الجمـهورية الجـزائرية الديمـقراطية الشـــعبية
وزارة التعليم العـالي والبحـث العــلمي
جامعة محمد بوضياف- المسيلة

كليةالحقوق والعلوم السياسية
قسم الحـــــــــــــقـــــوق
رقم:

ميدان الحقوق والعلوم السياسية
فـرع الحقـــــــــــــــوق
تخصص أحـــوال شخصـــــية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي
إعداد الطـــالبة: طالب ليلى
تحت عنوان

دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية و الادارية

لجنة المناقشة:

الأستاذ/بلموهوب محمد الطاهر	جامعة المسيلة	رئيسـا
الأستاذ/زين رشيد	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
الأستاذ/هلتالي أحمد	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية:2018/2017

قال تعالى: ((وَإِنِ اِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْإِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصَالِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالْصُّلْحُ خَيْرٌ.وَأُحْضِرَتْ الأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)).النساء:128.

الإهداء

إلى روح والدي الطاهرة أسكنه الله فسيح جنانه

إلى نبع الحنان إلى أمي الغالية أدام الله في عمرها

إلى من ساندني وشجعني لإنجاز هذا العمل إلى الزوج الكريم

حفظه الله

إلى كل أفراد العائلة

إلى كل الزملاء و الزميلات طلبة الماستر

إلى كل الزميلات و الزملاء بالعمل

إلى كل الأساتذة

كلمة شكر و تقدير

أتقدم بالشكر و العرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور/زين

رشيد على قبوله الإشراف على مذكرتي ودعمه لي

الى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل

الى الزوج الكريم

الى زميلاتي في العمل

الى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف ــ المسيلة
كلية الحـــــقوق و العلوم السياسية
قســـــــم الحقـــــــــوق

Université Mohamed Boudiaf m'sila
Faculté de droit des sciences politiques
Département de droit

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية

طبقا للقرار الوزاري رقم 933 المؤرخ2016/07/28 الذي يحدد القواعد المتعلقة

بالوقاية من السرقة العلمية لا سيما المواد(07، 35، 36، 37، 38)

انا الممضي ادناه الطالبة :

الاسم و اللقب : طالب ليلى

الحاملة لبطاقة التعريف الوطنية: رقم:901440 الصادرة بتاريخ :20011/05/26 عن دائرة المسيلة

المسجلة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بقسم الحقوق تحت رقم :97457091

و المكلفة بانجاز مذكرة ماستر تخصص: احوال شخصية

بعنوان : دور قاضي شؤون الاسرة في اجراء الصلح و التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والإدارية

تحت اشراف الاستاذ : زين رشيد

اصرح بشرفي اني التزم بمراعاة المعايير العلمية و المنهجية و معايير الاخلاقيات المهنية و النزاهة الاكاديمية المطلوبة في انجاز البحث المذكور اعلاه.

التاريخ:2018/05/02

امضاء المعنية

قائمة المختصرات

ق أ: قانون الأسرة

ق م: القانون المدني

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ص: الصفحة

المقدمـــــــــــــــة

مقدمة:

لقد سن الله سبحانه و تعالى الزواج، وحث عليه و جعله آية من آياته في الكون، لقوله تعالى: ((وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَةً وَ رَحْمَةً إِنَ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَرُونْ))[1].

وذلك لما فيه من إحصان للزوجين و حفاظا على النوع الإنساني واستمراره حتى يرث الله الأرض و من عليها، وجعل قوامه المودة و الرحمة و حسن المعاشرة في كنف أسرة هادئة مطمئنة بعيدة عن الشقاق و التنافر و ذلك حفاظا على الأمة و تماسكها لكون الأسرة هي اللبنة الأساسية التي تقوم عليها و تقوى بها، لقوله تعالى: ((وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَ اللهَ مَعَ الصَابِرِينْ))[2].

وقد حرصت الشريعة الإسلامية على الحفاظ على تماسك الأسرة وترابطها، فسعت إلى حماية العلاقة الزوجية من الانحلال و التفكك، وشرعت الصلح ونصت عليه في العديد من الآيات القرآنية منها قوله تعالى: ((وَإِنْ اِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَّالَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالْصُلْحُ خَيْرْ.وَأُحْضِرَتْ الأَنْفُسُ الشُحْ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَقُّوا فَإِنَ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا)[3].

فإذا استحكم الشقاق بين الزوجين ولم يتوصلا إلى الصلح، جاء التحكيم كوسيلة أخرى لدفع النزاع، لقوله تعالى: ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِقِ اللهُ بَيْنَهُمَا.إِنَ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا))[4].

فمن خلال هذه الآيات الكريمة يظهر جليا الدور الفعال للصلح والتحكيم في إزالة العداوة و الشقاق و تحقيق الألفة بين القلوب و نشر قيم التسامح و المحبة.

لذلك فقد أولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا بالصلح والتحكيم في مسائل الأسرة، شأنه في ذلك شأن معظم القوانين الوضعية في البلاد العربية، وكذا في العديد من المسائل المدنية، واعتمادها كوسيلة ودية لتسوية المنازعات والخصومات.

---

[1] سورة الروم، الآية 21.
[2] سورة الانفال، الآية 46.
[3] سورة النساء ، الآية 128.
[4] سورة النساء، الآية 35.

ولكون المنازعات الأسرية تكتسي طابعا خاصا، فقد أكد المشرع الجزائري على وجوبية الصلح والتحكيم في هذه القضايا خاصة ما تعلق منها بانحلال الرابطة الزوجية، وذلك من خلال سنه لنصوص قانونية نجدها موزعة ضمن قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، إضافة إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقوانين.

فنص على الصلح في قانون الأسرة ضمن الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بانحلال الزواج، من خلال المواد: 49، 50 ونص على التحكيم ضمن نفس القانون من خلال مادة وحيدة تحمل رقم 56.

وتناول كلا من إجراءات الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ضمن القسم الثالث من الفصل الأول الفرع الثالث من خلال المواد من 439 إلى 449.

أما بالنسبة للقانون المدني فقد خصص له المشرع الجزائري فصلا كاملا وهو الفصل الخامس من الكتاب الثاني "الالتزامات والعقود" وذلك ضمن نصوص المواد من 459 إلى 466 منه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أوكل مهمة إجراء الصلح إلى قاضي شؤون الأسرة على مستوى كل محكمة ابتدائية، وأوكل مهمة التحكيم إلى حكمين من أقارب الزوجين يعينهما نفس القاضي، ويقومان بمهمة الصلح تحت إشرافه وسلطته.

