

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي بن مهدي - أم البواقي -
مدرسة الدكتوراه -دراسات القانونية-

قطب جامعة أم البواقي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية

في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية
والممارسة القضائية

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص
تخصص "شؤون الأسرة"

إشراف الدكتور:
مراح محمد

إعداد الطالبة:
بوزيد وردة

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
باوني محمد	أستاذ محاضر - أ-	جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة	رئيساً
مراح محمد	أستاذ محاضر - أ-	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	مشرفاً ومقرراً
بو عبد الله مختار	أستاذ محاضر - أ-	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	عضواً مناقشاً
صيمود مخلوف	أستاذ محاضر - أ-	جامعة العربي بن مهدي أم البواقي	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية:

2011/2010

{ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ }

سورة الحجرات: الآية 10

{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }

سورة النساء: الآية 35

شكر

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذه المذكرة، فله الحمد وله الشكر ، حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم منته وفضله.

اعترافا بالفضل لأهل الفضل، فإنني أقدم خالص شكري وتقديري لأستاذي الدكتور **مراح محمد**، لما تفضل به من إشراف على مذكرتي، وما بذله من جهد مبارك، وما منحه لي من وقته، بسعة صدر، وما أفادني به من توجيهات ونصائح كان لها الأثر الطيب في إنجازها بهذه الصورة. والشكر، كل الشكر، للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة: الدكتور **باوني محمد**، والدكتور **بوعبد الله مختار**، والدكتور **صيمود مخلوف**، لتفضله م و قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما لا يفوتني أن اشكر بامتنان، جميع أساتذتي بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة "العربي بن مهدي" بأم البواقي، سائلة المولى عز وجل أن يجزي الجميع خير الجزاء.

تقدير

أتوجه بتحيةة تقدير و عرفان إلى كل من مدّ لي يد العون وأسهم في انجاز هذا البحث، وأخص بالذكر:

السيدة الفاضلة المحامية قادري ح.، و السيدة الفاضلة أمينة مكتبة المجلس القضائي لولاية أم البواقي، بزاز ح.

والأستاذة الفاضلة بجامعة البليدة، عتيق ن.، وأساتذة اللغة العربية الكرام، بعزني م.، و صاولة م.

كما لا أنسى القائمين على المكتبة المركزية لجامعة أم البواقي، بالخصوص السيد بولخراص ز. ومعروف ع. ح.، والقائمين على مكتبة جامعة الأمير عبد القادر، وأمينة مكتبة العربي التبسي.

إهداء

إلى روح والدي.. الذي لم يقف على أي انجاز لي في هذه الحياة.. - رحمة الله عليه -

إلى والدي .. أطال الله في عمرها، والتي لم تتوقف عن الدعاء لي بالتوفيق والسداد.

إلى زوجي .. جزاه الله خيرا، عن كل حرف كتبتة، لمساندته لي ووقوفه إلى جنبي ، وإلى أطفالي الذين تحملوا معي مشقة انجاز هذا البحث.

إلى أختي الوحيدة التي ما فتئت تشجعتني على المضي قدما.

إلى أهلي الذين تمنوا لي الخير دائما..

إلى روحيّ ... الدكتور بن مدخن إبراهيم

والدكتورة كتشك علي سعاد ..- رحمة الله عليهما - واللذين لم

يكتب لهما الوقوف على انجاز طلبتهما.

إلى زملائي المخلصين..

أهدي هذا العمل راجية من الله القبول.

تمهيد:

إن حل ميثاق الزوجية، كمبدأ، يبقى يشكل عملاً مباحاً تكسوه صفة الحظر، وقاعدة تحد من فعاليتها الاستثناءات، لأنه يظل أبغض الحلال عند الله .

ومن أجل المحافظة على التماسك والترابط العائلي لما فيه من استقرار للأسرة بغرض تنشئة أجيال تنهض برسالة مجتمعها، 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 الأصلاح 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 .

واستجابة لدوافع المحافظة على التماسك الأسري والنسيج الاجتماعي ككل، فقد بادرت السلطة التشريعية إلى تعديلات تبناها القانون رقم 02/05 المتضمن لقانون الأسرة، وعلى ضوء التجربة الميدانية القضائية تم إدراج نصوص إجرائية بمقتضى القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من أجل تفعيل آليات حماية للأسرة الجزائرية، تمثلت في نظامي الصلح والتحكيم، كطرق بديلة لحل منازعات فك الرابطة الزوجية.

و إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية الحديثة، قد أجازوا الصلح والتحكيم في العديد من المسائل المدنية والتجارية وحتى الجنائية، فالأولى أن يكون الإصلاح في العلاقات الأسرية.

ولن يتأت ذلك دون اهتمام أكبر بجلسات الصلح التي أوجبتها أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، وتفعيل نظام التحكيم بين الزوجين، بحمل القضاة على تطبيق ما قضت به المادة 56 من القانون نفسه، وفتح الباب أمام أهل الحكمة والصلاح لدرء مفسدة الطلاق .

ولما كانت منازعات الأسرة تختلف عن مثيلاتها لارتباطها الوثيق بالحالة النفسية والاجتماعية والدينية للفرد، فإن دعاوى فك الرابطة الزوجية تفترض اعتماد طابع

المرونة و الواقعية في التعامل من طرف قاضي شؤون الأسرة الذي يفترض فيه تكويننا
خاصا ومهارات عالية للوقوف على مكامن الخلل في العلاقة الزوجية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية أية دراسة في الإشكالية التي تطرحها والمسألة التي يسعى الباحث
لمعالجتها من خلال بحثه .

فنسبة الطلاق، التي هي في ازدياد متواصل في الجزائر، ودعاوى فك الرابطة
الزوجية التي تعج بها المحاكم وما ينجر عنها من آثار مدمرة على الفرد والمجتمع
تدعو إلى التساؤل عن سبب تهميش أعمال الطرق البديلة لفض النزاعات والخلافات
العائلية، رغم ميزاتها العظيمة، للحد من الظاهرة التي لا زالت تثير اهتمام المفكرين
والدارسين.

أسباب اختيار البحث:

إن الداعي للتصدي لهذا الموضوع بالبحث والدراسة أسباب ذاتية وأخرى
موضوعية.

فأما الأسباب الذاتية، فتتمثل في الرغبة في البحث والتقصي للوقوف على حقيقة
المسألة خاصة إذا ما كان يكتنفها الغموض وعدم الاستقرار على طبيعتها واحدة، فهذا
يعد في حد ذاته سببا يدفعني دفعا من أجل 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 أعمال الطرق البديلة في منازعات
الأسرة، من أجل التقليل من ظاهرة الطلاق .

وأما الأسباب الموضوعية، فاني أجملها في النقاط التالية:

- إثارة دراسات تخدم أهل القانون ورجال القضاء، خاصة إذا ما أعيد التفكير
بجدية في جلسات الصلح والقيام بدورات تكوينية لقاضي شؤون الأسرة يتدرب
من خلالها على فنيات المصالحة بين الزوجين.

- إن تطبيقات المحاكم بشأن نظام الصلح، لم يلق الاهتمام الكافي، كما لفت انتباهي أن نص المادة 56 من قانون الأسرة، والذي لم يشمل التعديل، حيث يلزم القاضي بوجوب تعيين حكمين من أهل الزوجين اللذين استحكما الخلاف بينهما حد الشقاق والنزاع الشديد، فإن القاضي بعيد عن تطبيق نظام التحكيم، رغم صراحة النصوص القانونية.
- قلة الدراسات التي اهتمت بالصلح والتحكيم في قضايا شؤون الأسرة، حيث انصب الاهتمام خصوصا، بالصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية والتحكيم الدولي.
- إن الصلح والتحكيم نظامان مرتبطان ومتلازمان وجودا وعدما، فحيثما جاز الصلح جاز التحكيم، مما شجع على معالجتهم معا في دراسة واحدة.

أهداف البحث:

- يهدف البحث من خلال ما ضمّه من فصول ومباحث إلى الإجابة عن الإشكالية من خلال:
- الإحاطة بماهية الصلح ومشروعيته والطبيعة القانونية لمحاولة الصلح وتطبيقاتها في قانون الأسرة وآثار نجاحها وفشلها على الزوجين.
 - الإحاطة بماهية التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق وطبيعته القانونية وتطبيقاته من خلا قانون الإجراءات المدنية والإدارية
 - إظهار العلاقة بين الصلح والتحكيم والقضاء، ودور القاضي والحكمين في عرض الصلح على الزوجين.
- وأخيرا السعي لتعميم الفائدة العلمية وخدمة البحث العلمي .

إشكالية البحث:

لكافة الاعتبارات السابقة أطرح الإشكالية التالية:

ما مدى فعالية الطرق البديلة لحل منازعة فك الرابطة الزوجية في التشريع والقضاء الجزائري؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات أهمها:

- هل إجراء محاولة الصلح من النظام العام، وما مدى ارتباط هذا الإجراء بالطلاق الرجعي؟

- ما هي آليات المحكمة في تصديها للمهمة الصلحية؟

- ما هي مكامن الخلل في المنظومة التشريعية المؤطرة لتكوين قاضي شؤون الأسرة؟

- لماذا يبقى نظام التحكيم بين الزوجين حبيس نصوص قانونية جامدة ولا يتم تفعيله في القضاء الجزائري؟

المناهج المتبعة في البحث:

اعتمدت في بحثي على المنهج الوصفي الذي يقوم على جمع الحقائق وتقرير خصائص كل الجزئيات المتعلقة بالبحث من خلال عرض آراء أصحاب المذاهب الأربعة المشهورة (الأحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة).

وكذا المنهج المقارن، بنتبع المادة العلمية وبيان أدلة الفقهاء وأقوالهم والمقارنة بينها وبين القوانين الوضعية 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 نظري في مجال الصلح والتحكيم في منازعات الأسرة .

كما استخدمت المنهج التحليلي الذي لا يخلو من بعض النقد، لتحليل بعض النصوص القانونية المتعلقة بمسائل البحث واستخلاص دالاتها للوصول إلى إصدار نتائج تكون خلاصة هذه الدراسة.

الدراسات السابقة:

حسب إطلاعي وبحثي لم أفد على كتاب مستقل يتحدث عن الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، والكتب القانونية الحديثة جاءت على ذكر الصلح بشكل عام، وأما التحكيم فقد انصبت الدراسات بشأنه، على التحكيم الدولي، وذلك المتعلق بالمواد المدنية والتجارية، ومن أهمها ما يلي:

- الصلح القضائي، دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، وهو دراسة تأصيلية وتحليلية، لصاحبه: النيداني، حسن الأنصاري، تطرق فيه لأحكام الصلح المدني وتطبيقاته على مستوى القضاء.

- التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، واصل الكتاب أطروحة دكتوراه من إعداد: عرفة، محمد السيد، تناول فيه بإسهاب عن الصلح والتحكيم بصفة عامة وخصص بحثه حول إجراءات هذين النظامين في المجال الجنائي.

- أحكام عقد الصلح، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية لمؤلفته: البدراني، شيماء محمد سعيد خضر، وقد جاءت دراستها مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية ولم تتناول لمجالات الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية.

- الصلح في المادة الإدارية، لمؤلفته: بن صاولة، شفيقة، ولأنها قاضية فقد ركزت على الجانب التطبيقي للصلح في المادة الإدارية ودور القاضي الإداري.

- عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، لصاحبه: لمطاعي نور الدين، عالج فيه موضوع العدة وأثرها على الأحكام القضائية وتعرض فيه للعلاقة بين محاولة الصلح والنظام العام، وأظن ه مرجعا مفيدا لقاضي شؤون الأسرة حتى لا تكون أحكامه مخالفة للشرع.

أما بالنسبة للتحكيم بين الزوجين فقد اعتمدت على مختلف كتب الفقه الإسلامي التي بينت طبيعة التحكيم الذي سببه الشقاق بين الزوجين وكذا طبيعة دور الحكّمين.

صعوبات البحث:

- لقد واجهت أثناء كتابة هذا البحث بعض الصعوبات التي يمكن تلخيصها فيما يلي:
- تشتت عناوين موضوعات البحث في مسائل كتب الفقه الإسلامي المختلفة حيث شكلت صعوبة في لَمّ شتاتها، وتجميع أقوال الفقهاء في كل مسألة.
 - قلة الكتب المعاصرة والمتخصصة في القانون، التي تعالج موضوع الصلح والتحكيم في الأحوال الشخصية، فغالبا الدراسات اتجهت إلى موضوع الصلح المدني والتحكيم في المواد التجارية والنزاعات الدولية.
 - قلة الحالات التطبيقية، إن لم أقل انعدامها، فيما يخص إجراء التحكيم بسبب عدم اللجوء إلى نظام التحكيم من طرف القضاء الرسمي.
 - عراقيل إدارية حالت دون التمكن من الحصول على إحصائيات الطلاق، من طرف الوزارة المعنية، بحيث أمدوني بنسب الطلاق على مستوى مجلس أم البواقي فقط دون الكشف عن حالات الطلاق على مستوى الوطن، وكذا عدم الكشف عن قضايا الطلاق التي تم فيها الصلح .
 - عراقيل إدارية على مستوى الجهات القضائية (المحاكم والمجلس القضائي لولاية أم البواقي)، حيث تم رفض طلبي في حضور إحدى جلسات الصلح، بحجة أن ذلك فيه مخالفة صريحة للقوانين؛ لأقف على حقيقة الممارسة القضائية لهذا الإجراء، وهدفي علمي بحت، مما دفعني إلى زيارة مكاتب المحامين وكتاب الضبط.

خطة البحث:

تناولت من خلال هذه الدراسة توضيح الجوانب المختلفة للصلح والتحكيم كإجراءين سابقين للفصل في قضايا فك الرابطة الزوجية؛ يتم اللجوء إليهما لتسوية المنازعات بالطرق الودية، حيث بينت مفهوم ومشروعيتها كل منهما في الشريعة الإسلامية وتنظيمهما وتطبيقاتهما في بعض القوانين الوضعية، خاصة في القانون والقضاء الجزائري، وأثرهما.

وقد قسمت هذا البحث إلى مقدمة و فصلين و خاتمة على النحو التالي:

الفصل الأول، " الصلح بين الزوجين "، ويضم مبحثين:

المبحث الأول: ماهية الصلح بين الزوجين، وتناولت فيه أربعة مطالب:

تعرضت في المطلب الأول إلى تعريف الصلح، وفي المطلب الثاني بحثت في مشروعية الصلح بين الزوجين، كما بحثت في المطلب الثالث عن الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح بين الزوجين ومدى تفعيلها في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقضاء، أما المطلب الرابع فقد تعرضت فيه للمسائل التي يجوز التصالح بشأنها في منازعات الأسرة .

المبحث الثاني: آليات العملية الصلحية وتناولت فيه أربعة مطالب، أيضا، فأما المطلب

الأول فضم الشروط القانونية التي تحكم محاولة الصلح، والمطلب الثاني، بينت إجراءات جلسات الصلح، أما المطلب الثالث، فإن نجاح جلسة الصلح بين الزوجين تستدعي الوقوف على مدى كفاءة قاضي شؤون الأسرة في إدارتها، وتطرق في المطلب الرابع إلى الأثر الذي تخلفه جلسة الصلح في حالة نجاحها أو فشلها.

الفصل الثاني، " التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق " ويضم أيضا مبحثين:

المبحث الأول : مفهوم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق، تناولت فيه أربعة مطالب، احتوى المطلب الأول تعريف التحكيم والشقاق، أما المطلب الثاني فووقت فيه على أهم أوجه التشابه والاختلاف بين نظام التحكيم وما يشته به مع بعض الأنظمة، وتعرضت في المطلب الثالث إلى مشروعية التحكيم بين الزوجين وطبيعته القانونية، وفي المطلب الرابع، إلى شروط وإجراءات التحكيم بين الزوجين.

المبحث الثاني: صلاحيات الحكّمين وآثار التحكيم بين الزوجين، ضم أربعة مطالب، فأما المطلب الأول، فكان حول إجراءات التحكيم بين الزوجين، والمطلب الثاني حول صلاحيات الحكّمين، والمطلب الثالث، وقفت فيه على رقابة القضاء على العملية التحكيمية، وفي الأخير ضم المطلب الرابع، أهم الآثار القانونية للتحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق، وضمّنت بحثي، أهم النتائج التي توصلت إليها في الخاتمة إلى جانب بعض التوصيات التي وجدتها ضرورية.

تمهيد:

إن التماسك الاجتماعي يعدّ 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 .

و لما 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.

وللوقوف على أحكام جلسات الصلح بين الزوجين، اقتضى الأمر تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الصلح بين الزوجين

المبحث الثاني: آليات العملية الصلحية

المبحث الأول

ماهية الصلح بين الزوجين

إن الإحاطة الجيدة بماهية الصلح بين الزوجين تقتضي التعرض للتعريفات اللغوية والاصطلاحية، في المطلب الأول، والتطرق بعدها إلى بيان مشروعيته في الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي، في المطلب الثاني، والوقوف على طبيعته القانونية لإبراز حقيقة العلاقة بين الصلح والنظام العام وكذا علاقته بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المطلب الثالث، وأخيرا بيان المسائل التي يجوز فيها الصلح، في المطلب الرابع.

المطلب الأول

تعريف الصلح

نوضح فيما يلي تعريف الصلح في اللغة، الفرع الأول، وفي الاصطلاح، الفرع الثاني.

الفرع الأول

التعريف اللغوي للصلح

الصُّلْحُ من الصَّلَاح، وهو ضد الفساد، وأصلح الشيء بعد فساده أي أقامه، ويقال اصطلاح القوم وصالحوهم وتصالحوهم واصالحوهم، فهم قوم صلُوحٌ أي متصالحوهم فوصفوا بالمصدر أي وقع بينهم صلحٌ¹، وهو السلم² وجاء عن الزمخشري، صلح الأمر بمعنى أصلحه³، وأصلح ذات بينهما أي أزال ما بينهما من عداوة وشقاق، وصالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق فالصلح هو إنهاء الخصومة .

1- ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 2004، المجلد الثامن، ص 267 مادة (صلح)، وانظر أيضا: الزبيدي، محمد مرتضى الحسن، تاج العروس، ط 1 الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2007، المجلد الثالث، ص319، (فصل الصاد).

2- جاء في تفسير ابن العربي في قوله تعالى: {وإن جنحوا للسلم فاجنح لها} (الأنفال: الآية 61): أن السلم هو الصلح، أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة بيروت، لبنان، المجلد الثاني، ص 875 (د.ط)، (د.س).

3- الزمخشري، جار الله أبي القاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، ط 1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت لبنان، 1996، ص252، (باب الصاد).

والصلح هو استقامة الحال على ما يدعو إليه العقل و الشرع¹.
ونخلص مما سبق إلى أن الصلح في اللغة يفيد استقامة الحال بعد الفساد والاتفاق
بعد الشقاق.

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للصلح

إن الصلح جائز في الشريعة الإسلامية كما هو جائز في القوانين الوضعية، وعلى ذلك سنتعرض للتعريف الفقهي للصلح، (أولاً)، ومن ثم التعريف القانوني، (ثانياً).
أولاً: تعريف الصلح في الفقه الإسلامي:

سنورد تعريفات المذاهب الفقهية المشهورة (أ) مع المقارنة بينها(ب).

أ - تعريفات المذاهب الفقهية:

لقد عرف فقهاء المذهب الحنفي الصلح بأنه: "عقد وضع لرفع المنازعة" أو "عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي"، وعرف أيضاً بأنه: "عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما"² وأنه: "معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين"³، وهو: "عقد يرفع النزاع"⁴.

فاتفق بذلك فقهاء الحنفية بأن الصلح يوجد متى وجدت المنازعة ولم يشترطوا أن تكون المنازعة قد رفعت إلى القضاء، لذلك يجوز أثناء نظر المنازعة أمام القضاء.
أما فقهاء المذهب المالكي فقد عرفوا الصلح بأنه: "قطع المنازعة"، وقال ابن عرفة: "الصلح انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع، أو خوف وقوعه"⁵، وهو بذلك يشمل نوعين من الصلح هما: الصلح على الإقرار والصلح على الإنكار⁶، فعبر عن

1- إبراهيم، مصطفى و(آخرون)، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، اسطنبول، تركيا، ج1 ص520، (د.ط.)، (د.س.).
2 قدرى، باشا محمد، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1891، ص151.

3- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع على متن الإقناع، راجعه وعلق عليه: مصيلحي، هلال مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت لبنان، 1982، ص391، (د.ط.).

4- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة مصر، ج7، ص256، (د.س.).

5- الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمان، مواه ب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، بيروت لبنان، 1992، ج5، ص80.

6- وهما نوعان من الصلح في الأموال، ويقصد بالأول الصلح الواقع بعد إقرار المدعى عليه، سواء صراحة أو ضمناً، ويكون هذا الصلح معاوضة وحكمه البيع إذا وقع على مال، أما الثاني، فهو الصلح الواقع عن إنكار المدعى عليه ويكون في حقه افتداء لليمين وقطع للخصومة، أنظر في ذلك: البدراني، شيماء سعيد خضر، أحكام عقد=

الأول بلفظ "انتقال عن حق" وعن الثاني بلفظ "انتقال عن دعوى"، أي إنكار المدعى عليه الدعوى الموجهة ضده¹، وقول ابن رشد: "هو قبض الشيء عن عوض يدخل فيه محض البيع"، وقول عياض: "هو معاوضة عن دعوى، يخرج عنه صلح الإقرار"²، ولم يسم الخرقى الصلح إلا في الإنكار³.
وبذلك يتبين أن مدلول الصلح في المذهب المالكي أوسع من مدلوله في المذهب الحنفي. وعرفه فقهاء المذهب الشافعي بأنه: "عقد مخصوص يحصل به قطع النزاع"⁴.
أما فقهاء الحنابلة فقد جاء عنهم أن: "الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين"⁵ وقال ابن رزین في شرحه: "هو الموافقة بعد المنازعة"⁶.

ب المقارنة بين تعريفات المذاهب الفقهية:

إن الصلح لدى المذاهب الأربعة المشهورة هو عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة والخلاف، وهذا التقارب في المعنى يعود إلى استعمال الألفاظ الدالة على مفهوم لغوي واحد للصلح وهو التوافق ورفع الخلاف.
كما أن اعتبار الصلح عقد يرفع النزاع يكاد يكون متطابقاً في كل من المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي، مع وجود اختلاف في صيغ التعريفات الواردة والتي لا تؤثر على جوهر الشيء الواحد حيث يستعمل الفقه الحنفي عبارة "رفع النزاع" في حين يستعمل الفقه الشافعي "قطع النزاع" ويستعمل الفقه الحنبلي "الإصلاح بين المختلفين"، وهي عبارات تحمل معنى واحد.

=الصلح، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط1،، دار العلم الدولية للنشر ودار الثقافة، الأردن، 2003، ص32.

1- عرفة، محمد السيد، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط1، مطابع الرياض السعودية، 2006، ص63.

2- الخطاب، المصدر السابق، ص80.

3- ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، ص3، (د.ط.).

4- الرملي، محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، 1984، ج5، ص383، (كتاب التفليس، باب الصلح)، (د.ط.).

5- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن محمد، المغني، على حاشية الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1983، ج5، ص02، (د.ط.).

6- المرادوي علي بن سليمان بن احمد، الإنصاف، دار إحياء التراث، لبنان، ج5، ص235 (باب الصلح) (د.ط.)، (د.س.).

وتجدر الإشارة أن التعريف الوارد عن فقهاء المالكية يكاد يكون شاملا، وهو من أحسن التعريفات التي وردت لأنه يشتمل على نوعين من الصلح، كما سبقت الإشارة إليه، كما انه لم يجعل الصلح رافعا للنزاع وقاطعا له بل مانعا لوقوعه أيضا، مما جاء في عبارة "أو خوف وقوعه"، فيكون للصلح بذلك دور وقائي لمنع الخلاف، وهذا ما يميز الصلح عن غيره من العقود¹.

ثانيا: تعريف الصلح في القانون الوضعي:

إن المدلول العام للصلح هو إنهاء الخصومة ورفع النزاع وتسوية الخلافات، وهذا ما اتجه إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في تناولهم لمفهوم الصلح، ولأن كافة التشريعات العربية والأجنبية أخذت بالمدلول الضيق للصلح، وهو الصلح على الأموال في قوانينها المدنية، وهو ليس مجال دراستنا لكن لا مانع من التطرق لهذه التعريفات من باب الأخذ بالمقصد العام للصلح وهو في كونه طريق من الطرق الودية لإنهاء النزاعات والخصومات.

ولما كانت أغلبية التشريعات العربية قد استمدت معظم أحكامها من القانون الفرنسي الذي يتزعم النظام القانوني اللاتيني، فإننا سنتناول في ما يلي مدلول الصلح في القانون الفرنسي، (أ)، ولدى بعض القوانين العربية، (ب)، وفي التشريع الجزائري، (ج).

أ- تعريف الصلح في التشريع الفرنسي :

تناول القانون المدني الفرنسي الصلح ضمن المادة 2044 بأنه: "عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا"²، فيلاحظ في هذا التعريف الاقتصار على تعيين مجال الصلح في زمنين هما ماضي الصلح ومستقبله³.

1- البدراني، شيماء سعيد خضر، المرجع السابق، ص 22، وانظر أيضا: برايك الطاهر، عقد الصلح، دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001/2002، ص 23.

2- Art 2044 : « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître », (loi n° 2007-211 du 19février 2007),code civil ,édit. 2008.

3- برايك الطاهر، نفسه، ص 24 .

ب- تعريف الصلح في بعض التشريعات العربية:

لم تبعد التشريعات العربية في مجملها على ما تناوله القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي للكثير من أحكامها، فقد تناول القانون المدني المصري الصلح في المادة 549 بأنه: " عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بان ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته " ¹.
وجاء في القانون المدني العراقي في مادته 698: " الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي " ².

ج- تعريف الصلح في التشريع الجزائري:

تطرق المشرع الجزائري إلى الصلح، من خلال المادة 459 من القانون المدني ³ بأنه: " عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه "

إن معظم التقنيات العربية أخذت بلفظة "يحسم" وأخذ المشرع الجزائري بلفظة "ينهي" والملاحظ أن الأولى أدرى للأخذ بها لأنها تفيد وجود منازعة كما تفيد عدم العودة إليها، أما الثانية فقد لا تفيد بوجود منازعة، ووجود لفظة "نزاع" بعد كل من لفظة "ينهي" و"يحسم" فهي في الثانية تأكيد على جسامته الخصومة بين الأطراف فتكون بذلك الفائدة أعظم بفضل الصلح في الخصومة عنه في السلم ⁴.

ثالثاً : مقارنة بين تعريف الصلح في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية:

من خلال استعراض تعريف الصلح لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا في التشريعات الوضعية، يمكن استخلاص ما يلي:

1 - تتفق التشريعات الوضعية مع الفقه الإسلامي في اعتبار الصلح عقداً من العقود

أي أنه تصرف قانوني قائم على اتفاق إرادتين، وبالتالي لا تكفي فيه الإرادة

1 - هذا النص مطابق لما جاء في المادة 552 من القانون المدني الكويتي، والمادة 517 من التقنين المدني السوري والمادة 584 من التقنين المدني الليبي، انظر في ذلك: طلبية، أنور، الوسيط في القانون المدني، العقود المسماة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1996، ج2، ص459، (د.ط.)، وأشار إليه: السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، ج5، ص508 (د.ط.)، (د.س.).
2- ولم يأت التعريف على ذكر عنصر التنازل المتبادل بين الطرفين، ن ادعاءاتهم، وهو مطابق لما جاء في التقنين المدني الفرنسي.

3- قانون رقم 10-05 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 20 جوان 2005، (ج. ر. العدد 44).

4- بريك الطاهر، المرجع السابق، ص26.

المنفردة وهو المقصود بالصلح بين الزوجين ، وهو ما دلت عليه كذلك الآية الكريمة: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا } (النساء: الآية 35).

- 2- كما يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي على أن الصلح يهدف إلى إنهاء النزاع بين الطرفين وإن اختلفت صيغة التعبير عن ذلك، فيستعمل الفقهاء ألفاظاً مثل: "رفع المنازعة" و"قطع النزاع" وهي، كما سبق ذكره، لها نفس المدلول والهدف بينما تستعمل التقنيات العربية تعبير "حسم النزاع"، والحسم يفيد عدم الرجوع إلى الخصومة، وهو جوهر الصلح وهو ما يقودنا إلى استنتاج آخر:
- 3- أن للصلح وظيفتان: الأولى زجرية، وهي أنه "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً" والثانية وقائية، وهي "يتوقيان به نزاعاً محتملاً". وهو الشيء الذي لم تشر إليه التعريفات الواردة في الفقه الإسلامي - باستثناء تعريف ابن عرفة المالكي- التي ركزت على النزاع المتوقع ولم تشر إلى النزاع لمحتمل الوقوع. وبذلك تكون التشريعات الحديثة أوسع في مدلولها للصلح، من المنظور العملي، منه لدى فقهاء الشريعة، ذلك أن النية الحسنة للمسلمين هي منطلق كل تصرفاتهم وان مبدأ "الصفاء في المعاملة" ¹ قد يؤول للفساد لو أنه ورد الحديث عن نزاع محتمل الوقوع، وهو ما أكده الإمام النووي في حجته عن عدم تعرضه للنزاع المحتمل في تعريفه للصلح ².
- 4- لقد وردت التعريفات في بعض التشريعات الوضعية - تعريف القانون الفرنسي وكذا العراقي- متفقة مع نظيرتها في الفقه الإسلامي، في عدم اشتراط وجود تنازل متبادل من كلا الطرفين ويكفي أن يكون العقد صلحاً بحسم النزاع وقطع الخصومة بالتراضي.

1- النووي، أبو زكريا بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف : الشاوس، زهير، المكتب الإسلامي بيروت، لبنان، 1991، ج4، ص36، (د.ط.).
 2- جاء في حجته " لأن لفظ الصلح لا يطلق إلا إذا سبقت خصومة" وبالتالي لا مجال للحديث عن صلح حول خصومة محتملة أو نزاع مستقبلي، النووي، المصدر نفسه، ص 195.

الصلح نهاية في الخيرية¹، يتم بمقتضاه التوفيق بينهما بما يضمن حقوق كل منهما تجاه الآخر.

وأما ما جاء في السنة النبوية المطهرة فعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: {الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أهل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أهل حراما} ² والحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح "ولا يوصف بالجواز إلا ما كان مشروعا في أصله، فما دام الصلح بالتراضي ولا يظلم فيه احد الطرفين ولا يحرم حلالا فهو جائز" ³ فالصلح الذي يتم برضا الخصمين هو منتهى العدل واقرب إلى دوام المودة والأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة والمجتمع.

وقد اجمع الصحابة وعلماء الأمة على جواز الصلح، بل ووجوب السعي إليه وأكد ابن قدامة المقدسي على إجماع العلماء، فبعد أن ذكر أنواع الصلح فقال: " ويتنوع أنواعا: صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي، و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما... " ثم قال: " واجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا" ⁴.

كما استدلل جمهور الفقهاء على مشروعية الصلح بالإجماع لما روي عن عمر بن الخطاب قوله: "ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن"، ولم ينكره احد من الصحابة فاعتبر إجماعا، كما ذكر عنه أيضا (رضي الله عنه) قوله لأبي موسى الأشعري: "واحرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء" ⁵.

1- السرخسي، شمس الدين، المبسوط، تصنيف: الشيخ خليل الميس، دار المعرف ة، بيروت، لبنان، 1989، ج 5، ص 123- 124، (د.ط).
 2- الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير (المعروف بسنن الترمذي)، تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، دار الكتاب العلمية، بيروت لبنان، ص 635، (باب ما ذكر عن الرسول في الصلح بين الناس)، رقم الحديث (1352) (د.ط) (د.س)، وذكر السرخسي في شرح الحديث أن الصلح الذي حرم حلالا ه و أن يصلح الرجل إحدى زوجتيه على أن لا يظلم الأخرى، والصلح الذي أهل حراما هو أن يصلح على خمر أو خنزير وهذا النوع من الصلح باطل لان الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه، المصدر السابق، ج 20، ص 134.
 3- أبو هشيش، أحمد محمود، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية ط 1، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ص 54.
 4- ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، ص 02.
 5- السرخسي، المصدر نفسه، ص 136.

وعليه فإن مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والأئمة والعلماء لما في إنهاء الخصومة بالصلح من إنصاف وادعى إلى تحقيق العدل.

الفرع الثاني

مشروعية الصلح بين الزوجين في القانون الوضعي

إن التعامل مع الصلح كإجراء أو كموضوع من المسائل التي تتطلب الكثير من الدقة في سائر التشريعات¹، فنصت كافة التقنيات الوضعية على جواز الصلح بنصوص صريحة في تشريعاتها للأحوال الشخصية، التي تعالج فيها الصلح باعتباره " محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع، سعياً لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التسوية بالتراضي. يعتبر هذا الإجراء إلزامياً"² إذن فهو جائز ومشروع، ومن الإجراءات الوجوبية في دعاوى الطلاق قبل الحكم فيها تأكيداً على وجوب السعي للإصلاح بين الزوجين من أجل حماية الأسرة من التفكك والانحلال وإعادة الحياة المستقرة والألفة بين أفرادها.

أولاً : الصلح في القانون الفرنسي:

أكد المشرع الفرنسي أن للقاضي مهمة صلحية في الشؤون العائلية من خلال المادة 21 من قانون الإجراءات المدنية³ رغم أنه ألغى مرحلة المصالحة والتوفيق الإلزامية، والتي كانت تعتبر مرحلة سابقة على الخصومة، إلا في بعض مسائل الطلاق والانفصال الجسماني⁴.

ثانياً: الصلح في القوانين العربية:

أما الصلح في التقنيات العربية، على اعتبار أنه تنتمي إلى الأسرة القانونية اللاتينية فقد تبنت العملية الصلحية ووظفتها حسب المادة المعروضة، فقد تكون المادة جمركية

1- بن صاولة، شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، ط1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006، ص، 58.
2- القرام، ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البلدة، 1998، ص، 58، (د.ط).
3- Muriel Parquet, droit de la famille ,deuxième édition, Bréal, France,2007 , p94.
4- النيداني، الأنصاري حسن، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 174، (د.ط).

أو إدارية أو مدنية، وليست الأحوال الشخصية ببعيدة عن ذلك، وهي محور بحثنا،
فبالنسبة للقانون المصري نصت المادة الثامنة عشر من القانون 1 لسنة 2000 على أنه:

" تختص المحاكم الجزئية بالحكم النهائي في المنازعات في المواد الآتية:

الصلح بين الخصمين أمام المحكمة فيما يجوز شرعا"، لان الصلح أقطع للنزاع وأحفظ
للروابط، فالصلح في القضاء المصري إنما هو رخصة يجيزها القانون¹.

وسعى التشريع المغربي إلى إحداث تعديلات جوهرية في سبيل إصلاح الأسرة
المغربية بتطبيق تلقائي لمسطرة الشقاق المنصوص عليها بالمواد 94 إلى 97 من
مدونة الأحوال الشخصية، وذلك بإبداء كل المحاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين
بما في ذلك انتداب حكيم أو مجلس العائلة².

ثالثا : الصلح في القانون الجزائري:

إن للمجتمع الجزائري موروث من العادات والتقاليد في مجال فض النزاعات
بالصلح والتحكيم لذلك حافظ على هذه العادات والتقاليد مع الأخذ بأحكام الشريعة
الإسلامية التي استلهم منها إلزامية اللجوء إلى الصلح كإجراء إجباري في مادة الأحوال
الشخصية، وهو ما ترجمته النصوص القانونية الصادرة على امتداد عقود من الزمن
كان آخرها الأمر رقم 02/05 الذي عبر المشرع فيه عن إرادته في تدعيم نظام الصلح
والسعي إلى تفعيله، حيث جاء في المادة 49 من الأمر السالف الذكر أنه: "لا يثبت
الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة
أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"³، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أشار
فيه المشرع إلى الصلح ضمن أحكامه التمهيدية للتأكيد على ضرورة الانسجام مع

1- العمروسي، أنور، موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،
2002، ج1، ص 409، بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 63.
2- بناصر، يوسف، "مدونة الأسرة. المسار والتطلعات، قراءة تحليلية في مستجدات مدونة الأسرة 03-70" مقال
منشور بمجلة الواحة القانونية المغربية، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2004، ص 238. ونص المشرع السوري في
المادة 88 التي جاء فيها: "إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق أو معاملة مخالعة أجلها القاضي شهرا أملا
بالصلح"، وجاء في الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين
وكلائه. ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن
ذلك"، نقلا عن: بن الشيخ آث ملويا، لحسين، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة،
بوزريعة، الجزائر، 2005، ج1، ص 202-203، (د.ط.).
3- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984
والمتمضمّن قانون الأسرة، (ج.ر. العدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص18).

أحكام القانون المدني، وتمديد العمل بالمبدأ الذي تضمنته المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية التي تجيز مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى وفي أي مادة كانت¹.

فنصت المادة الرابعة (4) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يمكن للقاضي إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت " ² ، وجاءت المادة 439 من نفس القانون تنص على أن: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية" وذلك تدعيما لما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة.

فالعلمية الصلحية لا تعزوها النصوص القانونية لإثبات جوازها ومشروعيتها لان الصلح سابق للوجود عن القانون ومتوافق معه، لكن ما علاقته بالقضاء؟ لأجل ذلك سوف نبحت عن الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح بين الزوجين للوقوف على حقيقة العلاقة بينها وبين مختلف المفاهيم القانونية ذات الصلة.

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح بين الزوجين

إن المقصود بالطبيعة القانونية لمحاولة الصلح هو الوقوف على مدى إلزامية هذا الإجراء في دعاوى فك الرابطة الزوجية،

- فهل محاولة الصلح تعد إجراء جوهريا ؟

- وما علاقتها بالنظام العام؟

- وإلى أي مدى هي مرتبطة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، إذ يخصص

الفرع الأول إلى معرفة ما إذا كانت محاولة الصلح تعد إجراء جوهريا، أما **الفرع**

الثاني سنقف فيه على العلاقة بين محاولة الصلح والنظام العام، وفي **الفرع الثالث**،

بينها وبين قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 23.
2- قانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، (ج.ر.العدد 21، مؤرخة في 23 أفريل 2008، ص3).

الفرع الأول

محاولة الصلح بين الزوجين والإجازة

لقد تأرجح المشرع الجزائري بين النص على الوجوب والإجبار تارة وعلى الجواز والاختيار أخرى فيما يخص المهمة الصلحية التي يؤديها القاضي، مما نتج عنه كثير من القرارات المتضاربة للمحكمة العليا والتي تمثل مرآة تقييميه وتقويمية لأعمال قضاة غرفة الأحوال الشخصية بالجهات القضائية الدنيا.

وللوقوف على خيارات المشرع سوف نعرض على مرحلة الصلح الوجوبي (أولاً) ثم مرحلة الصلح الجوازي (ثانياً) في التشريع الجزائري، ونخلص لنتائج هذا التحول (ثالثاً).

أولاً: مرحلة الصلح الوجوبي:

شهدت سنة 1959 إصدار الأمر رقم 274-59 المؤرخ بتاريخ 4 فيفري 1959 والخاص بعقود الزواج وانحلالها¹، والذي نص في مادته الثامنة على وجوب حضور الزوجين شخصياً إلى الجلسة أثناء إجراءات دعوى الطلاق دون الاكتفاء بمذكراتهما ودون الاكتفاء بمرافعات ومذكرات محاميتهما، وفي نفس السنة صدر مرسوم تطبيقي للأمر السابق يحمل رقم 1082-59 تضمن النص على الصلح كإجراء وجوبي في مادة الأحوال الشخصية، في مادته الثامنة، وهذا استلهاما من مبادئ الشريعة الإسلامية، فورد في الفقرة (ج) وما بعدها من المادة 13 منه على ضرورة انفراد القاضي بالزوجين المتنازعين للصلح بينهما في مهلة لا تتجاوز شهرا واحداً، ابتداء من تاريخ تسجيل عريضة افتتاح الدعوى، كما نص في المادة 14 على أنه في حالة فشل

1- أصدره المشرع الفرنسي المحتل ليشمل الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والساورة والواحات (ورقلة و بشار حالياً) ومستثنياً عقود الزواج التي تمت وفقاً للمذهب الإباضي من أحكام هذا الأمر، أنظر: سعد، عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2 منقحة ومزيدة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص 22، 23.

محاولة الصلح أو غياب المدعى عليه دون مبرر، يثبت القاضي ذلك في محضر ويستدعي الزوجين على جلسة علنية للفصل في موضوع الدعوى دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر على الأكثر بداية من تاريخ إثبات فشل محاولة الصلح .
وتأكد مضمون ما جاء في المرسوم التطبيقي ضمن الإصلاح القضائي الشامل لسنة 1966 بموجب الأمر 66-154¹ والذي نص في المادة 17 منه على إجبارية القيام بإجراءات المصالحة أمام المحكمة وتلاه صدور الأمر رقم 77-69 نص في مادته الرابعة على الكيفية التي تتم بها المهمة الصلحية وكان أول أمر يأتي بهذا التفصيل الذي افتقرت له النصوص الجديدة فيما بعد في كثير من المواد، وأكد من خلاله على إجبارية المصالحة في الدعاوى الخاصة بالطلاق والرجوع إلى محل الزوجية والحضانة مع استثناء القضايا ذات الطابع الإستعجالي وعندما يكون موطن أحد أطراف النزاع خارج التراب الوطني².

ومن جهة أخرى كان قضاء المحكمة العليا مستقرا في قراراته بخصوص إلزامية محاولة الصلح عملا بما أوجبه المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية، فقد جاء في احد قرارات المجلس الأعلى أنه: "يستوجب نقض الحكم الذي حكم بالطلاق بين الطرفين انطلاقا من السبب الوحيد أن الحياة الزوجية صارت مستحيلة دون أن يقدم أي طلب طلاق، ودون الصلح المنصوص عليه في المسألة ودون سماع المعنيين في هذا الشأن، مما يوضح جليا خرق قضاة الموضوع للقانون"³ وبالتالي كان قرار المجلس الأعلى موافقا لصحيح القانون.

ثانيا: مرحلة الصلح الجوازي:

اعتمد المشرع مبدأ جواز إجراء الصلح ضمن آخر تعديل للمادة 17 بمقتضى الأمر رقم 71 - 80 المؤرخ في 1971/12/29 جاء في المادة 12 منه ما يلي:

1- المتضمن لقانون الإجراءات المدنية الوطني، المؤرخ في 8 جوان 1966، (ج.ر. عدد 47).
2- انظر في ذلك: سعد، عبد العزيز، "قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية"، مقال منشور بمجلة نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي 1986، وزارة العدل (مديرية البحث)، ص 21، 22، بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 31، 32.
3- قرار المجلس الأعلى صدر في 1968/ 07/03، غ.ق.خ، مجلة الأحكام، وزارة العدل، 1969، ج 1، ص 49. كما صدر عنه قرار، جاء فيه: "من المقرر شرعا وقضاء بان يكون الطلاق مسبوقا بمحاولة صلح"، قرار بتاريخ 1970/10/16، غ.ق.خ، المجلة القضائية، العدد 2، انظر: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02-05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 231-232، (د.ط.).

" يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت " وألغى المواد من 18 إلى 21 التالية للمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية إلغاء صريحا¹ وتشكلت هذه الأخيرة في قالب جديد لتحفظ بمبدأ المصالحة لكن بتعميمه على كافة الدعاوى المدنية ومن ضمنها دعاوى الزواج والطلاق وحولت الإيجاب إلى الاختيار فلم يعد الصلح إجراء قانونيا يرتب آثاره بل أصبح يتعلق بالسلطة التقديرية للقاضي² .

وتبعاً لذلك قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بان محاولة الصلح جوازية حيث ورد في أسبابه ما يلي:

" فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن:

أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه المجلس لمحاولة الصلح بين الزوجين، واعتبرت ذلك من مبطلات الحكم ومن مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه.

وعليه ليس لأحد أن يلزم القضاة باتخاذ إجراء لا يفرض عليهم القانون اتخاذه، ولا يصح لخصم أن يحاول انتزاع إجراء جعله القانون جوازياً، لهم فعله أو تركه"³.

في 9 جوان 1984 تمت المصادقة على قانون الأحوال الشخصية⁴ وكان أول وثيقة وطنية تنظم شؤون الأسرة، تحت رقم 84-11، نص في مادته أل 49 على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بعد محاولة صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

لقد علق الأستاذ تشوار على الصيغة التي وردت بها المادة : " ...كما أنه يوهم أن جميع أحكام الطلاق ليست من الأحكام الناشئة بل الكاشفة... كان من المستحسن على المشرع أن يستعمل في هذه الحالة كلمة "لا يقع" بدل "لا يثبت".

وأن هذا الإيهام في المصطلح أدى بالمحكمة العليا إلى إصدار قرارات متناقضة" (*).

1- لقد كانت المواد من 18 إلى 21 تشتمل على بيان كيفية إجراء محاولة الصلح وأيضاً كيفية التصرف حيال نتائجها الإيجابية والسلبية، وبالتالي هي متعلقة بمبدأ الإلزام في إجراء الصلح الذي نصت عليه المادة 17.

2- بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 32، سعد، عبد العزيز، نفسه، ص 24 .

3- بن الشيخ آث ملويا، لحسين، المرجع السابق، ص 197-198.

4- تم استبدال مصطلح "الأحوال الشخصية" بمصطلح "شؤون الأسرة"، بموجب القانون رقم 11/05 والمتضمن التنظيم القضائي، المؤرخ في 17 جويلية 2005، (ج.ر.، العدد 51، 2005).

(* - تشوار، الجيلالي، "بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة"، مقال منشور بمجلة المعيار العدد التاسع 2004، ص 196، إن استعمال كلمة "لا يقع" تؤكد على أن جميع الأحكام منشئة، وهذا فيه غلط كبير

عدلت المادة 49 بمقتضى الأمر 02-05 ليجعل من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح وعلقت بنفس الصيغة السابقة الحكم بالطلاق على إجراء مسبق للصلح فهل يعني ذلك أن القاضي ملزم بإجرائه قبل الفصل في دعاوى الطلاق؟

ثالثا : نتائج خيارات المشرع حول محاولة الصلح:

- لقد نتج عن عدم استقرار المشرع حول لزوم محاولة الصلح من عدمها إلى نتائج عملية أثرت على العمل القضائي بالدرجة الأولى، أهمها:
- تعميم وشمولية مبدأ الصلح أفرغ مفهومه، كعملية قضائية لها مفعولها في المنازعة وتسوية الخصومة بالطريق الودي.
- تحرير المشرع القاضي من إلزامية إجراء محاولة الصلح بان منحه سلطة تقدير أوسع للتعامل مع المنازعة بكثير من الحيوية والمبادرة إلى فضها وديا جعله يهجر العملية كليا.
- غياب صيغة الإلزام في نص المادة 49 من قانون الأسرة وكذا النص المعدل لها وغياب الكيفيات الإجرائية للعملية الصلحية، جعل القاضي يعمل سلطته التقديرية مع وجود النص، حيث لا اجتهاد مع النص.

الفرع الثاني

علاقة محاولة الصلح بالنظام العام

أصبح الحكم في دعاوى الطلاق معلقا على إجراء عدة محاولات صلح من طرف القاضي "وإلا كان حكمه معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه"¹، فهل ما هو مخالف للقانون يعد مخالفا للنظام العام؟ وهل محاولة الصلح من النظام العام؟

لان الطلاق إذا ما صدر ممن بيده عقدة النكاح وقع فعلا وما يحتاجه هو الإثبات فقط، وهو مسألة إجرائية تتطلب من المطلق التوجه إلى القضاء، والتأويلات التي انصرف إليها القضاء في أحكامهم تعود إلى أسباب أخرى سوف نتعرض لها بالتفصيل في حينه. ومن بين القرارات المتناقضة: القرار الصادر بتاريخ 1989/12/25 عن غ.أ.ش.، ملف رقم 57812، المجلة القضائية العدد 3 لسنة 1993، ص 71، والذي أكدت من خلاله على إلزامية الصلح والقرار الصادر بتاريخ 1998/07/21، عن غ.أ.ش.، ملف رقم 200198، مجلة نشرة القضاء، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 56، ص 41، والقرار الصادر بتاريخ 1999/02/16، عن غ.أ.ش.، ملف رقم 216850 = مجلة دراسات قانونية مارس 2003، ص 106، وكلا القرارين الأخيرين جاء فيهما أن محاولة الصلح لا تعتبر إجراء جوهريا.

1- بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ج1، ص 357، (د.ط.)، (د.ت.).

إن المقصود بالنظام العام هو: "مجموعة القواعد القانونية التي تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعا مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى ولو حققت هذه الاتفاقات مصالح فردية وذلك لان المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"¹ فالفكرة في حد ذاتها تضيق وتتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة "مصلحة عامة" والمصلحة كما عبر عنها الشاطبي هي: "ملاءمة قارة في النفوس في قيام الحياة" فالمصلحة العامة هي ما فيه صلاح عموم الأمة².

إن عدم التعامل في الشيء يعود لأنه غير مشروع، وعدم المشروعية يعود لسببين:

1 - إما إلى نص صريح في القانون يمنع التعامل فيه.

2 - وإما لأنه مخالف للنظام العام.

لكن نص القانون الذي يمنع التعامل في الشيء يكون مبنيا على اعتبارات ترجع في حد ذاتها إلى النظام العام. وبالتالي يكون الشيء غير مشروع إذا كان مخالفا للنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، أي على ما يخالف القانون³، لذلك يكون ما هو مخالف للقانون مخالف للنظام العام.

لقد فسر الأستاذ بلحاج العربي نص المادة 49 من قانون الأسرة أنه نص إجرائي يتعلق بإجراءات الطلاق، يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق وإلا سيكون حكمه معيبا ومخالفا للقانون⁴، أي مخالفا للنظام العام.

وذهب الأستاذ زودة إلى اعتبار محاولة الصلح من المقترضات الموضوعية لصحة

العمل القانوني⁵.

1- السنهوري، عبد الرزاق، المرجع السابق، ج 1، ص 399، بردان، إياد محمود، التحكيم والنظام العام، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 154.

2- بن عاشور محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 278-279.

3- السنهوري، نفسه، ص 399.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 357.

5- لمطاعي، نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط 1، بن مرابط للنشر، الجزائر، 2009، ص 134.

واعتبر الأستاذ بن الشيخ آث ملويا محاولة الصلح إلزامية وهي من النظام العام لكون المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولة الصلح من عدمها، بل علق الحكم بالطلاق على إجراء سابق لمحاولة الصلح، حيث جاء عنه: "وتبعاً لذلك يكون إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية والتي يترتب على إغفالها بطلان الحكم"¹.
 لكن الأستاذ لمطاعي علق بأن محاولة الصلح ليست إجراء جوهرياً، ولن يكون تخلفها فيه الحكم القضائي المثبت للطلاق ويضيف: "إن المشرع حدد لها مدة ثلاثة أشهر فقط تسري من تاريخ رفع دعوى إثبات الطلاق ولا يمكن لها أن تتجاوز هذه المدة" وبالتالي فهي ليست إجراء جوهرياً يمس النظام العام². لكن الأستاذ لمطاعي والذي ربط مدة محاولة الصلح بمدة عدة الطلاق الرجعي في حالة تطابقهما، أي بداية مدة الصلح مع بداية احتساب عدة الطلاق الرجعي، فقد أخذ بطريق واحد للفرقة وهو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أين يكون حكم القاضي كاشفاً، وبالتالي اعتبر محاولة الصلح لا علاقة لها بالنظام العام، لكن قد نكون أمام حكم قضائي منشأً للطلاق فتختلف بذلك مدة الصلح عن مدة الطلاق الرجعي التي يجب الأخذ باحتسابها حتى لا يقع القاضي في تناقض بين ما هو شرعي وما هو قانوني .

ورغم غياب لفظ صريح يدل على إلزام القاضي بإجراء محاولة الصلح غير أن نص المادة 49 المعدلة جعلت من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح؛ مما يفهم منه تأكيد المشرع على وجوب القيام بمحاولة الصلح قبل الفصل في أية دعوى طلاق. فنخلص أن محاولة الصلح هي إجراء جوهري يمس بالنظام العام .
 وبسبب التناقض الذي وقعت فيه المحكمة العليا في فحوى قراراتها التي اعتبرت تارة محاولة الصلح من الإجراءات الجوهرية، وإغفالها يعد خطأً في تطبيق القانون³

1- بن الشيخ آث ملويا، لحسين، المرجع السابق، ص 197-199 .

2- لمطاعي، نور الدين ، نفسه، ص 137 .

