، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005، ص ص 409، 412.

(3) قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، رقم الملف 473962، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009، ص ص 262، 266.

أمام محكمة الدرجة الأولى ليصرح أمامها أنه يرفض الصلح الذي دعت إليه المحكمة عملاً بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة⁽¹⁾، لكن اجتهاد المحكمة العليا قد استقر على وجوب حضور الزوج شخصياً جلسة الصلح والذي طلب فك الرابطة الزوجية، من أجل إبداء طلباته⁽²⁾.

أما فيما يخص قابلية الصلح للطعن فيه، ففي شؤون الأسرة الصلح يكون مثبتاً في محضر وهذا المحضر يكون سنداً تنفيذياً، حيث لا يمكن الطعن فيه الصلح القضائي⁽³⁾؛ ولذلك كان موقف قضاء المحكمة العليا واضحاً في هذا السياق عندما أقر أنه لا يجوز استئناف الحكم المثبت للصلح الذي وقع بين الخصوم، لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي فصلت في النزاع المرفوع أمام القضاء، بينما الحكم المصادق والمثبت للصلح لا يقبل الاستئناف لكونه تضمن صلحاً بين الأطراف لا غير، ويتعين نقض القرار الذي قبل الاستئناف في هذا الحكم⁽⁴⁾.

لكن على اعتبار الصلح سنداً تنفيذياً مع أنه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي يمكن للأطراف من عرض النزاع من جديد أمام القضاء بنفس الموضوع، فهو يعد سنداً رسمياً صادراً عن موظف عمومي وهو القاضي. وعليه، وطبقاً للقواعد العامة للمحرمات الرسمية فله حجية مطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيه بالتزوير، على خلاف الصلح المدني الذي يطعن فيه بالطرق المعروفة كالتماس إعادة النظر أو الطعن بسبب من أسباب عيوب الأهلية أو عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس، على أساس أن الصلح في المواد المدنية يكيف على أساس أنه عقد وبالتالي يخضع لأحكام العقود.

(1) عبد الحكيم بن هبيري، المرجع السابق، ص 29.

(2) قرار صادر بتاريخ 2009/01/14 عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، رقم الملف 474956، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009، ص ص 271، 274.

(3) سفيان سولم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق: صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، المنعقد يومي (4-5) نوفمبر 2015، جامعة محمد الشريف مساعدي، سوق اهراس، ص 8.

(4) قرار صادر بتاريخ 1994/04/19 عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، رقم الملف 103637، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001، ص ص 94، 98.

غير أن هناك من يرى أن الصلح المدني الذي يتم أمام القضاء هو عقد وليس حكم، ويترتب على ذلك إلغاء محضر الصلح بدعوى بطلان أصلية وليس بطرق الطعن العادية أو غير العادية. ويبنى الادعاء بالبطلان أمام المحكمة المختصة، بناء على أحد الأسباب القانونية المبطله للعقود⁽¹⁾.

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

تنص المادة 1/19 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل⁽²⁾ على أنه: «يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية».

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع قيد حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في منازعات العمل بضرورة إجراء محاولة الصلح قصد تسوية النزاع بين الطرفين، وذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى، وفي حالة عدم حصول الصلح بين الطرفين، يحق للخصم اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القضائية⁽³⁾، ومن ثم فإنه عند رفع دعوى أمام القسم

(1) محمد بودريعات، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، المنعقد بالجزائر يومي (6-7) ماي 2014، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 3، 2014، ص 89.

(2) قانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 4 نوفمبر سنة 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل. ج ر ع 6، الصادر في 11 رجب عام 1410 هـ الموافق 5 نوفمبر سنة 1990م.

(3) عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسيكلوبيديا للنشر بن عكنون، الجزائر، 2006، ص ص 76، 77.

الاجتماعي مراعاة للقواعد العامة المقررة لرفع الدعاوي⁽¹⁾، مع إضافة شرطين لقبولها شكلا وهما⁽²⁾:

- أن ترفق العريضة بمحضر عدم الصلح باعتبار التسوية الودية أمام مكاتب المصالحة إجراء إلزامي، وتجدر الإشارة إلى أن التظلم 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 (6) أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى.

من خلال ما سبق، فإن محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل باعتبارها قيذا على رفع الدعوى، تعد إجراء مستقلا خارجا عن الخصومة. أما محاولة الصلح المنصوص عليه في المادة 49 ق أ ج فإنها تعد شرطا وجوبيا للنظر في موضوعها وأيضا تعد إجراء من الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة الذي يجريه القاضي مباشرة بعد رفع الدعوى.

نجد كذلك أن المشرع الجزائري يفرق بين نوعين من منازعات العمل فيما يخص المصالحة فيهما، بحيث نجد منازعات العمل الفردية⁽³⁾، ومن جهة أخرى منازعات العمل

(1) يقصد بالشروط العامة تلك الشروط الموجودة في جميع الدعاوى المرفوعة أمام مختلف الأقسام على مستوى المحكمة والتي لا يصح رفع الدعوى بدون توفر هذه الشروط وإلا رفضت الدعوى شكلا، وفي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حدد المشرع شرطي الصفة والمصلحة شكليين أساسيين لقبول الدعوى، حيث أشارت المادة 13 ق إ م إ إلى الشروط الواجب توافرها لدى المتقاضي وهي الصفة والمصلحة، في حين جعل الأهلية جعل الأهلية ضمن أسباب البطلان وتضمنتها المادة 64 من القانون السالف الذكر.

(2) كتيبة بخوش، نريمان حمون، النظام القانوني للمحكمة الاجتماعية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017، ص ص 28، 31.

(3) عرفته المادة الثانية من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل على النحو الآتي: «يعد نزاعا فرديا في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجير ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة».

الجماعية⁽¹⁾، أما بالنسبة لشؤون الأسرة دائما يكون النزاع فرديا، حيث أن أحد أهم الأشخاص الرئيسية في جلسة محاولة الصلح هما طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجين، وبعد مباشرة الدعوى وعرض الطلب على القضاء يظهر أشخاص آخريين هم؛ قاضي شؤون الأسرة وهو الذي يشرف على محاولة الصلح، وأمين الضبط (كاتب القاضي)، حيث يكون الطرفين في مركزين متعادلين⁽²⁾، بينما في قانون العمل بحكم العلاقة المتميزة أساسا نجد الأطراف في مراكز ذات مصالح مختلفة ومتناقضة، فنجد من جهة العامل وهو الطرف الضعيف في العلاقة، ورب العمل من جهة أخرى في مركز أقوى وأعلى، فيكون طرفا المنازعة الفردية عامل واحد أو مجموعة صغيرة من العمال على أن يكون موضوع النزاع مشتركا بالنسبة لهم وصاحب العمل، ويكون طرفا النزاع الجماعي عددا من العمال الأجراء سواء كانت هذه المجموعة منظمة أو نقابة أو لم تكن كذلك⁽³⁾.

أما فيما يخص القائم بالصلح نجد أن القاضي في شؤون الأسرة هو المختص بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين رفقة أمين الضبط الذي يحرر محضرا يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح⁽⁴⁾، ساعيا بذلك قدر المستطاع إلى إقناع الزوجين أو إحداهما إلى المصالحة أو والعدول عن فكرة الطلاق⁽⁵⁾، بينما في منازعات قانون العمل فالقائم بالمصالحة هي

(1) عرفته المادة الثانية من قانون رقم 90-02 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب على النحو الآتي: «يعد نزاعا جماعيا في العمل خاضعا لإحكام هذا القانون كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية والمهنية في علاقة العمل والشروط العامة للعمل، ولم يجد تسوية بين العمال والمستخدم باعتبارهما طرفين في نطاق المادتين 4 و 5 أدناه». قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب. ج ر ع 6، الصادر في 11 رجب عام 1410 هـ الموافق 7 فبراير سنة 1990 م. معدل ومتمم.

(2) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 33.

(3) حميدة حساين، تعديل عقد العمل بين حرية التعاقد ومقتضيات القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص ص 5، 9؛ كمال مخلوف، الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد 4، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، جانفي 2011، ص 90.

(4) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 120.

(5) عبد الفتاح تقيية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات تالة، الجزائر، 2011، ص 154.

مكاتب المصالحة التي خول لها المشرع مهمة متمثلة في إجراء الصلح الذي يعد مسالة إجبارية يستوجب القيام بها قبل الانتقال إلى مرحلة التقاضي وذلك حسب نص المادة 19 من القانون رقم 90-04 السالف الذكر، وفي حالة استنفاذها يمكن للعامل أن يخطر مفتش العمل وفقا للإجراءات المحددة في القانون⁽¹⁾.

وخلاصة القول أن الفرق بين الصلح في شؤون الأسرة والصلح في المادة الاجتماعية أن هذا الأخير هو صلح غير قضائي وهو الأول لأنه يكون قبل اللجوء إلى القضاء، فهو قيد أو شرط قبل رفع الدعوى ويترتب على عدم احترامه عدم قبول الدعوى⁽²⁾. أما الصلح في شؤون الأسرة فهو الاستثناء، فالقاضي يجري الصلح بين الزوجين بعد رفع النزاع أمامه ويهدف من خلاله إلى الإصلاح بين الزوجين ودفعهما إلى العدول عن الانفصال فهو إجراء وجوبي⁽³⁾.

كما أنه في حالة عدم المصالحة، يرفع الطرف الذي له مصلحة دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية، على أن ترفق العريضة الموجهة إلى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة الصادر عن مكتب المصالحة⁽⁴⁾، بينما في شؤون الأسرة عند فشل الصلح يحرر القاضي محضر عدم الصلح ويشرع في مناقشة موضوع النزاع⁽⁵⁾.

(1) عواد بلعبدون، تطور آليات التسوية الودية لمنازعات العمل الفردية في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جانفي 2017، ص ص 56، 59.

(2) عبد الحكيم بن هبري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلة دورية دولية أكاديمية محكمة في الدراسات والبحوث القانونية تصدر عن مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2017، ص 121.

(3) بختة شوير، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 46.

(4) انظر المادة 36 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، السالف الذكر.

(5) تنص المادة 443 ق إ م أ على أنه: «يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط.

يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً في حالة عدم الصلح أو تخلف احد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة الدعوى».

وعليه، ومن خلال ما سبق كان على المشرع أن ينشئ مكاتب مصالحة خاصة بمسائل شؤون الأسرة تماما كمكاتب المصالحة في المادة الاجتماعية وذلك لما فيها من الخصوصية.

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

استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرقا بديلة لحل النزاعات ومن بينها الصلح الذي يهدف إلى إنهاء النزاع بين الخصوم وتخفيف العبء عنهم، لأن إجراءات التقاضي فيها كثير من التعقيد والمشقة كونها تستغرق وقتا طويلا وتتطلب تكاليف باهظة⁽¹⁾.

وضع المشرع القواعد الإجرائية العامة للصلح كطرق بديل لحل النزاعات ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أربع مواد من 990 - 993، ووردت في الفصل الأول من الباب الأول وفي المقابل تناول إجراء الصلح في شؤون الأسرة في قضايا فك الرابطة الزوجية الذي يغلب عليه الطابع الوجوبي الإجرائي المسبق للصلح، بعد رفع الخصومة القضائية وقبل السير فيها، باعتباره إجراء من إجراءاتها، فهو بهذا يختلف عن

(1) حيث تخضع تسوية النزاعات طبيعيا لقواعد معروفة تعطي مكانة هامة للقضاء، إذن حسب الحالات العادية فإن الخصومة تحل بإتباع الطرق الكلاسيكية لحل النزاعات؛ أي يتعلق الأمر بالتسوية القضائية للنزاعات، عن طريق هيئات قضائية تابعة للدولة، وهذه التسوية تفصل بصفة عادية ومزدوجة في النزاع، فإما أن تستقبل الطعن من الطرف المعني وتمنح له إجابة مقنعة، وإما أن يرفض الطعن ويرد لصاحبه. أما فكرة الطرق الجديدة (البديلة) فهي تتوافق مع فكرة أنها خارج وبعيدا عن الطرق التقليدية، حيث لا يتعلق الأمر بإزاحة الطرق التقليدية وإحالة محلها طرقا جديدة، لكن في بعض الحالات ومن أجل الاستجابة لبعض الانشغالات نجد طرقا بديلة للتسوية، إذ أن تعبير الطرق البديلة لتسوية النزاعات يغطي كل ميكانيزم يسمح بإيجاد حلول مقبولة من أطراف النزاع، فيمكن أن يتعلق الأمر بالوقاية من النزاعات، أو حلها قبل الوصول إلى الطعن أمام القاضي، أو وضع حد للنزاع وبصفة مبكرة إذا قدم أمام القضاء، وأخيرا يمكن أن يتعلق الأمر بالفصل في النزاع أمام قضاء غير تابع للدولة (قضاء تحكيمي)، ولو أن المحكمين هم قضاة يتفق عليهم وطريقة تسوية النزاع تشبه الطرق المتبعة أمام القضاء المنشأ بالقانون. نقلا عن: عز الدين عيساوي، في الطرق البديلة لحل النزاع، محاضرات أقيمت على طلبه ماستر الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016، ص ص 1، 2.

الطرق البديلة لحل النزاعات والتي تعد طرقاً تعويضية للخصومة القضائية يلجأ إليها المتقاضى بصفة اختيارية متخلياً بذلك كقاعدة عامة عن الكثير من إجراءاتها⁽¹⁾.

يتضح من خلال المادة 990 السالفة الذكر الطابع الجوازي لمحاولة الصلح، إذ تركت خيار إتمامه لطرفي النزاع بمبادرة منهما، بالرغم من أن مبادرة الأطراف للصلح وإقدامهم عليه كطريق بديل لم تكن في قانون الإجراءات المدنية السابق، أين اكتفى بالنص على الصلح الذي يتم بتدخل من القضاء، ولم يعرف الصلح التلقائي بسعي من الأطراف، بينما الصلح في قضاء شؤون الأسرة لا بد فيه من تدخل القاضي نظر للطابع الوجوبي له.

وحسب نص المادة 439 ق إ م إ⁽²⁾ لا يتمتع القاضي بكامل السلطة التقديرية حيال إجراء الصلح كون الصلح حسب نص المادة 49 ق أ ج الذي يتضمن قاعدة تخاطب وتلزم القاضي⁽³⁾ لا الأطراف الذين ليس لهم حق عدم إجرائه⁽⁴⁾، فقد يرقى الصلح إلى حد أن يكون التزاماً على عاتق القاضي يجب الوفاء به قبل أن ينظر في الدعوى ويصدر حكماً فيها⁽⁵⁾. في حين أن الصلح كطريق بديل لا يفرض أي التزام على القاضي بعرضه على الأطراف، فهو بذلك ذو طابع جوازي يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة يختار بمقتضاها المكان والزمان اللذين يراهما مناسبين، للمبادرة على أن يكون بموافقة الخصوم عليه⁽⁶⁾، على خلاف الصلح

(1) محمد بشير، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، المنعقد بالجزائر يومي (6-7) ماي 2014، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 3، 2014، ص 59.

(2) تنص المادة 439 ق إ م إ على ما يلي: «محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية».

(3) أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 102.

(4) وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بأن: «يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية حضور جلسة الصلح شخصياً، تحت طائلة رفض دعواه». قرار صادر بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 474956، المرجع السابق، ص 271.

(5) شير زاد عزيز سليمان، آزاد حيدر باوه، طبيعة الوساطة القضائية ومشروعيتها في تسوية المنازعات الفردية: دراسة مقارنة، مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، العدد 24، كلية الإمارات للعلوم التربوية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، مايو 2018، ص 230.

(6) Article 991 du code de procédure civile et administrative français stipule que: La conciliation est tentée, sauf disposition particulière, au lieu et au moment que le juge estime favorable.

في شؤون الأسرة حيث يكون بدون حاجة إلى استشارة أطرف النزاع وأحيانا فإن القاضي لا يجريه متى كان إجراؤه بحد ذاته مخالفا للنظام العام مثل حالة الطلاق البائن أو الطلاق أو التطلق لردة أحد الزوجين⁽¹⁾.

أما بالنسبة لعدد محاولات الصلح في شؤون الأسرة فإن المشرع لم يبينها، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 49 ق أ ج نجد أنه ذكر عبارة: «... عدة محاولات صلح...»، يفهم منها أنها أكثر من محاولتين فهو يدعو إلى عدم التسرع في الحكم بالطلاق والتركيز على الإصلاح بين الزوجين، بينما الصلح كطريق بديل قد يعرض مرة واحدة مهما كانت مرحلة إجراءات الخصومة، ولم يربطه بأجل فيمكن أن يعرض ذلك في جلسة النطق بالحكم إذا كان كلاهما حاضرا، غير أن الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية محدد بثلاثة أشهر وفقا لمقتضيات المادة 442 الفقرة 2 ق إ م إ.

إن الصلح كطريق بديل بما أنه إجراء جوازي، فلا يترتب على إغفاله أي جزاء إجرائي⁽²⁾، فالقاضي غير مجبر على عرضه، كما أن الخصوم غير مجبرين على الصلح المعروض عليهم من قبل القاضي⁽³⁾، على خلاف الصلح في شؤون الأسرة الذي يكون وجوبيا ويتم إثباته في محضر الذي يعد سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط وبالتالي يمكن تنفيذه عن طريق إجراءات التنفيذ الجبري⁽⁴⁾.

(1) عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص 41.

(2) عبد الحكيم بن هبري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص ص 122، 125.

(3) نورة اسم الله، نبيلة عافية، الصلح والوساطة كحل ودية لتسوية النزاعات المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص معرق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2015، ص 16.

(4) انظر المواد 992-993-600 وما يليها من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في جلسة الصلح بين الزوجين ودور القاضي فيها

إن التماسك الاجتماعي يعد من أهم عوامل الاستقرار لأي مجتمع، ومصدر قوة لتفادي التفكك الأسري، لذلك سعت الإرادة التشريعية لوضع قيود وآليات تسيطر من خلالها على حق اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية، تمثلت في إلزام القاضي المختص بنظر دعاوى الطلاق، أن يحيل الزوجين المتنازعين إلى محاولات صلح؛ يسعى من خلالها، التوفيق بين وجهات النظر المتباينة.

ولما كانت الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق بكافة صورته نهائية وغير قابلة للاستئناف إلا في ما يتعلق بالمسائل المادية فيها، فإن القاضي يسعى لأن لا يكون حكمه معيبا يستوجب الطعن فيتمسك بمحاولة الصلح كإجراء يدخل ضمن مهامه القضائية.

ووفقا على أحكام جلسات الصلح بين الزوجين، يقتضى الأمر البحث في آليات العملية الصلحية بين الزوجين (المطلب الأول)، ثم دور القاضي في إجراء الصلح أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية (المطلب الثاني)، والآثار الناجمة عن إجراء محاولة الصلح (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة في جلسة الصلح بين الزوجين

تعد إجراءات محاولة الصلح في قضايا شؤون الأسرة من الإجراءات المهمة والأولية، التي يجب على الزوجين مراعاتها. ولصحة هذه المرحلة يجب على القاضي أن يتحرى مدى التزام الطرفين المتنازعين بصفة إجبارية بكافة الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا قانون الأسرة وهذا قبل النطق بحكم الطلاق.

تتمثل الشروط الواجب توافرها في إجراء محاولة الصلح في الشروط الموضوعية (الفرع الأول)، والشروط الشكلية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح

تتمثل الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح في ضرورة قيام العلاقة الزوجية (أولاً)، ثم رفع الدعوى التي يكون موضوعها فك الرابطة الزوجية (ثانياً)، بالإضافة إلى حضور أطراف جلسة الصلح (ثالثاً).

أولاً: وجود العلاقة الزوجية

إن محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما، فلا يتم إجراء صلح في غياب هذه الرابطة.

وبالرجوع إلى نص المادة 04 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم المتضمن قانون الأسرة التي جاء فيها على أن: «الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون ولحصانة الزوجين والمحافظة على الأنساب»، فالعبرة إذن بوجود عقد الزواج صحيح لازم في ملف الدعوى لإجراء الصلح القضائي، وهو ما كرسه قضاء المحكمة العليا⁽¹⁾.

ثانياً: ضرورة رفع الدعوى

يتم اللجوء إلى القضاء عن طريق رفع الدعوى التي تكون بموجب تسجيل عريضة على مستوى كتابة ضبط المحكمة المختص، كما يستلزم الأمر أن تتوفر في هذه العريضة كافة الشروط الشكلية المطلوبة قانوناً والواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي لا يمكن للقاضي أن يجري الصلح في أي دعوى موضوعها حل الرابطة الزوجية إلا بعد رفع

(1) حيث ورد في أحد قرارات المحكمة العليا ما يلي: «...لكن حيث أنه قد استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة...، فيما يخص وجوب إجراء محاولة الصلح، وقد ثبت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضده حضر جلستي الصلح وتمسك بفك الرابطة الزوجية القائمة بينه وبين الطاعنة، قبل البناء، لاستحالة إتمام مراسيم الزواج...، وعليه فإن هذا الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه». قرار مؤرخ في 2014/05/15، صادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0902780، غير منشور. مشار إليه في: سليمة لعراسي، يسمينة قرواز، الصلح والوساطة القضائية كطرق بديلة لحل النزاعات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2017-2018، ص 38.

الدعوى وانعقاد الخصومة. وبهذا يعرض الحق في فك الرابطة الزوجية على القضاء حتى يتسنى لقاضي شون الأسرة المختص بإجراء الصلح بين الزوجين، ومحاولة منه تفادي انحلال عرى العلاقة الزوجية.

ثالثا: أطراف جلسة الصلح

تتشكل جلسة الصلح من أحد أهم الأشخاص الرئيسية في طرفيها المعنيين مباشرة بها وهما الزوجان، غير أنه عند عرض الطلب على القضاء، يوجد أشخاص آخرون هم القاضي المكلف بشؤون الأسرة الذي يجري محاولة الصلح وأمين الضبط، وبذلك تتحدد أشخاص جلسة محاولة الصلح في ثلاثة أطراف هم: الزوجين، القاضي، أمين الضبط.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح

لم يبين المشرع في قانون الأمر إجراءات عقد وسير جلسة محاولة الصلح أمام القاضي، فلم يضع طريقة أو كيفية معينة في ذلك، إلا أن المشرع تداركه ذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جاء بإجراءات وشروط خاصة متعلقة بانعقاد إجراءات الصلح، ثم شروط شكلية متعلقة بسير إجراءات الصلح.

أولاً: الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد إجراءات الصلح

تتمثل الشروط الشكلية في كل من ضرورة تحديد الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح، وكذا كيفية تبليغ طرفي الصلح، بالإضافة إلى تحديد مدة الصلح، مع ضرورة تحديد بدء سريان هذه المدة، وصولاً إلى استدعاء الأطراف، وهو ما سنبينه من خلال الفقرات الآتية:

1- الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح

تتمثل الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى القضائية الرامية لفك الرابطة الزوجية في محكمة أول درجة، وهو ما توضحه المادة 32 ق إ م إ على أنه: «المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتشكل من أقسام تفصل في جميع القضايا، لاسيما قضايا شؤون الأسرة...»، وهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة

الزوجية وتوابعها، حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذلك حسب المادة 423 من نفس القانون، وقد جاء في قرار عن المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 والذي أقر المبدأ الآتي: «محاولة الصلح في دعاوى الطلاق، تتم وجوباً أمام المحكمة فقط، نجد في هذا القرار أن إجراء الصلح يتم وجوباً أمام المحكمة»⁽¹⁾.

2- الميعاد والمدة المحددة لإجراء الصلح

حدد المشرع الجزائري مدة محاولات الصلح التي يجريها القاضي بثلاثة (3) أشهر، تبدأ من تاريخ رفع الدعوى طبقاً للمادة 49 ق أ ج، كما أن للقاضي أن يمنح للزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، ويجوز له القيام بتدابير مؤقتة ويكون ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن، لكن في المقابل قد جعل مدة محاولة الصلح ثلاثة (3) أشهر كحد أقصى⁽²⁾.

3- استدعاء الأطراف

نص المشرع من خلال نص المادة 440 ق إ م إ على التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح دون التطرق إلى كيفية استدعاء الزوجين، وكان عليه أن يتدارك هذه النقطة، بأن يضيف نصاً يخص مسألة تبليغ الزوجين بجلسة الصلح دون الاكتفاء بتبليغ العريضة، وإن دأب العمل القضائي على تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح في جلسة يحضر فيها الطرفين بعد التكليف بالحضور سواء بإعلامهما شخصياً أو بإعلام موكليهما حسب الأمر الذي تسيّر عليه إجراءات الاستدعاء، فمحاولة الصلح هي جميع الإجراءات التمهيدية وهذه الإجراءات تبدأ من يوم تحديد القاضي تاريخ الجلسة واستدعائه للأطراف⁽³⁾.

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2002/11/15، ملف رقم 372130، المجلة القضائية، العدد 2، 2007، ص ص 463، 467.

(2) انظر المادة 442 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

(3) سليمة لعراسي، بسمينة قرواز، المرجع السابق، ص 34.

ثانياً: الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح

تتمثل الشروط الشكلية في ضرورة التأكد من هوية الطرفين، بالإضافة إلى ضرورة سماع كلا الزوجين، كما يلزم أن تعقد جلسة الصلح في سرية، وكذا قيام القاضي بعدة محاولات صلح بعد حضور الأطراف لجلسة محاولة الصلح.

1- ضرورة التأكد من هوية الطرفين

بعدما ينطق القاضي بالقضايا المفصول فيها والتي كانت محل النظر، ينادي على القضايا المجدولة فيما يتعلق بقضايا فك الرابطة الزوجية، ينادي على رقم القضية وكذا أطرافها ثم يدعو الأطراف إلى إجراء محاولة صلح بعد رفع الجلسة العلنية، وذلك باستدعائهما إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط الذي يقوم بالمناداة على الزوجين للدخول إلى مكتب القاضي أو قاعة المداولات، أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصصة لإجراء محاولة الصلح، وهذا طبعاً بعد التأكد من هوية الزوجين من طرق القاضي، إذ لا بد أن يتأكد من توافر الصفة لديهما.

2- مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسمعتهما

نص المشرع الجزائري على إجراءات الصلح الواردة في قسم شؤون الأسرة في المادة 440 ق إ م إ التي جاء فيها ما يلي: «في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم معا».

يقوم القاضي باستقبال المدعي بمكتبه، وبعد أن يتأكد من هويته يستمع إليه على انفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه إلى الطلاق، ويحاول من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفين بأسلوب لين يتضمن النصح والوعظ، وتدون بعد ذلك كل طلباتهما على المحضر، وبذلك يتمكن القاضي من وضع يده على صلب المشكلة ليتمكن من القيام بالصلح على خير وجه، بعد فهم حقيقة المشكل القائم الذي رتب الرغبة في فك الرابطة الزوجية، ثم ينادي القاضي على الزوج أو الطرف الذي تم سماعه أولاً، أين يتقصى القاضي عن بعض الأمور الغامضة أو التصريحات المتناقضة دون إجراء مواجهة بينهما.

3- سرية جلسة الصلح

نصت المادة 7 ق إ م إ على أنه: «الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة».

وعليه، خلافا للقواعد العامة التي تقرر أن الجلسات علنية، فإنه في دعاوى فك الرابطة الزوجية فإن جلسة الصلح تكون سرية نظرا لارتباطها بخصوصية المجتمع الجزائري وهويته الإسلامية، إذ جاء في نص المادة 439 من نفس القانون أن: «محاولات الصلح وجاهية، وتتم في جلسة سرية»، فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمتها، إذ لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين والقاضي وكاتبه، حيث تجرى أمام القاضي، خارج قاعة الجلسات، وبحضور ممثليهما أو محاميهما.

ونلمس في هذا الجانب موقف القضاء الجزائري من عدم جواز حضور المحامي جلسة الصلح كون أنها تهم طالب فك الرابطة الزوجية، إذ أن وجوده في جلسة الصلح ليس له مبرر قانوني، ولهذا لا بد من التمييز بين جلسة إجراء الصلح جلسة مناقشة القضية التي للمحامي الصلاحية في أن يكون موجودا فيها للدفاع عن موكله.

كما تقتضي السرية أن لا تحضر النيابة العامة، إلا أنها في نفس الوقت تعد طرفا طبقا للمادة 3 مكرر ق أ ج، غير أن هناك من يرى بأنه لا يوجد ما يمنع من حضور النيابة العامة جلسة الصلح طالما أنها طرف أصلي، ومن ثم لا مجال للحديث عن السرية إذا تعلق الأمر بالطرف الأصلي في النزاع⁽¹⁾.

4- محاولات الصلح

نصت المادة 49 ق أ ج قبل تعديلها على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح...»، أما بعد التعديل فأصبحت نفس المادة تنص على أنه: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح».

(1) عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 209.

يفهم من نص المادة بعد التعديل أن القاضي ملزم بأن يعقد عدة محاولات صلح دون أن يحدد عددها، على أن عدد محاولات معناها ألا تقل عن محاولتين أو ثلاث محاولات، من أجل استغراق مدة ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيل الدعوى، حتى يتسنى له مباشرة إجراءات الدعوى. والغرض الذي يسعى إليه المشرع الجزائري من وراء تكرار محاولات الصلح هو رغبته في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لبذل الجهد اللازم لمحاولة الصلح بين الزوجين، أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه ويعدل عن تمسكه بمبدأ فك الرابطة الزوجية.

الأصل أن الصلح يتم من خلال عدة محاولات عدة لكن استثناء ومتى قدر القاضي بأن لا فائدة من تكرار المحاولة فله كامل السلطة التقديرية لتقرير ذلك، فالقاضي غير ملزم بتحديد عدد الجلسات التي عقدها، لأن تكرار المحاولة يخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود نية في الصلح عند الزوجين. أما في حالة انعدام النية وإصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية، لا يمنع من الاكتفاء بمرة واحدة، ومن ثم طالما أن الحكم تضمن إجراء محاولة صلح وتحقق القاضي من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، فإن الغاية من الإجراء تحققت⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن عدد محاولات الصلح وتقديرها يخضع لقضاة الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك، إذ نجد من بين قراراتها الصادرة بتاريخ 2012/10/11 الذي جاءت بما يلي: «لكن حيث أن تقدير عدد جلسات الصلح يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا»⁽²⁾.

5- قواعد الحضور والغياب في نظر القضاء

ينبغي تبليغ الزوجين بتاريخ جلسة الصلح سواء عن طريق القاضي في الجلسة عند حضورهما أو عن طريق المحضر القضائي، غير أنه قد لا يحضر أحد الزوجين في التاريخ

(1) سليمة لعراسي، يسمينة قرواز، المرجع السابق، ص ص 40، 41.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 813976، غير منشور.

مشار إليه في عبد الحميد بن هبري، المرجع السابق، ص 211.

المحدد لجلسة الصلح، ففي هذه الحالة نجد أن المشرع الجزائري قد عالج حالات الغياب في نص المادة 441 ق إ م إ.

وعليه، في كل الأحوال فإذا تغيب أحد الزوجين، أجل القاضي القضية إلى جلسة لاحقة مادامت هناك عدة محاولات، وهذا من أجل منحه فرصة للحضور وتقديم طلباته أو دفعه، أما إذا حصل له مانع فللقاضي إمكانية منحه أجل آخر أو اللجوء إلى الإنابة القضائية⁽¹⁾.

أما إن كان التغيب بدون عذر، أي في حالة ثبت تبليغ الخصم شخصيا بتاريخ جلسة الصلح ولكنه لم يحضر، ولم يقدم عذرا عن تخلفه، ففي هذه الحالة يقوم القاضي بتحرير محضر يثبت فيه تخلف الخصم عن حضور جلسة الصلح بإرادته⁽²⁾.

كما استحدث المشرع الجزائري بموجب المادة 440 ق إ م إ إجراء وهو إمكانية حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاورات الصلح، وتكون غاية هذا الإجراء تفعيل محاولة الصلح فوجد المشرع قد مكن القاضي والأطراف من إحضار أحد أفراد العائلة الذي يملك تأثيرا على الزوج أو الزوجة، ليساعد القاضي والزوجين على الصلح بينهما، فيمكن للقاضي إدخال أحد أفراد العائلة سواء من عائلة الزوج أو الزوجة أو من كليهما إلى جلسة الصلح للمساعدة في إنجاز الصلح وليس لاعتباره أمرا شكليا يتعين القيام به وكفى، وهي التفاتة حسنة من المشرع لأن أغلب النزاعات تكون بسبب أهل الزوج أو الزوجة، لأن الأصل في الصلح أن يكون عائليا.

(1) نصت المادة 1/441 ق إ م إ على أنه: «إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي نوب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية».

(2) نصت المادة 2/441 ق إ م إ على أنه: «غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسة المحددة لجلسة الصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحزر القاضي محضرا بذلك».

المطلب الثاني: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية

يعد الصلح في مسائل شؤون الأسرة وجوبيا، خاصة ما تعلق بفك الرابطة الزوجية طبقا لنص المادة 439 ق إ م إ، ومن ثم يتعين على قاضي الأحوال الشخصية القيام به قبل الفصل في موضوع النزاع وذلك تحت طائلة تعرض الحكم للبطلان في حالة تخلف هذا الإجراء.

يتمثل دور القاضي في إجراء محاولات الصلح في الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين (الفرع الأول)، أو في حالة الطلاق بناء على الإرادة المشتركة للزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين

تتعدد وسائل وطرق فك الرابطة الزوجية فمنها ما يكوف بيد الزوج وهو ما يعرف بالطلاق بالإرادة المنفردة (أولا)، ومنها ما يتم بناء على طلب الزوجة ويكون على شكل صورتين وهما التطليق والخلع (ثانيا).