وبناء على ما سبق ذكره تتجلى أهمية هذا الموضوع فيما يحققه من إصلاح وتوفيق بين الطرفين، وإزالة ما بينهما من عداوة وبغضاء، ويقضي على أسباب الظلم والانتقام، ويحيي المودة والألفة والعلاقة الطيبة التي جمعتهما، ويجتمع شمل الأسرة من جديد، ويتحقق مقصد الشرع بجلب المصلحة ودفع المفسدة، وذلك بالحفاظ على الأولاد من التشرد والضياع الذي يتسبب فيه إقدام الزوجين على الانفصال.

ويستمد هذا الموضوع أهميته أيضا من المكانة العظيمة التي تحتلها الأسرة في المجتمع، والدور الكبير المنوط بقاضي شؤون الأسرة للحفاظ على تماسكها وترابطها فيما يجريه من محاولات صلح بين الأزواج الذين لم يجدوا سبيلا لحل مشاكلهم العائلية سوى اللجوء إلى القضاء قصد فك تلك الرابطة المقدسة.وهذا ما دفعني لاختيار هذا الموضوع رغبة مني في تفحص ومعرفة الإجراءات الجديدة التي جاء

بها قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية ألا وهي محاولات الصلح والتحكيم التي يقوم بها القاضي، والوقوف على الجانب التطبيقي منها، وما يعترضه من صعوبات في الواقع العملي، واقتراح بعض الحلول الكفيلة بتفعيل بعض النصوص القانونية.

ويثار التساؤل حول: ما مدى كفاية الآليات القانونية المخولة للسيد قاضي شؤون الاسرة في إجراء الصلح و التحكيم تحقيقا لهدف الحد من ظاهرة التفكك الأسري ؟ومتى يلجأ القاضي إلى تعيين الحكمين؟ وهل يساعد ذلك في فض النزاع بين الأزواج؟

وقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي وذلك من خلال دراسة النصوص القانونية في هذا المجال ، وكذا المنهج الوصفي من خلال توضيح مفاهيم بعض المصطلحات المتعلقة بالموضوع.

أما بالنسبة للدراسات السابقة حول هذا الموضوع فلا توجد الكثير من الدراسات بل تكاد تنعدم خاصة فيما يتعلق بالتحكيم في القانون الجزائري، ومن أهم تلك الدراسات التي اعتمدت عليها في مذكرتي ما يلي:

1-بحث بمجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية بعنوان التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الإماراتي ،للباحث محمد سليمان النور.وتجدر الإشارة إلى أن هذا الباحث تناول جزء واحد من موضوع مذكرتي وهو ما يتعلق بالتحكيم من ناحية الفقه الإسلامي.

2-رسالة ماجستير بعنوان " الصلح و دوره في استقرار الأسرة"،الطالب: علي بن عوالي،تحت إشراف الدكتور عبد القادر داودي، جامعة وهران2011-2012.

3- رسالة ماجستير بعنوان" أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة،الطالب: بن هبري عبد الحكيم تحت إشراف الأستاذ لمطاعي نور الدين، جامعة الجزائر 2014-2015.

وتجدر الإشارة إلى أن هذين الرسالتين الأخيرتين قد تناولت جزء وحيد أيضا من موضوع مذكرتي ألا وهو الصلح في مسائل شؤون الأسرة.

وقد تم تقسيم هذا البحث إلى مقدمة كتمهيد له ثم فصلين كل فصل يحتوي على مبحثين وكل مبحث ينقسم إلى ثلاث مطالب ثم أعقبته بخاتمة وملحق يتضمن بعض الوثائق المتعلقة بموضوع البحث.

وقد تعرضت في الفصل الأول الى ماهية الصلح والتحكيم وتناولت في المبحث الاول منه ماهية الصلح، وتناولت في المطلب الأول منه تعريف الصلح وفي المطلب الثاني مشروعية الصلح أما في المطلب الثالث فحاولت تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى.

أما في المبحث الثاني فتناولت فيه ماهية التحكيم، والذي بدوره تناولت في المطلب الأول منه تعريف التحكيم وفي المطلب الثاني مشروعية التحكيم، أما في المطلب الثالث فتناولت الفرق بين التحكيم والصلح.

وتعرضت في الفصل الثاني الى اجراءات الصلح و التحكيم و دور القاضي فيها ،تناولت في المبحث الأول منه دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، تناولت في المطلب الأول منه دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين وفي المطلب الثاني دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على الإرادة المشتركة للزوجين، أما في المطلب الثالث فحاولت تبيان الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح.

وفي المبحث الثاني تناولت فيه إجراءات التحكيم ومدى مساهمة القاضي والحكمين في فص النزاع بين الأزواج، والذي بدوره تناولت في المطلب الأول منه عدد المحكمين وشروطهم وتناولت في المطلب الثاني مهمة الحكمين، أما في المطلب الثالث فتناولت فيه سلطة القاضي في تعيين وإنهاء مهام الحكمين.

الفصل الأول :

ماهية الصلح والتحكيم

الفصل الأول: ماهية الصلح والتحكيم

يعتبر كل من الصلح و التحكيم وسيلة لفض النزاع بين المتخاصمين، وقد حثت عليهما الشريعة الاسلامية من خلال العديد من الآيات و الاحاديث النبوية الشريفة، ولدراسة ذلك يجب التطرق إلى تعريفهما من حيث اللغة والاصطلاح، وكذا التطرق إلى مشروعيتها ثم تمييزهما عن بعض الصور المشابهة لها والمنصوص عليها في بعض القوانين وفي الأخير نتوصل إلى الفرق بين الصلح والتحكيم ومن هنا ينبغي تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين. نتناول في المبحث الأول ماهية الصلح وفي المبحث الثاني ماهية التحكيم.

المبحث الأول:ماهية الصلح

تم تعريف الصلح بتعاريف مختلفة من حيث اللغة والاصطلاح إلا أنها تشترك في معناها، ولتوضيح ماهية الصلح لابد من التطرق إلى تعريف الصلح ضمن المطلب الأول ثم مشروعية الصلح ضمن المطلب الثاني وكذا تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في قوانين الأخرى في المطلب الثالث.

المطلب الأول:تعريف الصلح

أولا /تعريف الصلح لغة:الصلح في اللغة اسم من المصالحة وهي المسالمة بعد المنازعة. وفي الشريعة .عقد يرفع النزاع[1]

-ويقصد بالصلح في لغة الغرب قطع المنازعة. وفي كلام العرب أيضا بمعنى السلم سواء بكسر السين أو فتحها.