3- " من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون"، قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش.، بتاريخ 18/06/1991 ملف رقم 75141، منشور بالمجلة القضائية، 1993، العدد الأول، ص 65 .

وتارة أخرى تتراجع لتعتبر محاولة الصلح مجرد موعظة¹ ومن أجل توحيد قراراتها وتأكيدا من المشرع على أن المقصود بـ "عدة محاولات صلح" إنما هو الوجوب، جاء تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مادته 439 صريحا، حيث جاء فيها: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية".

الفرع الثالث

علاقة محاولة الصلح بقانون الإجراءات المدنية

يعتبر قانون الإجراءات المدنية والإدارية من القواعد التنظيمية التي تساعد القضاء في أداء وظيفته والسبيل القانوني المنظم لمسار الدعوى عن طريق قواعد إجرائية خادمة للحقوق الموضوعية² وفي غياب تنظيم إجرائي خاص بمادة شؤون الأسرة - لخصوصيتها - يبقى قانون الإجراءات المدنية هو المتكفل بذلك، خاصة بعد التعديل الأخير الذي افرد لقسم شؤون الأسرة قواعد تفصيلية للعديد من المسائل.

وقبل ذلك كان هناك من اعتبر المادة 49 من قانون الأسرة نصا إجرائيا³ وأن مخالفة ما ورد بها، وهو القيام بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين أثناء رفع الدعوى، يعد خرقا لقاعدة جوهرية في الإجراءات فكيف يكون هذا النص إجرائيا ضمن قانون موضوعي؟ من الواضح أنها ليست كذلك، لأن من بين أسباب الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية هناك وجهان:

- وجه مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات
- وجه مأخوذ من انعدام الأساس القانوني

1 - "إن محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة، ما هي إلا موعظة"، قرار صادر عن المحكمة العليا، غ.أ.ش.، بتاريخ 16/02/1999، ملف رقم 216850 منشور بالمجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 103.

2- صقر، نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 10-11، (د.ط.)، بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 7.

3- "الإجراء هو العمل القانوني الذي يكون جزء من الخصومة وتترتب عليه بصفة مباشرة آثارا إجرائية، ونقول العمل القانوني لنخرج بذلك أعمال الذكاء المحضة"، العوا، محمد سليم، "إجراءات التحكيم في القانون المصري"، مقال منشور بمجلة دراسات، الصادرة عن عمادة البحث العلمي، جامعة الأردن، المجلد 36، العدد الأول، شهر تموز 2009، ص 225.

فالوجه الأول تم فيه إغفال إجراء جوهري يترتب عليه اعتبار الحكم أو القرار المطعون فيه معيبا ويتعين نقضه والوجه الثاني يكون سببه انعدام الأساس القانوني ويتعين نقضه أيضا¹، ونص المادة 49 خرقت فيه قاعدة جوهريّة لكن ليست في الإجراءات، لأنه ليس نصا إجرائيا. كما لا يبنى الطعن بالنقض على انعدام الأساس القانوني لأن النص على محاولة الصلح جاء صريحا.

ومن بين أوجه الطعن أيضا، والتي جاءت على سبيل الحصر، مخالفة القانون الداخلي² وقد تكون المخالفة في التطبيق أو التفسير، وقد وصفت المحكمة العليا عدم القيام بمحاولة الصلح بالخطأ في تطبيق القانون.

وبذلك لا نجد سببا لإغفال القاضي قيامه بمحاولة الصلح قبل الحكم في دعوى الطلاق سوى خطئه في تطبيق القانون لأنه اعتدّ بعلمه الشخصي واستبعد إجراء وجوبي. لكن ربما نجد له مبررا بسبب غياب نصوص تنظيمية صريحة خاصة بمادة شؤون الأسرة وهو ما استدركه المشرع لاحقا وضمنه في القانون رقم 08-09 أين خص الفرع الثالث³ منه للصلح وإجراءاته وإثباته في محضر يع د سندا تنفيذيا إذا ما تم، أو الشروع في مناقشة موضوع الدعوى في حالة عدم الصلح أو تخلف احد الزوجين⁴.

إن من آثار الطعن بالنقض ترتيب البطلان وإعادة الخصوم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الحكم أو القرار، فإذا ما تم نقض الحكم الصادر في دعوى الطلاق بسبب عدم إجراء محاولة الصلح فإنه يعيد المطلقين إلى الحالة التي كانوا عليها، وهذا أمر غير مستساغ، لأن وقوع الطلاق مرتبط بحساب العدة في حالة الطلاق الرجعي والتي تترتب عنه آثار خطيرة متعلقة بإثبات النسب واستحقاق الميراث..، واحتساب عدد الطلقات في غير الطلاق الرجعي، لكن السياسة التشريعية وفقت إلى حد بعيد لما جعلت

1- سعد، عبد العزيز، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط4، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 54، 55.

2 - المادة 5/358 من قانون الإجراءات المدنية.

3- انظر القسم الثالث المعنون بإجراءات الطلاق من الفصل الأول تحت عنوان قسم شؤون الأسرة من الباب الأول المعنون بالإجراءات الخاصة بالمحكمة وفي الإجراءات الخاصة ببعض الأقسام من الكتاب الثاني لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من الطعن بالنقض في أحكام الطلاق لا توقف تنفيذها¹ لتستقر بذلك المراكز القانونية وكذا الأحكام والقرارات القضائية لما ألزمت القاضي بالقيام بمحاولة الصلح كإجراء مسبق في دعاوى الطلاق .

المطلب الرابع

المسائل التي يجوز فيها الصلح في منازعات الأسرة

سبق أن رأينا أن الصلح طريق ودي ينتهجه القاضي كإجراء سابق للفصل في الخصومة القائمة بين الزوجين، لكن هل المحكمة المختصة لها الولاية العامة لإجراء الصلح في كافة مسائل شؤون الأسرة؟ أم أن هناك استثناءات واردة على مسائل دون غيرها؟

لقد نصت المادة 461 من القانون المدني أنه : "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية"، ومن ثم سوف نتناول من خلال هذا المطلب مفهوم الحالة الشخصية في الفرع الأول، وجواز الصلح في مسائل الحالة الشخصية، في الفرع الثاني، ثم جواز الصلح على المصالح المالية المتعلقة بالحالة الشخصية، في الفرع الثالث.

الفرع الأول

مفهوم الحالة الشخصية

لقد اتجه بعض فقهاء القانون إلى تقسيم القواعد الموضوعية إلى قواعد معاملات وقواعد الأحوال الشخصية وأن هذه الأخيرة هي: "التي تحكم الروابط التي تتعلق بحالة الشخص وأهليته، وبنظام الأسرة بما فيها من زواج وطلاق وواجبات الآباء والأبناء"²،

1- المواد: 435، 452 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2- جعفر، محمد السعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2002، ص120، (د.ط.).

فيما اعتبر البعض الآخر أن المقصود بالحالة الشخصية هي "الحالة المدنية للشخص من حيث علاقته بأسرته وعلاقته بدولته واعتقاده في أحد الأديان السماوية أو تنكره"¹. لقد اعتبر الاتجاه الأول أن الحالة الشخصية تشكل إلى جانب الأهلية ونظام الأسرة مفهوم الأحوال الشخصية ولم يبين محتوى الحالة الشخصية كجزء منفرد. بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى ربط حالة الشخص بحالته المدنية وخصصها بعلاقته بالأسرة والدولة والديانة، فربما ط الجنسية من الحالة المدنية لكن هل نعتبره من حالة الشخص؟

لم يتعرض المشرع الجزائري، في القانون المدني أو غيره، إلى تحديد مفهوم حالة الشخص حتى يتم على أساسه تعيين المسائل المتعلقة به والتي تكون محل نزاع يستوجب الصلح لأجله. لكنه ورد في أحد قرارات المحكمة العليا، أنه: "من المقرر قانوناً أنه"تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة التي هي الزواج والطلاق والوفاة" ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون"²، إن الزواج والطلاق والوفاة، يمثلون عناصر في مجموع الأحوال الشخصية.

لكن جاء عن محكمة النقض المصرية أن المقصود بالأحوال الشخصية هو: "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملًا أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تاماً أو ناقص الأهلية لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبابها القانونية"³ غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية- وكلها من عقود التبرعات- تقوم على فكرة التصديق المنسوب إليه ديانة فاعتبرها من قبيل الأحوال الشخصية.

1- منصور، إسحاق إبراهيم، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 223.

2- قرار مؤرخ في 18/04/2004، غ.أ.ش. ملف رقم 262912، مجلة قضائية، عدد 2، ص 409.

3- نقض مدني مصري، في 21 يونيو 1934، طعن رقم 40، السنة الثالثة قضائية، نقلا عن: أحمد، خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 24، (د.ط.).

ويرى البعض أن مصطلح الأحوال الشخصية¹ يعني "تنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة ابتداء وانتهاء وبيان ما لكل واحد على الآخر من حقوق و واجبات"². ونلاحظ أن هذا التعريف ينطبق على (قانون الأسرة) الذي يشمل مصطلح الأحوال الشخصية لأنه أخذ بالعلاقات القانونية التي رتبته مراكز قانونية لأفراد في أسرة فحسب وسكت عن الجانب المالي المتعلق بالميراث والوصايا، كما جاء أيضا انه "يراد بالأحوال الشخصية الأحكام التي تتصل بعلاقة الإنسان بأسرته بدء بالزواج وانتهاء بتصفية التركات أو الميراث"³. فلم يتم تحديد حالة الشخص بل الإشارة إليها ضمن الروابط التي تتعلق بها.

أما بالنسبة لاعتبار الجنسية من الأحوال الشخصية⁴، فذلك راجع إلى أن مسألة الأهلية يحكمها قانون الجنسية بالنسبة للدول التي اعتمدت قانون الجنسية كقانون شخصي لها، كما يحكمها قانون الموطن بالنسبة للدول التي أخذت به لتحديد صحة الأهلية⁵.

و نخلص إلى أن حالة الشخص هي مجموعة الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب لها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية والتي تقوم على أساسها كافة التصرفات المتعلقة بالمسائل المالية التي تدخل في نظام الأسرة، فتكون بذلك كل مسألة منها تعبر عن حالة من الأحوال المتعلقة بشخص الفرد وتدخل في مجموع مسائل الأحوال الشخصية. ولقد حصرت المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية المعدل، كافة الدعاوى التي تكون من صلاحيات قسم شؤون الأسرة وهي كالآتي:

- 1- الأحوال الشخصية: مصطلح قانوني ابتدعه الفقه الإيطالي في القرن الثاني عشر لا نجد له استعمالا في كتب الفقه الإسلامي وأول ما ظهر كان أواخر القرن التاسع عشر حين قام الفقيه المصري (محمد قنديل باشا) بوضع مجموعة فقهية خاصة سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، وبعدها أصبح اسما وعلمًا لكثير من القوانين الخاصة بأحوال الأشخاص والأسر في البلدان العربية والإسلامية، أنظر في ذلك: فاروق، عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، طبع على نفقة جامعة السليمانية، إقليم كردستان العراق، 2004، ص 7، (د.ط.).
- 2- فاروق عبد الله كريم، نفسه.
- 3- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر دمشق، سوريا، ج 9، ص 1، (د.س.).
- 4- يختلف نطاق الأحوال الشخصية، في التشريعات الوضعية، من دولة لأخرى، فكلمة الأحوال الشخصية في فرنسا تقتصر على الحالة والأهلية العامة للشخص، بينما في إيطاليا تتسع لشمول الميراث والوصية والهبة، انظر في ذلك: العمروسي، أنور، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ص 58، (د.ط.).
- 5- بردان، إياد محمود، المرجع السابق، ص 59-60،

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة
 - دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة
 - دعاوى إثبات الزواج والنسب
 - الدعاوى المتعلقة بالكفالة
 - الدعاوى المتعلقة بالولاية وحقوقها والحجر والغياب والفقدان والتقديم.
- أما دعاوى التركة فقد تضمنتها المواد 498 و499 من نفس القانون.
- فهل كافة هذه الدعاوى يجوز فيها الصلح؟

الفرع الثاني

عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام

لم تتناول التشريعات العربية، بطريقة واضحة، تحدي المسائل التي يجوز فيها الصلح، لكن معظمها حددت مجالات التحكيم، بطريق الاستبعاد، أي بتحديد المسائل التي لا يجوز الفصل فيها بطريق التحكيم، وهي تلك التي لا يجوز فيها الصلح فجاء في المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم للمملكة العربية السعودية أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحود، واللعا ن بين الزوجين وكل ما هو متعلق بالنظام العام"¹.

فربطت اغلب التشريعات جواز التحكيم أو عدم جوازه بالنسبة للمنازعات بين قابلية هذه الأخيرة للصلح أو عدم قابليتها له، وبالتالي فإن جميع المنازعات التي يجوز فيها الصلح يجوز فيها التحكيم والعكس صحيح²، غير أن التشريع الجزائري لم يأخذ بهذا المنهج بل ربط جواز الصلح بعدم تعلقه بالنظام العام أو مسائل الحالة الشخصية وأخذ

1- عرفة، محمد السيد، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط1، الرياض، السعودية، 2006، ص 150 ونقلا عنه، جاء في نص المادة 11 من قانون التحكيم العماني أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

2- محمدي، فتح الله حسنين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 57، (د.ط.)، صقر، نبيل، المرجع السابق، ص 563.

المشرع المصري بالمعيارين فنص في المادة 501 مدني على أن التحكيم لا يجوز في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كما نص في المادة 551 من نفس القانون انه: " لا يجوز الصلح في المسائل المتصلة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم"، وهو نفس مضمون المادة 461 من القانون المدني الجزائري، لكن هذا الأخير سكت عن المصالح المالية التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم ، كما نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل، في فقرتها الثانية عل انه: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، وعليه من الأفضل الأخذ بمعيار النظام العام بدل معيار القابلية للتحكيم، لأنه قد تختلف الحدود التي يكون فيها الصلح مخالفا للنظام العام عن الحدود التي يكون فيها التحكيم مخالفا للنظام العام، خاصة في مسائل شؤون الأسرة ولان المسائل المتعلقة بالمنفعة العامة ليست كلها متصلة بالنظام العام¹.

ومن ثم فإن القاعدة العامة تقضي بان الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالنظام العام.

ولما كان الإجماع منعقد على تقسيم مسائل الأحوال الشخصية إلى مواد متصلة بأحوال شخصية بحتة ومواد متصلة بمصالح مالية، وان الأولى وحدها هي التي لا يجوز فيها الصلح دون الثانية وبالتالي لا يجوز الصلح في خصومة تتصل بالحالة الشخصية كالبنوة بنفي أو اثبات والزوجية كصحة الزواج أو بطلانه، أو بالنظام العام كالصلح على الجرائم فإن صلحا مثل هذا يكون محله غير مشروع وسببه أيضا² . غير أنه فيما يتعلق بدعاوى الطلاق والتطليق فقد أجاز المشرع الجزائري وغيره بل وألزم المحكمة بعرض الصلح على الخصوم مع أنها مسألة متعلقة بالنظام العام والحالة الشخصية البحتة للخصوم. يرى الأستاذ النيداني، أن السبب في إجازة المشرع

1- أبو الوفاء، احمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ط3، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص71.
2- السنهوري، عيد الرزاق، المرجع السابق، ص 556، أبو الوفاء، أحمد، نفسه، ص 69، طلبة، أنور، المرجع السابق، ص 466 .

للصلح في هذه الحالة هو انه يقوم على أساس تنازل المدعي عن طلبه بالتطليق أو التفريق وهو أمر لا يتعارض مع النظام العام¹.
كما أن اللجوء إلى الطلاق بجميع صورته حق خالص للعبد له كامل الحرية في استيفاء هذا الحق أو التنازل عنه برغبته واختياره، لكن لا يجوز الصلح في اللعان بين الزوجين لأنها من المسائل التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد، وحق الله فيها أغلب فيجب أن يحكم فيها القاضي ولا تتم تسويتها بالصلح².

الفرع الثالث

جواز الصلح في المسائل المالية المتعلقة بالحالة الشخصية

إن من شروط المصالح عنه، وه و الشيء المتنازع فيه، أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في المحل، وما لا يكون كذلك لا يجوز الصلح عنه وأن يكون مما يصح البديل عنه سواء كان مالا أم غير ذلك، وأن يكون معلوماً لأن الجهالة في الصلح تؤدي إلى استمرار النزاع³.

والصلح المقصود هنا هو كل ما من شأنه حسم الخصومة دون إصدار حكم قضائي فيها كالدعوى المتعلقة بالنفقة وما في حكمها من الأجور والمصروفات، فلا مانع من قيام المحكمة بعرض الصلح أو الإبراء⁴. غير أن دين النفقة له امتياز على سائر الديون وهو ما قرره المادة 993 من القانون المدني، بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للضريبة العامة، لكن المشرع الجزائري سكت عن إمكانية سقوط النفقة بالأداء أو الإبراء وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون 100 لسنة

1- أشار إليه: النيداني، الأنصاري حسن، المرجع السابق، ص 78، ونقلنا عنه جاء عن محكمة النقض المصرية: "وضع قيود على زواج المصرية بأجنبي، مؤداه تعلقها بالنظام العام فلا يجوز الصلح عليها، ولما كان ذلك وكانت محكمة أول درجة قد قضت بإلحاق عقد الصلح المتضمن بنود عقود الزواج، المنعقد بين المصرية والأجنبي بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي دون مراعاة للشروط التي استوجبه القانون فإن هذا الحكم يجوز استئنافه من النيابة العامة لمخالفته للنظام العام"، نفسه، ص 79 .

2- عرفة، محمد السيد، المرجع السابق، ص 180.

3- أبو هشيش، أحمد محمود، المرجع السابق، ص 87.

4- الصلح نزول جزئي من كلا الطرفين عن الحق الذي يدعيه بينما الإبراء هو نزول كامل عن الحق من احد الطرفين هو الدائن، انظر: احمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 123.

1985 المصري، المتضمن لبعض النفقات، في فقرتها السادسة على انه : "تعتبر نفقة الزوجة ديناً على الزوج من تاريخ امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء"¹.

لكن النزول عن حق النفقة ذاته لا يجوز، بل يجوز فقط النزول عن استحقاق النفقة أو إسقاطها لمدة معينة، حتى في حالة تصالح الزوجين لا يسقط حق الزوجة في المطالبة بنفقة الإهمال لها ولأولادها والتي ضمّنتها في طلباتها المكتوبة، خاصة إن كانت قد مكثت ببيت أهلها مدة طويلة .

كما يجوز الصلح بين الزوجين على حقوق الزوجة المالية، سواء فيما تعلق بالصداق أو فيما يتعلق بأجر الرضاعة أو الحضانة، ويجوز الصلح بين المخطوبين على التعويض المستحق لها عن فسخ الخطبة².

لكنه لا يجوز للوارث أن يتصلح عن صفته كوارث، فإذا اتفق من يدعي النسب مع الورثة على نزوله عن دعوى ثبوت النسب، وبالتالي عن حقه في الميراث مقابل مبلغ معين، لا يصح هذا الصلح وكان باطلاً في شقيه³ حيث قررت المادة 466 من القانون المدني على أن: "الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله"، لأنه وإن كان الصلح على الميراث صحيح فإن الصلح على النزول عن دعوى ثبوت النسب باطل.

ونخلص أن الصلح أداة قانونية واجتماعية لازمة تتطلب إلى جانب الشكل الإجرائي والموضوعي، حضور الإدراكات العقلية والنفسية لدى قاضي شؤون الأسرة لأنه لا يكفي عرضه للصلح على الزوجين المتخاصمين بل لا بد من بذل الكثير من الجهد الذي يتطلب آليات سوف نحاول من خلال المبحث التالي، الوقوف على فعاليتها إلى جانب التعرض للإطار الزمني والمكاني للعملية الصلحية ومدى تأثير كل منهما في الإصلاح بين الزوج.

1- الفقي، عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ج 1، ص 143-144 .
2- النيداني، الأنصاري حسن، المرجع السابق، ص 80 .
3 - طلبية، أنور، المرجع السابق، ص 467.

المبحث الثاني

شروط العملية الصلحية

تعتبر جلسة الصلح إجراء وقائي من اجل الحفاظ على الأسرة والمجتمع ككل، لكن هل تقام بالشكل المراد لها للوصول إلى النتيجة المرغوب فيها ؟
أم أن هناك قصور في عملية التشريع وربما التقصير في تطبيقه يجعل من العملية الصلحية إهدارا للوقت والمال والجهد والكرامة؟
للإجابة عن هذا التساؤل سوف نتناول في هذا المبحث القواعد التي تحكم محاولة الصلح، في المطلب الأول، وإجراءاتها، في المطلب الثاني، ونحاول معرفة مدى كفاءة قاضي الأسرة في إدارة جلسة الصلح، في المطلب الثالث، لنصل إلى آثارها في حالة النجاح كما في حالة الفشل على الزوجين، من خلال المطلب الرابع.

المطلب الأول

الشروط القانونية التي تحكم محاولة الصلح

تحكم محاولة الصلح شروط موضوعية، يتم تناولها في الفرع الأول، وشروط شكلية يتم تناولها في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الشروط الموضوعية لمحاولة الصلح

بالرجوع إلى المادة 49 من قانون الأسرة نجد ما تنص على أن الطلاق لا يثبت، أي لا يقع قانوناً إلا بحكم قضائي. والطلاق هو حل للرابطة الزوجية، أي تسبقه الزوجية بانعقادها صحيحة بين طرفين هما الزوج والزوجة، لذلك لا مجال لإمكانية إجراء محاولة الصلح بينهما من طرف القاضي إن لم يوجد شرط عقد الزواج (أولاً) وشرط وجود دعوى قضائية (ثانياً).

أولاً: شرط وجود عقد الزواج:

لا يمكن الحديث عن محاولة الصلح بين الزوجين إن لم يكن هذان الأخيران يربطهما عقد زواج¹. وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه: "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، وهو عقد د يرد على ملك المتعة قصداً² وجاء أيضاً أن "الزواج عقد بين الزوجين، وهما طرفا العقد والقاعدة العامة في العقود أنها تلزم كل طرف من طرفيها بما التزم به من حقوق في العقد، وأنه لا يملك أحدهما الإخلال بشيء من حقوق التعاقد وأنه لا يملك أحدهما فسخ العقد أو إغائه أو إنهائه وحده إلا أن يرضى الطرف الآخر"³.

1- الزواج في اللغة : اقتران احد الشيين بالآخر وازدواجهما، أي صيرورتهما زوجاً بعد أن كان كل واحد منفصلاً عن الآخر والعقد مصدر (عَقَدَ) أي تمسك وتوثق، ويأتي في مواضع كثيرة بلفظ النكاح، ويطلق على الوطاء حقيقة وعلى العقد مجازاً، وقيل هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً، الغزالي، أبي حامد، محمد بن محمد الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، ط 1، دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت لبنان، 1997، ج2، ص 4، 5.

2- أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ص 17، (د.ط.)، (د.س.).

3- شاكر، أحمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات مكتبة السنة، القاهرة، 1939، ص 11، (د.ط.).

وورد في تعريف الزواج أيضا أنه اتحاد شخصين من جنسين مختلفين من اجل إنشاء أسرة، أو هو شراكة بين الزوجين تربطهم التزامات متقابلة هدفها الأساسي إنشاء أسرة¹.

نلاحظ قصور التعريف الفقهي حيث علق الإمام أبو زهرة على تعريف الفقهاء بأن الزواج ليس المتعة كل أغراضه ولا أسمى أغراضه في نظر الشارع الحكيم، وأضاف أن غرضه الأسمى هو التناسل وحفظ النوع الإنساني وإيجاد الأئس الروحي بين المتعاقدين لجلب الراحة وسط متاعب الحياة، وأكد السرخسي: " ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة". فاعتبار الزواج عقد يحل الاستمتاع ولو بالوجه الشرعي هو دنو من درك الحيوانية حيث تكون العلاقة بين الذكر والأنثى فيها من الشهوة البهيمية فقط. كما أن الأخذ بالزواج على أنه عقد بين طرفين تجمع بينهما التزامات متقابلة، يجعل منه مجرد معاملة مدنية هدفها إنشاء أسرة بواسطة التناسل، رغم انه بالإمكان الحصول على أسرة بفضل نظام الكفالة التي شرعها الله تعالى رحمة باليتامى وتحقيقا لمجتمع إسلامي متضامن وعلى ذلك ليس الزواج مجرد عقد مدني بشيء من القدسية² بل هو كل القدسية { وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا } (النساء: الآية 21).

وعلى ذلك سنأخذ بتعريف الإمام أبو زهرة الذي جاء فيه: "الزواج عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات" وتكون هذه الحقوق والواجبات ما شرعه الله وليست تلك التي تخضع لما يشترطه العاقدان³.

وجمع المشرع الجزائري بين المعاملة المدنية والناحية النفسية الروحية من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة التي نص فيها على أن: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة التعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب" ومتى توافر ركن الزواج الوحيد

1- BENMELHA, ghaouti, les éléments du droit algérien de la famille, tome 1, le mariage et sa dissolution, publisud, paris, p42.

2 - سعد، عب العزيز، نظام الحالة المدنية، ص 126.

3 - أبو زهرة، المرجع السابق، ص 18.

وهو الرضا وتحققت شروطه اللازمة لانعقاده¹ كان عقد الزواج صحيحا ومنتجا لآثاره .

ولما كان القاضي ملزما بمساعي الصلح بين الزوجين وأن لا يحكم بالطلاق بينهما إلا بعد استيفاء هذا الإجراء الجوهري، لكن بعد أن يتأكد من أن الزوجة هي فعلا محلا لإيقاع الطلاق عليها، وهنا نتساءل عن مصير دعاوى التطلق أو الخلع لزواج غير ثابت بوثيقة رسمية سواء قبل أو بعد البناء؟

لما يتضح للقاضي الناظر في الدعوى أن الزوجة قدمت ما يثبت تضررها من الحياة الزوجية وأنه لا سبيل لاستمرارها، أو أنها مبغضة لها وتخشى ألا تقيم حدود الله، وتبين للقاضي أن ما تدعيه واقع، لكنها متزوجة بمقتضى عقد زواج عرفي، شفوي أو كتابي، فإنه يردّها ويرفض دعواها رغم تحقق أسباب التطلق لديها، لأنه لا يحق لها استخدام مكنة التطلق أو الخلع لعدم ثبوت الزواج في وثيقة رسمية، وعليها أن تثبته بكافة وسائل الإثبات لتتمكن من التطلق للضرر وه و ما قررته المحكمة العليا في احد قراراتها، الذي جاء فيه:

"من المقرر شرعا انه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة الشهود تفيد وجوده الشرعي، ومن ثم فإن القضاء بإثبات عقد الزواج اعتمادا على شهود لا تفيد انعقاده شرعا يعد خرقا لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية"².

ثانيا : شرط وجود دعوى قضائية:

لقد جاء في أحكام المادة 49 من قانون الأسرة أن مصدر الحكم بالطلاق هو القضاء سواء كان كاشفا أو منشئا، وأنه لا وجود لهذا الحكم إلا بعد أن يسعى القاضي للإصلاح بين الطرفين المتنازعين ويفشل في مسعاه - كتحصيل حاصل لإحالة الدعوى من اجل الفصل فيها - وعليه تكون الدعوى محل الصلح في مسائل شؤون الأسرة هي دعوى

1 - وردت ضمن المادة 9 مكرر: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج
- الصداق
- الولي
- شاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

2 - قرار مؤرخ في 1984/11/05، المجلة القضائية عدد 2، 1990، نقلا عن: مارك، نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، 2004، ص 139، (د.ط.).

الطلاق بمفهومه الواسع¹، فاستبعدت كافة الدعاوى الأخرى التي قد يحدث فيها نزاع وتستدعي الصلح، كدعوى النفقة، ودعوى الصداق، ودعوى الوصية، ودعوى الميراث وغيرها، لكن يمكن الاستناد في ذلك على مواد قانون الإجراءات المدنية التي أجازت الصلح في أية مادة كانت (المادة الرابعة (4)).

ومن ثم كان الطلاق الذي يوجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح هو الذي عبرت عنه الإرادة التشريعية من خلال ما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". لذلك سوف نتطرق لتحديد مفهوم كل طريق يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين بالقدر الذي يسمح به مجال البحث.

ولما كانت الرابطة الزوجية تنحل إما بإرادة كلا الزوجين أو احدهما²، فأما اجتماع الإرادة فيكون بالطلاق بالتراضي أو الخلع (أ)، وأما افتراق الإرادة فيكون بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة أو بطلب من الزوجة (ب) وهناك طريق ثالث وليس لإرادة احدهما أو كلاهما دخل فيه وهو الذي يقع بقوة الشرع والقانون (ج). وهو ما سيتم تناوله كما يلي:

أ - الطلاق بإرادة الزوجين:

1- الطلاق لغة: من الطالق أي الناقة يحل عنها عقابها، وأطلقت الأسير أي خليته، وهو اسم مصدر (طلق) بالتشديد ومصدره التطلق، واستعملت العرب (طلق) بالتشديد إن كان الطلاق صريحا وبالتخفيف إن كان كناية للطلاق، وطلاق النساء فيه معنيين: احدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال، ابن منظور، المصدر السابق، ج 10، ص 366، الزبيدي، محمد مرتضى الحسن، مصدر سابق، المجلد السادس، ص 427. والطلاق في الاصطلاح الشرعي يكاد يجتمع على حل عقدة النكاح، فقال الحنفية انه: "إزالة النكاح الذي هو قيد معنى"، وقال الشافعية: " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"، وعند المالكية: "إزالة القيد، وإرسال العصمة، لان الزوجة تزول عن الزوج"، وعرفه الحنابلة بأنه: " حل قيد النكاح أو بعضه"، انظر في ذلك: الغزالي، أبي حامد، المرجع السابق، ص 56.

وذكره الخطيب الشربيني في مغزى المحتاج انه: " رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مخصوص". فيقع في الحال وهو الطلاق البائن وفي المال وهو الطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو كل لفظ يدل على المقصود من الطلاق، انظر، فاروق عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 164.

2- لقد اجتهد فقهاء القانون الوضعي في إيجاد تعريفات للطلاق، فذهب البعض إلى تعريفه بأنه: " حل وثاق الرابطة الزوجية الذي يربط الزوجين، إما بإرادة الزوج أو بواسطة التطلق من القاضي، وإما بطلب الزوجة للخلع"، وقال البعض الآخر بأنه: " فسخ عقد النكاح بين الزوجين بسبب يراه الطرف طالب الفسخ، وذلك بالطريقة الودية بين الطرفين أو بالطرق القضائية التي غالبا ما تلجا إليها الزوجة المتضررة من استمرار رابطة الزوجية"، أنظر: الشقير، صالح بن سليمان بن عبد الله، الطلاق وأثره في الجريمة، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير تخصص السياسة الجنائية، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 18. وفي كلا التعريفين لا يخرج الطلاق عن إمكانية تحققه إما بإرادة الزوجين، ولو تغير الوصف والحكم، وإما بإرادة احدهما.

ويشمل الطلاق بالتراضي (1) والطلاق بصفة الخلع (2)

1 - الطلاق بالتراضي:

من المقرر أن كل عقد يتفق طرفاه على إنهائه يجب أن ينتهي ، ولما كان الزوجان قد ارتضيا الفراق وأنهما قد اتفقا إلا حيث تعذرت الحياة الزوجية¹ وإنهاء للرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة² فيكون طلاقا بالمعروف والإحسان³ من أجل مصلحة الأسرة ككل فيتساءل الإمام أبو زهرة : "إذا كان سبب الطلاق وجيها فهل من المصلحة الاجتماعية أن تنتشر دخائل الأسر في دور القضاء وتسجل في سجلاته ومنها مالا يسوغ إعلانه وان ما بين الزوجين يظله الستر ولا يصح أن يكشفه الإعلان؟"⁴ .

لكن الأستاذ زودة يرى أن هذه الصورة من صور الطلاق لا وجود لها في الشريعة الإسلامية إنما جاء بها المشرع نتيجة تأثره بالشريعة الغربية التي لا تملك صورة أخرى غير تلك التي تنتهي إذا اثبت أحد طرفي العقد إخلال الآخر بالتزامه⁵ . وهو مصيب فيما ذهب إليه لأن للطلاق صورتان: الأولى وتكون بالإرادة المنفردة للزوج والثانية بطلب من الزوجة في حالة إخلال الزوج بالتزاماته .

لقد قرر قانون الأسرة من خلال أحكام المادة 48 انه بإمكان الزوجين حل عقد الزواج بتراضييهما(*) وأكد قانون الإجراءات المدنية على الإرادة المشتركة للزوجين في الطلاق بالتراضي مع وجوب خلو الإرادة من كل عيب أو عارض ،من خلال

1- أبو زهرة ،محمد،المرجع السابق،ص 281 .

2 - بلحاج ،العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،مرجع سابق،ص 258 .

3 - Cette forme de dissolution du mariage est appelé par certains auteurs le divorce gracieux , BENMELHA ,ghaouti ,op.cit.,p184 .

4- أبو زهرة ،المرجع نفسه،ص 282 .

5- زودة ،عمر ،طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، انسايكلوبيديا ،بن عكنون،الجزائر،2003 ص114 .(د.ط.) .

(*) - في قرار للمحكمة العليا ، جاء فيه: " حيث أن الحكم القاضي بالطلاق بالتراضي لا يعتبر حكما،لأنه صدر حسب رغبة الطرفين،فهو مجرد إشهاد من المحكمة ولا يوصف بالابتدائية أو النهائية لذلك فانه لا يحق لأي من الزوجين مراجعته أو الطعن فيه إلا عن طريق التزوير ،الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا "،قرار مؤرخ في 2000/05/23 ،غ.أ.ش.،ملف رقم 243943 ،نقلا عن:بلحاج،العربي،قانون الأسرة مع تعديلات 02/05 ،مرجع سابق،ص 324 ،لكن المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وما بعدها،مخالفة لما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها ،حيث جاء فيها:" أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف "،"يسري اجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم"(المادة 434)،فهذه المواد اعتبرت ما يصدر في قضايا الطلاق بالتراضي حكما وليس مجرد إشهاد،وأنه قابل للطعن بالنقض .

تعريف¹ ورد في المادة 427، تجسيدا للاتفاق المتوصل إليه دون بيان السبب في الانفصال وبقائه بعيدا عن رقابة المحكمة وليس لها سوى المصادقة على الاتفاق الحاصل بين الطرفين² والذي يقدم في شكل طلب مشترك من خلال فريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع في أمانة الضبط (المادة 428 من قانون الإجراءات المدنية) ومن بين ما تحتويه عرض موجز به جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق من حضانة وحقوق مالية دون المساس بالنظام العام .

لكن هل اتفاق الزوجين على الطلاق وتوابعه وإفراغه في وثيقة تصادق عليها المحكمة، يغزي القاضي عن القيام بمحاولة الصلح؟ أم أن هذا الاتفاق يشكل في حد ذاته صلحا؟

إن المادة 49 من قانون الأسرة جعلت كل طرق الطلاق تحت رعاية المحكمة وبإشراف القاضي³ الذي ألزمته بعدة محاولات صلح في جميع دعاوى الطلاق، لذلك لن يكون الطلاق بالتراضي(*) استثناء فقط لان هناك اتفاق متبادل، بل يجب النظر مرة أخرى في مدى صلاحية الحياة الزوجية للبقاء وإيجاد خيط من المودة والرحمة ولو كان رفيعا.

لكن المحكمة العليا، ومن خلال قرار لها⁴، اعتبرت الطلاق بالتراضي صلحا وأسقطت عليه أحكام المواد 459 و 462 من القانون المدني، علما أن المادة 462 قررت بان الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها مما يرتب إسقاطا للحقوق والادعاءات التي تم التنازل عنها بصفة نهائية من قبل احد الطرفين لكن الطلاق بالتراضي يتم فيه الاتفاق على توابع الطلاق والمتمثلة في حضانة الأولاد والنفقة والسكن وأثاث بيت

1- لقد استحدثت المشرع نظام التعريفات لبعض المصطلحات والحالات القانونية، على غير المؤلف في القوانين الإجرائية، وذلك ضمن التعديل الأخير الذي مس قانون الإجراءات المدنية (القانون رقم 08-09)، بربارة، عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 14 .

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 259 .
3- «...il s'agit toujours d'un divorce judiciaire, l'idée d'un "divorce sans juge" ayant été abandonnée », Muriel Parquet, op. cit , p 90.

(*) في استفسار حول مدى سعي القاضي إلى بذل الجهد في الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين، واللذان قررا الانفصال بالتراضي، أجابت أمينة الضبط، السيدة: طرابلسي و.، بمحكمة عين البيضاء، مجلس قضاء أم البواقي، أن محاولة الصلح في هذه الحالة يكون مرة واحدة على الأكثر، لأن القاضي يعتبر أن المحكمة تقوم بالإشهاد فقط على هذه الصورة من الطلاق (جرت المقابلة بتاريخ 2011/02/12).

4- صدر بتاريخ 1994/04/19، ملف رقم 103637، عن غ.أ.، المجلد القضائي، عدد مشار إليه، ص 94.

الزوجية ونفقة العدة، وللقاضي أن يلغي أو يعدل في ما ورد في الاتفاق إذا ما كان يتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالف النظام العام¹.

كما أن المادة 461 من القانون المدني أجازت الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية، والطلاق بالتراضي متصل بالحالة الشخصية، لذلك إذا ما خالف اتفاق الزوجين، اللذان عزموا الطلاق دون نزاع، أحد المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، تصدت له المحكمة بالتعديل أو الإلغاء، وذلك لا يمنع القاضي من محاولة الإصلاح بينهما متى كان ممكناً.

2 - الخلع:

المراد بالخلع² الطلاق على مال تفتدي به الزوجة نفسها، ويكون بلفظ الخلع أو المبرأة أو الطلاق، وقد استعمل القرآن الكريم لفظة المفاداة دلالة على الخلع في قوله تعالى: { فَمَا جُنَّاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ } (البقرة: الآية 229). وعرفه الفقهاء على أنه عقد ينقذ بإيجاب وقبول لكنه بالنسبة للرجل يعتبر تعليقاً للطلاق على قبول المال ومن جانب المرأة هو معاوضة شبيهة بالتبرع، وهو جائز مع الكراهة إن كان بلا سبب ظاهر ويلجأ إليه في حالة الشقاق بين الزوجين وعدم إقامة حدود الله لقوله تعالى: { وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ } (البقرة: الآية 229)، وعدم ذكر البدل في الخلع يوقعه رجعيًا وهو عند الجمهور طلاق بائن لا رجعة فيه. ويرى الإمام أبو زهرة أن الخلع كالطلاق لا يكون إلا من الزوج وقد يكون من القاضي في مذهب مالك، وآثاره هي سقوط كل حق مالي ثبت بالنكاح³ لقد ساير المشرع موقف الجمهور في اعتبار الخلع طلاقاً، لما ورد في الفصل الأول من الباب الثاني المتضمن لأحكام " انحلال الزواج"، وهو طلاق دون نزاع ولا

1- المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 - الخلع في اللغة: النزاع والإزالة، وهو استعارة من خلع اللباس، فيقال خلعت المرأة زوجها مخالعة، لأن كل واحد منهما لباس للآخر فإذا فعلاً ذلك فكان كل واحد منهما نزع لباسه عنه، ابن منظور، المصدر السابق، ج 8، ص 76. والخلع عند الحنفية: "أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع". وعرفه الشافعية بأنه: "فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو ضلع". وقال الملكية هـ و: "طلاق بعوض" أما الحنابلة فهو: "فراق الزوج امرأته، بعوض يأخذه الزوج، بألفاظ مخصوصة". انظر: الغزالي، أبي حامد المصدر السابق، ص 47.

3- أبو زهرة، المرجع السابق، ص 332-340، الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أبوب، كانو، نيجيريا، 2000، ص 68، (د.ط.)، إسماعيل موسى مصطفى عبد الله الخلع في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنيّة نابلس فلسطين، 2008، ص 12-21.

مخاصمة لكنه ليس طلاقاً بالتراضي، لأن هذا الأخير تم فيه الاتفاق على توابع الطلاق المالية أما الخلع فإنه طلاق بعوض وقد يشتركان في تطابق الإرادتين (*)، لكن المشرع ومن خلال المادة 54 من قانون الأسرة، لم يلزم الزوج في إبداء إرادته بالموافقة وأجاز للزوجة أن تخلع نفسها بمقابل مالي " ولم توضح إن كان الاتفاق حول مبدأ الخلع في حد ذاته أو على بدله مما أدى إلى الاختلاف في تطبيقه عملياً" ¹ ولم تستقر المحكمة العليا على اجتهاد واحد وانقسم قضاؤها إلى اتجاهين:

الأول: ويشترط موافقة الزوج حتى يتم الخلع صحيحاً، وجاء ذلك من خلال قرار لها تؤكد فيه أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ².

الثاني: لا يشترط موافقة الزوج لصحة الخلع بل يكفي عرضها للمقابل المالي، وذلك يسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها دون تحديد نوع البدل، وأن ما يجب الاتفاق عليه هو نوع العوض ومقداره، وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي لتحديده على أن لا تتجاوز قيمته صداق المثل، وأن خضوع الزوجة لقبول الزوج أو عدمه يفتح الباب للابتزاز والتعسف ³.

إن القول الفصل في هذه المسألة هو قول الشريعة الإسلامية بنص صريح من القرآن الكريم واستناداً إلى السنة النبوية ⁴، فإن الخلع حق للزوجة لقاء بدل تدفعه دون أن يتوقف ذلك على رضا الزوج ولا تشترط الكراهة بل يكفي عدم إقامة حدود الله، وليس للقاضي أية سلطة تقديرية في ذلك ⁵ ويبقى اللجوء إلى القضاء في حالة عدم الاتفاق

(*)- بالرجوع على الواقع العملي فإن الخلع تلجأ إليه الزوجة التي طلبت الطلاق للأسباب الواردة في المادة 53 ولما لم يتسن لها إثبات الضرر الواقع عليها فإنها تلجأ إلى الخلع كحل أخير للخلاص من حياة زوجية تآبى الاستمرار فيها.

1- منصوري، نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 132، (د.ط.).

2- قرار صادر بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728، المجلة القضائية العدد 3، 1990، نقلاً عن: مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، 2004، ص 108.

3- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/07/12، عن إ.أ.ش.، ملف رقم 83603، عدد خاص، مشار إليه، ص 134.

4- مما ثبت عن امرأة ثابت بن قيس أنها أرادت مفارقة زوجها ولم تعب عليه في خلق ولا دين ولكنها كرهت الكفو في الإسلام، ففضى الرسول الكريم بطلاقها بعد أن ردت له حديثه، ابن القيم الجوزية، الحافظ شمس الدين أبي عبد الله بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط 1، رتبته وضبطه: إبراهيم، محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ج 4، ص 149.

5- زودة، عمر، المرجع السابق، ص 116.

على المقابل المالي فيحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم) المادة 2/54 من قانون الأسرة). وبذلك جعلت الشريعة الإسلامية مركز الزوجة مساويا لمركز الزوج في حل رابطة الزواج¹.
 لكن ما صلة الخلع بمحاولة الصلح؟
 يستوجب الخلع استمرار الشقاق بين الزوجين وقد يتدخل القاضي لإزالته، فإن لم يستطع وقع الصلح بمعنى الخلع، أي عوض مالي تعطيه المرأة² فيكون فيه تنازل عن بعض الحقوق التي يوجبها عقد الزواج.
 ومن ثم يحمل هذا المعنى أحكام المادة 459 من القانون المدني، التي جعلت من الصلح عقد ينهي النزاعات بالتنازل على بعض الحقوق على وجه التبادل، فالزوج يتنازل على رباط الزوجية والزوجة تبذل لأجل ذلك مالا.

ب - الطلاق بإرادة أحد الزوجين:

ويشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (1)، وبطلب من الزوجة (2).

1- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

"وهو الطلاق بالمعنى الفقهي الدقيق، وهو حق خالص للزوج"³، حيث تتوجه فيه إرادته إلى فك العصمة وحل قيد النكاح، ويقع على الزوجة في حالة قيام الزوجية قبل الدخول وبعده، كما يقع على الزوجة المعتدة من طلاق رجعي باعتبار الزوجية قائمة حكماً⁴.

على اعتبار أن الزواج عقد ابدى في كافة الشرائع، شرع للبقاء والاستمرار، لكن ذلك غير كاف ليبقى صالحاً، فلا بد من المودة والرحمة بين الزوجين، لذلك نتساءل عن هذا العقد الذي ينشئ حقوقاً متبادلة ولازمة، هل تبطله الإرادة المنفردة؟

1 - زودة، عمر، نفسه.

2- بن عاشور، محمد الطاهر، التحرير والتنوير، دار سحنون، تونس، ص 215، (د.ط.)، (د.س.).

3- أمام، محم د كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص 33 (د.ط.).

4 - فاروق، عبد الله كريم، المرجع السابق، ص 187، 189.

لقد جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الزوج واحتياط للأمر بان وضع له قيودا بحيث لا يقع في جميع الأحوال والأوقات، فلا يقع طلاق من كان به عارض من عوارض الأهلية¹ أو عيب من عيوب الإرادة.

وأن يتحرى الطلاق السني قدر المستطاع²، وأن تكون له بينة³ لقوله تعالى: { فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَاْمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ } (الطلاق: الآية 2). ومن جهة أخرى فهناك تبعات مالية تحمل الزوج على التفكير والتدبير الجيد قبل اللجوء إلى الطلاق الذي سيرهق كاهله بالأتعاب التي سيخسر فيها ما قد دفعه في زواجه الأول مضافا إلى ما يجب عليه في زواجه الثاني وما يلزمه من نفقة وحضانة للأولاد، بينما الزوجة لا ينالها أي غرم مالي⁴. والأهم أن مسألة الطلاق في الشريعة الإسلامية مرتبطة ارتباطا وثيقا بمسألة المهر والنفقة، فلما كان مغنما للرجل، ربطه الله سبحانه بالمهر والنفقة وهما مغرما عليه وبالمقابل فهما مغنما للمرأة وربطهما بالطلاق وهو مغرما عليها، وبهذا الترابط المتكافئ نصل إلى المساواة بين الرجل والمرأة⁵.

كما أن للرجل زيادة في قوة النفس والطبع " لأن طبع الرجال غلب عليه الحرارة واليبوسة فيكون فيه قوة وشدة، وطبع النساء غلب عليه الرطوبة والبرودة فيكون فيه معنى اللين والضعف فجعل لهم حق القيام عليهن"⁶، فالإناث المهر والإنفاق تشمل

1 - اتفق الفقهاء على وقوع طلاق السفية وهو يلزمه، لكن المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرت تصرفات السفية غير نافذة، علما أن السفه يؤثر على التصرفات المالية دون الشخصية رغم أن المادة 43 من القانون المدني اعتبرت السفية ناقصا للأهلية بحيث يمنع من مباشرة التصرفات المالية التي تدور بين النفع والضرر فتقع باطلة، انظر في ذلك: سعد، فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، 1986، ج1، ص 244-245، (د.ط.)، بن ملح، الغوثي، المرجع السابق، ص 97.

2- الطلاق السني هو: " طلاق المدخول بها في ظهر لم يجامعها فيه ولا في حيض قبله، وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة، وهي تعتد بالإقراء وذلك لاستعقابها الشروع في العدة"، ابن قدامة، موفق الدين، المرجع السابق، ص 126 كما عرفه البعض الآخر بأنه الطلاق الجامع للشروط الشرعية مقابل الطلاق البدعي، ابن نجيم، المرجع السابق، ج 3 ص 201. واتفق الأئمة الأربعة على وقوعه لأن النهي عنه ليس لذاته وإنما لمعنى يصاحبه وهو إطالة العدة على المرأة، الشقير، صالح بن سليمان بن عبد الله، المرجع السابق، ص 29.

3- اتجه جمهور الفقهاء إلى أن الإشهاد على الطلاق ليس شرطا لوقوعه إنما مندوب إليه لا واجب، سعد، فضيل، نفسه ص 26.

4 - سعد، فضيل، المرجع السابق، ص 263، بدران، بدران أبو العنين، الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2، مزيدة ومنقحة، دار التأليف، مصر، 1961، ص 215.

5- المومني، أحمد محمد ونواهضة، إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار الميسرة، عمان، الأردن، 2009، ص 13-14.

6- القرطبي، المصدر السابق، ص 168.

القوامة أيضا ملك العصمة¹ وليس الطلاق أداة إيذاء للزوجة، بل هو وسيلة للخروج من ضيق أن كان إلزام الزوجين بالاستمرار في عقد لم يحقق أهدافه إذا ما اتخذ بعض الأزواج الطلاق للإيذاء فإن هذا لا يخل بالحكمة التي من أجلها شرع الطلاق (*) وما إجازة إنهاء الزواج بإرادة الزوج المنفردة إلا استثناء من الأصل وهو الحظر والمنع للطلاق حتى توجد حاجة إليه وضرورة ملحة، فكيف هو الوضع القانوني لمن لم تكن له حاجة في الطلاق وأوقعه بإرادته المنفردة؟

لقد قرر المشرع من خلال أحكام المادة 52 من قانون الأسرة انه متى تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق الذي أوقعه، حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها. إن الأصل في استعمال الحق الإباحة، لكنه إباحة مقيدة بتحديد وجوه استعمالاته، بان يستعمل في حدود ما شرع له وتجاوز هذه الحدود من أجل الإضرار بالغير هو تعسف واستعمال غير مشروع للمقصد من استعمال الحق² وقد عرف الفقه الشرعي التعسف بأنه: "استعمال الحق في غير الغرض الذي من أجله منح، أو بقصد إلحاق

1 - فقد جاء عن الرسول ﷺ لما شكأ إليه عبد مولاته التي زوجته وتريد أن تفرق بينه وبين امرأته، فقال: "ما بال أقوام يزوجون عبيدهم إماءهم، ثم يريدون أن يفرقوا بينهم، ألا إنما يملك الطلاق من أخذ بالساق" ذكره الدارقطني عن ابن ماجة في سننه وذكره ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المصدر السابق، ص 149.

(*) - لكن هذا لا يدعو أبدا للتصريح بأنه توجد أحكام في القرآن الحكيم قد تجاوزها الزمن، فهو المنزل المنزه الصالح لكل زمان ومكان دون أدنى ريب، فما هو ثابت بالنص وبالإجماع على مر العصور لا يعدل ولا يتغير، ومنه أحكام الشريعة في الزواج والطلاق والميراث والقصاص ونحوها... فهي ثابتة بنصوص قطعية الثبوت وقطعية الدلالة، مما لا يجعل مجالاً للاجتهاد فيها مهما كانت الحجة كتغير الزمان، وما قاله الأستاذ آث ملويا أن: "النص القرآني لما جعل الطلاق بيد الرجل، كان مطابقاً للمنطق والعرف السائد أثناء نزوله، إلا انه اليوم تجاوز المجتمع والأعراف، صار ليس مطابقاً للعقل ولا للمنطق السليم"، انه قول فيه الكثير من الغلط. كما اقترح أن يكون الطلاق بيد القاضي، وأضاف الأستاذ لوعيل: "نستشف أن المادة 48 خلقت عدم توازن بين مركز الرجل والمرأة من الناحية القانونية بل منحه مركزاً قانونياً قوياً يغير في مركز المرأة متى شاء". انظر في ذلك: بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 216، لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص 92، (د.ط.).

إن مهمة القاضي تنحصر في الفصل في الخصومات وذلك وفق ما توفر بين يديه من إثباتات وبيانات، فينظر فيما هو حق أو ظلم وفيما يمكن إثباته أمام القضاء من أمور مادية، لكن المسألة في الحياة الزوجية ليست مسألة ظالم ومظلوم وقد تكون دوافع الطلاق نفسية، كما أن المشرع جعل كل طرق الطلاق تحت إشراف ورقابة القاضي، بحيث إذا ما أراد الزوج التعبير عن إرادته، أعلنها أمام القاضي، وفي ذلك قيد شكلي واضح للحد من استعمال الزوج لحقه في فك الرابطة الزوجية بإرادته الحرة، فتستوي بذلك المراكز القانونية.