أولا: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

للقاضي دور مهم في اجراء الصلح بين الزوجين، فإذا تقدم الزوج بعريضة طلاق فإن القاضي يبذل جهده ويستعمل السلطة المخولة له من أجل الصلح بين الزوجين، وذلك بالبحث عن أسباب طلب الفرقة، إذ بمعرفتها يمكن للقاضي إزالتها بإعمال السلطة المخولة له قانونا، حرصا منه على ما يحفظ علاقتهما، واستقرارها على أسس المودة والرحمة والتعاون.

من أجل تحقيق الصلح بين الزوجين من طرف القاضي، فقد ألزمه المشرع الجزائري بإجراء عدة محاولات لتقريب وجهات النظر بينهما، وذلك قبل انقضاء المدة المحددة ضمن نص المادة 49 من قانون الأسرة السالفة الذكر.

من خلال هذه المادة نستخلص عدة أحكام نص عليها المشرع الجزائري، بحيث لا يقع الطلاق قانونا إلا بمراعاتها منها:

- عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم يصدره قاضي شؤون الأسرة، فهذه قاعدة إجرائية واضحة الدلالة، حيث نصت على عدم وقوع الطلاق من حيث الشكل القانوني إلا بمراعاتها، وبتشريع هذه المادة ألغى المشرع ضمناً الطلاق العرفي، وذلك بإهماله بعدم وضع قواعد إجرائية لتنفيذه بحكم أو أمر⁽¹⁾.

- وقوع الطلاق تحت طائلة البطلان إذا لم تسبقه محاولات عدة للصلح بين الزوجين من طرف قاضي شؤون الأسرة، فالصلح إجراء وجوبي، ولا يجوز للقاضي التغاضي عنه، ولذلك عليه أن يعمل بكل جهد ورغبة وعزم إلى تحقيق الصلح بصرف النظر عن النتائج النهائية سواء كانت إيجابية أم سلبية⁽²⁾، وإذا حكم بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولات الصلح بينهما يتعرض حكمه للنقض من طرف المحكمة العليا على أساس أنه أخطأ في تطبيق القانون، باعتبار هذا الإجراء من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث جاء فيه: «من المقرر أن قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي... ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون»⁽³⁾.

ونظراً لعدم ثبوت الطلاق إلا بحكم قضائي فإنه يجب على الزوج الذي يريد إنهاء عقد الزواج أن يطلب ذلك من القاضي، ونكون هنا أمام حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الزوج قد طلق زوجته بإرادته المنفردة في غير مجلس القضاء، أو أمام القاضي خلال الجلسة الأولى، فإن ذلك الطلاق يعتبر رجعيًا، وفي مقدوره أن يراجع

(1) علي بن عوالي، المرجع السابق، ص 193.

(2) المرجع نفسه، ص 194.

(3) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/01/1994، رقم الملف 96688، نشرة القضاء، العدد 50، 1997، ص 80؛ قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 25/12/1991، رقم الملف 57812، المجلة القضائية، العدد 3. لسنة 1991.

زوجته خلال مهلة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى المتعلقة بمحاولة الصلح، وهنا لا يحتاج إلى عقد جديد⁽¹⁾.

وقد لا تستمر محاولة الصلح ثلاثة أشهر ويحصل أن يحكم القاضي بالطلاق أو تنتهي تلك المهلة دون أن يراجع الزوج زوجته، فآنذاك يكون الطلاق المحكوم به بائنا، ولا يستطيع الزوج إرجاع زوجته إلا بعقد جديد يشتمل على كامل أركان وشروط عقد الزواج وعلى رأسها رضا الزوجين، فالقانون نص على الحد الأقصى لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي، لكنه لم ينص على الحد الأدنى لها. وبالتالي، يمكن للقاضي أن يصلح بين الزوجين قبل مرور تلك المدة ويصدر حكما بانقضاء الدعوى بالصلح، أو بالإشهاد للزوجين بالتصالح فيها بينهما مع ذكر ما تم الاتفاق عليه⁽²⁾.

كما قد لا يتمكن القاضي من الإصلاح بين الزوجين، ويرى بأن الزوج مصر على الطلاق، أو أنه قد طلق زوجته خارج القضاء أو في الجلسة الأولى أو في الجلسات المتتالية، فآنذاك يصدر القاضي حكما بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة حتى ولو لم تنقض مدة الثلاثة أشهر المتعلقة بمحاولة الصلح، ويكون حكم القاضي آنذاك مقررا للطلاق وليس منشئا له، وهو طلاق بائن لا رجعة فيه إلا بعقد جديد، لكون الزوج فاتته فرصة المراجعة قبل صدور الحكم⁽³⁾، وفي ذلك يقول الأستاذ "الهاشمي هودي" رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة

(1) إن المشرع الجزائري عندما استعمل مصطلح: "من راجع زوجته"، فهو يقصد به الرجوع الذي يأتي بعد الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة، أي: "من راجع زوجته بعد أن طلقها طلاقا رجعيا، لا يحتاج إلى عقد جديد"، فلو كان حقيقة أنه لا وجود للطلاق الرجعي فلماذا يتكلم المشرع عن الرجوع، فرجوع الشيء لا يطلق إلا على عودة هذا الشيء بعد غيابه وزواله، فالمشرع يقصد من وراء ذلك، بدون أدنى شك، الطلاق الرجعي..". مشار إليه في: عبد الحميد عيدوني، هل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟، مجلة القانون والأعمال، العدد 7، جامعة الحسن الأول، المغرب، ديسمبر 2014.

وانظر أيضا: قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1989/12/25، رقم الملف 57812، المجلة القضائية، العدد 3، 1989.

(2) نيلي طالب، المرجع السابق، ص 23.

(3) مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري: دراسة فقهية مقارنة، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 180.

العليا بالجزائر: «مادام الزوج هو الذي يملك العصمة الزوجية فإن له الحق في إنشاء الطلاق للحديث الشريف: "الطلاق لمن أخذ بالساق"»⁽¹⁾.

وعليه فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض هذه الرغبة، وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة ولا مؤسسة مادام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق⁽²⁾، ومن ثم تحميله كامل المسؤولية في ذلك طبقا للمادة 1/52 ق أ ج⁽³⁾.

الحالة الثانية: أن يرفع الزوج دعوى أمام القاضي يطلب فيها الطلاق دون أن يكون قد أوقع الطلاق خارج القضاء أو أثناء إحدى الجلسات، فالقاضي بعد محاولته الصلح بين الزوجين وفشله في ذلك فانه يقضي بالطلاق مستجيبا للزوج في طلبه، ويكون حكم القاضي بمثابة الطلاق البائن، فالزوج يحتاج إلى عقد جديد إن أراد مراجعة زوجته طبقا للمادة 50 ق أ ج والتي نصت على أنه: «من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد». هذا عن وقت تلفظ الزوج بالطلاق قبل أو أثناء رفع الدعوى، وفي كل الأحوال وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يقوم القاضي بالاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 440 ق إ م إ⁽⁵⁾.

أما بالنسبة لحضور الغير جلسة الصلح، فهو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته، ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية.

(1) ليلي طالب، المرجع السابق، ص 23.

(2) لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 235.

(3) تنص المادة 1/52 ق أ ج على أنه: «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

(4) لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 236.

(5) تنص المادة 440 ق إ م إ على أنه: «في التاريخ المحدد يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا. ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح».

ويحضر جلسات الصلح- إضافة إلى القاضي والزوجين- أمين الضبط، فهو يساعد القاضي من خلال تدوين ما يأمره به في المحضر المخصص لذلك، حيث يلتزم بالحياد المطلق والسرية التامة فيما يجري بين الزوجين والقاضي لكون جلسات الصلح تتميز بالسرية⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة 439 ق إ م إ السالفة الذكر.

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازماً من التدابير المؤقتة (المتعلقة بالنفقة، الحضانة، السكن) بموجب أمر غير قابل لأي طعن طبقاً لنص المادة 442 ق إ م إ.

ويأخذ في ذلك بعين الاعتبار ما تم الاتفاق عليه من طرف الزوجين، ويمكن للقاضي في هذه المرحلة وإلى حين صدور حكم في الموضوع تعديل أو إلغاء هذه التدابير في حالة ظهور واقعة جديدة بأمر غير قابل للطعن. فإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين يقوم أمين الضبط بتحرير محضر يوقعه مع القاضي ويودع بأمانة ضبط المحكمة، وبعد هذا المحضر سندا تنفيذيا استنادا لنص المادة 443 ق إ م إ السالفة الذكر⁽²⁾.

وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 49 ق أ ج.

إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو نذب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً يحزر القاضي محضراً بذلك طبقاً لنص المادتين 441، 442 من ق إ م إ.

وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يحزر أمين الضبط تحت إشراف

(1) عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 336.

(2) حنان شريف، التطبيق وفقاً للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017، ص 30.

القاضي محضر بذلك في الحال ويوقع عليه من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين .
ويعد محضر الصلح هنا سندا تنفيذيا وهذا ما نصت عليه المادة 443 من ق إ م إ .

تجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي، في حالة عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين وشروعه في مناقشة موضوع الدعوى، وقبل أن يصدر حكم الطلاق، أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق وعزمه عليه وفق نص المادة 450 ق إ م إ التي تنص على أنه: «يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك».

ثانيا: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة

إضافة إلى حق الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، فإن الشريعة الإسلامية أجازت للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية إذا أصبحت الحياة لا تطاق مع هذا الزوج، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة عندما نص على إجراءات التطليق والخلع، وسنتناول دور القاضي في كلتا الحالتين:

1- طلب التطليق من طرف الزوجة

أقرت الشريعة الإسلامية للزوجة حق اللجوء للقضاء لطلب تطليقها، ووجبت على القاضي الاستجابة لها متى ثبتت لديه السبب المبرر شرعا لطلبها وامتنع الزوج أن يفارقها بالمعروف.

وقد عدت المادة 53 ق أ ج أسباب طلب التطليق، وعلى القاضي أن يقدر الضرر إعمالا سلطته التقديرية، وبذلك فأحكام التطليق من حيث طبيعتها هي أحكام منشئة.

ويقول الأستاذ "عبد الفتاح تقية": «التطليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة 53 والتي جاءت على سبيل الحصر، فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتطليق فهو حكم منشئ له،

فالنوع الأول تتعدم فيه إرادة القاضي، أما النوع الثاني فتؤدي إرادة القاضي في إنشائها وتكوينها دورا هاما وإيجابيا، بل تعد إرادة القاضي العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم»⁽¹⁾.

يتجلى دور القاضي في الصلح في هذه الحالة من خلال معابنته للوقائع والأسباب الني اعتمدت عليها الزوجة في طلب التطلق وإصرارها عليه، وفق ما نصت عليه المادة 451 ق إ م التي جاء فيها ما يلي: «يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلق طبقا للأحكام التي نصت عليها المادة 53 ق أ ج»، حيث أجازت للمرأة طلب التطلق، ومن هذه الأسباب:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.
 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
 - الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
 - الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
 - الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.
 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من نفس القانون.
 - ارتكاب فاحشة مبينة.
 - الشقاق المستمر بين الزوجين.
 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزوج.
 - كل ضرر معتبر شرعا.
- إلا أن الصلح ليس في جميع هذه الحالات يكون منتجا وله فائدة، بل في بعض الحالات يعد إجراء شكليا بدون جدوى.

(1) عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 241.

أ- الصلح إجراء وجوبي في بعض حالات التطبيق

- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، بتوافر شروط معينة نصت عليها المادة 4/53 ق أ ج.

يتأكد القاضي من طبيعة العقوبة وسماع تصريحات كل طرف، لأنه في إطار القيام بالصلح، إذا كان محكوما عليه بمدة ليست بالطويلة أو أن الزوج قضى العقوبة، وخرج من السجن ثم تأتي الزوجة وترفع طلبها أنها لا تستطيع أن تعيش مع زوجها، هنا القاضي يستطيع إجراء الصلح.

يظهر دور القاضي في الصلح في هذه الحالة، من خلال حث الزوجة على الاستمرار في الحياة الزوجية والتراجع عن طلبها وإقناع الزوجة بأن الزوج نادم على ما فعل وهو مستعد لكي يتغير ويتخلى عن التصرفات السيئة، ويستأنف الحياة الزوجية، وأنه يتعين على الزوجة منحه فرصة أخرى ليتدارك الخطأ الذي وقع فيه، ويندمج في الأسرة والمجتمع من جديد، فباب التوبة مفتوح والعفو عليه لاسيما وأن الزوج يتمسك بالعلاقة الزوجية.

- التطليق بناء على عدم الإنفاق

إن النفقة أثر من آثار عقد الزواج الصحيح⁽¹⁾ حسبما ما هو وارد في نص المادة 74 ق أ ج⁽²⁾، لهذا أولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا بمسألة الإنفاق على الزوجة في كل

(1) ولا تجب النفقة للزوجة إذا كان الزواج فاسدا، أو كانت الزوجية غير صالحة لتحقيق أغراض الزوجية. إنما وجبت النفقة للاحتباس الزوجة للزوج، ولرعاية الأولاد وشؤون البيت. نقلا عن: رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجية بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص 23، 24.

(2) تنص المادة 74 ق أ ج على أنه: «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون».

الأحوال⁽¹⁾، وأكد على الطابع الإلزامي لتسديدها، والإخلال بهذا الالتزام موجب للزوجة حق طلب التطلق.

يخول القانون للزوجة حق متابعة زوجها جزائيا طبقا لأحكام المادتين 330 و 331 ق ع ج⁽²⁾ بتهمة الإهمال العائلي والامتناع عن دفع نفقة مقررة بحكم قضائي. كما يعاقب الزوج الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين ويتخلى عن كل التزاماته الأدبية أو المادية أو انه يتخلى عن زوجته وهي حامل فلا يرهاها ولا ينفق عليها، فيكون أيضا تحت طائلة المتابعة الجزائية إذا ما قدمت زوجته المتضررة شكوى.

يظهر دور القاضي الإيجابي كذلك في حالة طلب التطلق لعدم الإنفاق خاصة مع تمسك الزوج بأنه كان ملتزما بدفع النفقة شهريا ويحضر حوالات بريدية تثبت ادعاءاته والزوجة تنكر ذلك، فالقاضي ولما له من سلطات يعمل على إبراز هذه الادعاءات وتمكين الزوجين من معرفة الحقيقة والتوصل إلى الصلح بينهما.

يعمل القاضي في محاولات الصلح على أن يقنع الزوج بأنه ملزم بالإنفاق، مادام هو المسؤول على أسرته سواء كان غنيا أو فقيرا على أن يكون إنفاقه حسب حالته المادية، ولا يعفى من الإنفاق على زوجته وعلى عياله، ولا يأخذ بشهادة البطالة، أو عدم العمل كحجة لعدم الإنفاق⁽³⁾.

كما جاء الاجتهاد القضائي في هذا الشأن بأن: «الدفع بأن الزوج بطل، لا يعتبر حجة لإعفائه من الإنفاق على زوجته و أولاده، وما دام قد أنشأ أسرة، عليه بالعمل لتوفير هذه النفقة لأسرته»⁽⁴⁾، كما جاء في اجتهاد المحكمة العليا على أنه: «يعتبر الزوج ناشزا، في حالة رفضه

(1) سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية، غنية أو فقيرة، بشرط أن لا تتصرف الزوجة تصرفا مسقطا للنفقة كالنشوز كون الزواج فاسدا أو باطلا.

(2) أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات. ج ر ع 49، الصادرة في 21 صفر عام 1386 هـ الموافق 11 يونيو سنة 1966 م. معدل ومتمم.

(3) عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 149.

(4) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/10/12، ملف رقم 342016، غير منشور. مشار إليه في: عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 149.

تسديد النفقة و يتحمل مسؤولية الطلاق»⁽¹⁾، يحاول القاضي بأن يدفع بالزوجين إلى التصالح على النفقة خاصة إذا كان الزوج معسراً⁽²⁾، عملاً بمبدأ "لا ظلم من المعسر في امتناعه عن الدفع لعجزه عن الأداء"⁽³⁾، ومصدقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرٍ فَظَرَءٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾⁽⁴⁾.

وفي حالة فشل القاضي في محاولات الصلح فإنه يجب أن يحسم أمر النفقة، التي تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة⁽⁵⁾. وعلى القاضي أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش⁽⁶⁾، فكل قضية تختلف عن القضية الأخرى، وفي هذا الشأن ذهب اجتهاد المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2007/05/09 أنه: «يجب على قضاة الموضوع تحديد وتقدير النفقة وبدل الإيجار حسب كشف الراتب الشهري للوالد، حتى لا يتضرر هذا الأخير»⁽⁷⁾.

لذلك لا تكون جلسة الصلح في جميع الأحوال الغرض منها دفع الزوجة للتراجع عن طلبها للتطليق، وإنما قد تكون مناسبة لمناقشة أمور النفقة، والسكن، والمتاع والمصوغ، أين يناقش هاته الأمور بحضور الزوجين ويدون كل ما يتعلق بهذا الشأن، على أن لا يؤخذ بما ورد في المذكرات الجوابية، فأقولهما تعد بمثابة قرار قضائي له حجة قاطعة.

كذلك عندما يدون القاضي هذه الأمور في محضر عدم الصلح كأن يناقش مسألة نفقة الأولاد وما هو المبلغ الذي سوف يلتزم به بعد الأخذ بعدة عناصر في تقديرها (فيما إذا كان

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/03/14، ملف رقم 383189، غير منشور. مشار إليه في: عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 149.

(2) ليلي طالب، المرجع السابق، ص 27.

(3) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/03/14، المرجع السابق.

(4) سورة البقرة، الآية رقم 280.

(5) المادة 78 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

(6) المادة 79 من القانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

(7) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/05/09، رقم الملف 393590، غير منشور. مشار إليه في: عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 149.

الزوج عاملاً، أو غير عامل، له مهنة حرة أو لا، كشف المداخل، عدد الأبناء وهل هم متدرسون أم لا هل يعانون من مرض مزمن مثلاً أو لا، هل يوجد رضيع وهل المرأة حامل؟ ويطلب إحضار شهادة الضرائب التي تحدد بدقة مهنته، ومركزه لأنه قد يحضر شهادة عدم العمل ليتهرب من المسؤولية... إلخ).

تتناقش كل هذه العناصر مع الزوجين في جلسة الصلح ومرد ذلك حتى يتفق الزوجان على هاته الأمور وإن وقع اختلاف يرجع تقدير ذلك إلى القاضي، وبالتالي في جلسة الصلح يحاول القاضي تنظيم نتائج الطلاق، ليكون الأمر ودياً قدر المستطاع لا سيما وأن الحالة المادية والظروف المعيشية تختلف من زوج إلى آخر، فلا يوجد مبلغ محدد يلزم به الأزواج طبقاً لنص المادة 79 ق أ ج. وبعد مناقشة كل هذه العناصر يخرج القاضي مع الزوجين بمقدار معين يلزم الزوج بأدائه ولا يخضع القاضي لرقابة المحكمة العليا وإنما تنصب الرقابة على العناصر المعتمد في تقدير النفقة، ولذلك لما تدون هذه الأمور في محضر عدم الصلح أو محضر الصلح فيغلق مجال الطعن فيها بالاستئناف لخفض قيمتها⁽¹⁾.

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

يعد هذا السبب من بين الأسباب المستحدثة بموجب المادة 53 من الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة، فالأصل أن الشارع هو الذي يترتب آثار عقد الزواج، وذلك صونا وضمناً لهذا العقد حتى لا يتعرض إلى شروط قد تتنافى ومقتضاها وتتعارض مع مقاصد الشرع. واستثناء من ذلك، فإنه يبقى للزوجين حق تضمين عقد زواجهما بالشروط التي يرونها ضرورية تعدل من آثار هذا العقد بالزيادة أو النقصان، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو تشترط إكمال دراستها أو عملها أو الاتفاق حول نصيب كل من الزوجين في الأموال المكتسبة بعد زواجهما، شريطة أن لا تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة، ومن ثمة يجوز للطرفين الاتفاق على عدم التعدد أو للمرأة أن تشترط مواصلة الدراسة أو العمل بعد الدراسة، بل لها كذلك أن تشترط عليه أي شرط تراه ضرورياً غير مخالف للنظام

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2005/05/09، ملف رقم 393590، غير منشور.

مشار إليه في: عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 151.

العام والآداب العامة⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادتين 19 و 37 الفقرة 2 ق أ ج⁽²⁾.

وإذا انصب اتفاق الطرفين على شرط من هذه الشروط، ورفض الزوج أن يمثل كرفضه لعمل الزوجة، ففي هذه الحالة يجوز لها ليس أن تخالف إرادة الزوج وتبقى مستمرة في عملها، وإنما لها الحق في التخليق، ويشترط في هذه الحالة أن يكون الشرط مكتوبا في عقد رسمي⁽³⁾، بل لها الحق في طلب التعويض حسب المادة 53 مكرر ق أ ج. وبهذا أراد المشرع أن يجعل حدا نسبيا للتلاعب الذي كان يصدر عن الزوج من حيث أنه كان يوافق على جل الشروط عند إبرام العقود ولا يلتزم بها عند تنفيذه⁽⁴⁾.

وعليه، من خلال سماع القاضي لتصريحات الزوجين في جلسة الصلح، قد يتبين له أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشروط، وإنما حول صحة شرط من الشروط⁽⁵⁾، فيستطيع القاضي لما له من سلطة تقديرية اختيار رأي من الآراء الفقهية في هذا المجال⁽⁶⁾، فقد يكون

(1) صافية بولحارس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2013-2014، ص 2.

(2) تنص المادة 19 على أنه: «للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

كما تنص المادة 2/37 ق أ ج على أنه: «غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما».

(3) فتحي مجيدي، سلسلة محاضرات في مقياس قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2011-2014، ص 284.

(4) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 152.

(5) يقصد بالشروط الصحيحة هي تلك الشروط التي لا تكون منافية لمقتضيات عقد الزواج والموافقة لمقاصده، وتؤكد حقا من حقوق الزوجين، وغير المخالفة لأحكام قانون الأسرة. نقلا عن: فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج: دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 37.

(6) وهذا راجع إلى أن تحديد مشروعية الشرط مسألة خلافية بين الفقهاء، ومن ثم فإن حكم القاضي هو الذي يرفع الخلاف في مثل هذه الأمور. مشار إليه في: فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 7، كلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ديسمبر 2017، ص 261.

الشرط صحيحا لكن يتعذر الوفاء به، فيكون تدخل القاضي في هذه الحالات مبنيا على دوره الفعال في إقناع الزوجين أو أحدهما بتعديل الشرط أو الإعفاء منه حرصا منه على استمرار الحياة الزوجية وعدم تعليقها على هذا الشرط مع إقرار التعويض للمشتراط، أو وقف تنفيذ الشرط حتى يزول الحادث الطارئ الذي منع الزوج من الوفاء بهذا الشرط⁽¹⁾.

لذا، فالقاضي في جلسة الصلح له دور إيجابي في مثل هذه الدعاوى من خلال مراقبة صحة الشروط المقترنة بالعقد وتقدير مشروعيتها وفي إبطال الشرط والإبقاء على عقد الزواج، بعد أن كانت الشروط مرهقة للملتزم بها أو إذا كانت شروط تعجيزية يستحيل الوفاء بها في ظل الظروف الراهنة⁽²⁾، وكذا مدى مسايرة مبدأ حرية الاشتراط في عقد الزواج للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية في حياة الزوجين، لذلك وجب تبصير الزوج عن الجزاء الذي يترتب في حالة عدم الوفاء بها⁽³⁾.

ولذلك نتعرض إلى بعض الشروط التي يمكن أن تكون محل عدم الالتزام بها من طرف الأزواج منها: حالة عدم الوفاء بشرط ترك الزوجة تواصل الدراسة، حالة عدم الوفاء بشرط عمل الزوجة وحالة عدم الوفاء بشرط عدم الزواج عليها، والضرر المعتبر شرعا، وحالة التطبيق للشقاق المستمر بين الزوجين.

- حالة عدم الوفاء بشرط ترك الزوجة تواصل الدراسة

يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يقنع الزوجين، بأن الشارع حث على طلب العلم واعتبره فريضة على كل مسلم ومسلمة، وبذلك وجه الخطاب إلى كل مسلم كان ذكورا أو

(1) إيمان لعربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص 69.

(2) صافية بولحارس، المرجع السابق، ص 3.

(3) نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بترتيب حق الطلاق، بالإضافة إلى حق طلب التعويض عن الضرر الناجم جراء عدم الوفاء بالشرط، وهذا مرده إلى كون الشرط المدرج في عقد الزواج، قد يكون في الغالب هو الدافع للتعاقد، بمعنى لولاه لما أقدم أحد الزوجين على الزواج أصلا، هذا بالإضافة إلى النتائج المترتبة عن هذا الإخلال وتأثيراتها السلبية على مشروطها كفقدان الزوجة منصب العمل.

إنّاث، مما يجعل للمرأة الحق في التعليم وتحسين مستواها، لأنها تشكل نصف المجتمع، وإذا حرمت من ذلك فسوف يفتح الباب أمام الزوجة الجاهلة التي ستنجب أو تربي أولاد جاهلين.

وإن كانت المرأة اشترطت في عقد الزواج أن تواصل تعليمها ودراستها ووافق على ذلك الزوج، فهذا يعني أن الزوج قد وافق ورضي بالاحتباس الناقص ولاسيما إذا كان خروجها من بيت الزوجية لا يؤثر على أدائها لواجباتها، نحو الزوج أو نحو الأولاد خاصة إذا كانت ملتزمة بأخلاق حميدة وحسنة وحسن السلوك، عند خروجها وشرط مواصلة الدراسة لا يمس بالمقصود الأصلي من عقد الزواج، وأن مواصلة طلب العلم لا يعود عليها وحدها بالمنفعة وإنما لسائر أفراد الأسرة، وحتى في معرفة حقوقها وواجباتها نحو زوجها ونحو أولادها ونحو أهل زوجها، إلا إذا كان من وراء مواصلتها للدارسة أغراض أخرى تمس بشرف الأسرة أو منافية لمصلحة الأسرة⁽¹⁾.

- حالة عدم الوفاء بشرط عمل الزوجة

ينبه القاضي الزوجين في جلسة الصلح إلى أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو بقاء الزوجة في بيت الزوجية وقيامها بشؤون زوجها وبيتها، ويوجد إجماع فقهي بمنع الزوج لزوجته الذهاب إلى العمل بأجر أو بدونه، مادام يحقق لها الكفاية، وبالتالي إذا أرادت المرأة الخروج للعمل فلا يحق لها ذلك، ولو كان هذا العمل من الأعمال المهمة في المجتمع كالطب والتعليم.. الخ، لأن حق المكوث في مسكن الزوجية واجب على عاتقها، وأن الله عز وجل أجاز عمل المرأة في حالة الضرورة.

ضف إلى ذلك، حتى الدستور الجزائري كفل للرجل والمرأة الحق في العمل بحيث تنص المادة 69 من دستور سنة 2016 المعدل والمتمم⁽²⁾ على أنه: «لكل المواطنين الحق في العمل». كما أن نص المادة 67 من الأمر رقم 05-02 المتضمن تعديل قانون الأسرة نص على أن عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة.

(1) صافية بولحارس، المرجع السابق، ص 52.

(2) قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع 14، الصادر في 27 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق 7 مارس سنة 2016م.

غير أن هناك ضوابطاً في العمل الذي يجب أن لا يتنافى مع طبيعتها كأنثى، ولا يكون مخلاً بالنظام العام، وأن لا يقع تعارض بين عملها ومسؤولياتها ومتى وافق الزوج على عملها يفترض أن تكون موافقة دائمة تدوم بدوام عقد الزواج، ما لم يأت طارئ، فإذا خالف الزوج ذلك بأن منعها من مزاولة العمل، أو طلب منها التوقف وهي أبت ورفضت طلبه، فهي لا تعد ناشزاً ولا يسقط حقها في النفقة طالما تقوم بواجباتها.

لكن يجوز للزوج أن يمنعها من الخروج إلى العمل إذا كانت متعسفة في استعمال حقها، بأن تخرج في مظهر متبرجة، أو في صورة تدعو إلى الفتنة، أو على شكل يؤدي بها إلى الانحراف، أو لعدم بقائها لرعايته أو رعاية أولادها، الأمر الذي يجعل شرطها باطلاً لمنافاته مصلحة الأسرة⁽¹⁾.

- حالة عدم الوفاء بشرط عدم الزواج عليها

يعد هذا الشرط من قبيل الشروط التي أصبحت معتبرة من الناحية القانونية، إذ نص عليها المشرع الجزائري في المادة 19 ق أ ج. ويثير هذا الشرط جدلاً كبيراً نظراً لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية وجسده المشرع من خلال نص المادة 8 ق أ ج، التي تسمح بالزواج بأكثر من واحدة وهو تعارض ظاهري فقط لأن القانون يبيح ذلك⁽²⁾. وبالتالي يمكن لزوجين الاتفاق على خلاف هذا التعدد وهو الأصل والاستثناء هو الزوجة الواحدة⁽³⁾.

يحاول القاضي في جلسة الصلح أن يعظ الزوجة، بأن هذا الشرط في حد ذاته لا يخالف مبدأ التعدد ولا يقيد الزوج كذلك، وإن كانت الزوجة تحب في الأصل أن تستأثر بزوجها لنفسها ولا تحب من يشاركها إياه، ومن أجل ذلك ينصح ويدفع بالزوجين من أجل الحفاظ على الأسرة وأن تتنازل عن الشرط الذي وافق عليه الزوج من قبل، وإلا فأنها سوف تخسر زوجها وتصبح

(1) صافية بولحارس، المرجع السابق، ص 55.

(2) المرجع نفسه، ص 56.

(3) محمد بن مسفر بن حسين الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، دار أم القرى للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2011،

مطلقة، ويصيرهما بالآثار التي يمكن أن تتجم فيما بعد، ومن أجل مصلحتها ومصلحة الأولاد أن يتجاوز ذلك، وأحيانا يحاول مع الزوج من أجل الوفاء بالشرط.

يراقب القاضي كذلك مدى وجود الشرط في عقد الزواج أو في عقد لاحق أولا، ثم يبحث في مدى صحته وإن كان الشرط مدونا لا يوجد مشكل بحيث يسهل للقاضي إيجاد هذا الشرط أما إذا لم يكن مكتوبا فعندها وجب إثباته بالطرق الإثبات لكي يراقب مدى مشروعية وسلامة هذا الشرط وذهب قضاء المحكمة العليا إلى القول أنه: «من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة، لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ومن ثم فإن القضاء بما يخالف. هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر مناقض له الذي جاء فيه: «حيث انه من المقرر فيه فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد...»⁽²⁾، فالقاضي يرى إذا كان هذا الشرط لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، فإذا كان شرط عادي فالمسلمون عند شروطهم، وبعد أن يدرس في هذه الحالة طبيعة الشرط، لكن الزوج متمسك بمخالفته فإن الزوجة من حقها التخليق⁽³⁾.

- الضرر المعتبر شرعا

من بين حالات تطليق الزوجة من زوجها ما نصت عليه المادة 10/53: «لكل ضرر معتبر شرعا».

نلاحظ أن عبارات هذه الفقرة عامة وغير محددة، لأن المشرع الجزائري لم يقيد حق المرأة للتطليق لضرر معين، مانحا بذلك السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، في تقدير الأضرار التي يمكن للزوجة أن تطلب بمقتضاها التطليق، وأن هذه السلطة لا تخضع لرقابة

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1988/06/20، ملف رقم 49575، المجلة القضائية، العدد 2، 1991، ص 54.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1971/03/03، ملف رقم 35812، نشرة القضاء، العدد 2، 1972، ص 39.

(3) عبد الحكيم بن هبيري، المرجع السابق، ص 156.

المحكمة العليا، ويكون المشرع قد أخذ بالعادات والتقاليد داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى جماعة معينة ليس ذاته عند جماعة أخرى، أضف إلى ذلك الأمر لا يختلف من مكان إلى مكان آخر فقط، بل من زمن إلى آخر.

ومن ثمة فمتى تضررت الزوجة من تصرفات الزوج فعليها أن ترفع أمرها إلى القاضي ولها أن تثبت له بجميع وسائل الإثبات أن الزوج لا يحسن معاملتها، وعندها فما على القاضي في حالة الإثبات إلا أن يستجيب إلى طلبها، وإذا عجزت عن إثبات ذلك ينبغي على القاضي أن يقوم بتعيين حكمين للتوفيق بينهما حسب نص المادة 56 ق أ ج، وأن الضرر لا يكون كسبب موجب للتطليق، إلا إذا كان صاحب الضرر هو الزوج وليس الغير، ما لم يكن قد حرض الغير على زوجته، وأن ينتج عن الخطأ أضرار تلحق بالزوجة ولا يكون هناك ضرر إذا مارس الزوج حقه الشرعي كرفضه أن تكون تربية الأولاد على ديانة أمه المسيحية⁽¹⁾.

إن القاضي له دور كبير في جلسة الصلح، فإذا كانت دعوى التطليق مؤسدة على أساس الضرر الناجم نتيجة الضرب والجرح المرتكب من الزوج، حتى يستنبط مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطليق وفيما إن كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه الإسلامي، لأنه قد يكون هذا الضرب جائز في الشريعة الإسلامية ويدخل تحت عنوان الضرب غير المبرح في إطار التأديب، وهو ما يؤكد قرار المحكمة العليا⁽²⁾.

(1) فتحي مجيدي، المرجع السابق، ص ص 284، 285.

(2) حيث جاء فيه: «...حيث أنه يتضح من الرجوع إلى القرار المطعون فيه، أن القضاة ركزوا حكمهم في إصدار التطليق على الضرر الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر ضد الطاعن في 23 نوفمبر 1982، غير أنهم لم ينظروا إلى الحكم المذكور، ولم يوجبوا إحضاره أمامهم، حتى يستنبطوا مدى خطورة الضرب المؤدي إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطليق وهل كان هذا الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه وحيث أن عدم إرفاق ملف الطعن، بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها أمرت بإحضاره، يجعل الضرب المعول عليه غير ثابت من حيث خطورته مما يستحيل على المحكمة العليا أن تمارس حق رقابتها كما ينبغي...»، قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة و المواريث، رقم الملف 40934، مؤرخ في 1986/5/5، غير منشور. نقلا عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 178.