و الصلح في اللغة أيضامن تصالح القوم بينهم. يقال قد أصلحوا و صالحوا وتصالحوا و أصالحوا بتشييد الصاد. ويقال قوم صلوح إي متصالحون.[2]

1علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني.معجم التعريفات، دار الفصيلة للنشر و التوزيع والتصدير القاهرة.طبعة2004.ص114

2عبد الحكيم بن هبري،احكام الصلح في قضاء شؤون الاسرة،مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الاسرة.جامعة الجزائر 2014-2015،ص 10.

ويقال صلح الشيء صلح صلوحا فهو صالح ونافع والاسم الصلاح الذي هو ضد الفساد . وأصلح الشيء بصلحه إصلاحاأي أزال الفساد الموجود فيه إرجاعه إلى طريقه الأصلي الصحيح والسليم.

والصلح بين الزوجين أو الطرفين وإزالة مابينهما من فساد ونزاع وسوء فهم وإرجاع العلاقة إلى ماكانت عليه من ود وتفاهم وتعاون[1]

و الصلح في اللغة أيضا هو إنهاء الخصومة. فنقول صالحه وصلاحا إذن صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق[2]

ثانيا/تعريف الصلح اصطلاحا:

وقد عرف الفقهاء الصلح بتعاريف مختلفة وتشترك في معناها و ترمي جميعها إلى رفع الخلاف و إزالة النزاع، فنجد الحنفية اعتبروا الصلح عقداً يرفع به النزاع، وعرفه المالكية بأنه "انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه"، أما الشافعية فقد عرفوه بأنه "العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، أو هو عقد يحصل به ذلك"، وقد عرفه الحنابلة بأنه "معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين" [3]

ثالثا/التعريف القانوني للصلح:

بالرجوع إلى المواد المتعلقة بالصلح في قانون الأسرة الجزائري و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الصلح، وإنما عرفه في القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة لجميع القوانين، وذلك ضمن نص المادة 456 منه بقولها "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ،وذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".[4]

و الصلح في دعاوي فك الرابطة الزوجية هو محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التوبة بالتراضي.

ومن خلال هذه التعريفات يمكن استنباط المقومات الرئيسية للصلح وهي ثلاثة مقومات .

---

[1]علي بن عوالي،الصلح و دوره في استقرار الأسرة،مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون،جامعة وهران2011-2012ص16

[2]عبد الكريم عروي، الطرق البديلةفي حل النزعات القضائية ".الصلح و الوساطة القضائية"طبقا لقانون إم وإ ، جامعة الجزائر.2012ص12

[3]علي بن عوالي ، مرجع سابق،ص18.19

[4]الامر رقم 75-58المؤرخ في 20 رمضان من عام 1395 الموافق ل26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

1. وجود نزاع قائم أو محتمل بين الطرفين: فلكي يكون هناك صلح ، لابد من وجود نزاع واقع بين الطرفين ،سواء طرح أمام القضاء ، أو لم يطرح أو احتمال وقوع النزاع كوجود بوادره و علامته فمكن الصلح هنا حتى لو كان احد الطرفين هو المحق دون الآخر، لكنه يريد الصلح لحفظ العلاقة التي تجمعهما كعلاقة القرابة و الصداقة.
2. وجود نية لحسم النزاع: أي يجب أن يوجد لدى الطرفين نية وإرادة لحسم هذا النزاع وذلك بإنهائه وقطع دابره إن كان قائما أو بتوقيفه إن كان محتمل الوقوع.
3. تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه: فيجب على كلا الطرفين التنازل وعلى وجه التقابل عن جزء من حقهما أو ادعائهما حتى لو كانت تضحيتهما غير متعادلة، أما إذا تنازل احدهما دون الآخر فهذا لا يعتبر صلحا وإنما هو تسليم بحق الخصم أو التنازل عن الادعاء[1]

المطلب الثاني: مشروعية الصلح

يعتبر الصلح وسيلة فعالة لنشر المودة و الوئام بين أفراد المجتمع و السبيل الأمثل لحفظ العلاقات و استقرارها و إدامة استمراريتها على أسس المحبة و الألفة و التعاون فبه يقطع دابر المنازعة ويضع حدا للخصومة ويقضي على العداوة و البغضاء بين المتنازعين و الأصل فيه أنه مندوب إليه لما فيه إزالة الخلاف و دفع النزاع، و الدليل على هذه المشروعية ثابت في القران الكريم و السنة النبوية والإجماع.

أولا القران الكريم

لقد أمر الله عز وجل بالصلح في الكثير من الآيات في القرآن الكريم التي تحث عليه و تبين فضله و فوائده و نذكر منها قوله تعالى: ((وَإِنْ اِمْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَصَّالَحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالْصُلْحُ خَيْرْ.وَأُحْضِرَتْ الأَنْفُسُ الشُحْ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَقُوا فَإِنَ اللهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا))[2]

فهذه الآية تؤكد على مشروعية الصلح، حيث نصت على أن الصلح خير فهو لفظ عام مطلق يقتضي أن الصلح الحقيقي الذي تسكن إليه النفوس و يزول به الخلاف خير على الإطلاق ، أي خير

[1] علي بن عوالي،المرجع السابق ،ص22

[2] سورةالنساء، الآية 128

من الفرقة سوء العشرة، كما حثت هذه الآية الزوجين على إصلاح ذات البين وذلك لعظم الفائدة المرجوة و الأجر العظيم و الثواب الجزيل للمصلحين من هذا الفعل.

و قوله تعالى :((لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَاسِ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ اِبْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللهِ فَسَوْفَ نُؤتِيهِ أَجْرًا عَظِيمَا))[1]

ففي هذه الآية بيان على أن من أفضل الأعمال الخيرية وأحبها إلى الله تعالى الإصلاح بين الناس، وذلك بإزالة الخلاف و الخصام و رفع النزاع و الشقاق و حفظ المودة و الألفة و العلاقة الطيبة، ويدخل الصلح في هذا المعنى.

و قوله عز وجل أيضا:((يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنْفَالِ قُلِ الأَنْفَالُ للهِ وَالرَسُولِ فَاتَقُوا اللهَ وَأَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ وَأَطِيعُوا اللهَ وَرَسُولَهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤمِنِينْ))[2]

ومن خلال هذه الآية يتضح إن الله عزّ وجلّ جعل إصلاح ذات البين من طاعته، وهذا ما يدل على أهمية الإصلاح الذي يخلق المودة و الإخاء والألفة وهو ما يؤكد مشروعية الصلح.