2 - جانم، جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ط 1، دار حامد، عمان، 2009، ص

- الضرر بالغير " 1، وجاء أيضا أنه: " استعمال لحق مشروع لغاية غير مشروعة، أو مناقضة لحكم الشارع " 2، فيتحقق لدينا المعايير التالية للتعسف :
- الأول وهو الاستعمال من اجل مصلحة غير مشروعة، ولا يكون في ذلك تعسفا إنما تعديا أو خطأ.
 - والثاني هو الاستعمال دونم ا حاجة أو مبرر شرعي، ويكون مناقضا لمقصد الشارع من مشروعية الطلاق .
 - والثالث الاستعمال بقصد الإضرار، ويقوم على النية حيث يصعب إثباتها، لكن تبقى لها قرائن.
- وقد عنيت الكثير من التشريعات بالأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وحددت له معايير ذكرتها المادة 124 مكرر من القانون المدني كالاتي :
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير
 - إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
 - إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.
- فالمعيار الأول، وهو ذاتي، متعلق بالقصد في إحداث الضرر للغير، وقد اتفق جميع الفقهاء على تحريم الإضرار بالغير تطبيقا لقوله تعالى: {وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا} (البقرة: الآية 231) وقوله، ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار"، ويرى الفقه القانوني بؤيده القضاء أن نية الإضرار قد يتعذر إقامة الدليل عليها لأنها مسألة نفسية³، كما أنه من غير المعقول أن يلجا الزوج لفك الرابطة الزوجية وهدم أسرته وإحلال الكآبة في نفوس أطفاله، فقط من اجل الإضرار بزوجته، وإن وج د فهو سلوك منحرف لا يألفه الرجل العادي، لكن السنهوري يرى أنه لو لم يقم الدليل القاطع على وجود القصد من

1 - شليبيك، أحمد الصويغي، "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار، أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد 38، أبريل 2009، ص 19 .
 2- عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1998، ص 179.
 3- السعدي، محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ج 2، ص 56.

إحداث الضرر، ومع ذلك وقع الضرر فعلا وتبين انتفاء المصلحة فذلك يكفي أن يكون قرينة قاطعة على نية الإضرار¹.

أما المعيار الثاني والثالث، فهما مرتبطان بالمصلحة، ونجمعهم في المعيار الموضوعي، فمرة تكون (المصلحة) متوافرة لكنها ضئيلة مقارنة بالأضرار الناجمة عن استعمال الحق، وأخرى متوافرة أيضا لكنها غير مشروعة. واستعمال الزوج لحقه في الطلاق بإرادته المنفردة فيه مصلحة، قد تكون ضئيلة لما سيحدثه حل الزوجية من أضرار للزوجة والأولاد، وقد تكون غير مشروعة أصلا، كان يستعويض الحلال بالحرام بحثا عن سعادة زائفة، وفي ذلك استعمال غير مشروع للمقصد من استعمال الحق لكن معيار عدم المشروعية يأتي بما آلت إليه الأفعال وليس على الأفعال ذاتها². لذلك وجب على القاضي أن تكون له دراية واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية³ حتى يتمكن من تبيان التعسف وإيجاد المبرر الشرعي والقانوني الذي يقصده الزوج من إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وإلا حكم بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته، لكن المشرع لم يحدد حدا أقصى أو حدا أدنى للتعويض عن الضرر⁴. وفي جميع الأحوال وعند إصرار الزوج على موقفه ليس على القاضي سوى تلقي الإعلان عن الإرادة وتوثيقها⁵.

ويمكن القول أن من بين الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري من أجل الحد من الطلاق التعسفي أن جعل حل الرابطة الزوجية تحت الإشراف الفعلي للمحكمة، وأيضا الإصلاح بين الأطراف المتخاصمة من خلال جلسات الصلح التي يقوم بها القاضي بنفسه من أجل درء الصدع الذي قد يلحق بالأسرة والمجتمع على السواء.

ويبقى الزوج يملك العصمة في الحدود الدينية التي رسمها الشارع الإسلامي وتملك المرأة طلب الطلاق في أحوال معينة.

2- الطلاق بطلب من الزوجة:

1- السنهوري، المرجع السابق، ج1، ص 844 .
 2- قرار لمحكمة الاستئناف المختلطة المصرية، ط 17، أبريل 1917، شليبيك، أحمد الصومعي، المرجع السابق، ص 40 .
 3- جانم، جميل فخري محمد، المرجع نفسه، ص 108 .
 4- بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 237 .
 5- زودة، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 32 .

إن شريعة الله تقوم على المساواة والعدل بين الزوجين¹ من أجل توازن بديع في الحقوق والواجبات {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ} (البقرة : الآية 228) ، فكما منحت الزوج حل الزوجية بإرادته المنفردة وقيدته بضوابط متينة ،منحت الزوجة أيضا سبلا تنتهجها للخلاص من حياة زوجية لم تحقق أهدافها على النحو اللائق بها، بتوافر أحوال معينة بذاتها ذكرها المشرع على سبيل الحصر(*) من خلال المادة 53 من قانون الأسرة وأطلق عليه مصطلح التطلاق² ،وقد عرفه البعض بأنه: " منح الزوجة حق طلب التطلاق من زوجها بناء على إرادتها المنفردة واستنادا إلى القانون"³ .

وجاء عن البعض الآخر أن: "للزوجة حق المطالبة من القاضي بتطبيقها من زوجها"⁴ وأنه: "فك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية"⁵ .

إن الإرادة الوحيدة، والمعتبرة شرعا وقانونا، هي إرادة الزوج، واعتبار طلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بناء على إرادتها غير وارد شرعا وقانونا، لأن الحق

1- داودي، عبد القادر " وقوع الطلاق من غير الزوج ،أسبابه ومجالات تطبيقه "،مجلة المعيار،العدد التاسع، 2004 ص 209.

(*) - لقد صرح الأستاذ زودة أن الأسباب التي جاءت في نص المادة 53، بحيث تسمح للزوجة بطلب الطلاق،"جاءت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر"،ووجته أن نص الفقرة العاشرة من المادة،السالفة الذكر،والتي قضت:"كل ضرر معتبر شرعا"،واعتبر أن المشرع لم يحدد الأسباب الواردة في المادة 53 وأنه"تركها للسلطة التقديرية للقاضي"،فاني أخالفه الرأي،فالأمر الخاضع للسلطة التقديرية - من خلال الفقرة العاشرة - هو الضرر وليس أسباب الضرر،فالأسباب جاءت على سبيل الحصر أما الضرر الذي يقوم على الأسباب التسعة الباقية فإنه لا يمكن تقدير حالاته،فقد ينتج عن كل سبب من تلك الأسباب المذكورة ضرر يختلف عن ضرر آخر لكن لنفس السبب ومثاله ما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة:"العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"،فلا يمكن تقدير الضرر الناتج عن كل عيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.وأيضاً"الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر أو نفقة"،فالسبب يمكن تقديره ولا يحتاج إلى مهارات ذهنية لاكتشافه،في حين الضرر الواقع على الزوجة جراء غيبية زوجها لمدة سنة كاملة بلا مبرر ولا نفقة لها، لا يمكن تقديره،لان كل حالة تصف هذا الوضع لزوجة ما،تختلف عما تعانيه أخرى جراء نفس السبب .

ولو أخذنا بقول الأستاذ زودة لتساءلنا: لم عدّ المشرع الفقرات في المادة 53 ،وكان بإمكانه صياغتها كالتالي:"يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا"؟ ،ومما جاء في قرارات المحكمة العليا أنه:" من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة طلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"، قرار مؤرخ في 18/05/1999 ،غ.أ.ش.، ملف رقم 222134، الاجتهاد القضائي، عدد خاص مشار إليه، ص 122.زودة، عمر،طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية،مرجع سابق،ص 53- 54 .

2 - وهو مصدر للفعل (طلق) بالتشديد، تمت الإشارة إليه، أنظر ص 40.

3 - منصور، نورة،المرجع السابق، ص 11 .

4- دلاندة، يوسف،دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة(الزواج والطلاق)، ط 2،دار هومة الجزائر، 2880،ص

BENMLHA ,ghaouti,op cit,p 139 .

51

5 - لو عيل،محمد لمين،المرجع السابق، ص 96،(د.ط.).

الإرادي¹ مقرر لصاحبه ومجرد تعبير الزوج عن إرادته في الطلاق يحدث الأثر القانوني، فيقع طلاقه ولو اعتبر متعسفاً، لكنه يقع وما المحكمة إلا شاهد على هذا التصرف القانوني، أما الزوجة إذا ما عبرت عن إرادتها في الطلاق وصرحت به فلن يقع، أي لا يحدث تغيير في المراكز القانونية، إلا إذا توجهت للقاضي مدعمة رغبتها بأسباب تقيم عليها دعواها وقرائن تثبت بها الضرر الذي أصابها، لأن اكتساب الحق في تغيير المركز القانوني لا وجود له في القانون إلا إذا لجا صاحبه إلى القضاء² لذلك نعتبر ما تقدمه الزوجة من طلبات لإنهاء الرابطة الزوجية ليس استعمالاً للحق الإرادي إنما ممارسة للحق في الدعوى القضائية فيكون تفريقاً قضائياً، يجب ر فيه القاضي الزوج على الطلاق فيوقعه بدلاً عنه بما له من سلطة في إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني فيكون له حق فسخ³ النكاح أو الحكم بالطلاق أو إجبار الزوج على الطلاق متى رأى مناسبة لذلك⁴ ونجمل ذلك في التفريق القضائي حيث يكون للزوجة حالات معينة أباحها الشرع والقانون لتمكينها من دفع الظلم عنها وتتمثل في التطليق لعدم الإنفاق، أو للعيوب، أو للضرر⁵.

- 1 - الحق الإرادي: هو سلطة إحداث أثر قانوني بمحض إرادة صاحبه، ويترتب هذا الأثر لصالح صاحب الحق في مواجهة الطرف السلبي، بحيث لا يلتزم هذا الأخير بأي أداء، وإنما يخضع للأثر القانوني، عن فتحي، والي ذكره، زودة، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 104.
 - 2 - زودة، عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، نفسه، ص 119.
 - 3- ما يعد فسخاً عند الحنفية هو: ردة أحد الزوجين أو لعدم الكفاءة أو لحرمة المصاهرة، وعند الشافعية والحنابلة فإن التفريق للعيوب أو إفسار الزوج أو فساد في العقد أو عدم الكفاءة، يعد فسخاً. بينما ذهب المالكية على اعتبار اللعان أو فساد في العقد أو إباء أحد الزوجين الإسلام فذلك هو الفسخ، انظر: منصور، نورة، المرجع نفسه، ص 17-18.
 - 4- داودي، عبد القادر، وقوع الطلاق من غير الزوج، مرجع سابق، ص 219.
 - 5 - فأما التطليق لعدم الإنفاق، فيكون بامتناع الزوج عن الإنفاق لعسر أو تعسفاً، فالزوجة مخيرة بين الصبر على حاله أو المطالبة بمفارقتها، لأن النفقة واجبة فلا تسقط إلا بالإيصال أو الإبراء، وتحقق لها بكل مشتملاتها (المادة 78 من قانون الأسرة)، التي يراعى فيها القاضي حال الطرفين وظروف المعاش وان النفقة قابلة للمراجعة بعد مضي سنة من تاريخ الحكم المقرر لها. كما قضت المادة 80 من نفس القانون أن استحقاق النفقة يكون من تاريخ رفع الدعوى ولا يترتب لها ذلك إلا إذا استصدرت حكماً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه ويتم تبليغ الزوج به مع إلزامه بالدفع فإن تحققت المحكمة من وصول الإعلان للزوج ولم يحضر ولم يرسل النفقة وأمام إصرار الزوج على عدم الإنفاق وإصرار الزوجة على التطليق نطقها القاضي دفعا للإضرار، وكل ذلك تحت شرط عدم علمها بإعساره وقت الزواج حتى لا تعتبر متنازلة عن حقها في النفقة (المادة 1/53)، لكن المشرع ذكر حالة واحدة لعدم الإنفاق وهي الإعسار وسكت عن حالة عدم الإنفاق مع القدرة وهو الذي نجد فيه من الإضرار المقصود مما يجعل القاضي يتصدى له بالزجر أو إزالته بالتفريق، رغم أن المذهب الحنفي قضى بعدم التفريق للامتناع عن الإنفاق عسراً أو يسراً، وتطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا، فيراجع الزوج زوجته إذا ثبت يسار حاله أثناء العدة واستعداداً للإنفاق فإن لم يثبت ذلك لم تصح الرجعة، كما أن النفقة لا تصبح ديناً في ذمة الزوج إلا بحكم القاضي أو التراضي صلحاً بين الزوجين على قدر معين منها.
- وأما التطليق للعيوب، فهي تلك التي تقضي على الألفة بين الزوجين في بقائهما معا بحيث تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وعتبر الحنفية حق التفريق بسبب العيوب حقاً للزوجة دون الزوج، لأن هذا الأخير يملك حق الطلاق

وهذه إحصائيات(*) تشير إلى نسب حالات الطلاق خلال الفترة الممتدة من سنة 2005-

2009 على مستوى مجلس قضاء ولاية أم البواقي، نوضحها بالشكل البياني الآتي:

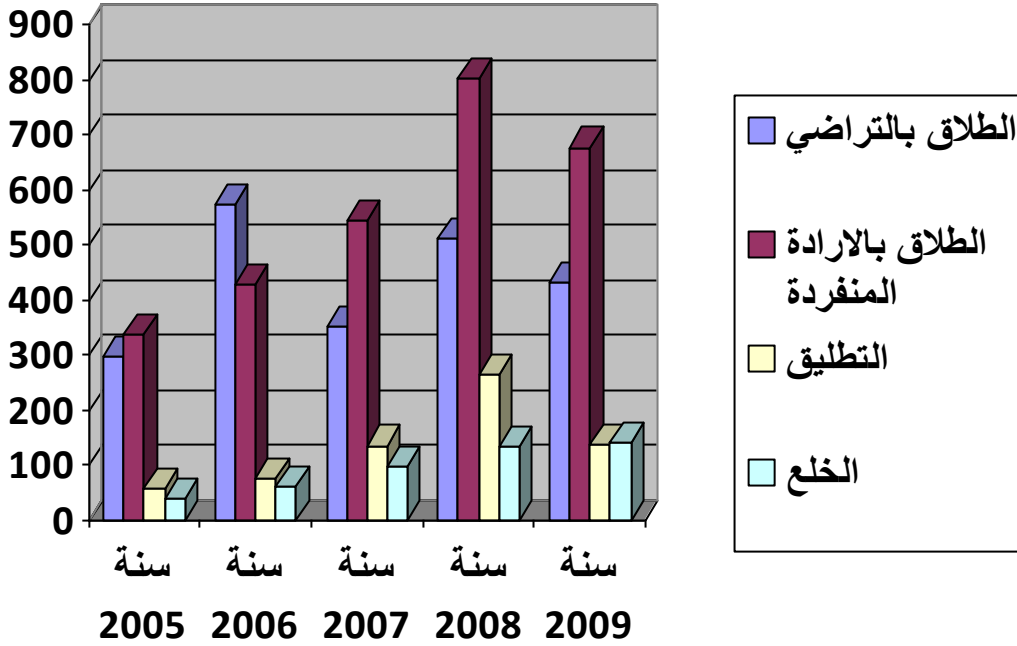
إذا ما وجد عيبا بها، وهو ما اخذ به المشرع. وذهب المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الزيدية والجعفرية إلى أن لكلا الزوجين حق طلب التفريق متى توافرت العيوب. ولم يشر المشرع الجزائري إلى نوع العيب واعتمد عبارة فضفاضة وعامة وردت في المادة 2/53 من قانون الأسرة، وقد يكون هذا السكوت من السياسة الشرعية الحكيمة لأن العلل والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة. كما سكت أيضا عن كيفية إثبات العيب بخلاف المشرع المغربي، ومن خلال المادة 111 من مدونة الأسرة المغربية نص على انه: "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض" لأن في ذلك منع من التحايل من الطرفين، لكن بإمكاننا اعتبار الفحص الطبي الذي نصت عليه المادة 7 مكرر بمثابة الخبرة المبينة لكل عيب أو مرض قد يتعارض مع أهداف الزواج شرط أن يوضع هذا الإجراء في نصابه الصحيح. غير أن القضاء اخذ بوجود اللجوء إلى الخبرة لإثبات العيب (قرار لمجلس قضاء تلمسان، مؤرخ في 1967/12/28).

وأما **التطليق للغيبة**، فهي كل غيبة يكون فيها الزوج في موضع لا يسهل مراجعته فيما تدعيه عليه زوجته، وهي نوعان: غيبة معلومة فلا يحكم بها القاضي إلا بعد إنذار الزوج بالإقامة مع زوجته أو بضمها إليه، فيضرب لها لقاضي أجل لا يقل عن أربعة أشهر ولا يتجاوز السنة. وغيبة مجهولة يحكم بها القاضي بعد مرور سنة من تاريخ الفقد، فلا بد من مضي المدة حتى يتحقق الضرر ولا يسقط حقها في طلب التفريق مع وجود المال للزوج الغائب وحدد المشرع مدة الغيبة بسنة وربطها بسببين للحكم بالتطليق: عدم وجود عذر للغيبة وعدم الإنفاق (5/53) لكن الفرقة تكون هنا بسبب الغيبة لذاتها لما فيها من ضرر نفسي على الزوجة وليس لعدم الإنفاق. فهل يحكم القاضي بالتطليق للغيبة دون عذر مع توفر النفقة؟

يقول الأستاذ سعد، فضيل: "إن الطلب يكون مآله الرفض إن لم تجتمع كلها" لكن المادة 110 من قانون الأسرة عرفت الغائب وربطت الغيبة بالضرر، كما يدخل في مضمون الغيبة تلك التي تكون اضطرارا كما في الحكم بعقوبة مقيدة للحرية، بحكم نهائي نافذ وتكون قد مرت سنة، فللزوجة حق طلب الطلاق وتضيف إلى أسباب الغيبة الجريمة التي من أجلها حبس الزوج وفيها إساءة لشرف الأسرة. ومضي السنة إجراء جوهري لقبول الدعوى، وإغفاله يؤدي إلى بطلان الحكم. ويكون الطلاق باننا عند المالكية وتعد المرأة اعتبارا من تاريخ الحكم.

و**التطليق للضرر**، حيث جاء في تعريف الضرر عن محكمة النقض المصرية أن: "الضرر هو الإخلال بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية"، والضرر المقصود به التفريق هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل كالشتم والتقييح المخل بالكرامة والضرب المبرح والإعراض والهجر من غير سبب وقد عبر عنه المشرع الجزائري من خلال المادة 10/53 بكل ضرر معتبر شرعا، فنجد أن هذه الفقرة قد شملت كل ما جاء ذكره سابقا على سبيل الحصر كأسباب تسمح للزوجة من طلب الطلاق، ولم يبين المشرع كيفية إثبات الضرر عند التنازع بين الزوجين وتركه لما هو مقرر في القواعد العامة للإثبات ونجد أن المشرع المغربي قد أشار من خلال المادة 2/100 إلى أنه: "تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، الذين تستمع لهم المحكمة في غرفة= المشورة". أنظر: بن الشيخ أنث ملويا، لحسين، المرجع السابق، ص 372 - 373، أمام، محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص 83، 88، 89، 105، أبو هشيش، أحمد محمود، المرجع السابق، ص 207، الشرنياصي، رمضان علي السيد والشافعي، جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 533، 550، بلحاج، العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 284، 299 بن ملحة، الغوثي، المرجع السابق، ص 108 سعد، فضيل شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 294 منصور، نورة، المرجع السابق، ص 48 بجاق، محمد، التنازع بين الزوجين، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2008/2009، ص 191، 184، 184، 57، سماره، محمد عبه الحليم أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط 2، دار الثقافة، عمان الأردن، 2008، ص 331 الزحيلي وهبة، المرجع السابق، ج 7، ص 527.

(*)- مصدرها وزارة العدل الجزائرية، وقد تحصلت عليها على اثر طلب تقدمت به إليها، للحصول على نسب الطلاق عبر كافة ولايات الوطن للفترة الممتدة بين 1984 إلى غاية 2010، حتى يتم تقييم فعلي لحالات الطلاق بالجزائر من خلال فترتين هامتين هما: من 1984 - 2004 أين كان القانون رقم 11/84 ساري المفعول، ومن 2005 - 2010 وهي فترة سريان القانون رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن لقانون الأسرة، كما طلبت الحصول على حالات الطلاق التي انتهت بالصلح لأمتمكن من: أولا، تبيان تطور حالات الطلاق في فترتين عرفتا تطبيق قانون الأسرة الجزائري بمفاهيم احتواها الأول (القانون 11/84)، ومختلفة في نواح كثيرة إن لم نقل جوهريّة عن الثاني (القانون 02/05)، ثانيا: تبيان مدى فعالية محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة



الملفت للانتباه، من خلال هذا المخطط البياني، أن السنوات: 2006، و 2007، و 2008 عرفت وتيرة تصاعدية لكافة صور الطلاق، باستثناء الطلاق بالتراضي، فإنه عرف انخفاضا سنة 2007، لكن عاد للارتفاع مجددا في السنة التي تلتها. وأجد تبرير ذلك في الممارسة الغير فعّالة من طرف القضاة لمحاولة الصلح، لحدائق النص من حيث إلزامه، من جهة، وفتح أبواب كانت موصدة أمام الزوجة، للتخلص من حياة لا ترغب فيها، خاصة فيما يتعلق بالتطليق والخلع، من جهة أخرى.

ج - التفريق بحكم الشرع والقانون:

وهذا النوع من الفرقة ليس فيه لإرادة الزوجين أو احدهما دخل في إيقاعه إنما يوجد بمجرد توافر أسبابه وشروطه، ويشتمل الطلاق بحكم الشرع (1) والطلاق بقوة القانون (2).

1- الطلاق بحكم الشرع:

ونقصد به ما كان مصدره الشرع بحيث رتب له أحكاما فور توافر أسبابه وشروطه وحدد له كيفية وقوعه وأثره المترتب عنه، ودون أن يتوقف على حكم

بعدما أصبحت بعد التعديل ملزمة للقاضي، من خلال عدد القضايا التي انتهت صلحا. ولم أتوصل سوى على ما هو موضح أعلاه بحجة أنه تم إلغاء جميع الإحصائيات السابقة، وما أراه هو مجرد تعميم إعلامي لا يخدم أحدا في شيء.

القاضي، لأنه سيكون كاشفا لا غير، كما أن استعمال الزوج لإرادته هنا فيه قصور لأن إرادته وحدها لا تكفي لترتيب الأثر القانوني، إنما يجب أن يكون طبقا للشكل المحدد في الشريعة الإسلامية. وتتمثل طرق الفرقة هذه في اللعان¹ والإيلاء² والظهار³.

فبالنسبة لللعان لم يورده المشرع في باب انحلال الزواج وإنما أشار إليه من خلال أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، المتعلقة بنسب الولد لأبيه، وجعله من الطرق المشروعة لنفي النسب، كما جاء ذكره في نص المادة 138 من نفس القانون، كمانع من موانع الإرث وليس كطريق للفرقة بين الزوجين، كما لم يتصدّ كإجراء من الإجراءات لكن في قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "...ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا تتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل ... ، واللعان الذي لم تتوفر شروطه والذي لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بأمه أخطؤوا في تطبيق القانون"⁴.

كما قرر قانون الإجراءات المدنية، من خلال المواد 490 و491، أحكاما لدعوى الاعتراف بالنسب، بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة، ولم يأت على ذكر دعوى نفي النسب. وبخصوص الطلاق بالإيلاء فلا يقع بمجرد مضي المدة بل لا بد من دعوى ترفعها الزوجة إلى القاضي ليحدد له مدة يستعد فيها للفيء عن يمينه، فإن أبى طلق عليه القاضي طلاق رجعية والإيلاء قاعدة شرعية لم ينص عليها المشرع تضييقا لدائرة

1 - اللعان في اللغة: مصدر (لاعن) من اللعن أي الطرد من رحمة الله وعرفه المالكية بأنه حلف الزوج المسلم المكلف على رؤية زنا زوجته أو على نفي حملها منه، دون أن يكون له أربعة شهود يؤيدون ما رمى به زوجته لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٩)} (النور: الآية 6-9)، بن حرز الله، عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص305.

2 - الإيلاء في اللغة: الحلف وقيل الامتناع، واصطلاحا حلف اليمين على ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر للزوج المسلم المكلف القادر على المعاشرة الزوجية وذلك بقصد الإضرار لقوله تعالى: " { لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ } (البقرة: الآيات: 226-227). بن حرز الله عبد القادر، المرجع نفسه، ص297.

3 - الظهار في اللغة: هو المقابلة بالظهر، وظاهر من امرأته إذا قال لها "أنت علي كظهر أمي"، واصطلاحا هو تشبيه الزوج زوجته بامرأة محرمة عليه تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو مصاهرة. وقد كان طلاقا في الجاهلية فأبطل الإسلام هذا الحكم وجعله محرما، لقوله تعالى: {الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّمَّنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ} (المجادلة: الآية 2).

4- قرار مؤرخ بتاريخ 1997/10/28، ملف رقم 172379، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص70.

الطلاق وان العلماء قرروا أن الحلف باليمين على الطلاق لا يقع، لكنه كثير بين الناس لدواعيه المتعددة وعلى القاضي الذي طرحت أمامه دعوى تطليق للهجر أن يتأكد من توافر عنصر الهجر دون سبب معقول وعنصر الزمن المحدد بأربعة أشهر متتالية وعنصر قصد الإضرار¹.

أما الظهار فإن سكوت المشرع عنه لا يعني استبعاد ه رغم قلته، لذلك إذا ما ظاهر الزوج زوجته فيترتب عنه تحريمها عليه حتى يكفر أو يطلقها، وذلك من خلال إنذار بالتكفير عن ظهاره في مدة أربعة أشهر بداية من تاريخ الإنذار فإن امتنع طلقها عليه، ويعتبر طلاقاً بائناً².

2 - الطلاق بقوة القانون:

إن الفرقة التي مصدرها القانون هي كل اختلال يصيب عقد الزواج سواء تقرر له البطلان أو الفساد فتنتهي بسببه الرابطة الزوجية قبل الدخول أو بعده. فأما البطلان إذا ما تقرر على العقد بسبب فقد ركن من أركانه أو شرطاً لانعقاده فيجب عدم التمكين من الدخول، فإذا حدث بناء بالمرأة فلا يثبت به نسب ولا يقع به طلاق ولا تجب به عدة ويجب التفريق بين الرجل والمرأة اختياراً في الحال فإن لم يتفرقا وج ب رفع أمرهما على القاضي ليفرق بينهما جبراً³، ومن أمثله زواج الكافر من المسلمة وزواج المسلم من غير الكتابية، وقد سكت المشرع عن هذا الأخير، كما جاء ذكر زواج المسلمة من غير المسلم في موانع الزواج. وجعل ردة احد الزوجين مانعاً للإرث (المادة 138 من قانون الأسرة).

وأما الفساد فيتقرر بسبب فقدان شرط من شروط الصحة كالشهود، والجمع بين امرأتين لا يحل الجمع بينهما شرعاً، ولا يترتب أي أثر من آثار الزوجية الصحيحة قبل الدخول، ولا يحل فيه الدخول وإن حدث وجب التفريق اختياراً أو جبراً، ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ووجوب المهر إن لم يذكر له مهر⁴.

ونخلص أن شرط وجود دعوى معروضة على القضاء هي الوسيلة القانونية لممارسة حق فك الرابطة الزوجية، التي تمكن قاضي شؤون الأسرة من القيام بمحاولة

1- سعد، فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 280، بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 291- 292 منصور، نورة، المرجع السابق، ص 36.

2- زودة، عمر، المرجع السابق، ص 45، بن ملحة، الغوثي، المرجع السابق، ص 106.

3- الشرنباصي، رمضان علي السيد والشافعي جابر عبد الهادي، المرجع السابق، ص 337.

4- سماره، محمد، المرجع السابق، ص 148- 149.

الصلح كإجراء سابق للفصل في دعاوى الطلاق، وإن كان هذا الشرط يبدو إجراء شكلياً إلا أنه في هذا المقام مرتبط بمحاولة الصلح التي تعد قاعدة موضوعية - كما تم تبيانه - ولأن الصلح متعلق بالنظر لطبيعة العلاقة التي من خلالها قد يلجأ أحد الزوجين للقضاء من أجل إنهائها، وعليه فإن شرط وجود عقد زواج ودعوى مرفوعة أمام المحكمة هما من الشروط الموضوعية التي تمكن القاضي من إعمال المادة 49 من قانون الأسرة، وسوف نحاول تناول الشروط الشكلية لمحاولة الصلح من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الشروط الشكلية لمحاولة الصلح

ونقصد بالشروط الشكلية ذلك الإطار القانوني الذي يجب أن تتم فيه محاولة الصلح بين الزوجين، لذلك سنتناول أطراف جلسة الصلح، (أولاً)، والوكالة في جلسة الصلح (ثانياً).

أولاً : أطراف جلسة الصلح:

لقد نصت المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية 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 " . وهو نفس مضمون الفقرة الثانية من المادة 49 لقانون الأسرة، ومن ثم كان أطراف جلسة الصلح التي اوجب القانون حضورهم تحت طائلة بطلان الشكل القانوني في العمل القضائي، هم: الزوجين (أ)، وقاضي شؤون الأسرة (ب)، وأمين الضبط (ج) وتتساءل عن دور النيابة العامة في جلسة الصلح؟ (د).

أ – الزوجين:

وهما طرفا النزاع بحيث يكون احدهما مدعي والآخر مدعى عليه، متخذاً الحماية القضائية لإثبات ممارسة حقه وإلزام خصمه بأدائه¹، وتلتزم المحكمة بتحديد الجلسة وإعلام الخصوم بها و"في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يسمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا"، وهو ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية المعدل لكن ماذا لو غاب احد الزوجين عن الجلسة، هل يبادر القاضي بعرض الصلح على الطرف الحاضر فيرفض هذا الأخير، وينتهي الأمر؟

لقد أجابت المادة 441 من نفس القانون على أنه: "إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جا ز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية.

غير أنه إذا تخلف احد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح دون عذر رغم تبليغه شخصياً، يحرر القاضي محضراً بذلك".

وضع المشرع حلولا إن امتنع أحد الزوجين عن الحضور، وهي : إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة، وإما ندب قاضي آخر بموجب إنابة قضائية، على أن يكون سبب الغياب استحالة الحضور أو حدوث مانع (*) لكن الغموض يكتنف حالة امتناع احد الزوجين من الحضور دون تبرير رغم تبليغه شخصياً، وقيام القاضي بتحرير محضر يعلن فيه التخلف دون عذر لأحد أطراف الجلسة ولم يقرر المشرع أي جزاء لذلك .

فهل ينتهي الأمر عند هذا الحد؟(*)

لقد أكدت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية أن القاضي بإمكانه إجراء محاولة صلح جديدة وذلك لمنح الزوجين مهلة تفكير (***)، لكن المحكمة العليا في قرار

1- صقر، نبلي، المرجع السابق، ص 15.
 (*) - ونترجمه في حدوث قوة قاهرة أو ظروف استثنائية، تجع ل من الوفاء بالالتزام مستحيلاً. ومن خلال الواقع العملي للقاضي يلجأ إلى تحديد تاريخ لاحق للجلسة لما كانت المادة 49 من قانون الأسرة تؤكد على عدة جلسات ولا يلجأ للإنابة القضائية .
 (*) - بالتوجه بالسؤال إلى المستشار (شراب ح.) في مادة شؤون الأسرة، أجابت أن غياب احد الزوجين أو كلاهما عن جلسة الصلح يفيد عدم جديتهما وبالتالي يرفض القاضي الاستمرار في محاولات صلح أخرى، لان هذه الأخيرة ملزمة للقاضي وليس للأطراف، مجلس قضاء أم البواقي في 2011/02/07، وهو ما أكدته المادة 1/18 من قانون التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري (القانون رقم 1 لسنة 2000)، إن تخلف احد الخصوم عن جلسة الصلح فريضة على رفضه الصلح، خليل، احمد، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، مرجع سابق، ص 127
 (***) - إجراء محاولة صلح جديدة تعود للسلطة التقديرية للقاضي نتيجة ما يستشفه من وجود بادرة أمل توحى أن تكرار جلسة الصلح سوف يأتي بثماره، هذا ما أدلت به المستشار (شراب ح.).

لها أعطت حلاً لذلك، حيث جاء فيه: "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزماً بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 49 من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"¹.

ب - قاضي شؤون الأسرة:

وهو المؤهل قانوناً بما لديه من صلاحيات سلطوية بعرض الصلح بمعينته وتحت إدارته على الزوجين. وهو التزام يقع على عاتقه دون غيره، فبات إقحامه كطرف إيجابي في النزاع بحيث لا يلجأ إلى الفصل فيه قبل محاولة إنهائه صلحاً وفشله في ذلك، وإلا كان الحكم قد بني على إجراءات باطلة. وهذا الالتزام إنما يقع على عاتق المحكمة التي تنظر الدعوى لأول مرة وهي بحسب الأصل محكمة الدرجة الأولى لكن قد يقع استثناء بان يعرض المجلس القضائي الصلح على الأطراف - ويكون ذلك أول مرة - في حالة أن تحكم المحكمة الابتدائية بعدم قبول الدعوى وتمس في حكمها الموضوع، فتكون قد استنفذت ولايتها في الموضوع رغم أنها لم تفصل فيه، فإذا تبين للمجلس القضائي خطأ الحكم الصادر بعدم القبول فإنه يقوم بإلغائه ويفصل في الموضوع، وبالتالي يصبح ملزماً بعرض الصلح على الزوجين. لكن هل القاضي ملزم ببذل عناية، أم بتحقيق نتيجة؟

لقد جاء نص المادة 49 من قانون الأسرة عاماً بحيث يستفاد منه وجوب محاولة الصلح بطريق الدلالة فقط وهي عبارة عن (عدة محاولات)، فالقاضي ملزم بإجرائها ولم توجهه الإرادة التشريعية إلى بذل كل جهد مدخر في سبيل الإصلاح، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 32 لمجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهداً في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك...، وعند وجود ابن قاصر أو أكثر تتكرر الجلسة الصلحية...، ويبذل خلالها القاضي مزيداً من الجهد للتوصل إلى الصلح" فنستشف منها ليس مجرد عرض للصلح، بل الإصرار عليه من أجل درء الصدع الحاصل بين الزوجين لكن المشرع الجزائري استعمل كلمة "محاولة" في حين استعمل المشرع المصري كلمة

1- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1997/10/23، غ.أ.ش.، ملف رقم 174132، مأخوذ عن: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05، مرجع سابق، ص 235.

"عرض"¹، فالأولى تعني طلب الشيء بحيلة، و"حاولت الشيء أي أردته" والحيلة من المحاولة مصدر على وزن مفاعل²، أي السعي الإرادي المقترن بالتفكير في نيل الشيء، وهذا المفهوم نجده في المصالح لأنه يريد بكل السبل الوصول إلى نتيجة ايجابية³. في حين الثانية تعني مجرد إعلانه وليس تحقيقه فعلا، ممّا يعني أن القاضي الذي أوكلت له مهمة «المحاولة»، أقرب إلى تحقيق نتيجة منه إلى مجرد بذل عناية. كما يجب على القاضي أن يتأكد من هوية طرفي النزاع وأنها الزوجان المعنيان بالعملية الصلحية دون سواهما، حتى لا يتم التغيرير والغش وانتحال صفة الغير⁴.

ج - أمين الضبط(*):

وتنحصر مهمته في كتابة ما يفعل وما يقول القاضي ويقرره فهو يده وذاكرته يحافظ على أصول الأحكام ولا يسلم سوى النسخ لمن يطلبها، بحيث يضع على قرارات العدالة عبارة "نسخة تنفيذية"⁵، وقد جرى العمل القضائي على إسناد مهمة تلقي أقوال المتصلحين إليه باعتباره شخص حيادي ينتمي إلى إدارة القضاء⁶ وملزم قانونا بتوثيق كل ما يدلي به طرفا النزاع إن حضرا معا أو طرف دون الآخر إن تخلف أو يؤشر على عدم حضورهما، ويقوم بالتوقيع بمعية القاضي المصالح وتحت إشرافه⁷ والزوجين على محضر الصلح. ورغم الطابع الخاص لجلسة الصلح وخصوصية العلاقة في حد ذاتها، التي قد تجعل من حضور كاتب الضبط عائقا يحول دون الإفصاح عن الأسباب الحقيقية للخلاف، وبالتالي تعريض جلسة الصلح للفشل من بدايتها، كما أن حضوره لا يخدم سرية الجلسة بمعناها الحقيقي⁸ وإن كان محلّفا.

1 - المادة 1/18، من القانون رقم 2000/1، سبق الإشارة إليها.

2 - ابن منظور، المصدر السابق، ج 4، ص 275، (حرف الحاء).

3 - صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 141.

4 - هناك من الأزواج من احضر معه لجلسة الصلح امرأة غير زوجته المعنية بالأمر للحصول على الاتفاق على الطلاق والتنازل عن الحقوق التي كفلها القانون للزوجة، زودة عمر، المرجع السابق، ص 109.

(*) - جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة في الفقرة الثانية عبارة " كاتب الضبط " وجاء في المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية عبارة " أمين الضبط "، علما أن كلا من التسمية الأولى والثانية تندرجان ضمن أمانة الضبط عموما.

5 - اسكندر، محمود توفيق، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 31، (د.ط).

6 - صاولة، شفيقة، المرجع نفسه، ص 165.

7 - المادة 2/443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

8 - زيدان، عبد النور، الصلح في الطلاق، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بين جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2007، ص 105. غير أن المستشارية (شراب ح.) أشارت أن فطنة القاضي

ذكرت الفقرة الثانية للمادة 440 من قانون الإجراءات المدنية المعدل انه: " يمكن بناء على طلب الزوجين حضور احد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح". مما يجعلنا نتساءل عن الوضع القانوني لهذا الطرف المدعو للمشاركة في عملية الصلح، فهل يتم توثيق أقواله في المحضر؟ وهل هو من عائلة الزوج أو من عائلة الزوجة؟

د - النيابة العامة:

جاء في مقتضيات المادة 3 مكرر من قانون الأسرة: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون"، لقد رأى المشرع أن لا يجعل من وظيفة النيابة العامة مقتصرة على تمثيل المجتمع في الدعوى الجنائية، بل يجب أن تمتد إلى مساهمتها في الدعوى المدنية كلما اتصلت بمصالح المجتمع، وتعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، فحدد لها سلطة الدفاع عن ناقصي وعديمي الأهلية والغائبين والمفقودين، فلها أن ترفع مثلاً دعوى تفريق بين زوجين زواجهما فاسد، أو دعوى ثبوت نسب الصغير، وذلك على اعتبار أنها هيئة عامة ممثلة للمجتمع والأمانة على مصالحه العليا. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "إن القضايا المتعلقة بالنسب والطلاق والحضانة كلها تدخل في حالات الأشخاص، التي اوجب القانون اشتراك النيابة العامة فيه ا واخذ رأيها حولها ، وذلك بإرسال ملفاتها إليها وإلا كان القرار الصادر في شأنها عرضة للإبطال، ولا يغني عن عملية الإرسال المذكور ما يقع التنصيص عليه من حضور النائب العام وتقديم طلباته"¹.

ويتغير مركز النيابة العامة، بحيث تأخذ مركز الخصم من الناحية الإجرائية فتكون طرفاً أصلياً تطالب بالحماية القضائية للحقوق المتعلقة بالولاية على نفس القاصر وأمواله أو استصدار حكم يقضي بفقدان شخص أو المطالبة بتوقيع الحجر، فتأخذ فيها مركز المدعي وهذا أمر استثنائي لا يوجد إلا حيث يصرح القانون بذلك، كما قد يكون تدخلها انضمامي، تنتطع بمقتضاه على جميع القضايا وإبداء الرأي بسعي من قاضي

واستيعابه للموقف يجعله يطلب من كاتب الضبط الانصراف حتى يتم الحصول على المبتغى من جلسة الصلح، ولا يتم حينها توثيق التصريحات التي أدلى بها الزوجان تحقيقاً لرغبتهما في ذلك.
1- قرار مؤرخ في 1988/05/09، عن غ.أ.ش.، ملف رقم 49283، المجلة القضائية، 1992، نقلاً عن بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05، مرجع سابق، ص 304.

الأسرة الذي يشير إلى انه تم تبليغ ملف القضية إلى النيابة العامة، أو انه تم الاطلاع على طلباتها، وضمن تطبيق أحكام قانون الأسرة¹، مما يجعل التساؤل يثور حول دورها في جلسات الصلح؟

لما كانت النيابة العامة، الممثلة في وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، لها الحق في الاعتراض على ما يخالف النظام العام، ولما كانت جلسة الصلح من النظام العام على اعتبار أن إغفال القاضي قيامه بهذا الإجراء يجعل حكمه يتعرض للنقض، لكن ذلك لا يجعل من حضور النيابة العامة لجلسات الصلح وجوبي، بل يكفي اطلاعها وإبداء رأيها على دعاوى الطلاق²، فقد يحدث أن يطلق الزوج زوجته ثلاثاً مما يجعل من اعتراض النيابة العامة على إجراء محاولة الصلح وجوبي، لما فيه من مخالفة للنظام العام³، وهو ما قضت به المادة 51 من قانون الأسرة: "لا يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ثانياً : الوكالة في جلسة الصلح:

إن الوكالة⁴ تعني تسليم وتفويض التصرف للغير⁵ وجاء عن صاحب مرشد الحيران: "أن التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز ومعلوم"⁶ كما أن الوكالة ترد على عمل قانوني يلتزم الوكيل بالقيام به لحساب الموكل⁷ ويفرق شراح القانون بين نوعين من الوكالة بالتقاضي والوكالة بالخصومة⁸ فأما الأولى فهي نوع

1 - أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 85، زودة، عمر، "طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة"، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 2، 2005، ص 39 - 44.

2 - نصت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 1436 أعلاه".

3 - لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق، ص 289.

4- **الوكالة لغة:** يفتح الواو وكسرهما بمعنى التوكيل وهي اسم مصدر وكلته توكيلاً، والاسم وكالة وهي عبارة عن الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله أي الحفيظ، نقلاً عن السرخسي، ج 19، المرجع السابق، ص 2.

5- السرخسي، نفسه.

6- محمد قدرى باشا، المرجع السابق، ص 131.

7- قاسم، محمد حسن، القانون المدني العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ص 48 (ذ.ب.، ذ.س.).

8- **الخصومة في اللغة:** الجدل والنزاع، يقال خصمه مخاصمة وخصومة أي جادله ونازعه، ابن منظور، المرجع السابق، ج 21، ص 180.

من التمثيل الإجرائي يسمح للوكيل بمباشرة الأعمال الإجرائية، وأما الثانية فهي تمثيل فني للخصم وفيها يقوم الوكيل بالأعمال الإجرائية اللازمة لرفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها¹.

وأما أن يختص الوكيل في عمل دون آخر فتميز فيه نوعين من الوكالة، عام وخاصة، فأم ا الوكالة العامة فهي إنابة عامة في كل تصرف قانوني وفيها يعطي الموكل للوكيل الصلاحية التامة للتصرف في جميع حقوقه المتصلة بأعمال الإدارة. وأما الوكالة الخاصة فهي الإنابة في تصرف معين بذاته، تفرغ في صيغة صريحة ومحددة الجنس على الأقل. ويمكن أن يكون محلها عملاً من أعمال الإدارة أو من أعمال التصرف².

كما أن " التوكيل بالخصومة يختلف عن التوكيل بالحضور، حيث أن الوكالة بالخصومة تخول للوكيل مباشرة كافة الأعمال الإجرائية داخل الخصومة القضائية نيابة عن الخصم أو ممثله القانوني في حين التوكيل في الحضور يتمثل ل في حضور الوكيل أمام المحكمة نيابة عن موكله حتى لا يعد غائباً من الناحية القانونية³. فهل الوكيل الذي يباشر تصرف معين بذاته من خلال رفع الدعوى ومتابعتها والدفاع فيها له أيضاً الصلاحية في مباشرة العملية الصلحية؟

جاء عن السرخسي أن: "الوكيل بالصلح ليس بوكيل في الخصومة لان الصلح عقد يبنى على الموافقة والمسالمة وهو ضد الخصومة"، وأضاف أن الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح كما أن وكيل الصلح لا يملك الخصومة⁴.

وقد وحد المشرع، من خلال المادة 571 من القانون المدني، بين مفهومي النيابة والوكالة⁵ فجاء قرار المحكمة العليا انه: "لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح"¹.

1 - شبكة، خالد احمد، التوكيل في الخصومة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 89، (د.ط).

2 - شبكة، خالد احمد، نفسه، ص 141، 146، 150.

3 - مبروك، عاشور، نقلاً عن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 128.

4 - السرخسي، نفسه، ص 143، قدرى باشا، نفسه، ص 139.

5 - يرى الفقه أن الوكالة: "عقد تبادلي يستلزم توافق إرادتي الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل، والإنابة تصرف بإرادة منفردة هي إرادة الأصيل تسمح بمقتضاها إلى النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصيل دون النائب"، بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص

130.

ولما كان الصلح بين الزوجين هو دعوة صادرة من القاضي في محاولة منه لمخاطبة وجدان الزوجين؛ ساعي إلى إعادة الوثام بينهما، وهذا المسعى لا يتحقق إلا بحضورهما، وأن يكونا بشخصهما محلا للصلح، لذلك رفض فقه القضاء حضور وكيل عن أحدهما، كما رفض حضور وكلاء الخصام من المحامين مع الزوجين إلى جلسة الصلح²، لأن فيها من الخصوصية والمسائل الشخصية، ما لا يسمح بحضور غير أطرافها، حفاظا على حرمة الأسرة.

كما انه كثيرا ما يتمسك الزوج في مذكراته بالطلاق تمسكا شديدا، إلا أنه بمجرد مثوله في جلسة الصلح ومقابلته زوجته، مع يحاول القاضي إقناعهما بان الخلاف الذي بينهما لا يستحق أن يكون سببا في فسم عرى الزوجية، فيترجع الزوج عن طلبه ويرضى بالصلح .

ونخلص إلى أن محاولة الصلح تحكمها شروط، تلزم المحكمة المختصة بالتحقق من توافرها من أجل أن يكون العمل القضائي حائزا على قوة الحقيقة القانونية.

المطلب الثاني

إجراءات جلسات الصلح

تخضع العملية الصلحية لجملة من الأشكال الإجرائية المحددة قانونا في مدتها ومكان انعقادها وكيفية إثباتها، وعليه سوف نتناول في هذا المطلب المدة الزمنية التي تستوجب على القاضي والأطراف احترامها، في الفرع الأول، ثم مكان انعقادها، في الفرع الثاني، كما انه لا بد من إثبات تدخل المحكمة صلحا بين الزوجين وذلك من خلال محضر الصلح، في الفرع الثالث.

الفرع الأول

المدة الزمنية لجلسة الصلح

لقد قضت المادة 49 من قانون الأسرة أن محاولات الصلح التي يجريها القاضي لا يجب أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى وكذا الفقرة الثانية من

1 - قرار صادر بتاريخ 2008/01/16 عن غ.أ.ش. ،ملف رقم 417622 ،مجلة المحكمة العليا ،عدد 01 لسنة 2008 .

2 - بن محمود،فاطمة الزهراء ودولة،سامية،اجتهادات قضائية معلق عليها،تقديم اسكندر،زهير،مركز الدراسات القانونية والقضائية،تونس،2006،ص95،(د.ط.).

المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهل المقصود برفع الدعوى هو تاريخ تسجيلها بكتابة الضبط وجدولتها؟ أو المقصود به تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها؟

تقضي المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بان عريضة افتتاح الدعوى تقيد تبعا لترتيب ورودها في سجل خاص، وانه يجب احترام عشرين (20) يوما على الأقل من تاريخ تسليم التكاليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة، علما أن أمين الضبط يقوم بتسجيل رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة ويسلمها للمدعي بغرض تبليغها للخصم.

كما قضت المادة 436 من نفس القانون، على أن دعوى الطلاق من احد الزوجين ترفع بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، أي لا يوجد ما يميز قضايا الأسرة عن باقي القضايا، رغم أن خصوصية هذه القضايا تستوجب الاستعجال في البتّ دون أي تأخير وفي جميع الدعاوى، وخاصة دعاوى فك الرابطة الزوجية لارتباطها الشديد بالعدة الشرعية.

وقد نصت المادة 58 من قانون الأسرة أن عدة الطلاق هي ثلاثة (3) أشهر بداية من تاريخ التصريح بالطلاق، وجعلت المادة 49 من نفس القانون، أقصى مدة الصلح ثلاثة (3) أشهر أيضا، مما يجعلنا نتساءل عن التطابق بين المدتين من حيث الوحدة الزمنية وكذا من تاريخ سريان حسابهما؟

لقد نصت المادة 50 من قانون الأسرة على انه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وهو تأكيد على أن مدة الصلح هي نفسها مدة عدة الطلاق. لكن أية صورة من الطلاق يقصد المشرع؟

لقد رأينا الطلاق الذي يقع بالإرادة المنفردة للزوج، وقد يكون سابقا لتاريخ رفع الدعوى ونضيف له مدة العشرين يوما أو أكثر حتى تتعقد أول جلسة قد تكون هي بداية سريان مدة محاولة الصلح وقد تؤجل إلى الجلسة التالية. علما أن العدة الشرعية تبدأ من تاريخ التصريح بالطلاق. كما قد يقع لاحقا لتاريخ رفع الدعوى وفي أي مرحلة من

مراحل الخصومة، وبالتالي فالتطابق الذي أراده المشرع، وكان يقصد من وراء ذلك مدة عدة الطلاق الرجعي، وأثنى عليه الأستاذ لمطاعي هي صورة مثالية للطلاق، حيث جاء عنه: "فان تاريخ بداية سريان حساب مدة عدة الطلاق الرجعي يكون هو ذلك التاريخ الموافق لتاريخ إيداع العريضة الافتتاحية للدعوى لدى كتابة ضبط المحكمة لأجل إثبات هذا الطلاق أي بمعنى آخر، هو التاريخ الموافق لتاريخ رفع الدعوى باعتباره هو التاريخ الذي صرح فيه الزوج بالطلاق" ¹. وقد جاء في أحد اجتهادات المحكمة العليا ما يلي: "بدعوى أن إجراء الصلح محاولة بين الطرفين هو إجراء إلزامي قبل صدور الحكم بالطلاق (...)"، وبذلك تكون المحكمة قد قامت بمحاولة إجراء الصلح، وغياب المدعى عليه يفند رغبته في الصلح، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فان الصلح الواقع بعد مرور أكثر من ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وهي فترة المراجعة يصبح لا معنى له شرعا وقانونا وهذا ما يجعل الوجه غير مؤسس" ².

أما باقي صور الطلاق، والتي يكون فيها حكم القاضي منشئا ويكون الطلاق رجعيا لا بانئا، فلا يثور الإشكال حول مدة الصلح ومدة العدة على اعتبار أن هذه الأخيرة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق من طرف القاضي الذي يفشل في الإصلاح بين الزوجين وعليه فان مدة محاولة الصلح ومدة العدة تتطابقان في وحدتهما الزمنية وكذا في تاريخ سريان حسابهما في حالة وحيدة فريدة هي تلفظ الزوج بالطلاق يوم بداية جلسة الصلح الأولى، وعليه فان اعتبار مدة ثلاثة (3) أشهر هي نفسها مدة العدة الشرعية هو احتمال بعيد المنال مقارنة باحتمال وجود حالة التطابق.

كما أن المادة 49 من قانون الأسرة، وهي تؤكد على أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح، وان هذه الإجراءات لا يجب أن تتجاوز ثلاثة (3) أشهر، مما يفيد أنها أوجبت القيام بمحاولات الصلح قبل التصريح بالطلاق ولم تحدد المرحلة التي تجري فيها محاولات الصلح ³. وعليه فإنه يجوز للمحكمة التدخل بالصلح قبل نظر

1- لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق، ص 99.

2 - قرار مؤرخ في 16/03/1999، غ.أ.ش.، ملف رقم 217179، مأخوذ عن: ابن الشيخ آث ملويا، لحسين، المرجع السابق، ص 346.

3 - سعد، عبد العزيز، "قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية"، مرجع سابق، ص 26.

الدعوى أو قبل اتخاذ إجراءات الإثبات فيها¹ وقبل جلسة النطق بحكم الطلاق، لكن البعض يرى أنه " لا ينبغي السير في الدعوى وتبادل مذكرات الأطراف ثم عقد محاولة الصلح، لأن المنطق يقضي بأن تكون محاولة الصلح من أولى الإجراءات"². أكيد أن الصلح المقصود هو كل ما من شأنه حسم الخصومة دون إصدار حكم قضائي فيها فنوفر الجهد والوقت والمال، لكن ذلك لا يمنع من عرض الصلح في أية مرحلة من مراحل الخصومة أيضا لأنه قد يتبين للقاضي بواحد التصالح والتوافق وإبداء المرونة وإظهار التنازل من احد الزوجين فيلجا بفطنته إلى عرض الصلح عليهما. وهو ما سلكه القاضي الفرنسي³.