لذلك الضرب والجرح يدخل في الضرر المعتبر شرعا، ولا يدخل في الجريمة الماسة بشرف الأسرة، فلا يدخل في الحالة الرابعة وإنما في الحالة العاشرة، وفي هذا الشأن صدر قرار من المحكمة العليا مفاده ما يلي: "أن إدانة الزوج بسبب ضرب الزوجة يعد ضرر ولا يعد جريمة مساس بشرف الأسرة"⁽¹⁾، فالقاضي يحدث الزوج بأن ليس له أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنع عنها حقا مخولا لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه، وهذا ما أكدته المحكمة العليا⁽²⁾، ويعظ الزوج بأن يكف عن سوء معاملته للزوجة وعلى القاضي أن لا يكتفي بوعده الزوج بعدم العودة إلى مثل تلك التصرفات.

- التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

إذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي الزوجة ليس لها الحق في طلب التطليق إذا نشب بينها وبين زوجها شقاق بصفة مستمرة، لأن ذلك ليس في نظره سببا من أسباب التطليق، وهذا ما أدى بالمشروع الجزائري في قانون الأسرة قبل التعديل إلى عدم ذكره، لأنه في الشريعة في مثل الحالة يبعث حكيم من أهلها وبالتالي لم يكن سببا من أسباب التطليق. غير أن التعديل الذي طرأ على المادة 53 ق أ ج في 2005، أدخله واعتبره سببا من أسباب التطليق المستحدثة في تعديل الوارد على قانون الأسرة في مجال انحلال الرابطة الزوجية، نجد أن المشروع قد سمح للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين، وهو سبب استنبطه واضعوا التعديل من بعض القرارات القضائية⁽³⁾.

استقرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها على هذه الأسباب وجعلتها موجبة لتطليق ومن بينها ما قضت به في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا الصادر بتاريخ

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 127948، بتاريخ 1997/01/16، نشرة القضاة، العدد 54، 1997، ص 275 وما بعدها.

(2) فقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "حيث أنه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق أمام القاضي، فليس له أن يستبد في معاشرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه، ذلك أنه للزوجة طلب التطليق منعا للضرر والقاضي جعل له الشرع ولاية عامة في ذلك منعا للأضرار الذي من أنواعه الضرب المتكرر المؤلم...". قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 32570، بتاريخ 1971/01/12، نشرة القضاة، العدد 2، 1972، ص 61.

(3) فتحي مجيدي، المرجع السابق، ص 283.

1985/05/20 الذي جاء فيه: «من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررا بينا واقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما فانه لا سبيل من حل إلا بفك الرابطة الزوجية»⁽¹⁾.

بالتالي، قد تتعرض الرابطة الزوجية إلى ما يكدر صفوها ويلحقها الفتور أو تعرف خلافات تهدد هناك الحياة الزوجية ويحل التنافر بدل الانسجام والوئام والخصام بدل المحبة والألفة والقسوة بدل الرحمة والعطف، فتصبح بذلك الحياة بين الزوجين جحيما لا يطاق ويستحكم الشقاق فتصبح حياتهما جحيما ونقمة، وأن المضي قدما في هذه الحياة يشكل مفسدة نتيجة كثرة الخلافات وتشعبها واستمرارها وهو ما يصطلح عليه بالشقاق.

فإذا ثبت للمحكمة بعد إجراء عدة محاولات صلح تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وفشلت في محاولة إجراء صلح بينهما، ففي هذه الحالة وأمام عدم ثبوت الضرر في جلسة الصلح، لا يفصل القاضي في موضوع الطلب⁽²⁾، وغالبا ما ترفض هذه الدعاوى لعدم التأسيس، وخصوصا أن الضرر لم يثبت له وأن الرابطة الزوجية لم تنحل بعد، فهنا منح المشرع للقاضي اتخاذ إجراء آخر، بتفعيل وسيلة أخرى بسلوك نهج آخر قد يفضي إلى نتيجة إيجابية، ألا وهو تعيين حكمين من أهل الزوجين لمحاولة الصلح بينهما من جديد، وفقا لأحكام قانون الأسرة كلما رأى في ذلك إمكانية، لأنه بالإمكان التوصل إلى حل النزاع بشكل ودي ولاسيما أن الضرر لم يثبت، فيعود للمحكمة صلاحية انتداب حكمين لتقصي الحقائق وتجديد محاولة الصلح لإنهاء الشقاق، وانسجاما مع المنهج الإسلامي المتكامل بخصوص تسوية النزاعات الزوجية⁽³⁾، مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ إِنْ يُرِيدُوا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾⁽⁴⁾.

(1) قرار صادر عن المجلس الأعلى (سابقا)، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 36414، بتاريخ 1985/05/20، المجلة القضائية، العدد 2، 1990، ص 58.

(2) انظر المادة 446 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

(3) وهيبة بوطيش، الحماية القانونية للأسرة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017-2018، ص ص 24، 26.

(4) سورة النساء، الآية رقم 35.

هنا نميز بين حالتين⁽¹⁾:

- الحالة الأولى: تتمثل في التقرير الإيجابي الذي يقدمه الحكمان للقاضي، عندما يتوصلان إلى التوفيق بين الزوجين وإقناعهما بضرورة نبذ الفرقة والاختلاف، وبناء على ذلك يصدر القاضي حكمه بالصلح بين الطرفين، لاستئناف الحياة الزوجية من جديد.

- الحالة الثانية: تتمثل في أن الحكمين لم يستطيعا التوفيق بين الطرفين، بعد أخذ ورد معهما، إذ يقدمان للقاضي تقريراً سلبياً بالمساعي التي أقدمتا عليها في أجل شهرين. واعتماداً على التقرير يفصل القاضي في الدعوى بالطلاق.

ب - الصلح إجراء شكلي في بعض حالات التطلاق

يعد الصلح في بعض الحالات مجرد إجراء شكلي، كحالة التطلاق للفقدان والغيبه، التطلاق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، حالات تطلاق إجراء الصلح يكون مخالفا للنظام العام.

ب - 1 حالة التطلاق للفقدان والغيبه

كما نعلم أن من بين الواجبات الزوجية التي تقتضي المعاشرة والمساكنة هي ألا يغيب الزوج غيبه تتضرر منها الزوجه، فإذا غاب الزوج غيبه طويلة بدون عذر شرعي أو كان مفقوداً، فإن الزوجه تتضرر من هذه الغيبه أو الفقدان مما قد يدفعها إلى الانحراف أو الفتنة مما يؤثر على الكيان الخلفي، لأن فقدان أو غياب الزوج يفوت على الزوجه أغراض ومقاصد الزواج، فإذا الزوجه تضررت جاز لها طلب التطلاق على أساس أن المادة 112 ق أ ج التي تجيز لزوجه المفقود والغائب طلب التطلاق استناداً للمادة 53 من نفس القانون.

عندما ترفع الزوجه الدعوى على أساس التطلاق لفقدان أو لغياب الزوج، السؤال الذي يبقى يطرح نفسه بإلحاح على مفاده هل يجري القاضي الصلح في هذه الأحوال؟ والقاضي يعلم جيداً أن مثل هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا استندت على حكم يقضي بفقدان أو بغياب

(1) وهيبه بوطيش، المرجع السابق، ص 25.

الزوج فما الغرض المتوخى من إجراء الصلح أمام الضرر البين والفادح الذي لحق الزوجة؟ وأن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة حضور الطرفين شخصيا إلى جلسة الصلح فكيف يحضر وهو مفقود أو غائب وصدر حكم بفقدانه أو بغيابه؟ وكيف يكون رد فعل النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا هل تطالب بإجراء الصلح أم بتجاوزه لعدم فاعليته؟

إن هذا الإجراء المتمثل في محاولة الصلح بين الزوجين، لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين وهنا الزوج غير موجود ليس لعدم حضوره أو عدم رغبته في الحضور، بل راجع إلى وجود حكم يؤكد واقعة الفقدان أو واقعة الغيبة، وأن إجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه والحكمة من إجراءاته مفقودة هي الأخرى في قضية الحال، ما يجعل جلسة الصلح بدون جدوى وبدون موضوع، ويجعل من الإجراء الذي قام به القاضي إجراء شكليا، خاصة إذا علمنا أن الصلح ليس إجراء جوهريا وتخلفه لا يؤدي إلى بطلان الحكم القضائي، ولم يقربها بجزء إجرائي، أي ليس هناك بطلان إذا لم يجر القاضي الصلح في مثل هذه الأحوال⁽¹⁾.

يصبح إجراء الصلح في هذه الحالة مجرد إجراء شكلي وتتحول جلسة الصلح إلى مجرد جلسة سماع، ليتأكد من خلالها القاضي مدى تمسك الزوجة بطلبها في التظليق ليس إلا، ولا علاقة له بمفهوم الصلح في قضاء شؤون الأسرة.

ومن المفروض أن النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضية أن تمارس صلاحياتها وتقدم طلبا بعدم إجراء الصلح لانعدام المصلحة. وتأسيسا على ما سبق ذكره، فإنه كان على المشرع الجزائري أولا النص على مادة تتضمن الصلح في دعوى التظليق في القانون الموضوعي (أي قانون الأسرة) حتى تتسجم مع النصوص الإجرائية، وأن يستثني بعض الحالات من إجراء محاولة الصلح لغياب الغاية من الإجراء، بحيث يصبح إجراء شكليا بدون جدوى وبدون موضوع، فعلى المشرع في مثل هذه الحالات إخضاع محاولات الصلح في التظليق للغياب والفقدان أو في حالات أخرى إلى السلطة التقديرية للقاضي.

(1) سليم بقار، المرجع السابق، ص 62.

ب- 2 التظليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

قلنا فيما سبق أن إجراء الصلح في مثل هذه الحالة، يقتضي الأمر التمييز بين ما إذا كان إجراء الصلح في حد ذاته منتج كإجراء أولاً جدوى منه حسب ظروف ووقائع القضية.

الأصل أن يجري القاضي الصلح بهدف التوفيق والإصلاح بين الزوجين لدفع الزوجة إلى تجاوز الضرر، غير أنه إذا كان الزوج في بعض الأحيان حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنوات طويلة، لبشاعة الجريمة وخطورتها وكان الزوج قد ارتكب جريمة القتل العمد مثلاً أو إحدى الجنايات الأخرى⁽¹⁾ وحكم عليه مؤبداً، وإلى جانب مشكل إحضار الزوج المسجون، لأنه غالباً ما يتم تحويله إلى ولاية أخرى ولاسيما إذا كان الزوج محكوماً عليه مؤبداً، فهنا إجراء الصلح لا جدوى منه، فتتحول جلسة الصلح إلى جلسة سماع الزوجة على محضر ويتأكد القاضي من إرادتها في طلب التظليق، كون الصلح في هذه الحالة مستحيل مع الطرف الآخر وبالتالي غياب الغاية من إجرائه (جمع شمل الأسرة والتوفيق وإصلاح ذات البين، الأمر الغائب في هذا الوضع)⁽²⁾.

من بين الحالات التي يكون فيها إجراء الصلح مجرد إجراء شكلي، طلب الزوجة التظليق على أساس فقدان أو غياب الزوج، فكيف يتصور إجراء الصلح خاصة وأن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة حضور الطرفين شخصياً إلى جلسة الصلح، فكيف يحضر وهو مفقود أو غائب وصدر حكم بفقدانه أو بغيابه؟ فإجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه والحكمة من إجرائه.

(1) أما الجرائم الماسة بشرف الأسرة من بينها: التهريب، المخدرات، والسرقة، وزنا المحارم أو القتل، لأنه يقال أنها زوجة مهرب أو مروج مخدرات أو زوجة القاتل أو تحريض قاصر على الفسق... الخ.

(2) عبد النور نوي، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية للأحكام الشرعي، الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، المنعقد يومي (4-5) ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة- عين الدفلى، ص 46.

ب- 3 حالات إجراء الصلح في بعض حالات التطليق يكون مخالفا للنظام العام

يمكن الجزم بأن إجراء الصلح في بعض حالات التطليق على أساس الضرر المعتبر شرعا مخالفا للنظام العام، بل أن إجرائه في حد ذاته مخالف لقانون الأسرة الجزائري وهو خرق لأحكام الشريعة الإسلامية. فمن يعتبر أن الصلح إجراء جوهري وأن القاضي لا بد من استيفائه في كل الأحوال وإلا كان حكم فك الرابطة الزوجية باطلا ويكون عرضة للنقض والإبطال. كيف يكون موقفهم في حالة رفع دعوى تطليق على أساس الضرر المعتبر شرعا كون الزوجة تضررت من زوجها الذي ارتد عن دين الإسلام؟

إن إجراء الصلح في هذه الحالة يمس بالنظام العام، ونحن نعلم أنه لا يوجد صلح في المسائل التي تمس بالنظام العام⁽¹⁾، فكيف لقاضي شؤون الأسرة أن يجري الصلح بينهما بحجة الإجراء الجوهري، فمن باب أولى أن لا نتحدث عن الصلح هنا إطلاقا لانعدام المصلحة، لأن عقد الزواج لم يعد قائم لقيام مانع من الموانع، مع العلم أن إجراء الصلح هو من أجل استمرار عقد الزواج. فمن شروط الزواج أن لا تكون هناك موانع للزواج، ومن بين الشروط أن يكون الزوج مسلم، ولما نرجع إلى الأصل لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج بمسلمة⁽²⁾، وهو ما ينسجم مع النهج الذي سارت عليه المحكمة العليا حيث تضمن أحد قراراتها المبدأ التالي: «يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق، في حالة ارتداد الزوج عن دين الاسلام يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين، مراعاة للنظام العام»⁽³⁾.

2- طلب الخلع من الزوجة

أ- الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع

لم يتفق الفقهاء على الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر بفك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع، حيث يرى الأستاذ أحمد شامي أنه: «...لما كان الطلاق بيد الزوج فهو حق

(1) تنص المادة 461 ق م ج: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام...».

(2) فكل شرط باطل يترتب عليه بطلان عقد الزواج أخذا بقاعدة ما بني على باطل فهو باطل.

(3) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2012/04/12، رقم الملف 699785، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012، ص ص 275، 277.

إداري يملكه الزوج ومن هنا حكم القاضي يعتبر حكم كاشف للطلاق بالإرادة المنفردة وهو نفس الشيء بالنسبة للخلع، الذي هو اتفاق بين الزوج والزوجة على مخالفته مقابل ما تدفعه له، وهنا يكون حكم القاضي كاشفا لإرادة الزوجة وليس على مخالعة زوجها مقابل ما تدفعه له وعندها ما على القاضي إلا كشف إرادة الزوجة في وثيقة رسمية ليحتج بها»⁽¹⁾.

ويذهب في نفس الاتجاه الأستاذ فضيل سعد: «أن الحكم الذي يؤكد الطلاق الناشئ بسبب الخلع فإن الحكم بالطلاق في هذه الحالات يأتي تثبيتا لأمر حصل من قبل ولم يتم إلا بدور كاشف للطلاق»⁽²⁾.

على خلاف ذلك يذهب الأستاذ لمطاعي نور الدين إلى القول «أن كل من التطلق والخلع لا يكون لهما أي أثر إلا إذا تقدمت الزوجة بطلب التطلق لأجل ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 12 ق أ ج»⁽³⁾، ومن ثم لا يكون لهما وجود إلا ابتداء من تاريخ صدور الحكم القاضي بالتطلق أو الخلع، ومنه ينشأ المركز القانوني الجديد فيكون حينها الحكم القضائي الصادر بشأنها حكما منشئا على عكس الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج المنفردة والذي يكون فيه الحكم القضائي كاشف لواقعة الطلاق لا منشئا لها.

والرأي الأرجح هو اعتبار حكم القاضي بالخلع حكما منشئا ولا يكون له أثر إلا بصور حكم قضائي لأن الرابطة الزوجية تبقى قائمة.

ب - محاولات الصلح في دعوى الخلع

يظهر دور قاضي شؤون الأسرة في جلسة الصلح من خلال معرفة المشاكل التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية، ومحاولة حلها وتقريب وجهات نظر الطرفين وإصلاح ذات البين بينهما لإعادة بناء أسرتهما، حيث يحاول القاضي التأكد من خلال جلسة الصلح، إن كانت الزوجة مصممة على طلب الخلع وأنها لا تريد الرجوع إلى زوجها، وفي هذا الصدد يرى جانب

(1) أحمد شامي، المرجع السابق، ص 298.

(2) سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص ص 339، 340.

(3) نور الدين لمطاعي، المرجع السابق، ص 73.

من الفقه أنه لا مانع من أن يرسل القاضي حكمين حتى يحاول إقناع الزوجين بما هو خير لهما، فتدخل القاضي للإصلاح يؤدي دورا هاما في التقليل من حالات الخلع.

وإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين فإنه يثبت ذلك في محضر الذي يعد سندا تنفيذيا، غير أنه قد لا تتكفل محاولات الصلح دائما بالنجاح، فيفشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع، فيباشر في مناقشة الزوجين في بدل الخلع ونفقة الأولاد وحضانتهم والأثاث ومتاع الزوجين والمصوغ وغيرها من الأمور العالقة، فهنا يقوم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح ونتائج محاولاته، يوقعه مع أمين الضبط والزوجين، ويشير إليه في الحكم القضائي قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية⁽¹⁾.

يبادر القاضي بتوجيه سؤال جوهرى للزوجة في جلسة الصلح مفاده: ما هو مقدار المقابل المالي الذي سوف تدفعه للزوج مقابل الخلع؟ وفي هذا الشأن يمكن أن نتصور حالتين: حالة تتمثل في أن تبدي الزوجة للزوج رغبتها في الخلع لقاء مال معين وبتفق الزوجان على مقداره، وحالة أخرى تبدي الزوجة الخلع، ولكن لا يتفقان على مقدار البديل الأمر الذي يوجب تدخل القاضي ليقدره بصداق المثل وقت صدور الحكم.

إذا طلبت الزوجة الخلع مقابل مبلغ مالي معين، ووافق الزوج عليه لا يطرح أي إشكال، لكن الإشكال يكمن عند عدم عرضها للمقابل المالي، في هذه الحالة يجب أن لا يقف القاضي موقف الحياد السلبي، وإنما للقاضي أن يقف موقف الحياد الإيجابي، ويسأل الزوجة عن المقابل وكذا قيمته، ويطلب منها تحديده. وعليه، إذا طلبت الزوجة الخلع صراحة ولم تعرض البديل فإن القاضي لا يرفض الطلب، لانعدام أو عدم تحديد المقابل المالي، بل يدعوها إلى اقتراح العوض، كون البديل شرط جوهرى لا يكون بدونه الخلع، ولا يقع صحيحا إلا بذكره وتحديده تحديدا دقيقا، بما يجعله قابلا للتنفيذ⁽²⁾.

في هذا السياق، جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/09/12 ما يلي: «... أن دعوى الطاعن ترمي إلى التخليق عن طرق الخلع وكان يتعين على المحكمة

(1) بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 427.

(2) عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 180.

إجراء محاولة الصلح، وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه لا يوجد أثر لهذا الإجراء وإن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، حيث يتبين فعلا بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن قاضي المحكمة لم يشر إلى تحرير محضر عدم الصلح حتى وإن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، وعليه هذا الفرع مؤسس ويترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه....»⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن طريق فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع الوارد في المادة 54 ق أ ج؛ يختلف عن فك الرابطة الزوجية عن طريق التطلق المنصوص عليه وفق المادة 53 ق أ ج؛ حيث أن التطلق يقوم على أساس أسباب مادية واردة صراحة في نص المادة؛ ويستوجب على الزوجة إثباتها أمام القضاء حتى يقضي لها بالطلاق، إضافة لحقها في طلب التعويض. أما الخلع يقوم على أساس سبب نفسي وهو الكراهية، حيث يكفي عدم وجود الزوجة لراحته النفسية والسكينة وهو الهدف المرجو من الزواج، حيث إذا لم تتحقق السكينة والطمأنينة بين الزوجين فلا فائدة من الزواج، حيث أن سلطة القاضي في التطلق واسعة، ذلك أنه يستدعي عليه إجراء تحقيق عند دراسة الوقائع، والموازنة بين طلبات الزوج والزوجة، ليتسنى له الحكم لها بالتطلق أو يرفضها اعتمادا على الأسباب الواردة في نص المادة 53 ق أ ج. بينما سلطة القاضي في الخلع ضيقة، حيث تنحصر في تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق عليه، بما لا يتجاوز صداق المثل ومراقبته لمدى صحة ومشروعية مقابل الخلع، حيث لا يجوز أن تكون الحضانة مثلا كبديل الخلع⁽²⁾.

الفرع الثاني: دور قاضي شؤون الأسرة أثناء الصلح في الطلاق بالتراضي بين

الزوجين

نص المشرع الجزائري على الطلاق بالتراضي ضمن نصوص المواد: 48 ق أ ج، 427 إلى 435 ق إ م إ سعيًا منه للحفاظ على استقرار الأسرة التي يتهدد كيانها بظاهرة انحلال

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/09/12، رقم الملف 401330، غير منشور. مشار إليه في: ليلي طالب، المرجع السابق، ص 29.

(2) ليندة خبزوي، كاهنة موسي، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص ص 42، 43.

الرابطة الزوجية، فتكون إجراءاته وجميع خطواته المتطلبية قانونا تحت رقابة القاضي، هذا الأخير يبحث في مدى احترام شروط الطلاق للنظام العام ومصحة الأولاد والأمور المرتبطة بآثار الطلاق قصد حماية الطرف الضعيف.

بذلك، فقد خص المشرع قانون الإجراءات المدنية والادارية بإجراءات وأحكام خاصة بالطلاق بالتراضي، والتي يجب على القاضي مراعاتها بدء بمراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها، ثم الاستماع إلى كل من الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ليتأكد من رضائهما الرامي إلى الطلاق، وذلك بإعمال حنكته وبراعته في الحوار حتى تتجلي حقيقة الأمر، إذ قد يكون أحدهما أو كلاهما مدفوعا إلى طلب الطلاق بسبب تهديد أو من أجل تحقيق مصلحة ما، وقد يستخلص عدم رضاهما أو عدم رضا أحدهما من تعابير وجهه وفتلات سانه، فهنا يعالج القضية بالطريقة المناسبة لهما تحقيقا لمصالحهما ودفعاً للمفاسد، ويمكنه قبول أو رفض الدعوى.

إذا تبين للقاضي أثناء جلسة الصلح أن أحد الزوجين في حالة اضطراب عقلي يمنعه من التعبير صراحة عن إرادته في الطلاق والموافقة عليه، يمكنه إجراء خبرة طبية بغرض التحقق من السلامة العقلية وهو ما توضحه المادة 425 ق إ م إ.

إذا تعذر على القاضي الإصلاح بين الزوجين في الطلاق بالتراضي فإنه يثبت إرادتهما بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي بينهما، ويصرح بالطلاق بالتراضي بإرادة الزوجين طبقا لما نصت عليه المادة 431 ق إ م و إ، ومتى تراضا الزوجين على كل المسائل والتي يضمنها القاضي في محضر عدم الصلح وتكون كتسبب للحكم فيما بعد وتحول أمام الزوج عند ممارسته للطعن.

من خلال ما تقدم، يتضح أن المشرع الجزائري أوجب على قاضي شؤون الأسرة القيام بإجراء الصلح في جميع صور فك الرابطة الزوجية، وفي جميع هذه الحالات يحاول تقريب وجهات النظر بين الزوجين والإصلاح بينهما بقصد جمع شمل الأسرة من جديد، إلا أنه وبالنظر إلى الواقع العملي نجد أن نجاح محاولات الصلح يكون بنسبة قليلة مقارنة مع العدد الهائل لقضايا فك الرابطة الزوجية، وكمثال على ذلك نجد أنه تم تسجيل 1499 قضية على

مستوى جميع المحاكم التابعة لدائرة اختصاص مجلس قضاء المسيلة سنة 2017 وتم الصلح في 65 قضية منها، أي بنسبة 4.33% فقط، وهذا ما يدل على عدم كفاية الآليات القانونية المخولة لقاضي شؤون الأسرة.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على قيام القاضي بمحاولات الصلح

قد تنتهي جلسة الصلح التي يجريها القاضي بالنجاح، من خلال تمكن هذا الأخير من إقناع الزوجين بالعدول عن فكرة الطلاق وتفاذي حل عقدة النكاح، كما قد تبوء محاولة القاضي في الصلح بالفشل.

وفي كلتا الحالتين تترتب على محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي آثارا قانونية هامة بالنسبة لموضوع النزاع بين الزوجين، وهو ما سنقوم بدراسته من خلال تبيان الآثار الناجمة عن نجاح القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين (الفرع الأول)، والآثار المترتبة عن فشل القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آثار نجاح القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين

تترتب عن نجاح مساعي الصلح التي يقوم بها القاضي بين الزوجين المتخاصمين آثارا عديدة نوردتها فيما يلي:

أولاً: تحرير محضر الصلح ومضمونه

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

(1) محمد بودريعات، المرجع السابق، ص 100.

وأما عن مضمون محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي وبحضور الأطراف جميعاً أو أحدهما، فضلاً عن أنه يتضمن معلومات تتعلق بهوية المدعي والمدعى عليه، كما يثبت واقعة الحضور والغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح، فإنه يتضمن جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفين وكذا دفعهما وطلباتهما، وحتى الشروط التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كلاهما وتدون كاملة.

ويمكن تقسيم محاضر الصلح إلى أربعة أنواع وهي محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوج (أ)، محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوجة (ب)، محضر صلح يتضمن التزامات متقابلة على عاتق الزوجين (ج)، محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط (د).

أ - محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوج

قد يرد في محضر الصلح تصالح الزوجين وذلك بتراجع الزوج عن طلب الطلاق ويتمسك برجوع زوجته إلى مسكن منفرد وفي مقابل ذلك تصرح الزوجة بأنها توافق زوجها على طلب التراجع عن الطلاق وتتمسك بالعودة إلى مسكن الزوجية في مسكن منفرد.

ب - محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوجة

قد يرد في محضر الصلح، أن يصرح الزوج بإرجاع زوجته إلى مسكن الزوجية على أن تتعهد باحترامه ومعاشرته بالمعروف وعدم مطالبتها بمسكن منفرد، في مقابل ذلك تتمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية وتتمسك باستئناف الحياة الزوجية وتوافق على طلبات زوجها، وتتعهد بالقيام بجميع الطلبات المطالب بها من طرف زوجها⁽¹⁾.

ج - محضر صلح يتضمن التزامات متقابلة على عاتق الزوجين

كما قد يشمل محضر الصلح أيضاً، تراجع أحد الزوجين عن طلب فك الرابطة الزوجية والاستمرار في الحياة الزوجية، ويتعهد على توفير طلبات الزوج الآخر سواء كان محل التزامه

(1) عبد الحكيم بن هبيري، المرجع السابق، ص 263.

أمورا مادية قابلة للتنفيذ، كأن يكون مستعدا لتوفير بيت مستقل أو يلتزم بالإنفاق، من اليوم فصاعدا أو يلتزم بدفع ما عليه من دين طيلة بقاء زوجته في بيت أهلها، أو أمور لها علاقة بالواجبات الزوجية المعنوية، مع جو يسوده الاحترام وعدم الإساءة وحسن المعاشرة، وفي مقابل ذلك الزوج الآخر يوافق على الاستمرار في العشرة الزوجية ويوافق على شروط وطلبات زوجه، كأن تكون الزوجة موافقة على العيش معه وأنها تتنازل عن بعض حقوقها المادية شريطة أن يقوم الزوج بما تعهد به، كأن يوفر سكن منفرد أو أن يدفع لها دينا المتمثل في نفقتها، وتتعهد أن لا تعيد التصرفات السابقة.

وبذلك هذا المحضر يكون قد تضمن تراجعا عن فك الرابطة الزوجية، وكذا يحوي التزامات متقابلة بين المدعي والمدعى عليه، فيكون بذلك محضر صلح مقترنا بقيود وشروط، فيتضمن التزامات على عاتق الزوجين وبذلك يكون سندا تنفيذيا بمفهوم السندات التنفيذية والقابلة للتنفيذ الاختياري، أو للتنفيذ الجبري طبقا لنص المادة 600 ق إ م إ، ويتم توقيع الطرفين عليه ليكون حجة عليهما إلى جانب توقيع القاضي وكذا توقيع أمين الضبط.

د - محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط

قد يرد في محضر الصلح المتوصل إليه، تراجع أحد أطرافه عن طلب فك الرابطة الزوجية والعودة لاستئناف الحياة الزوجية، وأما الطرف الثاني فيوافق على طلب المدعي والرجوع إلى مسكن الزوجية فيكون بذلك قد وقع صلح بينهما دون أن يقرناه بشروط أو التزامات، فهذا المحضر لا يتضمن أية التزامات على عاتق الزوجين⁽¹⁾.

بذلك لا نتصور أن يكون سندا تنفيذيا بمفهوم السندات التنفيذية لعدم وجود أمور قابلة للتنفيذ، فهذا صلح بحد ذاته يقبل فقط التنفيذ الاختياري من قبل أطرافه، ويتم توقيع الطرفين عليه ليكون حجة عليهما إلى جانب توقيع القاضي وكذا توقيع أمين الضبط، ومثل هذه المحاضر التي تكون بدون قيود لا يمكن تنفيذها لعدم تحديد الالتزامات⁽²⁾.

(1) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 263.

(2) المرجع نفسه، ص 264.

ثانياً: اكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي

وفقاً لنص المادة 443 ق إ م إ، يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بالإضافة إلى نص المادة 9/600 الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، التي نصت على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي: محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط، وهذا يعني أنه يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهره بالصيغة التنفيذية⁽¹⁾، دون صدور حكم قضائي لأن الصلح كما هو معروف سيد الأدلة.

اعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سنداً تنفيذياً بعد توقيعه، من طرف القاضي والزوجين، أي مثله مثل الحكم ينفذ بمجرد إيداعه لدى أمانة الضبط، ففي حالة اتفاق الزوجين على استئناف الحياة الزوجية ووضعوا بعض الشروط التي على أساسها يوضع حد للنزاع القائم بينهما، كاشتراط الزوجة على زوجها قبول عملها أو توفير مسكن زوجي منفرد أو التنقل للعيش معها، فإذا ما حصل اتفاق يحرر محضر الصلح بشأن ذلك ويودع بأمانة الضبط ليعد سنداً تنفيذياً، ومنذ تلك اللحظة يكتسب محضر الجلسة صفة الصلح القضائي⁽²⁾.

وعليه، إذا استخرجت الزوجة نسخة من المحضر ممهورة بالصيغة التنفيذية، وأرادت التنفيذ أمكن لها ذلك، فالهدف من اعتباره سنداً تنفيذياً هو تبسيط الإجراءات⁽³⁾، حيث لكي ينفذ محضر الصلح يجب إمهارة بالصيغة التنفيذية، الموضحة في المادة 601 من القانون السالف الذكر، حيث نجد في هذا الخصوص أن المشرع لم يستثن الصلح في شؤون الأسرة من هذه الإجراءات.

(1) تنص المادة 601 ق إ م إ: «لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهور بالصيغة التنفيذية...».

(2) سفيان سولم، المرجع السابق، ص 8.

(3) عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 265.

ثالثا: الحكم بانقضاء دعوى للصلح

عند حصول الصلح بين الزوجين يحرر القاضي محضرا، 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 وتراجعهما عن طلب فك عقد الزواج، ومن ثم يجب على القاضي زيادة على ذلك استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة رسمية ليؤكد لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه، وليصدر حكمه في الموضوع ليس بشطب الدعوى أو رفضها ولا بالتنازل عنها، وإنما بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح⁽¹⁾، طبقا لما تنص عليه المادة 220 ق إ م إ التي تنص على ما يلي: «...تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح...».

رابعا: تنفيذ محضر الصلح وإشكالاته

لا يخفى أن تنفيذ الأحكام القضائية هو الهدف المتوخى من اللجوء إلى القضاء، إذ لا ينفع التكلم بحق لا نفاذا له. كما أن عدم التنفيذ أو التأخير يلحق ضررا جسيما بالمحكوم له، ويؤثر على مصداقية الأحكام وعلى ثقة المواطنين في القضاء. فإن ما يتوخاه كل منقاض من دعواه ليس هو فقط صدور الحكم لمصلحته بل أيضا ترجمة منطوق هذا الحكم على أرض الواقع وذلك عن طريق تنفيذه وبدون أدنى تلوؤ أو تباطؤ سيان في ذلك أن يكون خصم ذلك المتقاضي شخصا من أشخاص القانون الخاص أو شخصا من أشخاص القانون العام⁽²⁾.

ويكون التنفيذ عموما اختياريًا أو إجباريًا، حيث يتمثل التنفيذ الاختياري في مجال الصلح الأسري في قيام أحد الزوجين أو كلاهما بتنفيذ مقتضيات محضر الصلح، حيث يعد هذا الأخير قابلا للتنفيذ بدون إكراه أو ضغط بل طوعية، كون أن الأصل في التنفيذ يرجع إلى إرادة الأطراف.

(1) عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 268.

(2) يوسف الحفاوي، تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام على ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية، متاح على الموقع الإلكتروني:

ويختلف التنفيذ الاختياري عن الجبري، كون هذا الأخير ينفذ جبرا على الملزم به، فإذا كان التنفيذ الاختياري للسند لا يثير أي إشكال، فإن التنفيذ الجبري يتطلب أن يكون السند تنفيذيا وأن يكون محتوى وطبيعة الالتزام من الأمور القابلة للتنفيذ، أي بمعنى أن محضر الصلح يتضمن التزامات قابلة للتنفيذ الجبري⁽¹⁾.