ثانيا/ السنة النبوية

إضافة إلى تعدد النصوص القرآنية الحاثة على الصلح ، تعددت النصوص السنية التي جاءت مؤكدة لها أو مفصلة لها، ومن أشهر تلك الأحاديث عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراما و المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً أو أحل حراماً"[3].

فهذا الحديث يؤكد على مشروعية الصلح، فالصلح إذا تم بين الخصمين فهو قمة العدل وأقرب إلى دوام المودة و الأولى بذلك أن يتم بين الزوجين لما فيه صلاح الأسرة و صلاح المجتمع ككل، فعن أبي

[1] سورةالنساء،آية 114

[2] سورةالأنفال،الآية 1

[3] الحديث أخرجه الترمذي،محمد بن عيسى بن سورة،الجامع الصغير،تحقيق وشرح احمد محمد شاكر،دار الكتاب العلمية،لبنان،دون ذكر سنة النشر،ص635.

الدرداء رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:"ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام و الصلاة و الصدقة؟قالو:بلى، قال:"صلاح ذات البين.فإن فساد ذات البين هي الحالقة."[1].

وقد جاء تفسير الحالقة مرفوقا من قول النبي صلى الله عليه و سلم:"لا أقول تحلق الشعر، ولكن تحلق الدين".

وقد ثبت في صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه و سلم ذهب إلى بني عمر بن عوف ليصلح بينهم، وعن أم كلثوم بنت عقبة، رضي الله عنها،أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول:"ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيراً أو يقول خيراً "[2].و روى عبد اله بن كعب عن كعب بن مالك رضي الله عنه لما تنازع مع أبي حدود في دين على ابن أبي حدود، أن النبي صلى الله عليه وسلم أصلح بينهما بأن استوضع من دين كعب الشطر و أمر غريمه بأداء الشطر، فدل ذلك على جواز الصلح.[3]

ثالثا/ الإجماع:

لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الصلح، لما فيه من الخير و الفوائد التي لا تحصى و لا تعد، إذ به تزول العداوة و الشقاق و تستمر الألفة و التواصل بين الناس.

فنجد أن الحنفية و المالكية و الحنابلة أكدوا على مشروعية الصلح بأنواعه الثلاثة سواء كان صلحا على إقرار أو سكوت أو انكار، لما فيه من منافع كثيرة و فوائد عظيمة إذ به تزول الخصومة و يحل الخلاف و يرفع النزاع على وجه يرضي الطرفين.

أما الشافعية فقد أجمعوا على مشروعية الصلح باستثناء الصلح على إنكار فإنهم منعوه[4]

[1] الإمام العسقلاني ابن حجر،فتح الباري،شرح صحيح البخاري،ج4،المطبعة المصرية،لبنان،1243،ص 405.

[2] ا المرجع نفسه، ص 228.

[3] عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق ،ص 22.

[4] علي بن عوالي،مرجع سابق ، ص 29، 30

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

أولا/تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني:

نص المشرع الجزائري على الصلح في قانون الأسرة ضمن أحكام المادة (49) منه والتي جاء فيها :" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "[1]

فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر الصلح في قانون الأسرة إجراءا قضائيا يسبق الفصل في القضية دون تقديم تعريف له ، في حين نجده في القانون المدني قد خصص له فصلا كاملا و هو الفصل الخامس من الكتاب الثاني "الالتزامات و العقود " وذلك ضمن المواد من 459 إلى 466 من القانون المدني حيث عرفه في نص المادة 459 بمايلي " الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، ذلك بان يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " و بذلك يكون المشرع قد أقر بالصلح و اعتبر عقدًا في القضايا المدنية فيكون طرفي الصلح إما شخص طبيعي أو معنوي ، أما بالنسبة لطرفي الصلح في قضايا شؤون الأسرة فيها دائما شخصان طبيعيان (الزوج والزوجة)، أما بالنسبة لطبيعة النزاع ، ففي القانون المدني يمكن أن يكون نزاع قائما أو محتملا، وتبعا لذلك يكون الصلح يهدف إلى حل نزاع قائم أو توخي نزاع محتمل .

في حين أن الصلح في شؤون الأسرة يكون إجراءً لصيقا بالنزاع القائم وهو النتيجة المباشرة و المؤكدة بعد رفع الدعوى ، فالقاضي ينظر فيما هو عالق أمامه من مسائل وخلافات [2]

كذلك أن القائم و المبادر بالصلح في شؤون الأسرة هو القاضي المكلف بقسم شؤون الأسرة، وهو ما تؤكده نص المادة 49 من قانون الأسرة ، كذا المواد (431) (439)و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، يمكن للقاضي أن يقوم بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005

[2] عبد الحكيم بن هبري ، مرجع سابق ، ص 24

بنفسه أو يقوم به الحكمان تحت إشرافه مع أن القاضي مقيد بمدة زمنية محددة، فيجب عليه إجراء الصلح خلال فترة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى .

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

يتميز الصلح في المسائل المدنية بتنازلات متبادلة و متكافئة وهذا ما نصت عليه المادة 459 من القانون المدني، فيعد تنازل المتنازعين عن ادعائهم العنصر الرئيسي في نظام الصلح المدني، بينما الصلح في شؤون الأسرة ولكون الزوجين في موقفين غير متكافئين فمن غير اللائق أن نتكلم عن التنازلات المتبادلة .

يترتب على الصلح المدني باعتباره عقدا من الناحية القانونية ما يترتب على العقد بصفة عامة فتطبق عليه أحكام الفسخ ، المنصوص عليها في المادة 119 من القانون المدني فمتى اخل احد المتصالحين بالتزاماته بعد إبرامه لعقد الصلح يجوز للطرف الآخر طلب فسخ العقد لان الصلح فقد ملزم للجانبين .

بينما الصلح في قانون الأسرة الجزائري إجراء قضائي، فلا يخضع للنظرية العامة للعقد، وإنما يخضع لأحكام الإجراءات .[1]

ثانيا/تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في المادة الاجتماعية

تنص المادة (1/19) من القانون رقم 90-04 على انه: "يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية".