الفرع الثاني

مكان انعقاد جلسة الصلح

لم يبين المشرع الجزائري، من خلال قانون الأسرة وكذا مواد قانون الإجراءات المدنية الخاصة بالتقاضي في مسائل شؤون الأسرة، مكان انعقاد جلسة الصلح صراحة غير أن الصلح بين الزوجين مرتبط بفك الرابطة الزوجية والتي لا تثبت إلا بحكم قضائي، وعليه فهذا الصلح قضائي ومقره المحكمة المختصة لكل دعوى⁴. وقد يختلف القضاة في مكان إجراء عملية الصلح، فمنهم من يتخذ مكتبه مقرا لذلك ومنهم من يجري العملية في مكان آخر داخل مبنى المحكمة. لكن الغالب ب الأعم من القضاة يستدعي الزوجين إلى جلسة خاصة في مكتبه، لكن ألا يتعارض ذلك مع مبدأ علنية الجلسات؟

1 - الفقي، عمر و موسى، الطاعة والنشوز في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، 1999، ص 89، (د.ط.).

2 - زيدان، عيد النور، المرجع السابق، ص 107.

3 - « Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée en cours d'instance », Muriel Parquet, op. cit, p94.

4 - تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود السكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة احد الزوجين حسب اختيارهما.

يقصد بالعلنية أن تنعقد جلسات المحكمة، ليس فقط في حضور الخصوم ومحاميهم وإنما السماح للجمهور بحضور المرافعات وسماع النطق بالحكم وتسبيبه¹، وفي ذلك نوع من أنواع الرقابة الشعبية على عمل القضاة للتأكيد على نزاهة القضاء وزيادة الثقة في تطبيق القانون، فهي من الضمانات الأساسية للتقاضي²، لكن هذا المبدأ ليس مطلقاً إلا في شقه المتعلق بجلسة النطق بالحكم أما ما عدا ذلك فيجوز للمحكمة، من تلقاء نفسها، جعل الجلسة سرية إذا كان في العلنية مساس بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة³، وتؤكد المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حرمة الأسرة لتجعل من الصلح بين الزوجين يتم في جلسة سرية، ولا يملك القاضي إزاء هذا النص أي سلطة تقديرية فيما يخص الشؤون الأسرية عل خلاف باقي الدعاوى التي وضع فيها المشرع للمحكمة تقدير الحالات التي يمكن الخروج فيها على مبدأ العلنية (*) وتكميلاً لهذا المبدأ يأتي مبدأ شفاهة المرافعات لكنه لا يتنافى مع السماح للخصوم بتقديم دفوع ووثائق خطية⁴، فهل محضر الصلح يعد أحد هذه الوثائق والدفوع؟

الفرع الثالث

محضر جلسة الصلح

لما كانت جلسة الصلح ملزمة للقاضي وليس للأطراف، فهي تدخل في صميم مهامه بما أنها متضمنة داخل العملية القضائية عموم (**). ولما كان قاضي شؤون الأسرة مصالِحاً أثناء جلسة الصلح، فهل ما يقوم به هو إثبات للصلح أم الحكم به أم انه مجرد عمل توثيقي؟

1- أشارت المادة 144 من الدستور إلى انه: "تعطل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية"، المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المتضمن إصدار الدستور، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 (ج.ر. العدد 76).
2- أحمد خليل، المرجع السابق، ص 116، صقر، نبيل، المرجع السابق، ص 17، القرم، نصر جبر، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط1، دار الثقافة، عمان الأردن، 2010، ص 52.
3- نصت المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة".
(*)- جاء النص الدستوري (المادة 144) غير متضمناً لأي استثناء لمبدأ علنية الجلسات بالنسبة لحرمة الأسرة، على خلاف نص المادة السابعة (7) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي استثنت المساس بالنظام العام أو الآداب أو حرمة الأسرة فهذه المادة تركت للمحكمة تقدير الحالات التي تقضي نظر الدعوى في جلسة سرية في حين سكت النص الدستوري عن ذلك.
4 - القرم، نصر جبر، المرجع نفسه.
(**) سوف نعود لتفصيل مهام القاضي في محاولة لتمييز الأعمال القضائية عن غيرها.

تقضي المادة 443 من قانون الإجراءات المعدل على أنه: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر محرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي . يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويدع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً".

ونصت المادة 600 من نفس القانون في فقرتها الثامنة على أنه يعتبر من السندات التنفيذية: "محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط".

والسندات التنفيذية من الأعمال القانونية ذات القوة التنفيذية يشترط فيها أن تكون ممهورة بالصيغة التنفيذية لتكون أداة لمباشرة إجراءات التنفيذ الجبري (***)، ومحضر الصلح عقد من نوع خاص أعطاه المشرع صفة السند التنفيذي بمصادقة المحكمة عليه في إطار سلطتها الولائية، وهي تتضمن إقراراً لما اتفق عليه الأطراف مع العلم أنها لا تعد أحكاماً موضوعية لأن نشاط القاضي في هذه المناسبة، لا يندرج في إطار الوظيفة القضائية بقدر ما يندرج في الوظيفة الولائية¹ وهذه الأخيرة تعد من الأعمال التي ينحصر موضوعها في مجرد التوثيق والتصديق لإثبات بعض التصرفات التي تجري أمام القضاء كالمصادقة على الصلح²، فنكون أمام صلح قضائي نميز فيه نوعين: الأول: وهو اتفاق يطرح على المحكمة للتصديق عليه أو لإثباته كالاتفاق الذي يتقدم به الزوجان بإرادتهما المشتركة من أجل حل الرابطة الزوجية بالتراضي، فينظر القاضي في الاتفاق وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو النظام العام (*).

(***) يعتبر الحكم القضائي أكثر وأهم السندات التنفيذية شيوعاً وأهمية في الحياة العملية.

1 - سليمان، سيف النصر، مرجع القاضي والمتقاضي في إشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الصادرة من محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 35، (د.ب.)، مروت، نصر الدين، طرق التنفيذ في المواد المدنية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2005، ص 64 - 65، (د.ب.).

103، زودة، عمر، المرجع السابق، ص 109.

2- زودة، عمر، نفسه، ص 77.

(*) الفقرة الثانية من المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن هذا الاتفاق ليس هو محضر الصلح المقصود من المادة 49 من قانون الأسرة. ونلاحظ أن القاضي ملزم بإجراء محاولة الصلح حتى في الطلاق بالتراضي عكس ما اتجه إليه المشرع الفرنسي.

الثاني: ويتم بمعية القاضي نفسه وتحت إدارته¹ وهو الصلح المقصود بين الزوجين .
 - فإذا ما قلنا بأن المصادقة على الصلح، لجعله في قوة السند التنفيذي، هو إثبات للصلح، فإن عملية الإثبات موقوفة على الأطراف وليس على القاضي.
 - وإذا ما قلنا أن القاضي يحكم بالصلح، افتراضا وجود نزاع قائم يلزم القاضي التدخل لإزالة الاعتداء الناجم عن ممارسة الأفراد لحقوقهم وتعارض مصالحهم، بتطبيع القاعدة القانونية لإضفاء الحماية القضائية²، لكن الصلح في الأصل حسم للخصومة دون إصدار حكم قضائي فيها لأنه لا يوجد في الصلح مدع ومدعى عليه أو دعوى مرفوعة فيحسم نزاعا محتملا³ كما أن لفظة "يثبت" الواردة مع بداية الفقرة الأولى للمادة 443، السابقة الذكر، تعني "يسجل" وهذا "الاستعمال قد يصدق على مفهوم الصلح القضائي في المواد المدنية لأن التثبيت يستتبع "الإشهاد" فقط ولأن "التثبيت" بالشكالية القضائية لا يستتبع عملا قضائيا بحثا بقدر ما يستتبع عملا توثيقيا من طرف القاضي، والنتيجة من هذا سند مصادق عليه قضائيا⁴، وعليه فالإثبات متعلق أساسا بمحضر الصلح وينسب إليه، ويقصد به تسجيل عمل توثيقي من طرف القاضي الذي يشارك في العملية الصلحية كطرف إيجابي، فينتج سند مصادق عليه قضائيا وله صفة الرسمية . وهنا نتساءل عن الصفة التي يكسبها محضر الصلح كسند تنفيذي من جراء طابع الرسمية ؟

لو كان الصلح تم خارج ساحة القضاء وبناء على إرادة الأطراف لكان مفتقدا إلى القوة التنفيذية لأن المشرع الجزائري لم يعترف بالإرادة الخاصة لتكوين السند التنفيذي⁵، بل يجب أن تفرغ في الشكل القانوني المطلوب باللجوء إلى الجهة الرسمية لكن الصلح بين الزوجين يدخل ضمن العملية القضائية ككل والقاضي هو الذي يصيغ

1 - بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 140.

2- زودة، عمر، المرجع السابق، ص 90 - 91 .

3 - وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " ... لأن الاستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف جعلوا حدا للنزاع، وإن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح..."، عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 19/04/1993، ملف رقم 103637 عدد خاص، ص 94، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة مع تعديلات أيضا، السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، ص 575 .

4- بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 92 .

5 - بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، بحث مقدم في إطار الحصول على درجة الماجستير في قانون الأعمال كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003، ص 100 .

موضوع الصلح ولا يتم من دونه بل بمعيته وتحت إشرافه، ولن تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من الاتفاق بل ويعد طرفاً لازماً في هذه العملية التي تنتهي بتحرير محضر للصلح يعد سنداً تنفيذياً بموجب نسخة من السند وممهورة بالصيغة التنفيذية الموضحة في المواد 601 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي لازمة في مسائل شؤون الأسرة أيضاً بسبب عدم وجود نص يستثنيها من مواد إجراءات التقاضي، ولأن محاضر الصلح المذكورة في المادة 8/600 جاءت لتشمل كافة محاضر الصلح في المواد المدنية والإدارية وشؤون الأسرة وغيرها...، والقصد من وضع الصيغة التنفيذية هو أن ينفذ السند تنفيذاً جبرياً وأنه لا يجوز التنفيذ بدونها؛ مما يجعل القوة التنفيذية لا يمكن اكتسابها إلا ضمن شروط وشكليات معينة منها وجوب الحصول على نسخة السند التنفيذي والتي تحمل عبارة " نسخة تنفيذية مطابقة للأصل " وتختم بالختم الرسمي للجهة التي أصدرته (المادة 2/602) و"الغاية من هذه الصيغة والقوة التنفيذية هو عنصر الإلزام"¹، لذلك يجب أن يصدر المحضر بإلزام قد يخص المسائل المتعلقة بدفع مبلغ النفقة أو بتسليم المحضون أو رؤيته² ولا نظن أبداً أن الإلزام قد يتعلق بإجبار الزوج على إرجاع زوجته رغماً عنه أو إلزام الزوجة بتقبل الضرر والتعايش معه في سبيل لم شمل الأسرة، بل إن الإلزام يخص الخصومة وأنها انتهت صلحاً، وتنقضي الدعوى تبعاً لذلك.

وعليه يكون محضر الصلح له قوة تنفيذية منقوصة لأنه متى جرى التنفيذ طواعية فقدت الصيغة التنفيذية مبرر وجودها، كما أنه توجد مسائل لا تكون موضع تنفيذ جبري³ لأن الغاية من جلسة الصلح ليس إلزام أحد أطرافه على التصالح وتقبل الحياة الزوجية المريرة عنوة، بل الوصول إلى حلول ترضي الأطراف جميعاً دون أن يكون فيها مساس بالحقوق أو الكرامة.

لكن يثار التساؤل حول المبتغى من جلسة الصلح، هل هو الحصول على محرر رسمي يثبت قيام القاضي بإجراء الصلح في جميع قضايا فك الرابطة الزوجية حتى لا

1 - غصن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 46.

2 - أحمد خليل، المرجع السابق، ص 193.

3 - غصن، خليل عمر، المرجع السابق، ص 46.

يكون حكمه معيبا؟ أم أن هناك غايات تتطلب وسائل مادية وبشرية للوصول إلى المبتغى من جلسة الصلح؟
سوف نحاول الإجابة من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثالث

كفاءة القاضي في إدارة جلسة الصلح

إن في الصلح قطع للخصومات وإصلاح لذات البين بخلاف حكم القاضي فإنه يفصل في الخصومات ضمن قواعد إجرائية تطبيقا لقواعد موضوعية محددة سلفا، تبين كيفية نشوء الحق وانقضائه. لذلك فالقضاء لا يؤدي إلى الإصلاح بين الخصوم بقدر ما يورث الضغائن بينهم فكيف تجتمع صفتا الإصلاح والقضاء في شخص قاضي شؤون الأسرة؟ علما أن العلاقات الأسرية شديدة الحساسية، فإن طرحت الخلافات بشأنها في ساحة القضاء حدث فيها من الصدع ما قد يجعلها لا تلتئم. فهل على القاضي أن يتقصد دور المفاوض المصالح أو أن يكون مراقبا للعملية الصلحية؟ سنحاول من خلال هذا المطلب التعرض لكيفية تولية القضاء وتكوين القاضي الجزائري للوقوف على عملية إعداده ومدى اكتسابه للمهارات والمعارف التي تساعده في القيام بمسؤولياته المهنية، في **الفرع الأول**، والآلية التي يتم من خلالها اختيار قاضي شؤون الأسرة لما لهذا الفرع من القضاء من الخصوصية، في **الفرع الثاني**، ثم نخلص إلى علاقة محاولة الصلح بمهام القاضي، في **الفرع الثالث**.

الفرع الأول

تولي القضاء وتكوين القاضي الجزائري

إن حالة التقصير الواضح الملموس في فهم قضاة شؤون الأسرة، بصورة عامة، لنصوص قانون الأسرة دون سواه من القوانين¹، لعدة أسباب لعل أهمها الاختصار المقتضب الذي صيغت به مواد لدرجة ورودها في شكل يثير التاويلات

1- من خلال "تدني نوعية الأحكام والقرارات القضائية واجتهاد قضائي فوضوي غالبا ما يكون متناقضا حتى على مستوى المحكمة العليا" وهو ما جاء عن تقرير اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، نقلا عن ديدان، مولود، تكوين القاضي ودوره في النظام الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2003، ص 368.

المتعددة للنص القانوني الواحد، مما جعل الأمر يستدعي الوقوف على تولية القضاء أولاً، ونوضح كيف يتم تكوين القاضي الجزائري ثانياً .

أولاً : تولي القضاء:

إن القضاء ه و حصن العدل ،فيه تصان الحقوق وتعصم الدماء، والقضاء من أجل العلوم وأشرفها، ولأجل الوقوف على حقيقة تولي القضاء ينبغي معرفة الإطار المناسب لحسن اختيار القاضي والاطلاع على الأساليب المتبعة في الأنظمة المقارنة وسوف نقنصر على النظام الإسلامي لاتصاله بالمجتمع الجزائري وبالقيم السائدة فيه (أ) ، ثم نعرض على كيفية تولي القضاء في النظام الجزائري (ب)، ونخلص إلى الموازنة بين النظامين (ج).

أ - تولي القضاء في النظام الإسلامي:

إن وظيفة القضاء هي من وظائف ولي الأمر، وهو الأصل، لأن الرسول الكريم ﷺ كان في المدينة المنورة يتولى بنفسه القضاء بين الناس ويشرف على تنفيذه، فكان يجمع بين التشريع والتنفيذ والقضاء¹ وبتوسع الدولة الإسلامية، عهد الرسول ﷺ إلى بعض الصحابة بالقضاء وسار الخلفاء الراشدون على هذا النهج، مما يبين أن النظام القضائي الإسلامي اخذ بمبدأ التعيين، كمبدأ عام، وكاستثناء يجوز انتخاب القاضي في حالة فقد الإمام أو أسرته²، ولأن القاضي نائب عن ولي الأمر³ فإن قضاؤه كان محصوراً في المنازعات المالية، أما الجنايات الموجبة للقصاص أو الحدود فبقيت في يد الخليفة وولاية الأقاليم ذوي الولاية العامة بعد أن تم فصل القضاء عن الولاية الإدارية وعيّن القضاة في جزء من الدولة الإسلامية، أين كان يتم إصدار الأحكام باجتهاد القاضي وفراسته معتمداً على مصادر التشريع الأربعة: القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، بعدها تطور القضاة وتحددت سلطات القاضي واختصاصاته وبدأ تسجيل الأحكام في العهد الأموي واستحدث العباسيون منصب

1 - القرم، ناصر جبر المرجع السابق، ص 28 .

2 - أبو غابة، خالد عبد العظيم، طرق اختيار القضاة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 132، (د.ط.).

3 - ديدان، مولود، المرجع السابق، ص 347.

قاضي القضاة الذي كان بمثابة وزير العدل الذي يعين القضاة ويعزلهم ويراقب أعمالهم¹.

ولما كان القاضي أحد أركان القضاء، بل هو أهم عناصره، ولخطورة وظيفة القضاء فإن الشخص المختار يجب أن يكون جديراً بها، لذلك كان التشريع الإسلامي سبّاقاً، بين كل التشريعات، في وضع شروط ووجوب تحقق صفات حتى يكون أهلاً لولاية القضاء. وأهم هذه الشروط:

1- الإسلام، فلا يجب لغير القاضي المسلم الجلوس للفصل في الدعاوى حتى ولو كان أطرافها لا يدينون بالدين الإسلامي، وهو رأي الجمهور.

2- البلوغ والعقل، وهما شرط لصحة تولية القضاء، فلا يجوز تولية الصبي ولا المجنون لأن القضاء يحتاج إلى الفطنة ونضج الفكر وكمال الرأي والخبرة بأحوال الناس وأمور الحياة وهذا مفتقد في الصبي بصرف النظر عن المجنون.

وشروط الإسلام والعقل والبلوغ، شروط متفق عليها، لكن الفقهاء اختلفوا في بقية الشروط وهي:

الاجتهاد، والذكورة، وسلامة الحواس، والحرية، والعدالة لولاية القضاء، وسأقتصر بالتفصيل على شرطي الاجتهاد والذكورة لاعتبارات ضرورية تستدعي توفرهما في القاضي،

فأما **الاجتهاد** فهو أن يكون القاضي عالماً بالأحكام الشرعية الإسلامية وقادراً على استنباط الأحكام من الكتاب والسنة والإجماع وملماً بالأحكام الأصولية والفرعية في المذاهب الفقهية الأربعة، وقد قال بهذا الشرط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، لأن المجتهد هو المؤهل لاستعمال السلطة التقديرية على أكمل وجه، وخالفهم الأحناف إلى جواز تولية غير المجتهد للضرورة والحاجة، بأن يكون مقلداً حتى لا تتعطل مصالح العباد².

1- القرم، جابر نصر، المرجع نفسه.
2- بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 58، 64، المنايلي، هاني محمد الكامل، السلطة القضائية في النظام الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009 (د.ط.)، ص 86-103 بكر، محمد عبد الرحمن، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الأردن (د.ط.)، (د.ب.س.)، ص 330، 345، العمروسي، أنور، المرجع السابق، ص 26.

لأن الغرض من القضاء الفصل في الخصومات فجاز ذلك بالتقليد استناداً إلى مبدأ السوابق القضائية¹.

وأما شرط الذكورة لتولي القضاء فذهب مالك والشافعي وأحمد بن حنبل إلى أنه لا يجوز أن تتولى المرأة القضاء بسبب نقص النساء عن رتب الولايات، بينما أجاز أبو حنيفة تولي المرأة القضاء في كل شيء تقبل فيه شهادتها، وتصحّ شهادة النساء في كل الأمور إلا في الحدود والقصاص².

ب - تولي القضاء في النظام الجزائري

لقد تطور القضاء الجزائري من خلال النصوص الدستورية، فبعد أن كان وظيفة (*) أصبح يشكل سلطة (*) مستقلة ذات كيان له مفهوم معاصر وديمقراطي لدولة القانون يضطلع وزير العدل بمهام تنفيذية وأخرى كرئيس المجلس الأعلى للقضاء، له في هذا الأخير صلاحيات تسيير سلك القضاة في مسائل تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم وذلك نيابة عن رئيس الجمهورية³.

واختيار القضاة يختلف بين أسلوب الانتخاب والتعيين، ونتيجة الاختيار التي لها الأثر الكبير على كفاءتهم وحيادهم واستقلالهم، ويبلغ مداه إلى ثقة المواطن في عدالة بلده.

سنعرج بإيجاز على نظامي الانتخاب، (1) و التعيين، (2)، بعدها نحاول معرفة كيفية تعيين القاضي الجزائري (3).

1- نظام الانتخاب

1- المنابلي، هاني محمد الكامل، المرجع السابق، ص 105 .

2 - العمروسي، أنور، المرجع السابق، ص 27 .

وهناك من أجاز تولي المرأة القضاء مطلقاً وذلك قياساً على أنها مفتية، وأجاب العلماء على من لم يشترط الذكورة للقضاء بان من خالفهم في ذلك استدلوا بالنص أما هم فقد استدلوا بالقياس على الشهادة والفتوى، كما أن الفتوى غير ملزمة أما القضاء فهو ملزم، كما أن القضاء هو الأصل والفتوى هي الفرع وان القضاء هو الحكم أما الشهادة فلا بد معها من حكم يثبت الحق، راجع البكر، محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 359 .

(*) - وردت من خلال دستور 1976، الوظيفة القضائية في المرتبة الرابعة ضمن الباب الثاني والمعنون ب: السلطة وتنظيمها، الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 والمتضمن إصدار الدستور، (ج.ر. عدد 94 بتاريخ 24 نوفمبر 1976، ص 1122).

(*) - اختلف الوضع في دستور سنة 1989 و1996 بان أصبح القضاء سلطة ضمن السلطات المنصوص عليها في الباب الثاني تحت عنوان: تنظيم السلطات.

3 - ديدان، مولود، المرجع السابق، ص 84.

مقتضى هذا النظام انه يتم فيه اختيار القاضي بالانتخاب العام المباشر وغير مباشر وذلك بناء على أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة تباشرها المحاكم باسم الشعب، ولما كان هذا الأخير هو مصدر كل السلطات في الدولة فتوكل له مهمة اختيار من ينوب عنه في سلطة القضاء .

وإعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات وضماناً لاستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية تم تبني هذا النظام في اختيار القاضي لزيادة اهتمام الشعب وربط اهتمامه بالمحاكم وحتى لا يكون القاضي منعزلاً عن الشعب.

ويعاب على هذا النظام تدخل الناخبين ووقوع القاضي تحت تأثير من ساعده حرصاً منه على تجديد انتخابه، كما أن الناخبين لا يختارون الشخص الأكثر كفاءة بل الأكثر شعبية مما يجعل من عملية اختيار القاضي عملية سياسية حزبية¹.

2 - نظام التعيين

أخذت به غالبية الدول، ويقتضي أن تتولى السلطة التنفيذية بنفسها اختيار القاضي وتعيينه وذلك بناء على أن القضاء وظيفة عامة تدخل في مهام الدولة والقول بأنه نظام يتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات فيه مغالطة، لأن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه فالعلاقة بين السلطات الثلاث تكاملية حفاظاً على ضمان استمرار سير العمل في الدولة²، كما أن تعيين القاضي يتم وفق شروط يضعها المشرع تكفل استقلال القضاء عن تأثير السلطة التنفيذية.

3 - تعيين القاضي الجزائري

لقد أخذ المشرع الجزائري بطريقة التعيين بالمسابقة، كأصل عام، وجعل طريقة التعيين المباشر استثناء من الأصل³. فبعد فوز المرشحين في المسابقة يتم الالتحاق

1 - البكر، محمد عبد الرحمن، ص 401-402.

2- البكر، عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 403 .

3- جاءت المادة 51 من الدستور تنص على أنه: " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون"، كما جاءت المادة 36 وما يليها من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء، رقم 11/04 المؤرخ في 2004/09/06، (ج.ر. عدد 10)، أن تعيين القضاة يتم عن طريق المسابقات الوطنية وجاءت المادة 41 من نفس القانون لتعلن عن إرادة المشرع في إجازته تعيين مستشارين بالمحكمة العليا ومجلس الدولة من بين :

- حاملي دكتوراه الدولة بدرجة أستاذ التعليم العالي في الحقوق أو الشريعة والقانون أو العلوم المالية أو الاقتصادية أو التجارية والذين مارسوا عملياً عشر (10) سنوات على الأقل في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي.

بالمدرسة العليا للقضاء لتلقي تكويننا خاصا، والحصول على الشهادة المطلوبة، يعينون مباشرة بصفتهم قضاة متربصين يخضعون لفترة عمل تأهيلية لمدة سنة في المحكمة ويتم التعيين بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء، ولا يصدر هذا المرسوم إلا بعد إكمال التحقيقات الإدارية (الأمنية) والبحث الاجتماعي حول ماضي القاضي وسيرته، ويشترط أن تكون ايجابية حتى يتم التعيين.

و قضت المادة 28، من المرسوم التنفيذي رقم 05-303¹، أنه:

"زيادة على الشرط المنصوص عليه في القانون العضوي 04-11²(...)، تفتح المسابقة أمام كل مترشح يستوفي الشروط الآتية:

- بلوغ سن (35) سنة على الأكثر عند تاريخ المسابقة.
- حيازة شهادة بكالوريا التعليم الثانوي وثمانية سداسيات من التعليم العالي المتوج بشهادة ليسانس في الحقوق على الأقل أو شهادة تعادلها³.
- (...)

- استيفاء شروط الكفاءة البدنية والعقلية لممارسة الوظيفة.

- التمتع بالحقوق المدنية والوطنية وحسن الخلق".

- المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة الذين مارسوا فعليا لمدة عشر (10) سنوات على الأقل هذه الصفة

- على أن لا تتجاوز التعيينات 20 % من عدد المناصب المالية المتوفرة،

ويرى الأستاذ بن عبيدة أن هذه المداولة تطرح مسألة المشروعية" باعتبار أن المشرع عند ترتيبه لمراحل تنظيم سير مهنة القضاة في الفصل الأول من الباب الثالث، المادة 38 وما يليها منه، تدرج من التوظيف إلى التكوين ثم التعيين وأخيرا الترسيم" وعليه فالتوظيف يكون سابقا للتعين غير انه يتم تعيين، وبصفة مباشرة واستثنائية هؤلاء المستشارين. إن هذا الاستثناء فيه تضارب مع المبدأ الدستوري الذي يمس بمبدأ المساواة في الفرص ومع النص القانوني الذي وضع شروطا للالتحاق بالمدرسة العليا للقضاء، بن عبيدة، عبد الحفيظ، استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات القضائية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص 85، (د.ط.).

1 - مرسوم تنفيذي يتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كفايات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم مؤرخ في 20 أوت 2005، ج.ر. عدد 58، ص 15 وما بعدها.

2- تضمن القانون العضوي رقم 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، في مادته 37 انه: "يشترط في توظيف الطلبة القضاة المذكور في المادة 36 أعلاه، التمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة"،

3- إن معادلة الشهادات لا تشمل الشهادات الوطنية فيما بينها، لأنها غير مقرر على مستوى وزارة التعليم والبحث العلمي، بل المقصود هو الشهادات الأجنبية، ديدان، مولود، المرجع السابق، ص 388.

وجاء في نص المادة 30، من نفس المرسوم، ما يفيد أنه يمكن القبول المباشر للمتشرحين الأجانب الذين يستوفون الشروط المطلوبة، بقرار من وزير العدل، بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالشؤون الخارجية.¹

ج - موازنة بين تولي القضاء في الشريعة الإسلامية والنظام الجزائري:

اتفق النظام الجزائري مع ما جاء في الشريعة الإسلامية في مسائل، كما اختلفوا في أخرى، نذكره على النحو الآتي:

- حرص التشريع الإسلامي على الحقوق بوضعه طريقين لاختيار القاضي أحدهما في حالة الاختيار والأخرى في حالة الضرورة، بخلاف النظام الوضعي الذي وضع طريقا واحدا لتعيين القضاة.

- أحاطت الشريعة بتعيين القاضي بقيود وشروط تجعل من الصعب اختيار غير الكفاء أما في القانون الوضعي في الجزائر، كما سبق وان بينا، فالقيود ليست كافية لتحديد سلطة وزير العدل في الاقتراح ولا السلطة التنفيذية في التعيين.

- يتفق كل من النظامين في بعض الشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء وهي:

- البلوغ والعقل والعدالة وسلامة الحواس والحرية.
- يختلفان في شرط الإسلام فبينما شدد النظام الإسلامي عليه أهمله النظام الجزائري وأكد على شرط الجنسية بان أوردتها ضمن قانون عضوي، بينما ا
- باقي الشروط حددها عن طريق قانون تنظيمي لاحق.
- كما يختلفان في شرط الذكورة فبينما أكد اغلب الفقه على عدم جواز تعيين المرأة في القضاء وحصره في مجال محدد، لم يفرق النظام الجزائري بين الرجل والمرأة²، كما اشترطت الشريعة الاجتهاد أو التقليد فإن القانون

1- جاء في القانون رقم 21-89 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المعدل والمتمم، في مادته 27 انه يشترط الجنسية الجزائرية منذ (10) سنوات على الأقل، ويرى الأستاذ بوضياف: "إن القضاء يشكل مظهرا من مظاهر ممارسة السيادة مما يستوجب قصره على حاملي جنسية الدولة دون سواهم، إذا كان يلزم الاستعانة بالأجانب ينبغي أن يكون ذلك خارج ساحة القضاء"، بوضياف، عمار، النظام القضائي الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، 2003، ص 46، (د.ط.).

2- يمثل العنصر النسوي نسبة 37,57% من مجموع 3853 قاضيا إلى غاية نهاية شهر جويلية 2009، حسب تصريح وزير العدل في مجلة الأبحاث الاقتصادية، العدد السابع عشر (17)، السنة الثانية، نوفمبر 2009، ص 34.

الجزائري يشترط على القاضي عدم الاجتهاد في وجود النص لان نصوص القانون الواجبة التطبيق أصبحت مدونة.

نخلص أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالقضاء اهتماما لم تعرفه باقي التشريعات من خلال تشدها في الشروط الواجب توافرها في القاضي ليكون أهلا لهذه الوظيفة الجليلة الشأن ونعيب على التشريعات الوضعية التي تشترط في رجل القضاء أن يكون حائزا على ليسانس الحقوق مما يؤدي إلى تعيين من ليس جديرا وأهلا لهذا المنصب الحساس، لذلك نقترح تعديل شروط الالتحاق بسلك القضاة بحيث لا يدخل المسابقة إلا من كان حائزا على شهادة الماجستير ومتفوقا في تخصصه، من كليات الحقوق، وبذلك يضيق مجال الاختيار في عدد محدد يشمل الأكفاء دون غيرهم ممن يلتحقون بسلك القضاة.

ثانيا : تكوين القاضي الجزائري

نتناول مرحلة التكوين بالمدرسة العليا للقضاء (أ)، بعدها نقيم هذا التكوين (ب).

أ - مرحلة التكوين بالمدرسة العليا للقضاء

تقوم المدرسة العليا للقضاء (المعهد الوطني للقضاء سابقا) بتنظيم، تحت مسؤوليتها، مسابقة وطنية لتوظيف الطلبة القضاة وتتكفل بتوظيف المرشحين الفائزين في المسابقة بصفة طلبة قضاة يؤدون اليمين القانونية .

يخضع الطلبة القضاة لنوعين من التكوين : تكوين قاعدي بالمدرسة العليا للقضاء وتكوين ميداني يتم في المحاكم والمجالس القضائية، ويبقى القاضي ملزما بالتكوين المستمر الذي يعتمد أساسا على إرادته وجديته في تحسين مداركه العلمية والمعرفية وعلى اعتبار أن القاضي مكلف بتطبيق القانون، ينبغي أن يكون ملما بكافة التشريعات والتعمق في دراسة تطبيقات العمل القضائي وإشكالاته، وبالعلوم النفسية والاجتماعية التي تعين القاضي على فهم الطبيعة البشرية وتفسير الكثير من الظواهر النفسية التي قد

يتعرض لها خلال قيامه بمهامه وتنمية ملكة الملاحظة وتقويتها¹. تستغرق الدراسة ثلاث (3) سنوات، يجري فيها التكوين بالتناوب بالمدرسة والتدريبات الميدانية²، تشتمل على تحقيق برنامج دراسي أهدافه البيداغوجية هي:

- في السنة الأولى تدعيم المعارف القانونية والقضائية مع التركيز على المواد الأساسية للقانون.

- في السنة الثانية يتم تدريس المنازعات لاسيم المتخصصة: الجبائية، الضمان الاجتماعي..،

- في السنة الثالثة تدرس المهارات المتعلقة بالعمل القضائي والتركيز على تحكم الطلبة في أداء الوظائف القضائية .

بالإضافة إلى تلقين الإعلام الآلي واللغات الحية خلال كامل فترة التكوين³.

ويخضع القضاة حتى بعد تعيينهم إلى التكوين المستمر، وه و ما أكدته المادة 43

من القانون رقم 11/04: "يخضع للتكوين المستمر كل القضاة الموجودين في حالة الخدمة". وأضافت المادة 42 من نفس القانون أن الهدف هو تحسين المدارك المهنية والعلمية للقضاة .

بالإضافة إلى "اعتماد التكوين التخصصي طويل المدة وقصير المدة بالجزائر وبالخارج بالتعاون مع الجامعات والمعاهد المتخصصة...، وق د انصب التكوين التخصصي والمستمر على مختلف المجالات التي تهتم القضاء المدني والجزائي والإداري والأقطاب المتخصصة"⁴.

ب - تقييم تكوين القاضي الجزائري

يرى الأستاذ طاشور بخصوص التكوين الممنوح للقاضي الجزائري أن به نقصا سببه نقص الهيئات المكونة، وتختلف برامج التكوين بالنسبة لقطاع العدالة بصفة عامة

1 - بن عبيدة، عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 91- 92 .
2 - جاء في المادة 32: " تحدد مدة التكوين القاعدي للطلبة القضاة بثلاث سنوات، يقضي الطلبة القضاة فترة تكوين تدوم ثمانية(8) أشهر في كل سنة من السنوات الثلاث، أما الأربعة(4) أشهر الباقية من كل سنة فيقضيها الطالب القاضي في التدريب الميداني بالمحاكم والمجالس القضائية"، المرسوم التنفيذي رقم 303/05، مشار إليه سابقا .
3 - مولود، ديدان، المرجع السابق، ص 412.
4 - جاء عن تصريح لوزير العدل حافظ الأختام، بلعيز الطيب، لمجلة الأبحاث الاقتصادية، مرجع سابق، ص 35 .

لأن برنامج التكوين النظري ما هو إلا تكملة لما تم تدريسه في كليات الحقوق، وحصراً للتكوين في هيئة وحيدة هي المدرسة العليا للقضاء .
كما يرى أن الأولوية التي يحظى بها قضاة المجلس الأعلى للقضاء، تعوّد لعامل الخبرة، الذي يبقى ضئيلاً إذا لم يزود بالدراسة النظرية المعمقة والتي تكون محصلة دراسة جامعية ومراكز البحث المتخصصة، التي تظل مصدر كل التطورات النظرية¹.
أما رأي اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة في أداء مؤسسة التكوين، فهـي ترى تدني مستوى القاضي وعدم كفاءة القضاة، وتتجلى مظاهر ذلك في:

- عزلة القاضي الجزائري عما يحدث حوله من تطورات داخل وخارج الجزائر فلم يفسح له المجال للمشاركة في الملتقيات والندوات المنظمة.
- عدم وجود حكم قضائي يشير إلى معاهدة دولية رغم أن الجزائر صادقت وانضمت للكثير من المعاهدات الدولية.
- أما الترقية التي يتحصل عليها القاضي فإنها تتم بناء على الأقدمية والانتقاء وليس على الاستحقاق والكفاءة². ولما كان التخصص حليف النجاح في جميع المجالات، فإنه يمكن القاضي من الإلمام الدقيق بالنصوص التشريعية التي تهم الفرع القانوني الذي يتخصص فيه ويتيح له متابعة الدراسات الفقهية المتطورة في مجال تخصصه وعملية التغيير التي يخضع لها القاضي بين الفينة والأخرى ومن فرع قانوني لآخر ما هي إضياح لمصلحة العمل القضائي والمتقاضي وإضرار بالقاضي نفسه بإضاعة جهوده وإنهاك قواه، لأن أهمية التخصص تكمن في إجادة العمل والقدرة على الاستيعاب والانجاز ومعرفة خبايا نوع معين من القضايا، فيكون القاضي أقدر على الوصول إلى الحكم السليم بأيسر السبل.

الفرع الثاني

آلية اختيار قاضي شؤون الأسرة

1 - طاشور، عبد الحفيظ، دور قاضي تطبيق الأحكام القضائية الجزائية في سياسة إعادة التأهيل الاجتماعي في التشريع الجزائري، نقلاً عن ديدان، مولود، المرجع السابق، ص 425 .

2- مولود، ديدان، نفس، ص 426، 427.

من المسلم به أن مسائل الأحوال الشخصية وردت مفصلة في أحكام الشريعة الإسلامية لان معظمها مبني على مصلحة ثابتة لا تتغير¹ والبقية والتي لم يرد بشأنها نص، خاصة تلك المسائل المستجدة، فقد تصدى لها الفقهاء بالاجتهاد ولم يجمدوا عند النصوص، حتى يظل الفقه الإسلامي خالداً وصالحاً للتطبيق. وقد نهج المشرع الجزائري النهج ذاته وتصدى لمستجدات العصر، من خلال قانون الأسرة بالاعتماد في تقنينه على المذاهب الفقهية المشهورة دون التقيد بمذهب معين لإيجاد حلول لمسائل مستعصية، فكان تلفيقه بين المذاهب وسيلة للتيسير ورفع الحرج². وقضت المادة 222 من قانون الأسرة أن: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، بمعنى أن قاضي شؤون الأسرة، وفي غياب النص القانوني سوف يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية من أجل إيجاد حكم للقضية التي هو بصدد التصدي لها، مما يحتم عليه أن يكون ملماً بمبادئ الشريعة وأحكام الفقه الإسلامي إماماً جيداً مما يحيلنا إلى التساؤل عن الشهادة الواجب الحصول عليها من أجل ذلك؟ (أولاً) ولما كان معيار الخبرة هو الأقدمية، فما هي السن القانونية التي تعطي الصلاحية لقاضي شؤون الأسرة لتحمل أمور جارية متعلقة بالأسرة والمجتمع؟ (ثانياً).

أولاً: الشهادة العلمية:

لما كان من شروط الالتحاق بالمدرسة العليا للقضاء الحصول على شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة الليسانس في الشريعة والقانون وذلك بموجب المادة 27 من القانون رقم 21/89 والمتضمن للقانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 والتي جاء في فقرتها الثانية: "شهادة الليسانس في الحقوق أو في الشريعة تعادل فيها شهادة الليسانس".

ورغم أن مناهج الدراسة المعتمدة، للحصول على شهادة الليسانس في الشريعة والقانون، تضم جميع المقاييس المعتمدة في كليات الحقوق³، إلا أن مسابقات

1- عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 05.

2- حامدي، عبد الكريم، "التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري"، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، السنة 10، العدد 17 نوفمبر 2009، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 210.

3- وذلك منذ الدخول الجامعي 1992/1991.

التوظيف التي كانت تنظمها المدرسة العليا للقضاء، لم تدرج حاملي شهادة الليسانس في الشريعة والقانون ضمن المرشحين لها، وكانت المدرسة ترفض في كل مرة ملفاتهم، ورغم وضوح النص القانوني إلا أن الرفض ظل يلزم هذه الفئة والتي رغبت كثيرا في الالتحاق بسلك القضاء¹

إن خريجي كلية الشريعة والقانون هم الأقرب لتولي منصب قاضي شؤون الأسرة وإقضاء هذه الفئة فيه إجحاف، لأنها تلقت تكوينا في أرقى الجامعات الجزائرية، ولها رصيد معقول في فهم أحكام الشريعة الإسلامية، ولو أنها وجدت يد العون للالتحاق بهذه المسابقة وحازت على تكوين معمق في العلوم القانونية والقضائية واستتباعه بتكوين تخصصي في الأحوال الشخصية و منازعات الأسرة لثم صنع قاض شرعي فقيه، لان هذا الفرع القانوني (قانون الأسرة) مستتب ط من أحكام الشريعة التي أوردت أحكام العلاقة الزوجية والأسرية ونظمته من بداية الإقدام على الزواج حتى إنهاء هذه العلاقة، وعلم القاضي بالأحكام الشرعية ضروري لبيان ما يحل وما يحرم من الأنكحة وانتهائها والعدة وغير ذلك²، فيكون علم القاضي مصدر مهم للنشاط التقديري³، وقد كانت لوقت قريب المصدر الرسمي لكل القواعد القانونية فيما يخص الدول العربية الإسلامية، حتى بعد انتزاع المعاملات المالية من نطاق تطبيق أحكامها لكنها بقيت مقتصرة على مجال الأحوال الشخصية⁴.

1- بتاريخ 1991/07/06 تمت مراسلة بين وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة العدل، أفادت صراحة ان شهادة الليسانس في الشريعة والقانون في نفس درجة الليسانس في الحقوق. ونظمت مسابقة للالتحاق بسلك القضاء سنة 1994 وتم قبول ملفات خريجي كلية الشريعة والقانون ونجح معظمهم بامتياز، إلا أن الرفض عاد ليلزم هذه الفئة وتمت مراسلة أخرى بين وزير التعليم العالي والبحث العلمي والسيد وسيط الجمهورية بتاريخ 1997/05/27 تؤكد أن موضوع الاعتراف بالشهادات الوطنية والمعادلة بينها، أمر مفصول فيه، لكنه صدر قرار وزاري في 2000/08/08، حصر في مادته الثانية أن يكون المرشح لمسابقة الالتحاق بسلك القضاء حائزا على شهادة الليسانس في الحقوق، ديدان، مولود، المرجع السابق، ص 389-390.

2- إن المحكمة العليا اجتهدت في مسالة نفقة العدة بالنسبة للزوجة الناشز، وقررت ما فيه مخالفة صريحة للشرع الإسلامي، حيث جاء عنها: "أن نفقة العدة تستحق للمطلقة سواء ظالمة أو مظلومة"، المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 1985/12/30، غ.أ.ش. ملف رقم 38620، منشور بالمجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1989، نقلا عن: داودي، عبد القادر، "الأثار المالي للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها"، مجلة المعيار، العدد التاسع، 2004، ص 262.

3 - بركات محمود محمد ناصر، المرجع السابق، ص 146.

4- منصور، إسحاق إبراهيم، نظريتنا القانون والحق، مرجع سابق، ص 155.

ومن ناحية أخرى فالتكوين بالمدرسة العليا للقضاء، هدفه تعميق المعارف القانونية والقضائية وتطبيق ملموس للقانون من خلال التمرن على التطبيقات القضائية الممارسة ميدانيا ورغم وجود مقياس يتناول أصول الفقه يشرف عليه عضو بالمجلس الإسلامي الأعلى، في البرنامج المعتمد بالمدرسة، إلا أن الممارسة الميدانية تنصب خاصة على المنازعات الجبائية والصفقات العمومية والبنوك والضمان الاجتماعي(*) .

نخلص إلى أن المشرع الجزائري لما ترك الفراغ كبيرا في قانون الأسرة بصدد كثير من المسائل، لم تتيسر تغطية هذا النقص عمليا بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، في إحالتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بسبب نقص التكوين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائرية، لأن الشريعة الإسلامية لا تحضي إلا بقدر ضئيل جدا في مقررات تدريس الحقوق والعلوم القانونية في الجامعات الجزائرية وكذا في المدرسة العليا للقضاء، وهذه حقيقة لا يمكن إنكارها. ولذلك فإن أعمال المادة 222 - السالفة الذكر - يبقى موقوفا على الجهد الشخصي والتحصيل العلمي الفردي للقضاة.

ثانيا: السن القانونية:

إن الوظيفة القضائية تفرض بلوغ المترشح لمهمة القضاء سنا معينة، فلا يكفي أن يكون بالغا راشدا، بل يتطلب فوق ذلك أن يبلغ سنا تتناسب وسمو مكانة القضاء، بان تتوافر فيه الخبرة الحياتية والنضوج الفكري، باعتبارهما نتيجة لتراكم الخبرات التي لا تكون إلا مع السن¹ المتقدمة على نحو تخدم القضاء وما قام لأجله . إن المعمول به على مستوى المحاكم الابتدائية، ومن خلال شرط السن الذي تقدم عرضه في المادة 28 من المرسوم التنفيذي 05-303، فإن مهام قضاء الأسرة توكل للخريجين الجدد من القضاة، بحي ث يكون أغلبهم صغيري السن وعديمي

(*) - لقد سألت قاضية بمحكمة أم البواقي، مجلس قضاء أم البواقي، عن كيفية تصديها لقضية في منازعات الأسرة تحتاج إلى حكم شرعي، بسبب غياب النص القانوني، فأجابت أنها تلجا إلى أخ لها درس الفقه بالجامعة الإسلامية "الأمير عبد القادر"، ليجد لها الحل الشرعي والذي على أساسه تصدر حكمها في القضية. فنتساءل كم قاض لديه أخا، خريج الجامعة الإسلامية، يمهده بمعارفه الفقهية عند الحاجة إليها؟
1- بوضيف، عمار، المرجع السابق، ص51، المنائلي، هاني محمد الكامل، المرجع السابق، ص112.

الخبرة بالحياة الزوجية لأنهم غير متزوجين أصلاً. ويعهد إليهم بهذا الفرع من القانون الخاص ومنازعاته، على اعتبار أنه في متناول الفهم وتطبيقه لا يتطلب الكثير من الجهد، بما يتلاءم مع حدائهم بالوظيفة.

الفرع الثالث

تحديد محاولة الصلح ضمن مهام القاضي

يدخل في مهام القاضي ما هو عمل قضائي وما هو عمل ولائي، لكن قد تعرض على القاضي أعمال قانونية يصعب فيها التفرقة بين الوظيفة القضائية والوظيفة الولائية، وتعتبر جلسة الصلح أحد هذه الأعمال، على اعتبار أن القاضي يقوم بالنظر في صميم النزاع تجنباً لضياع الوقت والمال، لكن في النهاية فإن محضر الصلح يخضع لأحكام قانونية معينة، مما يطرح التساؤل حول طبيعة العمل القضائي الذي يؤديه القاضي داخل العملية الصلحية، هل هو من قبيل النشاط القضائي أو النشاط الولائي؟

تقتضي ضرورة التحري عن الإجابة، البحث عن معيار التفرقة بين العمل

القضائي والعمل الولائي، أولاً، وتكييف جلسة الصلح، ثانياً.

أولاً : معيار التفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي:

لقد عرّف الفقه، عموماً، العمل القانوني بأنه: " التعبير عن إرادة مصدر العمل في

إحداث أثر قانوني يترتب عليه تعديل في التنظيم القانوني القائم".¹

أما العمل القضائي فهو غير منسئ لمركز قانوني جديد أو حق، بل كاشف لحق ومقرر له من طرف هيئة مستقلة هدفها حسم النزاع المعروف عليها طبقاً للشكل المقرر قانوناً.²

وفي تعريف للعمل الولائي ذهب رأي أن العمل الولائي، عمل إداري أو شبه إداري وإن المحاكم تقوم بهذه الأعمال بما لديها من سلطة الأمر وليس بما لها من سلطة القضاء .

1- بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 93 .

2 - زودة، عمر، المرجع السابق، ص 75 ، بن صاولة، شفيقة، نفسه.

في حين يرى اتجاه آخر أن العمل الولائي هو من أعمال الوظيفة القضائية وأن الاختلاف بينه وبين العمل القضائي بالمعنى الدقيق ليس اختلافاً في الطبيعة وإنما في الدرجة، فإنشاء مراكز قانونية ليس قاصراً على العمل الولائي وحده، بل قد يترتب على تدخل القضاء الموضوعي، إنشاء مراكز قانونية كما هو الحال بالنسبة للأحكام الصادرة عن التطليق¹.

وقد بين الفقه عدة معايير للفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي أهمها:

أ – المعيار الشكلي:

إن الجدير بالذكر أن اتجاه الأفراد إلى القضاء يكون إما بواسطة الدعوى القضائية وتهدف على الدوام إلى حسم النزاع، وإما بواسطة العريضة، وهي وسيلة العمل الولائي ولا تهدف إلى حسم النزاع، بل يطلب من القاضي الإذن لإنشاء حق أو مركز قانوني أو إنهائه أو تعديله.

وقد اعتنق البعض من الفقه المعيار الشكلي، ورأى أن العمل الذي يقوم به القاضي يعتبر عملاً ولائياً إذا صدر بناء على العريضة ودون تكليف الخصم بالحضور² وفي جلسة غير علنية ويتخذ العمل شكل الأمر لا شكل الحكم³.

لكن وجهة لهذا المعيار انتقادات أهمها، أن هذا المعيار لا يصلح للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي، لأن هناك أعمالاً ولائية تصدر في شكل حكم قضائي، مثل الحكم بإيقاع البيع بالمزاد العلني، وهو لا يعد عملاً قضائياً. وهناك أعمال قضائية تصدر بناء على أمر على عريضة كأمر الأداء⁴.

ب – معيار سلطة القاضي:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار سلطة القاضي التقديرية هي معيار التفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي، ذلك أن هذا الأخير يتمتع فيه القاضي بسلطات واسعة

1 - أشار إليه: النيداني، حسن الأنصاري، الصلح القضائي، ص 122 .

2- زودة عمر، المرجع السابق، ص 88 .

3 - زيدان عبد النور، الصلح في الطلاق، مرجع سابق، ص 120 .

4- زودة، عمر، نفسه، زيدان عبد النور، نفسه، ص 121 .

غير مقيدة بقواعد الإثبات في حين تكون سلطته التقديرية في العمل القضائي مقيدة بالتزامه بإجراء التحقيق للوقائع المعروضة أمامه.¹

غير أن هذا المعيار بدوره لا يصلح لأن يميز به العمل القضائي عن العمل الولائي بسبب أن القاضي يفقد هذه السلطة في الأعمال الولائية كما هو الحال بالنسبة للحكم بإثبات الزواج.²

ج - معيار العمل المنشئ:

ويقصد به أن العمل الولائي عمل منشئ لمراكز قانونية جديدة في حين أن العمل القضائي محله رابطة قانونية سابقة .

لا يمكن التسليم بهذا الرأي لأن تقرير وجود مركز قانوني معين يعتبر الصورة النموذجية للعمل القضائي البحت الذي يترتب على تدخله إنشاء مراكز قانونية جديدة كما هو الحال في المراكز الناشئة عن الحكم بالتطليق ،وبذلك فالحكم المنشئ له طبيعة مختلطة، حيث يقوم بوظيفة ولائية بجانب وظيفته القضائية³.

كما أن هناك من الأعمال الولائية ما يعتبر أعمالاً تقريرية كالأمر بتسجيل عقود الزواج وهناك من الأعمال القضائية ما يعتبر أعمالاً منشئة لمراكز قانونية مثل الحكم بإبطال العقد أو شهر الإفلاس⁴ ،وهي أحكام يؤكد الفقه أنها منشئة ،لذلك لا يمكن الأخذ به كمعيار للتمييز بين العمل القضائي والعمل الولائي.

د - معيار وجود النزاع⁵:

يقتضي هذا المعيار وجود نزاع قائم حتى تتمكن من التفرقة بين العمل الولائي والعمل القضائي حيث يواجه القاضي في هذا الأخير عارض مادي ليس من صنع المشرع وإنما صادر عن ممارسة الأفراد لحقوقهم وتعارض مصالحهم نتيجة تطابق القاعدة القانونية في حياتهم الاجتماعية فتتسا الحاجة إلى إزالة ذلك العارض المادي بينما نجد القاضي في العمل الولائي يتدخل لإزالة العارض القانوني الذي وضعه

1- زيدان، عبد النور، نفسه.

2- زودة، عمر، نفسه، ص 89 .

3 - النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص122.

4 - زودة، عمر، المرجع السابق، ص 89.

5- "النزاع هو ما من شأنه أن يؤدي إلى إجراء تقدير لحقوق الأفراد المتقابلة"، غصن، خليل عمر، المرجع السابق

ص 37.

المشرع أمام إرادة الأفراد، وبذلك فهو لا يواجه نزاعاً ناشئاً عن تطبيق القانون في الحياة العملية بل يواجه عارض قانوني أدى إلى شل إرادة الأفراد مما جعلها غير قادرة على إنتاج الأثر القانوني، وهو ما يعبر عنه بتدخل المشرع للحد من إرادة الأفراد بما يسمى بالشكلية.

فيصبح إزالة العارض القانوني الذي يراد منه ترتيب الأثر القانوني، يتوقف على احترام الشكل الذي فرضه المشرع.

وبذلك يكون معيار التفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي هو النظر إلى طبيعة العارض فإذا كان من إنشاء الأفراد، بسبب عدم فعالية القاعدة القانونية، فإن العمل الذي يهدف إلى إزالته هو عمل قضائي. في حين إذا كان العارض من إنشاء المشرع نفسه أين يتوجب اللجوء إلى القضاء لإزالته فيكون العمل ولائياً.¹ و هكذا فإن التداخل بين أعمال القضاء وأعمال الإدارة جد متلازم، لذل ك من الصعوبة بمكان وضع معيار دقيق لتحديد كل عمل على حدة.