ويبقى للزوجة إن لم يلتزم زوجها بالقيام بما تعهد به في محضر الصلح وأخل بالتزاماته، سوى أن ترفع دعوى التطلق على أساس الضرر ويكون امتناع الزوج دليلا ما يجعل القاضي يستجيب إلى طلبها. أما إذا كانت الزوجة هي من خالفت بالالتزام ولم ترجع إلى زوجها أو لم تنفذ لا يعتبر ذلك نشوزا، لأن قرارات المحكمة العليا تقضي بأنه لكي يكون هناك نشوزا، لابد من إثباته بحكم وهذا أمر في حقيقة الأمر من قبيل الخطأ، لأنه لا يوجد نص قانوني ينص على ذلك⁽²⁾.

(1) الالتزامات الأدبية غير قابلة للتنفيذ فهي لا تشكل حقا ماليا أو أداء بالتزام أو بالأحرى يقتضيها الزواج أصلا والتي تتمثل في المودة والرحمة والتعاون وحسن المعاشرة وعدم الإساءة... وعليه تكون غير قابلة للتنفيذ كونها أمور أدبية ومعنوية، في حين لو يرتب الالتزام -الوارد في محضر الصلح الذي يعد سندا تنفيذيا وأنه يحمل فكرة الإلزام -حقا ماليا هنا ينفذ جبرا وتجاوز الغرامة التهديدية فيه أي الإكراه المالي.

(2) بين القضاء أوصافا أخرى تكون فيها الزوجة ناشزا وهو ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1984/07/09، رقم الملف 33762، المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص 119، جاء فيه: «من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي برجعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها...»، وجاء في قرار آخر صادر عن محكمة العليا، بتاريخ 1999/02/16، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 218754: «ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القضاة المحليين لما قضاوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة باعتبارها ناشزا فإنهم أخطأوا في تفسير القانون والشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشزا بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها وهو الشرط الذي ينتفي معه النشوز بأغلبية آراء الفقهاء فإنهم أخطأوا في تفسير القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»، كما جاء في قرار آخر: «متى كان من المقرر شرعا أو قانونا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت سن الرشد بالحكم النهائي برجعها لمحل الزوجية وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها». وبالتالي فإنه مما سبق ذكره من خلال الاجتهادات القضائية فإن الزوجة تكون ناشزا عندما ترفض الرجوع إلى بيت الزوجية بعد صدور حكم يقضي برجعها». مشار إليه في: نشوز المرأة والنفقة. متاح على الموقع الإلكتروني:

يرتب الصلح آثارا بين الزوجين من بينها رجوع الحياة الزوجية من جديد وهو ما تؤكدته المادة 50 ق أ ج أن مراجعة الزوج لزوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج لعقد جديد، لأن فك الرابطة الزوجية يكون بحكم، ومادام لم يصدر حكم فالزوجة تعود إلى بيت الزوجية بدون أي عقد، وكما هو معلوم فإن الطلاق الرجعي هو الطلاق الذي يراجع فيه الزوج زوجته خلال فترة العدة لا حاجة هنا لعقد جديد. لذلك اعتبر المشرع الجزائري أن فترة الصلح هي (03) ثلاثة أشهر مثل فترة العدة.

خامسا: الطعن في محضر الصلح

يكون محضر الصلح حجة على الزوج، فإذا قام هذا الأخير باستئناف قصد تخفيض مبلغ النفقة، فإنه في هذه الحالة يجد نفسه وقع على مضمون محضر الصلح، فيما يخص الشق المادي، مما يقع حائلا في وجهه عند الطعن هذا من جهة، ومن جهة أخرى كون محضر الصلح لا يقبل أصلا الاستئناف. لذلك كان قضاء المحكمة العليا في هذا السياق عندما أقرت أنه لا يجوز استئناف الحكم المثبت للصلح الذي وقع بين الخصوم لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي فصلت في النزاع المرفوع أمام القضاء، بينما الحكم المصادق والمثبت للصلح لا يقبل الاستئناف لكونه تضمن صلحا بين الأطراف لا غير، ويتعين نقض القرار الذي قبل الاستئناف في هذا الحكم⁽¹⁾.

لكن باعتبار الصلح سندا تنفيذيا - مع أنه لا يحوز حجية الشيء المقضي به كالحكم القضائي - فإنه لا يمكن للأطراف عرض النزاع من جديد أمام القضاء في نفس الموضوع والأطراف، فهو يعد سندا رسميا صادرا عن موظف عمومي وهو القاضي، وعليه وطبقا للقواعد العامة للمحركات الرسمية فله حجية مطلقة في الإثبات إلى أن يطعن فيه بالتزوير⁽²⁾.

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/04/1994، رقم الملف 103637، المرجع السابق.

(2) ورده بوزيد، المرجع السابق، ص92.

الفرع الثاني: آثار فشل القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين

قد لا يوفق القاضي في مساعيه للصلح بين الطرفين طول المدة المقررة لذلك، فليس في وسعه سوى تحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح، ونتائج محاولاته، يوقعه مع كاتب الضبط والزوجين (أولاً)، ثم يتم التطرق بعد ذلك إلى موضوع الدعوى، ودور القاضي في سير الدعوى سواء كانت دعوى طلاق بالإرادة المنفردة أو تطليق أو خلع أو طلاق بالتراضي (ثانياً).

أولاً: تحرير محضر عدم الصلح ومضمونه

يلتزم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح والإشارة إليه في الحكم القضائي، قبل أن يحكم بفك الرابطة الزوجية⁽¹⁾. وعليه، عندما لا يشير القاضي إلى أنه تم عقد جلسات محاولة الصلح بين الزوجين، يعرض حكمه لنقض من طرف المحكمة العليا ويظهر ذلك جلياً من خلال قرار صادر عنها بتاريخ 2010/12/09 التي جاءت حيثياته كما يلي: «حيث يتبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تشر أبداً إلى عقد جلسة الصلح وحضور المطعون ضدها، طالبة التطليق لتلك الجلسة حتى وإن كان الطاعن لم يحضر ولم يجب، لأن عقد جلسة الصلح وجوبي... وحيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على وجوب عقد جلسة الصلح وحضور طالب الطلاق أو التطليق أو الخلع لتلك الجلسة، ومادام لم تشر إلى عقد تلك الجلسة وحضور المطعون ضدها - طالبة التطليق - لجلسة الصلح فإنها تكون قد خالفت نص المادة 49 ق أ.ج. وعليه، فإن هذا الفرع من الوجه مؤسس وينجر عنه النقض وإبطال الحكم المطعون فيه»⁽²⁾.

وبالرجوع فعلاً إلى ذات الحكم المطعون فيه يتبين فعلاً عدم الإشارة إلى أن القاضي دعا الأطراف إلى محاولة الصلح أو على الأقل عقد جلسة صلح مرة واحدة أو عدة مرات، بل

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/09/12، رقم الملف 401330، المرجع السابق.

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/09/12، رقم الملف 589792، غير منشور. مشار إليه في: عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 274.

القضية وضعت في النظر مباشرة وتم الفصل فيها بالتطبيق مع العلم أن الأمر شائك وحرمة الطاعن من حق المصالحة.

نصت المادة 443 ق إ م إ في فقرتها الأخيرة على ما يلي: «...وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى»، وبالتالي يجب على القاضي تحرير محضر عدم الصلح بذلك يبين فيه مساعي الصلح بين الزوجين، وتواريخ محاولات الصلح وجلساتها، يلحقه بملف الدعوى ثم يحيل الطرفين إلى مناقشة الموضوع.

قد لا تكفل مساعي الصلح التي يبذلها القاضي بالنجاح لسبب أو لآخر، فمن الناحية الواقعية نجد في كثير من قضايا الطلاق أن عدم نجاح محاولة الصلح سببه إما لأن القاضي لم يبذل الجهد الكافي في ذلك، نظرا لاعتبارها مجرد إجراء شكلي فقط ودون اعتبار لما قد ينجر عن ذلك من آثار أهمها فسم عرى الزوجية القائمة بين المتخاصمين، أو يرجع السبب إلى كثرة القضايا المطروحة أمام القاضي خصوصا قضايا فك العصمة الزوجية، مما يترتب عليه ضيق وقته بسبب انشغاله في دراسة القضايا والبحث لها عن حلول قانونية، فهو إلى جانب ذلك يمكنه التفكير في الحلول النفسية والاجتماعية والاقتصادية للأسرة، مع العلم أن تكوينه لا يمكنه من ذلك، الأمر الذي يستلزم تكوين خاص لقضاة شؤون الأسرة شبيه بتكوين قضاة الأحداث، بالإضافة إلى ضرورة تدعيم قضاة شؤون الأسرة بمختصين في مجال شؤون الأسرة ومشاكلها حتى يقدموا المساعدة من أجل احتواء مشاكل الأسرة بطريقة فنية، خصوصا في بعض الأحيان يجد القاضي نفسه أمام إصرار الزوج أو الزوجة أو كليهما معا على حل الرابطة الزوجية، فلا خيار أمام القاضي سوى التصدي للموضوع، بعد أن يأمر الكاتب بتحرير محضر عدم الصلح، ويحتوي هذا المحضر على هوية الطرفين وتصريحاتهما وتوقيعهما إضافة إلى توقيع القاضي وأمين الضبط، ويحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، ويعود إلى متابعة سير الإجراءات للفصل في الموضوع⁽¹⁾.

(1) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 275.

أما عن مضمون محضر عدم الصلح والذي يأخذ أحد الشكليين، إما محضر عدم الصلح لتمسك أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية، وهذا النوع من المحاضر نجده في جميع صور فك الرابطة الزوجية ما عدا الطلاق بالتراضي، ويرجع ذلك إلى أن أحد أطرافه يتمسك بطلبه المتمثل في فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أو بطلب من الزوجة بواسطة الخلع، أو عن طريق التطليق وعدم تمسكه بعودة زوجه إلى مسكن الزوجية، أما الطرف الثاني وغالبا لا يوافق على طلب المدعي أو المدعية ويطالب بالاستمرار بالحياة الزوجية رفضا لطلب المدعي، فهذا المحضر لا يتضمن أية التزامات على عاتق الزوجين وبذلك لا يكون سندا تنفيذيا ويتم توقيع الطرفين إلى جانب توقيع القاضي وكذا توقيع أمين الضبط⁽¹⁾.

وإما محضر عدم الصلح لتمسك الزوجين بفك الرابطة الزوجية، وهذا النوع من المحاضر نجده فقط في الطلاق بالتراضي مثلا أن يصرح كل من الزوج على أنه يتمسك بالطلاق بالتراضي لاستحالة العشرة الزوجية، وأنه موافق على دفع مبلغ مالي متفق عليه كتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة بعد صدور الحكم، وتصرح في نفس المحضر الزوجة أنها موافقة على طلب الطلاق بالتراضي على أن يدفع لها مبلغا ماليا متفقا عليه كتعويض لها وأنها قد أخذت كل متاعها ويذكر جميع الأمور المتفق عليها من حضانة ونفقة... الخ.

ثانيا: دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى

قرر المشرع الجزائري أنه في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي في حالة عدم تصالح الزوجين أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، فإنه يتم التطرق إلى موضوع الدعوى ويشرع في مناقشة الموضوع⁽²⁾، وهذا لأن كل الإجراءات المتعلقة بالصلح هي إجراءات سابقة عن الخوض في موضوع النزاع، وعندئذ

(1) عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 275.

(2) المادة 3/442 من القانون رقم 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، السالف الذكر.

يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية⁽¹⁾، ويكون الحكم ابتدائيا نهائيا فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائيا فيما يخص الجوانب المادية له⁽²⁾.

في هذا الإطار يعتمد القاضي على محاولات الصلح التي أجراها سابقا وفشل في إصلاح ذات البين من خلال ملابسات النزاع بين الزوجين وأسبابه الحقيقية، حيث يستطيع القاضي تكوين صورة مبدئية عن النزاع، يضاف لها ما قد استنتبطه وما ثبت له من حقائق عندما عرض الصلح على الزوجين أثناء محاولة الصلح، وبذلك يستطيع الفصل في دعوى فك الرابطة الزوجية وفق الطلب المقدم للمحكمة بموجب العريضة الافتتاحية، حيث يجب عليه أن يستخلص من تلك الجلسات من يتحمل المسؤولية في فك الرابطة الزوجية حتى لا يكون حكمه معيبا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها: «...لكن متى لم يحدد قاضي أول درجة في حكمه القاضي بالطلاق بين الطرفين مسؤولية الطلاق لأي من الزوجين، فإن ذلك الحكم يصبح مشوبا بعيب قانوني باعتبار أنه كلما تم الحكم بفك الرابطة الزوجية يتعين قانونا تحديد مسؤولية أي من الزوجين تسبب في انحلال العلاقة الزوجية، الشيء الذي يجعل الوجه المثار وجيه يتعين الالتفات إليه»⁽³⁾.

(1) عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 276.

(2) المادة 57 من القانون رقم 84-11 ينصمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

(3) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/01/17، ملف رقم 376803، غير منشور.

مشار إليه في: عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 276.

تعد الأسرة النواة والأساس الذي يرتكز عليه المجتمع، وقد تكفل الله بحمايتها والحفاظ عليها، من خلال وضع الأسس والقواعد والأحكام التي تكفل دوام استقرارها، وقد كان التحكيم بين الزوجين أثناء الخلافات من جملة ما وضعه الله عز وجل لإنهاء الشقاق والنزاع بينهما والحد منه قدر المستطاع.

كما قامت الدولة بسن القوانين المختلفة والمأخوذة من القرآن الكريم والسنة النبوية لحل هذه الخلافات، حيث يعد التحكيم من الإجراءات التي قد يسلكها القضاة عند الخلاف بين الزوجين.

إن دراسة ماهية التحكيم كآلية لتسوية النزاعات الأسرية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري يستوجب دراسة مفهوم التحكيم في دعاوى فك الرابطة الزوجية (المبحث الأول)، كما يقتضي الأمر أيضا التعرض لإجراءات التحكيم في دعاوى الشقاق والنشوز (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في دعاوى فك الرابطة الزوجية

يعد التحكيم بين الزوجين من الطرق الشرعية لحل الخلافات الزوجية ولمعالجة المشكلات الأسرية، ورفع الضرر ودفع أسباب النفور نتيجة لما قد يحصل بين الزوجين من النشوز أو الشقاق، إذ لا يخفى أن مفهومي التحكيم والشقاق متلازمان، فأينما يكون استحكام الخلاف والشقاق، تطلب تدخل أهل الثقة للفصل يعدل بين المتخاصمين، ومن ثم فعند وصول النزاع بينهما إلى مرحلة متقدمة يحتاج معها الزوجان إلى دخول طرف ثالث، ليحكم بينهما.

للإلمام بهذا الجانب من الدراسة، نحاول تبيان المقصود من التحكيم (المطلب الأول)، ثم مدى مشروعيته (المطلب الثاني)، وأخيرا تمييزه عن باقي المصطلحات المشابهة له (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المقصود بالتحكيم

على غرار مفهوم الصلح الذي تعرضنا إليه في دراستنا السابقة، يعد التحكيم أيضا من المصطلحات الشائعة في الحياة اليومية، نظرا لأهميته في فض النزاعات المختلفة، مما جعل الناس يفضلون الاتفاق فيما بينهم لاستخلاص حقهم عن طريقه دون اللجوء إلى القضاء، وذلك لما يمتاز به عن القضاء من سهولة إجراءاته وقلة تكاليفه، فضلا على أنه يقوم على التراضي، أي بإرادة أطراف الخصومة. كما يمكن اللجوء إليه لاستعادة الحقوق المتنازع عليها عند وصول الخلاف إلى القضاء.

عليه، لتحديد المدلول الحقيقي لمصطلح التحكيم، يقتضي تعريفه من الجانب اللغوي (الفرع الأول)، ومن الناحية الاصطلاحية (الفرع الثاني)، ومن الناحية التشريعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف التحكيم

على غرار إجراء الصلح، نقوم بتعريف التحكيم بشقيه اللغوي (أولاً)، والاصطلاحي (ثانياً).

أولاً: تعريف التحكيم لغة

(حَكَمَ) الْحَاءُ وَالْكَافُ وَالْمِيمُ أَصْلٌ وَاحِدٌ، وَهُوَ الْمَنْعُ. وَأَوَّلُ ذَلِكَ الْحُكْمُ، وَهُوَ الْمَنْعُ مِنَ الظُّلْمِ⁽¹⁾.

الْحُكْمُ الْقَضَاءُ وَأَصْلُهُ الْمَنْعُ يُقَالُ حَكَمْتُ عَلَيْهِ بَكْذَا إِذَا مَنَعْتَهُ مِنْ خِلَافِهِ فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْ ذَلِكَ وَحَكَمْتُ بَيْنَ الْقَوْمِ فَصَلْتُ بَيْنَهُمْ فَأَنَا حَاكِمٌ وَحَكَمٌ بِفَتْحَتَيْنِ وَالْجَمْعُ حُكَّامٌ وَيَجُورُ بِالْوَاوِ وَالنُّونِ⁽²⁾.

ويقال حَكَمْتُ الرَّجُلَ تَحْكِيمًا، إِذَا مَنَعْتَهُ مِمَّا أَرَادَ. ويقال أيضاً: حَكَّمْتُهُ فِي مَالِي، وَيُقَالُ أَيضًا حَكَّمْتُهُ فِي مَالِي إِذَا جَعَلْتِ إِلَيْهِ الْحُكْمَ فِيهِ فَاحْتَكَمَ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ وَاحْتَكَمُوا إِلَى الْحَاكِمِ وَتَحَاكَمُوا بِمَعْنَى وَالْمُحَاكَمَةُ الْمُخَاصَمَةُ إِلَى الْحَاكِمِ⁽³⁾.

الْحُكْمُ: مصدر قولك حَكَمَ بينهم يَحْكُمُ أي قضى. وَحَكَمَ لَهُ وَحَكَمَ عَلَيْهِ. وَالْحُكْمُ أَيضًا: الْحِكْمَةُ مِنَ الْعِلْمِ. وَالْحَكِيمُ: الْعَالِمُ، وَصَاحِبُ الْحِكْمَةِ. وَالْحَكِيمُ: الْمَتَّقِنُ لِلْأُمُورِ. وَقَدْ حَكَمَ بضم الكاف، أي صار حكيماً⁽⁴⁾.

(1) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج 2، الباب: حكم، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1979، ص 92.

(2) أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1، المكتبة العلمية-بيروت، لبنان، 1987، ص 145.

(3) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 7، ط 2، باب التحكيم، دار الكتاب الإسلامي، إيران، د.س.ن، ص 24.

(4) إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، أبو نصر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ج 5، ط 4، دار العلم للملايين - بيروت، لبنان، 1987، ص 1901.

وَالْحُكْمُ أَيْضًا: الْفَصْلُ وَالْبِتُّ وَالْقَطْعُ عَلَى الْإِطْلَاقِ (1).

محكوم به: مثبت، قرار المحكمة وما يثبت أو ينفي في الموضوع. مَحْكَمٌ وجمعه محاكم: محكمة، ديوان القضاء (2).

حَكَّمْ يَحْكُمُ، تحكيمًا، فهو محكَّمٌ، والمفعول محكَّمٌ. حَكَّمْ فلانًا في الأمر: فَوَّضْ إليه الفصلَ، القضاءَ فيه.

هيئة التحكيم/لجنة التحكيم: هيئة أو لجنة تقوم بالحكم في القضاء، وبين الأطراف المتنازعة (3).

ثانيا: تعريف التحكيم اصطلاحا

يشمل تعريف التحكيم في هذا الجانب كلا من التعريف الشرعي والقانوني والقضائي لهذا المصطلح، وهو ما نتطرق إليه من خلال ما يلي:

1 - التعريف الشرعي للتحكيم

تنوعت تعريفات الفقهاء قديما وحديثا للتحكيم إلا أنها تصب في مجملها في مصب واحد وهو أن حكم التحكيم ينهي الخصومة بين طرفي النزاع ويلتزم الخصوم بالنزول على مقتضاه

(1) أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري، ج1، مؤسسة الرسالة - بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 380.

(2) رينهارت بيتر أن دُوزي، تكلمة المعاجم العربية، ترجمة وتعليق: محمَّد سلِيم النعيمي، ج 3، ط 1، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، 1979-1980، ص 259.

(3) أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، ط1، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2008، ص 538.

طوعاً وإلا جاز إرغام من يمتنع منهم عن ذلك جبراً، وعليه فإن التحكيم من أساليب فض المنازعات الملزم للأطراف⁽¹⁾.

وقد عرفه فقهاء المناهب الأربعة بتعريفات شتى إلا أنها تصب في مجملها في معنى واحد يتفق مع المعنى اللغوي فعرفه فقهاء الحنفية بأنه: «تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر»، وقيل هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه⁽²⁾، أو هو تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما⁽³⁾.

وعند الحنابلة جاء في المغني: «إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما، ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما»⁽⁴⁾.

وعرفه فقهاء المالكية بأنه: «تولية الخصمين حكماً يرتضيانه ليحكم بينهما»⁽⁵⁾.

وعرفه فقهاء الشافعية بأنه: «أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا، أو يكون حاكماً ليحكم بينهما في بلد يكون فيه قاض أو ليس فيه قاض»⁽⁶⁾.

(1) فيصل عبد الحافظ الشوابكة، محمد خلف بني سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم: دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010، دفا تر السياسة والقانون، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2015، ص 15.

(2) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، المرجع السابق، ص 24.

(3) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، الدر المختار بحاشية رد المحتار، ج5، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412هـ/1992م، ص 428.

(4) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، الشهير بابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، ج11، كتاب القضاء، فصل حكم ما لو حكم رجلان بينهما ورضياه، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص483.

(5) إبراهيم بن شمس الدين محمد بن فرحون اليعمرى المالكي، أبو الوفاء، برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه: الشيخ جمال مرعشلي، ج1، القسم الأول: مقدمات أصول الأقضية، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص50.

(6) علي بن محمد الماوردي، أبو الحسن، أدب القاضي، تحقيق: محي الدين هلال السرحان، ج2، البند 3596، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1392هـ/1972م، ص 379.

وعرفه فقهاء الحنابلة بأنه: «تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما ثم أجازاه»⁽¹⁾.

وفي الفقه الحديث نصت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على تعريف التحكيم بأنه: «اتفاق طرفين أو أكثر على تولية من يفصل في منازعة بينهم بحكم مُلزم»⁽²⁾.

خلاصة القول التحكيم شرعا يقصد به التعريف الاصطلاحي الذي ذهب اليه الفقهاء ، وهو لا يختلف عن المعنى اللغوي والذي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير، ويتضح من عبارات الفقهاء في تعريفهم لمعنى التحكيم وإن اختلفت الألفاظ أن التحكيم هو تولية وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث فيما تنازعا، وعلى ذلك فإن التحكيم يمر بثلاثة مراحل: هي الاتفاق على التحكيم طريقا لحل النزاع، والمرحلة الثانية الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي سيتولى الفصل في النزاع، والمرحلة الثالثة تبدأ بإجراء وتنتهي بحكم، وفي تقديرنا نرى أن جميع الفقهاء يتفقون على أن التحكيم هو اتفاق الخصمين المتنازعين على قبول عرض النزاع الذي نشأ أو الذي سوف ينشأ مستقبلا بينهما إلى شخص آخر غير القاضي للفصل في النزاع القائم بينهما بالفعل.

2- التعريف القانوني للتحكيم

أما فقهاء القانون فقد عرفوا التحكيم بمجموعة من التعاريف إلا أنها من حيث المضمون العام إلا أنها ذات معنى واحد متفقة مع بعضها ومع تعريفات الفقهاء القدامى ومن بينها:

(1) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمد بن قدامه المقدسي، أبي محمد، الشهير بابن قدامه، المرجع السابق، ص 483.

(2) سونا عمر عبادي سلطة، عباس أحمد الباز، هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج 12، العدد الأول، جامعة آل البيت، الأردن، 2016، ص

يعرف التحكيم بأنه: «عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاها شخصا آخر حكما بينهما ليفصل في خصومتها»⁽¹⁾.

هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار ملزم لهم⁽²⁾.

هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به.

هو اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة⁽³⁾.

كما عرفته المادة (1790) من مجلة الأحكام العدلية بأنه: «عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاها لفصل خصوماتها ودعواهما»⁽⁴⁾.

بالتالي فإننا نجد أن جميع التعريفات السابق ذكرها في التحكيم أنها جاءت متقاربة المعنى لأنها تحوي في مجملها عدة أمور وهي:

- اتجاه إرادة أطراف الخصومة للاتفاق على اللجوء إلى التحكيم دون القضاء، وذلك لفض النزاع بينهما، ولا يكون تحكيما إلا بعد حصول النزاع، ومن ثم الاتفاق عليه.

(1) حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية: دراسة مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1413هـ/2017م، ص 29.

(2) سيد عبد النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية: النظرية والتطبيق، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة، مصر، 2019، ص 6.

(3) يسن محمد حماد الأمين، الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، قسم القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة شندي، السودان، 2016، ص ص 19، 20.

(4) علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مج4، ج 4، الطبعة الأولى، الباب: المادة (1790) التحكيم، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1411هـ/1991م، ص 578.

- كما أن أطراف التحكيم هما الخصمان، وإن تولية المحكّم للنظر في الخصومة من مهام الخصوم، فالمحكّم هو الشخص الذي عُين بناء على اتفاق الخصمين.
- ثم إن الغرض من تنصيب المحكّم والاتفاق عليه هو إصدار حكم في النزاع محل الخصومة.

من خلال ما تقدم عرضه من تعريف التحكيم في الاصطلاح بين ما قاله الفقهاء، يتبين أن التحكيم لا يتم إلا بإرادة ذوي الشأن وهم أطراف النزاع، لذا ذهب البعض إلى القول أنه يغلب عليه الصفة التعاقدية وذهب البعض الآخر إلى القول بأن التحكيم يعتبر قضاء، وذلك لما لحكم المحكّم من قوة ملزمة لأطراف الخصومة وإنهاء النزاع⁽¹⁾.

3- التعريف التشريعي والقضائي للتحكيم

بالنظر للنصوص القانونية المنظمة لمسألة التحكيم في بعض الدول، فإننا نجد أنها لم تقم على تعريف التحكيم فيها، ففي قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 مثلاً لم يتضمن تعريفاً لمفهوم التحكيم أو اتفاق التحكيم. واكتفى المشرع الأردني هنا ومن خلال المواد (9-13) بتنظيم الأحكام المتعلقة باتفاق التحكيم: من له حق الاتفاق وشروط ذلك وزمان الاتفاق وقبول الدعوى أو ردها... الخ.

كما أننا لم نجد في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010 أي تعريف للتحكيم واكتفى المشرع مرة أخرى بذكر التحكيم فقط في نص المادة 114 والمادة 126 مبيناً شروط الحكمين ومهمتهما فقط.

في حين أن المشرع المصري عرف اتفاق التحكيم بأنه: «اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ

(1) حمزة علي علي الشباهي، التحكيم في المنازعات دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2016، ص 15.

بين الطرفين كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتى ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية»⁽¹⁾.

إضافة إلى المشرع المصري وكذا الأردني نجد أن المشرع المغربي هو الآخر لم يتعرض لموضوع التحكيم خاصة من خلال تعريفه، وإن ما قام به هو توضيح المهمة التي يجب على المحكمين القيام بها وهذا ما جاء في المادة 95 من هذه المدونة، وكذا المجالات التي يتم فيها اللجوء إلى التحكيم وذلك ضمن القسم الرابع الوارد في الباب الأول من هذه المدونة.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 400 من هذه المدونة في عبارة "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي..."، نجد أن المشرع المغربي أخذ بالراجح من المذهب المالكي والذي سبق وأن تعرضنا إليه أثناء التعريف الاصطلاحي للتحكيم⁽²⁾.

أما في التشريع الجزائري، فإن المشرع بدوره لم يعرف التحكيم على عكس ما قام به في تعريف الصلح، وإنما بين الوسيلة التي يتم اللجوء إليها في حالة فشل محاولات الصلح بين الزوجين، حيث جاء في مضمون هذه المادة 56 ق أ ج ما يلي: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما».

يعين القاضي الحكيمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين».

نستشف مما سبق، أن التحكيم هو وسيلة أو آلية يلجأ إليه القاضي في حالة إذا لم يتمكن القاضي من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين، وهو مخول لأقارب كل من الزوجين، أي كل من أهل الزوج وأهل الزوجة⁽³⁾.

(1) فيصل عبد الحافظ الشوابكة، محمد خلف بني سلامة، المرجع السابق، ص 15.

(2) عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 21.

(3) سمره بريكي، الآليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية (الصلح والتحكيم أنموذجا): دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة لخضر حمه، الوادي، 2016-2017، ص ص 52، 53.

أما التحكيم في المفهوم القضائي، فقد عرفتة محكمة النقض المصرية بأنه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات وعليه فهو مقصور حتما على ما تتصرف إرادة⁽¹⁾.

أما في القضاء الجزائري فإننا لم نعثر على أي قرار سواء للمحكمة العليا أو المحاكم الدنيا فيما يتعلق بتعريف التحكيم.

الفرع الثاني: أركان التحكيم

يقوم عقد التحكيم في القانون الجزائري على ثلاث أركان، الرضا (أولا)، المحل (ثانيا) والسبب (ثالثا).

أولا: الرضا

يتطلب لتوافر هذا الركن القاعدة أن تتقابل إرادة طرفي النزاع على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ مستقبلا بينهما، ويقع التعبير عن الإرادة غالبا صريحا فيبرم الطرفان اتفاقا خاصا على التحكيم، أو ينصان في العقد على اللجوء إليه عند قيام النزاع، كما في سائر العقود، ويجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إخراج النزاع من ولاية القضاء العام وتحويل محكم أو أكثر مهمة الفصل فيه. ويشترط في هذا الرضا أن يكون خاليا من العيوب المتمثلة في الغلط والتدليس، الإكراه والاستغلال، ويجب أن يتوفر شرط الأهلية في كل شخص يريد إبرام عقد أو اتفاقية تحكيم⁽²⁾، وأن يبلغ سن الرشد 19 سنة كاملة حسب نص المادة 40 ق م ج⁽³⁾ ولم يحجر عليه أن يبرم عقد تحكيم⁽⁴⁾.

(1) فيصل عبد الحافظ الشوابكة، محمد خلف بني سلامة، المرجع السابق، ص 15، 16.

(2) يسن محمد حماد الأمين، المرجع السابق، ص 137.

(3) تنص المادة 40 ق م ج على أنه: «كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة الحقوق المدنية».

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة».

(4) سمره بريكي، المرجع السابق، ص 55.

ثانياً: المحل

هو إجراء التحكيم لتسوية النزاع الناشئ عن عقد معين بين أطرافه. ويشترط أن يكون محل التحكيم من المسائل التي يجوز فيها التحكيم، فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير عقدية.

ويشترط فيه وفقاً للقواعد العامة أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين وأن يكون ممكناً غير مستحيل في ذاته، وأن يكون على وجه الخصوص مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. والتحكيم جائز في جميع المنازعات التي يجوز فيها الصلح والعكس صحيح⁽¹⁾.

ثالثاً: السبب

هو رغبة الأطراف في تسوية النزاع بالتحكيم والنزاع يجب أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويشترط في السبب كركن من أركان العقد أن يكون موجوداً، صحيحاً ومشروعاً، وعقد التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف في طرح النزاع على القضاء وطرحه على الحكّمين، وهو سبب مشروع دائماً⁽²⁾.

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم

يقصد بالمشروعية هنا الحكم التكليفيّ الذي يعرفه الأصوليون بأنه ما اقتضى طلب فعل من المكلف أو كفه عن فعلٍ أو تخييره بين الفعل والكفّ، وهو الذي سمّاه القرافي خطاب التكليف بقوله: خطاب التكليف في اصطلاح العلماء هو الأحكام الخمسة: الوجوب والتحرّم والندب والكرهة والإباحة⁽³⁾.

(1) سمره بريكي، المرجع السابق، ص 63.

(2) المرجع نفسه، ص 64.

(3) معن خالد القضاة، التحكيم في الشريعة الإسلامية: التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام، هيوستن، الولايات المتحدة الأمريكية، 2010، ص 10.

والحديث عن مشروعية التحكيم هو فرعٌ عن أصلٍ وهو مكانة الحكم بالشريعة الإسلامية من الدين ابتداءً، ويتبع ذلك بيان حكم اللجوء للفرع وهو التحكيم مع وجود أو عدم وجود الأصل وهو القضاء الإسلامي⁽¹⁾، وهو ما نقوم بتوضيحه من خلال بيان مدى مشروعيته من القرآن الكريم (الفرع الأول)، ومن السنة النبوية الشريفة (الفرع الثاني)، ومن الإجماع، وآثار الصحابة رضون الله عليهم (الفرع الثالث)، ومن المعقول (الفرع الرابع).

الفرع الأول: دليل مشروعية التحكيم من القرآن الكريم

لقد أنزل الله شريعته لعباده، لتكون منهجا لهم في حياتهم فاتباعهم لها يستقيم حالهم وتسهل حياتهم، ليسود العدل والمودة بينهم، وجعلها لهم مرجعا وحكما فيما اختلفوا فيه، فأصل التحكيم ثابت في القرآن، وهو ما يمكن أن نتبينه من خلال الآيات التالية:

قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾⁽²⁾.

وجه الدلالة

ووجه الدلالة أن مشروعية التحكيم تتجلى في هذه الآية، في أن الله تبارك وتعالى قد أثبت فيها صفة التحاكم والتحكيم لرسوله الكريم صلى الله عليه وسلم، فقال: "حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ"، أي حتى يجعلوك حكما فيما اختلفوا فيه واختلط عليهم أمره، فأصبح حكمه غير واضح لهم، " ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ"، بمعنى أنهم يسلموا بما تقضي ولا يجدون في أنفسهم ضيقا مما قضيت، أي يجعلوك حكما فيما بينهم من الخصومات والمنازعات، وما التحكيم إلا ذاك⁽³⁾.