فمن خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع قيد حق الشخص في اللجوء إلى القضاء في منازعات العمل بضرورة إجراء محاولة الصلح ،قصد تسوية النزاع بين الطرفين ، و ذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى، في حالة عدم حصول الصلح بين الطرفين حينئذ يحق للخصم اللجوء إلى القضاء للمطالبة

[1] عبد الكريم بن هبري ، مرجع سابق ص26

بالحماية القضائية ، ومن هنا يتضح انه عند رفع دعوى أمام القسم الاجتماعي مراعاة للقواعد العامة المقررة لرفع الدعاوي مع إضافة شرطين لقبولها شكلا وهما:

1. أن ترفق العريضة بمحضر عدم الصلح أما التظلم سواء كان تدريجيا أو أمام نفس الجهة المستخدمة، فلا يحل محل محضر عدم الصلح ولا يعتبر شرطا لقبول الدعوى .
2. أن ترفع الدعوى خلال اجل لا يتجاوز ستة (6)أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح وذلك تحت طائلة سقوط الحق في رفع الدعوى ، وهذا حتى لا يتعسف العمال في رفع دعواهم بعد انقضاء آجال طويلة قصد الحصول على تعويضات تكون أحيانا جد كبيرة .[1]

وعليه فان محاولة الصلح المقررة في منازعات العمل باعتبارها قيدا على رفع الدعوى ، تعتبر إجراء مستقلا خارجا عن الخصومة ، أما محاولة الصلح المنصوص عليه في المادة (49) من قانون الأسرة ، تعتبر شرطا وجوبيا للنظر في موضوعها وتعد إجراء من الإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة الذي يجريه القاضي مباشرة بعد رفع الدعوى .

أما فيما يخص القائم بالصلح نجد أن القاضي في شؤون الأسرة هو المختص بإجراء عدة محاولات صلح بين الزوجين رفقة أمين الضبط الذي يحرر محضرا يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح ، ساعيا بذلك إلى إقناع الزوجين أو إحداهما عن العدول عن فكرة الطلاق، بينما في منازعات قانون العمل فالقائم بالمصالحة هي مكاتب المصالحة التي خول لها المشرع مهمة متمثلة في إجراء الصلح الذي يعد مسالة إجبارية يستوجب القيام بها قبل الانتقال إلى مرحلة التقاضي وذلك حسب نص المادة (19) من القانون رقم 90-04 و في حالة استنفاذها يمكن للعامل أن يخطر مفتش العمل وفقا للإجراءات المحددة في القانون .[2]

وخلاصة القول أن الفرق بين الصلح في شؤون الأسرة و الصلح في المادة الاجتماعية أن هذا الأخير هو صلح غير قضائي وهو الأول لأنه يكون قبل اللجوء إلى القضاء ، أما الصلح في شؤون الأسرة فهو الاستثناء فالقاضي يجري الصلح بين الزوجين بعد رفع النزاع أمامه فهو إجراء وجوبي، في حين أن الصلح

[1] عبد الحكيم بن هبري ، مرجع سابق ص31

[2] المرجع نفسه، ص 33

في المادة الاجتماعية يكون قبل اللجوء إلى القضاء ، فهو قيد أو عقبة قبل رفع الدعوى و يترتب على عدم احترامه عدم قبول الدعوى ، حيث تنص المادة 36 من القانون رقم 90-04على انه "في حالة عدم المصالحة ، يرفع الطرف الذي له مصلحة دعوى أمام المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية، على أن ترفق العريضة الموجهة إلى المحكمة بنسخة من محضر عدم المصالحة الصادر عم مكتب المصالحة." [1]

بينما في شؤون الأسرة عند فشل الصلح يحرر القاضي محضر عدم الصلح و يشرع في مناقشة موضوع النزاع.

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

ثالثا/ تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات

استحدث المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية طرق بديلة لحل النزاعات و من بينها الصلح الذي يهدف إلى إنهاء النزاع بين الخصوم و تخفيف العبء عنهم ، لان إجراءات التقاضي فيها كثير من التعقيد و المشقة كونها تستغرق وقتا طويلا و تتطلب تكاليف باهظة .

وقد وضع المشرع القواعد الإجرائية العامة للصلح كطريق بديل لحل النزاعات ضمن الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في أربع مواد من (990) (993) وردت في الفصل الأول من الباب الأول و في المقابل تناول إجراء الصلح في شؤون الأسرة في قضايا فك الرابطة الزوجية الذي يغلب عليه الطابع الوجوبي الإجرائي المسبق للصلح، بعد رفع الخصومة القضائية و قبل السير فيها، باعتباره إجراء من إجراءاتها ، فهو بهذا يختلف عن الطرق البديلة لحل النزاعات و التي تعتبر طرق تعويضية للخصومة القضائية يلتجئ إليها المتقاضي بصفة اختيارية متخليا بذلك كقاعدة عامة عن الكثير من إجراءاتها[2].ويتضح من خلال المادة (990) السالفة الذكر الطابع الجوازي لمحاولة الصلح إذ تركت خيار إتمامه لطرفي النزاع بمبادرة منهما، بالرغم من أن مبادرة الأطراف للصلح وإقدامهم عليه كطريق

[1] القانون رقم 90-04المؤرخ في 1990/02/06التعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل و المتمم

[2] عبد الكريم بن هبري،مرجع سابق، ص 39

بديل لم تكن في قانون الإجراءات المدنية السابق أين اكتفى بالنص على الصلح الذي يتم بتدخل من القضاء، ولم يعرف الصلح التلقائي بسعي من الأطراف، بينما الصلح في قضاء شؤون الأسرة لا بد فيه من تدخل القاضي نظراً للطابع الوجوبي له.

وحسب نص المادة (439) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لا يتمتع القاضي بكامل السلطة التقديرية حيال إجراء الصلح وليس للأطراف حق عدم إجرائه، كون الصلح حسب نص المادة (49) من قانون الأسرة الذي يتضمن قاعدة تخاطب وتلزم القاضي لا الأطراف، فقد يرقى الصلح إلى حد ان يكون التزاما على عاتق القاضي يجب الوفاء به قبل أن ينظر في الدعوى و يصدر حكماً فيها.
في حين أن الصلح كطريق بديل لا يفرض أي التزام على القاضي بعرضه على الأطراف فهو بذلك ذو طابع جوازي يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة يختار بمقتضاها المكان و الزمان اللذين يراهما مناسبين للمبادرة على أن يكون بموافقة الخصوم عليه على خلاف الصلح في شؤون الأسرة حيث يكون بدون حاجة إلى استشارة أطراف النزاع .[1]