ثانياً: تكيف محاولة الصلح:

إن تصديق القاضي على محضر الصلح بين الزوجين يعتبر عمل ولائياً مثله مثل التصديق على الكفالة أو الإشهاد على الطلاق، فالقاضي يقوم بوظيفة الموثق وبعمله هذا فهو يزيل العارض القانوني ليرتب أثراً قانونياً فينشئ مركزاً قانونياً جديداً، كما في حالة الكفالة. أو يقتصر دوره على تحقيق مركز سابق واثبات وجوده كالإشهاد على الطلاق.

لكن دعوى الطلاق التي تلزم القاضي، دون غيره، إجراء محاولة الصلح، تقتضي وجود عنصر النزاع، والعمل الولائي يفترض عدم وجود نزاع بين الخصوم². كما أن دور القاضي لا يقف عند حد الإيحاء للخصوم بالتصالح، لكنه يحثه عليهم بل ويفاوض من خلالهم للتوصل إلى حل للخصومة القائمة، بل عليه أن يقترح حلولاً مرضية كلا الطرفين، فمحاولة الصلح تدخل في نشاطه القضائي وهي جزء من وظيفته، بدليل أن

1- زودة، عمر، نفسه، ص 90-91.

2- النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 123.

المشرع ألزم القاضي بإجراء محاولة الصلح ولم يلزم الأطراف بها، رغم أن وظيفة القضاء تستوجب الحياد.

ولما كانت جلسة الصلح من وضع المشرع، من أجل استيفاء الشكل المطلوب للحكم بالطلاق، فنكّيف محاولة الصلح على أنها عارض قانوني وليس مادي، وعلى القاضي إزالته حتى يمكنه الحكم دون أن يكون هذا الأخير معيباً يتوجب نقضه. ولما كانت محاولة الصلح كذلك، نلاحظ توازن بين إرادة القاضي وإرادة الزوجين حيث تتراجع إرادة القاضي، التي تكون في العمل القضائي مفروضة وتقريرية لكنها تؤدي دوراً تبعياً في العملية الصلحية؛ لتفسح المجال للإرادة الاختيارية للخصوم، التي تبقى تلعب الدور الأساسي في إنهاء النزاع القائم صلحاً لكن بتوجيه كبير من القاضي. لنخلص أن محاولة الصلح من صميم العمل القضائي من حيث المضمون والشكل أيضاً بدليل أن العملية الصلحية تفرغ في محضر يسمى محضر الصلح يوقع عليه القاضي والأطراف وكاتب الضبط.

المطلب الرابع

أثر محاولة الصلح بين الزوجين

لما كانت محاولة الصلح إلزامية لقاضي شؤون الأسرة، فلا يصدر له حكم إلا بعد استيفائها فقد يكفل مجهوده بالنجاح وبالتالي يتقاضي الزوجين فك الرباط الزوجي بينهما وهو ما سنتناوله من خلال **الفرع الأول**، كما قد يعترها الفشل بسبب تعنت أحد الزوجين أو كلاهما أو بسبب عدم سعي القاضي بالشكل المطلوب للإصلاح بينهما وفي هذه الحالة تأخذ القضية منعرجاً آخر وهو ما سنراه في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول

أثر نجاح محاولة الصلح

تأخذ الفرقة صور عدة، فتكون بإرادة الزوج المنفردة، كأصل عام، وتكون بطلب من الزوجة في حالات استثنائية قررها الشرع ووافقها القانون حيث حصرها في نص المادة 53 والمادة 54 من قانون الأسرة. وهناك صورة الطلاق بالتراضي

المأخوذة عن التشريعات الغربية، وتختلف طبيعة الحكم بالطلاق من صورة لأخرى فيكون حيناً حكماً كاشفاً وأحياناً أخرى منشئاً، وبين هذا وذاك، تتمخض أحد أهم الآثار المترتبة على فك الرابطة الزوجية وهي: العدة والرجعة، وعليه سنعالج أثر نجاح محاولة الصلح على الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والطلاق بالتراضي، باعتبار الحكم الصادر عنهما كاشفاً، أولاً، وعلى الطلاق بطلب من الزوجة، باعتبار الحكم الصادر عنه منشئاً لحقوق ومراكز قانونية جديدة، ثانياً، ونخلص إلى دور المحكمة في إثبات الصلح الواقع بين الزوجين، ثالثاً.

أولاً : أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم الكاشف للطلاق:

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، والمنصوص عليها ضمن نص المادة 48 من قانون الأسرة، له أثر كاشف لا غير، لأنه وقع وانتهى الأمر، وسواء سمي بالطلاق العرفي أو غيره، فإن الزوج، باتجاهه إلى القضاء، أراد التأكيد على وجود الحق أو المركز القانوني الجديد وإعطائه الحماية القانونية، وهو إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج. وما قيام القاضي بمحاولات الصلح سوى من أجل محاولة إقناع الزوج بإرجاع زوجته في مدة محاولة الصلح وهي ثلاثة (3) أشهر التي حاول المشرع جعلها تتوافق مع مدة عدة الطلاق الرجعي؛ لتترتب بذلك الآثار التي تضمنتها المادة 50 من قانون الأسرة، لكن خارج هذه الحالة المثالية، نجد أنفسنا أمام افتراض آخر وهو أن يوقع الزوج الطلاق بأكثر من شهر أو شهرين على تاريخ طرح النزاع على المحكمة، وفي هذه الحالة لم يبق لمدة العدة الشرعية سوى شهر أو أقل حتى تنقضي، وفي انتظار إعلان جلسة الصلح نكون أمام انقضاء مدة العدة، وطلاقاً بائناً بينونة صغرى^(*)، وما توصل القاضي للصلح بين الزوجين إلا من باب الحفاظ على كيان الأسرة بعدم فسم عرى الزوجية، لأن محاولته تجنيب الزوج إبرام عقد جديد ودفن مهر جديد، لا مناص منه، فيكون حكم القاضي متضمناً ما يلي:

(*) وقد يكون "تسريح بإحسان" ليستوفي الزوج بذلك عدد الطلاقات التي يملكها، ولن يعود للصلح عندئذ محل حتى ولو تم.

- الإشهاد على إرجاع الزوج لزوجته في أثناء محاولة الصلح والحاجة إلى إبرام عقد جديد وتقديم مهر جديد بسبب انقضاء مدة العدة التي أكدت عليها المادة 58 من قانون الأسرة، بأنها تحتسب من تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، ليتحول الطلاق من رجعي إلى بائن بينونة صغرى.
- تسجيل الطلاق الواقع في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، لان الطلقة واقعة وتحتسب من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.
- وأما في الحالة المثالية التي تقتضي تزامن إيقاع الزوج للطلاق بإرادته المنفردة مع تاريخ طرح النزاع على المحكمة وجدولة القضية في زمن قياسي، وتسليما بتدليل كافة العوائق، بحيث يستغرق من زمن العدة شهر أو اقل من ذلك ليجد الزوجان نفسيهما أمام الإعلان عن أول جلسة للصلح، يسعى من خلالها القاضي للصلح، فلا تتعدى الاثنتي ن أو الثلاث، لتكفل جهوده بالنجاح ويكون حكمه متضمنا ما يلي:
- الإشهاد على إرجاع الزوج لزوجته أثناء محاولة الصلح دون حاجة إلى إبرام عقد جديد وتقديم مهر جديد، طبقا لنص المادة 50 و 58 من قانون الأسرة.
- تسجيل الطلاق الواقع في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، لا ن الطلاق واقع ويحتسب من عدد الطلقات.
- إثبات الطلاق وفق ما تقتضيه المادة 49 من قانون الأسرة، وه و ما سنراه لاحقا.
- أما بالنسبة لصورة الطلاق بالتراضي، حيث يتم فيه الاتفاق على جميع المسائل من نفقة وحضانة وغيرهما، فالحكم يكون فيه كاشفا عن حق أو مركز قانوني حققته إرادة سابقة مشتركة لكلا الزوجين، ورغم أن القانون الفرنسي لا يقر بالمهمة الصلحية للقاضي في هذه الصورة من صور الطلاق، غير أن المشرع الجزائري خالفه وقرر إلزام القاضي بمحاولة الصلح إذا كان ذلك ممكنا¹.

1 - راجع المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ورغم أن المشرع شكك في عدم توصل القاضي للصلح بين الزوجين، خاصة وأنهما وضعا اتفاقا بينهما، يعد بمثابة عقد ملزم للجانبين، وألزمه بالإلغاء أو التعديل من شروطه إذا ما كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو النظام العام، إلا أنه كثيرا ما يتفق الأزواج على الطلاق بالتراضي وعند أول جلسة يتراجع كل منهما عن اتفاقه ويحدث الصلح بينهما .

لكن في هذه الصورة من الطلاق لا نتوقع تماطل الزوجين بالتوجه إلى ساحة القضاء للكشف عن إرادتهما في الانفصال، لذلك لا نكون أمام اختلال كبير بين مدة العدة ومدة محاولة الصلح فيبقى الطلاق رجعيا ليتضمن حكم القاضي ما يلي:

- الإشهاد على إرجاع الزوج لزوجته أثناء محاولة الصلح دونما حاجة إلى إبرام عقد ومهر جديدين.

- تسجيل الطلاق الواقع في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، لا

الطلاق وقع منذ تلفظ الزوج به تطبيقا للإرادة المشتركة للزوجين، وه

و بذلك يحتسب من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج

- إثبات الطلاق الرجعي وفق ما تقتضيه المادة 49 من قانون الأسرة وإلغاء

الاتفاق الواقع بينهما وانعدام آثاره لانعدام سببه.

ثانيا: أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم المنشئ للطلاق:

إن الحكم المنشئ يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني¹ والفرقة

التي تكون بطلب من الزوجة للأسباب المذكورة في المادة 53 والمادة 54 من قانون

الأسرة، لا يكون لها أثر إنهاء المركز القانوني الناشئ عن عقد الزواج إلا بعد الحكم

بها من طرف القاضي، وانطلاقا من هذا التاريخ يبدأ احتساب العدة، وقبل ذلك

فالقاضي ملزم بالإصلاح بين الزوجين، بل إن هذه الصور من الفرقة هي التي تستدعي

عدم ادخار أي جهد من أجل الإصلاح بين الزوجين ولم شمل الأسرة من جديد، لأن

دور القاضي هنا هو إزالة الضرر عن الزوجة وتقديم حلول تناسب الطرفين للإبقاء

1- زودة، عمر، المرجع السابق، ص 99.

على استمرار الحياة الزوجية. وله أن يستوفي مدة الثلاثة أشهر من مدة محاولة الصلح لأنه لا يكون في سباق مع زمن مدة العدة، فهذه الأخيرة لم تبدأ بعد. و بالتالي فان نجاح محاولة الصلح ليس له أي اثر على الحكم الناشئ عن إرادة القاضي بالطلاق لأنه لم ينشأ بعد.

ثالثاً: دور المحكمة في إثبات الصلح بين الزوجين:

إن محضر الصلح الذي تصادق عليه المحكمة، ممثلة في شخص قاضي شؤون الأسرة، ليس بحكم ليرتب آثار الحكم بأن يحوز حجية الأمر المقضي، فلا يجوز للخصوم العودة إلى المحكمة لعرض النزاع عليها وينشئ حق الطعن فيه بطرق الطعن المقررة قانوناً، وليس بعقد بحيث يرتب مجموعة من الحقوق والالتزامات على أطرافه¹.

ولما كان سنداً تنفيذياً لا يحوز حجية الشيء المقضي، بل تبقى منقوصة (*)، فننتهي إلى أن الصلح بين الزوجين هو صلح قضائي تصالحي من حيث المضمون لأنه تم بمعية القاضي، أين قام بإثبات ما اتفق عليه الطرفان، إذا ما كان هناك التزامات توجب على احد الأطراف أو كليهما احترامها وذلك في محضر الجلسة وفي حضور الطرفين أين يتم توقيع كل من القاضي والزوجين وكاتب الضبط، ليأخذ صفة العمل القضائي التصالحي، لأنه توافرت فيه كل شروط التصديق على الصلح .

ولما كانت العملية الصلحية برمتها تدخل ضمن النشاط القضائي الذي يسمح بحيازة الصفة القضائية، والتي ترتب بعضاً من اثر الحكم القضائي وهو استنفاد المحكمة لولايتها بالنسبة للموضوع فلا يجوز نظر الدعوى أو الفصل في أي مسألة من المسائل التي تم التصالح بشأنها².

1 - النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 197 .
 (*) - راجع، ص 70 وما بعدها من هذا البحث. كما أن القاضي وهو يصادق على محضر الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في الخصومة، لان هذه الأخيرة تقتضي احترام مبدأ حياد القاضي وهو ما لا نجده في جلسة الصلح بين الزوجين.

2- النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 199 .

ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل يجب على القاضي استدعاء الزوجين المتصالحين إلى جلسة علنية يصدر فيها حكمه في الموضوع¹، وهنا نتساءل عن طبيعة هذا الحكم، هل هو شطب للدعوى أو تنازل عنها أو ترك للخصومة أو انقضائها؟

فأما شطب الدعوى فالمقصود منه حذف القضية من جملة القضايا المسجلة بجدول القضايا² مما يؤدي إلى توقف الخصومة (المادة 213 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، وأرجأ المشرع سبب الشطب إلى عدم القيام بالإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون أو بناء على طلب مشترك للخصوم (المادة 216 من نفس القانون). وقد قضت المادة 218 تطبيق القواعد المتعلقة بسقوط الخصومة على الأمر القاضي بالشطب، ومن بين هذه القواعد سقوط الخصومة بمرور سنتين، تحتسب من تاريخ صدور الحكم أو الأمر الذي كلف به أحد الخصوم للقيام بكافة الإجراءات التي تهدف إلى مواصلة القضية (المادة 223 من قانون الإجراءات المدنية).

وان سقوط الخصومة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى وإنما يترتب عليه انقضاء الخصومة (المادة 226)، وتنقضي هذه الأخيرة، تبعاً لانقضاء الدعوى بالصلح أو القبول بالحكم أو بالتنازل عن الدعوى (المادة 220).

والمقصود بالتنازل عن الدعوى هو تنازل المدعي عن حقه في إقامة دعوى جديدة فيجرد بذلك حقه الموضوعي من أية حماية قضائية³ فلا يجوز رفع الدعوى من جديد وهو ما يؤدي إلى حسم النزاع، وهو المبتغى من الصلح، غير أن الصلح لا ينتج أثره إلا بعد مصادقة القاضي وتوقيع الأطراف عليه، أما التنازل عن الدعوى فينتج أثره بمجرد صدور التعبير من المدعي.

ويختلف الأمر في ترك الخصومة فإن المدعي يتنازل عن جميع الإجراءات التي تمت لكنه يبقى محتفظاً بأصل الحق الذي يدعيه بحيث يجوز له تجديد المطالبة به على

1- سعد، عبد العزيز، قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية، مرجع سابق، ص 27 .
 2- أشار إليه، لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق، ص 154.
 3- النيداني، حسن الأنصاري، نفسه، ص 33 .

نفس المدعى عليه¹ وهو ما لا يتفق مع الصلح الذي يترتب انتهاء النزاع وحسم موضوعه، ولا يجوز إثارة الموضوع مرة أخرى أمام المحكمة² فلا يجوز الدفع به. ولما كان انقضاء الدعوى يتم تباعاً لانقضاء الخصومة، ويكون ذلك بالصلح، وهو ما أكدته المادة 220، السالفة الذكر، فإن التوصل إلى الصلح بين الزوجين يجب أن يصدر فيه حكم بانقضاء الدعوى يتم فيه التسبيب، بإبراز مساعي الصلح ونتائجه الإيجابية وإرفاقه بمحضر الصلح.

الفرع الثاني

اثر فشل محاولة الصلح

إن احتمال فشل محاولة الصلح وارد كما هو وارد احتمال نجاحها، بل إن الاحتمال الأول له النصيب الأكبر في قضايا الطلاق، من الاحتمال الثاني، للأسباب التي تم التعرض لها.

وعليه نتساءل ما اثر هذا الفشل على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أولاً، وأثره على الطلاق بطلان من الزوجة، ثانياً.

أولاً: اثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

إن الأثر المباشر لفشل محاولة الصلح هو سقوط حق الزوج في الرجعة إلا بعقد جديد ودفع مهر جديد أيضاً، طبقاً للمادة 50 من قانون الأسرة، في حالة ما تزامنت مدة الصلح مع مدة العدة والمحددة بثلاثة أشهر على أن لا يتجاوزها القاضي. مما يجعله يشرع في مناقشة موضوع الدعوى (المادة 4/443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

لكن قد تنتهي محاولة الصلح ومنذ الجلسة الأولى بالفشل لأي سبب من الأسباب لكن تبقى مدة العدة سارية، مما يجعل من التصريح بالطلاق، والذي يكون دائماً من طرف الزوج، يترتب إلى جانب اثر العدة آثاراً شرعية وقانونية أخرى كالالتزام بالنفقة التي تصبح من الحقوق المالية الحالة الوفاء ولا تحتل التأجيل. لذلك أدرجها المشرع

1- أشار إليه: لمطاعي، نور الدين، المرجع السابق، ص 165، النيداني، حسن الأنصاري، المرجع السابق، ص 163

2- النيداني، حسن الأنصاري، نفسه، ص 164 .

ضمن الإجراءات المؤقتة، والتي يجوز للقاضي الفصل فيها على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة، وهو ما قضت به المادة 57 من قانون الأسرة .
 فللمطلقة الحق في النفقة في عدة الطلاق الرجعي (المادة 61 من نفس القانون)، لان الزوجية قائمة، لتبقى دينا على عاتق الزوج ولو بعد انقضاء العدة، ومما جاء في قرارات المحكمة العليا أنه: "من المقرر شرعا أن يسار الزوجة لا يسقط حقها وحق أولادها في النفقة بدون مبرر شرعي. إن قضاة الموضوع بقضائهم بإلغاء النفقة المقضي بها في الحكم المستأنف بحجة يسار الزوجة (الطاعنة) رغم عدم إثبات عسر المطعون ضده، أخطأوا في تطبيق القانون"¹
 كما للمطلقة من طلاق رجعي الحق في السكن، ويدخل ضمن التدابير المستعجلة لأن عدم الانسجام بين الزوجين واتخاذ أحدهما أو كليهما قرار الانفصال، لا يغني أبدا عن ضرورة بقاء الزوجة المطلقة في المسكن العائلي (*)(المادة 61)، خاصة وأن كانت أمّا حاضنة ولو لولد وحيد ليبقى تحت رعاية كلا الأبوين مؤقتا .
 كما أن للقاضي اتخاذ الإجراءات الضرورية للحفاظ على أموال الزوجة التي كانت تحت إدارة الزوج² .

لكن هل هذه التدابير تعتبر من الطلبات المقابلة التي يقدمها أحد أطراف الخصومة عند انقضاء مركزه القانوني؟

يجيب الأستاذ زودة أن الزوجة لا تستطيع أن تتقدم بطلبات مقابلة إلا في إطار الخصومة القضائية، والتي لا تنشأ إلا عن طريق المطالبة القضائية، وإعلان الزوج للطلاق بإرادته المنفردة ليس فيه اعتداء على حق أو مركز قانوني حتى تنشأ خصومة قضائية، لذلك فقبل الإعلان عن الطلاق ليس للزوجة حقوق تطالب بها وطلباتها غير مقبولة لانقضاء المصلحة وهذه الأخيرة تبقى محتملة لان الزوج بإمكانه التنازل عن عريضة الطلاق التي تمثل احد العناصر الشكلية لصحة العمل القانون³ .

1- قرار مؤرخ في 2000/02/22، غ.أ.ش.، ملف رقم 237148، المجلة القضائية، قسم الوثائق، دار القصة حيدرة، الجزائر، العدد الأول، 2001، ص 296 .
 (*) - إن العرف السائد وبقوة في كافة ربوع الجزائر هو خروج الزوجة من بيت الزوجية فور اتخاذ قرار الطلاق.
 2- الغوثي، بن ملحة، المرجع السابق، ص 119 .
 3 - زودة، عمر، المرجع السابق، ص 122- 123 .

لكن الطلاق وقع فعلا من تاريخ تلفظ الزوج به صراحة أو كتابة من خلال عريضة يعلن فيها عن إرادته في الطلاق، وما توجهه إلى القضاء إلا من أجل إثباته.

كما أن اجتماع العناصر الشكلية للعمل القانوني (تقديم العريضة وإجراء محاولة الصلح والإعلان عن الطلاق في جلسة علنية) لا تلغي حقيقة إن المركز القانوني الجديد الذي ينشأ عن مجرد تعبير الزوج عن إرادته في إيقاع الطلاق، والذي يرتب حقوقا حالة الوفاء، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فالمصلحة قائمة وليست محتملة وتتمثل في الضرر الذي سيبسبب الزوجة جراء عدم حصولها على النفقة الغذائية وعدم إيوائها والمحضون في السكن العائلي، لذلك فإن المطالبة بحق النفقة، وما يدخل فيها من كسوة وعلاج وسكن، تبقى من التدابير الإستعجالية التي لا تحتمل التأجيل.

لكن يمكن اعتبار المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، إذ ما ثبت أنه تعسفا من الطلبات المقابلة التي تحتمل التأجيل إلى حين إثبات وقائع التعسف.

ثانيا : أثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بطلب من الزوجة:

إن الطلاق بطلب من الزوجة يتوقف على حكم القاضي به، وهذا الأخير لا يحكم به إلا إذا ثبت لديه فعلا أن الزوجة متضررة ضررا بليغا من الحياة الزوجية جراء عدم النفقة مع يسار الزوج أو غيبته أو لأي ضرر معتبر شرعا، حال فعلا دون الحياة الزوجية الكريمة، والى حين صدور الحكم القضائي فلا عدة تعتدّها الزوجة لأنها لم تطلق بعد .

فإذا ما ثبت الضرر فرّق القاضي بطلقة بانئة بعد عجزه عن الإصلاح بين الزوجين، وهو الأثر المباشر لفشل محاولة الصلح.

لكن إذا لم يثبت لدى القاضي الضرر الذي تدعيه الزوجة من زوجها تغير أثر فشل محاولة الصلح إلى ضرورة الالتجاء إلى تطبيق نص المادة 56 من قانون الأسرة والتي تقضي بأنه: "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما .

يعين القاضي الحكمين، حكم ا من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

و كما هو موضح فان هذه المادة تتناول تنظيم مرحلة أخرى من مراحل دعاوى الطلاق وهي التحكيم. وهنا نتساءل عن الطائفة المحددة في دعاوى التطلاق التي تستوجب عرض التحكيم على الزوجين؟
وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الفصل الموالي من هذه الدراسة.

خلاصة الفصل الأول:

إن الصلح يفيد استقامة الحال بعد الفساد، وقد اخذ فقهاء المذاهب الأربعة بمفهوم متقارب للصلح على أنه عق د يرفع النزاع ويقطع الخصومة، وكان تعريف المذهب المالكي شاملا لأنه لم يجعل من الصلح رافعا للنزاع، بل مانعا لوقوعه. أما في تعريف

التشريعات الوضعية للصلح، فقد جاء أوسع في مدلوله من ذلك الذي جاء عن فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك من الناحية العملية.

ولما كان المشرع الجزائي غير مستقر حول إلزامية محاولة الصلح من جوازها، خاصة تلك المتعلقة بمنازعات الأسرة، فإن ذلك اثر على العملية الصلحية ككل.

و نميّز في مسائل الأحوال الشخصية، مسائل متعلقة بأحوال شخصية بحتة وأخرى متعلقة بمصالح مالية، والصلح يجوز على المصالح المادية الناجمة عن الحالة الشخصية، ولا يجوز بكل ما هو متعلق بهذه الأخيرة وبالنظام العام.

كما جعل المشرع كافة طرق الطلاق تحت رقابة القضاء، للحد من الطلاق التعسفي من جهة، واستكمالاً للإرادة التشريعية في حرصها على عرض الصلح بين الزوجين المتخاصمين، كآلية تدفع بها للحد من نسب الطلاق المتزايدة، من جهة أخرى، واضعة لكل محاولة صلح شروط موضوعية وأخرى شكلية يتطلبها العمل القضائي.

و تتم العملية الصلحية وفق إجراءات محددة قانوناً في مدتها ومكان انعقادها وكيفية إثباتها وكل ذلك تحت إشراف القاضي وبمعيته، أين تنتهي بتحرير محضر يعد سنداً تنفيذياً على اعتبار أن محاولة الصلح تدخل ضمن النشاط القضائي. كما تتطلب كفاءة عالية من قاضي شؤون الأسرة، تتضمن ادراكات عقلية ونفسية إلى جانب التكوين العلمي الشرعي الذي يتطلبه قانون الأسرة دون غيره من فروع القانون.

وقد تتجح المهمة الصلحية كما قد تفشل، لكن تبقى لها آثار تختلف باختلاف الحكم بالطلاق إذا ما كان منشئاً أو كاشفاً، على كلا الزوجين، ويبقى دور المحكمة حاسماً في إثبات الصلح بينهما.

تمهيد :

ليست الحياة الزوجية في تناغم وانسجام دائم، فقد تلوح في أفق الأسرة بعض المنغصات التي تحدث خلافا وعداوة بين الزوجين، يسعى أحدهما أو كلاهما لفض هذا الخلاف داخليا وعلاج حالهما دون إفشاء لسرهما أمام أهل أو قاض، مصداقا لقوله تعالى: { فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ } (النساء: 128)، وقد لا يزول التوتر بل يزداد حدة وتزداد الشحنة والبغضاء والشقاق، وهنا وجب تدخل أطراف خارجية لفض خلافات الزوجين. وقد تطرقنا لأحد هذه الطرق، في الفصل الأول من البحث، لفض المنازعات وهو الصلح بمعية القاضي لإصلاح ذات البين وإعادة السكينة إلى الأسرة لرأب الصدع بها، وكما رأينا قد يفلح وقد يعجز عن الإصلاح، وبسبب عدم ثبوت الضرر واستحكام الشقاق فمن واجب القاضي اللجوء إلى التحكيم. ونؤكد هنا أن للشقاق ثلاثة أحوال:

فأما الأولى، فهي حالة النشوز¹ الذي يكون من الزوجة بمنعها للزوج من "المساكنة والاستمتاع"² وعلاجها "الوعظ، أو مهاجرة المضجع، أو الضرب"³.

والثانية، وهي حالة النشوز الذي يكون من الزوج بالإضرار والإيذاء لزوجته فيما أوجبه الله لها من حقوق، فإن أثبتت الزوجة العدوان عليها لدى القاضي وجب عليه إزالته وإذا طلبت التطليق نظر إلى نوع الضرر فإن كان مما لا تقوم معه العشرة استجاب لطلبها.

وأما الثالثة، فهي التي يجهل فيها حال الزوجين ويشكل الأمر على القاضي في عدم ثبوت الضرر فيعجز عن الإصلاح، فيكون العلاج بتعيين حكيمين لمعرفة أسباب الشقاق.

1- النشوز لغة: مصدر للفعل نَشَرَ، ويطلق على المتن المرتفع من الأرض، والجمع نشاز ونشوز، وقيل رجل ناشز الجبهة، إذا كان مرتفع اللحم بها، وقلب ناشز، إذا ارتفع عن مكانه من الخوف، ابن منظور، أبي الفضل بن مكرم المصري، لسان العرب، مصدر سابق، ج14، ص258، (حرف النون).
النشوز شرعا: قال القرطبي: "المرأة: هي الكارهة لزوجها، السينة العشرة"، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ج5، ص112.

2 - أبي حامد الغزالي، الوجيز في الفقه الشافعي، مصدر سابق، ص45.

3 - أبي حامد الغزالي، نفسه.

والحالة الأخيرة هي المقصودة من هذا الفصل الذي سيتم تقسيمه إلى مبحثين متتاليين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

المبحث الثاني: صلاحيات الحكّمين وآثار التحكيم بين الزوجين

المبحث الأول

مفهوم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

حتى نتمكن من معرفة الأسس التي يقوم عليها التحكيم كنظام قائم بذاته لفض الخصومات بالسبل الرضائية، في منازعات فك الرابطة الزوجية، ومواز لنظام القضاء فإنه يلزم أن نوضح في هذا المبحث، مفهوم التحكيم بشكل عام، من أجل أن يكون مدخلا لفهم موضوع البحث الأصلي.

وعليه سنتناول معناه في اللغة ولاصطلاح الشرعي والقانوني، ولما كان مرتبطا حد التلازم بفكرة الشقاق في المنازعات الخاصة بفك الرابطة الزوجية ومن أجل الإحاطة بكافة عناصر الدراسة التي تخدم البحث، ارتأيت التصدي لمفهوم الشقاق في اللغة وكذا الاصطلاح، في **المطلب الأول**، و على مشروعية التحكيم وطبيعت ه القانونية، في **المطلب الثاني**، لنتطرق بعدها إلى التمييز بين التحكيم وما يشته به في **المطلب الثالث**، وأخيرا نبحت في الشروط الواجب توافرها في الخاضعين للتحكيم والمكلفين به، في **المطلب الرابع**.

المطلب الأول

تعريف التحكيم والشقاق

نتناول فيما يلي تعريف التحكيم في اللغة، وفي الاصطلاح لدى فقهاء الإسلام وشراح القانون الوضعي، في الفرع الأول، وكذا تعريف الشقاق في اللغة والاصطلاح لدى فقهاء الإسلام و القانون الوضعي، في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تعريف التحكيم

سيتم تقسيم هذا الفرع إلى فقرتين، نستعرض التعريف اللغوي، أولاً، وإلى التعريف الاصطلاحي، ثانياً.

أولاً: التحكيم في اللغة:

التحكيم في اللغة مصدر ا للفعْل حَكَمَ يُحَكِّمُ مُحَكِّمًا، فَه وَ مُحَكِّمٌ، وَحَكَّامٌ فَلان في الأمر: فوض إليه الفصل، أي القضاء فيه¹، وَحَكَمُهُ فِي ماله تحكيمياً: إذا جعل إليه الحكم فيه.

وَالْحُكْمُ هُوَ الْقَضَاءُ الْعَدْلُ، وَقَدْ حَكَّمَ بَيْنَهُمْ يَحْكُمُ، وَحَكَّمَ لَهُ وَحَكَّمَ عَلَيْهِ.

ويقال احتكموا إلى الحاكم وتحاكموا، بمعنى: المحاكمة والمخاضمة إلى الحاكم²، كما يقال استحكم عليه كلامه: أي التبس³، واحتكم الأمر: توثق وصار محكماً، واحتكم في الشيء: تصرف فيه، وأحكَمَ الأمر: أتقنه⁴.

وجاء أيضاً أن الحكم: هو العلم والفقه، قال تعالى: { وَأَتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيحاً } (مريم: الآية 12)، أي علماً وفقهاً ليحيى بن زكريا. وتقول العرب: حَكَمْتُ وَأَحْكَمْتُ

1- احمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، عالم الكتب، القاهرة، مصر المجلد الأول، 2008، ص538.

2 - الرازي، زين الدين بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، ص 97، (د.ط.)، (د.س.).

3- الزمخشري، أبو القاسم محمود بن عمر، أساس البلاغة، سايق مصدر، ص 351، (باب الحاء).

4- إبراهيم مصطفى و(آخرون)، المعجم الوسيط، ج1، ص 452.

وحكمتُ بمعنى: منعت ورددت، وحكّموه بينهم: أمره أن يحكم ويقال: حكّمنا فلانا بيننا أي اجزنا حكمه بيننا. ويقال حكّم اليتيم كما تحكّم ولدك: أي امنعه من الفساد وأصلحه كما تصلح ولدك¹.

ونخلص إلى أن التحكيم في اللغة يفيد تفويض الأمر للغير للفصل بعدل ومنع الفساد.

ثانيا : التحكيم في الاصطلاح:

سوف نتصدى لتعريف التحكيم في الاصطلاح الشرعي (أ)، وكذا لدى فقهاء القانون الوضعي (ب)، وفي الأخير نعدم إلى إجراء موازنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي (ج)

أ- تعريف التحكيم في الاصطلاح الشرعي:

المقصود هو إبراز التعريفات الاصطلاحية التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية، أصحاب المذاهب الأربعة، للتحكيم فقد عرفوه بصياغات مختلفة تؤدي جميعها لنفس المعنى .

فعرف علماء الحنفية التحكيم بأنه: " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما ،وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر " ² . وعرفه المالكية بأنه : " تولية الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما " ³ . فيما ذهب علماء الشافعية إلى تعريف التحكيم بأنه : " تولية خصمين حكما صالحا للقضاء ليحكم بينهما " ⁴ . وجاء عن الماوردي أن: " التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا " ⁵ .

1- ابن منظور، أبي الفضل بن مكرم المصري، لسان العرب، ج2، ص 951، (مادة حكم).
2- محمد علاء الدين بن عبد الرحمن، المعروف بالحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الإيضاح مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين ، ط2 ، دار الفكر، بيروت، 1947، ج2، ص 150 ، ابن نجيم، البحر الرائق ، مصدر سابق، ج7 ص 24 .
3- ابن فرحون، برهان الدين المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ج1، ص 62 .
4- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، مصدر سابق، ج11، ص 147 .
5- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، أدب القاضي، تحقيق: السرحان، محي الدين هلال، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1952، ج2، بند 3596 .

وعرفه علماء الحنابلة بأنه: "تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما"¹.

فلاحظ أن جميع الفقهاء متفقون على أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين المتنازعين وبرضاهما التام، وهو ما دل عليه لفظ "تولية"² وان المحكم شخص أجنبي عن الخصوم شرط التولية فيه الصلاح، وله سلطة وولاية خاصة عليهما، بحيث ينفذ حكمه كما ينفذ حكم القاضي، لكن بعيدا عن ولاية القضاء.

و نرجح ما ورد في تعريف الماوردي، لأنه جاء لتوضيح كلمة التحكيم ولم يأت على ذكر المعرف في التعريف، على خلاف باقي التعريفات، ونلاحظ أن اختلاف الاستعمال اللفظي لدى الفقهاء لا يغني عن اتفاق المضمون، بل إنها لا تخرج عن كون التحكيم تفويض سواء من المتخاصمين لطرف ثالث يقضي في النزاع.

كما عرفه الباحثون المعاصرون بأنه: "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصومتها بدلا من القاضي"³.

وخصصت مجلة الأحكام العدلية⁴ فصلا كاملا للتحكيم، جاء في المادة 1790 منه، أن: "التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين آخر حكما برضاهما لفصل خصومتها ودعواهما".

وجاء أيضا أن التحكيم هو: "أن يحتكم طرفان إلى طرف ثالث يختارانه برضاهما يكون حاكما بينهما في دعواهما بدلا من القاضي"⁵.

ب- تعريف التحكيم في الاصطلاح القانوني:

- 1 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 11، ص 483.
- 2 - "ألفاظ التولية الصريحة سبعة: ولينك الحكم، وقلدتك، واستنتبتك، ورددت إليك، وفوضت إليك، وجعلت لك الحكم، انظر في ذلك: البهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، المعروف بمنتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ج 6 ص 250، (د.ط.)، (د.س.).
- 3- الزرقا، مصطفى احمد، المدخل الفقه ي، ج 1، نقلا عن: عرفة، السيد، الصلح والتحكيم وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، مرجع سابق، ص 15.
- 4- هي المجلد التقني الأول في الشريعة الإسلامية، استقت موادها من الفقه عقيدة واجتهادا من الرأي السائد في المذهب الحنفي في عهد الإمبراطورية العثمانية، تناولت ما يمكن تسميته بالقانون المدني الإسلامي، راجع: الأحذب، عبد الحميد، التحكيم، أحكامه ومصادره، مؤسسه نوفل، بيروت، لبنان، ج 1، ص 66، (د.ط.)، (د.س.).
- 5- أبو زيد، رشدي شحاتة، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية، قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004 ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 312، (د.ط.).

رغم قيام الدولة الحديثة على الاستحواذ على السلطة القضائية فيها، إلا أن ذلك لم يمنع من عودة ظهور صورة من صور القضاء الخاص ألا وهو التحكيم. وقد أخذ الفقه القانوني المقارن وكذا التشريعات الحديثة في صياغة عدة تعريفات له، (1)، كما نبحت عن نهج المشرع الجزائري في ذلك، (2)، نتعرض لها فيما يلي:

1 - تعريف التحكيم في القانون المقارن:

اقترح فقهاء القانون عدة تعريفات للتحكيم من بينها، أنه: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"¹ هذا التعريف أخذ بفكرة الاتفاق على التحكيم ولم يشمل جميع مراحل بدء الاتفاق ومرورا بعرض النزاع ونظره وصولا إلى إصدار الحكم فيه وتنفيذه، وبالتالي فالتعريف السابق شمل مرحلة واحدة وهي الاتفاق على التحكيم.

وقال البعض الآخر أن التحكيم هو: "قضاء خاص يتولاه أفراد مزودون بولاية الفصل في المنازعات، وذلك خروجاً عن الأصل العام، وهو أن أداء العدالة من وظائف الدولة توديتها سلطتها القضائية"². نلاحظ أن هذا التعريف لم يلتفت إلى إرادة طرفي الخصومة، وبيان رغبتهم في إسناد هذا الاختصاص إلى أشخاص معينين. لذلك ذهب فريق من شارحي القانون إلى إعطاء إرادة الأطراف دوراً أساسياً، فعرفوه بأنه:

"مكنة الأطراف في إفضاء منازعاتهم عن قضاء الدولة واختيار الخصوم لقاضيهم"³. أو هو: "حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم بالفصل على واحد

1 - مليجي، أحمد، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، دار الكتب، الكويت، 1996، ص 12-13، (د.ط.).
2 - هدى، عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 20 (د.ط.).
3 - أبو زيد، رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 19، (د.ط.).

أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيه القضاء¹.

ولما كان التحكيم يتم بإجازة الدولة، صاحب الولاية العامة، بقصد التيسير على الخصوم فهو بذلك يقوم على أمرين أساسيين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة².

وذهب رأي الفقه الأجنبي في تعريف التحكيم بأنه: "وسيلة فنية يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير (المحكم أو المحكمون) يستمدون سلطتهم من اتفاق الأطراف، ولا يتولونها كسلطة دائمة بإسناد من الدولة"³.

كما عرفه القانون الفرنسي من خلال قانون المرافعات في المادة 1442، أنه: "اتفاق تعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

نلاحظ على التعريفات السابقة لفقهاء القانون الوضعي المقارن أنها جاءت مرتبطة بالمجال القانوني الذي يتخصص فيه كل واحد منهم⁴، ولم يبادروا إلى تعريف عام مجرد، وهو ما خالفهم فيه شراح القانون الفرنسي الذين جاء عنهم أن التحكيم هو: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁵.

1- أبو الهيف، عبد الحميد، خصومة التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 14، (د.ط.).

2- أبو الوفاء، أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 16، (د.ط.).
3- رينيه دافيد، التحكيم في التجارة الدولية، نقلا عن: فخر عبد العظيم، "مفهوم التحكيم"، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، المجلد الأول، يوليو 1998، ص 255.

4- "فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم (arbitre) أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه، ويسمى "شرط التحكيم clause compromissoire" وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة "مشارطة التحكيم أو اتفاق التحكيم"، وهو تعريف لا يخرج عن دائرة المعاملات المدنية والتجارية انظر الشواربي، أنظر: عبد الحميد، التحكيم والتصالح، في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ص 37 (د.ط.)، (د.س.).

5- فيليب فوشار، التحكيم الدولي التجاري، نقلا عن: عرفة محمد السيد، المرجع السابق، ص 21.

ولما كان من الصعب وضع تعريف محدد للتحكيم مع الأخذ بعين الاعتبار مجال بحثنا وهو التحكيم عند استحكام الخلاف والشقاق بين الزوجين، لأننا يجب أن نضع نصب أعيننا الهدف منه وأسباب اللجوء إليه، حيث أن الهدف هو السعي إلى معرفة من بادر بالعدوان والضرر من الزوجين، ومحاولة إقامة العدل حيث تتفق مصلحة الأسرة مع مراعاة المصلحة الخاصة لأفرادها .

ومن ثم فالتحكيم يعد وسيلة لفض خصومة معينة بدلا من القضاء المختص لكن بتولية منه لأفراد يسمون حكمين، مهمتهما التوفيق والإصلاح، وسلطتهما مستمدة من القاضي وموافقة أطراف النزاع.

2- تعريف التحكيم في التشريع الجزائري:

لم يأت المشرع الجزائري على تعريف التحكيم¹ وذلك تأكيدا منه على أن وضع التعريفات هي من مهام فقهاء القانون وشراحه، والذين يتولون صياغة النظريات الفقهية، فجاء مضمون التحكيم هو الاتفاق على حسم النزاع بواسطة محكم، لم يشترط القانون الجزائري تعيينه شخصيا بعكس ما هو الحال عليه في القانون المصري الذي يشترط الاتفاق على شخص المحكم في صلب عقد التحكيم أو في عقد مستقل² واكتفى المشرع الجزائري بسرد أحكام اتفاقات التحكيم الخاصة بالمواد المدنية والتجارية من خلال المادة 1006 وما بعدها، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

ولم تخل ساحة الفقه القانوني في الجزائر من إعطاء مفهوم للتحكيم، جاء فيه: " إن التحكيم يظهر دائما في صورة هيئة تعاقدية تسمح لأطراف النزاع عرض الخصومة على أفراد يختارونهم بدلا من اللجوء إلى محاكم الدولة، وإن القرار الصادر يسمى بالقرار التحكيمي ويشبه كثيرا الحكم القضائي ولكن غير قابل للتنفيذ قبل مراقبته قضائيا"³.

1 - بينما جاء في قانون التحكيم التونسي أن: " التحكيم طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم"، قانون رقم 42 لسنة 1993 متعلق بإصدار مجلة التحكيم (الرائد الرسمي عدد 33 المؤرخ في 4 مايو 1993، ص 580).

2 - صقر، نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 548.

3 - منتاشطة، محمد، التحكيم التجاري في القانون الجزائري، مأخوذ عن بشير سليم، دور القاضي في التحكيم مرجع سابق، ص 8.

وتأكيداً من المشرع على جواز اللجوء إلى التحكيم في الشؤون الأسرية والمتعلقة بقضايا فك الرابطة الزوجية، فقد أدرج نصوصاً إجرائية حسب مقتضيات قانون الأسرة، ضمنها في نص المادة 446 وما بعدها من قانون الإجراءات المعدل .

ولما كان التحكيم بين الزوجين يقوم بتوافر شروط معينة لا تقوم في سائر الاتفاقيات والعقود وحتى الخصومات، لخصوصية المنازعة في فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها فإنه يمكن تعريف التحكيم بين الزوجين كالآتي:

هو تولية شخص أو اثنين على الأكثر من أهل الزوجين المتخاصمين، إن وجداء، وإلا فمن أهل الخبرة والصلاح، مهمتهما القضاء في الشقاق المستحکم بينهما، بحكم ينفذ بعد رقابة القضاء على صحته.

ج - مقارنة بين تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

إن للنظام الإسلامي والنظم الوضعية نقاط مشتركة يلتقيان فيها كما يختلفان في أخرى بخصوص التحكيم، نجمله كما يلي:

- يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخصمين على اختيار شخص معين ليحكمهما فيما بينهما من نزاع بدلاً من رفعه إلى القضاء.
- التحكيم ملزماً لأطراف الخصومة ولا يجوز لهم التحلل منه إذا ما صدر صحيحاً.
- يعتبر حكم المحكم في كلا النظامين بمثابة حكم القاضي، لأن المحكم يقوم بدور القاضي.
- يبين الفقه الإسلامي، بشكل مفصل، الحقوق التي يجوز التحكيم فيها والحقوق التي لا يجوز التحكيم فيها، بخلاف القانون الوضعي فقد ذكر تلك المسائل على وجه العموم.¹

1- أبو زيد، شحاتة، المرجع السابق، ص 314 .

- تصدق غالبية التعريفات في الفقه الإسلامي على التحكيم في مختلف المنازعات فأجازه في الأموال وغيرها وألزمه في الشؤون العائلية، في حين أن التعريفات الواردة في القوانين الوضعية، والغربية خاصة، حصرت مشروعية التحكيم في منازعات معينة بذاتها ومتعلقة بالمعاملات المالية.
- لم يعين الفقه والقانون الوضعيين عدد المحكمين، حيث جاءت الصياغة تحمل معنى الفرد الواحد أو الجماعة، "واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين" أو "أشخاص يسمون محكمين"، في حين أكد الفقه الإسلامي على فردانية المحكم في لفظة "حاكما" أو "حكما"، رغم أن التحكيم المقصود في النزاعات العائلية أكد على أن عدد المحكمين يكون ثنائيا .

الفرع الثاني

تعريف الشقاق

سيقسم هذا الفرع إلى فقرتين، نتناول التعريف اللغوي، أولاً، والتعريف الاصطلاحي، ثانياً.

أولاً: تعريف الشقاق في اللغة:

الشِّقَاقُ في اللغة مصدر من شَقَّقَ، يقا ل شاقه مشاقه وشقاقاً أي: خالفه. والمشاقَّة والشِّقَاقُ: غلبة العداوة والخلاف والشِّقُّ، بالكسر: نصف الشيء¹.
والشِّقُّ: الواحد من الشقوق، وبالكسر الشق من المشقة²، ومنه قوله تعالى: { إنا بشِقِّ النَّافِسِ } (النحل: الآية 7).
وعليه فالمقصود بالشقاق في اللغة الخلاف والعداوة.

1 - ابن منظور، المصدر السابق، ج10، ص 181.

2 - الرازي، المصدر السابق، ص 343 .

ثانيا - تعريف الشقاق في الاصطلاح:

نتناول في هذا الفرع من البحث المقصود من الشقاق في الاصطلاح الشرعي، (أ)، بعده نقف عند أحكام الشقاق في القانون الوضعي، (ب)، ونقارن المقصود من الشقاق في كلا النظامين (ج).

أ - تعريف الشقاق في الاصطلاح الفقهي:

إن الأصل الشرعي للتفريق بين الزوجين بسبب الشقاق، هو قوله عز وجل: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا } (النساء: الآية 35).

"وقد جاء عن ابن العباس، في قوله: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا } فهذا الرجل والمرأة، إذا تفاسد الذي بينهما، فأمر الله سبحانه ه أن يبعثوا رجلا صالحا من أهل الرجل ومثله من أهل المرأة، ينظران أيهما المسيء، فإن كان الرجل هو المسيء، حجبوا عنه امرأته وقصروه على النفقة، وإن كانت المرأة هي المسيئة قصروها على زوجها، ومنعوا النفقة فإن اجتمع رأيهما على أن يفرقا أو يجمعا فأمرهما جائز"¹. فالشقاق "هو النزاع الشديد"².

وقال الشافعي: "والله اعلم بمعنى ما أراد الله فأما ظاهر الآية فإن خوف الشقاق بين الزوجين أن يدعي كل واحد منهما على صاحبه منع الحق ولا يطيب واحد منهما لصاحبه بإعطاء ما يرضى به"³

لقد وردت اختلافات في فهم الآية الكريمة في مسائل نجلها في ما يلي:

1 - الطبري، محم د بن جرير، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، حقق ه وخرج أحاديثه: محمود محمد شاكر، دار المعارف، مصر، ج8، ص 319. وجاء عن القرطبي: "فكان كل واحد من الزوجين يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه، والمراد " إن خفتُم شقاق بينهما " فأضيف المصدر إلى الظرف (...)، وقيل إن "بين" أجرى مجرى الأسماء وأزيل عنه الظرفية، إذ هو بمعنى حالهما وعشرتهما"، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مصدر سابق، ص 174 - 175 .

2 - الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9 ص 495 .

3 - الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1990، ج5، ص333، (د.ط.).

المسألة الأولى: ما جاء من اختلاف حول المخاطب بـ "وإن خفتم"

يرى الجمهور من العلماء أن المخاطب هو الحكام والأمراء.

وقيل إن المقصود هما الزوجان، أي إن يرد الزوجان إصلاحاً وصدقا فيما أخبرا به الحكمين "يوفق الله بينهما".

كما قيل أن الخطاب موجه للأولياء، أي إن علمتم أي خلاف بين الزوجين {فابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا} أي أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين¹.

المسألة الثانية: ما جاء من الاختلاف في قوله: "إن يريد"

في قول ابن عباس ومجاهد وغيرهما أن المقصود هما الحكمان إذا أرادا الإصلاح وفق الله بان أمدهما بتوفيقه فصلح أمرهما وأمر الزوجين.

كما قيل أن المقصود هما الزوجان، فلا يخلو ضرورة الضمير الذي في "بينهما"² من أن يكون راجعا إلى الزوجين، أي إن يرد الزوجان إصلاحاً "يوفق الله بينهما"، لأن النية هي الأصل، فإن صلحت صلحت الحال³.

الترجيح في المسالتين:

بالنسبة للمسألة الأولى ، فإن ما ذهب إليه الجمهور بان المخاطبين بـ " وإن خفتم" ، هم الحكام وولاية الأمور ه و الأولى بالأخذ، لان ولي الأمر أو من يقوم مقامه كالقاضي وهو الذي بيده إزالة الضرر ومنع الظلم ،وان بعث الحكمين من طرف ولي الأمر أو القاضي فيه من الخضوع لتنفيذ الحكم من طرف الأفراد ما ليس لغيره لما له من سلطة .

1 - القرطبي، نفسه.

2- وجاء عن الطبري في تفسيره: "وأضيف الشقاق إلى البين لان البين يكون اسما كما في قوله جل ثناؤه: { لَقَدْ تَقَطَّعَ بَيْنَكُمْ } (الأنعام: الآية 94).

3 - ابن العربي، أحكام القرآن، مصدر سابق، ج1، ص 426، ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ج9، ص248 (د.ط.)، (د.س.).

بالنسبة للمسألة الثانية ، فإن الرأي الصائب والمعقول هو اعتبار المخاطب في قوله "إن يريدنا" ، هم الحكمان وليس الزوجان، على اعتبار أن هذين الأخيرين في عداوة وكل واحد منهما مبغض لصاحبه، فكيف يبعث بالحكمين ؟

كما أن الآية فيها ترغيب لمن يتولى عملية الإصلاح بصدق، يجع ل الله التوفيق من نصيبه في لم شمل الزوجين المتخاصمين.

ونخلص أن المقصود بالشقاق في الاصطلاح الشرعي هو استحكام الخلاف وسوء العشرة التي سببها كل من الزوجين للآخر فأضحت الحياة مريرة بما يكفي لإدخال أطراف خارجية، لكنه جديرة بالثقة لأنها من الأهل والقرابة، لأجل تجاوز حالة الشقاق بالتحكيم.

ونلاحظ أن هناك اتفاق في المعنى والمضمون حول ما ورد في تعريف الشقاق، في اللغة والاصطلاح الشرعي، كونه لا يخرج عن معنى العداوة والنزاع الشديد.

ب- تعريف الشقاق في الاصطلاح القانوني:

إن اللجوء إلى التحكيم بسبب الشقاق في المنازعات العائلية إجراء لا تعرفه التشريعات الغربية بمختلف مشاربها، لأن جذوره ممتدة في أحكام الشرع الإسلامي وحده، وإنما يتوقف اجتهاد الفقه والقانون الغربيين عند المهمة الصلحية بين الزوجين، وعليه سيتم تناول تعريف الشقاق في التشريعات العربية (1)، والقانون الجزائري(2).

1- تعريف الشقاق في التشريعات العربية:

لم تأت القوانين العربية على تعريف الشقاق، إنم اتخذت موقفا واحدا في حالة الشقاق واستحكام الخلاف بين الزوجين وهو تعيين حكمين من أهل الزوجين للإصلاح والتوفيق.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية من القانون رقم 100 لسنة 1985 المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، أن: " الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار كبيرة لا يقتصر أثره على الزوجين بل يتعداها إلى ما خلق الله بينهما من ذرية والى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة (...)"، تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جلية مما تقدم

إليها من الشكايات فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخ ذ بمذهب الإمام مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين "1.

لقد وضح المشرع المصري الآثار السلبية للشقاق بين الزوجين مما دعاه إلى مخالفة المذهب المعتمد في الدولة، والأخذ بما تفرضه المصلحة العامة، حيث جاء ذكر الشقاق ضمن أحكام التطلاق للضرر، فقضت المواد من (6- 11) من نفس القانون، أنه إذا طلبت الزوجة التطلاق وجب على المحكمة اتخاذ إجراءات التحكيم، بعد أن يتبين لها استحكام الخلاف والشقاق بين الزوجين.