(1) معن خالد القضاة، المرجع السابق، ص 11.

(2) سورة النساء، الآية رقم 65.

(3) محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، الشهير بالإمام أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 7، ط 1، دار هجر للنشر والطباعة والتوزيع، القاهرة، مصر، 1422هـ/2001م، ص 200.

والمستفاد هنا، أن التحكيم يشترط فيه رضا أطراف الخصومة بما يحكم به الحكم، وفي هذه الآية الكريمة الحُكْم هو الرسول صلى الله عليه وسلم، ذلك لأننا لو نظرنا للحكم الذي يصدر عن الحاكم أو من ينوبه القاضي، لوجدنا أنه لا يشترط فيه رضا أطراف النزاع، الأمر الذي يبين أن المقصود هو حُكْم الحُكْم، وليس غيره.

قال تعالى: ﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ (1).

وجه الدلالة

أي بمعنى إن علمتم أيها الناس شقاقا، وذلك مشاققة كل واحد منهما صاحبه، فقد بين الله عز وجل لكم ما يجب عليكم فعله في حال ما إذا خيف وقوع الشقاق بين الزوجين، وذلك للتدخل وإصلاح ذات البين عن طريق التحكيم، فالشاهد أن التحكيم مشروع بنص القرآن الكريم، فشرع الله سبحانه وتعالى شرع يحث على المحبة والإخاء بين الناس، فما بالك إذا كان في النواة الأولى وهي الأسرة والتي عمادها الزوجين، فما كان من ذلك إلا أن أمر بالتحكيم في التوفيق في حال خوف وقوع الشقاق أو النزاع. ولما كان التحكيم جائزا بأمر الله سبحانه وتعالى، وذلك لما فيه من توفيق في إعادة الحياة الزوجية وعدم تفككها، دل ذلك على جوازه من باب أولى في سائر الخصومات والمنازعات الأخرى (2).

قال تعالى: ﴿أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ﴾ (3).

(1) سورة النساء، الآية رقم 35.

(2) حمزة علي علي الشباهي، المرجع السابق، ص 17.

(3) سورة الأنعام، الآية رقم 114.

قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ (1).

وجه الدلالة

أنه جاء في تفسير القرطبي أن الظاهر من الآية أنها عامة في جميع الناس، فهي جاءت تؤكد ما يجب على الولاة من الأمانة في قسمة الأموال ورد الظلمات والعدل في الحكم بين الناس (2).

ووجه الدلالة في هذه الآية الكريمة أن الله عز وجل أمر من يقوم بالحكم بين الناس أن يحكم بينهم بالعدل، وهذا يكون في جانب القضاء كالولاية، فقيس على ذلك المحكم لأنه هو أيضا يعد حاكما بين المتخاصمين، الأمر الذي يوجب عليه أن يكون هو أيضا عادلا في الحكم بين المتخاصمين من أطراف النزاع (3).

الفرع الثاني: دليل مشروعية التحكيم من السنة النبوية الشريفة

الأدلة على مشروعية التحكيم من السنة كثيرة ومنها وهو ما نتبينه من خلال الأحاديث التالية:

الدليل الأول: ما رواه أبو داود في سننه قال: "عن يزيد بن المقدم بن شريح، عن أبيه جده شريح عن أبيه هاني أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن الله هو الحكم فلم تكني أبا الحكم فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا

(1) سورة النساء، الآية رقم 58.

(2) محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج 5، ط 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1384هـ/1964م، ص 256.

(3) حمزة علي علي الشباهي، المرجع السابق، ص 17.

الفريقين فقال رسول الله: ما أحسن هذا فمالك من الولد؟ قال: لي شريح، ومسلم، وعبد الله قال: فمن أكبرهم؟ قلت شريح، قال: فأنت أبو شريح⁽¹⁾.

الشاهد ووجه الدلالة

الشاهد قوله صلى الله عليه وسلم: "ما أحسن هذا"، فإن الحديث يوضح استحسان الرسول صلى الله عليه وسلم لفعل أبو شريح، وهذا الاستحسان منه صلى الله عليه وسلم يعد إقراراً منه على أن التحكيم مشروع، وأنه مستحسن عنده لمن يفعله ويقوم به للفصل بين الناس فيما اختلفوا فيه بينهم، وجواز التحاكم إلى من يصلح للقضاء وإن لم يكن قاضياً وأنه يلزم حكمه⁽²⁾.

الدليل الثاني: وهو ما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: "لما نزلت بنو قريظة على حكم سعد هو ابن معاذ، بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان قريباً منه، فجاء على حمار، فلما دنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قوموا إلى سيدكم» فجاء، فجلس إلى رسول الله صلى الله عليه، فقال له: إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإني أحكم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبى الذرية، قال: «لقد حكمت فيهم بحكم الملك».

الشاهد ووجه الدلالة

إن قبول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم التحكيم في بني قريظة، ومن ثم جعله لسعد بن معاذ برضاهم فقد رضوا بتولية سعد حكماً لما نزلوا عن حكمه صلى الله عليه وسلم،

(1) محمد بن عبد الله بن الخطيب التبريزي، علي بن سلطان محمد القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، تحقيق: جمال عيتاني، ج9، كتاب المناقب والفضائل، باب جامع المناقب، رقم الحديث 4766، أخرجه أبو داود في السنن 240/5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص ص 21، 22؛ سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، أبو داود، سنن أبي داود، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بليي، عبد اللطيف حرز الله، ج7، الطبعة الأولى، باب في تغيير الأسماء، رقم الحديث 4955، دار الرسالة العالمية، دمشق، الجمهورية العربية السورية، 2009، ص 309.

(2) سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب، تيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد، تعليق: أسامة بن عطايا بن عثمان العتيبي، مج 1، الطبعة الأولى، باب احترام أسماء الله تعالى وتغيير الاسم لأجل ذلك، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 1065، 1067.

وهذا يعتبر دليل على جواز التحكيم أن يكون الحكم مما ارتضاه الخصوم، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد فيهم، وعليه الحكم بما فيه مصلحة للمسلمين، وإذا حكم بشيء لزم حكمه ولا يجوز للإمام ولا لهم الرجوع عنه، ولهم الرجوع قبل الحكم. ومن هذا يتضح أن حكم المحكم يعتبر ملزماً للخصمين⁽¹⁾، فقد جاء في كتاب عمدة القاري شرح صحيح البخاري في تفسير هذا الحديث أن المستفاد من هذا الحديث "هو لزوم حكم المحكم برضى الخصمين، سواء في أمور الحرب أو السلم"، وفيه: "أن النزول على حكم الإمام أو غيره جائز، ولهم الرجوع عنه ما لم يحكم، فإذا حكم فلا رجوع، ولهم أن ينقلوا من حكم رجل إلى غيره". وفيه: "أن التحاكم إلى رجل معلوم الصلاح والخير لازم للمتحاكمين"، الأمر الذي يدل دلالة قاطعة على مشروعية التحكيم للفصل في النزاعات بين المتخاصمين، وهو دليل من أدلة مشروعيته من السنة النبوية⁽²⁾.

الدليل الثالث: هو اتفاق الرسول صلى الله عليه وسلم، وزوجته أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، تحكيم أباهما أبوبكر الصديق فيما وقع بينهما من كلام. فعن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان بيني وبين النبي صلى الله عليه وسلم كلام، فقال: "أجعل بيني وبينك عمر؟، فقلت: لا. فقال: أجمع بيني وبينك أبالك؟ قلت: نعم"⁽³⁾.

(1) محي الدين يحيى بن شرف النووي، أبو زكريا، شرح النووي على مسلم: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ترجمة: النووي، ج 12، ط2، كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتال من نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن (على حكم حاكم عدل أهل للحكم)، رقم الحديث 1768، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1392هـ/1972م، ص 92.

(2) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، أبو محمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج 14، كتاب الوصايا، باب إذا نزل العدو على حكم رجل، رقم الحديث 3403، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 288.

(3) سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم، الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ج5، باب العين: من اسمه عباد، رقم الحديث 4879، دار الحرمين - القاهرة، مصر، 1415هـ/1994م، ص 134. قال الهيثمي: وفيه صالح بن أبي الأسود وهو ضعيف. انظر: نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، أبو الحسن، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، ج 4، كتاب الأحكام، باب التحكيم، رقم الحديث 7007، مكتبة القدسي، القاهرة، مصر، 1414هـ/1994م، ص 196.

الشاهد ووجه الدلالة

الشاهد قوله صلى الله عليه وسلم: "أجعل بيني وبينك عمر؟"، فقلت: لا. فقال: "أجعل بيني وبينك أباك"، فالنبي صلى الله عليه وسلم أراد بهذا القول رضاء أم المؤمنين عائشة في اختيار من يكون حكما بينهما، واتفاقهما فيمن يكون الحكم ويحكمانه فيما جرى بينهما، فاتفقا على أن يكون المحكم بينهما هو أبوها أبو بكر الصديق رضي الله عنه، والشاهد من هذا الحديث أن التحكيم لا يكون إلا باتفاق أطراف الخصومة أو النزاع وبإرادتهم، من أجل مصلحة عظيمة وهي إنهاء الخصومة أو النزاع عن طريقه.

وجه الدلالة أنه إذا لم يكن التحكيم مشروعاً لما أجازهُ الرسول صلى الله عليه وسلم ولجأ إليه فيما وقع بينه وبين أم المؤمنين.

الفرع الثالث: دليل مشروعية التحكيم من الإجماع، وآثار الصحابة رضوان الله عليهم

نستعرض مشروعية التحكيم في كلا من الإجماع وآثار الصحابة رضوان الله عليهم من خلال الفقرات الآتية:

القول الأول: التحكيم مشروع بالجملة، وجائز بغض النظر عن وجود قاضي في البلد

أو لا

جاء في كتب أهل العلم بأن قالوا بجواز التحكيم، وأن الإجماع منعقد على مشروعيته، وكانت أقوالهم كالتالي:

فقال النووي في ذلك: «...جواز التحكيم في أمور المسلمين وفي مهماتهم العظام وقد أجمع العلماء عليه ولم يخالف فيه إلا الخوارج»⁽¹⁾.

(1) محي الدين يحيى بن شرف النووي، أبو زكريا، المرجع السابق، ص 92.

وقال محمد بن محمود البابرّي في كتابه العناية شرح الهداية: «الصحابه مجمعون على جواز التحكيم»⁽¹⁾.

وقال الشيرازي في المهذب: «فإن تحاكم رجلان إلى من يصلح أن يكون حاكماً ليحكم بينهما جاز لأنه تحاكم عمر وأبي بن كعب إلى زيد بن ثابت وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم»⁽²⁾.

وقال الدسوقي: «كُلُّ ما لا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيهِ وَكانَ الحُكْمُ فِيهِ مُخْتَصًّا بِالْقُضَاةِ إِذَا وَقَعَ وَنَزَلَ وَحَكَمَ فِيهِ المُحَكَّمُ وَكانَ حُكْمُهُ صَوَابًا فَإِنَّهُ يَمْضِي وَلَيْسَ لِأَحَدِ الأَخْصَمِينَ وَلا لِلْحَاكِمِ نَقْضُهُ وَأَمَّا ما هُوَ مُخْتَصٌّ بِالسُّلْطَانِ كالأِقطاعاتِ فَحُكْمُ المُحَكَّمِ فِيهِ غَيْرُ ما ضِي قَطْعًا»⁽³⁾.

وقال الخطيب الشرييني: «... لأنه - أي التحكيم - وقع لجمع من كبار الصحابة، ولم ينكره أحد. قال الماوردي فكان إجماعاً»⁽⁴⁾. وقال في موضع آخر: «ويمضي حكم المحكم كالقاضي ولا يُنقض حكمه إلا بما ينقض به قضاء غيره»⁽⁵⁾.

وقال السرخسي: «والصحابه رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم»⁽⁶⁾، وقد اجتمع رأي الصحابة رضي الله عنهم على جواز التحكيم، ويتضح ذلك فيما جرى بينهم من معاملات دلت على جوازه والعمل به دون إنكار من أحد منهم، ومن الآثار التي رويت عن الصحابة رضي الله عنهم، في ذلك:

(1) محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، العناية شرح الهداية، ج7، كتاب أدب القاضي، باب: التحكيم، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 316.

(2) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو اسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 3، كتاب الأفضية، باب ولاية القضاء وأدب القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 378.

(3) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، باب في القضاء وأحكامه، دار الفكر - بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 136.

(4) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشرييني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 6، ط 1، الباب: كتاب القضاء، دار الفكر - بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م، ص 267.

(5) المرجع نفسه، ص268.

(6) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج21، كتاب الصلح، باب الحكمين، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م، ص62.

- تحكيم زيد بن ثابت رضي الله عنه فيما وقع بين عمر بن الخطاب وأبي بن كعب. فقد روى البيهقي في سننه أنه كان بينَ عُمَرَ وَأَبِي بِنِ كَعْبٍ خُصُومَةٌ فِي حَائِطٍ كَانَ بَيْنَ عُمَرَ وَأَبِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا خُصُومَةٌ فِي حَائِطٍ، فَقَالَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: بَيْنِي وَبَيْنَكَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، فَاذْطَلَقَا، فَطَرَقَ عُمَرُ الْبَابَ، فَعَرَفَ زَيْدٌ صَوْتَهُ، فَفَتَحَ الْبَابَ، فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، أَلَا بَعَثْتَ إِلَيَّ حَتَّى آتِيكَ؟ فَقَالَ: "فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الْحَكْمُ". قال: فلما دخلوا عليه أجلسه معه على صدر فراشه، قال: هذا أول جور جرت في حكمك، أجلسني وخصمني مجلسا، قال: فقصا عليه القصة، قال: فقال زيد لأبي، اليمين على أمير المؤمنين، فإن شئت أعفيتها، فأقسم عمر رضي الله عنه على ذلك...". وَفِي الْحَدِيثِ جَوَازُ التَّحْكِيمِ وَأَنَّ زَيْدًا كَانَ مَعْرُوفًا بِالْفِئَةِ⁽¹⁾.

وجه الدلالة

قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه لأبي بن كعب: "أجعل بيني وبينك رجلا"، أي اجعل بيننا من نرتضيه أن يكون حكما بيننا، وننهي عن طريق حكمه ما وقع بيننا وما اختلفنا فيه، وهذا يعتبر أثر صريح يوضح مدى اعتبار الصحابة لمبدأ التحكيم، لفض النزاع القائم بينهما وحسمه.

- ومن ذلك ما روي عن أبو بكرٍ قَالَ حَدَّثَنَا زَكَرِيَّا، قَالَ: حَدَّثَنَا وَكَيْعٌ، قَالَ: حَدَّثَنَا زَكَرِيَّا، عَنْ عَامِرٍ، قَالَ: اشْتَرَى عُمَرُ مِنْ رَجُلٍ فَرَسًا، وَاسْتَوْجَبَهُ عَلَى إِنْ رَضِيَهُ وَإِلَّا فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا، فَحَمَلَ عَلَيْهِ عُمَرُ رَجُلًا مِنْ عِنْدِهِ فَعَطَبَ الْفَرَسَ، فَجَعَلَ بَيْنَهُمَا شَرِيحًا.

(1) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُوْجُردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج 10، ط 3، كتاب آداب القاضي، باب: ما جاء في التحكيم، رقم الحديث 20512، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ/2003م، ص 243؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج 7، باب التحكيم، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 315.

فَقَالَ شُرَيْحٌ لِعُمَرَ: «سَلِّمْ مَا ابْتَعْتَ أَوْ رَدَّ مَا أَخَذْتَ»، فَقَالَ لَهُ: قَضَيْتُ بِمُرِّ الْحَقِّ. قَالَ زَكْرِيَّا: قَالَ عَامِرٌ: «وَبَعَثَهُ عَلَى قَضَاءِ الْكُوفَةِ، وَبَعَثَ كَعْبَ بْنَ سُوْرٍ عَلَى قَضَاءِ الْبَصْرَةِ»⁽¹⁾.

الشاهد ووجه الدلالة

الشاهد أنهما جعلاً بينهما فيما اختلفا فيه حكماً وهو شريح، الأمر الذي يدل تمام الدلالة على أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا كثيراً ما يلجؤون إلى التحكيم، باعتباره طريقاً من طرق فض الخصومات.

- ومن صور التحكيم في عهد الصحابة رضوان الله عنهم، أنه حين اشتد القتال بين المسلمين في موقعة صفين، وذلك إثر الاختلاف والفتنة التي حصلت بين علي رضي الله عنه، ومعاوية بن أبي سفيان حول مطالبة معاوية ابن أبي سفيان بالقصاص من قتلة عثمان، ومطالبة علي بإقامة الدولة ومن ثم القصاص منهم في ظل نظام ودولة، وهذا الاختلاف بينهما جر انقسام جيش المسلمين إلى فريقين، أحدهما اصطف مع علي والآخر اصطف مع معاوية وحدثت الفتنة والافتتال بينهما، فكانت من أكبر المعارك بينهما ما يعرف بموقعة صفين، والتي قتل فيها خلق كثير من المسلمين من الطرفين، وعلى إثر ذلك تم الاتفاق والتراضي على التحكيم، وأن يختار من كل فريق شخصاً للتحكيم فتم التراضي على أبي موسى الأشعري وعمرو ابن العاص، وكتب عقد التحكيم بينهم وأعلنت الهدنة⁽²⁾.

(1) عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي، أبو بكر، المعروف بابن أبي شيبة العبسي، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ج4، الطبعة الأولى، باب: الرجل يشترى الشيء على أن ينظر إليه، رقم الحديث 22599، مكتبة الرشد - الرياض، السعودية، 1409هـ/1989م، ص 507؛ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، أبو محمد، المحلى بالآثار شرح المجلى بالاختصار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج 7، كتاب البيوع، باب: الخيار للمتبايعين، مسألة رقم: 1421، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ/2003م، ص 264.

(2) علي محمد الصلابي، حقيقة الخلاف بين الصحابة في معركتي الجمل وصفين وقضية التحكيم، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، 1428هـ/2007م، ص ص 90، 109.

الشاهد ووجه الدلالة

الشاهد من ذلك، أن كل من الطرفين قد اتفقا على التحكيم لوقف الاقتتال بينهم، فما كان منهم إلا أن تراضيا بتولية طرف من كل منهم، حتى يقوموا بالتحكيم ويفصلا في النزاع الحاصل بين الطرفين، وهذا يعتبر دليل من الأدلة الكثيرة التي توضح مدى رجوع الصحابة إلى التحكيم لإنهاء النزاع وحسمه، وأن التحكيم يعتبر عندهم وسيلة من وسائل فض المنازعات وإنهائها.

الشاهد من هذا، أن الصحابة كانوا يولون التحكيم الاهتمام الكبير في يحدث من منازعات بينهم فتجدهم كثيرا ما يلجؤون إليه في حسم النزاع وفضه، ووجه الدلالة أن التحكيم في عهد الصحابة مشروع دون إنكار من أحدهم.

ومما سبق من أقوال العلماء وما روي عن الصحابة رضوان الله عنهم، يتضح أنه يجوز أن يحكم المتخاصمان من يحكم بينهما، على وفق أحكام الله جل وعلا ومن خلال ما جاء في شريعته الغراء، كما يتضح مقدار العمل بالتحكيم بين الصحابة رضوان الله عليهم، وإجماعهم على اللجوء إليه فيما قد يقع بينهم من إشكالات وحسمها عن طريقه.

القول الثاني: التحكيم جائز ومشروع، بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد

أنَّ التحكيم جائز ومشروع، بشرط عدم وجود قاضٍ في البلد، وهذا قول للشافعية. وعللوا قولهم: بأنه إذا لم يكن قاضٍ في البلد فلحال ضرورة قطع النزاعات فإنه يُلجأ إلى التحكيم، أما إذا وجد قاضي فإن التحكيم لا يجوز لعدم وجود ضرورة⁽¹⁾.

القول الثالث: التحكيم غير جائز مطلقا

وهذا قول للشافعية، وقال به ابن حزم. وعللوا قولهم: بأن وجود محكم أو محكمين لفض الخصومات افتيات على الإمام ونوابه⁽²⁾، وقد أفتى بعض الحنفية بمنع التحكيم لكيلا يتجاسر

(1) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص 168.

(2) المرجع نفسه، ص 168.

العوام على تحكيم أمثالهم بغير ما شرع الله من الأحكام، وفي ذلك مفسدة عظيمة⁽¹⁾، ومن المالكية من لم يجزه ابتداء⁽²⁾.

الترجيح بين أقوال العلماء في مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي

في تقديرنا الراجح من الأقوال السابقة القول الأول؛ وذلك للاعتبارات الآتية:

أولاً: استناده على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع على جوازه ومشروعيته.

ثانياً: أن القول الثاني يتعارض مع حديث أبي شريح، حيث أن النبي أقره على التحكيم مع وجوده ومع وجود قضاة أيضاً، ولو كان التحكيم لا يجوز إلا إذا لم يوجد قاض لما أقره على التحكيم ولبينه.

ثالثاً: أن القول بعدم جواز التحكيم فضلاً عن معارضته النصوص الشرعية تضيق لحال الناس، ويتعارض مع سماحة الإسلام ويسره.

الفرع الرابع: الدليل على مشروعية التحكيم من المعقول

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة العقلية على مشروعية التحكيم وهي:

أولاً: التحكيم فيه توسعة للناس في فصل المنازعات بواسطة محكميهم" لبساطة إجراءاته وقصر وقته ورغبة في الابتعاد عن الخصومة واللدّد فيها بعيداً عن الإجراءات القضائية وحضور مجالس القضاء، كما أن فيه توسعة وتخفيفاً على القضاة حيث ينظر في الخصومة محكمون متفرغون لنظرها، بخلاف القضاة فإنهم ينظرون في عدد من القضايا.

(1) عبد الله محمد عبد الله، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، باب: مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، ج 9، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، د.س.ن، ص 1786.

(2) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، كتاب القضاء، [مَطْلَبٌ حَكَمَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ تَحْكِيمِهِ ثُمَّ أَجَارَاهُ]، دار الفكر - بيروت، لبنان، 1412هـ/1992م، 429؛ عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 1434هـ/2013م، ص20.

ثانياً: إذا كان الخصمان اللذان يختاران التحكيم لهما ولاية على أنفسهما، فبالتالي يجوز لهما تعيين من يحكم بينهما في منازعتهما أو ما ينشأ بينهما من منازعة؛ لأن التحكيم ولاية تستفاد من آحاد الناس.

ثالثاً: إذا كان الخصمان يجوز لهما أن يستفتيا في قضيتهما فقيها يعملان بفتواه فذلك تحكيمهما لغيرهما في منازعتهما جائز⁽¹⁾.

رابعاً: مادام التحكيم ينطوي دوره على إصلاح ذات البين وفض المنازعات فإن فقده يؤدي إلى فساد ذات البين وتفرق الناس وضياع الحقوق بسبب وجود المنازعات فيما بينهم والمشاحنات، وإقامته إقامة لحكم الله تعالى والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وتركه إبقاء على النزاع.

خامساً: التحكيم من العقود المتعارف عليها في العصر الجاهلي، وحين جاء الإسلام لم يرد فيه نص يحرم هذا العقد، فالأصل فيه الإباحة، حيث لم يقد دليل على تغييره⁽²⁾.

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له في فض النزاعات

قد يتشابه التحكيم مع غيره من الأنظمة المشابهة له لحل المنازعات بين الأشخاص الخاصة أو العامة، إلا أنه يختلف عنها في جوانب أخرى، مما يؤهله لأن يكون نظاماً خاصاً ومتميزاً بقواعده عن هذه الوسائل المعروفة في تسوية النزاعات⁽³⁾.

وعليه، ما هو المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين التحكيم كطريق لفض المنازعات وبين كل من الفتاوى (الفرع الأول)، والقضاء (الفرع الثاني)، والصلح (الفرع الرابع)، والوكالة (الفرع الخامس).

(1) عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 19، 20.

(2) وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007، ص 27.

(3) صبرينة جبالي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر،

2018، ص 40.

الفرع الأول: تمييز التحكيم عن الفتاوى

لكي يتبين لنا الفرق بين التحكيم والفتاوى يحسن بنا أن نقدم تعريف موجزا لمصطلح الافتاء.

الافتاء لغة هو تَبَيُّنُ الْحُكْمِ وَالْجَوَابِ عَمَّا يَشْكَلُ مِنَ الْمَسَائِلِ الشَّرْعِيَّةِ أَوْ الْقَانُونِيَّةِ (ج) فتاوى وفتاوى وَدَارَ الْفُتُوَى مَكَانَ الْمُفْتِي (1)، وفي الاصطلاح هو الإخبار عن الله تعالى بحكم شرعي متعلق بكلي (2).

مما يتفق فيه التحكيم والفتاوى: أن كلا منهما يبحث عن حكم الله في المسألة المعروضة، أي الإخبار عن الحكم الشرعي في الواقعة؛ فالمحكم يكيف الواقعة، ثم ينزل عليها حكم الله، ويحكم بمقتضاه بين الخصمين المتحاكمين إليه، والمفتي يستجلي أركان الواقعة التي يستفتى فيها، ثم يبحث عن حكمها في القرآن الكريم والسنة المطهرة وفي الأدلة الشرعية الأخرى، ويخبر من يستفتيه بالحكم الذي ينتهي إليه اجتهاده.

إن قيام عمل كل من المحكم إليه والمفتي على البحث عن حكم الله تعالى، يجعل لهما منزلة رفيعة عالية مهيبة الجانب، فالعمل عظيم الأجر، خطير الأثر في ذات الوقت؛ وذلك لأن في إدراك الحكم الواجب والإرشاد إليه بالغ المثوبة في الدنيا والآخرة، لما فيه من كشف عن الطريق الحق الذي أوجب الحكيم العليم اتباعه، وعاقب على تجنبه؛ ولأن الخطأ في التعرف على هذا الحكم خطير الأثر، إذ سيدفع المحكم إليه أو المستفتى إلى غير الطريق القويم، بما قد يؤدي إلى هدم بيوت أذن الله أن ترفع، أو سلب أموال بالباطل أو تعريض الأنفس والأعراض للإيذاء والتهتك على غير مقتضى العقل والشرع (3).

على أنه مادام المستهدف في التحكيم والافتاء هو حكم الله، فإنه يفترض - إذا ما صدرا في موضوع واحد - أن لا يتعارضوا، فإن تعارضا وكانت الفتوى هي التي تبنت الطريق

(1) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ج2، باب الفاء، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 273.

(2) عبد الرحيم بن سلامة، مجلة الملحق القضائي، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، العدد 33، المعهد الوطني للدراسات القضائية، المملكة المغربية، يناير 1998، ص18.

(3) عبد الله محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 1711.

الصحيح فلا مشكلة في الأمر، إذ أنها بطبيعتها غير ملزمة، أما إذا كان العيب في الحكم الصادر عن التحكيم، بأن كان مخالفاً لنص في القرآن الكريم أو السنة النبوية أو لإجماع أو لقياس جلي، فإنه يجب نقضه، وتكون الفتوى الصحيحة هي سند هذا النقض، وينبغي للمفتي - في هذه الحالة - أن يبين لصاحب الشأن أن العبرة بحكم الله لا بما قضى به حكم التحكيم، وذلك على نحو ما يشير إليه قوله صلى الله عليه وسلم: (إنكم تختصمون إلي رسول الله، وإنما أنا بشر، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه، وإنما أقطع له قطعة من النار ويأتي بها إسطاماً في عنقه يوم القيامة). أما إذا كان مصدر الخلاف بين حكم التحكيم والفتوى هو الاجتهاد، فإن حكم التحكيم هو الذي ينفذ، إذ لا ينقض الاجتهاد بمثله⁽¹⁾.

يشارك التحكيم والإفتاء - كذلك - في أن كلا منهما لا يتطلب ولاية من الإمام؛ لأن التحكيم يستمد قوته من رضا المحكّمين، كما أن الإفتاء يستند إلى طلب المستفتي، ومن ثم فلا يحتاج أي منهما إلى ولاية عامة، وإن كان ذلك لا يقف دون حق الإمام في مراقبة سير الأمور في الدولة، بما في ذلك تفقد حال من يتصدون للإفتاء أو يحتكم الناس إليهم في منازعاتهم، فمن صلح للفتوى أقره، ومن لا يصلح منعه ونهاه أن يعود، وتوعده بالعقوبة إن عاد، وطريق الإمام في ذلك أن يسأل علماء وقته ويعتمد أخبار الموثوق بهم. أما أحوال المحكّم إليهم، فإن له عليهم ما له على القضاة الأعلى منهم منزلة، من تفقد حالهم وسؤال أهل الصلاح والفضل عنهم⁽²⁾.

ويشارك التحكيم مع الفتوى - أيضاً في حق كل من الحكم والمفتي في أن يرد من يطلبه، فالتحكيم لا يثمر التفويض فيه إلا برضاء المحكّم إليه، ولا ضير على المحكّم إليه إن لم يقبل، إذ أن وضعه يختلف عن وضع القاضي المولى، فهذا الأخير لا يستطيع أن يرد طالب القضاء ولا أن يحيله إلى غيره دون مبرر، وإلا عزر لارتكابه إثماً، وكذلك المفتي لا

(1) عبد الله محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 1712.

(2) إبراهيم بن شمس الدين بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، برهان الدين أبي الوفاء، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، الطبعة الأولى، الباب، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، 1406هـ/1986م، ص 77؛ محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، الطبعة الأولى، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1988، ص 97، 106.

يجب عليه أن يجيب السائل إلى الفتيا إلا إذا تعين للإفتاء، فإذا كان هناك أكثر من واحد، صارت الفتوى بينهم ندبا لا وجوبا⁽¹⁾.

ومع اتفاق كل من التحكيم والإفتاء فيما سبق، فإن طبيعة كل منهما تختلف عن طبيعة الآخر، فالمحتكم إليه عليه أن يمحص واقعات الدعوى وأن ينفقها بتتبع الحجج التي يلقي بها كل خصم، فإذا ما وضحت لديه حقيقة الواقعة، أنزل عليها الحكم الذي يستقيه من القرآن الكريم أو يأخذه من السنة المطهرة، أو يستتبطه من سائر الأدلة الشرعية، حتى إذا اطمأن وجدانه، قضى بين الخصمين بالحكم الذي يرى أنه تطبيق لشرع الله، أما المفتي فلا شأن له - بحسب الأصل - بالحجج الواقعية، فهو يأخذ الواقعة كما يروها المستفتي، وينزل عليها حكم الله، دون أن يجهد في ذلك تمحيص تلك الواقعة، أو تنقيتها مما قد يخالطها من زيف أو مغالطة، على نحو ما قد يفعله المتخاصمون في التحكيم من لجج في الخصومة أو دهاء في العرض أو إلباس الحق بالباطل⁽²⁾.

ويرتبط بما تقدم أن التحكيم لا يكون إلا في خصومة حقيقية بين أكثر من خصم، فإذا لم تكن هناك خصومة في الواقع، فلا مجال للتحكيم، أما الإفتاء فلا يستلزم توافر مثل هذه الخصومة، فقد يستفتي الشخص في أمر يرى أهمية أن يعرف حكم الله فيه، دون خصومة قائمة أو محتملة، كمن يرى - مثلاً أهمية أن يعرف حكم الله في إيداع النقود في البنوك على هيئة وديعة مصرفية.

وما دام التحكيم لا يكون إلا في خصومة، فإنه من الطبيعي أن يكون ملزماً، إذ أن المتخاصمين لم يلجأ إليه إلا بقصد حسم ما شجر بينهما من نزاع، وقد ظلّ على تفويضهما للمحتكم إليه حتى صدر منه الحكم، مما ينطوي ضمناً على إعلان بقبول ما ينتهي إليه الحكم المفوض، وذلك بخلاف الحال في الفتوى، إذ أن المستفتي لم يعلن - صراحة أو ضمناً - قبوله مقدماً للفتوى، ولا تعهده بتنفيذها، وليس في مجرد توافر ثقته في قدرة المفتي ما يستتبع

(1) محمد عبد الرحمن البكر، المرجع السابق، ص 106.

(2) المرجع نفسه، ص 101، 106.

حتمًا موافقته على تنفيذ ما يصدر عنه، وإن كان ذلك لا يعني أنه غير مطالب بتنفيذ هذه الفتوى ديانة ما دام قد اطمأن إليها.

ونتيجة لما تقدم جميعه، فإن التحكيم يصبح أضيق دائرة من الفتيا، فلا تحكيم في المكروهات، أو المستحبات؛ لأنه لا إلزام فيهما، وإنما الإلزام في الواجبات والمحرمات والمباحات، أما الإفتاء فإنه يجوز في ذلك كله.

ومن ناحية أخرى فإن التحكيم لا يكون في العبادات ونحوها، فلا تحكيم في صلاة - مثلاً - ليصدر فيها حكم بأنها صحيحة أو باطلة، وتحكيم في المسائل العلمية الكلية، كمعنى آية أو تفسير حديث شريف، وإنما قد تكون الفتوى في ذلك؛ لأن بيان حكم الله يتناوله جميعًا ويتناول غيره، كما أن الشبهات التي قد تسعى الفتيا إلى إزالتها لا تنحصر في أمر دون آخر من العبادات أو المعاملات أو الآداب أو العادات أو الأحكام الاعتقادية أو غيرها من أمور الدين والدنيا، ثم هي لا ينصب أثرها على المستفتي وحده، وإنما يتعلق بالناس كافة، ولا ينطبق حكمها على الواقعة المعروضة وحدها، وإنما ينطبق على كل واقعة مماثلة، ولذلك تردد في الفقه الإسلامي أن الفتوى - في حقيقتها - عامة غير ملزمة أما التحكيم فهو جزئي ملزم⁽¹⁾.