أما بالنسبة لعدد محاولات الصلح في شؤون الأسرة فان المشرع لم يبينها، و لكن بالرجوع إلى نص المادة (49) من قانون الأسرة نجد انه ذكر عبارة :"...عدة محاولات صلح ..." يفهم منها أنها أكثر من محاولتين فهو يدعو إلى عدم التسرع في الحكم بالطلاق و التركيز على الإصلاح بين الزوجين، بينما الصلح كطريق بديل قد يعرض مرة واحدة مهما كانت مرحلة إجراءات الخصومة ، و لم يربطه بأجل فيمكن أن يعرض ذلك في جلسة النطق بالحكم إذا كان كلاهما حافزا ، غير أن الصلح في قضايا فك الرابطة الزوجية محدد بثلاثة أشهر وفقا لمقتضيات المادة 442 الفقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وعليه ،يمكن تعريف الصلح في مادة شؤون الاسرة بأنه إجراء وجوبي يقوم به قاضي شؤون الاسرة مباشرة بعد رفع دعاوى فك الرابطة الزوجية يهدف من خلاله الى الاصلاح بين الزوجين ودفعهما الى العدول عن الانفصال.

[1] عبد الكريم بن هبري،مرجع سابق،ص 40

المبحث الثاني : ماهية التحكيم

تم تعريف التحكيم بتعاريف مختلفة لغة و اصطلاحا إلا انها تشترك في مضمونها ،ولتوضيح ماهية التحكيم في قانون الأسرة لابد من التطرق إلى تعريف التحكيم ضمن المطلب الأول، ثم مشروعية التحكيم ضمن المطلب الثاني و كذا الفرق بين التحكيم و الصلح ضمن المطلب الثالث .

المطلب الأول: تعريف التحكيم

أولا / تعريف التحكيم لغة : مصدر حكم ، يقال حكمه في الأمر تحكيما، أي أمره أن يحكم فاحتكم و تحكم، يعني جاز فيه حكمه ، واحتكم فلان في مال فلان، إذ جاز فيه حكمه ، وحكمت الرجل ، أي فوضت الحكم إليه، و يقال : حكمته إلى حاكم، أي خاصمته إليه ، ودعوته لحكمه .

ومن اختاره الطرفان للتحاكم إليه يسمى حكما ، أو محكما ، أو حاكما .

كما يفيد المنع أيضا، تقول :أحكمت فلانا أي منعته، وبه سمي الحاكم لأنه يمنع الظلم، و يطلق الحكم على من يختار للفصل بين المتنازعين[1].

فالتحكيم معناه لغة: التفويض في الحكم، و يقال: حكموه أي أمروه أن يحكم بينهم .

والمحكم هو الشيخ المجرب المنسوب إلى المحكمة، و الحكمة هي العدل، و رجل حكيم عدل حكيم، و احكم الأمر أتقنه.[2]

ثانيا / تعريف التحكيم اصطلاحا:

عرفه الفقهاء بتعاريف متعددة وهي في جملتها لا تخرج عن المعنى اللغوي .

فقد جاء في الدر المختار أن التحكيم هو :"تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما" و جاء في الحاوي الكبير :"إذا حكم خصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما في ما تنازعاه في بلد فيه قاض أوليس

[1] د/محفوظ بن صغير،قضاياالطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم02-05 دار الوعي للنشر و التوزيع ، رويبة الجزائر، ط 2012 ، ص261

[2] فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون ا م و ا الجزائري ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، عين مليلة الجزائر، ط 2010 ، ص15 .

فيه قاض جاز " . و قال ابن قدامة : "إذا تحاكما رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكما بينهما جاز".[1]

وعرفه الزرقا من المعاصرين بأنه : "عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا آخر حكما بينهما للفصل في خصمتاهما بدلا من القاضي ".

ويتضح من هذه التعاريف أن التحكيم هو : أن يختار أطراف الخصومة طرفا ثالثا بتراضيهما ليفصل في النزاع القائم بينهما طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

و التحكيم بين الزوجين في اصطلاح الفقهاء هو : "تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلهم الإصلاح بينهما و الفصل في خصومتهما".[2]

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم

مشروعية التحكيم ثابتة بالكتاب و السنة و الإجماع.

أولا/ من الكتاب: وردت آيات عديدة تفيد بمشروعية التحكيم منها قوله تعالى: ((وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِقِ اللهُ بَيْنَهُمَا.إِنَ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)).[3]

ووجه الدلالة في هذه الآية: أن الله تعالى أمر في حالة الشقاق بين الزوجين ببعث حكمين حكم من أهل الزوج و حكم من أهل الزوجة.

وفي هذا دليل على مشروعية التحكيم بين الزوجين عند وقوع التنازع بينهما، أو إذا ما خيف وقوع الشقاق بينهما، و إذا ما جاز التحكيم بين الزوجين جاز في سائر الحقوق و الدعاوى .

كما أن الأمر الوارد في الآية **"فابعثوا"** يفيد الوجوب ما لم ترد قرينة تصرفه عن حقيقته إلى الندب، ولا توجد قرينة هنا، و بالتالي يكون بعث الحكمين واجبا.[1]

[1] محفوظ ابن صغير ، مرجع سابق ص 262.
[2] المرجع نفسه، ص263
[3] سورة النساء،آية 35

وقوله تعالى : ((فَلَا وَرَبِكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَى يُحَكِمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَا قَضَيْتَ وَيُسَلِمُوا تَسْلِيمَا)).[2]

لقد أرشدت هذه الآية الحاكم إلى الإصلاح بين الخصوم.

وقوله تعالى:((فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالقِسْطِ إِنَ اللهَ يُحِبُ المُقْسِطِينْ))[3]

ووجه الدلالة في الآية: أن الله تعالى خير نبيه صلى الله عليه وسلم إذا جاءه أهل الكتاب محتكمين إليه بين الحكم أو الإعراض عنهم .

ثانيا / من السنة: ثبتت مشروعية التحكيم من السنة بأحاديث كثيرة منها:

ما جاء في حديث بريدة أن الرسول صلى الله عليه و سلم كان إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه من المسلمين خيراً ، ثم قال : وإذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم على حكم الله و لكن أنزلهم على حكمك فإنك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا .

ووجه الدلالة من الحديث : أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أوصى أمراء الجيوش والسرايا بقبول التحكيم إذا ما طلبه الأعداء ، هذا تشريع منه صلى الله عليه و سلم بإمضاء التحكيم، و ما يؤدي إليه اجتهاد المحكم .[4]

فمن خلال هذا الحديث تتأكد مشروعية التحكيم بصفة عامة.