وأقرت مدونة الأسرة المغربية آلية جديدة لحسم النزاعات العائلية التي يخشى منها الشقاق "تقوم كقاعدة على الصلح تحت المراقبة القضائية، وتنهض كتقنية بديلة، غايتها إصلاح ذات البين" 2. حيث قضت المادة 94 من نفس القانون، على أنه متى طلب الزوجان أو أحدهما حل نزاع يخاف منه الشقاق، وجب على المحكمة تعيين حكيمين سواء من طرفها أو إسناد هذه المهمة لمجلس العائلة، الذي يتكون من القاضي بصفته رئيساً ثم الأب والأم والوصي أو المقدم، ثم أربعة أعضاء يعينهم القاضي من بين الأقارب أو الأصهار بالتساوي بين جهة الأب وجهة الأم أو جهة الزوج حسب الأحوال وإذا تعذر توفرهم من الجهتين أمكن تكوينه من جهة واحدة. 3

كما ورد لفظ "الشقاق" في قانون الأحوال الشخصية العراقي 4 بلفظ "الخلاف"، حيث قضت المادة 41 منه على: "لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده.

على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فإذا ثبت لها وجوده، تعين حكماً من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين انتخاب حكيمين فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة".

1- الشواربي، عبد الحميد، المرجع السابق، ص 355.
 2- بناصر، يوسف، «مدونة الأسرة: المسار والتطلعات، قراءة تحليلية تقويمية في مستجدات مدونة الأسرة»، مرجع سابق، ص 244.
 3- المادة 94 من القانون رقم 03-70 المتضمن تنظيم قانون الأسرة بالمغرب (الجريدة الرسمية عدد 5184 مؤرخة في 5 فبراير 2004).
 4- القانون العراقي للأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، مأخوذ عن: فاروق، عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مرجع سابق، 199.

نخلص أن مصطلح الشقاق قد تبنته التشريعات العربية، وه و يتفق تماما في معناه ومضمونه مع ما ورد في المعنى اللغوي والاصطلاح الشرعي بان يحمل معنى الخصومة الشديدة والخلاف المستحکم بين الزوجين.

2 - تعريف الشقاق في القانون الجزائري:

لقد ورد لفظ "الشقاق" من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الثامنة كما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية: (...)

- الشقاق المستمر بين الزوجين"

فأباح المشرع التفريق بين الزوجين إذا ما كان سببه كثرة الخلافات والصدمات في الحياة الزوجية بسبب العداوة المتزايدة بينهما، غير أنه في نص المادة 56 من نفس القانون، أوجب تعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين في حالة اشتداد الخصام، حيث جاء فيها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكم ا من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعل ى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

إن أصل هذه القاعدة القانونية هو الآية الكريمة { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } (النساء: الآية 35). فتعيين الحكمين من طرف القاضي، بحيث يكون حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، هو الحل لتجاوز الشقاق والعداوة بين الزوجين وعليه فالتحكيم مرتبط بحالة الشقاق بل إن هذه الأخيرة تدعو إلى تدخل طرف ثالث لوقف تدهور العلاقة الزوجية وانهيار الأسرة.

ولم يساير المشرع الجزائري باقي التقنيات العربية، حينما وضحت بعناية دور الحكمين وصلاحيتهما في الجمع والتفريق والشروط الواجب توافرها فيهما، بل اكتفى

بالإحالة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ج - مقارنة بين تعريف الشقاق في الاصطلاح في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يلتقي الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في عناصر كما يختلفان في أخرى، ف ي تحديدتهما لمفهوم الشقاق، نورد ه ا في ما يلي:

- تعتبر الآية الكريمة : { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا

مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } هي

الأصل الشرعي للفقه الإسلامي ومصدر القاعدة القانونية للقانون الوضعي .

- جعل الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من الشقاق، سببا من أجل اللجوء إلى إجراء التحكيم

- جعل الفقه الإسلامي اللجوء إلى التحكيم الذي سببه الشقاق هو جهل حال

الزوجين، في حين قضى القانون الوضعي أن اللجوء إلى التحكيم بسبب الشقاق هو عدم ثبوت الضرر الذي تدعيه الزوجة دون الزوج.

- اقتصر الفقه الإسلامي، في حالة الشقاق، على أن يكون الحكمين من الأهل، في حين تجاوز القانون الوضعي ذلك إلى غير الأهل من ذوي الخبرة والقدرة على الإصلاح.

ونخلص إلى أن مفهوم الشقاق هو كل خلاف يصعب فيه معرفة السبب في العداوة والبادئ بالعدوان بين الزوجين، كما لا يكون من اليسير على القاضي النجاح في مهمته الصلحية مما يدعوه إلى توليتها لغيره ،ويكونا حكمين من أهل الثقة والعدل من القرابة للزوجين ليتعرفا أسباب الشقاق .

وعليه فالتحكيم بين الزوجين متلازم مع الشقاق، بل وسبب وجوده من أجل إزالة الضرر الواقع على أحدهما أو كليهما حفاظا على النسيج العائلي.

المطلب الثاني

التمييز بين التحكيم وما يشته به

كثيرا ما يكون التعريف بمفرده غير كاف لتوضيح ماهية الشيء إلا ببيان ما يشته به لذلك سنعمد إلى مقارنة التحكيم بأنظمة شبيهة به وهي: الصلح والقضاء والوكالة على اعتبار أنه تم التطرق لهما سابقا من خلال هذه الدراسة¹، وحتى نحصر مجال البحث في الأمور التي تخدمه، سنعمد إلى التمييز بين التحكيم والصلح، في الفرع الأول، وبين التحكيم والقضاء، في الفرع الثاني، وأخيرا بين التحكيم والوكالة، في الفرع الثالث، مبينين أوجه الاتفاق والاختلاف في كل مسألة.

الفرع الأول

التمييز بين التحكيم والصلح

لنظامي التحكيم والصلح عناصر يشتركان فيها وتمثل نقاط تشابه بينهما، نجمله فيما يلي:

- يتشابه نظام الصلح ونظام التحكيم في أن كليهما يحسم به النزاع بتراضي أطراف المنازعة دون استصدار حكم قضائي².
- مراقبة القضاء العام في الدولة للصلح والتحكيم، على السواء، في مدى مخالفتها للنظام العام¹.

1 - الفصل الأول من هذا البحث.

2 - البدراني، شيماء، أحكام عقد الصلح، مرجع سابق، ص 37، السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص 513.

- عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وه ي مسائل الأحوال الشخصية والأهلية، وأضاف بعض القوانين العربية المقارنة مسائل الحدود والجنايات.

كما يختلفان في نقاط أهمها:

- نظام الصلح يعد وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذوو الشأن بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم بينما يقتصر نظام التحكيم على أطراف الاتفاق على التحكيم باختيار أفراد عاديين يتولون الفصل في نزاعهم².
- إن اختيار شخص ثالث في عقد الصلح ليقوم بالتوفيق، فانه لا يعدو أن يكون وسيطا أو مصالحا، وما يتوصل إليه من حلول لا يكون ملزما إلا بعد رضاهم بينما ما يصدره المحكمين يكون ملزما للأطراف لأنه لا يعتد بإرادة الأطراف المحتكمين فور انصرافها إلى تخويل من يفصل في النزاع³.
- يعد حكم المحكمين سندا تنفيذيا متى صدر الأمر بتنفيذه من القاضي، ف ي حين أن الصلح لا يكون قابلا للتنفيذ ولا يكون سندا تنفيذيا إلا إذا تم أمام القضاء وبإقرار الخصوم واثبات ذلك في محضر الجلسة أين تصادق عليه المحكمة.
- في حالة ما إذا حدث تنازل عن بعض الحق مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الآخر من اجل التصالح، يكون الأطراف المختصمين على علم بما سيتم التنازل عنه، بخلاف التحكيم فان طرفي الخصومة يجهلان الحل الذي سينتهي إليه النزاع لأنه متروك للحكمين⁴.
- تختلف طبيعة ولاية كل من المحكم والقاضي المصالح، فالقاضي ي لا يستمد ولايته إلا من القانون وحده، بينما المحكم يستمدها من إرادة الأطراف⁵.

1 - التحيوي، محمد السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 146، (د.ط.).

2 - التحيوي، محمد السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 146.

3 - التحيوي، محمد السيد، نفسه، ص 147.

4 - التحيوي، محمد السيد، نفسه، أبو الوفاء، احمد، المرجع السابق، ص 31.

5 - بن صاولة، شفيقة، المرجع السابق، ص 47.

ونخلص إلى فارق جوهري بين نظام التحكيم ونظام الصلح ويتعلق بمرحلة التنفيذ فبينما ينتهي التحكيم بقرار حاسم وقابل للتنفيذ مباشرة بعد اطلاع المحكمة عليه ووضع الصيغة التنفيذية عليه ولا تمتد سلطة القاضي للنظر في الموضوع، فإن الصلح لا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القاضي ووضع الصيغة التنفيذية عليه.

الفرع الثاني

التمييز بين التحكيم والقضاء

يتفق التحكيم والقضاء في مسائل أهمها:

- يعتبر عقد التحكيم شبيه بعقد تولية القاضي منصب القضاء .
- لما كان التحكيم فرع من فروع القضاء، وحك م المحكم بمثابة الإصلاح، فإن ه يشترط في المحكم أهلية القضاء.

ويختلفان في مسائل أهمها:

- عقد القضاء يجب أن يصدر من طرف صاحب صفة خاصة، وهو الحاكم أو نائبه باعتباره وكيلًا عن الأمة، أما في عقد تولية المحكم فلا يشترط أن تتوافر فيمن يوليه مثل تلك الصفة، فيصح بذلك التحكيم من آحاد الناس¹.
- إن سلطة المحكم مقتصرة على طرفي التحكيم دون غيرهم ولا ينفذ حكمه إلا في حقهم وفي الحدود التي قيدها بها أما سلطة القاضي عامة على سائر الأفراد².
- التحكيم لا يمتد نظره في القضايا التي تمس النظام العام بخلاف القضاء الذي تمتد ولايته لتشمل منازعات الحق العام والخاص³.

1 - عرفة، محمد السيد، المرجع السابق، ص 15.

2 - أبو زيد، شحاتة، المرجع السابق، ص 18 .

3 - الخضير، خالد بن عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر 2007، ص 98 .

- إن التحكيم مواز وبديل للقضاء، يكون اللجوء إليه بناء على إرادة الخصوم للفصل في المنازعات، أما القضاء هو الجهة التي تملك حق الفصل في المنازعات وفقا للتشريع المعمول به في الدولة و غايته حفظ الحقوق وإشاعة الأمن ووسيلته قاض يطبق القانون لإرساء العدل¹.
- لا يتقيد المحكمين باختصاص مكاني ينظر المنازعات وتعددهم منوط بإرادة الأطراف ولا ينفذ حكم أحدهم بمفرده أما القاضي فهو مقيد بالنظر في المنازعات التي يختص بها مكانيا ومبدأ التعدد خاضع للنظام العام لقضاء الدولة².
- يجب أن لا تربط القاضي بأحد الخصوم رابطة تؤثر على مبدأ الحياد، بينما نجد أن الخصوم لا يتفقوا على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم في جو عائلي ودي³.

الفرع الثالث

التمييز بين التحكيم والوكالة

- يتفق التحكيم والوكالة في نقاط كما يختلفان في أخرى، نبيّنها على التوالي:
- يعتبر التحكيم ولاية خاصة، وهذه الأخيرة تقوم على مفهوم النيابة أو التفويض سواء كان مصدرها القانون الوضعي كالولي الطبيعي أو القاضي في الوصاية، أو الاتفاق في الوكالة، ففي التحكيم وجه نيابة وتفويض أطراف الخصومة للغير في القضاء بينهم⁴.
- القاعدة أن الوكيل يستمد سلطته من الموكل بينما المحكم مستقلا تماما عن الخصوم فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي ولا يتمكن الخصوم التدخل في عمله⁵.

1 - عرفة، محمد السبي، نفسه، ص 25.

2 - الخضير، خالد بن عبد الله، نفسه، ص 99 .

3 - أبو الوفاء، أحمد، المرجع السابق، 32 .

4 - التحيوي، محمد السيد، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 258، (د.ط.).

5 - أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 32.

- تثبت للوكيل، بمقتضى الوكالة، الصفة الإجرائية في تمثيل الموكل، أي في التقاضي باسمه ومباشرة كافة الأعمال، بحسب نوع الوكالة في ما إذا كانت عامة أو خاصة، ولما كانت الصفة في تمثيل الموكل لا تثبت للوكيل إلا بالنسبة لأعمال الإدارة، فلا بد من وكالة خاصة عن كل عمل ليس من أعمال الإدارة وخاصة في البيع، والرهن، والصلح، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء¹.
- للموكل أن يتنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، أم المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع فهم مستقلون كما لا يتمكن الأطراف من التدخل في عملهم لأنه يصبح لهم صفة القاضي²، وبالتالي إذا كان يجوز للموكل عزل وكيله فذلك غير جائز في حالة تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع. وفي الأخير فإن للتحكيم خصوصيته التي تميزه عن الصلح والقضاء و الوكالة، رغم اشتراكه مع هذه المفاهيم في نقاط اتفاق عديدة.

1 - التحيوي، محمد السيد، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، مرجع سابق، ص254 .

2 - التحيوي، محمد السيد، نفسه، ص257 .

المطلب الثالث

مشروعية التحكيم وطبيعته القانونية

إن المقصود بمشروعية التحكيم هو إيجاد أدلة على صحته وجوازه، وسأقتصر ر البحث على إيجاد أدلة في الشريعة الإسلامية لأنها المصدر الوحيد للفقهاء الإسلامي وكذا القانون الوضعي للتحكيم بين الزوجين، ويكون ذلك في الفرع الأول، وأبحث بعدها في الطبيعة القانونية للتحكيم، في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مشروعية التحكيم في الشريعة الإسلامية

إن التحكيم نظام قديم عرفت البشرية على مر العصور، وعرفت العرب حيث كان لهم حكام من أهل الشرف والأمانة والمجد والتجربة، وحينما جاء الإسلام أقر ما كان حسنا من أمور العرب في المعاملات أو الأخلاق¹. واعترف بشرعية التحكيم الذي ورد في الكتاب والسنة والإجماع.

فأما مشروعية التحكيم من القرآن الكريم، فهناك آيات كثيرة تفيد مشروعية التحكيم من أهمها ما هو متعلق مباشرة بموضوع البحث، قوله تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } النساء: الآية 35 .

1 - جاء عن مالك بن انس انه قد بلغه أن رسول الله ﷺ قال: " بعثت لأتمم حسن الخلق"، أخرجه الإمام مالك في الموطأ، برواية القرطبي، بن كثير اللبني، المكتبة العصرية، صيدا بيروت، 2010، ص 505 (باب ما جاء في حسن الخلق، حديث رقم 1678). وأول تحكيم شهده النبي الكريم ﷺ، بل وقيل أن يكون حكما بين قبائل قريش في حادثة وضع الحجر الأسود.

تدل الآية الكريمة على جواز ومشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق والمنازعة الشديدة، فمن واجب المجتمع المسلم المحيط بهما أن يختار حكماً من ذوي قرابة الزوجين، لأن في وجود الأهل فسحة لعرض أسباب الخلاف مما يستحي ذكره أمام الغرباء لكن برغبة حقيقية في الإصلاح والتوفيق.

وإذا كان الحفاظ على الأسرة من مقاصد التشريع، فشرع الله التحكيم لرأب الصدع وصون المودة والرحمة بين ركنيها، فجوازه أولى فيما يقع بين أفراد المجتمع من خصومات حفاظاً على كيان المجتمع المسلم لقطع دابر الفرقة والشقاق¹، حيث قال سبحانه وتعالى {فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخْوَيْكُمْ وَأَتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ} (الحجرات: الآية 10) وقال أيضاً: {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} (النساء: الآية 58).

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

وأما مشروعية التحكيم من السنة المطهرة، فهناك أحاديث كثيرة تفيد جواز التحكيم، حيث جاء عن الرسول الكريم ﷺ (من أصلح بين الناس أصلح الله تعالى أمره وأعطاه بكل كلمة تكلم بها عتق رقبة ويرجع مغفوراً له ما تقدم من ذنبه)².

كما روي عن شريح بن هاني أبي الحكم، دعاه الرسول ﷺ فقال: "عن الله هو الحكم وإليه الحكم فلم تكني أبا الحكم؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله ﷺ: ما أحسن هذا!"³.

ووجه الاستدلال من هنا الحديث انه يدل على جواز التحكيم وبيان ذلك إقرار

الرسول الكريم واستحسانه لما كان يفعله أبو شريح بين قومه من التحكيم في

1 - أبو زيد، شحاتة، المرجع السابق، ص 320 .

2 - المنذري، أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي، الترغيب والترهيب من الحديث الشريف، ط 1 تحقيق: إبراهيم، شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 3، ص 479 (كتاب الأدب، باب من أصلح بين الناس)، (د.س.).

3 - أخرجه: النسائي، أحمد بن شعيب بن علي بن سنان، في سننه، ط 2، دار الفكر، بيروت، 1897، ج 8، ص 226 (كتاب آداب القضاة، باب إذا حكموا رجلاً ففضى بينهم).

خصوماتهم، وما صيغة التعجب إلا مبالغة في إعجابه¹، وهو يدل دلالة واضحة على جواز التحكيم في الشريعة الإسلامية.

أما الإجماع فإنه رغم ثبوت مشروعية التحكيم بالكتاب والسنة إلا أن جمع من الفقهاء اختلفوا وذهبوا إلى قولين:

القول الأول: وهو قول الحنفية والمالكية وأكثر الشافعية والحنابلة، إلى جواز التحكيم².

واستدلوا بالنص القرآني في قوله تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا

مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا }، فعند الشقاق والخلاف بين الزوجين يشرع في تعيين حكمين، وقياساً على ذلك في كافة الخصومات إذا ما رضي الخصمان بثالث ليفصل في النزاع بينهما³.

وجاء عن الماوردي: "...ولأنه لما حكم علي بن أبي طالب في الإمامة كان التحكيم فيما عداها أولى"⁴.

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

واستدلوا بأن الحكم بين الناس من عمل الإمام ونوابه، فإن لم يوجد قاض جاز تولية حكم للضرورة، لكن هذا الاستدلال مردود لان التحكيم يختلف عن القضاء، فالحكم فيه مقتصر على من رضي بالتحكيم، بخلاف القضاء الذي له الولاية العامة⁵.

1- الزيد، زيد بن عبد الكريم، وظيفة المحكم في النظام الإسلامي، المكتبة التدمرية، الرياض، 2006، ص 135، (د.ط.).

2- أنظر: ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، ج 1، ص 427، القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، ج 5، 178 النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، ج 11، ص 121، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 9، ص 107.

3- جاء عن القرطبي: "وفي هذه الآية دليل على إثبات التحكيم، وليس كما تقول الخوارج إنه ليس التحكيم لأحد سوى الله تعالى. وهذه كلمة حق يريدون بها الباطل"، القرطبي، نفسه، ص 159.

4- الماوردي، أدب القاضي، مصدر سابق، ج 2، ص 379.

5- الزيد، زيد بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص 137.

والراجح هو القول الأول، لاستناده إلى النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع، وأن الرسول الكريم ﷺ استحسّن التحكيم من أبي شريح في وجوده وهو في الأمة وولي أمرها، كما أن القول بعدم التحكيم فيه تضيق للناس في مباشرة مصالحهم. وعليه فالتحكيم جائز ومشروع بدليل نصوص القرآن والسنة النبوية وأجمع الصحاب- رضي الله عنهم- على جواز التحكيم دون نكير من احد¹، وإجماع الفقهاء من

بعدهم. "بل قد يكون التحكيم واجب فيما لو احتاج الخصمان أو أحدهما حاجة ملحة لحكم قضائي في بلد لا يحكم بشرع الله"².

لكن ظهر منحي مخالف فيما يتعلق بنطاق التحكيم وذلك بعد موقعة (صفيين)³ وظهر خلاف حول جواز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالسلطة والحكم.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للتحكيم بين الزوجين

إن البحث عن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم بين الزوجين يقتضي معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم عموماً، والتي تساعد في تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند السعي لتنفيذه، وأيضاً تحديد الأصل الذي ينتمي إليه وليس من خلال الأثر المترتب عليه، فإن كان الأصل هو سلطان الإرادة، كان نظام التحكيم ذا طبيعة عقدية. وإذا كان الأصل الذي ينتمي إليه هو سلطة القضاء، كان نظاماً قضائياً⁴.

1 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 21، ص 62 .

2 - الزيد، زيد بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص 137 .

3 - أشهر حادثة تحكيم في التاريخ الإسلامي، وقعت بين علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان- رضي الله عنهما- وهي أول تطبيق عملي للتحكيم في النزاعات المتعلقة بالسلطة، انطلاقاً من مبدأ "القياس" على الحالات العائلية. وبتحديد اتفاق التحكيم كتابياً أصبح أول مستند تحكيمي مماثل تماماً للاتفاقيات التحكيمية الحاصلة اليوم، كما حدد هذا الاتفاق الإجراءات التحكيمية الواجب إتباعها والقانون الواجب التطبيق وهو القرآن الكريم والحكم المعين من طرف كل فريق وإن القرار التحكيمي الصادر له صفة تنفيذية ولا يحتاج لأية صيغة لاحقة. وشاب هذا الاتفاق التحكيمي نقص وحيد وهو عدم ذكر الغرض من التحكيم، انظر: الأحذب، عبد الحميد، التحكيم، أحكامه ومصادره، المرجع السابق، ص 59- 60 .

4 - الشواربي، عبد الحميد، مرجع سابق، ص 642.

وقد اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة القانونية للتحكيم فذهب البعض إلى أن له طبيعة تعاقدية، (أولاً)، في حين ذهب أغلب الفقه إلى اعتبار التحكيم قضاءً، (ثانياً)، وأن هذا الأخير هو الإعلان عن إرادة القانون بواسطة شخص الغير¹، كما نبحت عن مدى إلزامية التحكيم بين الزوجين في نظر القانون والقضاء الجزائري، (ثالثاً).

أولاً: النظرية العقدية للتحكيم:

تفيد هذه النظرية أن التحكيم من المعاملات الخاصة للأفراد يشبعون فيه رغبتهم في حل نزاعاتهم بطريقة ودية، باختيار محكمين ليسوا قضاة إنما أفراد يعهد إليهم تنفيذ العقد مستمدين سلطتهم منه²، ويتم وفقاً لقواعد العدالة، واستثناءً وفقاً للقانون³.

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

وبالرجوع إلى أحكام المادة 56 من قانون الأسرة نجد أنه ورد بها عبارة "يعين القاضي الحكيم"، فسلطة التعيين تعود للقاضي وهو نفس مضمون المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاءت فيها عبارة "جاز للقاضي أن يعين حكيمين اثنين"، ويثور التساؤل: ما محل إرادة أطراف الخصومة، وهما الزوجان، في عملية تعيين الحكيم؟

1 - النيداني، حسن الأنصاري، الصلح القضائي، مرجع سابق، ص 28 .
2- مناني، فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 35 (د.ب.ط.)، داود، أشجان فيصل، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به، دراسة مقارنة، بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الفلسطينية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 13 .
3 - صقر، نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص 550 .

لقد أجاز المشرع التحكيم كقضاء خاص يستمد قوته من إرادة الخصوم¹، لكن ضمن الحدود التي عينها القانون. ورغم أن قانون الإجراءات المدنية أضاف في تعديله الأخير مواد إجرائية خاصة بالتحكيم بين الزوجين في منازعات فك الرابطة الزوجية، إلا أن المشرع اغفل الكثير من التفاصيل الإجرائية التي يقتضيها تعيين الحكيم، وبالتالي سوف نلجأ إلى القانون المقارن.

فقد ورد في المادة 20 من القانون رقم 1 / 2000 الخاص بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصري، وفي فقرتها الأولى أكدت انه يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكمه في الجلسة التالية على الأكثر، وعبارة "على الأكثر" تفيد أن للمحكمة سلطة تكليف الخصمين بتسمية حكميهما فوراً، أي في ذات الجلسة الحاضرين فيها فعلاً². وحينها تنتهي أول إجراءات التحكيم، وهي تعيين الحكيم، كأصل عام بواسطة الزوجين مباشرة، وما على المحكمة سوى مراقبة عملية التعيين بحيث يجب أن يكون الحكم من الأهل والقربة، وهو ما أكدته المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "...حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة".

ومع ذلك يبقى السؤال مطروحا: إذا كانت جلسة الصلح، كإجراء وقائي وسابق على الفصل في قضايا فك الرابطة الزوجية، هو إجراء ملزم للقاضي ولا اعتبار لإرادة الأطراف في اللجوء إليه، فهل اللجوء إلى التحكيم كإجراء لاحق لفشل القاضي في مهمة الصلح، يبقى ملزما للقاضي، أيضا، وبالتالي تغييب إرادة طرفي النزاع، أم انه يتم برغبة منهما، لنعتد بإرادة الزوجين كطرفين في عقد التحكيم؟

ثانيا: النظرية القضائية للتحكيم:

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم يبدأ بعقد وينتهي بحكم وهذا الحكم يعد عملا من أعمال القضاء، وانطلاقا من عمل المحكم التي تتماثل مع عمل القاضي فإن التجاء

1 - غسن، خليل عمر، سلطة المحكم الأممية في التحكيم الداخلي، مرجع سابق، ص 50.

2 - احمد، خليل، خصوصيات التقاضي في الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، مرجع سابق، ص

الأفراد إلى التحكيم ليس فيه نزول عن اللجوء إلى القضاء إنما فيه نزول عن اللجوء إلى القانون الرسمي.

وبالتالي فالمحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، بل يؤدي العدالة في إطار سيادة الدولة وبتفويض منها¹. كما أن غياب أحد الخصوم أو كليهما، بعد الإبلاغ بها تبليغا صحيحا، لا يمنع الحكمين من نظر الخصومة وإصدار الحكم وتنفيذه جبرا، وذلك ما تفرضه العدالة على الخصوم².

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

و القول بأنه يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي ليس المقصود منه معرفة قواعد إجراءات الفصل في النزاع وصولا إلى إصدار الحكم ومعرفة القانون الواجب التطبيق، بل يكفي فيهما الفصل بنزاهة وعدل والتوصل إلى حكم محايد وموضوعي. لكن حرص المحكمة على "أن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة"³، و"على هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"⁴، ما هو إلا خضوع إجراء التحكيم إلى الرقابة القضائية، وأن إجازة المشرع التحكيم، كطريق مواز للقضاء الرسمي للدولة، لا يجعل من إرادة الزوجين وحدها كافية لخلقه، بل إن المشرع أعلن صراحة أن ما يتوصل إليه الحكمان يثبت في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن⁵.

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

1 - داود، أشجان فيصل، المرجع السابق، ص 27، مناني، فراح، المرجع السابق، ص 35.

2- أبو الوفاء، احمد، المرجع السابق، ص 16.

3 - المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4 - المادة 2/56 من قانون الأسرة.

5 - المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وهذا يحيلنا إلى التساؤل: هل التحكيم بين الزوجين تفويضا بالصلح أم حسم للنزاع؟
تتعارض بهذا الصدد نظريتان:

الأولى: وتنطلق من أن التحكيم هو تحكيم بالصلح بالنظر إلى نتيجته أو هو مصالحة غير إجبارية للأطراف¹، وسند هذه النظرية هي الآية الكريمة { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا } (النساء: الآية 35)، فهي بنظر الفقه أساس التحكيم خاصة وان عدد المحكمين زوجي، وقرارهم غير إلزامي إلا بقبول طرفي النزاع به وعلى تنفيذه، لذلك فليس له الطابع القضائي بل هو قريب من المصالحة².

الثانية: وترى أن القرار التحكيمي فيه إلزام لطرفي النزاع مادام يخضع لنظام قانوني معين مهما كان مصدره. فهو إذن تحكيم بالقانون، والحكم يجب أن يحسم النزاع، وأساسه الآية الكريمة: { إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ } (النساء: الآية 58)، ومن اجل ذلك لا بد أن تكون الهيئة التحكيمية مشكلة بوضعية تمكنها من الفصل في النزاع، أي بطريقة تمكن الأغلبية من اتخاذ القرار وذلك في حالة تعذر اتخاذه بالإجماع، وعليه فان عدد الحكام يقتضي أن يكون وترا³.

وذهب البعض من الفقهاء إلى التأكيد على أن التحكيم بالصلح في الشريعة الإسلامية، ه و الأصل، وأن التحكيم بالقانون هو الاستثناء من ه، لأن المحكم بالصلح يطبق العدل، لك ن تطبيق العدل لا يعفيه من تطبيق القانون، خاص ة إذا تعرضت نصوصه لموضوع النزاع بقواعد أمره تتعلق بالنظام العام والآداب⁴.

وعليه، ولما كان أصل التحكيم بين الزوجين الآية الكريمة: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا }، وأنه "جاز للقاضي أن يعين

1 - الأحذب، عبد الحميد، المرجع السابق، ص 61.

2 - الأحذب، عبد الحميد، نفسه.

3 - الأحذب، عبد الحميد، المرجع السابق، ص 62.

4 - الأحذب عبد الحميد، نفسه، ص 63، 163.

حكيمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما"¹، كما أن حكمهم غير نافذ إلا بعد قبول طرفي الخصومة فإن التحكيم بين الزوجين هو تحكيم بالصلح.

كما أن الطبيعة التعاقدية للتحكيم بين الزوجين تقارب التوافق والمصالحة أكثر من مقاربتها للأحكام القضائية، ويبقى القرار التحكيمي أدنى من قوة الحكم القضائي.

ثالثاً: مدى إلزامية اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق:

جاء عن النووي: "وهل بعث الحكيمين واجب. قال البغوي عليه بعثهما وظاهره الوجوب وحجته الآية"². وقال بن عاشور: "الآية دالة على وجوب بعث الحكيمين عند نزاع الزوجين النزاع المستمر المعبر عنه بالشقاق"³.
ونتساءل عن موقف المشرع الجزائري في المسألة، من خلال قانون الأسرة، (أ)، وكذا موقف القضاء، (ب).

أ – مدى إلزامية اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق في قانون الأسرة:

عند استقراء نص المادة 56 من قانون الأسرة، التي جاء فيها: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما"، وبتوق ف عند عبارة "وجب تعيين حكيمين"، فه ي تقضي الوجوب. لكن المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية المعدل تقضي بأنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكيمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".
نلمس اتجاهين متعاكسين من خلال نص هذه المادة:

الاتجاه الأول: ونجد فيه أن المشرع الجزائري قد غير من موقفه تجاه التحكيم بين

الزوجين بسبب الشقاق المستمر من الوجوب، حسب مقتضيات قانون الأسرة، إلى الجواز حسب مقتضيات قانون الإجراءات المدنية والإدارية. علماً أن بعضاً من مواد هذا الأخير هي نصوص إجرائية متعلقة بإجراءات التقاضي في الشؤون العائلية، وهي لاحقة لنصوص تقنين الأسرة، زمنياً، مما يعني أنه وجب أن تكون موافقة لها.

1 - المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 - النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ج7، ص 371.

3 - بن عاشور، محمد الطاهر، التحري والتوير، مرجع سابق، ج5، ص 46.

الاتجاه الثاني: لما قضت المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعبارة "حسب مقتضيات قانون الأسرة"، أي أن تعيين الحكّمين بين الزوجين لا يخرج عن النطاق الذي حدّدته المادة 56 من قانون الأسرة، وأحكامها التي تقضي الوجوب¹.

نخلص أن المشرع من خلال نص المادة الإجرائية 446 قرر منح السلطة التقديرية للقاضي من أجل تقدير حالات منازعات فكّ الرابطة الزوجية والتي تتطلب اللجوء إلى التحكيم، ومع ذلك فإننا نلمس، أن هناك عدم رغبة في تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين ولا على حمل القضاة على تطبيقه.

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

إن البحث عن قرارات للمحكمة العليا واجتهاداتها في قضايا التحكيم بين الزوجين الذي سببه الشقاق أسفر عن ندرة هذه القرارات، بسبب قلة -إن لم نقل انعدام- الطعن في الموضوع لذلك سوف أركز على المعطيات القانونية والفقهية واجتهادات القانون المقارن، والتركيز على أهم ما يمكن أن يكون وليس على ما هو كائن.

لقد أسفر البحث عن قرار وحيد جاء فيه ذكر نص المادة 56 من قانون الأسرة ضمن احد قرارات المحكمة العليا، قضى بما يلي:

" من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز احد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

1- « l'absence de faute, on le constate n'a pas empêché notre législateur d'octroyer à la procédure un caractère contentieux. Certes, cette procédure est obligatoirement précédée , au sens des articles 49et 56 du C.A.F. ,par une tentative de conciliation » , Techouar Djilali, réflexions sur les questions épineuses du code de la famille, Alger, office des publication universitaires, 2004.p 166 .

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية، 49، 55 و56 (ق.أ) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹.
فهذا القرار اعتبر عدم اللجوء إلى التحكيم بموجب المادة 56 من قانون الأسرة، في مخالفة للقانون تتطلب نقض ما جاء في قرار المجلس القضائي.
وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا جعلت فيه، من استمرار الشقاق بين الزوجين سببا كافيا للحكم بالتطليق، تضمنت حيثياته :

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

فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"².

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

نخلص أن اجتهاد المحكمة العليا يتأرجح هو الآخر بين الإقرار بوجود أعمال أحكام المادة 56 من قانون الأسرة، وبين اعتبار الشقاق بين الزوجين سببا كاف لإجابة الزوجة لطلبها في التفريق القضائي"³.

1- المحكمة العليا، غ.أ.ش.، قرار مؤرخ في 1989/12/25، ملف رقم 57812، مجلة قضائية عدد 3، 1991، مأخوذ عن: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05، مرجع سابق، ص 301 .
2 - قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش.، مؤرخ في 1996/09/24، ملف رقم 139353، المجلة القضائية عدد 2، 1997، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع ديوان الأشغال التربوية، ص 96 .
3 - في سؤال توجهت به إلى السيد رئيس مجلس قضاء أم البواقي، عن سبب عزوف القضاة عن اللجوء إلى التحكيم حسب ما تقتضيه المادة 56 من قانون الأسرة، وأجاب أن عملية التحكيم تتم مسبقا في المجالس العائلية حسب مقتضى العرف السائد.

- وهو ما يجعلنا نتساءل عن المعايير التي اتخذها المشرع الجزائري لاعتبار الخلاف بين الزوجين شقاقا؟
 - وهل يكفي تضرر الزوجة دون اعتبار لتضرر الزوج؟
 - وهل ما جاء في الفقرة الثامنة (8) من نص المادة 53 من قانون الأسرة، يع د مخالفا لأحكام المادة 56، ومخالفا أيضا لأحكام المادة 55، من نفس القانون؟
- سوف نحاول استقصاء الإجابة، عبر المطلب الموالي.

المطلب الرابع

شروط التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

والمسائل التي يجوز التحكيم بشأنها

إن التحكيم بين الزوجين الذي سببه الشقاق يتطلب شروطا نقف عندها، في الفرع الأول، ونتعرف على المسائل التي يجوز فيها التحكيم، في الفرع الثاني.

الفرع الأول

شروط التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

يقتضي التحكيم بين الزوجين شروطا تتعلق بالزوجين، أولا، وأخرى تتعلق بالحكمين، ثانيا.

أولا: شروط التحكيم المتعلقة بالزوجين:

يمثل الزوجان محور المسألة برمتها، فالقاضي ملزم بالتوفيق بينهما بالصلح وبذل الجهد في ذلك وعند عجزه، ووفق شروط معينة، هو ملزم أيضا باللجوء إلى التحكيم ومن أجل ذلك سنبحث عن أهم هذه الشروط الواجب توافرها في الزوجين لتتحقق لدى القاضي القناعة التي تلزمه إلى تعيين الحكمين للنظر في أسباب الشقاق .

ولما كان من بين الشروط التي سنبحثها، شرط ي: وجود العلاقة الزوجية، والدعوى القضائية، وقد تم التطرق لهما في ما سبق¹، فإننا سنتناول شرط وجود الشقاق (أ)، وشرط عدم ثبوت الضرر (ب).

أ - شرط وجود الشقاق:

اختلف الفقهاء في اعتبار الشقاق سببا يستدعي الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها وذهبوا في ذلك إلى قولين:

القول الأول، وتبناه الأحناف والشافعية والحنابلة، في رواية، والظاهرية، إلى انه ليس للمرأة ذلك، فان هي رفعت أمرها إلى القاضي طالبة التفريق والتطليق للنزاع والشقاق فما على القاضي سوى أن يزجره ويمنعه من الظلم، ولا يجيبها إلى طلبها².

واستدلوا بأن الظلم من الزوج يرفعه القاضي بغير طلاق بان يأمره بالعشرة بالمعروف فان أبى عزّره حتى يكف عن إيذائها وإذا كان الشقاق من الزوجة أمرها بالاستقامة.

وقالوا بان الفرقة تحصل بالطلاق أو الخلع، فأما الطلاق فهو حق للزوج وأما الخلع فتبذل فيه الزوجة المال فلا يجوز إلا بإذنها ولا ولاية لهما مع رشدهما، وبذلك لا يجوز التفريق بينهما كما قالوا عن الحكمين بأنهما وكيلان وليس للوكيل التصرف دون إذن الأصيل³.

القول الثاني، ذهب المالكية والحنابلة في الرواية الثانية، بأن للمرأة الخيار في البقاء مع أمر القاضي بحسن العشرة أو أن تطلب التطليق فان ثبت الضرر مع طلبها، أمر ه القاضي بان يطلقها فان لم يفعل طلق عليه القاضي⁴.

1 - راجع الصفحة 38 وما بعدها من الفصل الأول.

2- انظر في ذلك: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج 8، ص 170، ابن رشد أبو الوليد بن احمد القرطبي الأندلسي (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، لبنان، ج 2، ص 98، ابن حزم، المحلى بالأثر، مصدر سابق، ج 7، ص 109.

3 - السرطاوي، محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر عمان، الأردن، 2007، ص 299، قاروت نور حسن، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو احدهما، دراسة مقارنة، ط1، دار مكة، السعودية، 1995، ص 243-244.

4 - ابن رشد الحفيد، المصدر نفسه، ص 99، ابن قدامة، المصدر نفسه، ص 169.

وحجتهم في ما ذهبوا إليه أن الشقاق يفسد الحياة الزوجية، فيكون إما "إمساك بمعروف" أو "تسريح بإحسان"، وأن الإمساك مع الإضرار ممنوع شرعا لقوله تعالى: {وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا} (البقرة: الآية 231).

لم ينظم تقنين الأسرة الجزائري صورة من الطلاق بسبب الشقاق، مثل أغلبية التشريعات العربية، وإنما نصت عليه المادة 48 حيث جاء فيها: "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

فبمقتضى هذا النص القانوني فقد أحالنا إلى أسباب التطلق الواردة في المادة 53 بان جعل المشرع من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب الطلاق هو ما ورد في فقرتها الثامنة: "الشقاق المستمر بين الزوجين"، فكأنما حالة "الشقاق" مرتبطة بالضرورة بالزوجة التي تأدت مما يعطيها الحق في طلب الطلاق، وليست حالة "الشقاق" تعني تضرر الزوجين معا بسبب استحكام الخلافات بينهما، مما يجعلنا نتساءل: أليست الفقرة الثامنة الواردة في نص المادة 53 من قانون الأسرة، مخالفة لما ورد في نص المادة 56 من نفس القانون؟

لقد استحدثت هذه الفقرة بموجب التعديل الأخير و اعتبر المشرع الجزائري أن الخصام و الشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلق من القاضي، ومصدر هذه الفقرة المستحدثة هو اجتهاد المحكمة العليا و تجسد ذلك فعليا في بعض القرارات، جاء في إحداها ما يلي: " من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا"¹.

هذا الاجتهاد حظي بعناية المشرع و ارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصصت له المادة 53 الفقرة الثامنة و أضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعبر شرعا

1- قرار مؤرخ في 15/06/1999، غ.أ.ش.، ملف رقم 224655، اجتهاد قضائي، عدد خاص، مأخوذ عن: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05، مرجع سابق، ص 283.

ونصت المادة 56 على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر.."، فالمادة تقضي بان الضرر واقع على الزوجين، ولم يتبين ممن صدرت الإساءة ومن الذي أضر بالآخر والخصام هو الخلاف الشديد والشقاق، فهل عدم استخدام المشرع لنفس المصطلح "الشقاق" في نص الفقرة الثامنة من المادة 53 والمادة 56، هو من أجل بيان أن ما قضت به أحكام المادة 53 في فقرتها الثامنة غير الذي اقتضته المادة 56؟ أي أن الشقاق الذي منح لأجله الزوجة طلب الطلاق، غير الشقاق الذي يلزم القاضي اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين وندب حكمين بينهما؟

نخلص إلى افتراضين:

الافتراض الأول: أن المشرع أخذ بإحدى الحالات الثلاث للشقاق، وه ي نشوز الزوج، وجعل منه سببا كافيا تضار به الزوجة، فيمنحه الحق الالتجاء إلى القضاء للتفريق بينها وبين زوجها، شرط إثباتها لما تدعيه من ضرر بكافة وسائل الإثبات.

وبذلك كان عدم استعمال نفس المصطلح "الشقاق"، في موضعين مختلفين لقاعدتين قانونيتين هو دلالة على أن الأحكام الواردة في القاعدة الأولى (المادة 53)، ليست هي نفسها الأحكام الواردة في القاعدة الثانية (المادة 56). وهو الأمر الذي جعل المحكمة العليا تجتهد لتضيف سببا آخر للتطليق.

الافتراض الثاني: ويقضي بان المشرع جعل من حالة الشقاق سببا لأمرين مختلفين:

الأول، وه و انه يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب ضرر واقع عليها وعلى زوجها من احدهما تجاه الآخر ولم يبين ممن صدرت الإساءة، لك ن نجعل من "الشقاق" سببا آخر لطلب الطلاق.

والثاني، أن حالة الشقاق نفسها تستوجب على القاضي تعيين حكمين لبيينا لنا من الذي أوقع الضرر بصاحبه، وعلى أساس حكمهما يتبين لنا مآل العلاقة الزوجية.

إن المنطق السليم يستدعي ترجيح الافتراض الأول حتى لا ندعي، بهتاننا، أن المشرع الجزائري أضاف سببا آخر لانتقاد ه، من خلال تقنين الأسرة. وهو ما أكده الأستاذ بلحاج بقوله: "ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة

من الضرر ولا أسبابا للشقاق، بحيث يكون الضرر المعتبر شرعا هو الذي يؤدي إلى النزاع والشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما وعلى هذا، فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام الحياة الزوجية، وقامت بإثبات دعواها، يطلقها القاضي طلقه بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما¹.

لكن في ذات الوقت يثور التساؤل حول علاقة ما ورد في أحكام المادة 53 في فقرتها الثامنة بما ورد في أحكام المادة 55 والتي تقضي بأنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"، وكيف للمحكمة العليا أن تجتهد مع وجود النص؟

حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يفيد أنه: "من المقرر شرعا وقضاء ان المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معا، فلا سبيل لتعويض احدهما ومنح المتعة للزوجة".

و"النشوز هو عدم امتثال احد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك"²، فترجيحنا للافتراض الأول، وهو أن المشرع قصد من وراء مصطلح "الشقاق" في الفقرة الثامنة للمادة 53، هو نشوز الزوج³ الذي لم يمتثل لأحكام عقد الزواج، مما يعتبر ضررا واقعا على الزوجة، تلجا بسببه إلى القضاء لفك الرابطة الزوجية ونص المادة 55 يفيد انه إذا وقع نشوز من الزوجة تضرر منه الزوج فللقاضي أن يحكم بالطلاق ويعوض الزوج عن الضرر الذي أصابه جراء نشوز زوجته، والعكس صحيح، فأكد بذلك المشرع على أن الطرف الناشز يتم تحميله تبعه

1- بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 301-302.

2- سعد، فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 340.

3- جاء في قرار للمحكمة العليا عن نشوز الزوج انه: "يستوجب نقض وإبطال القرار الذي حكم بالطلاق تحت مسؤولية الزوجين، وتطبيقهما دون التأكد من رفض الزوج الامتثال للأمر الذي يقضي برجوعه إلى محل الزوجية"، قرار مؤرخ في 1968/11/06، غ.ق.خ، نقلا عن: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05 ص 292.

فشل العلاقة الزوجية وبالتالي إلزامه بتعويض الطرف المتضرر¹، ففتح بذلك بابين تدخل منهما الزوجة، أحدهما تطلب به التطليق للشقاق المستمر (المادة 8/53)، والآخر تطلب به التعويض للضرر (المادة 53 مكرر، والمادة 55).

لكن الأمر لا يستقيم، لأن نشوز الزوجة وعصيانها جعلت للزوج حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة بعد أن يكون قد استنفذ المراحل الثلاث للعلاج الرباني لهذه الحالة² وليس عليه أن يرفع أمره للقاضي ليزيل عنه الضرر الذي أصابه من نشوز زوجته لنتساءل كيف للقاضي أن يحكم له بالطلاق وبالتعويض عند نشوز زوجته؟

إن ما يقع على عاتق الزوج هو إثبات نشوز زوجته ويتم ذلك برفع دعوى رجوع أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وهذا وفقا لأحكام المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في فقرتها الثالثة³، فيأمر القاضي من خلال جلسة الصلح باحترام مقتضيات الحياة الزوجية وإصدار حكم بالعودة إلى بيت الزوجية، فإن امتنعت كان ذلك نشوزا منها وقرينة قاطعة على عدم امتثالها للحكم القضائي الصادر ضدها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض"⁴.

وعند إيقاع الزوج للطلاق على زوجته بسبب النشوز، كان طلاقه مبررا ولا يحكم عليه بالتعويض للتعسف، ففي جميع الحالات لا يحكم القاضي للزوج بالتعويض، فالتعويض الذي يتحصل عليه هو عدم الحكم عليه بالتعويض للضرر^(*)، بينما تقوم

1 - ديابي، باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 19، (د.ط.).

2 - العظة، والهجر في المضجع، والتأديب.

3 - نصت المادة 3 / 426 على أنه: "تكون المحكمة مختصة إقليميا (...)" - 3 في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي..."

4- قرار مؤرخ في 1984/07/09، غ.أ.ش.، ملف رقم 33762، مجلة قضائية لسنة 1989، مأخوذ عن: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 02/05، مرجع سابق، ص 292-293.

(*)- صدر عن المحكمة العليا في قرار لها ما يفيد أنه: "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين، فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون.

ومن ثم، فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة -في قضية الحال- تلجا إلى طلب التطليق بعد نشوزها، فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطوا

الزوجة برفع دعوى إثبات نشوز زوجها بتقصيره في واجباته الزوجية وهذا لا يحدث إلا نادرا، لذلك فهي ترفع دعوى ضد زوجها، تدعوه لإرجاعها إلى مقر الزوجية، إذا لم يستجيب الزوج، وامتنع عن إرجاع زوجته جاز لها أن تثبت ذلك بمحضر عدم التنفيذ، ليحكم لها بالتطليق والتعويض عن الضرر اللاحق بها.

فحضور الزوج إلى بيت أهل الزوجة و طلب رجوعها ردًا لكرامتها، ومع هذه الكرامة تبني الحياة الزوجية بشيء من الود وكثير من الرحمة، وهذا هو الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا، واعتبرت أن شرط الزوجة لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها شرط ينفي النشوز عليها¹.

وعليه فالافتراض الأول، الذي قلنا به وقمنا بتوجيهه، على أن المقصود بالشقاق في الفقرة الثامنة من المادة 53، هو نشوز للزوج، تسبب في ضرر للزوجة وطالبت على أساسه بالطلاق، ليس هو المقصود من المادة 55 والتي أجازت للقاضي أن يحكم بالطلاق متى ثبت لديه نشوز احد الزوجين وأن يحكم بالتعويض للمتضرر منهما، إلا إذا اعتبرنا أن الشقاق المقصود من ورائه نشوز الزوج قد أكد عليه المشرع في موضعين هما: الفقرة الثامنة من المادة 53 والمادة 55 من قانون الأسرة، ورتب على ذلك تعويضا للزوجة بمقتضى المادة 53 مكررو المادة 55، أيضا، من قانون الأسرة. ولم يبق سوى ترجيح رأي آخر وهو أن المحكمة العليا بدل أن تلزم القضاة باللجوء إلى التحكيم بمقتضى ما ورد في المادة 56 فقد اجتهدت مع وجود النص لتخلق سببا آخر لطلب التطليق، وهو "استمرار الشقاق بين الزوجين"، أين استجاب لها المشرع ووضع قاعدة قانونية هي في الأصل موجودة وفي نفس القانون.

حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه، يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة"، قرار مؤرخ في 1993/04/27، غ.أ.ش.، ملف رقم 90947، المجلة القضائية، عدد 2، 1994، ص 71.

1 - حيث جاء في قرار لها انه: "من الثابت شرعا وفقها أنه في حالة الخصام بين الزوجين، فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة (...). لا نن الزوجة لا تعتبر ناشزا بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها كرد لكرامتها وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز"، قرار مؤرخ في 1998/02/17، غ.أ.ش.، ملف رقم 184055، المجلة القضائية عدد 2، 1998، ص 85.

ونخلص أن المالكية استندوا في ما ذهبوا إليه، من منح الزوجة حق التفريق للضرر الواقع عليها، على النصوص الصريحة، وأن الجمهور استند على المعقول، في أن العدوان من الزوج لا يقتضي التفريق بل القاضي يملك رفع الظلم.

وان الراجح - مع التحفظ - هو مذهب المالكية لأنهم استدلوا بالنصوص، ولا معقول في مقابلة النص¹.

لكن ما هو نطاق الضرر الذي يتم بموجبه فك الرابطة الزوجية؟

ب - شرط عدم ثبوت الضرر:

إن شرط عدم ثبوت الضرر هو الشرط الثاني الذي ورد في نص المادة 56 من قانون الأسرة والذي يلزم القاضي، المرفوعة أمامه دعوى الطلاق، اللجوء إلى طريق آخر بديل لإصلاح الرابطة الزوجية وإعادة لحمة الأسرة إلى ما كانت عليه من الوفاق بدل الشقاق وانتساءل متى لا يثبت لدى القاضي وجود ضرر يستدعيه اللجوء إلى إجراء التحكيم بين الزوجين؟

إن أول ما يقوم به القاضي عند تفحصه لمل ف دعوى طلاق بكل صورته، حسب مقتضيات المادة 48 من قانون الأسرة، ه و تحديد أول جلسة لمحاولة الصلح بين الزوجين المتخاصمين. ونتوقف هنا لنبين بوضوح أي صنف من دعاوى الطلاق، تلك التي لا يتبين فيها الضرر ولا يثبت أمام القاضي، ليلزم ه إلزاما اللجوء إلى التحكيم؟ لنجد الجواب، أنها دعاوى التطلاق دون غيرها، لأنه الصنف الوحيد من دعاوى الطلاق الذي يتطلب فيه إثبات الضرر وإن لم يصرح المشرع بذلك غير أنه أجاز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها "لكل ضرر معتبر شرعا" أصابها، وهو ما يفهم من سياق نص المادة 53 من قانون الأسرة.

1- جاء عن الشيخ البرديسي: "أن معقول الجمهور لا يقف على قدميه أمام النصوص الصريحة التي استدل بها المالكية إذ لا معقول في مقابلة النص"، نقلا عن: العمروسي، أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص597، (ذ.ط.).

في حين نجد أن المشرع المصري حدد بدقة صنف الدعاوى التي لم يثبت فيها الضرر حيث جاء في نص المادة 6 من القانون رقم 100 لسنة 1985 أنه: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما. فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً" "فعلى القاضي بعد سماع الدعوى أن يجتهد أولاً في الإصلاح بينهما، والعمل على إزالة الخلاف، فإذا فشل سعيه، سار في الدعوى بالطرق الشرعية وبحث وقائع الإيذاء التي ادعت الزوجة حصولها، ومدى ما أصابها أو يصيبها منها من أضرار (...). فإذا ثبت طلقها القاضي بطلقة بائنة"¹، فإذا رفض الطلب ولم يجب الزوجة فيما تصبو إليه، وتكررت شكواها وليس لديها أي إثبات على ما تدعيه أو أن الضرر الذي أصابها لا يرقى لأن يكون سبباً يحمل القاضي على تطليقها، فإن ذلك من الأمور التي تلزم القاضي بتعيين حكماً، وهذه المادة، والتي جاءت ضمن المواد التي تجيز للزوجة طلب التطلاق تحت عنوان "التطلاق للضرر" تقابل ما جاء في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، إذ أن باقي أسباب التطلاق المذكورة في نفس المادة في القانون الجزائري وردت متفرقة عن بعضها البعض في القانون المصري. وقد أعطى الأستاذ بلحاج الدافع الذي يحمل القاضي إلى تعيين حكماً، في قوله: "أما إذا رفض طلب التطلاق، وتكررت الشكوى، وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر اختارت المحكمة حكماً للتوفيق والإصلاح بينهما"² إن ما ذهب إليه³ ينطبق على فحوى ما جاء في نص المادة 6 من القانون 100 لسنة 1985 في القانون المصري وليس على ما احتوته المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، لأنه لا يوجد أي نص قانوني يفيد هذا المعنى ويبين للقاضي متى عليه اللجوء إلى إجراء التحكيم، ففي حين وجّه المشرع المصري القاضي من خلال عبارة "ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر"، ترك المشرع الجزائري الأمر مبهماً.