- يستلزم التحكيم وجود نزاع بين طرفين، أما الإفتاء فقد يكون نتيجة طلب شخص يريد أن يعرف الحكم ليعمل به في خاصة نفسه.

- يجرى التحكيم في مسائل حددتها كتب الفقه، واختلف في تعدادها الفقهاء، أما الإفتاء فمحلّه يتناول جميع المسائل والأحكام.

- يعد التحكيم - في رأي أكثرية الفقهاء - عقدا ملزما لأطرافه، وينبغي عليهم الالتزام بنتيجته، أما الإفتاء فليس عقداً، ولا تكون نتيجته ملزمة للمستفتي.

(1) عبد الله محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 1714.

- اشترط بعض الفقهاء أن تتوافر في المحكّم إليه شروط القاضي - وخاصة العدالة والاجتهاد - أما المفتي فلا يشترط فيه ذلك.

- يتطلب التحكيم من المحكّم إليه تمحيص الوقائع التي تقدم إليه قبل أن يُصدر حكمه فيها، أما المفتي فإنه يسلم بالواقعة التي طلب منه إظهار الحكم فيها دون مناقشتها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن القضاء

إذا كان التحكيم يختلف عن الفتيا على نحو ما سبقت الإشارة إليه، فإنه يختلف - كذلك - عن القضاء وإن اشتبّه به في أمور كثيرة.

ومواطن اشتباه التحكيم بالقضاء تجمل في أن كلّاً منهما يطبق شرع الله على خصومة مرفوعة إليه للفصل فيها بحكم ملزم لطرفيها المتقاضين أمامه فيها.

فلا محل في أي منهما للحكم بالهوى والتشهي، فقد أمر الله بالاحتكام إلى شريعته عند التنازع، دون تفرقة بين تحكيم وقضاء، قال تعالى: ﴿وَأِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ أَمْ أُنزِلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَأَحْذَرَهُمْ أَنْ يَفْتُونَكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَاعْلَمُوا أَنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُصِيبَهُمْ بِبَعْضِ ذُنُوبِهِمْ وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ لَفَاسِقُونَ﴾⁽²⁾.

ويتفرع عن ذلك أن كلا من القاضي والحكّم لا يتقيد بأراء من اختاره لهذا العمل، فالقاضي يقضي بما يراه حقاً ولو جانب رأي الوالي الذي عينه، والحكم يحكم بما يعتقد صحته ولو خالف رأي أحد الخصمين أو كليهما.

(1) محمد جبيري الألفي، التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية"، مج 13، العدد 4، منشورات جامعة اليرموك، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك - إربد - الأردن. 1418هـ/1997م، ص7.

(2) سورة المائدة، الآية رقم 49.

والتحكيم يشبه القضاء في أنه يفصل في خصومة من نوع الخصومات التي يختص بها القضاء وفق وظيفته الطبيعية، فحكم المحكمة كحكم القاضي، لا يصدر إلا في دعوى صحيحة، وشرط هذه أن تكون في خصومة حقيقية.

وهو كالقضاء لا يتصدى لمنازعات الناس من تلقاء نفسه، وإنما يجب أن ترفع إليه، فليس بتحكيم ولا قضاء ضبط وقائع ولا فصل في خصومة لم ترفع من ذوي الشأن، وإنما قد يكون ذلك من أعمال الولاية العامة التي يمارسها الوالي بحكم إشرافه ورقابته على الرعية، أو من أعمال ناظر المظالم التي ينظرها متى علمها دون أن ينتظر تظلم متظلم، أو من أعمال الحسبة التي تتعلق بمنكر ظاهر، كدعاوى تظلم الكيل وبخسه، ودعاوى الغش والتدليس في المبيع أو الثمن.

والتحكيم في فصله للخصومة المعروضة يصدر حكماً ملزماً لطرفي الخصومة المحتكمين إليه مثله في ذلك مثل القضاء، فحكم كل منهما جزئي خاص لا يتعدى المحكوم عليه ولا يجاوز محله إلى ما يماثله⁽¹⁾.

أما أوجه الخلاف بين التحكيم والقضاء فتكمن في أن القاضي يتم تعيينه بواسطة السلطة ولا يد للخصوم في تعيينه، أما المحكمين يتم تعيينهم بواسطة أطراف النزاع وتنتهي مهمتهم من الفصل في النزاع المطروح أمامهم، كما أنه يجب أن يتم الاختيار لطريق التحكيم بواسطة عقد بين الطرفين المتنازعين لا من طرف واحد، إذن فإن الفرق يتمثل في أن التقاضي أمام القضاء يكون من طرف واحد والتحكيم لابد فيه من اتفاق الإرادتين.

على الرغم من التشابه والترابط الكبيرين بين التحكيم والقضاء في نظر النزاع وحجية الحكم وتنفيذه إلا أنه هنالك بعض التباينات نذكر منها على سبيل المثال⁽²⁾:

أ- في التحكيم يتم اختيار المحكمين وفقاً لإرادة الخصوم بالتالي فإن هنالك علاقة تعارف بين المحكمين والخصوم، كما أن هؤلاء المحكمين يتقاضون أتعابهم من الخصوم

(1) محمد عبد الرحمن البكر، المرجع السابق، ص ص 191، 194.

(2) يسن محمد حماد الأمين، المرجع السابق، ص ص 43، 44.

ويطبقون القواعد أو القانون الذي يرتضيه الخصوم ولو لم يكونوا على دراية وإمام تام بفحوى تلك القواعد أو أحكام ذلك القانون.

على العكس في القضاء العادي والذي يتم اختيار أو تحديد القاضي بواسطة القاضي الأعلى درجة في دائرة الاختصاص، حيث يتفاجأ الخصمان بالقاضي أثناء نظر الدعوى فقط، هذا القاضي الذي يعد موظفا رسميا في الدولة ويتقاضى مرتبا نظير وظيفته القضائية وليس النظر في دعاوى بعينها.

- في قضاء التحكيم تملك هيئة التحكيم صلاحيات واسعة في التوصل الى القرار وقد يطبق قواعد القانون (التحكيم القضائي) أو قواعد العدالة (التحكيم بالصلح) حسب إرادة الخصوم، على عكس القضاء الذي يكون ملزما بتطبيق قواعد القانون.

- في قضاء التحكيم تنتهي مهمة المحكمين بمجرد صدور القرار، بينما يظل القاضي مباشرا للنظر في قضايا أخرى وقد يتولى تنفيذ الحكم الذي صدر بواسطته.

- في التحكيم، قرار المحكمين نهائي غير قابل للطعن أو الاستئناف إلا اذا اتفق الخصوم على غير ذلك أو نص القانون أو المعاهدة أو أحكام مراكز التحكيم، كل ذلك تماشيا مع قضاء التحكيم والذي يتميز بالسرعة في حسم النزاع، على عكس أحكام القضاء والتي تعد ابتدائية قابلة للاستئناف، بل نجد أن حرمان المتضرر من استئناف القرار يعد إهدارا وانتهاكا لحقوقه المقررة له بموجب الدستور والقانون.

- في التحكيم الاجراءات التي تتبع في نظر النزاع مختصرة وسريعة ولا تتعدى الشهرين في بعض القضايا ولا تتجاوز السنة في أسوء الأحوال، على عكس القضاء فإن قواعد الإجراءات تكون مطولة ومعقدة (مرحلة تقديم العريضة، نظرها، تصريحها، تبادل المذكرات، مرحلة السماع، مرحلة المرافعات...).

- في التحكيم التكاليف المالية بواسطة بعض مراكز التحكيم الدائمة تكون بسيطة ومختصرة وقد تقع على عاتق الطرفين وتدفع على دفعات محددة، على عكس القضاء فإن

دفع الرسوم يكون منذ بداية نظر النزاع وعند تقديم أي مذكرة على نظر النزاع، حيث أنها أصبحت تكلف المتقاضين كثيراً⁽¹⁾.

غير أن التحكيم مع اشتباهه بالقضاء في كل ما تقدم، فإنه يفترق عنه في أمور كثيرة، وسبب الاختلاف بينهما يرجع إلى أن مصدر السلطة في كل منهما يختلف عن مصدرها في الآخر، فالتحكيم يستمد سلطته - بصفة عامة - من رضاء آحاد من الناس بحسم الخصومة بنهم على يد حكم يرضونه، أما القضاء فيستند في سلطته إلى ولاية عامة يخلعها عليه من يملك ذلك، حين ينصبه قاضياً يحكم بين الناس، فيما يرفعه إلى أي منهم، ويكون قضاؤه بحكم، يلزم به من يرى أنه أحق بالزام، رضي به أم لم يرض، طالما أنه مكن من إبداء ما قد يكون لديه من دفاع.

فاستناد التحكيم إلى رضاء من يلجؤون إليه، يضع في يد هؤلاء الحق في رسم نطاق محدد، لا يحق للمحكم إليه أن يتعداه، ويجعل ناصية الأمر بأيديهم كذلك، فيستطيعون - بحسب الأصل - أن يعدلوا عن التحكم أيّاً كان موقعهم من الخصومة، مدعين أو مدعى عليهم، وذلك طالما لم يصدر الحكم أو لم يشرع الحكم في إصداره، على خلاف في ذلك بين العلماء، أما القضاء فإن استناده إلى الولاية العامة، يحرم المتقاضيين من رسم نطاق التقاضي إلا في حدود محصورة كما يحرم الخصوم من إنهاء الخصومة دون حكم إلا في حالات محددة ولا يقتضي التقاضي ضرورة حضورهم، فيجوز الحكم على الغائب منهم، إذا تخلف عن الحضور دون عذر شرعي مقبول.

ومن ناحية أخرى، فإنه ما دامت سلطة المحكم إليه تستند إلى رضا المحكمين به، فإن لهؤلاء الحق في عزله، بحسب الرضاء منه، أما في القضاء فلا محل لتحويل المتقاضين حق عزل القاضي؛ لأنه لا يستمد سلطته منهم، بل إن القاضي نفسه على خلاف المحكم إليه لا

(1) يسن محمد حماد الأمين، المرجع السابق، ص ص 43، 44.

يملك التنحي عن الفصل في الخصومة دون مبرر شرعي؛ لأن قضاءه فيها واجب عليه، وليس حقاً له يخضع لقبوله ورضاه⁽¹⁾.

وإذا كان كل من حكم التحكيم وحكم القضاء يلزم الخصوم، فإن شرط ذلك في التحكيم عند تعدد المحكمين كقاعدة عامة، أن تجتمع كلمتهم على الحكم، ما دام الأطراف لم يأذنوا لهم بالحكم بالأغلبية في الحالات التي يجوز فيها ذلك؛ ذلك لأن الرضا كان رضاهم لا برأي بعضهم ولو كانوا الأكثرية، أما في القضاء فليس بلزوم - عند التعدد - أن يكون الحكم صادراً بالإجماع ويكفي فيه أن يكون بأغلبية القضاة⁽²⁾.

الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الصلح

بالرغم من أن الصلح يتساوى مع التحكيم في المقصود منه حيث أن كلا منهما يعتبر عقدا رضائيا وهو حسم النزاع دون اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم قضائي، إلا أنه يوجد العديد من الاختلافات الجوهرية بينهما، ويمكن إيجازها فيما يلي:

بالنسبة للتحكيم يقوم أطراف النزاع أو من يمثلونهم باختيار المحكمين وتحديد طبيعة عملهم والإجراءات التي يتبعونها للفصل في النزاع. أما بالنسبة للصلح فأطرافه هم المتنازعون أنفسهم أو من يمثلونهم، كما أنه ليست هناك إجراءات محددة لإتمام عملية الصلح التي قد تتم بمبادرة من الخصوم أنفسهم أو من القاضي المعروض عليه النزاع.

بينما التحكيم نظام قضائي نظمه القانون ووضع له قواعده وإجراءاته فيه حسم للنزاع، ولا يترتب عليه تقديم تنازلات من أطراف النزاع⁽³⁾، إذ أنه لا يبحث عن الحل الذي يرضاه الطرفان، إنما عن الحل العادل. وبذلك يكون التحكيم أشد خطورة من الصلح، ذلك أن التحكيم

(1) محمد بدر يوسف المنيوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 9، جدة، السعودية، د.س.ن، ص 1716، 1717.

(2) عبد الله محمد عبد الله، المرجع السابق، ص 1717.

(3) زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم: دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص: تشريع جنائي إسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2008، ص ص 70، 71.

عقد الأصل فيه عدم اللزوم، فلكل من طرفيه فسخه بالرجوع عنه ما لم يصدر المحكم حكمه، فإذا حكم امتنع على أي منهما الرجوع عنه، وأصبح لازماً لهما⁽¹⁾، ومن ثم يصبح حكم المحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي به ويجب تنفيذه قسراً في حالة عدم تنفيذه برضا المحكوم عليه، وذلك متى أصبح نهائياً⁽²⁾.

أما الصلح فهو أقل خطراً بالنسبة للمتخاصمين⁽³⁾، ذلك لمعرفة المسبقة بما سيتنازلون عنه من حقوقهم فهو نظام توفيقى قد لا يمكن الأطراف فيه من الوصول إلى حكم مرض لهم لإنهاء النزاع، ومن ثم قد يلجؤون إلى القضاء أو إلى التحكيم للفصل في هذا النزاع. ولكن متى توصل أطراف النزاع إلى حل لخلافهم وقبلوا به، فإنه يصبح ملزماً لهم ولا يجوز الطعن فيه. وأخيراً فإن الصلح لا يمكن تنفيذه إلا إذا أخذ الاتفاق عليه شكل عقد رسمي، أو أن يتم أمام القاضي الذي ينظر في النزاع، أما في التحكيم فإن تنفيذ حكم المحكم لا يتم إلا بعد إصدار أمر تنفيذه من الجهة المختصة بالفصل في النزاع، وذلك حسب القواعد التي يحددها النظام⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: تمييز التحكيم عن الوكالة

الوكالة هي عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بالقيام بعمل جائز ومعلوم لحساب الموكل، فالوكيل يستمد سلطته من عقد الوكالة ولا يجوز له أن يعمل إلا لصالح موكله، وإذا خرج الوكيل عن حدود سلطته فللموكل أن يتصل من هذه الأعمال ويعد الوكيل مسؤولاً عنها مسؤولية مباشرة وكاملة في مواجهة الغير. بعكس المحكم الذي يمارس عمله مستقلاً تمام الاستقلال عن الخصوم وتثبت له صفة القاضي بمجرد الاتفاق على التحكيم، ولا يمكن لأي من الخصوم أن يتدخل في عمله، فهو قاض يجب عليه الاتصاف بالحياد مهما كانت علاقته

(1) سمره بريكي، المرجع السابق، ص 65.

(2) زهير عبد الله علي آل جابر القرني، المرجع السابق، ص 70، 71.

(3) عقد الصلح هو عقد لازم إذا ما انعقد صحيحاً مستوفياً لشرائطه، لا يكون لأي من طرفيه الرجوع عنه إلا بتراضيها معاً.

(4) زهير عبد الله علي آل جابر القرني، المرجع السابق، ص 70، 71.

بالمتخصصين. وإذا لم يراع تلك الصفة فللمتخصصين أو أحدهم رده أو عزله حسب ما هو مقرر في نظام التحكيم⁽¹⁾.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم ومدى مساهمة القاضي والحكم في فض النزاع بين الزوجين

إن اتخاذ المحكمة لإجراءات التحكيم يدل على دخول دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما يميزها هو عدم ثبوت إضرار الزوج بزوجه أو إخفاق الزوجة في إثبات الضرر الواقع عليها، الأمر الذي يستدعي تعيين حكيم من طرف المحكمة، كإعلان منها عن بداية مرحلة التحكيم ولا تلتفت إلى رفض الخصوم لهذا الإجراء، فليس لأي من الزوجين السلطة التقديرية في ذلك شأن هذه المرحلة ما يكون مع إجراء محاولة الصلح، فهي ملزمة للقاضي وليس للأطراف، لكن يزيد الأمر هذا في إجراء التحكيم أن للزوجين حق تعيين من يمثلها من الأهل⁽²⁾.

بالتالي، يتضمن هذا الإجراء عناصر أساسية يقتضي مناقشتها وتوضيحها، تتمثل في إلزامية تعيين الحكيم وكذا تحديد صلاحيتها (المطلب الأول)، والشروط الواجب توافرها فيهما (المطلب الثاني)، وما يستتبع كل ذلك من ترتيب آثار عند انتهاء مهام الحكيم (المطلب الثالث).

المطلب الأول: إلزامية تعيين الحكيم وصلاحيتها

رأينا فيما سبق عند الحديث عن الإجراءات التمهيدية التي تسبق حل الرابطة الزوجية، وذلك عند استفحال النزاع والبغضاء والشقاق بين الزوجين، وجوب تدخل أطراف خارجية لفض خلافات الزوجين، وقد تطرقنا لأحد هذه الطرق وهو الصلح بمعية القاضي لإصلاح ذات البين وإعادة السكينة إلى الأسرة ورأب الصدع الذي أصابها، كما رأينا أن القاضي قد

(1) وائل طلال سكيك، المرجع السابق، ص ص 14، 15.

(2) وردة بوزيد، المرجع السابق، ص 150.

يفلح وقد يعجز عن الإصلاح، وبسبب عدم ثبوت الضرر واستحكام الشقاق فمن واجب القاضي اللجوء إلى التحكيم.

لكي يتم إعطاء فكرة واضحة عن هذا الإجراء، نتعرض إلى سلطة القاضي في تعيين وإنهاء الحكّمين (الفرع الأول)، ثم تبيان إجراءات سير مجلس التحكيم (الفرع الثالث)، وكذا الصلاحيات المنوطة لهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين وإنهاء مهام الحكّمين

عند حدوث شقاق بين الزوجين، فإنه قد يتطور ويصل إلى غاية القضاء، ومن ثم فإن الشخص المخول له سلطة تعيين الحكّمين قبل الفصل في الموضوع هو قاضي الأحوال الشخصية (أولاً)، كما أن لذات الشخص الحق في إنهاء مهامهما (ثانياً).

أولاً: سلطة القاضي في تعيين الحكّمين

يتم تعيين الحكّمين إما من طرف القاضي وذلك إما من تلقاء نفسه تطبيقاً للقانون (المواد: 56 ق أ ج، 447، 446، 449، 448 ق إ م إ)، وإما بناء على طلب واختيار الزوجين.

ويجب على القاضي أن يراعي قرابتهما من الزوجين إضافة إلى تأثيرهما عليهما وقدرة كل منهما على حل النزاع، وهنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكّمين العدلين اللذين يمكن لهما حل النزاع المطروح.

وهو الثابت من نص المادة 56 ق أ ج أن التحكيم وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق والرجوع إلى بيت الزوجية، وذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام ويبلغ النزاع بين الزوجين ذروته ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك⁽¹⁾.

وعليه، فإذا توفر شرط اشتداد الخصام وشرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات

(1) عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 45.

البين بطريق التحكيم، وإذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن استنادا لنص المادة 448 ق إ م إ .

كذلك، لا بد 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 يسرع من وتيرة العمل التحكيمي ومن آليات التقاضي بصفة عامة، حتى يتم في آجاله ودون تقاعس من احد، وبذلك يتم تعيين الحكمين في ذات الجلسة التي يكون فيها الزوجان أو وكلاهما حاضرين فيها. وهذا التدخل في تعيين الحكمين يعطي القاضي دورا ايجابيا 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، الواقعية منها والقانونية⁽¹⁾.

ثانيا: سلطة القاضي في إنهاء مهام الحكمين

يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة طبقا لنص المادة 449 من ق إ م إ .

تجدر الملاحظة فيما يخص مسألة ندب الحكمين للإصلاح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ما يلي:

- أن المشرع الجزائري انتهج المسلك الذي اتبعته بعض البلاد العربية في مجال قانون الأحوال الشخصية، فالهدف الأساسي من بعث الحكمين هو المساهمة في الإصلاح بين الزوجين عند حدوث الشقاق بينهما.

- أن القاضي هو من يقوم ببعث الحكمين، وهو متفق في ذلك مع قوانين الأحوال الشخصية في عدة بلدان عربية.

(1) ورده بوزيد، المرجع السابق، ص 151.

- أن قانون الأسرة الجزائري حدد المدة التي يتم خلالها إجراء التحكيم (شهرين)، وذلك حتى لا يطول أمد الشقاق بين الزوجين⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إجراءات مجلس التحكيم

لم يتطرق قانون الأسرة، في أحكام المادة 56 منه ولا النصوص الإجرائية المتعلقة بها إلى ما يجب أن يكون عليه مجلس التحكيم ومكان انعقاده، وعدد الجلسات التحكيمية، بل ترك ذلك كله إلى تقدير الحكّمين فيما يريانه مناسبا، فيكون تحديد مجلس التحكيم يعود للزوجين والحكّمين، بما يرونه يتوافق وأداء المهمة، فقد يكون مسكن أحد الحكّمين أو مسكن الزوجين. ولأن المهمة التي يقوم بها الحكّمين خطيرة، فعلى أساسها تتم استدامة الحياة الزوجية أو انقضاؤها، فعليهما أن يبذلا جهدا عظيما لاستقصاء أسباب الخلاف والشقاق بين الزوجين. ولا توجد طريقة معينة يلزم الأخذ بها دون غيرها بل أن ذلك متروك لفتنة الحكّمين وتقديرهما للأمور، فيتحدث كل محكم مع من يمثله بصرامة وانفتاح ليعرف واقع حاله وما يشكو منه وما يطلبه من زوجه ليهنأ ويستقر له العيش، ويتحاور معه للوصول إلى نتيجة للمصالحة، ثم يلتقي الحكّمان ويتدارسا الأمر بصراحة ووضوح ويتفقان على رأي واحد، بعيدا عن الانفعالات النفسية⁽²⁾.

ومن الأساليب التي يحتاجها الحكّمان، التلطف بالقول لعل الله يجعل في ذلك توفيقا لإصلاح ذات البين ورفع الشقاق، كما لهما استعمال أساليب الترغيب والترهيب فيرغبان أحدهما في الآخر بذكر حسن الخلق والصبر والعفو، وأن لا يكره الزوج زوجته، لأن إن كره منها خلقا رضي منها بآخر. كما يذكر الزوجة بعظم حق الزوج وفضل طاعته في غير معصية الله، وأن في الصبر على ما تكره خيرا كثيرا وأن لا تكون ممن يكفرون بالعشير. ولكي يؤدي الحكّمان هذا الدور بفعالية يجب أن يقوم مجلس التحكيم بحضور جميع أطرافه وبالخصوص الزوجان، لأنهما محور العملية التحكيمية⁽³⁾.

(1) عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 46.

(2) وردة بوزيد، المرجع لسابق، ص ص 151، 152.

(3) المرجع نفسه، ص 152.

لم تشر أحكام المادة 56 ق أ ج إلى أثر غياب أحد الزوجين أو كليهما عن مجلس التحكيم، فكان لزاما معرفة رأي الفقه في المسألة، فهناك قولان متعلقان بالصفة التي يحملها الحكمان:

- فإن قلنا هما حكمان، فلا يواصلان النظر في النزاع.

- إن قلنا هما وكيلان، لم ينقطع نظرهما في القضية وحكما ولو في الغياب.

وهو ما جاء عن ابن قدامة، حيث قال: فإن غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين جاز للحكيم إمضاء رأيهما إن قلنا أنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل الغيبة، وإن قلنا إنهما حكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم.

فإن أخذنا بالقول الأول، وعلى اعتبار أن التحكيم قضاء في نواح كثيرة، فإن المادة 290 ق إ م إ، قضت أنه في غياب المدعي دون سبب مشروع جاز الفصل في موضوع الدعوى بطلب من المدعى عليه، وإن لم يحضر هذا الأخير أو وكيله أو محاميه يفصل القاضي غيابيا طبقا لنص المادة 292، وهو يتوافق مع ما قال به الفقهاء في مسألة كون الحكمين حاكمان لا وكيلان⁽¹⁾.

ولما كان المشرع ألزم الحكمين بتقديم تقرير عن المهمة التي أوكلت لهما، فذلك يدل على أنه اعتبر الحكمين مجرد وكيلين، مخالفا بذلك ما قال به المذهب المالكي.

وعليه فغياب أحد الزوجين أو كليهما عن مجلس التحكيم لا أثر له من الناحية الإجرائية، لأن الحكمين سينوبان عنهما.

(1) ورده بوزيد، المرجع السابق، ص 153.

الفرع الثالث: صلاحيات الحكمين عند قيام نزاع بين الزوجين

تباينت آراء الفقهاء بشأن مهمة الحكمين فهناك من يرى أن مهمتهما تكون محصورة في الإصلاح بين الزوجين (أولا)، والجانب الآخر يرى أن الغرض من ذلك هو الإصلاح كما يمكن أن يقوموا بالتفريق بينهما (ثانيا)، لنتبين في الأخير موقف المشرع الجزائري (ثالثا).

أولا: الإصلاح بين الزوجين

1 - معرفة أسباب الشقاق وخلوة الحكم بصاحبه

الأصل في بعث الحكمين أن يقوموا ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين، بعد أن يعرف كل منهما سبب النزاع والشقاق من صاحبه، ويمكنهم معرفة السبب عن طريق الخلوة، وهي الخطوة الأولى في حل النزاع، يخلو الحكم الزوجة بالزوجة، والحكم من الزوج بالزوج، ويتحريان عن سبب النزاع والخلاف حتى يتسنى لهما تسويته، وأن يحيط كل منهما بالمحادثات مع الزوج أو الزوجة بالرفق واللين وتهوين أسباب الشقاق، ويبين له أن مصلحته الحقيقية في استمرار الحياة الزوجية، إن كان الزوجين يريدان الإصلاح والإصلاح فيما بينهما حتى يوفقهما الله إلى غايتهما من الإصلاح، لقوله تعالى: ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ (1).

في حالة الشقاق بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر، وجب على القاضي تعيين حكمين أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، وتكون مهمتهما معرفة أسباب الخلاف، والإصلاح بين الزوجين وهذا في مهلة شهرين تبدأ من يوم تبليغهما بالحكم، وعليهما أن يقدمتا تقريرا إلى القاضي المعين لهما خلال تلك المهلة يذكران مه نتيجة مساعيها وهذا بالتوصل إلى الإصلاح أو عدم التوصل إليه طبقا لنص المادة 56 ق أ ج السالفة الذكر.

(1) سورة النساء، الآية رقم 35.

2- اجتماع الحكّمين وحدهما

ثم يجتمع الحكمان ويتدارسان أسباب النزاع والشقاق في نظر وتقدير كل من الزوجين، ويقدران قيمة هذه الأسباب والادعاءات، ليقرران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لتسوية النزاع بين الزوجين، فإن وجدا أن الزوج مذنب حملاه المسؤولية وزجراه، وما إلى ذلك من طرق ووسائل لحملة إلى الرجوع عن معاملته السيئة مع زوجته، وإن كانت الإساءة من الزوجة نصحاها وخوفها إذا استمرت في إساءتها من عقوبة الله، وأن يرعيا ما فرضه على كل منهما اتجاه الآخر، ويبقى للحكّمين الطريقة والوسيلة التي يراها مناسبة بين الزوجين.

يتضح من خلال ما سبق أن الإصلاح بين الزوجين يكون بالتعرف على أسباب الشقاق والنزاع بينهما، باتباع طرق ووسائل معينة ومحاولة الإصلاح بينهما وتسوية النزاع بينهما.

وإذا تعذر الإصلاح بين الزوجين، وكانت محاولة الحكّمين غير مجدية، رأى الحكمان إصرارهما على الفراق وإنهاء الرابطة الزوجية، وبقاء الأمر على حاله، فالسبيل إلى ذلك هو التفريق بينهما. فهل للحكّمين سلطة التفريق بين الزوجين؟ وهذا ما سنتناوله لاحقا.

وقد جاء في المادة 447 ق إ م إ م يلي: « يطلع الحكمان القاضي مما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة ».

كما يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة. وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة وهذا حسب المادة 449 ق إ م إ م.

أما إذا تم الصلح ووفق الحكّمين في أداء المهمة وتسوية النزاع بين الزوجين، فإنه يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وهذا حسب المادة 448 من نفس القانون إذا تم الصلح من طرف الحكّمين، ويثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن، أي أنه إذا وفق الحكمان ونجحا في الإصلاح بين الزوجين فإنه يحرر ذلك في محضر ويصادق عليه القاضي.

ثانياً: التفريق بين الزوجين

إذا وصل الحكمان بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين إلى أن استمرار الحياة الزوجية بينهما أصبحت مستحيلة، فهل لهما أن يفرق بينهما؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:

القول الأول: أنهما حاكمان وليس وكيلان لهما سلطة الجمع والتفريق، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه، وأحمد في إحدى الروايتين عنه.

من بين الحجج التي اعتمد عليها أنصار هذا الرأي أن الله عز وجل ذكر الله الإصلاح في القرآن الكريم ولم يذكر الفرقة لأنه الأفضل ومع الحكمان للوصول إليه فليس معنى ذلك الاقتصار عليه بحيث لا يباح غيره، حيث أن الله تعالى أمر الزوج بقوله: ﴿فَأَمَّا كُيَمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [سورة البقرة، الآية رقم 229]، فإذا حصل الشقاق تعين التسريح، لأنه وقع النفور والنشوز بين الزوجين وحاول الحكمان الإصلاح فلم يصل إلى نتيجة، لذلك وجب التفريق ولو بدون رضا الزوجين.

كذلك ما يروى أن عثمان بن عفان بعث عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان حكّمين للنظر فيما بين عقيل بن أبي طالب وزوجته فاطمة بنت عتبة بن ربيعة من شقاق، فقيل لهما: "إن رأيتما أن تفرقا فرقتما وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما". وصح عن علي بن أبي طالب أنه قال للحكّمين: "أندريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا"⁽¹⁾.

(1) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، أبو محمد، المحلى بالآثار شرح المجلى باختصار، ج9، كتاب النكاح، مسألة إذا شجر بين الرجل وامرأته، دار الفكر - بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 247؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مج5، ط27، الباب: حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخلع، مؤسسة الرسالة، بيروت - مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1415هـ/1994م، ص 174.

القول الثاني: يرى الحنفية والشافعية في قول، وأحمد بن حنبل في رواية أن مهمة الحكمين الإصلاح والتوفيق بين الزوجين وليس لهما التفريق إلا إذا كانا وكيلين عن الزوجين بذلك.

واستدلوا في ذلك بأن مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين كما نص بذلك القرآن الكريم بقوله: ﴿إِنْ يُرِيدَ إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾⁽¹⁾، فلم يقل القرآن الكريم إن يريدان فرقة، فإيفاد الحكمين هو لوعظ الظالم من الزوجين وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ على يده⁽¹⁾.

كما استدلو بأن سلطة الحكمين في التفريق لا أصل لها، لأن ذلك إما أن يكون مستمداً من الحاكم أو من الزوجين، فإن كانت مهمتهما مستمدة من الحاكم، فالحاكم نفسه لا يملك حق التفريق، وإن كانت من الزوجين فلا تصح بدون توكيل⁽²⁾.

أيضاً من بين الأدلة التي استند إليها هؤلاء الفقهاء أن الزوجين راشدان بالغان فلا ولاية عليهما لغيرهما⁽³⁾.

الترجيح

إذا نظرنا لأدلة المانعين من إعطاء حق التفريق للحكمين نجدها غير سالمة من الاعتراض، فالقول بأن الحكمين المصرح بهما في الآية إنما هما وكيلان، فهذا صرف للفظ القرآني عن ظاهره بغير دليل قوي يعضد هذا التأويل⁽⁴⁾.

(1) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، ج3، باب الحكمين كيف يعملان، دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان، 1405هـ/1984م، ص 154.

(2) أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، المرجع السابق، ص 151.

(3) وائل طلال السيكي، المرجع السابق، ص 83.

(4) عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن. ص 130.

ومن المعلوم أن الحكم له معنى في الشرع واللغة والعرف غير معنى الوكيل، مثلما ذكر ذلك ابن العربي وابن القيم رحمهما الله، حيث أن الْحَكْمَ مَنْ لَهُ وَلايَةُ الْحُكْمِ وَالْإِلْزَامُ وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ⁽¹⁾.

كما أن التفريق في الآية لا يدل على عدم جوازه، خاصة إذا علمنا أن متولي الخصومة هو حكم، ومن شأن الحكم أن يحكم بما أوصله إليه اجتهاده، ولو من غير رضا المتخاصمين⁽²⁾.

ومنه، نصل إلى أن الرأي الراجح هو قول المالكية ومن وافقوهم، وهو إعطاء الحكّمين سلطة الحكم بالتفريق إذا لم تتوصلا إلى الإصلاح فمما بين الزوجين، وأنهما حكمان ينفذ فعلهما كما ينفذ فعل الحاكم في القضية وليس وكيلين، لظهور أدلته، ولأن الأصل في الشرع رفع الحرج وإزالة الضرر اللاحق بهما أو بأحدهما.

ويمكن أن يقع التفريق بطريق الخلع إذا رضيت به الزوجة، ويقع الطلاق في هذه الحالة بائنا. وكل ذلك تقدير المالة يرجع إلى الحكّمين، فإن رأيا المصلحة في الجمع جمعا، وإن رأياها في التفريق فرقا، لأن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وهما كحاكم الإمام⁽³⁾.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

نلاحظ أن المشرع الجزائري ومن خلال المادتين 56 ق أ ج و446 ق إ م إنه حدد صراحة الهدف من مسألة ندب الحكّمين هو الإصلاح والتوفيق بين الزوجين لا غير، وذلك من خلال ما يلي:

(1) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص174.

(2) عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 129.

(3) محمد حسين الشيعاني، المرجع السابق، ص 16.

1- خص المشرع ندب الحكّمين في حالة واحدة تعد سببا من أسباب التفريق القضائي بين الزوجين وتتمثل هذه الحالة في تفاقم الخصام بين الزوجين واستمرار الشقاق، دون أن يثبت الضرر في ذلك.

ومنه يشترط لتعيين الحكّمين في دعوى التطلاق للشقاق:

- أن يشتد الخصام بين الزوجين، وتقدير شدة الخصام هو أمر يتعلق بموضوع الدعوى، ولذلك يخضع تقديره لقاضي الموضوع.