ثالثا/ من الإجماع : ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التحكيم، فالمذهب الحنفي يعتبر التحكيم بمثابة توكيل من الطرفين لإجراء المصالحة، واعتبرت المجلة العثمانية أن التحكيم هو مصالحة و لذلك يمكن في أي وقت طلب رد المحكم أو عزله طالما لم يصدر حكمه .

---

[1] محفوظ بن صغير ، مرجع سابق ،ص264.

[2] اسورة النساء، آية 65

[3] سورة النساء،آية 42

[4] محفوظ بن صغير،مرجع نفسه ،ص265

وكذلك المذهب الشافعي يقترب من المذهب الحنفي في اعتبار التحكيم توكيلاً من الطرفين لإجراء المصالحة و لذلك يمكن عنده أيضا الرجوع عن التحكيم قبل صدور الحكم .

اما المذهب المالكي فيميل إلى إعطاء الهيئة التحكيمية بعد تعيينها برضا الطرفين صلاحية الاستمرار في عملها حتى إصدار الحكم النهائي ،ولذلك لا يشترط عندهم دوام رضا الخصمين حتى صدور الحكم .

ويقترب المذهب الحنبلي من المذهب المالكي في إعطاء الهيئة التحكيمية صلاحية الاستمرار في عملها حتى إصدار حكمها النهائي الملزم ولذلك يصح الرجوع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم، أما بعد ذلك فليس لأي من الخصمين الرجوع عنه .[1]

المطلب الثالث : الفرق بين التحكيم و الصلح

بالرجوع إلى تعريف الصلح و هو محاولة سابقة لدعوى الطلاق يقوم بها القاضي بقدر المستطاع سعيا لإقناع الطرفين بالمصالحة أو تحقيق التسوية بالتراضي.

وكذا تعريف التحكيم و هو وسيلة يلجأ إليها القاضي في حالة عدم تمكنه من إيجاد الحل بالصلح بين الزوجين مخولا لأقارب كل من الزوجين ،أي من أهل الزوج وأهل الزوجة.

وذلك حسب نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

من خلال هذين التعريفين يتضح لنا أن إجراء الصلح و التحكيم يختلفان من حيث من هو الإجراء الأسبق في سير الدعوى، إلا أنهما يتمتعان بأوجه تشابه نذكر منها:

- أن كليهما إجراء تمهيدي للحكم بالطلاق.
- أنه يجب أن يكون هناك نزاع قائم .

[1] فراح مناني ، مرجع سابق ،ص24 ،25

- أن كليهما يأمر بهما القاضي.

ورغم أن إجراء الصلح و التحكيم كلاهما يأمر بهما القاضي إلا أن من يقوم به يختلف من إجراء لآخر فالصلح إجراء يقوم به القاضي حيث عليه أن يستدعي الزوجين المتخاصمين إلى مكتبه بواسطة أمين الضبط وذلك في جلسة خاصة ،ثم يحاول أن يصلح بينهما و يكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل ، وبيان محاسن المحبة و التفاهم و الانسجام من أجل ضمان مصالح الأطفال ،أما التحكيم فيقوم به الحكمان اللذان يعينهما القاضي.

وكذلك أن الصلح إجراء إلزامي للقاضي أما التحكيم فهو اختياري وذلك لأن التحكيم نلجأ إليه في حالة ما إذا اشتد الشقاق بين الزوجين ولا يمكن الصلح بينهما .

ويظهر وجه الاختلاف بين إجراء الصلح و التحكيم من حيث المدة المحددة لكليهما فالصلح يكون في خلال ثلاثة أشهر أما التحكيم فيقدم الحكمان تقريرهما خلال مدة شهرين .

وكذلك بالنسبة لمحضر الصلح المحرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي يعد سندا تنفيذياً طبقا لمادة 443من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما المحضر المحرر من طرف المحكمين فيتوقف على مصادقة القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن طبقا للمادة 448 من نفس القانون .

الفصل الثاني:

إجراءات الصلح والتحكيم ودور القاضي فيها

الفصل الثاني : إجراءات الصلح و التحكيم و دور القاضي فيها

تم اجراءات الصلح و التحكيم بالكثير من المراحل ابتداء من رفع دعوى الطلاق الى غاية تحرير محضر الصلح في حالة نجاح محاولات الصلح أو عدم الصلح في حالة فشلها وبالتالي صدور حكم بالطلاق او التطليق أو الخلع حسب الحالة.

وللإحاطة بالإجراءات المتبعة أثناء الصلح و التحكيم ينبغي التطرق إلى دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية ضمن المبحث الأول الذي نتناول فيه ثلاث مطالب، نتعرض في المطلب الأول إلى دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين ومن ثم نتعرض إلى دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على الإرادة المشتركة للزوجين في المطلب الثاني ونتناول في المطلب الثالث الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح .

أما بالنسبة للمبحث الثاني فنتناول فيه إجراءات التحكيم و مدى مساهمة القاضي و الحكمين في فض النزاع بين الزوجين ، و نتناول فيه ثلاث مطالب نتعرض في المطلب الأول إلى شروط الحكمين و عددهم ومن ثم نتعرض إلى مهمة الحكمين في المطلب الثاني ،أما المطلب الثالث فنتعرض فيه إلى سلطة القاضي في تعيين و إنهاء مهام الحكمين .

المبحث الأول: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية

يعتبر الصلح اجراء وجوبي في مختلف صور فك الرابطة الزوجية، ولا يصدر حكم الطلاق إلا بعد قيام القاضي به، ولتوضيح دور القاضي أثناء الصلح لابد من التطرق إلى دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على إرادة أحد الزوجين ضمن المطلب الأول ، ثم إلى دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على الإرادة المشتركة للزوجين ضمن المطلب الثاني ،وكذا التطرق إلى الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح ضمن المطلب الثالث .

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

يعتبر الصلح في مسائل شؤون الأسرة وجوبي خاصة ما تعلق بفك الرابطة الزوجية، حيث وبالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تنص : "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ". وهو ما أكدته المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها: "محاولات الصلح وجوبية و تتم في جلسة سرية ".