1 - أمام، محمد كمال الدين، أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص 94.

2 - بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ص 302.

3 - وهو نفس قول الأستاذ سعد، فضيل، المرجع السابق، ص 297.

"والمقصود بتكرار الشكوى في هذا المقام وجوب سبق رفض دعوى بالتطليق مرتين فأكثر عن الإثبات وليس غيره" ¹ ولا يعد تكرار الشكوى سبق إقامة الدعوى للتطليق بسبب ضرر الغياب أو عدم الإنفاق أو العيب، بل للضرر المنصوص عليه في المادة السالفة الذكر من القانون المصري وليس غيرها، لكن بوقائع جديدة، لأنه متى "تبين للمحكمة أن الزوجة تسند إلى ذات الوقائع التي جعلتها سنداً لها في دعواها الأولى للطلاق حكمت المحكمة بعدم جواز نظر الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها" ² .
 علماً أن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى بسبب سبق الفصل فيها من الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

هذا حكم قضائي لمدعية، تطلب فيه التطليق للشقاق المستمر، جاء فيه:

" بموجب عريضة افتتاحية مودعة ومسجلة لدى أمانة ضبط عين البيضاء بتاريخ 2009/03/07 تحت رقم (...) أقامت المدعية (ش.م) بواسطة وكيلها دعوى بقسم شؤون الأسرة لمحكمة عين البيضاء ضد المدعى عليه (ب.س) وبحضور ممثل النيابة، طالبة فك الرابطة الزوجية بالتطليق مع تمكينها بكامل توابع التطليق. إذ أن الطرفين مقترنان بموجب عقد زواج رسمي مسجل لدى مصالح الحالة المدنية لبلدية عين البيضاء بتاريخ (...) تحت رقم (...). والذي أثمر عنه ميلاد ثلاثة أبناء، ذلك أن المدعى عليه اعتدى بالضرب مرارا عليها، سلمت لها شهادة طبية (...) بها عجزا لمدة 07 أيام على أساسها قامت بتقديم شكوى (...). وحفاظا على العلاقة الزوجية تنازلت عن شكواها وتم حفظها، وأنه لا يحوز مسكنا فهو يسكن لدى أهله، وقد صدر ضده حكم بالاعتداء على الأصول، مما يعتبر حسب المادة 4/53 جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

بناء على المادة 22 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية تم تكليف المدعى عليه بالحضور للجلسة بواسطة البريد المضمون للوصول وذلك بعد عدة محاولات لتكليفه شخصيا".

بعد تبادل المذكرات الجوابية بين الخصمين، حيث التمس الزوج رجوع زوجته إلى بيت الزوجية وتمسكت الزوجة بكامل دفعها وطلباتها ورفضت الرجوع. جاء حكم المحكمة كما يلي:

"وعليه فإن المحكمة

- بعد الاطلاع على العريضة الافتتاحية والمذكرات الجوابية
- بعد الاطلاع على المواد 8-12-13-22-23-38-225-459 ق إ م
- بعد الاطلاع على المواد 53-53 مكرر ق أسرة

1 - الشواربي، عبد الحميد، المرجع السابق، ص 359 .

2 - الشواربي، عبد الحميد، نفسه، ص 358 .

- بعد النظر قانونا

من حيث الشكل/

- حيث أن الدعوى الحالية جاءت مستوفية لجميع الشروط الشكلية مما يتعين التصريح بقبولها شكلا.

من حيث الموضوع/

- حيث أن المدعية ترفع المدعى عليه ملتزمة الحكم بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بالتطبيق مع إلزام المدعى عليه بتمكين المدعية من توابع التطلاق.

- حيث أن المدعى عليه التمس بإلزام الزوجة بالرجوع لبيت الزوجية المستقل أثاثا ومعاشا مع رفض جميع طلباتها لعدم التأسيس.

- حيث أن ممثل النيابة التمس تطبيق القانون

- حيث أن جوهر النزاع يتعلق بالتطلاق

- حيث أنه من المستقر عليه قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الواردة على سبيل الحصر في المادة 53 ق أسرة

- حيث أن الزوجة من خلال الأوراق الواردة بالملف قد قدمت نسخة قرار الحفظ مؤرخ بتاريخ (...) وشهادة طبية وكذا صحيفة سوابق عدلية لتثبت بما كون الزوج قد حكم عليه بجريمة ماسة بشرف الأسرة تحول دون مواصلة العشرة حسب المادة 4/53 ق أسرة

- حيث أن قرار الحفظ والشهادة الطبية وكذا شهادة السوابق العدلية للمدعى عليه لا ترتقي إلى دليل إثبات يكون قناعة المحكمة بان المتهم قد حكم عليه بجريمة ماسة بشرف الأسرة خاصة وان المادة تنص على وجود حكم جزائي نهائي، مما يجعل الوثائق المقدمة مستبعدة.

- حيث أن المدعية قد أسست كذلك طلب التطلاق على الفقرة 08 و 10 من المادة 53 ق أسرة غير مثبتا للضرر المعتبر شرعا وكذا الشقاق المستمر بين الزوجين

- حيث أن المدعى عليه ومن خلال مذكراته الجوابية قد ناقش جميع طلبات المدعية مناقشة قانونية مطابقة لتفسير الصحيح لنص المادة 53 ق أسرة

- حيث أن المدعى عليه قد تمسك بإلزام الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجي المستقل أثاثا ومعاشا

- حيث أن طلبات المدعية جاءت غير مؤسسة مما يتعين على المحكم عدم الاستجابة لها وبالمقابل الاستجابة للطلب المقابل للمدعى عليه بإلزام الزوجة بالرجوع إلى البيت الزوجي.

ولهذه الأسباب

- قضت المحكمة حال فصلها في قضايا شؤون الأسرة علنيا حضوريا ابتدائيا:

رفض طلب المدعية لعدم التأسيس وإلزامها بالرجوع لبيت الزوجية بسعي من الزوج مع تحميل المدعية بالمصاريف القضائية المقدرة ب: 300 دج.

- لذا صدر الحكم بالجلسة العلانية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه ولصحته أمضى أصله كل من الرئيس وأمين الضبط¹.

1- حكم صادر عن محكمة عين البيضاء، مجلس قضاء أم البواقي، مؤرخ في 2009/04/04، قسم شؤون الأسرة.

إن هذا الحكم قرر عدم ثبوت الضرر لع دم تأسيس الأدلة المقدمة من طرف الزوجة، رغم أنه جاء عن المحكمة العليا في أحد قراراتها، أنه: "حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 53/ف6، من قانون الأسرة، يتبين أنها تنص على الضرر المعتبر شرعا والضرر المعتبر شرعا لا يقدر بمقدار العجز في الشهادة الطبية وحدها بل يكفي ثبوت الاعتداء الذي يضر بالطرف الآخر والقاضي عندما قدر الضرر اللاحق بالمطلقة كان تقديره سليما ويتمشى مع القانون مما يجعل حكمه سليما، والوجه غير مؤسس الأمر الذي يجعل معه رفض الطعن"¹.

ولما لم يذكر المشرع الجزائي ما يفيد تكرار الشكوى وعدم إثبات الضرر، فلا يمكن تأويله ونأخذ بفحوى النص كما ورد، وهو أن الضرر لم يثبت من الدعوى التي أقامتها الزوجة، ولما عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين فهو ملزم باتخاذ إجراءات التحكيم.

لكن مقتضى المادة 446² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تجيز اللجوء إلى التحكيم بنفس المعطيات، فمنح المشرع بذلك للقاضي سلطة تقدير - رغم عدم ثبوت الضرر أثناء الخصومة - القيام بإجراءات التحكيم أو إعادة القضية إلى الجلسة واستمرار الخصومة.

ويثور التساؤل هنا، لم يمنح المشرع سلطة تقديرية للقاضي في أمر اللجوء إلى التحكيم في حين انه أكد عليه في نص المادة 56 من قانون الأسرة، أن شرط بعث الحكمين هو عدم ثبوت الضرر، أي أن الشرط محقق من خلال نص المادتين. أم أن السلطة التقديرية تخص تقدير الضرر نفسه إذا ما كان الذي تدعيه الزوجة على زوجها، ولم تستطع إثباته، يستدعي فعلا إلزام القاضي إلى بعث الحكمين؟

لقد حدد المشرع المصري الضرر الذي يتطلب من القاضي بعث الحكمين ولا إثبات فيه بقوله: "بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها"، فليس مجرد قيام الزوج

1 - قرار مؤرخ في 18/05/1999، غ.أ.ش.، ملف رقم 222134، اجتهاد قضائي، عدد خاص، نقلا عن: بلحاج، العربي، قانون الأسرة مع تعديلات 05-02، مرجع سابق، ص283.
2- نصت المادة 446 على أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

بفعل قد يظهر للعيان أن فيه إضراراً للزوجة، بل يجب أن تتضرر منه فعلاً، وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية من خلال مبدأ لها جاء فيه: "المناط في الضرر من فسق الزوج أن تتأثر الزوجة بهذا الفسق"¹ كما يجب أن يكون الضرر لازماً غير قابل للزوال ولا تستطيع الزوجة تحمله رغم قدرة الزوج على إزالته عنها²، أي أن عدم إثبات الضرر ليس لأنه لا يمكن إثباته، بل أنه ضرر لا يرقى لأن يكون سبباً للشقاق المستمر بين الزوجين ولأجله يبعث الحكيم.

هذا ما يمكن استخلاصه من الأحكام التي قضى بها المشرع الجزائري في جعل من بعث الحكيم واجبا بمقتضى المادة 56 من قانون الأسرة، وجائزا بمقتضى المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أما التأويل بأن سبب اللجوء إلى التحكيم هو تكرار شكوى الزوجة من خلال رفع دعاوى لنفس السبب، فلا يمكن القول به لأن عبارة "رغم عدم ثبوت الضرر أثناء الخصومة" تفيد قيام خصومة واحدة لم تتكرر، وأثناءها لم يثبت الضرر الذي تدعيه الزوجة على الزوج.

ومع ذلك فإننا نأمل أن يلتزم قاضي شؤون الأسرة بما ورد في نص المادة 56 من قانون الأسرة، واللجوء إلى ندب حكيم، لقطع كل ما من شأنه تعكير صفو الحياة الزوجية.

كما يمكن أن نخلص إلي أن المشرع الجزائري نهج المنهج المالكية في القول الثاني وبه أخذت جل الدول العربية، بأن الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز للزوجة بسببه طلب التطلق³، واعتماد هذا المنهج لحفظ حقوق الزوجة ورفع الغبن عنها أدى إلى أضرار أكبر مست بأسس المجتمع وكيانه.

1 - انظر في ذلك: عبد الله عمر، السيد، وقمحاوي، محمد حامد، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003 ص 285، (د.ط.).

2 - الشواربي، عبد الحميد، المرجع السابق، ص 356.

3 - وذلك استناداً للقاعدة الفقهية (الضرر يزال)، وهي من الأدلة الأساسية القائمة على تحريم الضرر، وتحريمه إما يكون بدفعه قبل الوقوع بطريق من طرق الوقاية المتاحة، وإما برفعه بعد الوقوع بما هو ممكن من التدابير التي تزيله وتمنع تكراره، انظر في ذلك: الكيلاني، فاتن البوعيشي، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010، ص 60.

لقد ذهب الإمام أبو حنيفة -رحمه الله- إلى القول، بأنه لا يجوز للزوجة طلب التطليق للضرر والشقاق، رغم أنه توجد أضرار لا ينفع معها الصبر والكتمان، لأن فيها من الأذى على دين الزوجة وعرضها بما لا يمكن جبره، أو إبقاء الزوجية لأجله. كما ذهب الإمام مالك -رحمه الله- إلى منح الزوجة حق طلب الطلاق لكل ضرر، رغم إقرار الشرع لذلك، إلا أنه بإمكانها الصبر عليه ومحاولة إزالته مع المحافظة على كيان الأسرة وبناء حياة مستقرة نفسياً واجتماعياً خاصة بوجود الأطفال.

وبالنظر للتطورات الطارئة على حياة الأسرة والمجتمع، وما يتبعها من تعقيدات والتزامات ومصالح ومفاسد تتأثر بها الأسرة عموماً والأولاد خصوصاً، فإن ما ذهب إليه الإمامين الجليلين، يكتفٍ ويراجع وفق مقاصد الشرع والمصالح الشرعية، بحيث يكون الحكم بخلاف ما ذهب إليه، أو التوسط في اخذ كل حالة ومسألة بمتعلقاتها الخاصة، وأحوالها المحيطة بها.

وعليه فإن المصلحة العامة تقتضي تقديمها على المصلحة الفردية ولا تتعين الفرقة ولا يعطى طالبها الخيار إذا تكرر الضرر مع إمكانية إزالته¹، وأن على المشرع أن ينظر باستمرار إلى مآل تطبيق القاعدة القانونية في الواقع، لأن الاستجابة للزوجة في دعواها للتطليق بسبب الضرر والشقاق قد لا يحقق تلك المصلحة، أو قد تكون المصلحة ضئيلة مقارنة بما ستخلفه من ضرر أكبر، ومن ثم يجب تعديل المادة 53 بما يمكن من حفظ الأسرة الجزائرية، فتصبح أسباب التطليق محصورة في:

- عدم الإنفاق مع اليسر.
- الغيبة دون عذر.
- كل عيب يحول فعلاً من تحقيق الهدف من الزواج.
- ارتكاب فاحشة مبينة أو الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة الحياة الزوجية.
- مخالفة الشروط الواردة في عقد الزواج.

1 - بلباقي، عبد المؤمن، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 143- 144 .

ثانياً: شروط التحكيم المتعلقة بالحكمين:

نظراً للأهمية البالغة لدور الحكمين، يلزم أن تتوفر في من يؤديه شروطاً، لكي يحقق التحكيم¹ 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 ينزلنا إلى مسالك العاطفة.

ولما سكت المشرع الجزائري² عن الشروط الواجبة في الحكمين فإن الضرورة تقتضي الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما قضت به المادة 222 من قانون الأسرة، حيث اتفق الفقهاء على بعض الشروط (أ) كما اختلفوا في بعضها الآخر (ب)،

أ – الشروط المتفق عليها والمتعلقة بالحكمين:

اتفق الفقهاء على جملة من الشروط المتعلقة بالحكمين أهمها، كمال الأهلية، بان يكون الحكمين بالغين فلا يصح تحكيم الصبي ولا السفية.

وإسلام، فلا يحكم غير المسلم في المسلم، لما فيه من استعلاء، حيث جاء عن ابن

قدامة:

1 - وضع الفقهاء شروطاً للتحكيم و المحكم، فأما ما يتعلق بالتحكيم فهي:

- تراضي طرفي الخصومة على قبول حكم المحكم، أم الذي يعينه القاضي فلا يشترط رضاهما به، لأن نائب عن القاضي وفي منزلته.
 - وجود نزاع، أو خصومة حول حق من الحقوق يستدعي اللجوء إلى التحكيم بشأنه.
 - اتفاق طرفي الخصومة والمحكم على قبول التحكيم كمهمة للفصل في النزاع.
- وأما ما يتعلق بالمحكم فتمثل في:
- أن لا يكون بينه وبين احد الخصمين قرابة تمنع من الشهادة.
 - أن يكون أهلاً لولاية القضاء.
 - أن يكون شخصه معلوماً لطرفي الخصومة.

أنظر: محمدي، فتحي حسنين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، مرجع سابق، ص 47 - 48.

2 - اشترط قانون الأحوال الشخصية المصري أن يكون الحكمين (عدلين)، أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فاشترط في الحكمين أن يكونا (رجلين عدلين)، وجاء في القانون السوري (العدالة والأمانة ومعرفة أصول التحكيم)، أنظر: العمروسي، أنور، موسوعة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص 8، القرم، ناصر جبر، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، مرجع سابق، ص 204.

"..فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكيمين حرين مسلمين عدلين"¹. علما أن بعضا من الفقهاء تعرضوا لشروط الحكمين من باب أنها شاهدين ووكيلين عن الزوجين، فاخذوا بشروط الوكالة على العموم.

والعلم والفقهاء، بان يكون لهما خبرة ودراية في أمور الأزواج وحسن النظر والتبصر بالفقه ومعرفة حقوق وواجبات الزوجين، وقال المرادوي: "يشترط أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق"².

ب - الشروط المختلف فيها والمتعلقة بالحكمين:

واختلف الفقهاء في شروط أهمها:

- **الذكورة**، فقال ابن قدامة: "ويكونان ذكرين"³، وقال الشيرازي: "يجب أن يكونا ذكرين عدلين لأنهما في احد القولين حاكمان وفي الآخر وكيلان إلا أنه يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ولا يكمل ذلك إلا ذكران عدلان"⁴.
- **القرابة**، فذهب المالكية⁵ إلى عدم وجوب بعث أجنبيين مع إمكان وجود الأهل، والحكمة انه أمر من الله في محكم تنزيله، كما أن الأهل اعرف بأحوال الزوجين وأشفق، وقد يكون من الصعب أن يرفض الزوجان ما يتوصل إليه الحكمان بشأن مصلحتهما، لكن في غياب الأهل جاز لان القرابة ليست شرطا في الحكم ولا في الوكالة⁶.

1- ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، 170 .

2- القرطبي، المصدر السابق، ج5، ص 175، المرادوي، علي بن سليمان بن احمد، الإنصاف، المصدر السابق، ج8، ص 380 .

3- ابن قدامة، نفسه، ج8، ص 167 .

4- الشيرازي، أبي إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ج2، ص 70، (د.ط.)، (د.س.).

5- ابن العربي، المصدر السابق، ج2، ص 307.

6- ابن قدامة، نفسه.

كما أن بعض الأهل قد تأخذهم الحمية لذوي قرابتهم خاصة من جهة الزوجة لأنهم يرون فيها الطرف الضعيف في العلاقة، فينصرونها دونما استفسار عن الأسباب الحقيقية للخلاف، فيحلمان بما تمليه العاطفة لا بما يقتضيه العقل والعدل.

- العدالة، فذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة¹، إلى اشتراط العدالة وعدم جواز بعث الفاسق، ولم يشترط الحنفية العدالة لأنهم يرون في الحكمين وكيلين وان الوكالة لا تحتاج للعدالة.

والأرجح هو قول الجمهور لان الحكم بالعدل يتطلب العدالة والاستقامة والحياد من أجل تجنب الجور والظلم.

ونخلص أن المشرع الجزائري قد أورد شرطا وحيدا، جاء في سياق المادة 56 من قانون الأسرة، وهو أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، فشرط القرابة، وهو احد الشروط المختلف فيها، والتي قال بها المالكية، تجعلنا نتساءل فيما إذا كان المشرع قد اخذ برأي ما يقتضيه هذا المذهب في جميع الشروط أم لا ؟

فرغم أن مذهب الإمام مالك هو المصدر التشريعي لهذه القاعدة القانونية، غير أن المشرع لم يتقيد بكل ما جاء فيه بخصوص إجراء التحكيم، كما سنرى لاحقا، وقد ورد في احد قرارات محكمة النقض المصرية ما يفيد هذا المعنى، حيث جاء فيه:

"لما كانت قواعد التحكيم (...) قد أخذت من مذهب الإمام مالك فإنه يجب الرجوع إلى هذا المذهب في بيان الشروط الواجب توافرها في الحكم فيما لم يرد به نص صريح، وإذا كان هذا المذهب يشترط الذكورة في الحكم على اعتبار أن طريقهم الحكم وليس الشهادة أو الوكالة فيتعين الالتزام بهذا الشرط وان لم يرد نص صريح في المادة السابعة بعد تعديلها، لما كان ذلك وكانت المحكمة لم تلتزم بهذا الشرط فيمن بعثتهم

1 - الدردير، الشرح الكبير، تحقيق: عليش، محمد، دار الفكر، بيروت، ج2، ص334، الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ج9، ص 604، (د.ط.)، ابن قدامة، مصدر سابق، ج8، ص 167.

حكما في الدعوى بان كان من بينهم امرأة مما يبطل التقرير المقدم من هؤلاء، الحكم المطعون فيه إذا اتخذ من هذا التقرير سندا لقضائه بالتفريق بدوره باطلا¹

الفرع الثاني

المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها

إن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، والتي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها هي " كافة المسائل التي لها علاقة بحالة الشخص القانونية إزاء الدولة والمجتمع كعمر الشخص وأهليتها و تحديد جنسه وجنسيته، وكذلك المسائل المتعلقة بتحديد وضعه العائلي كالزواج والطلاق والخطبة وفسخها وكذلك مسائل البنوة والإقرار والنسب...، فلا يجوز إخضاعها للتحكيم، فمثل هذه المسائل بطبيعتها تخرج عن نطاق القابلية الموضوعية للتحكيم"²، وهو ما قضت به المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

كما أضاف الفقه القانوني الحديث مسائل لا يجوز التحكيم بشأنها وهي ما يتعلق منها بالحقوق الشخصية، وهي " التي لا تعد مالا بين الناس"³، ومن بين هذه الحقوق، الحق بالسلامة الجسدية، والحق في السرية، وبشكل عام كافة الحقوق المتعلقة بالحريات الشخصية⁴، وقد تطور هذا المفهوم مع تطور حقوق الإنسان.

كما تلحق بمسائل حالة الأشخاص وأهليتهم والحقوق الشخصية، مسائلنا الحق في النفقة والحقوق الإرثية نظرا لأهمية النفقة بما توفره من حاجات أساسية للدائن بها .

1- نقض الطعن 13 لسنة 55 قضائية- جلسة 1986/03/11، مأخوذ عن: الشواربي، عبد الحميد، التحكيم والتصالح، مرجع سابق، ص 364-365.

2- بردان، إياد محمود، التحكيم والنظام العام، مرجع سابق، ص 300.

3- بردان، إياد محمود، نفسه، ص 302، وهي حقوق لا يمكن أن تكون محلا للتعاقد.

4- لكن يجوز التحكيم على التعويض الذي قد ينتج بسبب التعرض لأحد الحقوق التي تدخل في نطاق الحريات الشخصية، احمد خليل، قواعد التحكيم، دراسة معمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في التحكيم الداخلي، منشورات حليبي الحقوقية، 2003، ص 32، (د.ط.).

وإذا كانت مجمل الدول العربية قد أسندت عدم جواز التحكيم في مسائل معينة إلى قواعد النظام العام والقابلية للصلح (*)، فإن الفقه الفرنسي اسند منع قابلية المنازعات المتعلقة بالحالة الشخصية إلى معيار حرية التصرف في الحقوق¹. وقد انتقد من أجل ذلك بسبب أن مادة الأحوال الشخصية لا يمكن ردها إلى فئة الحقوق الشخصية، وإنما تتعلق بالحالة القانونية الموضوعية، فيكون من غير الممكن التصرف بها بسبب أنها تدخل ضمن سلطات الإرادة الفردية، لكن هذا الأخير يكون تحت سلطة القاضي الذي يعتبر حارس البيئة العائلية، فيستبعد التحكيم على أساس وجود مصالح عليا للمجتمع².

وقد ربط المشرع الجزائري إمكانية التحكيم بأهلية التصرف للشخص الذي يود اللجوء إليه، واشترط أن المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها لا يجب أن تتعلق بالنظام العام وأضاف حالة الأشخاص وأهليتهم، رغم أن ما أضافه يدخل في مسائل النظام العام التي تخضع إلى رقابة القاضي، بحيث يستبعد تماما إمكانية اللجوء إلى التحكيم بشأنها³.

المبحث الثاني

صلاحيات الحكمين وأثار التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

قبل البحث في صلاحيات الحكمين والسلطة الممنوحة لهما للبت فيما أوكل لهما، لا بد من التعرف على إجراءات تعيينهما ولمن تعود السلطة في ذلك وما يحدث في مجلس التحكيم، من خلال **المطلب الأول**، بعدها نبحت في الصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري للحكمين والحدود التي تتوقف عنها مهمتهما في التحكيم، من خلال

(*) - تعرضنا لهذه المسألة بالبحث في الفصل الأول، ص 31 وما بعدها.

1 - "يكون الحق قابلا للتصرف عندما يكون بإمكان حائزه أو صاحبه التفرغ عنه ببيعه أو التنازل عنه"، بوردان، إيباد محمود، المرجع السابق، ص 166.

2 - بوردان، إيباد محمود، نفسه، ص 303.

3 - ابرز الفقه الإسلامي ثلاث اتجاهات مختلفة حول الحقوق التي يجوز التحكيم بشأنها، فأما **الاتجاه الأول** فرأى أصحابه أن الحقوق التي يجوز التصرف فيها بالفعل أو الترك هي قابلة لأن تكون محلا للتحكيم، كالدعوى المتعلقة بالأموال والديون والبيوع والإجارة والرهن والطلاق والعتق، أما حقوق الله كالحدود في السرقة والقذف والزنا = والشرب واللعان، فلا يجوز أن تكون محلا للتحكيم، لأن التحكيم تفويض، ولا يصح إلا فيما يملك المفوض فعله بنفسه كالتوكيل.

وأما **الاتجاه الثاني**، فرأى أصحابه أن التحكيم لا يجوز في حدود الله وحقوقه المالية كالزكاة.

وأما **الاتجاه الثالث**، فقال أصحابه انه لا يجوز التحكيم إلا في الأموال، فلا يجوز في النكاح واللعان والحدود والقصاص، انظر في ذلك: أبو زيد رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 325-326.

المطلب الثاني، ومدى رقابة القضاء على العملية التحكيمية، في المطلب الثالث، وأخيراً نبرز أهم الآثار القانونية لعمل الحكّمين، في المطلب الرابع.

المطلب الأول

إجراءات التحكيم 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 حكّمين، وسنبحث فيما نعود سلطة ذلك، في الفرع الأول، لنقف بعدها على إجراءات مجلس التحكيم، في الفرع الثاني.

الفرع الأول

سلطة تعيين الحكّمين

إن اتخاذ إجراءات التحكيم يعد من الإجراءات الوجوبية بالنسبة للمحكمة والخصوم على السواء.

بالنسبة للمحكمة عليها اتخاذ إجراءات التعيين، كإعلان منها عن بداية مرحلة التحكيم ولا تلتفت إلى رفض الخصوم لهذا الإجراء، فليس لأي من الزوجين السلطة التقديرية في ذلك شأن هذه المرحلة ما يكون مع إجراء محاولة الصلح، فهي ملزمة للقاضي وليس للأطراف لكن يزيد الأمر هنا، في إجراء التحكيم، أن للزوجين حق تعيين من يمثلهما من الأهل، وذلك ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 56 من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "يعين القاضي الحكّمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين"، فالتعيين من مهام القاضي، وأما تسمية كلا الزوجين لمن يمثلهما من الأهل، ويفهم ذلك من سياق ما قضت به هذه الفقرة لأن القاضي لن يكون على دراية بأهل الزوجين ما لم يتم هذين الأخيرين بإيصال العلم إليه، لكن تبقى سلطته التقديرية سارية المفعول.

بالنسبة للحكمين فيما إذا كانا حائزين على شرط القرابة بالنسبة للزوجين¹، أما باقي الشروط وهي الذكورة والعدالة والعلم والدراية بأمور التوفيق والإصلاح، وهي شروط مختلف فيها بين الفقهاء وقال بها المالكية، فتبقى هي أيضا محل تقدير القاضي فيما يراه مناسباً لمعطيات ملف القضية.

لكن منح حق تسمية احد الخصوم لحكمه لا يعطيه الحق في التراخي في ذلك، بل 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 يسرّع من وتيرة العمل التحكيمي و من 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 دوراً ايجابياً تجاه الدعوى التي هي، بحسب الأصل، ملك للخصوم، لكن المشرع يسمح للمحكمة بان يكون لها دور بارز في تسيير الخصومة وكذلك في عناصر الدعوى ذاتها، الواقعية منها والقانونية².

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 الحكمين فيما يريانه مناسباً، فيكون تحديد مجلس التحكيم

1- جاء في المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، في فقرتها(ج)، أنه: "يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح، وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج، إن أمكن، وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح"، وهذا القانون معمول به في المحاكم الشرعية الفلسطينية أيضاً، القرم، ناصر جبر، المرجع السابق، ص 124.

2 - احمد، خلي، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 138.

يعود للزوجين والحكمين، بما يرونه يتوافق وأداء المهمة، فقد يكون مسكن احد الحكمين أو مسكن الزوجين¹.

ولأن المهمة التي يقوم بها الحكمين خطيرة، فعلى أساسها تتم استدامة الحياة الزوجية أو انقضاؤها، فعليهم أن يبذلا جهدا عظيما لاستقصاء أسباب الخلاف والشقاق بين الزوجين. ولا توجد طريقة معينة يلزم الأخذ بها دون غيرها بل أن ذلك متروك لفضيلة الحكمين وتقديرهما للأمور، فيتحدث كل محكم مع من يمثل بصرامة وانفتاح ليعرف واقع حاله وما يشكو منه وما يطلبه من زوجه ليهنأ ويستقر له العيش، ويتحاور معه للوصول إلى نتيجة للمصالحة، ثم يلتقي الحكمان ويتدارسا الأمر بصراحة ووضوح ويتفقان على رأي واحد، بعيدا عن الانفعالات النفسية.

وأحسن ما قيل بصدد هذا الغرض ما جاء عن القرطبي: "ويخلو الحكم من أهل الزوج به، ويقول له اخبرني بما في نفسك، أتوها أم لا؟ حتى اعلم مرادك، فإن قال: لا حاجة لي فيها خذ لي منها ما استطعت وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز، وإن قال إني أهواها فارضها من مالي بما شئت، ولا تفرق بيني وبينها، فيعلم أنه ليس بناشز"².

وكذلك يفعل الحكم من أهل الزوجة معها، فيخلو بها ليتبين له حقيقة ما في نفسها، مع التنبيه أن الحكم إن كان من محارمها فلا حرج في خلوته بها، وإن كان من غيرهم يتعين حضور من هو من محارمها رجلا كان أو امرأة، دفعا لشبهة الخلوة المحرمة³.

ومن الأساليب التي يحتاجها الحكمان، التلطف بالقول لعل الله يجعل في ذلك توفيقا لإصلاح ذات البين ورفع الشقاق، كما لهما استعمال أساليب الترغيب والترهيب فيرغبان احدهما في الآخر بذكر حسن الخلق والصبر والعفو، وإن لا يكره الزوج زوجته، لأنه إن كره منها خلقا رضي منها بآخر. كما يذكر الزوجة بعظم حق الزوج

1- بينت المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، أن مهمة الحكمين تقضي أن يتوجه الحكمان إلى بيت الزوجين ليبحثا معهما أسباب الشقاق، انظر في ذلك: أبو هشيش، أحمد محمود، الصلح وتطبيقاته، مرجع سابق، ص 162، فالمشرع الأردني حدد أحكام انعقاد المجلس التحكيمي.
2 - القرطبي، المصدر السابق، ج5، ص 175 .
3 - القرطبي، المرجع السابق، ص175.

وفضل طاعته في غير معصية الله، وأن في الصبر على ما تكره خيرا كثيرا وأن لا تكون ممن يكفرون بالعشير.

وعليه فان دور الحكمين هو مخاطبة روح الإيمان في نفسي الزوجين ليكون له الوقع المطلوب في التأثير عليهما¹، وعلى الحكمين تحري العدل والإنصاف ما استطاعا ولا يميلا إلى احد دون الآخر.

كما أن ما يحتاجه الحكمان والزوجان على السواء هو صدق النية وصلاحها، وإرادة التوفيق، لقوله تعالى: { **إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** } (النساء: الآية 53).

ولكي يؤدي الحكمان هذا الدور بفعالية يجب أن يقوم مجلس التحكيم بحضور جميع أطرافه وبالخصوص الزوجان، لأنهما محور العملية التحكيمية، فيثار التساؤل هنا حول مدى تأثير غياب الزوجين عن مجلس التحكيم؟ وما موقف الحكمين، هل ينقطعان عن النظر في النزاع؟

لم تشر أحكام المادة 56 من قانون الأسرة، عن اثر غياب احد 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.

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

وهو ما جاء عن ابن قدامة، حيث قال: "فان غاب الزوجان أو احدهما بعد بعث الحكمين جاز للحكمين إمضاء رأيهما إن قلنا أنهما وكيلان لان الوكالة لا تبطل الغيبة، وان قلنا إنهما حكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم لان كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه، والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم"².

1 - أبو زيد، رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 330.

2- ابن قدامة، المصدر السابق، ج 5، ص 172.

فان أخذنا بالقول الأول، وعلى اعتبار أن التحكيم قضاء قي نواح كثيرة، فان المادة 290 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قضت أنه في غياب المدعي دون سبب مشروع جاز الفصل في موضوع الدعوى بطلب من المدعى عليه، وان لم يحضر هذا الأخير أو وكيله أو محاميه يفصل القاضي غيابيا (المادة 292)، وهو يتوافق مع ما قال به الفقهاء في مسألة كون الحكمين حاكمان لا وكيلان.

ولما كان المشرع ألزم الحكمين بتقديم تقرير عن المهمة التي أوكلت لهما، فذلك يدل على انه اعتبر الحكمين مجرد وكيلين، مخالف 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.

المطلب الثاني

صلاحيات الحكمين

لا خلاف في أن المهمة الأولى للحكمين، سواء كانا وكيلين أم حاكمين، هي إصلاح ما فسد بين الزوجين، والوقوف على مكامن الخلل في العلاقة الزوجية لإعادة المودة

بينهما، الفرع الأول، لكن ذلك لا يعني عدم تبيان المسئول عن الخطأ ومحاولة إزالة الضرر، ولو بالتفريق بينهما، الفرع الثاني.

الفرع الأول

سلطة الحكيم في الإصلاح

يرى جمع من الفقهاء أن مهمة الحكيم مقصورة على الإصلاح وليس لهما أن يفرقا بينهما بعوض أو بغيره إلا برضا الزوجين وتوكيلهما، فيوكل الزوج الحكم من قبله بطلاق أو خلع وتوكل الزوجة الذي من قبلها بقبول الطلاق أو بذل العوض، وهذا منهج الأحناف والشافعية في احد القولين والحنابلة في الرواية الأولى، وقول الظاهرية أيضا¹.

فإذا استعصى الحل كان للحكيم أن يعاقبا المسيء، فإذا كان هو الزوج، حاولا إقناعه بشتى الوسائل بإصلاح حاله وتغيير معاملته نحو زوجته، فان استجاب وأصلح من أمره كان ذلك خيرا وان لم يستحب، حجبا عنه امرأته واجبروه على النفقة عليها.

وإن كانت الزوجة هي المسيئة بذلا معها الجهد لإقناعها بدوام الحياة الزوجية وإصلاح أمورها وتغيير معاملتها، فان استجابت فذلك خير، وان لم تستجب ألزموها بالطاعة لزوجها ومنعوها النفقة إلى أن تندم على عصيانها.

والحجة في ذلك، قوله تعالى { **إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** }، فأتى الفهم

بان الله، سبحانه وتعالى، حصر مهمة الحكيم في الإصلاح بين الزوجين ولا يثبت لهما غير ذلك، وأن الطلاق من حق الزوج وبذل المال من حق الزوجة، فلا يجوز إلا بإذنها، كما أن القاضي، وه و صاحب الولاية العامة، لا يملك التفريق في حال عدم ثبوت الضرر، فكيف يملكها الحكمان وهما صاحبا الولاية الخاصة؟²

الفرع الثاني

1- انظر في ذلك: القرطبي، المصدر السابق، ج 5، 115-117، ابن قدامة، المصدر السابق، ج 8، ص 168، الشافعي، الأم مصدر سابق، ج5، ص 194، ابن حزم، المصدر السابق، ج10، ص 87.
2- أبو زيد، رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 335، الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج1، ص471-473، (د.ط.)، (د.س.)، الزحيلي، وهبه، المرجع السابق، ج9، ص496.

سلطة الحكّمين في إيقاع الطلاق

ظهر تيار آخر في الفقه الإسلامي يرى أن الحكّمين حاكمان لا وكيلان، فلهما أن يفعلوا ما فيه المصلحة العامة من جمع وتقريب بغير رضا الزوجين كالحاكم أو القاضي ينظر في الخصومة فله أن يفرق بين الزوجين بعوض ولو لم يرض الزوج الذي يملك الطلاق

كما لهما أن يختلعا بشيء من مال الزوجة وان لم تأذن بذلك، وهو ما قال به المالكية وأحد قولي الشافعية والحنابلة في الرواية الثانية¹. وجاء عن ابن القيم: "والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان والله قد نصبهما حكّمين وجعل نصبهما إلى غير الزوجين"².

فإذا رأى الحكّمان، بعد دراسة المشكلة وظروفها وبعد بذل المسعى في تأليف القلوب وجمع الشمل، أن استمرار الحياة الزوجية يؤدي إلى استمرار الآلام وشدة النزاع ومضاعفة الصراع فيكون الطلاق هو الحل للتسريح بالإحسان وإنهاء الخصومات بإخراجها من جدران المحاكم³.

نخلص في نهاية هذا المطلب أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي القائل بأن الحكّمين وكيلان، لا تعدو مهمتهما الإصلاح بين الزوجين، وذلك من خلال ما ورد في نص المادة 56 من قانون الأسرة، أن الحكّمين يقدمان تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين، وكذا ما ورد في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي قضت بأنه إذا تم الصلح من طرف الحكّمين يثبت ذلك في محضر بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ووضعت المادة 449 من نفس القانون، جزاء لعدم توصل الحكّمين للصلح وهو إنهاء مهامهما، فالقاضي بإمكانه العدول عن الوكالة وسحبها منهما.

إن هذا الاتجاه القانوني يتماشى مع قول الحنفية أن الحكّم شاهد، والشاه د في القضاء لا يزيد عن دوره في أداء شهادته والإدلاء بها في مجلس الحكم، أم ا أمر

1 - القرطبي، المصدر السابق، ج5، ص 115، ابن قدامة، المصدر السابق، ج8، ص 168.
2 - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1995، ج5، ص 172، (د.ب).
3 - أبو زيد، رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص 332.

إصدار الطلاق أو غيره من الحلول المناسبة فمَنوط بالقاضي وحده. واستحسن الأستاذ داودي ذلك، "تفاديا لوقوع أي تلاعب في أمر خطير كالطلاق"¹، لكن بهذا النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري أفرغ نظام التحكيم من محتواه وأذهب بجوهره، كما لم يتبنّ مذهب المالكية إجمالا بل فصل فيه، فاخذ بجزء التفريق للضرر والشقاق واسقط قول المذهب بأن الحكمين حاکمان لا وكيلان وأن لهما سلطة الجمع و التفريق بحسب ما يريانه من المصلحة²، ويرى الأستاذ الزحيلي، ما فيه مخالفة لهذا الرأي بأن: "الحكمين يوقعان الطلاق بناء على التفويض الكامل من القاضي فإن قيّد القاضي صلاحية الحكمين برفع تقرير كما ذهب القانون، لم يكن في الأمر مخالفة للمالكية"³.

كان بالإمكان تفادي الكثير من حالات الطلاق والخصومات الزوجية لو أن القضاء أشرك في ذلك الحكمين العدلين من أهل العلم بأحكام الشرع في التفريق والجمع والإصلاح بين الأزواج، والواقع أن الشقاق مهما اشتد فإنه قابل للزوال، فلا يصح التطبيق بسببه إلا في حالة ما أدى هذا الشقاق أن يسوق المرأة إلى كره الزوج، الشيء الذي يؤدي إلى مفاسد خلقية واجتماعية كالخيانة، فهنا وجب التفريق بين الزوجين⁴.

المطلب الثالث

رقابة القضاء على العملية التحكيمية

- 1- داودي، عبد القادر، وقوع الطلاق من غير الزوج، مرجع سابق، ص214.
- 2- نصر، سليمان و سطحي، سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003، ص134، (د.ط.).
- 3- الزحيلي، وهبة، المرجع السابق، ج9، ص497.
- 4- حسن، علي عوض، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص342، (د.ط.).

إن استحكام الخلاف بين الزوجين من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي على ضوء ما يتبينه من ملف الدعوى، فإذا لم يثبت الضرر بعث بالحكمين لتحري أسباب الشقاق ويمارس رقابته عليهما منذ تعيينهما إلى غاية تقديمهما للتقرير عن المهمة التي أوكلت لهما، فنبحث في مدى التزام الحكمين بتقديم هذا التقرير ومدى التزام المحكمة بالأخذ بما توصل إليه في الفرع الأول، وكيفية إنهاء إجراءات التحكيم بين الزوجين، في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التزام الحكمين بتقديم تقرير للقاضي

إن التقرير الذي يرفعه الحكمان إلى القاضي لا يشترط فيه تعليل وتسبيب ما توصل إليه لأن رأيهما في ما وقفا عليه من أسباب الخلاف هو معيار الصحة، فقد يحكمان بالصلح، أولاً، كما قد يحكمان بالفرقة، ثانياً، فإلى أي مدى قد تكون المحكمة ملزمة بالأخذ بما توصل إليه؟

أولاً: الحكم بالصلح في ضوء تقرير الحكمين:

مما ورد في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ما يلي: "إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن"، هذه المادة تعلن أن القاضي ملزم بالأخذ بما انتهى إليه الحكمان في حالة وحيدة، وهي إصلاحهما للشقاق الذي وقع بين الزوجين، بحيث يثبت في محضر يصادق عليه القاضي، أما خلاف ذلك، أي إذا انتهى إلى التفريق بينهما، لأن حالهما مستعصية على الإصلاح والتوفيق، فإن القاضي غير ملزم بتبني رأيهما، مما يجعلنا نتساءل عن التكييف القانوني لعمل الحكمين في دعاوى التظليق للشقاق، في حالة الصلح بين الزوجين؟

نجد انه ليس الحكم بالمعنى القانوني للكلمة، إنم ا هو اقرب إلى الشهادة على واقعة معينة¹، هي بالتحديد وقوع الصلح بين الزوجين المتخاصمين. ولما كانت هذه الوقائع بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ولما كان الحكمان من الأهل فقد أجازت المادة 153، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سماع شهادة الأقارب في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، كاستثناء من الأصل²، غير أن ما يشهد به الحكمان حول واقعة الصلح ويتم تحريره في تقرير يقدم إلى المحكمة، فيخرج بذلك، م ا يقدمه الحكمان، عن صفة الشهادة.

مما جاء عن الأستاذ العيش أن: "تقرير الحكّمين مثله مثل أي وسيلة أو وثيقة من وسائل الإثبات، التي يمكن أن تساعد القاضي دون أن يكون ملزماً بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم"³، فنعتبر أن تقرير الحكّمين يدخل ضمن المحررات العرفية التي تقدم كسندات إثبات على عملية الصلح، اكتسبت الرسمية من خلال تثبيتها بمحضر يصادق عليه القاضي المختص بنظر الدعوى.

ولما كان من أهم نتائج التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح هي أن المحكم بالصلح لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي، ورغم أن مصدر السلطة في التحكيم، تعاقدية وموضوعها قضائي مما أكسبه طبيعة مختلطة، تجعل من وظيفة المحكم تنحصر في مجرد النطق بالحق أما وسائل الإجمار فهي تخرج من متناوله، ولا تكون إلا بيد القضاء⁴.

غير انه يعتد بالشكل الخاص الوارد على عملية التحكيم ككل، وهذا الشكل يلزم الحكّمين حتما في مراعاة تحرير التقرير وإيداعه في مدة محددة، وه و ما قضت به

1- احمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 137، اعتبر احمد خليل عمل الحكّمين بمثابة الشهادة، لأنّه يتم حلف اليمين من طرفهما حسب قانون الأحوال الشخصية المصري، الشيء الذي يبرر ما ذهب إليه، لكنّ المشرع الجزائري سكت عن كل ما من شأنه أن يسبغ عمل الحكّمين بالمصادقية، كحلف اليمين مثلاً.

2- "لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع احد الخصوم"، المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- العيش، فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، طبعة جديدة، مطبعة طالب، الجزائر، 2008، ص 43.

4- غصن، خلي عمر، المرجع السابق، ص 55.

المادة 56 من قانون الأسرة: "...، وعلى هذين الحكامين أن يقدموا تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين".

وهذه الأحكام قصد بها المشرع مراقبة عمل الحكامين، حرصاً منه على مصلحة الزوجين والتحقق من أن ما جاء في تقريرهما (الحكام)، قد توافرت فيه الشكلية المطلوبة تمهيداً لتنفيذه، وحتى يظهر جهد الحكامين بإثباته كتابة وقت محاولة الإصلاح¹. فوجب القانون أن يكون عدد الحكام اثنين، وهذا ما قضت به المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومما جاء فيها: "...جاز للقاضي أن يعين حكماً اثنين لمحاولة الصلح بينهما.."، وأن يكونا من الأهل، "يعين القاضي الحكامين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة" (المادة 56 من قانون الأسرة)، ومخالفة هذه القواعد الآمرة، يرتب بطلاناً متصلاً بالنظام العام، حتى ولو لم يصرح المشرع بذلك لأنه من القواعد العامة.

إن القاعدة المعتمدة في نظام الطعن، عمومياً، أنه لا يصح الحديث عن عدم جواز الطعن إلا إذا نص المشرع على ذلك² ومنعه بنص صريح، ولكي لا يفلت تقرير الحكامين من مراقبة القضاء فقد قرر له المشرع عدم قبوله أي طعن، بغية الاستقرار الفوري للمراكز القانونية التي حسمها تقرير الحكامين بالصلح وبقاء الزوجية على حالها. كما أن ما حكم على أساسه الحكمان هو قواعد العدل والضمير وليس على أساس قانوني، لذلك فهو غير قابل لأي طعن، لأن التنازل عن تطبيق القانون مرتبط بالتنازل عن الاستئناف³.

1 - الجندي، احمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج - الطلاق - التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر، ج 1، 2006، ص 404، (د.ط.).

2 - أحمد، خلي، قواعد التحكيم، مرجع سابق، ص 215.

3 - الأحذب، عب الحميد، التحكيم أحكامه ومصادره، المرجع السابق، ص 301، (د.ط.).

ثانيا: الحكم بالتطليق على ضوء تقرير الحكيمين:

من المقرر في المذهب المالكي انه إذا اتفق الحكمان على رأي، نفذ حكمهما وأمضاه القاضي دون تعقيب¹، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 56، من قانون الأسرة، حيث جاء فيها: "... وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما"، وأكد هذا المعنى ما قضت به المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "إذا تم الصلح من طرف الحكيمين.."، فأخ ذ القاضي بما اتفق عليه الحكمان، وهو الصلح والتوفيق بين الزوجين.

و بمفهوم المخالفة، نكون أمام افتراضين:

الافتراض الأول: وهو أن يتفق الحكمان على التطليق، وهو ما لم يصرح به المشرع الجزائري، لأنه رفض منح هذه السلطة للحكيمين، واعتبرهم اوكيلين عن القاضي، لا يخرجان عن حدود الوكالة التي منحت لهما، وإلا جاز له سحبها منهما.

لكن محكمة النقض المصرية قضت بخلاف هذا النهج، حيث جاء عنها:

"...المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكيمين طريقتها الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وانه إذا اتفقا على رأي نفذ حكمهما ووجب على الحاكم إمضائه دون تعقيب، لما كان كذلك، وكان الثابت في تقارير حكم محكمة أول درجة أن الحكيمين قدما تقريرا انتهيا فيه إلى انه "... لا خير في هذه الزيجة .." ورتب الحكم على ذلك اتفاق الحكيمين على وجوب التفريق بين الزوجين وقضي بالتطليق، فانه لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون"².

1 - الفقي، عمرو عيسى، الطاعة والنشوز...، مرجع سابق، ص 126. وقد روي عن علي، رضي الله عنه، انه عندما بعث بحكيمين بين زوجين، قال لهما: " عليكما إن رأيتما أن تجمعا فاجمعا وإن رأيتما أن تفرقا ففرقا"، ذكره القرطبي، مصدر سابق، ج5، ص177.

2- طعن رقم 13 لسنة 41، قانون أحوال الشخصية – جلسة 1975/05/28، نقلا عن: الفقي، عمرو عيسى، الطاعة والنشوز...، نفسه، ص 131. إن ما قرره محكمة النقض من خلال هذا الطعن، يوجد سنده في القانون رقم 100 لسنة 1985، وان دور المحكمة يقتصر على توثيق ما انتهى إليه الحكمان، لكن بعد صدور القانون رقم 1 لسنة 2000 فان المادة 20 منه أعادت تنظيم المسألة، ليصبح ما انتهى إليه الحكمان لا يقيد المحكمة على أي وجه من الوجوه، فان انتهيا إلى التطليق أو اختلفا فلا تأخذ المحكمة برأيهما. وتفسير هذا التحول في نهج المشرع المصري مرده إلى الرغبة في بسط رقابة اكبر على عمل الحكيمين، وهو نفس نهج المشرع العراقي الذي نص من خلال المادة 41 في فقرتها الثالثة، من القانون رقم 188 لسنة 1959 المعدل: " على الحكيمين أن يجتهدا في الإصلاح فان تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فان اختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا" =

الافتراض الثاني: وهو أن يختلف الحكمين ، فيطلق أحدهما ولا يطلق الآخر، وهذا أيضا مردود، ولا يمضيه القاضي، بل إن المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قضت بأنه يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين إذا تبين له صعوبة تنفيذ مهمة التحكيم، وان يعيد القضية إلى الجلسة لتستمر الخصومة .

وتكمن الصعوبة، إما في تعنت احد الزوجين وإصراره على الانفصال، فإن اتفق الحكمان على الاستجابة والحكم بالتطليق، فحكمهم ا مردود، وإما أن يختلفا فيطلق حكم ولا يطلق الحكم الآخر، وتقريرهما مردود أيضا.

غير أن محكمة النقض المصرية بنت رفضها لتقرير الحكمين على أسباب ضمنيتها 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 ببداء 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 ببداء"¹.

هذا ونصل في الأخير إلى أن من آليات الرقابة التي تمارسها المحكمة على عمل الحكمين هو اعتبار تقرير الحكمين مجرد رأي استشاري يستأنس به قاضي الموضوع ليكون في عقيدته توافر عناصر الضرر من عدمه، فيصدر حكمه على أساسه (*). لكن ليس له أن يعدل في التقرير بأي حذف أو إضافة، فهو إما يأخذ به جملة وإما يردّه.

=ويمكن رد هذا النهج إلى الرأي الفقهي الذي جاء فيه: "إن اختلف الحكمان لم ينفذ قولهما ولم يلزم من ذلك في شيء إلا ما اجتمعا عليه"، القرطبي، المصدر السابق، ج5، ص177.

1- الفقي، عمرو عيسى، الطاعة والنشوز..، مرجع سابق، ص 134.

(*)- إن مهمة الحكمين من خلال تقريرهما، لا تقوم على رؤية الضرر الواقع على الزوجة وإنما على ما أثاره الزوجان أمامهما وهذا ما تدور عليه أقوالهما، وليس كما فهم قضاة المحاكم الابتدائية، وعلى أساس فهمهم لم يسعوا إلى تطبيق المادة 56 من قانون الأسرة، وهو أن الحكمين يقومان بإثبات الضرر الذي لم تستطع الزوجة إثباته.

الفرع الثاني

انقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين

ينقضي التحكيم بين الزوجين لأحد الأسباب التالية:

- 1- إذا صدر تقرير الحكّمين في المدة المحددة له متضمنا الصلح بين الزوجين، وهي النتيجة الطبيعية لانقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق، فتنقضي الدعوى على إثره .
 - 2- إذا لم يصدر حكم في النزاع بسبب صعوبة المهمة وعدم تبيان مصدر الضرر، حتى على حكّمين من الأهل، فيجهل عليهما الحال، لينهي القاضي مهامهما تلقائيا وتعاد الخصومة إلى عهدا الأول للنظر فيها، وهو ما أكدته المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فينقضي التحكيم بزواله كأن لم يكن.
- هذا ما قرره القاعد القانونية المتعلقة بالتحكيم، في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية. لكن بعض التشريعات العربية قررت غير ذلك، فإذا ما قدم الحكّمان تقريرهما منتهيان إلى اختلافهما أو عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين، قررت المحكمة بعث حكم ثالث¹ بذات إجراءات بعث الحكّمين. وأن يكون خبيراً بأحوال الزوجين وله القدرة على الإصلاح، فيعاود الحكّمين مع الحكم الثالث القيام بالمهمة مرة أخرى².