- ألا يثبت الضرر أمام القاضي، ولم يستطع القاضي التوفيق بين الزوجين.

2- أن المشرع قد قصر دور الحكّمين في الإصلاح ما استطاعا إلى ذلك سبيلا، وليس لهما القول بالتفريق بين الزوجين⁽¹⁾.

3- لا تعدو أن تكون سلطة الحكّمين اللذين يعينهما القاضي مجرد تكليف بمهمة، إذا فشلا في ذلك، فإن للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا ويعيد القضية إلى الجلسة واستمرار الخصومة، بعد أن يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة طبقا للمادة 447 ق إ م⁽²⁾.

إذن، فمهمة الحكّمين محددة من القاضي، وتنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين وظروفه وملابساته وتحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع، إضافة إلى محاولة إزالة الخلاف والتوفيق بينهما وتقريب وجهات النظر بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا، وسماع أقوال الزوجين، وتوضيحات من كان يشاركهما مسكن الزوجية كالأولاد والأقارب إن وجدوا. وسواء توصل الحكّمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا، فعليهما أن يقدموا تقريرا إلى القاضي الذي عينهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما، يشتمل على النتائج التي توصلوا إليها وعلى اقتراحاتهما لحسم الخلاف.

(1) ليلي طالب، المرجع السابق، ص 43.

(2) المرجع نفسه، ص 44.

وعلى إثرها يحكم القاضي في ضوء تقرير الحكّمين الذي لا يشترط فيه أن يكون محللاً كما يجوز له ضمن التقرير وتعيين حكّمين آخرين وفقاً لسلطته التقديرية في هذا المجال، وهو غير ملزم بما تضمنه هذا التقرير.

ونلاحظ بأن محضر الصلح الذي يعده الحكّمين ليست له ذات الحجية والقوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقاً لمادتين 443 و 993 ق إ م إ، فمحضر الصلح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملاً بالمادة 1004 من نفس القانون، بينما لا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سنداً تنفيذياً⁽¹⁾.

ولهذا نرى أنه كان على المشرع الجزائري الأخذ برأي المالكية ومن وافقهم من أن مهمة الحكّمين في الإصلاح بين الزوجين والتفرقة⁽²⁾.

الفرع الرابع: اختلاف الحكّمين في الحكم

إذا اتفق الحكّمان في الحكم، فحكمهما نافذاً، فإن اختلف الحكّمان في الحكم لم يؤخذ برأي واحد منهما، وعلى القاضي أن يختار غيرهما للنظر في الشقاق بين الزوجين، أو يضم إليهما ثالثاً مرجحاً، ويحلفه اليمين، وبصدران حكمهما بالاتفاق ليكون نافذاً على الزوجين رضياً أم كرهاً⁽³⁾.

في هذا قال ابن قدامة: «وإن قلنا أنهما حكّمان، فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلق، فينفذ ذلك عليهما، رضياً أو ألباه»⁽⁴⁾، فإن اختلف الحكّمان لم ينفذ قولهما ولم يلزم من

(1) عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 339.

(2) سمره بريكي، المرجع السابق، ص 80.

(3) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُوردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7، ط3، باب الحكّمين في الشقاق بين الزوجين، رقم الحديث 14789، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ/2003م، ص 500؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.س.ن، ص 495.

(4) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، الشهير بابن قدامة، المغني، ج7، فصل خافت المرأة نشوز زوجها وإعراضه عنها، مكتبة القاهرة، مصر، 1388هـ/1968م، ص 321.

ذلك شيء إلا ما اجتمعا عليه⁽¹⁾. وكذلك كل حكيم حكما في أمر، فإن حكم أحدهما بالفرقة ولم يحكم بها الآخر لم تجز الفرقة، وكذلك إذا أعطى أحدهما على الآخر شيئا⁽²⁾ وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية، ونقل الإجماع عليه⁽³⁾.

وحجة ذلك: إن كل واحد من الحكيمين مال إلى صاحبه باجتماعهما عليه⁽⁴⁾. ومنه إذا حكم أحدهما بمال والآخر بغير مال لم يكن شيء، لأنه اختلاف محض، كالشاهدين إذا شهد أحدهما ببيع والآخر بهبة فإنه لا ينفذ اتفاقا⁽⁵⁾.

وما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكيمين: «إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع».

قال مالك: «وذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم، أن الحكيمين يجوز قولهما بين الرجل وامراته في الفرقة والاجتماع»⁽⁶⁾.

الترجيح: عليه فإنه في حال اختلاف الحكيمين فإن الأمر يحال إلى القاضي، يعين حكيمين آخرين أو يعين حكما ثالثا ويأخذ برأي الأكثرية وهو المرجح.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 496.

(2) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ج6، ط1، كتاب الخلع والنشوز، باب الحكيمين، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 1422هـ/2001م، ص 495.

(3) سمره بريكي، المرجع السابق، ص 81.

(4) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مج2، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص 193.

(5) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، المشهور بالقاضي أبو بكر بن العربي الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد عبد القادر عطا، ج1، ط3، كتاب، مسألة الحكمان حكما بالفراق بين الزوجين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ/2003م، ص 542.

(6) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، أبو عمر، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه "الموطأ" من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، توثيق وتخريج: عبد المعطي أمين قلنجي، مج 18، ط1، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الحكيمين، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق- بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة، 1414هـ/1993م، ص 108.

الفرع الخامس: قضاء القاضي بالتفريق بين الزوجين على ضوء تقرير الحكّمين

فيما يخص هذه المسألة سنتطرق إلى نظرة كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري وذلك على المنوال التالي:

أولاً: قضاء القاضي بالتفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي

إن كان الحكمان موكلين من الزوجين بالتفريق، فلا حاجة لحكم القاضي بتفريقهما، وتقع الفرقة بحكمهما مباشرة.

وإن كانا محكمين من القاضي، ألزما برفع حكمهما إليه لينفذه، إلا أنه لا خيار له في إنفاذه، بل هو مجبر عليه، وإن خالف اجتهاده، فإذا اختلف الحكمان ولم يتفقا على شيء عزلهما القاضي، وعين حكّمين آخرين بدلا منهما، وهكذا حتى يتفق حكمان على شيء، فينفذه⁽¹⁾.

ثانياً: قضاء القاضي بالتفريق بين الزوجين في التشريع الجزائري

من المقرر في المذهب المالكي أنه إذا اتفق الحكمان على رأي، نفذ حكمهما وأمضاه القاضي دون تعقيب، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 56 ق أ ج، وأكد هذا المعنى ما قضت به المادة 448 ق إ م إ السالفة الذكر.

ويعمفهوم المخالفة، نكون أمام افتراضين⁽²⁾:

الافتراض الأول: وهو أن يتفق الحكمان على التطبيق، وهو ما لم يصرح به المشرع الجزائري، لأن رفض منح هذه السلطة للحكمين، واعتبرهما وكيلين عن القاضي، لا يخرجان عن حدود الوكالة التي منحت لهما، وإلا جاز له سحبها منهما.

(1) سمره بريكي، المرجع السابق، ص 84.

(2) وردة بوزيد، المرجع السابق، ص 161.

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 اتفقا على رأي نفذ 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... أو رتب الحكم على ذلك اتفاق الحكمين على وجوب التفريق بين الزوجين وقضى بالتطليق، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون».

الافتراض الثاني: وهو أن يختلف الحكمين، فيطلق أحدهما ولا يطلق الآخر، وهذا أيضا مردود، ولا يمضيه القاضي، بل إن المادة 449 ق إ م إ، قضت بأنه يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين إذا تبين له صعوبة تنفيذ مهمة التحكيم، وإن يعيد القضية إلى الجلسة لتستمر الخصومة.

وتكمن الصعوبة، إما في تعنت احد 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.

غير أن محكمة النقض المصرية بنت رفضها لتقرير الحكمين على أسباب ضمننتها في قرار لها جاء فيه: «غير أن المحكمة لا تلتزم بالحكم بما اتفق عليه الحكمان في تقريرهما، إذا كان التقرير باطلا، كما لو كان الحكمان لم يخطرا الزوجين أو احدهما ببدء التحكيم ومكان انعقاده، أو كان التقرير خاليا من الأسباب التي بني عليها، أو كانت هذه الأسباب مشوبة بالقصور أو كان ما اقترحه الحكمان مخالفا للقانون، كأن يثبت لهما أن الإساءة كلها من جانب الزوجة ثم يقترحان التطليق دون بدل، أو يجهل الحال أمامهما فلم يعرفا المسيء من الزوجين ويقترحان التطليق ببذل»⁽¹⁾.

(1) ورده بوزيد، المرجع السابق، ص 162.

المطلب الثاني: شروط تعيين الحكيم

نظرا للأهمية البالغة لدور الحكيم، يلزم أن تتوفر في من يؤديه شروطا، لكي يحقق التحكيم بين الزوجين الغرض المرجو منه، فلا بد من الأهلية والكفاءة والأخلاق العالية والحجة في الحوار والإقناع وكل ذلك من أجل أن لا يعتري حكمهما ظلم ولا ينساقا إلى مسالك العاطفة.

ولما سكت المشرع الجزائري عن الشروط الواجبة في الحكيم فإن الضرورة تقتضي الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما قضت به المادة 222 ق أ ج، حيث اتفق الفقهاء على بعض الشروط (الفرع الأول)، كما اختلفوا في بعضها الآخر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط تعيين الحكيم المتفق عليها

اتفق الفقهاء على جملة من الشروط المتعلقة بالحكيم أهمها، كمال الأهلية، بأن يكون الحكيم بالغين فلا يصح تحكيم الصبي ولا السفية، والإسلام،... وغيرها من الشروط وهو ما سيتم مناقشته من خلال الآتي:

الشرط الأول: الإسلام

لا يصح أن يكون الحكمان أو أحدهما كافرا فلا ولاية للكافر على المسلم⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ بِكُفْرِهِمْ إِنْ كَانَ لَكُمْ فَتْحٌ مِّنَ اللَّهِ قَالُوا أَلَمْ نَكُنْ مَّعَكُمْ وَإِن كُنَّا لَكَاذِبِينَ نَصِيبٌ قَالُوا أَلَمْ نَسْتَحْوِذْ عَلَيْكُمْ وَنَمْنَعَكُمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽²⁾.

(1) تسعديت لقبال، سهام لخباث، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016، ص 71.

(2) سورة النساء، الآية رقم 141.

الشرط الثاني: العدالة

لا يصح حكم غير عادل، سواء حكم بطلاق أو إبقاء بمال في الخلع، لأن تحكيم غير العدل غرر، لما فيه من الجهل بما يؤول إليه الحكم⁽¹⁾، حيث جاء عن ابن قدامة: فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكيمين حرين مسلمين عدلين⁽²⁾.

الشرط الثالث: أن يكونا من أهل الزوجين

هذا الشرط جاء منصوصا عليه في آية التحكيم، ولكون أهل الزوجين هم أحرص الناس على مصلحتيهما، وأكثرهم معرفة بحالیهما، بالإضافة إلى أنهم من أقرب الناس إليهما فيستطيعان أن يتابعا ويشرفا عليهما مما يساعد على نجاح الطرفين في تجاوز أزمتهما وحل نزاعهما.

لكن في غياب الأهل جاز بعث حكيمين أجنيين لأن القرابة ليست شرطا في الحكم أو الوكالة⁽³⁾. كما أن بعض الأهل قد تأخذ الحمية لذوي قرابتهم خاصة من جهة الزوجة لأنهم يرون فيها الطرف الضعيف في العلاقة، فينصرونها دونما استفسار عن الأسباب الحقيقية للخلاف، فيحكما بما تمليه العاطفة لا بما يقتضيه العقل والعدل⁽⁴⁾.

في هذا يقول ابن رشد: «اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى جَوَازِ بَعْثِ الْحَكَمَيْنِ إِذَا وَقَعَ التَّشَاجُرُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ؛ وَجُهِلَتْ أحوَالُهُمَا فِي التَّشَاجُرِ - أَعْنِي: الْمُحِقُّ مِنَ الْمُبْطِلِ، حَيْثُ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْحَكَمَيْنِ لَا يَكُونَانِ إِلَّا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ: أَحَدُهُمَا مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ، وَالْآخَرُ مِنْ قِبَلِ الْمَرْأَةِ، إِلَّا أَنْ لَا يُوجَدَ فِي أَهْلِهِمَا مَنْ يَصْلُحُ لِذَلِكَ فَيُرْسَلُ مِنْ غَيْرِهِمَا، وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ الْحَكَمَيْنِ إِذَا

(1) تسعديت لقبال، المرجع السابق، ص 72.

(2) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 320.

(3) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، أبو إسحاق، ج 2، كتاب الصداق، باب النشوز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص 488.

(4) وردة بوزيد، المرجع السابق، ص 147.

اِخْتَلَفَا لَمْ يَنْفُذْ قَوْلُهُمَا. وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ قَوْلَهُمَا فِي الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَافِذٌ بِغَيْرِ تَوْكِيلٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ»⁽¹⁾.

الشرط الرابع: العلم والفقہ

مقتضى هذا الشرط أن يكون لهما خبرة ودراية في أمور الأزواج وحسن النظر والتبصر بالفقہ ومعرفة حقوق وواجبات الزوجين، وقال المرادوي: «يشترط أن يكون عالمين بالجمع والتفريق».

الشرط الخامس: التكليف (كمال الأهلية)

اشترط الفقهاء بأن يكون الحكمين بالغين فلا يصح تحكيم الصبي ولا المجنون لأنه رفع عنهم القلم، ولا المعتوه، وليس لهم ولاية على أنفسهم، فالأولى ألا يكون لهم ولاية على غيرهم⁽²⁾.

الشرط السادس: المعرفة بأحكام الجمع والتفريق بين الزوجين

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط في الحكمين ان يكون عالمين بل الجمع والتفريق بين الزوجين، إلى أنه لا يشترط في الحكم العلم بالحلال والحرم وسائر الاحكام بل ذلك من باب الندب ولاستحباب.

(1) محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد، الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، كتاب النكاح، الباب الثاني في المتعة، في بعث الحكمين، دار الحديث- القاهرة، مصر، 1425هـ/2004م، ص 117؛ ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، ج7، المرجع السابق، ص 244.

(2) أَخْبَرَنَا عَفَّانُ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: " رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ " وَقَدْ قَالَ حَمَّادُ: "أَيْضًا وَعَنِ الْمُعْتَوِّهِ حَتَّى يَعْقِلَ". عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، أبو محمد، التميمي السمرقندي، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، تحقيق: حسين سليم أسد الدارمي، ج3، الطبعة الأولى، الكتاب باب رفع القلم عن ثلاثة، رقم الحديث 2342، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1412هـ/2000م، ص 1477.

واختلف الشافعية في اشتراط الاجتهاد في الحكمين، فقال النووي والشربيني - رحمهما الله - أنه لا يشترط ذلك، وخالفه الماوردي وشيرازي - رحمهما الله - فقالوا: إن قلنا حكمان يشترط فيهما الاجتهاد، لأن الحكم لا ينفذ الا من مجتهد، وإن قلنا كي لان لا يشترط فيهما، لأن الاجتهاد ليس من شروط الوكيل، وهذا الاختلاف موجود في مذهب الحنابلة أيضا.

الشرط السابع: رضا الزوجين بالحكمين

اشترط رضا الهجين بالحكمين مبني على صفة الحكمين هل هما حكمان أو وكيلان عن الزوجين، فعلى القول بأنهما حكمان تتم ولايتهما بتقليد الحاكم لهما ولا يعتبر فيهما إذن الزوجين ولا رضاهما، وعلى القول بأنهما وكيلان عن الزوجين لا تتم ولايتهما إلا بتوكيل الزوجين ورضاهما.

هذا بالنسبة للشروط الواجب توافرها في الحكمين، أما بالنسبة لعدد الحكمين فيها، وبالرجوع إلى نص المادة 446 ق إ م إ التي تنص على أنه: «إذ لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة».

الفرع الثاني: شروط تعيين الحكمين المختلف فيها

اختلف فقهاء الشريعة في مسألة التحكيم في شرطين هما شرط الذكورة وشرط تعدد المحكمين وهو ما يأتي بيانه من خلال الآتي:

الشرط الأول: الذكورة

القول الأول: يشترط الذكورة مطلقا؛ سواء كانا حاكمين أم وكيلين فلا يجوز تحكيم المرأة. ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

قال ابن قدامة: «ويكونان ذكرين»، وقال الشيرازي: «يجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما في أحد القولين حاکمان وفي الآخر وكيلان إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ولا يكمل ذلك إلا ذكران عدلان»⁽¹⁾.

من بين الحجج التي يستند إليها أصحاب هذا الرأي هي⁽²⁾:

- أن التحكيم يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ولا يصلح لذلك إلا ذكران.
- لم يول النبي، ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم امرأة قضاء، ولا ولاية بلد ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً.

- أن المرأة مأمورة بالتحرز من مخاطبة الرجال فهي ليست كالرجل؛ لأنها ناقصة العقل، قليلة الرأي، غير أهل لحضور مجتمع الرجال، ومحافل الخصوم، وهذا مما يضيع الحياء.

- تحكيمها يفضي إلى ارتكاب محذور؛ لما فيه من الاختلاط مع الرجال، والنظر، والخلوة ببعض الخصوم، أو الشهود.

- ظاهر الآيات، والأحاديث التي تدم تولية المرأة مثل قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ

عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾⁽³⁾، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما أفلح قوم أسندوا أمرهم إلى امرأة"⁽⁴⁾.

(1) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو إسحاق، المرجع السابق، ص 488؛ موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، الشهير بابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 320.

(2) وائل طلال سكيك، المرجع السابق، ص 69.

(3) سورة النساء، الآية رقم 34.

(4) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَرِّزَه الجعفي البخاري، أبو عبد الله، الجامع الصحيح، ج 9، كتاب الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1312هـ/1894م، ص 55؛ أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقرئ، إمتاع الأسماع بما للنبي من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، تحقيق: محمد عبد الحميد النميسي، ج 13، الطبعة الأولى، باب وأما إنذاره صلى الله عليه وسلم بالفتن، ص 231، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م. رواه ابن حجر في فتح الباري، 128/8، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، رقم الحديث (4425)، 54/13، كتاب الفتن، باب الفتنة التي تموج كموج البحر، رقم الحديث (7099).

- أن الله تعالى قال: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾⁽¹⁾؛ فلم يجز شهادتها في المعاملات المالية إلا بحضور رجل، وامرأة أخرى معها؛ فإذا كانت لا تصح شهادتها في هذه الأمور؛ فلا تصح توليتها فيه.

القول الثاني: شرط الذكورة واجب إذا قلنا إن الحكمين حاكمان ومندوب إذا قلنا إن الحكمين وكيلان.

ذهب إلى هذا القول بعض الشافعية ومنهم الحناطي والزرکشي من الحنابلة، إذ قال بجواز أن يكون الحكم أنثى على اعتبار أنهما وكيلان. وذكر ذلك أيضا عن جرير الطبري أنه لا تشترط الذكورية لتولي التحكيم.

القول الثالث: لا تشترط الذكورة إلا فيما لا تقبل شهادة المرأة فيه

يجوز التحكيم للمرأة فيما تقبل شهادتها فيه، فأهلية القضاء - عندهم - تدور مع أهلية الشهادة، فما يقبل شهادة المرأة فيه يجوز أن تتولى القضاء فيه، وما لا يقبل لا فلا.

ذهب إلى هذا القول الحنفية وكذلك ذهب بعض المالكية إلى جواز تحكيم المرأة⁽²⁾.

وقوله: «رجلاً» وصف طردي وليس بقيد، فلو حكمت امرأة، أو حكمت امرأتان امرأة فإن ذلك لا بأس به، وهو جائز، فلو فرض أن امرأة عندها علم وأمانة وثقة ومعرفة، فتحاكم إليها رجلان فحكمت بينهما فلا بأس، ولا مانع؛ لأن هذه الولاية ليست ولاية عامة حتى نقول: لا بد فيه من الذكورية، إنما هو رجلان أو خصمان اتفاقاً على أن يكون الحكم بينهما هذه المرأة، وهذا التحكيم يشبه المصالحة من بعض الوجوه⁽³⁾.

(1) سورة البقرة، الآية رقم 282.

(2) وائل طلال سكيك، المرجع السابق، ص ص 70، 71.

(3) محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ط1، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1422هـ/2001م، ص 284.

الشرط الثاني: تعدد المحكمين

يشترط الشافعية أن يكونا هناك حكمين اثنين، فلا يجوز الاقتصار على حكم واحد على الأصح⁽¹⁾. امتثالا لقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾.

وعن إسماعيل بن محمد الصَّقَّار، قال: حدثنا سعدان بن نصر، حدثنا أبو معاوية، عن الحجاج، عن أبي إسحاق، عن الشعبي، عن الحارث، عن عليّ - رضي الله عنه - قال: إذا حَكَمَ أَحَدُ الْحَكَمَيْنِ وَلَمْ يَحْكَمْ الْآخَرَ فَلَيْسَ حُكْمُهُ بِشَيْءٍ حَتَّى يَجْتَمِعَا⁽²⁾.

مع ملاحظة أن ابن العربي - رحمه الله - يرى جواز بعث حكم واحد مطلقا، فقد قال: يجزئ إرسال الواحد؛ لأن الله سبحانه وتعالى حكم في الزنا بأربعة شهود ثم قد أرسل النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى المرأة الزانية أنيسا وقال له إن اعترفت فارجمها⁽³⁾.

ولقد جاء قانون الأسرة الجزائري موافقا لرأي المالكية في كون الحكمين لا يكونان إلا من الأهل، إلا إذا تعذر ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 2/56 ق.أ.ج. غير أنه أغفل النص على ذكر الشروط الأخرى والتي لها أهمية بالغة بالنسبة للشخص المكلف بالتحكيم وكذا بالنسبة للزوجين، وفي حالة غياب ذكر هذه الشروط فإن المادة 222 من نفس القانون تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية ومنها يتم استنباط الشروط الأخرى من أهلية وبلوغ وإسلام وعدالة.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 56 ق أ ج: «إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما».

(1) يحي بن شرف النووي الدمشقي، أبي زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، تحقيق: زهير الشاويش، ج7، ط3، كتاب عشرة النساء، الباب الثاني: الشقاق، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1412هـ/1991م، ص 372.

(2) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُو جردى الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج15، الطبعة الأولى، كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، مصر، 1432هـ/2011م، ص155.

(3) محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مج9، العدد 2، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يونيو 2012، ص 169.

يعين القاضي الحكيم، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيم أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين». أي أنه عند اشتداد الخصام والنزاع بين الزوجين يلجأ القاضي إلى التحكيم للتوفيق بينهما، ويعين القاضي الحكيم أي أن القاضي هو المكلف بتعيين الحكيم، وحسب المادة 446 ق إ م إ تنص على أنه: «إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكيم اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة»، أي أن القاضي يعين الحكيم عند اشتداد الخصومة وعدم ثبوت الضرر، وهو غير ملزم بتعيين الحكيم وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: المبدأ: القاضي غير ملزم بتعيين الحكيم في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وثبوت الضرر»⁽¹⁾.

إلا أنه لم يحدد لا في قانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الإجراءات المتعلقة ببعث الحكيم وعملهما والشروط الواجب توافرها في الحكيم ما عدا قوله أن يكون أحدهما من أهل الزوج وآخر من أهل الزوجة، ويكون الهدف من بعثهما الإصلاح بين الزوجين وإرجاع الأمور إلى نصابها، حفاظا على الأسرة من التفكك. كما أن المادة 446 ق إ م إ السابقة الذكر أحالتنا إلى المادة 56 ق أ ج، والتي نجدها لا تتضمن الجانب الإجرائي في تعيين الحكيم وعملهما، ولم تنص سوى قاعدة واحدة وهي وجوب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

كما أنه لم يبين مدى صلاحيات الحكيم، إن كان ما يتوصلان إليه ملزم أو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ولم يحدد كيفية تعيين الحكيم، فهل يتم تعيينهم بأمر كتابي أو شفهي؟ كما لم يتطرق إلى الحالة التي يرفض الزوجين التحكيم.

(1) قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/04/14، رقم الملف 620084، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012، ص 299.

أيضا لا يشترط عند المالكية لصحة تولية المحكم إليه أن يكون سليم الحواس، فتصح حكومة الأعمى والأخرس والأصم وينفذ قضاؤه⁽¹⁾.

المطلب الثالث: أثر التحكيم في لزوم الحكم ونفاذه

بعد انتهاء مهام الحكّمين في جلسة التحكيم بين الزوجين، يقومان بتقديم تقرير مفصل إلى القاضي عن فحوى محادثتهما مع الزوجين المتخاصمين والنتائج النهائية التي توصلوا إليها من خلال جلسة التحكيم، وهو ما يسفر بالضرورة عن لزوم الحكم (الفرع الأول) ونفاذه في حق كلا من الزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: لزوم الحكم

متى أصدر الحكم حكمه، أصبح هذا الحكم ملزما للخصمين المتنازعين، وتعين إنفاذه دون أن يتوقف ذلك على رضا الخصمين طالما لم يعزلا المحكم قبل إصداره للحكم، وحكمه في ذلك كحكم القاضي. وليس للحكم أن يرجع عن حكمه أو أن يعدله بعد صدوره، فلو رجع الحكم عن حكمه ففضى للآخر لم يصح القضاء الثاني فهو باطل، لأن الحكم تم بالقضاء الأول، وهذا الحكم ينحصر في الخصمين فقط لا يتعدى إلى غيرهما ولا يسري أثر حكم الحكم على غيرهما، فهما ملزمان بحكم الحكم منذ ارتضاءهما به، واتفاقهما عليه للحكم والفصل بينهما من نزاع وخصومة⁽²⁾.

(1) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، باب في القضاء وأحكامه، المرجع السابق، ص 130؛ محمد حسين الشيعاني، بعث الحكّمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين: دراسة وصفية تحليلية مع شرح موجز لنظام مراكز المصالحة المعتمد بوزارة العدل السعودية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، العدد 1/211، جامعة الأمير سونكلا، تايلاندا، 2014، ص 11.

(2) عبد المجيد محمد السوسوه، أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، كلية القانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، جانفي 2005، 126.

الفرع الثاني: تنفيذ الحكم

كما يظهر لزوم الحكم في أثر التحكيم فإن لتنفيذه أيضا أثر عليه، وذلك نتيجة للولاية التي نشأت من اتفاق التحكيم، فإذا رضي الخصمان بالحكم فإنهما يقومان بتنفيذه، وإذا سخطه أو تراجع عنه أحدهما أو كلاهما فيكون مرد الأمر إلى القضاء.

وقد اختلف الفقهاء في مدى سلطة القاضي إذا رفع إليه حكم المحكم إليه: فالحنفية لا يجبرون القاضي على أن يأمر بتنفيذ هذا الحكم، بل ينظر فيه، فإن وجده يوافق مذهبه أخذ به أمضاه، ويكون إمضاه بصفة الحكم، وإن وجده يخالف مذهبه كان له الخيار، إن شاء أمضاه وأمر بتنفيذه وإن شاء أبطله.

أما المالكية، فيذهبون إلى القول بعدم جواز أن ينظر القاضي في حكم المحكم إليه، بل يمضي حكمه ويأمر بتنفيذه، ولا ينقضه إلا إذا كان جورا بينا، سواء وافق مذهبه أو خالفه؛ لأن حكم الحكم يرفع الخلاف⁽¹⁾.

أما عند الشافعية والحنابلة فهم يرون أنه لا يجوز للقاضي أن ينقض حكم المحكم إليه إلا بما ينقض به قضاء غيره من القضاة⁽²⁾.

بعد استعراضنا لمختلف الآراء الفقهية المثارة حول هذه المسألة، يمكن القول أن الرأي الراجح هو الذي جاء به جمهور الفقهاء، لأنه لو كان للقاضي فسخه دون سبب مؤثر مقبول لما كان للتحكيم فائدة، بل يكون عبثا وعبثا وتضييعا للوقت، ومن جانب آخر فإن رضا الطرفين يترتب عليه الالتزام باحترام كل واحد منهما إرادته، وما القضاء إلا لتنفيذ التزامات الناس، كما هو الحال في العقود، حيث حينما تعرض على القضاء يلزم الطرفين بآثار عقودهما وهكذا ينبغي بالنسبة للتحكيم، ومن جانب آخر فالحكم برضا من له الولاية فإن

(1) علي محي الدين القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي وكيفية التحكيم في البنوك الإسلامية، متاح على الموقع الإلكتروني:

www.qaradaghi.com بتاريخ: 2019/08/28 على سا: 18:30

(2) محيي الدين يحيى بن شرف النووي، أبو زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ج11، ط3، باب كتاب القضاء، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1412هـ/1991م، ص123.

الخصمين قد جعلنا الحكم حاكما بإرادتهما وولايتهما على نفسيهما، فيكون حكمه كحكم القاضي الذي أعطاه الولاية من له حق الولاية على المسلمين، ولا يوجد فرق جوهري إلا في أن الحكم خاص بالطرفين، والحاكم عام⁽¹⁾.

وقد جاء في المادة 448 ق إ م إ على أنه: «إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن»، نلاحظ بأن محضر الصلح الذي يعده الحكمين ليس له ذات الحجية والقوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقا للمادتين 443 و 993 ق إ م إ، فمحضر الصلح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر، بينما لا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سندا تنفيذيا.

من خلال ما سبق فإن القانون وافق الفقه الإسلامي على أن الحكمين يبعثان عند الشقاق واشتداد النزاع بين الزوجين، كما وافق أيضا جمهور الفقهاء في أن الحاكم هو الذي يعين الحكمين، ووافقهم في أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين، وإن كان وقع خلاف بين الفقهاء فيما إذا وجد أهل الزوجين كما رأينا، أن المالكية يرون أنه يجب أن يكونا من أهل الزوجين، وذهب الشافعية إلى أنه مندوب، يؤخذ على القانون أنه لم يتعرض لشروط الحكمين⁽²⁾، إلا أنه وحسب المادة 222 ق أ ج التي نصت على أنه: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية...».

(1) علي محي الدين القره داغي، المرجع السابق.

(2) عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 46.

خاتمة

أولت الشريعة الإسلامية أهمية بالغة للزواج ونزلت في حقه آيات كثيرة تحت عليه وترغب فيه، تحقيقاً للمقاصد العظيمة التي وضعها الشرع غاية للزواج. غير أن هذه العلاقة قد يعتريها في فترة من فترات حياتها ما يعكر صفوها واستقرارها بسبب المشاكل أو ضغوطات الحياة اليومية التي يواجهها الزوجين، مما يتسبب في إثارة الخلاف والشقاق بينهما. ولأجل استمرار تلك العلاقة والحفاظ على قدسية الزواج والروابط الأسرية من التفكك والضياع، فقد أعطى لنا الشرع الحل الأمثل في مثل هذه المواقف وهو اللجوء إلى الصلح أو التحكيم.

ولقد استمد التشريع الجزائري المبادئ والأفكار والقيم التي تدعو إلى الصلح والتحكيم بين الزوجين من روح الشريعة السمحاء، والتي فصلت في كيفية إقامة هاتين الآليتين الهامتين وبينت شروط تطبيقهما. كما كرس التشريع الجزائري تلك المبادئ على شكل نصوص قانونية موضوعية وإجرائية، حيث يقوم القاضي بمحاولة الصلح بين الزوجين فإن فشلت يقوم بتعيين حكمين واحد من أهل الزوج والثاني من أهل الزوجة.

بناء على ذلك توصلنا إلى مجموعة من النتائج نوجزها فيما يلي:

- أن كلا من الصلح والتحكيم ثبتت مشروعيتهما بالكتاب والسنة والإجماع.
- رغم ثبوت مشروعية الصلح بالكتاب والسنة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في طلب التحكيم بوجود القضاء.
- إجراء الصلح هو إجراء وجوبي يقوم به قاضي شؤون الأسرة في القضايا المتعلقة بفك الرابطة الزوجية طبقاً للمادتين: 49 ق أ ج و 439 ق إ م إ.
- إن المادة 49 ق أ ج جعلت - بعد تعديلها - من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح، مما يفيد تأكيد المشرع على وجوبها اعتباراً 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.

خاتمة

- الطلاق الذي يوجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح هو الذي عبرت عنه الإرادة التشريعية من خلال ما ورد في المادة 48 ق أ ج.

- أكد المشرع وحرص على حضور الزوجين شخصيا أمام القاضي في جلسة الصلح الذي يقتضي ضمان مبدأ المواجهة، المكرس بنص المادة 3/3 ق إ م إ، ولا يعفى هذا المبدأ إلا في حالات يستحيل فيها حضور الطرف الآخر كالغيبية والمفقود أو المسجون خارج الولاية، فهذه حالات تعتبر استثنائية فلا يتحقق مبدأ المواجهة بسبب طبيعة وظروف كل فرد.

- من بين الأمور المستحدثة والتي جاء بها قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه أعطى للقاضي بصفة عامة وقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة، صلاحيات واسعة في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي للقاضي، بأن يتخذ كل تدبير يراه ضروريا ولازما من أجل كشف وبحث إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية، وأجاز له أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة، ويكون اللجوء إليها عادة عندما ينطوي النزاع على سائل خارجة عن اختصاص القاضي.

- استحدث المشرع أيضا إجراء الإنابة القضائية بموجب المادة 441 ق إ م إ، حيث يجوز للقاضي أن يندب قاض آخر في إطار الإنابة القضائية لسماع أحد الزوجين الذي تعذر عليه الحضور لمانع ما.

- محضر الصلح الذي يعده قاضي شؤون الأسرة، بعد نجاح محاولات الصلح، يكتسي صفة السند التنفيذي؛ في حين أن محضر الصلح الذي يعده الحكيم ضمن تقريرهما فيتوقف على مصادقة القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.