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي أن يضمن حكمه الذي سيصدره في الدعوى على ما يدل انه قام باجراءات التحكيم حسب ما اقتضته المادة 56 من قانون

1 - جاء في نص المادة 776، من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي لسنة 1954 في الفصل الثاني منه حول التحكيم بين الزوجين، أنه: " إذا اختلف الحكّمان أمرتهما المحكمة بمعاودة البحث فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما"، (ج.ر.مؤرخة في 1954/02/20)، وجاء في نص المادة 114 في فقرتها الرابعة، من قانون الأحوال الشخصية السوري أنه: " إذا اختلف الحكّمان حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثا مرجحا.."، وقرر المشرع الأردني من خلال المادة 132 في الفقرة (ح)، لقانون الأحوال الشخصية، أنه: "إذا اختلف الحكّمان، حكم القاضي غيرهما أو ضم إليهما ثالثا مرجحا، وفي الحالة الأخيرة يؤخذ بقرار الأكثرية"، واخذ المشرع المصري بنفس الأمر من خلال القانون رقم 100 لسنة 1985، في مادته 11، لكنه بعد تعديل هذا الأخير بمقتضى القانون رقم 1 لسنة 2000، تضمنت مادته 19 إن اختلف الحكّمين لن يمنع المحكمة من الانتقال إلى نظر الموضوع والحكم فيه، انظر في ذلك على التوالي: المنشاوي، عبد الحميد، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، 1995 ص 273، (د.ط.)، الزحيلي، وهبة، المرجع السابق، ج 9، ص 497، أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته، مرجع سابق، ص 164، أحمد، خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 132.

2 - الشواربي، عبد الحميد، التحكيم والتصالح، مرجع سابق، ص 372.

الأسرة، فلا يثبت عليه تخلف القيام بإجراء جوهري يؤدي إلى تعريض الحكم إلى النقض، وذلك قياساً على أثر تخلف إجراء محاولة الصلح المقررة في نص المادة 49 من نفس القانون.

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

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

2 - بعزل احد الحكمين أو كليهما لعدم الصلاحية للتحكيم مما يوجب على القاضي تعيين حكمين آخرين.

3 - بوفاة احد الزوجين فتنتحل الرابطة الزوجية بسبب الوفاة، كما قضت بذلك المادة 47 من قانون الأسرة، فلم يعد هناك محل للتحكيم ولا سبب لقيامه.

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

5 - تنحي الحكم عن مهمة التحكيم، والمبدأ أنه، لا يجبر احد على قبول مهمة التحكيم، ومن ثم إذا قبلها وجب عليه إتمامها، إلا إذا وجد سبب جدي يمنعه من الاستمرار، كان يصيبه مرض يمنعه حتماً من التحكيم.

وزوال التحكيم أو صفة احد الحكمين لأي سبب من الأسباب، كالوفاة أو العزل أو فقد الأهلية أو التنحية عن أداء مهمة التحكيم، يزول ويسقط على أثره التحكيم، ويعتبر كأنه لم يكن بسبب فقد لركن جوهري¹، وأي قرار يصدر من احد الحكمين أو كليهما بعد انقضاء إجراءات التحكيم، يعتبر باطلاً.

1- أبو الوفاء، احمد، المرجع السابق، ص 193.

المطلب الرابع

الآثار القانونية للتحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق

يرتب التقرير المتضمن لإجراءات التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق، بعد صدوره بالكيفية المطلوبة وخلال المدة المحددة، وفقاً للشكل الذي حدده القانون، آثاراً مهمة على التقرير ذاته، الفرع الأول، وعلى عمل الحكّمين، الفرع الثاني.

الفرع الأول

الآثار القانونية لتقرير الحكّمين

إن التشريعات العربية التي أخذت على عاتقها، اعتبار الحكّمين طريقيهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وبالتالي نفاذ حكمهما وامضاء القاضي له، فإن حكماً في تقريرهما بالتفريق بين لزوجين، فلا يقع شرعاً أو قانوناً بمجرد رفعه إلى القاضي، ومن ثم لا أثر له إلا بعد أن تضمّن نتيجته في الحكم الذي يفصل بموجبه في الدعوى المعروضة أمامه، بحكم قضائي مستوف لشروطه المطلوبة. وبذلك يقع الطلاق، وتبدأ عدة الزوجة من تاريخ صدور الحكم عن القاضي وليس من تاريخ رفع التقرير إليه.

ولما اعتبر المشرع الجزائي الحكّمين وكيلين، وبالتالي، إن شاء استأنس القاضي بشهادتهما حول أوضاع الزوجين واعتمدها في حكمه الذي يفصل بموجبه في النزاع، بحيث يجد في تقريرهما ما يزيد في قناعته حول ما تدعيه الزوجة، فإما يحكم عليها بالرجوع، وإما يحكم لها بالطلاق، أين تبدأ عدتها في السريان من تاريخ صدور حكم القاضي بذلك.

وننوه أن عدم صيرورة تقرير الحكّمين ملزماً، مرده إلى خاصية "الولاية الخاصة"¹ التي يتصف بها التحكيم عموماً، مما يجعل من ذلك مبرراً لرفض سبغ تقرير الحكّمين بالحجية اللازمة.

1 - "الولاية الخاصة: هي إمضاء القول على الغير المعيّنين بذواتهم أو بأوصافهم"، التحيوي، محمود السيد، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2001، ص 80.

الفرع الثاني

الآثار القانونية لعمل الحكيم

قد يكفل أي عمل بالنجاح، كما قد يكفل بالفشل، ويخلف لأجل ذلك آثاراً، مما يدعو إلى البحث عن أثر نجاح المهمة التحكيمية، أولاً، وأثر فشلها، ثانياً.

أولاً: أثر نجاح المهمة التحكيمية:

إن توصل الحكيم إلى إنهاء الخلاف والشقاق بين الزوجين بالصلح، يفيد أنه تحقق الغرض الذي من أجله قامت المحكمة بإجراءات التحكيم، مما يلزمها بإثباته في محاضرها، لتتقضي بذلك الخصومة تبعاً لانقضاء الدعوى بالصلح، (المادة 220 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية). وحينها تستنفذ المحكمة ولايتها، بسبب حسم النزاع بين الزوجين صلحاً، مما يرتب عدم جواز نظر الدعوى من جديد.

ثانياً: أثر فشل المهمة التحكيمية :

إن فشل الحكيم في مهمة التحكيم التي أوكلت لهما، يتطلّب من القاضي التدخل لإعادة الخصومة إلى القضاء، فهل عليه عرض الصلح مرة أخرى على الخصوم؟ إن سبب التجاء القاضي إلى إجراءات التحكيم هو فشله في محاولات الصلح كإجراء أولي في دعاوى التطلاق، التي أجراها قبل ذلك. وفشل الصلح والتحكيم لا يغني عن وجوب معاودة النظر في ملف القضية وفي وسائل الإثبات المعروضة أمامه ومحاولة الفصل في النزاع، إما بالاستجابة إلى طلب الزوجة إلى التطلاق فيحكم به، وإما رفض طلب المدعية وإلزامها بالرجوع إلى بيت الزوجية بسعي من الزوج وتحميلها كافة المصاريف القضائية.

وفي انتظار البت بهذا الحكم، فإن ه يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في التدابير المؤقتة، والمتعلقة بالنفقة والحضانة والزيارة والسكن، إن لزم الأمر، وهو ما قضت به المادة 57 من قانون الأسرة.

ونخلص إلى أن الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق، طلاقاً بائناً، لأن السعي الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول مرة¹، و أن الإثبات هو محور الأمر كله، وعليه يفصل القاضي فيما عرض عليه من نزاع، لذلك يجب وضع قيود عليه حتى يصادف الحكم بالتطليق سبباً يقوم عليه فعلاً.

1 - ابن العربي، المصدر سابق، ج1، ص 425.

خلاصة الفصل الثاني:

إن التحكيم في اللغة يفيد تفويض الأمر للغير، من أجل القضاء والفصل بعدل في كل شقاق وتنازع، و قد اتفق جميع الفقهاء على أن التحكيم يتم بإرادة أطراف النزاع وبرضاهم، وان الشرط في المحكم الصلاح، وله ولاية خاصة بحيث ينفذ حكمه عليهم. و مفهومي التحكيم والشقاق متلازمان، فأينما يكون استحكام الخلاف والشقاق، تطلب تدخل أهل الثقة للفصل بعدل بين المتخاصمين.

و يتفق مفهوم التحكيم مع مفاهيم تتشابه معه، لكن ه يبقى محتفظا بخصوصيته التي تميزه عن تلك التي تتضمن مفهوم الصلح والقضاء والوكالة.

ورغم ثبوت مشروعية الصلح بالكتاب و السنة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في طلب التحكيم بوجود القضاء.

وظهرت حديثا نظريات تفسر الطبيعة القانونية للتحكيم، حيث اختلف فقهاء القانون أيضا حولها، فمنهم من يقول بالنظرية العقدية للتحكيم، في حين اتجه آخرون إلى القول بالنظرية القضائية له، لكن يبقى التحكيم بين الزوجين له خصوصيته، فهو تعاقدية في نشأته وقضائي في وظيفته، بحيث تغلب عليه المصالحة مما يجعله أدنى من الحكم القضائي.

و اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين، يتطلب عجز الزوجة عن إثبات الضرر الذي لحق بها من طرف زوجها، وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وشرط الضرر أن يكون من الزوج دون غيره ولازم غير مؤقت، بحيث لا قدرة على الزوجة على تحمله. كما أن التحكيم بين الزوجين يستدعي صدق النية من الزوجين والحكمين على السواء غير أن اختلاف الفقهاء طال سلطة الحكمين، أيضا، فمنهم من يرى أن مهمتهما مقصورة على الإصلاح دون التفريق، فيما يرى البعض الآخر أن سلطتهما تتضمن الإصلاح والتفريق بحسب ما تقتضيه المصلحة، وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الأول، ليضع العملية التحكيمية تحت رقابة القضاء.

ربما كان عنوان هذه المذكرة يجسد طموحا أكبر مما تمكنت من الوصول إليه،
غبي أن ذلك لا يمنع من الوقوف على بعض النتائج لعلها تسهم في إثراء الموضوع،
أهمه:

- مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والأئمة والعلماء، لما في إنهاء الخصومة بالصلح من تحقيق للعدل.
- العملية الصلحية لا تعزوها النصوص القانونية لإثبات جوازها ومشروعيتها بل أن تحاط بوسائل فعالة، تخدم القاضي والمتقاضي.
- إن السياسة التشريعية وقّقت، لما جعلت أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف وأن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذها، لأن الطلاق مرتبط بحساب العدة الشرعية في حالة الطلاق الرجعي.
- إن المادة 49 من قانون الأسرة جعلت - بعد تعديلها - من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح، مما يفيد تأكيد المشرع على وجوبها واعتبارها من الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام.
- الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالنظام العام، كقاعدة عامة، لكنه يجوز على المصالح المالية المتعلقة بهما.
- الطلاق الذي يوجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح هو الذي عبرت عنه الإرادة التشريعية من خلال ما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة.
- أوجبت المادة 49 القيام بمحاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق، فيجوز عرض الصلح قبل نظر الدعوى، أو قبل اتخاذ إجراءات الإثبات فيها، أو قبل النطق بالحكم.
- من بين الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري من أجل الحدّ من الطلاق التعسفي، أن جعل حل الرابطة الزوجية تحت الإشراف الفعلي للمحكمة ، وأيضا الإصلاح بين الأطراف المتخاصمة من خلال جلسات الصلح التي يقوم بها القاضي بنفسه.

- محاولة الصلح تحكمها شروط تلزم المحكمة المختصة بالتحقق من توافرها من أجل أن يكون العمل القضائي حائزا على قوة الحقيقة القانونية.
- مدة محاولة الصلح ومدة العدة تتطابقان في وحدتهما الزمنية وكذا في تاريخ سريان حسابهما في حالة وحيدة ، هي تلفظ الزوج بالطلاق يوم بداية جلسة الصلح الأولى.
- اهتمت الشريعة الإسلامية بالقضاء اهتماما لم تعرفه باقي التشريعات من خلال تشددها في الشروط الواجب توافرها في القاضي ؛ ليكون أهلا لهذه الوظيفة الجليلة.
- إن أهمية التخصص تكمن في إجادة العمل والقدرة على الاستيعاب والانجاز ومعرفة خبايا نوع معين من القضايا ، مما يكسب القاضي الكثير من الجهد والوقت.
- لقد ترك المشرع الجزائري فراغاً كبيراً في قانون الأسرة بصدد كثير من المسائل، لم تتيسر تغطية هذا النقص عملياً بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة ، في إحالتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية ؛ بسبب نقص التكوين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائرية.
- إن علم القاضي بالأحكام الشرعية ضروري لبيان ما يحلّ وما يحرم من الأنكحة وانتهائها، واحتساب العدة وغيرها، فعلمه هذا مصدر مهم في سلطته التقديرية.
- إن التداخل بين أعمال القضاء وأعمال الإدارة جد متلازم، لذلك من الصعب وضع معيار دقيق يفصل بينهما . كما أن محاولة الصلح من صميم العمل القضائي من حيث المضمون والشكل أيضا بدليل أن العملية الصلحية تفرغ في محضر يسمى محضر الصلح يوقع عليه القاضي والأطراف وكاتب الضبط.
- محضر الصلح، كسند تنفيذي، له حجية منقوصة.

- إن التوصل إلى الصلح بين الزوجين يجب أن يصدر فيه حكم بانقضاء الدعوى يتم فيه التسبيب، بإبراز مساعي الصلح ونتائجه الإيجابية وإرفاقه بمحضر الصلح. وفي حالة الفشل، يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.
- تعريفات فقهاء القانون للتحكيم، جاءت مرتبطة بالمجال القانوني الذي تخصص فيه كل واحد منهم.
- التحكيم بين الزوجين يقوم بتوافر شروط معينة لا تقوم في سائر الخصومات لخصوصية المنازعة في فك الرابطة الزوجية في حد ذاتها .
- المخاطب بتعيين الحكيم، ولأه الأمر أو القضاة.
- 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 علي.
- تختلف قواعد التحكيم عن قواعد الوكالة في أحوال كثيرة، واعتبر القضاء أعلى مرتبة من التحكيم، كما أن حكم المحكم لا يخرج عن الولاية الخاصة.
- التحكيم بين الزوجين نظام تعاقدى في نشأته ولكنه قضائى في وظيفته، رغم انه لا يخضع لجميع قواعد الأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الدولة.
- الضرر الذي يجيز طلب التطلاق على الزوج معياره شخصى، وليس مادى وأمر تقديره متروك لقاضى الموضوع، الذي يقدر أيضا ، الحالات التي تتطلب اللجوء إلى التحكيم.
- استند المالكية في ما ذهبوا إليه، من منح الزوجة حق التفريق للضرر الواقع عليها، على النصوص الصريحة، لكن الجمهور استند على المعقول في أن العدوان من الزوج لا يفتضى التفريق، بل القاضي يملك رفع الظلم عنها.
- نهج المشرع منهج المالكية، في منح الإجازة للزوجة في طلب التطلاق، على أساس أن الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة.

- ربط المشرع الجزائري إمكانية التحكيم بأهلية التصرف للشخص الذي يود اللجوء إليه واشترط في المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها أن لا تتعلق بالنظام العام و حالة الأشخاص وأهليتهم.
 - أخذ المشرع الجزائري بالرأي القائل بلأن الحكمين وكيلان، لا تعدو مهمتهما الإصلاح بين الزوجين.
 - الشروط المتفق عليها في الحكمين: كمال الأهلية، والإسلا م. والشروط المختلف فيها: الذكورة، والقرابة، والعلم بأحكام الجمع والتفريق، والعدالة.
 - أورد المشرع الجزائري شرطا وحيدا، ه و شرط القرابة.
 - ينفذ قول الحكمين بما اتفقا عليه في الإصلاح، ولا عبرة لطلاقهما على الزوجين، فلا يأخذ به القاضي.
 - من بين آليات الرقابة التي تمارسها المحكمة على عمل الحكمين هو أخذ تقريرهما على أنه رأي استشاري يستأنس به قاضي الموضوع ليكون في عقيدته توافر عناصر الضرر من عدمه، فيصدر حكمه على أساسه.
 - الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب الشقاق، طلاقا بائنا.
 - سكت المشرع الجزائري عن كثير من التفاصيل الإجرائية المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين.
 - ينقضي التحكيم بصدور تقرير الحكمين في المهلة المحددة أو بانقضائه دون قيامهما بما عهد لهما، أو بسبب الوفاة، أو العزل أو فقد الأهلية أو الرجوع؛ لأحد الحكمين أو كليهما، كما ينقضي بوفاة أحد الزوجين.
 - إن الصلح والتحكيم من الإجراءات الوجوبية يندرجان في إطار النظام القضائي.
- وأخيرا يمكن القول بان المهمة الصلحية في نظامنا القضائي لم تُحط بقيود فعالة، كما لم يتم تفعيل نظام التحكيم رغم أهميته، مما ساعد في الإخلال من فعالية الطرق الودية لفض المنازعات الأسرية.

التوصيات:

يتضح من هذه الدراسة ومن نتائجها أن هناك بعض التوصيات التي أرى لها أهمية أذكرها على النحو الآتي:

- على المشرع أن ينظر باستمرار إلى مآل تطبيق القاعدة القانونية في الواقع ، لان الاستجابة للزوجة في دعواها للتطبيق بسبب الضرر والشقاق المستمر قد لا يحقق أية مصلحة، أو قد تكون المصلحة ضئيلة مقارنة بما ستخلفه من ضرر، وهو ما تؤكد الإحصائيات التي تبين الوتيرة التصاعدية لقضايا التطبيق للشقاق.
- إن مهمة قاضي شؤون الأسرة في الصلح تجعل منه مصالحا ومساعدة للأزواج على تخطي الصعوبات، مما يحوّل مهامه القضائية إلى مهام اجتماعية، وهذا الدور يجعله، كإنسان، قد يقع تحت تأثير معطيات وظروف خاصة بالحالة النفسية للزوجين أثناء جلسة الصلح، مما يؤثر على حكمه، لذلك لا مفر من السعي إلى استقلال قضاء الأسرة بطاقاته الهيكلية والبشرية وإنشاء محكمة خاصة به، وإعداد قضاة متميزين بتكوينهم وأقدميتهم وخبرتهم التي يكتسبونها من خلال مجال تخصصهم في القضاء الشرعي .
- نأمل من القائمين على إعداد الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، إضافة مقياس حول الإرشاد الأسري؛ لفهم الحياة الأسرية ومسؤولياتها والمساعدة في حل وعلاج المشكلات والاضطرابات الأسرية.
- نأمل من قاضي شؤون الأسرة أن لا يترك نص المادة 56 جامدا وأن يلجأ إلى تفعيله بإشراك أهل الزوجين في تبيان المتسبب في الضرر والشقاق، وأن يعيد المشرع النظر بخصوص هذه المادة وعدم الاستخفاف بأهمية نظام التحكيم، بتعديلها وتوضيح حالات التطبيق التي يلجأ بسببه إلى إجراءات التحكيم، وذكر الشروط الواجبة في الحكمين، ووضع جزاءات تفرض التطبيق الصارم للتحكيم بين الزوجين في دور المحاكم.

- نعيب على التشريعات الوضعية التي تشترط في رجل القضاء أن يكون حائزا على ليسانس الحقوق مما يؤدي إلى تعيين من ليس جديرا لهذا المنصب الحساس ونقترح تعديل شروط الالتحاق بسلك القضاة بحيث لا يدخل المسابقة إلا من كان حائزا على شهادة الماجستير ومتفوقا في تخصصه في كليات الحقوق.
 - الاستفادة من التجارب التشريعية للدول العربية التي حققت نجاحا في تطبيقاتها لنظامي الصلح والتحكيم بين الزوجين، من خلال إنشاء مكاتب تسوية المنازعات الأسرية؛ مهامها تلقي كافة قضايا الطلاق كمرحلة تسبق اللجوء إلى القضاء ومنع وصول الخلافات الأسرية إلى دور المحاكم، ميسرها أخصائيو قانونيون واجتماعيون ونفسيون، هدفهم الإصلاح، وفي حالة فشلهم يطلعون أطراف النزاع بقواعد القانون، كرأي استشاري، يسهل كثيرا من مهام القاضي المختص.
 - إنشاء دور للإرشاد الأسري يتلقى كافة المقبلين على الزواج والذين يتوجهون إلى مصالح الحالة المدنية لإتمام عقد الزواج، مهمتها نشر الثقافة الأسرية والعناية بالمتزوجين الجدد وتأهيلهم لأدوارهم الأسرية، وأن تكون وسائلها تتماشى ومقومات المجتمع الجزائري؛ مع تقديم خدمات ذات برامج مخطط لها ومحددة الأهداف، من أجل تحقيق التوافق الأسري.
 - الاهتمام بالدراسات المقارنة سواء بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أو بين القوانين العربية مع بعضها البعض، من أجل إبراز أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف فيما يخص نظامي الصلح والتحكيم في مجال الأحوال الشخصية ومعالجة أوجه القصور في تلك القوانين.
- إن نظام الصلح آلية حضارية لتربية النفس على التسامح وتجاوز الأحقاد ودوافع الانتقام على السلوك الإنساني، وإذا كانت العلاقات التجارية هي محل التحكيم الغالب اليوم، فإن العلاقات الأسرية هي المرشح القادم وبقوة لتكون محلا للتحكيم. والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

مصادر

- القرآن الكريم.

أولاً: باللغة العربية :

1 - النصوص القانونية:

• نصوص قانونية جزائرية:

1. القانون العضوي 04 - 11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، (ج.ر. العدد10).
2. القانون رقم 66 - 154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المؤرخ في 08 جوان 1966، (ج.ر. العدد47).
3. القانون رقم 05 - 10 المتضمن قانون المدني، المؤرخ في 20 جوان 2005، (ج.ر. العدد44).
4. القانون رقم 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، (ج.ر. العدد21).
5. القانون رقم 05 - 11 المتضمن التنظيم القضائي، المؤرخ في 17 جويلية 2005، (ج.ر. العدد54).
6. الامر رقم 76- 97 المتضمن إصدار الدستور، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، (ج.ر. العدد94).
7. الأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة المؤرخ في 09 يونيو 1984، (ج.ر. العدد15).
8. المرسوم الرئاسي رقم 96 - 438 المتضمن إصدار الدستور المعدل ، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، (ج.ر. العدد 76).

9. المرسوم التنفيذي رقم 05 - 303 المتضمن تنظيم المدرسة العليا للقضاء ويحدد كفايات سيرها وشروط الالتحاق بها ونظام الدراسة فيها وحقوق الطلبة القضاة وواجباتهم، المؤرخ في 20 أوت 2005، (ج.ر. العدد 58).

• نصوص قانونية أجنبية:

10. القانون رقم 03 - 70 المتضمن تنظيم قانون الأسرة المغربي، المؤرخ في 05 فبراير 2004، (ج.ر. العدد 5184).

11. القانون رقم 42 لسنة 1993، متعلق بإصدار مجلة التحكيم التونسية، المؤرخ في 04 مايو 1993، (الرائد الرسمي العدد 33).

2 - الكتب:

12. إبراهيم، مصطفى والزيات، احمد و(آخرون)، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، اسطنبول، تركيا، ج1، (د.ط.)، (د.س.).

13. الأحذب، عبد الحميد ، التحكيم أحكامه ومصادره، مؤسسة نوفل، بيروت، لبنان، ج1، (د.ط.)، (د.س.).

14. احمد، مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط 1، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 2008، المجلد الأول.

15. أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، (د.ط.).

16. _____، طرق التنفيذ في المواد المدنية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2005، (د.ط.).

17. اسكندر، محمود توفيق، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002، (د.ط.).

18. أمام، محمد كمال الدين، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، دار الجامعة، الإسكندرية، 2007، (د.ط.).

19. بدران، بدران أبو العنين، الزواج والطلاق في الإسلام، ط2 مزيدة ومنقحة، دار التأليف، مصر، 1961.

20. البدراني، شيماء سعيد خضر، أحكام عقد الصلح، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، ط 1، الدار العلمية الدولية للنشر ودار الثقافة، الأردن، 2003.
21. بربارة، عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.
22. بردان، إياد محمود، التحكيم والنظام العام، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
23. بركات، محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، ط 1، دار النفائس، الأردن، 2007.
24. بكر، عبد الرحمن، السلطة القضائية وشخصية القاضي في النظام الإسلامي، دار الكتاب الحديث، الأردن، (د.ط.)، (د.س.).
25. بلحاج، العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2002، ج 1، (د.ط.).
26. _____، قانون الأسرة مع تعديلات 05-02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، (د.ط.).
27. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشف القناع على متن الإقناع، راجعه وعلق عليه : مصيلحي، هلال مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، (د.ط.).
28. _____، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى، المعروف بمنتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ج 6، (د.س.).
29. بوضياف، عمار، النظام القضائي الجزائري، دار ريحانة، الجزائر، 2003، (د.ط.).

30. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصغير (المعروف بسنن الترمذي)، تحقيق وشرح: شاکر، احمد محمد، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ط.)، (د.س.).
31. التحيوي، محمد السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، (د.ط.).
32. _____، أنواع التحكيم وتميزه فن غيره الصلح -الوكالة- الخبرة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009، (د.ط.).
33. _____، أساس التفرقة بين التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوكالة الاتفاقية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، (د.ط.).
34. جانم، جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ط 1، دار حامد، عمان، 2009.
35. جعفرور، محمد السعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2002، (د.ط.).
36. الجندي، احمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج، الطلاق، التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ج1، (د.ط.).
37. بن حرز الله، عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
38. ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد، المحلى بالآثار، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ج9، (د.ط.)، (د.س.).
39. حسن، علي عوض، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، (د.ط.).
40. الحصكفي، محمد علاء الدين بن عبد الرحمان، الدر المختار شرح تنوير الإبصار، مطبوع بهامش حاشية ابن عابدين، ط 2، دار الفكر، بيروت، 1947، ج2.

41. الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1992، ج5.
42. الدردير، احمد بن محمد، الشرح الكبير، تحقيق: عيش، محمد، دار الفكر، بيروت، ج2، (د.ط.)، (د.س.).
43. دلاندة، يوسف، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط2، دار هومة الجزائر، 2008.
44. ديابي، باديس، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، (د.ط.).
45. الرازي، زين الدين بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، (د.ط.)، (د.س.).
46. الرملي، محمد بن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، 1984، ج5، (د.ط.).
47. الزبيدي، محمد مرتضي حسن، تاج العروس، ط1، الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007، المجلد الثالث.
48. الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، ج9، (د.س.).
49. الزمخشري، جار الله أبي القاسم محمد بن عمر، أساس البلاغة، ط1، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1996.
50. أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (د.ط.)، (د.س.).
51. زودة، عمر، طبيعة الأحكام بانتهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها، انسايكلوبيديا، بن عكنون، الجزائر، 2003، (د.ط.).
52. أبو زيد، رشدي شحاتة، الإجراءات القانونية لمسائل الأحوال الشخصية قانون محاكم الأسرة رقم 10 لسنة 2004، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

53. أبو زيد، رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، (د.ط.).
54. الزيد، زيد بن عبد الكريم، وظيفة المحكم في النظام الإسلامي، المكتبة التدمرية، الرياض، 2006، (د.ط.).
55. السرخسي، شمس الدين، المبسوط، تحقيق: الشيخ خليل الميس، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، ج5، ج21، (د.ط.).
56. السرطاوي، محمد علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007.
57. سعد، عبد العزيز، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط 2 منقحة ومزودة، 2004.
58. _____، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، ط4، دار هومة، الجزائر، 2008 .
59. سعد، فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ج1، (د.ط.).
60. السعدي، محمد الصبري، شرح القانون المدني، ط 2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
61. سليمان، سيف النصر، مرجع القاضي والمتقاضي في إشكالات ومنازعات التنفيذ المدنية والتجارية والأحوال الشخصية الصادرة من محاكم الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، (د.ط.).
62. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، ج1، ج5، (د.ط.)، (د.س.).
63. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1990، ج5، (د.ط.).
64. شاكر، احمد محمد، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات مكتبة السنّة، القاهرة، 1939، (د.ط.).

65. شبكة، خالد احمد، التوكيل في الخصومة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، (د.ط.).
66. الشرنباصي، رمضان علي السيد والشافعي، جابر عبد الهادي سالم، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
67. بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2005، ج1، (د.ط.).
68. الشواربي، عبد الحميد، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار الكتاب الحديث، القاهرة، (د.ط.)، (د.س.).
69. الشيرازي، أبي إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: الزحيلي، محمد، دار القلم، دمشق، ج2، (د.ط.)، (د.س.).
70. الصابوني، محمد علي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، دار أحياء التراث العربي، ج1، (د.ط.)، (د.س.).
71. بن صاولة، شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، ط 1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2006.
72. صقر، نبيل، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، (د.ط.).
73. الطبري، محمد بن جرير، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل أي القرآن، حققه واخرج أحاديثه: شاكِر، محمود محمد، دار المعارف، مصر، ج 8، (د.ط.)، (د.س.).
74. طلبية، أنور، الوسيط في القانون المدني، العقود المسماة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ج2، (د.ط.).
75. بن عاشور، محمد الطاهر، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: الميساوي، محمد الطاهر، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، 2001.

76. _____، التحرير والتنوير، دار سحنون، تونس، ج 5،
(د.ط.)،(د.س.).
77. عبد الرحمان، هدى، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، دار
النهضة الغربية، القاهرة، 1997، (د.ط.).
78. عبد الله، عمر السيد و قماوي، محمد حامد، أحكام الأحوال الشخصية
للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، (د.ط.).
79. بن عبيدة، عبد الحفيظ، استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع
الجزائري والممارسة القضائية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008،
(د.ط.).
80. ابن العربي، أبي بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: البجاوي، علي
محمد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، (د.ط.)، (د.س.).
81. عرفة، محمد السيد، التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي، ط 1،
مطابع الرياض، السعودية، 2006.
82. عمرو، عبد الفتاح، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط 1، دار
النفائس، عمّان، الأردن، 1998.
83. العمروسي، أنور، موسوعة الأحكام الشرعية، في الزواج- الطلاق- الخلع،
ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ج1.
84. _____، أصول المرافعات الشرعية في الأحوال الشخصية،
دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، (د.ط.).
85. العيش، فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، طبعة جديدة، مطبعة
طالب، الجزائر، 2008.
86. أبو غابة، خالد عبد العظيم، اختيار القضاة، دار الكتب القانونية، مصر،
2009، (د.ط.).
87. الغزالي، أبي حامد محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق:
معوض، علي وعبد الموجود، عادل، ط 1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم،
بيروت، لبنان، 1997.

88. غصن، خليل عمر، سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005.
89. ابن فرحون، برهان الدين المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ج1.
90. الفقي، عمرو عيسى، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ج1.
91. _____، الطاعة والنشوز في ضوء الفقه والقضاء، المكتب الفني للدراسات القانونية، القاهرة، 1999، (د.ط.).
92. القاروت، نور حسن، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو احدهما، دراسة مقارنة، ط1، دار مكة، السعودية، 1995.
93. قاسم، محمد، القانون المدني العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، (د.ط.)، (د.س.).
94. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن محمد، المغني على حاشية الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1983، ج5، ج9، ج11، (د.ط.).
95. ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي، لبنان، 1983، (د.ط.).
96. القرام ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البلدة، 1998، (د.ط.).
97. القرطبي، أبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، المجلد الثالث، ج5، (د.ط.).
98. القرطبي، بن كثير الليثي، موطأ الإمام مالك بن انس، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 2010، (د.ط.).
99. القرم، نصر جبر، دور القضاء الشرعي في إصلاح الأسرة، ط 1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

100. ابن القيم الجوزية، الحافظ شمس الدين أبي عبد الله بن بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ط1، رتبه وضبطه: إبراهيم، محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1991.
101. الكيلاني، فاتن البوعيشي، الفحوصات الطبية للزوجين قبل العقد الزواج، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 2010 .
102. لمطاعي، نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط1، بن مرابط للنشر، الجزائر، 2008، (د.ط.).
103. لوعيل، محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004، (د.ط.).
104. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، أدب القاضي، تحقيق: السرحان، محي الدين هلال، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1952، ج2، (د.ط.).
105. محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ط2، المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1891.
106. محمدي، فتح الله حسنيني، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، (د.ط.).
107. بن محمود، فاطمة الزهراء ودولة، سامية، اجتهادات قضائية معلق عليها، تقديم: اسكندر، زهير، مركز الدراسات القانونية والقضائية، تونس، 2006، (د.ط.).
108. المرادوي، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ج9، (د.ط.).
109. _____، علي بن سليمان بن احمد، الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج5، ج8، (د.ط.)، (د.س.).
110. مروك، نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الاعلامية، الجزائر، 2004، (د.ط.).

111. مليجي، احمد، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، دار الكتب، الكويت، 1996، (د.ط.).
112. مناني، فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، (د.ط.).
113. المنايلي، هاني محمد الكامل، السلطة القضائية في النظام الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، (د.ط.).
114. المنذري، أبو محمد عبد العظيم بن عبد القوي، الترغيب والترهيب من الحديث الشريف، تحقيق: إبراهيم، شمس الدين، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، (د.س.).
115. المنشاوي، عبد الحميد التحكيم الدولي والداخلي منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، (د.ط.).
116. منصور، إسحاق إبراهيم، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما، في القوانين الجزائرية، ط7، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004.
117. منصوري، نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، (د.ط.).
118. ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم الإفريقي المصري، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 2004، ج2، ج8، ج14.
119. المومني، احمد محمد ونواهضة، إسماعيل أمين، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط1، دار الميسرة، عمان الأردن، 2009.
120. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ج7، (د.س.).
121. النسائي، أحمد بن شعيب بن علي بن سنان، سنن النسائي، ط2، دار الفكر، بيروت، 1897، ج8.

122. نصر، سليمان وسطحي، سعاد، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2003، (د.ط.).
123. النووي، أبو زكريا بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: الشاوس، زهير، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1991، ج4، ج7، ج11، (د.ط.).
124. النيداني حسن الأنصاري، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، (د.ط.).
125. أبو هشيش، احمد محمود، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.
126. أبو الهيف، عبد الحميد، خصومة التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، (د.ط.).
127. أبو الوفاء، احمد، عقد التحكيم وإجراءاته، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

3 - الرسائل الجامعية:

128. إسماعيل، موسى مصطفى عبد الله، **الخلع في الشريعة الإسلامية**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع. كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الفلسطينية، نابلس، فلسطين، 2008.
129. بجاق، محمد، **التنازع بين الزوجين**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون. جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2009/2008.
130. برايك، الطاهر، **عقد الصلح**، دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، في العقود والمسؤولية. جامعة الجزائر، 2002/2001.

131. بشير، سليم، **دور القاضي في التحكيم**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في قانون الأعمال. كلية الحقوق، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2003.
132. الخضير، خالد بن عبد الله، **التحكيم في العقود الإدارية**، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه. كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2007.
133. داود، أشجان فيصل، **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به**، دراسة مقارنة، بحث مقدم استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون. كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الفلسطينية، نابلس، فلسطين، 2007.
134. ديدان، مولود، **تكوين القاضي ودوره في النظام الجزائري**، رسالة لنيل درجة الدكتوراه الدولة في القانون. كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
135. زيدان، عبد النور، **الصلح في الطلاق**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون. كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خده، الجزائر، 2007.
136. الشقير، صالح بن سليمان بن عبد الله، **الطلاق وأثره في الجريمة**، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، تخصص السياسة الجنائية. كلية الدراسات العليا، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008.

4 - المقالات:

137. بناصر، يوسف. "مدونة الأسرة. المسار والتطلعات، قراءة تحليلية في مستجدات مدونة الأسرة الاسرة 03-70"، مجلة **الواحة القانونية المغربية**، العدد الثاني، السنة الرابعة، 2004.
138. تشوار، الجيلالي. "بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الاسرة الجزائري"، مقال منشور بمجلة **المعيار**، العدد التاسع، 2004.
139. حامدي، عبد الكريم. "التلفيق بين المذاهب الفقهية في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة **العلوم الإنسانية**، السنة العاشرة، العدد 17، نوفمبر 2009.
140. داودي، عبد القادر. "وقوع الطلاق من غير الزوج، أسبابه ومجالات تطبيقه"، مجلة **المعيار**، العدد التاسع، 2004.

141. _____."الأثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري"مجلة المعيار العدد التاسع، 2004.
142. زودة، عمر. "طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3مكرر من قانون الأسرة"، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2005 .
143. سعد، عبد العزيز. "قانون الأسرة وعلاقته بقانون الإجراءات المدنية"، مجلة نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي، 1986.
144. شليبيك، احمد الصومعي. "التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون"، مقال منشور بمجلة الشريعة والقانون، العدد38، افريل2009.
145. العوا، سليم. "إجراءات التحكيم في القانون المصري"، مجلة دراسات، المجلد السادس والثلاثون، العدد الأول لشهر تموز، 2009.
146. فهر، عبد العظيم. "مفهوم التحكيم"، مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، المجلد الأول، 1998.

5 - المجالات:

147. المجلة القضائية، العدد1، 1993.
148. المجلة القضائية، العدد3، 1993.
149. المجلة القضائية، العدد2، 1994.
150. المجلة القضائية، العدد2، 1997.
151. المجلة القضائية، العدد2، 1998.
152. المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.
153. المجلة القضائية، العدد2، 2004.
154. مجلة نشرة القضاة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد56، 1998.
155. مجلة دراسات قانونية، مارس 1993.

6 - المقابلات الشخصية:

- مقابلة مع رئيس المجلس القضائي لولاية أم البواقي، السيد: (رقاز م.)، بتاريخ جانفي 2011.
- مقابلة مع المستشارة رئيسة غرفة قانون الأسرة، السيدة: (شراب ح.)، بتاريخ 07 فيفري 2011.
- مقابلة مع أمينة الضبط لقاضي شؤون الأسرة بمحكمة بلدية عي ن البيضاء السيدة: طرابلسي و.، بتاريخ 12 فيفري 2011.
ثانيا: باللغة الفرنسية:

1 - النصوص القانونية:

156. loi n°2007- 211 du 19 février 2007, code civil, édit.2008
- 2 - الكتب:

157. Benmelha Ghaouti, éléments du droit algérien de la famille, le mariage et sa dissolution, t1, 1985.
158. Parquet Muriel, droit de la famille, 2^{ème} édit., Bréal, France, 2007.
159. Techouar Djilali, réflexions sur les questions épineuses du code de la famille, Alger, office des publications universitaires, 2004.

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	
الفصل الأول: الصلح بين الزوجين	9.....
تمهيد	
المبحث الأول: ماهية الصلح بين الزوجين	10.....
المطلب الأول: تعريف الصلح	10.....
الفرع الأول: التعريف اللغوي للصلح	10.....
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للصلح	11.....
أولا: تعريف الصلح في الفقه الإسلامي	11.....
ثانيا: تعريف الصلح في القانون الوضعي	13.....
ثالثا: مقارنة بين تعريف الصلح في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية...	14.....
المطلب الثاني: مشروعية الصلح بين الزوجين	16.....
الفرع الأول: مشروعية الصلح بين الزوجين في الشريعة الإسلامية	16.....
الفرع الثاني: مشروعية الصلح بين الزوجين في القانون الوضعي	18.....
أولا : الصلح في القانون الفرنسي	18.....
ثانيا: الصلح في القوانين العربية	18.....
ثالثا: الصلح في القانون الجزائري	19.....
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لمحاولة الصلح بين الزوجين	20.....
الفرع الأول: محاولة الصلح بين الزوجين والإجازة	21.....
أولا: مرحلة الصلح الوجوبي	21.....
ثانيا: مرحلة الصلح الجوازي	22.....
ثالثا: نتائج خيارات المشرع حول محاولة الصلح	24.....
الفرع الثاني: علاقة محاولة الصلح بالنظام العام	24.....

- الفرع الثالث: علاقة محاولة الصلح بقانون الإجراءات المدنية.....27
- المطلب الرابع: المسائل التي يجوز فيها الصلح في منازعات الأسرة.....29
- الفرع الأول: مفهوم الحالة الشخصية.....29
- الفرع الثاني: عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والنظام العام.....32
- الفرع الثالث: جواز الصلح في المسائل المالية المتعلقة بالحالة الشخصية.....34
- المبحث الثاني: شروط العملية الصلحية**.....36
- المطلب الأول: الشروط القانونية التي تحكم محاولة الصلح.....36
- الفرع الأول: الشروط الموضوعية لمحاولة الصلح.....36
- أولاً: شرط وجود عقد الزواج.....37
- ثانياً: شرط وجود دعوى قضائية.....39
- الفرع الثاني: الشروط الشكلية لمحاولة الصلح.....54
- أولاً: أطراف جلسة الصلح.....56
- ثانياً: الوكالة في جلسة الصلح.....61
- المطلب الثاني: إجراءات جلسات الصلح.....63
- الفرع الأول: المدة الزمنية لجلسة الصلح.....63
- الفرع الثاني: مكان انعقاد جلسة الصلح.....66
- الفرع الثالث: محضر جلسة الصلح.....67
- المطلب الثالث: كفاءة القاضي في إدارة جلسة الصلح.....70
- الفرع الأول: تولي القضاء وتكوين القاضي الجزائري.....71
- أولاً: تولي القضاء.....71
- ثانياً: تكوين القاضي الجزائري.....78
- الفرع الثاني: آلية اختيار قاضي شؤون الأسرة.....80
- أولاً: الشهادة العلمية.....81
- ثانياً: السن القانونية.....83
- الفرع الثالث: تحديد محاولة الصلح ضمن مهام القاضي.....83

84.....	أولاً: معيار التفرقة بين العمل القضائي والعمل الولائي.
87.....	ثانياً: تكييف محاولة الصلح.
88.....	المطلب الرابع: أثر محاولة الصلح بين الزوجين.
88.....	الفرع الأول: أثر نجاح محاولة الصلح.
88.....	أولاً: أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم الكاشف للطلاق.
91.....	ثانياً: أثر نجاح محاولة الصلح على الحكم المنشئ للطلاق.
91.....	ثالثاً: دور المحكمة في إثبات الصلح بين الزوجين.
93.....	الفرع الثاني: أثر فشل محاولة الصلح.
93.....	أولاً: أثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.
95.....	ثانياً: أثر فشل محاولة الصلح على الطلاق بطلب من الزوجة.
97.....	خلاصة الفصل الأول.
98.....	الفصل الثاني: التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق
	تمهيد
100.....	المبحث الأول: مفهوم التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق
101.....	المطلب الأول: تعريف التحكيم والشقاق.
101.....	الفرع الأول: تعريف التحكيم.
101.....	أولاً: التحكيم في اللغة.
102.....	ثانياً: التحكيم في الاصطلاح.
108.....	الفرع الثاني: تعريف الشقاق.
108.....	أولاً: تعريف الشقاق في اللغة.
109.....	ثانياً: تعريف الشقاق في الاصطلاح.
115.....	المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم وما يشبهه به.
115.....	الفرع الأول: التمييز بين التحكيم والصلح.
117.....	الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والقضاء.
118.....	الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم والوكالة.

المطلب الثالث: مشروعية التحكيم بين الزوجين وطبيعته القانونية.....	120
الفرع الأول: مشروعية التحكيم بين الزوجين.....	120
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم.....	123
أولاً: النظرية العقدية للتحكيم.....	124
ثانياً: النظرية القضائية للتحكيم.....	125
ثالثاً: مدى إلزامية اللجوء إلى التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق.....	127
المطلب الرابع: شروط وإجراءات التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق.....	131
الفرع الأول: شروط التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق والمسائل التي يجوز التحكيم بشأنها.....	131
الفرع الأول: شروط التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق.....	131
أولاً: شروط التحكيم المتعلقة بالزوجين.....	131
ثانياً: شروط التحكيم المتعلقة بالحكمين.....	144
الفرع الثاني: المسائل التي يجوز التحكيم بشأنها.....	149
المبحث الثاني: صلاحيات الحكمين وآثار التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق.....	149
المطلب الأول: إجراءات التحكيم بين الزوجين.....	149
الفرع الأول: سلطة تعيين الحكمين.....	149
الفرع الثاني: إجراءات مجلس التحكيم.....	151
المطلب الثاني: صلاحيات الحكمين.....	154
الفرع الأول: سلطة الحكمين في الإصلاح.....	154
الفرع الثاني: سلطة الحكمين في إيقاع الطلاق.....	155
المطلب الثالث: رقابة القضاء على العملية التحكيمية.....	157
الفرع الأول: التزام الحكمين بتقديم تقرير للقاضي.....	157
أولاً: الحكم بالصلح على ضوء تقرير الحكمين.....	157
ثانياً: الحكم بالتطليق على ضوء تقرير الحكمين.....	160
الفرع الثاني: انقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين.....	162

المطلب الرابع: الآثار القانونية للتحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق.....	164
الفرع الأول: الآثار القانونية لتقرير الحكمين.....	164
الفرع الثاني: الآثار القانونية لعمل الحكمين.....	165
أولاً: إثر نجاح المهمة التحكيمية.....	165
ثانياً: إثر فشل المهمة التحكيمية.....	165
خلاصة الفصل الثاني.....	167
الخاتمة.....	168
قائمة المراجع.....	174
الفهرس.....	189
الملاحق.....	194
الملخص.....	196

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء أم البواقي

محكمة عين البيضاء

محضر محاولة الصلح (.....)

قسم شؤون الأسرة

قضية رقم/.....

بتاريخ..... من شهر..... عام ألفين وإحدى عشر.

نحن/.....، رئيس قسم شؤون الأسرة بمحكمة عين البيضاء.

وبمساعدة السيد/.....، أمين الضبط.

حضر أمامنا طرفي الدعوى المبينة هويتهما أدناه واستمعنا لأقوالهما في إطار محاولة الصلح بينهما طبقا للمادة 49/ من قانون الأسرة، فأدلى كل واحد منهما بالتصريحات التالية/

— هوية المدعي (ة)

— اللقب/..... — الاسم/..... — الكنية/..... — تاريخ الميلاد/.....
 — مكان الميلاد/..... — اسم الأب/..... — اسم ولقب الأم/.....
 — الحالة العائلية/..... — المهنة/..... — العنوان/.....
 — بطاقة الهوية/ب.ت.و.ر.س رقم/..... صادرة عن دائرة/..... بتاريخ/.....
 وبعد التأكد من هويته.....، صرح بما يلي/

— تصريحات المدعي (ة)

— الطلب.....
 — أسباب الطلب.....
 — الأولاد.....
 — الأثاث.....
 — تاريخ مغادرة بيت الزوجية.....

— هوية المدعى عليه(ها)

— اللقب/..... — الاسم/..... — الكنية/..... — تاريخ الميلاد/.....
 — مكان الميلاد/..... — اسم الأب/..... — اسم ولقب الأم/.....
 — الحالة العائلية/..... — المهنة/..... — العنوان/.....
 — بطاقة الهوية/ب.ت.و.ر.س رقم/..... صادرة عن دائرة/..... بتاريخ/.....
 وبعد التأكد من هويته.....، صرح بما يلي/

— تصريحات المدعى عليه(ها)

— الطلب.....
 — أسباب الطلب.....
 — الأولاد.....
 — الأثاث.....
 — تاريخ مغادرة بيت الزوجية.....

وإثباتا لذلك حرر هذا المحضر وتمت تلاوته، وأمضي من طرفنا نحن الرئيس رفقة أمين الضبط وطرفي الدعوى.

المدعي (ة) المدعى عليه(ها) أمين الضبط الرئيس

طبقا لمادة 160 و 161 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مجلس قضاء أم البواقي
محكمة عين البيضاء
قسم شؤون الأسرة
قضية رقم /.....

محضر سماع الشاهد طبقا لمادة 160 و 161 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

نحن السيدة(ة) /..... رئيس قسم شؤون الأسرة.

بمساعدة السيدة(ة) /..... أمين الضبط.

عقد بمكتبنا الكائن بمحكمة عين البيضاء بتاريخ..... على الساعة.....

جلسة سماع الشاهد بخصوص القضية المنشورة بين /

المدعي :..... ب.ت.رقم..... حاضر/غائب

المدعى عليه :..... ب.ت.رقم :..... حاضر/غائب

ممثل النيابة العامة :..... حاضر/غائب

الشاهد / الاسم :..... اللقب :..... المولود بتاريخ :..... ابن :.....

وابن :..... الموطن :..... رقم بطاقة التعريف الوطنية / رخصة السياقة /

جواز السفن :..... الصادر عن :..... بتاريخ :..... المهنة /.....

درجة قرابة من الخصوم أو التبعية لهم :.....

أقوال الشاهد بعد أدائه اليمين القانونية:

.....
.....
.....
.....

وتم توقيع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والشاهد بعد تلاوته عليه.

الشاهد

أمين الضبط

القاضي

(يلحق مع أصل الحكم بعد الإيداع بأمانة الضبط بالمحكمة)

الملخص

إن المحافظة على استقرار الأسرة هو المبتغى الذي سعى إليه المشرع الجزائري من خلال إعادة النظر في تشريعاته الخاصة بالأسرة لأن تكون ملائمة للقصد العام للشريعة الإسلامية، وذلك بالتأكيد على وجوب فض المنازعات الأسرية بطريقي الصلح والتحكيم. فمحاولة الصلح إجراء وقائي يحفظ به كيان الأسرة والمجتمع ككل، وهو ملزم لقاضي شؤون الأسرة، يقوم به قبل الفصل في دعاوى الطلاق بكافة صورته؛ يتطلب منه أن يكون مصالحا ومفاوضا وعنصر الإيجابية في المهمة الصلحية؛ باقتراح حلول يراها مناسبة لفض الخصومة بين الزوجين، ولن يتأت له ذلك دون أن تكون له دراية واسعة بأحوال الناس الاجتماعية والنفسية.

كما أن اللجوء إلى التحكيم يقوم على شرط عدم ثبوت الضرر الذي تدعيه الزوجة طالبا للتطيق، وفشل القاضي في مسعاه إلى الصلح بينها وبين زوجها؛ مع الأخذ بأن يكون الضرر لازما وغير قابل للزوال، وكونه يرقى لأن يكون سببا للشقاق بين الزوجين، مما يوجب على القاضي ندب حكيمين خبيرين بأحوال الزوجين ولهما القدرة على الإصلاح، مهمتهما ليس إثبات الضرر الذي لم تستطع الزوجة إثباته، بل الوقوف على ما أثاره الزوجان أمامهما من خلاف و شقاق، يحاولان على أساسه الحكم بينهما بعدل.

وتضييقا من دائرة الطلاق و حفاظا على حقوق كافة أفراد الأسرة، فإن اللجوء إلى فك الرابطة الزوجية لا يكون إلا تحت الإشراف الفعلي للمحكمة، وبالنظر إلى مآل تطبيق القاعدة القانونية وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الفردية، فإن تفعيل نظامي الصلح والتحكيم يجب أن يكون على النحو الذي لا يقلل من أهميتهما كطرق بديلة لفض النزاعات الأسرية.

Pour maintenir la stabilité de la famille était l'objectif qui lui a demandé par le législateur algérien reconsidérer la législation en raison de la famille sont adaptés à l'objectif général de la loi (chariaa) islamique, et c'est certainement sur la nécessité de résoudre les conflits familiaux par les voies de conciliation et d'arbitrage. Essayer de concilier est une mesure de précaution par l'entité protégée la famille et la société dans son ensemble, qui est contraignante pour le juge des affaires familiales, est de faire avant la saison dans les procédures de divorce dans toutes ses formes; l'oblige à être conciliant et négociateur et un élément positif dans la mission de conciliation; proposer des solutions pour résoudre le litige approprié entre le couple, et ne le fera pas sans ses lumières pour se familiariser avec les conditions des personnes et des vastes sociaux et psychologiques

En outre recourir à l'arbitrage porte atteinte aux conditions de l'absence de preuves des dommages réclamés par l'épouse de demander le divorce, et l'échec de juge dans sa quête pour la réconciliation avec son mari; prenant que le dommage est nécessaire et irréversible, et le montant fait à un motif de discorde entre le couple, qui est nécessaire pour le juge affectation de deux arbitres pour la capacité des gens à les réformer, leur mission n'est pas de prouver le dommage que la femme ne pouvait pas être prouvé ; mais pour se tenir debout sur ce qui a déclenché le couple devant eux de désaccord et la discorde, en essayant permettant de juger entre eux en équité.

Le rétrécissement du cercle de divorce, afin de préserver les droits de tous les membres de la famille, que le recours à décodé le lien du mariage ne peut être sous la supervision de la cour réelle, compte tenu du sort de la demande et fournir la base juridique d'intérêt public sur l'intérêt individuel, Systèmes, l'activation de conciliation et d'arbitrage devrait être sur le chemin qui ne diminue pas l'importance des itinéraires alternatifs pour résoudre les conflits familiaux