- الفارق الجوهرى 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 بعد تصديق القاضي ووضع الصيغة التنفيذية عليه.

خاتمة

- خص المشرع الجزائري الصلح في قانون الأسرة بطريقتين: صلح يجريه القاضي مباشرة، و صلح عن طريق الحكّمين بإشراف من القاضي عند عدم ثبوت الضرر.
- يتمثل الهدف الأساسي من إجراء الصلح والتحكيم هو تحقيق الإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما حتى تستمر العلاقة الزوجية وتتماسك الأسرة.
- المخاطب بتعيين الحكّمين هم القضاة.
- أخذ المشرع الجزائري بالرأي القائل بأن الحكمان وكيلان، لا تعدو مهمتهما الإصلاح بين الزوجين.
- أورد المشرع الجزائري شرطا وحيدا، هو شرط القرابة.
- استخلصنا أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد جلسات الصلح واكتفى بتقييدها بمدة محددة وهي ثلاثة أشهر، وفي المقابل حدد عدد الحكّمين وهما حكّمين اثنين.
- أن الحكّمين اللذين يعينهما القاضي ليس لديهما سلطة التفريق بين الزوجين بل مهمتهما الرئيسية هي الإصلاح بينهما وهذا على خلاف ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية التي منحت للحكّمين سلطة التفريق بين الزوجين.
- في حالة فشل محاولات الصلح والتحكيم فإن الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق يعد طلاقا بائنا، لأن السبب الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق.

التوصيات

- إن الغموض الذي يكتنف نص المادة 56 ق أج خاصة في طريقة تعيين الحكّمين وكيفية استدعائهما وكذا الحل في حالة رفض الزوجين أو كلاهما للتحكيم، كل ذلك دفع بالقضاة في الواقع العملي إلى الاكتفاء بجلسات الصلح وعدم القيام بتعيين الحكّمين، فيمكن القول أنه كان على المشرع الجزائري أن يزيل هذا الغموض، وذلك بإدراج مواد قانونية أخرى تدعم هذه المادة وتفسرها.

خاتمة

- وجب على المشرع أن يتدخل ويغير مصطلح "الصلح" الوارد في المادة 50 ق أ ج استبداله بمصطلح "العدة" وذلك بتغيير صياغة النص القانوني أو إدراج مادة جديدة تنص على الصلح مع مراعاة العدة، حيث يجب أن تكون الصياغة الجديدة على النحو التالي: «يجوز للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة بدون عقد جديد مع مراعاة أحكام المادة 58 ق أ ج».

- تعديل نص المادة 446 ق إ م إ التي تنص على جوازية التحكيم وهي بذلك تتناقض مع نص المادة 56 ق أ ج التي تنص على وجوبية التحكيم.

- ضرورة علم القاضي بالأحكام الشرعية لمعرفة ما يحل وما يحرم من الأنكحة واحتساب العدة وغيرها، فعلمه هذا مصدر مهم في سلطته التقديرية.

- إنشاء محكمة خاصة بشؤون الأسرة، وإعداد قضاة متخصصين بتكوينهم وأقدميتهم وخبرتهم التي يكتسبونها من خلال مجال تخصصهم في القضاء الشرعي.

- نقترح إجراء تكوين ودورات في مسائل الزواج للمقبلين عليه.

1. المصادر

أولاً: القرآن الكريم برواية ورش

ثانياً: المعاجم والقواميس اللغوية

- 1- إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، المعجم الوسيط، الجزء الأول، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 2- _____، المعجم الوسيط، ج2، دار الدعوة، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 3- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، ج 2، الباب: حكم، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1979.
- 4- أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، المكتبة العلمية- بيروت، لبنان، 1987.
- 5- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج1، ط1، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2008.
- 6- إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، أبو نصر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ج 5، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 1987.
- 7- أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكليات: معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش- محمد المصري، ج1، مؤسسة الرسالة- بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 8- رينهارت بيتر آن دُوزي، تكملة المعاجم العربية، ترجمة وتعليق: محمد سليم النعيمي، ج 3، ط 1، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية، 1979-1980.

قائمة المصادر والمراجع

- 9- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1975.
- 10- علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1403هـ/1983م.
- 11- _____، كتاب التعريفات، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، ج1، ط1، دار الفضيلة، مصر، 2004.
- 12- محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، ج 2، ط3، دار صادر- بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م.

ثالثاً: كتب التفاسير

- 1- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق القمحاوي، ج3، دار إحياء التراث العربي- بيروت، لبنان، 1405هـ/1984.
- 2- إسماعيل بن عمر بن ضوء القرشي البصري، ثم الدمشقي، أبو الفداء، المشهور بابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد السلامة، ج4، ط2، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1420هـ-1999م.
- 3- محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ج 5، ط 2، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1384هـ/1964م.
- 4- _____، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، أبو عبد الله، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، محمد رضوان عرقوسي، ج19، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1427هـ/2006م.

قائمة المصادر والمراجع

- 5- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَرْدِزِيَه الجعفي البخاري، أبو عبد الله، الجامع الصحيح، كتاب الفتن، ج 9، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، 1312هـ/1894م.
- 6- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الأملي، الشهير بالإمام أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج 7، الطبعة الأولى، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، مصر، 1422هـ/2001م.
- 7- —————، تفسير الطبري: جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد السند حسن يمامة، مج 25، ج 21، ط3، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، مصر، 1422هـ/2001م.
- 8- محمد بن محمد العمادي، أبي السعود، تفسير أبي السعود المسمى إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم، ج4، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2010.

رابعاً: كتب الحديث

- 1- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسرُوْجَردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج15، الطبعة الأولى، كتاب القسم والنشوز، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، القاهرة، مصر، 1432هـ/2011م.
- 2- —————، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، كتاب القسم والنشوز، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ/2003م.
- 3- —————، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج 10، ط 3، كتاب آداب القاضي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1424هـ/2003م.
- 4- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: عبد العزيز بن عبد الله بن باز - محمد فؤاد عبد الباقي - محب الدين الخطيب، ج5، ط1، كتاب الصلح، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379هـ/1959م.

قائمة المصادر والمراجع

- 5- أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج4، ط7، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، مصر، 1323هـ/1905م.
- 6- سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ج5، دار الحرمين - القاهرة، مصر، 1415هـ/1994م.
- 7- سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، أبي داود، سنن أبي داود، حققه وضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بليي، عبد اللطيف حرز الله، ج7، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، دمشق، الجمهورية العربية السورية، 2009.
- 8- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، جامع الأحاديث (ويشتمل على جمع الجوامع للسيوطي والجامع الأزهر وكنوز الحقائق للمناوي، والفتح الكبير للنبهاني)، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه فريق من الباحثين: عباس أحمد صقر وأحمد عبد الجواد، على جمعة، ج14، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1994.
- 9- عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الصمد الدارمي، أبو محمد، التميمي السمرقندي، مسند الدارمي المعروف بـ (سنن الدارمي)، تحقيق: حسين سليم أسد الداراني، ج3، الطبعة الأولى، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1412هـ/2000م.
- 10- عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي، أبو بكر، المعروف بابن أبي شيبة العبسي، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ج4، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد - الرياض، المملكة العربية السعودية، 1409هـ/1989م.
- 11- علي بن أحمد القرافي الأنصاري الشافعي، نفحات العبير الساري بأحاديث أبي أيوب الأنصاري، تحقيق: محمد كريم محمد الجميلي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2014.

قائمة المصادر والمراجع

- 12- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مج5، ط27، مؤسسة الرسالة، بيروت- مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، 1415هـ/1994م.
- 13- محمد بن عبد الله بن الخطيب التبريزي، علي بن سلطان محمد القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، تحقيق: جمال عيتاني، ج9، كتاب المناقب والفضائل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 14- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، أبو محمد، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج 14، كتاب الوصايا، دار إحياء التراث العربي- بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 15- محي الدين يحيى بن شرف النووي، أبو زكريا، شرح النووي على مسلم: المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ترجمة: النووي، ج 12، ط2، كتاب الجهاد والسير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1392هـ/1972م.
- 16- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم وهو المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: صدقي جمال العطار، كتاب البر والصلة والآداب [الأدب]، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 17- نور الدين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيتمي، أبو الحسن، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، تحقيق: حسام الدين القدسي، ج 4، كتاب الأحكام، مكتبة القدسي، القاهرة، مصر، 1414هـ/1994م.

خامسا: كتب الفقه

أ - الفقه الحنبلي

- 1- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح المقدسي الصالحي الحنبلي، أبو إسحاق، المعروف ببرهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج4، الطبعة الأولى، كتاب الجهاد، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1418هـ-1997م.
- 2- موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، الشهير بابن قدامة، المغني، ج7، مكتبة القاهرة، مصر، 1388هـ/1968م.
- 3- _____، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج11، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983.

ب - الفقه الحنفي

- 1- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7، ط2، دار الكتاب الإسلامي، إيران، د.س.ن.
- 2- عبد الغني الغنيمي الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب وهو (شرح مختصر القدوري في الفقه الحنفي)، تحقيق: محمد العزازي، ط 1-4، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 3- عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج3، دار المعرفة، لبنان، 1975.
- 4- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 5- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المشهور بابن عابدين، الدر المختار بحاشية رد المختار، ج5، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412هـ/1992م.

قائمة المصادر والمراجع

- 6- _____، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، كتاب القضاء، دار الفكر - بيروت، لبنان، 1412هـ/1992م.
- 7- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج21، كتاب الصلح، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م.
- 8- محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرّي، العناية شرح الهداية، ج7، كتاب أدب القاضي، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن.

ج - الفقه المالكي

- 1- إبراهيم بن شمس الدين بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي، برهان الدين أبي الوفاء، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه: الشيخ جمال مرعشلي، ج1، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003م.
- 2- _____، أبو الوفاء، برهان الدين، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ج1، الطبعة الأولى، القسم الأول: مقدمات أصول الأفضية، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، مصر، 1406هـ/1986م.
- 3- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، ط3، كتاب السلم، دار الفكر، 1412هـ/1992م.
- 4- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر - بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 5- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، أبو الوليد، الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، كتاب النكاح، دار الحديث - القاهرة، مصر، 1425هـ/2004م.

قائمة المصادر والمراجع

6- محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، المشهور بالقاضي أبو بكر بن العربي الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلّق عليه: محمد عبد القادر عطا، ج1، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424هـ/2003م.

7- يوسف بن عبد الله ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، أبو عمر، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه "الموطأ" من معاني الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار، توثيق وتخريج: عبد المعطي أمين قلجعي، مج 18، ط1، كتاب الطلاق، دار قتيبة للطباعة والنشر، دمشق- بيروت، دار الوعي، حلب، القاهرة، 1414هـ/1993م.

د - الفقه الشافعي

1- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، كتاب الصداق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن.

2- _____، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج 3، كتاب الأقضية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن.

3- أحمد بن علي بن عبد القادر، أبو العباس الحسيني العبيدي، تقي الدين المقرئ، إمتاع الأسماع بما للنبي من الأحوال والأموال والحفدة والمتاع، تحقيق: محمد عبد الحميد النميسي، ج13، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية- بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م.

4- شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 6، ط 1، كتاب القضاء، دار الفكر- بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م.

5- عبد الواحد بن إسماعيل الروياني، أبو المحاسن، بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق: طارق فتحي السيد، ج5، الطبعة الأولى، كتاب الصلح، باب دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1430هـ/2009م.

قائمة المصادر والمراجع

- 6- علي بن محمد الماوردي، أبو الحسن، أدب القاضي، تحقيق: محي الدين هلال السرحان، ج2، مطبعة العاني، بغداد، العراق، 1392هـ/1972م.
- 7- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، ج6، ط1، كتاب الخلع والنشوز، باب الحكمين، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 1422هـ/2001م.
- 8- محي الدين يحيى بن شرف النووي دمشقي، أبي زكريا، روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي، تحقيق: زهير الشاويش، كتاب عشرة النساء، ج7، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، عمان، 1412هـ/1991م.
- 9- _____، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، كتاب القضاء، ج11، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1412هـ/1991م.

هـ - الفقه الظاهري

- 1- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، أبو محمد، المحلى بالآثار شرح المحلى باختصار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ج7، كتاب البيوع، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ/2003م.
- 2- _____، المحلى بالآثار شرح المحلى باختصار، ج9، كتاب النكاح، دار الفكر - بيروت، لبنان، د.س.ن.

II. المراجع

أولاً: الكتب

- 1- احسن بوسقيعة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء الجديد في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، 1998.

قائمة المصادر والمراجع

- 2- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج2، ج5، العقود التي تقع على الملكية: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، مصر، 2000.
- 3- بن الشيخ آث ملويا لحسن، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 4- حيدر مدلول بدر عبد الله، الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1413هـ/2017م.
- 5- زناتي محمود سلام، نظم القانون الروماني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017.
- 6- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 7- سعيد السدواي، أشهر آفات اللسان وبآخره فضيلتا الصدق وحفظ اللسان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2017.
- 8- سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب، تيسير العزيز الحميد في شرح كتاب التوحيد، تعليق: أسامة بن عطايا بن عثمان العتيبي، مج 1، الطبعة الأولى، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2007.
- 9- سيد عبد النبي محمد، التحكيم في المنازعات التجارية الدولية: النظرية والتطبيق، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة، مصر، 2019.
- 10- صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2018.

قائمة المصادر والمراجع

- 11- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 12- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 13- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، التنظيم القانوني للتحكيم الإلكتروني، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 1434هـ/2013م.
- 14- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط4، دار هوم، الجزائر، 2010.
- 15- عبد الفتاح تقيّة، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات تالة، الجزائر، 2011.
- 16- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.
- 17- العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
- 18- علي حيدر خواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مج4، ج 4، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1411هـ/1991م.
- 19- علي محمد الصلابي، حقيقة الخلاف بين الصحابة في معركتي الجمل وصفين وقضية التحكيم، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، 1428هـ/2007م.
- 20- عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، أنسيكلوبيديا للنشر بن عكنون، الجزائر، 2006.

قائمة المصادر والمراجع

- 21- ———، طبعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، الموسوعة للنشر، الجزائر، 2003.
- 22- فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادية، الجزائر، د.س.ن.
- 23- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري: دراسة فقهية مقارنة، دار هوم، الجزائر، 2010.
- 24- محمد بن مسفر بن حسين الطويل، تعدد الزوجات في الإسلام، دار أم القرى للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، 2011.
- 25- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط1، دار ابن الجوزي، الرياض، السعودية، 1422هـ/2001م.
- 26- محمد عبد الرحمن البكر، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، الطبعة الأولى، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1988.
- 27- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، مج2، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

- 1- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

قائمة المصادر والمراجع

2- حميدة حساين، تعديل عقد العمل بين حرية التعاقد ومقتضيات القانون، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص: قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

3- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، رسالة نيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2006.

4- وهيبة بوطيش، الحماية القانونية للأسرة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017-2018.

ب - مذكرات الماجستير

1- إيمان لعربي، الشروط المقترنة بعقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع: قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.

2- حمزة علي علي الشباهي، التحكيم في المنازعات دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا، 2016.

3- رابح دهيم، أحكام الصلح بين المبايعين في الفقه الإسلامي، مذكر لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، قسم الشريعة والعلوم، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010-2011.

4- رتيبة عياش، أحكام نفقة الزوجية بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

5- زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم: دراسة تأصيلية مقارنة تطبيقية استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص: تشريع جنائي إسلامي، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

- 6- صافية بولحارس، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط في عقد الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2013-2014.
- 7- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- 8- عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية "الصلح والوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.
- 9- علي بن عوالي، الصلح ودوره في استقرار الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2011-2012.
- 10- فتيحة بوراق، الاشتراط في عقد الزواج: دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون المغربي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- 11- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007.
- 12- وردة بوزيد، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية والممارسة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011.

قائمة المصادر والمراجع

13- يسن محمد حماد الأمين، الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم (دراسة مقارنة)، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، قسم القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة شندي، السودان، 2016.

ج- مذكرات الماستر

1- بخته شوير، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.

2- تسعديت لقبال، سهام لخبث، الصلح والتحكيم في قضايا الطلاق: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

3- حنان شريف، التظليق وفقا للقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017.

4- سليم بقار، دور الصلح في حل المنازعات الأسرية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017-2018.

5- سليمة لعراسي، يسمينة قرواز، الصلح والوساطة القضائية كطرق بديلة لحل النزاعات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2017-2018.

6- سمره بريكي، الآليات القانونية لتسوية النزاعات الأسرية (الصلح والتحكيم أنموذجا): دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم

قائمة المصادر والمراجع

الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، معهد العلوم الإسلامية، جامعة لخضر حمه، الوادي، 2016-2017.

7- كتيبة بخوش، نريمان حمون، النظام القانوني للمحكمة الاجتماعية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون عام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2016-2017.

8- ليلي طالب، دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص: أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017-2018.

9- ليندة خبزاوي، كاهنة موسي، السلطة التقديرية للقاضي عند نشأة الرابطة الزوجية وانحلالها وآثارهما، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

10- نوال غبريوي، نسيمة حمادو، عقد الصلح في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص شامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2018.

11- نورة اسم الله، نبيلة عافية، الصلح والوساطة كحل ودية لتسوية النزاعات المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2015.

ثالثا: المجالات القانونية

1- سونا عمر عبادي سلطة، عباس أحمد الباز، هيئة التحكيم واختصاصها في إجراءات التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون النموذجي "اليونسترال"، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج 12، العدد الأول، جامعة آل البيت، الأردن، 2016، ص ص 83، 99.

قائمة المصادر والمراجع

- 2- شير زاد عزيز سليمان، آزاد حيدر باوه، طبيعة الوساطة القضائية ومشروعيتها في تسوية المنازعات الفردية: دراسة مقارنة، مجلة الفنون والأدب وعلوم الإنسانيات والاجتماع، العدد 24، كلية الإمارات للعلوم التربوية، دبي، الإمارات العربية المتحدة، مايو 2018، ص ص 216، 241.
- 3- عبد الحكيم بن هبيري، إجراء محاولات الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية وأثره في حماية الأسرة في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، مجلة دورية دولية أكاديمية محكمة في الدراسات والبحوث القانونية تصدر عن مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2017، ص ص 113، 133.
- 4- عبد الحميد عيدوني، هل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟، مجلة القانون والأعمال، العدد 7، جامعة الحسن الأول، المغرب، ديسمبر 2014.
- 5- عبد الرحيم بن سلامة، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الملحق القضائي، العدد 33، المعهد الوطني للدراسات القضائية، المملكة المغربية، يناير 1998، ص ص 15، 29.
- 6- عبد الله محمد عبد الله، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 2، ج 9، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، السعودية، د.س.ن، ص ص 1781، 1792.
- 7- عبد المجيد محمد السوسوه، أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون، العدد 22، كلية القانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، جانفي 2005، ص ص 101، 150.
- 8- عواد بلعبدون، تطور آليات التسوية الودية لمنازعات العمل الفردية في التشريع الجزائري، مجلة قانون العمل والتشغيل، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، جانفي 2017، ص ص 46، 68.

قائمة المصادر والمراجع

- 9- فاطمة حداد، ياسين حجاب، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 7، كلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، ديسمبر 2017، ص ص 239، 273.
- 10- فيصل عبد الحافظ الشوابكه، محمد خلف بني سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم: دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010، دفاثر السياسة والقانون، العدد 12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، جانفي 2015، ص ص 11، 30.
- 11- كمال مخلوف، الإطار التنظيمي لاتفاقية العمل الجماعية في التشريع الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، العدد 4، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، جانفي 2011، ص ص 87، 103.
- 12- محمد بدر يوسف المنياوي، مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، العدد 9، جدة، السعودية، د.س.ن، ص ص 1703، 1781.
- 13- محمد بشير، الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، المنعقد بالجزائر يومي (6-7) ماي 2014، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 3، 2014، ص ص 55، 88.
- 14- محمد بودريعات، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، المنعقد بالجزائر يومي (6-7) ماي 2014، منشور في السلسلة الخاصة بالملتقيات والندوات، حوليات جامعة الجزائر، العدد 3، 2014، ص ص 89، 103.
- 15- محمد جبري الألفي، التحكيم ومستجداته في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة أبحاث اليرموك "سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية"، مج 13، العدد 4، منشورات جامعة اليرموك، كلية

قائمة المصادر والمراجع

الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك - إربد - الأردن، 1418هـ/1997م، ص ص 3، 40.

16- محمد حسين الشيعاني، بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين: دراسة وصفية تحليلية مع شرح موجز لنظام مراكز المصالحة المعتمد بوزارة العدل السعودية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، العدد 1/211، جامعة الأمير سونكلا، تايلاندا، 2014، ص ص 1، 31.

17- محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مج9، العدد 2، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يونيو 2012، ص ص 161، 192.

رابعاً: المحاضرات

1- فتحي مجيدي، سلسلة محاضرات في مقياس قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2011-2014.

2- عز الدين عيساوي، الطرق البديلة لحل النزاع، محاضرات أقيمت على طلبه ماستر الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015-2016.

خامساً: المؤتمرات والملتقيات العلمية

1- سفيان سواالم، الصلح بين الزوجين في دعاوى الطلاق: صعوبات تطبيقه وآليات تفعيله، الملتقى الوطني الثامن حول حماية الأسرة في التشريع الجزائري، المنعقد يومي (4-5) نوفمبر 2015، جامعة محمد الشريف مساعديّة، سوق اهراس.

2- عبد النور نوي، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية للأحكام الشرعي، الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، المنعقد يومي (4-5) ماي 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة- عين الدفلى.

سادسا: المواقع الإلكترونية

1- يوسف الحفناوي، تنفيذ الأحكام القضائية ضد أشخاص القانون العام على ضوء مشروع قانون المسطرة المدنية، متاح على الموقع الإلكتروني:

frssiwa.blogspot.com بتاريخ: 2019/08/26 على سا 16:00

2- نشوز المرأة والنفقة، متاح على الموقع الإلكتروني:

https://www.droit-dz.com تاريخ الاطلاع: يوم 2019/08/26 على سا: 14:00

3- علي محي الدين القره داغي، المبادئ العامة للتحكيم في الفقه الإسلامي وكيفية التحكيم في البنوك الإسلامية، متاح على الموقع الإلكتروني:

www.qaradaghi.com بتاريخ: 2019/08/28 على سا: 18:30

4- معن خالد القضاة، التحكيم في الشريعة الإسلامية: التعريف والقواعد العامة للمقيمين خارج ديار الإسلام، هيوستن، الولايات المتحدة الأمريكية، 2010. متاح على الموقع الإلكتروني:

iefpedia.com تاريخ الاطلاع: 2019/07/20 على سا 17:00

سابعا: النصوص القانونية

أ - الدستور

قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر ع 14، الصادر في 27 جمادى الأولى عام 1437 هـ الموافق 7 مارس سنة 2016م.

ب- النصوص التشريعية

1- أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات. ج ر عدد 49، الصادرة في 21 صفر عام 1386 هـ الموافق 11 يونيو سنة 1966 م. معدل ومتمم.

2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني. ج ر ع 78، الصادر في 24 رمضان عام 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975 م. معدل ومتمم.

2- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، الصادر في 12 رمضان عام 1404 هـ الموافق 12 يونيو سنة 1984 م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر ع 15، الصادر في 18 محرم عام 1426 هـ الموافق 27 فبراير سنة 2005 م.

3- قانون رقم 90-02 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 6 فبراير سنة 1990 يتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب. ج ر ع 6، الصادر في 11 رجب عام 1410 هـ الموافق 7 فبراير سنة 1990 م. معدل ومتمم.

4- قانون رقم 90-04 مؤرخ في 10 رجب عام 1410 الموافق 4 نوفمبر سنة 1990 يتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل. ج ر ع 6، الصادر في 11 رجب عام 1410 هـ الموافق 5 نوفمبر سنة 1990 م.

5- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج ر ع 21، الصادر في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008 م.

ثامنا: اجتهادات المحكمة العليا

- 1- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 32570، نشرة القضاة، العدد 2، بتاريخ 12/01/1971، 1972.
- 2- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 03/03/1971، رقم الملف 35812، نشرة القضاة، العدد 2، 1972.
- 3- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، رقم الملف 40934، مؤرخ في 1986/5/5، غير منشور.
- 4- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 25/12/1989، رقم الملف 57812، المجلة القضائية، العدد 3، 1989. غير منشور.
- 5- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09/07/1984، رقم الملف 33762، المجلة القضائية، العدد 4، 1989.
- 6- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36414، بتاريخ 20/05/1985، المجلة القضائية، العدد 2، 1990.
- 7- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 20/06/1988، رقم الملف 49575، المجلة القضائية، العدد 2، 1991.
- 8- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 25/12/1991، رقم الملف 57812، المجلة القضائية، العدد 3، 1991.
- 9- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 18/01/1994، رقم الملف 96688، نشرة القضاة، العدد 50، 1997.
- 10- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 127948، بتاريخ 16/01/1997، نشرة القضاة، العدد 54، 1997.

قائمة المصادر والمراجع

- 11- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/04/1994، رقم الملف 103637، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.
- 12- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09/05/2005، رقم الملف 393590، غير منشور.
- 13- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14/09/2005، رقم الملف 342470، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005.
- 14- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/10/2005، رقم الملف 342016، غير منشور.
- 15- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17/01/2007، رقم الملف 376803، غير منشور.
- 16- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14/03/2007، رقم الملف 383189، غير منشور.
- 17- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 09/05/2007، رقم الملف 393590، غير منشور.
- 18- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 12/09/2007، رقم الملف 401330، غير منشور.
- 19- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 15/11/2002، ملف رقم 372130، المجلة القضائية، العدد 2، 2007.
- 20- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14/01/2009، رقم الملف 473962، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009.

قائمة المصادر والمراجع

- 21- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2009/01/14، رقم الملف 474956، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2009.
- 22- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2010/09/12، رقم الملف 589792، غير منشور.
- 23- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2012/04/12، ملف رقم 699785، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012.
- 24- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2011/04/14، ملف رقم 620084، المجلة القضائية، العدد الأول، 2012.
- 25- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 813976، غير منشور.
- 26- قرار مؤرخ في 2014/05/15، صادر عن المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 0902780، غير منشور.

الفهرس

إهداء

شكر

صفحة المختصرات

1 مقدمة

5 الفصل الأول: الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية

6 المبحث الأول: مفهوم الصلح في دعوى فك الرابطة الزوجية

6 المطلب الأول: المقصود بالصلح

6 الفرع الأول: تعريف الصلح

7 أولاً: تعريف الصلح لغة

8 ثانياً: تعريف الصلح اصطلاحاً

8 1- التعريف الشرعي للصلح

8 أ- في الفقه الحنفي

8 ب- في الفقه الحنبلي

8 ج- في الفقه الشافعي

9 د- في الفقه المالكي

9 2- التعريف القانوني للصلح

11	3- التعريف التشريعي للصلح
13	الفرع الثاني: مقومات الصلح
13	أولاً: وجود نزاع قائم أو محتمل
14	ثانياً: وجود نية لحسم النزاع.....
14	ثالثاً: التنازل عن ادعاءات متقابلة
14	المطلب الثاني: مشروعية الصلح
15	الفرع الأول: مشروعية الصلح من القرآن الكريم
17	الفرع الثاني: مشروعية الصلح من السنة النبوية الشريفة
19	الفرع الثالث: مشروعية الصلح من الإجماع
20	المطلب الثالث: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى
20	الفرع الأول: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني
25	الفرع الثاني: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية
29	الفرع الثالث: تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات
32	المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في جلسة الصلح بين الزوجين ودور القاضي فيها ..
32	المطلب الأول: الإجراءات المتبعة في جلسة الصلح بين الزوجين
33	الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولات الصلح
33	أولاً: وجود العلاقة الزوجية

33 ثانيا: ضرورة رفع الدعوى
33 ثالثا: أطراف جلسة الصلح
34 الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح
34 أولا: الشروط الشكلية المتعلقة بانعقاد إجراءات الصلح
34 1- الجهة القضائية المختصة بإجراء الصلح
35 2- الميعاد والمدة المحددة لإجراء الصلح
35 3- استدعاء الأطراف
36 ثانيا: الشروط الشكلية المتعلقة بسير إجراءات الصلح
36 1- ضرورة التأكد من هوية الطرفين
36 2- مباشرة القاضي للصلح بين الزوجين بسماعهما
37 3- سرية جلسة الصلح
37 4- محاولات الصلح
38 5- قواعد الحضور والغياب في نظر القضاء
40 المطلب الثاني: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية
40 الفرع الأول: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين
40 أولا: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
45 ثانيا: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على طلب الزوجة

45	1- طلب التظليق من طرف الزوجة.....
47	أ- الصلح إجراء وجوبي في بعض حالات التظليق
59	ب- الصلح إجراء شكلي في بعض حالات التظليق
62	2- طلب الخلع من الزوجة.....
62	أ- الطبيعة القانونية للحكم الصادر بفك الرابطة الزوجية بالخلع.....
63	ب- محاولات الصلح في دعوى الخلع.....
65	الفرع الثاني: دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بالتراضي.....
67	المطلب الثالث: الآثار المترتبة على قيام القاضي بمحاولات الصلح
67	الفرع الأول: آثار نجاح القاضي في محاولات الصلح بين الزوجين
67	أولاً: تحرير محضر الصلح ومضمونه.....
68	أ- محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوج
68	ب- محضر صلح يتضمن التزامات على عاتق الزوجة
68	ج- محضر صلح يتضمن التزامات متقابلة على عاتق الزوجين.....
69	د- محضر صلح بين الزوجين بدون قيود أو شروط.....
70	ثانياً: اكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي
71	ثالثاً: الحكم بانقضاء دعوى للصلح.....
71	رابعاً: تنفيذ محضر الصلح وإشكالاته

73	خامسا: الطعن في محضر الصلح.....
74	الفرع الثاني: أثر فشل محاولة الصلح بين الزوجين.....
74	أولا: تحرير محضر عدم الصلح ومضمونه.....
76	ثانيا: دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.....
78	الفصل الثاني: التحكيم في قضايا فك الرابطة الزوجية.....
79	المبحث الأول: مفهوم التحكيم في دعاوى فك الرابطة الزوجية.....
79	المطلب الأول: المقصود بالتحكيم.....
80	الفرع الأول: تعريف التحكيم.....
80	أولا: تعريف التحكيم لغة.....
81	ثانيا: تعريف التحكيم اصطلاحا.....
81	1- التعريف الشرعي للتحكيم.....
83	2- التعريف القانوني للتحكيم.....
85	3- التعريف التشريعي والقضائي للتحكيم.....
87	الفرع الثاني: أركان التحكيم.....
87	أولا: التراضي.....
88	ثانيا: المحل.....
88	ثالثا: السبب.....

88	المطلب الثاني: مشروعية التحكيم.....
89	الفرع الأول: دليل مشروعية التحكيم من القرآن الكريم.....
91	الفرع الثاني: دليل مشروعية التحكيم من السنة النبوية الشريفة.....
94	الفرع الثالث: دليل مشروعية التحكيم من الإجماع وآثار الصحابة رضوان الله عليهم.....
99	الفرع الرابع: الدليل على مشروعية التحكيم من المعقول.....
100	المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن الأنظمة المشابهة له في فض النزاعات.....
101	الفرع الأول: تمييز التحكيم عن الفتاوى.....
105	الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن القضاء.....
109	الفرع الثالث: تمييز التحكيم عن الصلح.....
110	الفرع الرابع: تمييز التحكيم عن الوكالة.....
	المبحث الثاني: إجراءات التحكيم ومدى مساهمة القاضي والحكمين في فض النزاع
111	بين الزوجين.....
111	المطلب الأول: إلزامية تعيين الحكمين وصلاحيتهما.....
112	الفرع الأول: سلطة القاضي في تعيين وإنهاء مهام الحكمين.....
112	أولاً: سلطة القاضي في تعيين الحكمين.....
113	ثانياً: سلطة القاضي في إنهاء مهام الحكمين.....
114	الفرع الثاني: إجراءات مجلس التحكيم.....

- 116 الفرع الثالث: صلاحيات الحكمن عند قنام نزاع ببن الزوجبن
- 116 أولاً: الإصلاح ببن الزوجبن
- 116 1- معرفة أسباب الشقاق وخلوة الحكم بصاحبه
- 117 2- اجتماع الحكمن ودهما
- 118 ثانبا: التفربق ببن الزوجبن
- 120 ثالثا: موقف المشرع الجزائري
- 122 الفرع الرابع: اختلاف الحكمن فب الحكم
- 124 الفرع الخامس: قضاء القاضب بالتفربق ببن الزوجبن على ضوء تقرير الحكمن
- 124 أولاً: قضاء القاضب بالتفربق ببن الزوجبن فب الفقه الإسلامب
- 124 ثانبا: قضاء القاضب بالتفربق ببن الزوجبن فب التشربع الجزائري
- 126 المطلب الثانب: شروط تعببن الحكمن
- 126 الفرع الأول: شروط تعببن الحكمن المتفق عليها
- 126 الشرط الأول: الإسلام
- 127 الشرط الثانب: العدالة
- 127 الشرط الثالث: أن بكونا من أهل الزوجبن
- 128 الشرط الرابع: العلم والفقه
- 128 الشرط الخامس: التكلف (كمال الأهلبة)

128 الشرط السادس: المعرفة بأحكام الجمع والتفريق بين الزوجين
129 الشرط السابع: رضا الزوجين بالحكمين
129 الفرع الثاني: شروط تعيين الحكمين المختلف فيها
129 الشرط الأول: الذكورة
132 الشرط الثاني: تعدد الحكمين
134 المطلب الثالث: أثر التحكيم في لزوم الحكم ونفاذه
134 الفرع الأول: لزوم الحكم
135 الفرع الثاني: تنفيذ الحكم
137 خاتمة
141 قائمة المراجع
165 الفهرس