وتتعدد وسائل و طرق فك الرابطة الزوجية فمنها ما يكون بيد الزوج و هو ما يعرف بالطلاق بالإرادة المنفردة و منها ما يتم بناء على طلب الزوجة و يكون على شكل صورتين و هما التطليق و الخلع و هذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

أولا/دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:

للقاضي دور مهم في اجراء الصلح بين الزوجين، فإذا تقدم الزوج بعريضة طلاق فإن القاضي يبذل جهده و يستعمل السلطة المخولة له من أجل الصلح بين الزوجين، وذلك بالبحث عن أسباب طلب الفراق، إذ بمعرفتها يمكن للقاضي إزالتها بإعمال السلطة المخولة له قانونا، حرصا منه على ما يحفظ علاقتهما، واستمرارها على أسس المودة والرحمة والتعاون.[1]

ومن أجل تحقيق الصلح بين الزوجين من طرف القاضي فقد ألزمه المشرع الجزائري بإجراء عدة محاولات لتقريب وجهات النظر بينهما.

وذلك قبل انقضاء المدة المحددة ضمن نص المادة 49 من قانون الآسرة التي نصت على أنه :"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

[1] علي بن عوالي ، مرجع سابق ،ص193

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين".

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

1. عدم ثبوت الطلاق إلا بحكم يصدره قاضي شؤون الأسرة ، فهذه قاعدة إجرائية واضحة الدلالة، حيث نصت على عدم وقوع الطلاق من حيث الشكل القانوني إلا بمراعاتها، و بتشريع هذه المادة ألغى المشرع ضمنيا الطلاق العرفي، وذلك بإهماله وعدم وضع قواعد إجرائية لتنفيذه .[1]
2. وقوع الطلاق تحت طائلة البطلان إذا لم تسبقه محاولات عدة للصلح بين الزوجين من طرف قاضي شؤون الأسرة ،فالصلح إجراء وجوبي ،ولا يجوز للقاضي التغاضي عنه ، ولذلك عليه أن يسع بكل جهد و عزم إلى تحقيق الصلح بصرف النظر عن النتائج النهائية سواء كانت إيجابية أم سلبية ، و إذا حكم بالطلاق بين الزوجين دون إجراء محاولات الصلح بينهما يكون قد أخطأ في تطبيق القانون ويتعرض حكمه للبطلان عملا بأحكام المادة 49 السالفة الذكر .[2]

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

الحالة الأولى :

أن يكون الزوج قد طلق زوجته بإرادته المنفردة في غير مجلس القضاء ،أو أمام القاضي خلال الجلسة الأولى ،فإن ذلك الطلاق يعتبر رجعيا، وفي مقدوره أن يرجع زوجته خلال مهلة ثلاثة أشهر تبدأ من الجلسة الأولى المتعلقة بمحاولة الصلح ،وهنا لا يحتاج إلى عقد جديد.

وقد لا تستمر محاولة الصلح ثلاثة أشهر ويحصل أن يحكم القاضي بالطلاق أو تنتهي تلك المهلة دون أن يرجع الزوج زوجته، فآنذاك يكون الطلاق المحكوم به بائنا ، ولا يستطيع الزوج إرجاع زوجته إلا

[1] علي بن عوالي ، مرجع سابق ،ص193

[2] المرجع نفسه ،ص194

بعقد جديد يشتمل على كامل أركان و شروط عقد الزواج وعلى رأسها رضا الزوجين فالقانون نص على الحد الأقصى لمحاولة الصلح التي يجريها القاضي، لكنه لم ينص على الحد الأدنى لها ،و بالتالي يمكن أن يتمكن القاضي من الإصلاح بين الزوجين قبل مرور تلك المدة ويصدر حكما بانقضاء الدعوى بالصلح، أو بالإشهاد للزوجين بالتصالح فيها بينهما مع ذكر ما تم الاتفاق عليه.[1]

وقد لا يتمكن القاضي من الإصلاح بين الزوجين ،ويرى بأن الزوج مصر على الطلاق ،أو أنه قد طلق زوجته خارج القضاء أو في الجلسة الأولى أو في الجلسات المتتالية ،فآنذاك يصدر القاضي حكما بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة حتى ولو لم تنقض مدة الثلاثة أشهر المتعلقة بمحاولة الصلح ، ويكون حكم القاضي آنذاك مقررًا للطلاق وليس منشئاً له ، وهو طلاق بائن لارجعة فيه الا بعقد جديد لكون الزوج فاتته فرصة المراجعة قبل صدور الحكم ،وفي ذلك يقول الأستاذ /**الهاشمي هويدي** رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا بالجزائر :(مادام الزوج هو الذي يملك العصمة الزوجية فان له الحق في إنشاء الطلاق للحديث الشريف " الطلاق لمن أخذ بالساق ".[2]

وعليه فدور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له الحق في رفض هذه الرغبة ، وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة ولا مؤسسة مادام الزوج لم يطرح أي سبب أو عذر لهذا الطلاق مفضلا هكذا تحميله كامل المسؤولية في ذلك طبقا للمادة 52 من قانون الأسرة ...)[3]

الحالة الثانية :

أن يرفع الزوج دعوى أمام القاضي يطلب فيها الطلاق دون ان يكون قد أوقع الطلاق خارج القضاء أو أثناء إحدى الجلسات ،فالقاضي بعد محاولته الصلح بين الزوجين وفشله في ذلك فانه يقضي بالطلاق مستجيبا للزوج في طلبه ، ويكون حكم القاضي بمثابة الطلاق البائن ،فالزوج يحتاج إلى عقد

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوالالشخصية،الجزءالأول،دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع،الجزائر،ط3 ،2011،ص234.
[2] المرجع نفسه ، ص235
[3] المرجع نفسه ، ص235

جديد إن أراد المراجعة طبقا للمادة 50 من قانون الأسرة و التي صرحت بأنه "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم يحتاج إلى عقد جديد "[1]

هذا عن وقت تلفظ الزوج بالطلاق قبل أو أثناء رفع الدعوى ، وفي كل الأحوال وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يقوم القاضي بالاستماع إلى كل زوج على انفراد ثم معا ،ويمكن بناء على طلب أحد الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح. وهذا ما نصت عليه المادة 440 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

وبالنسبة لحضور الغير جلسة الصلح، فهو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية و الإدارية و الحريات حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته، ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية.[2]

ويحضر جلسات الصلح إضافة إلى القاضي و الزوجين أمين الضبط فهو يساعد القاضي من خلال تدوين ما يأمره به في المحضر المخصص لذلك ، حيث يلتزم بالحياد المطلق و السرية التامة فيما يجري بين الزوجين والقاضي لكون جلسات الصلح تتميز بالسرية ، وهذا ما نصت عليه المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها :"محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية ".

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة لإجراء محاولة صلح جديدة، كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة (المتعلقة بالنفقة ،الحضانة ،السكن) بموجب امر غير قابل لأي طعن.

وفي جميع الحالات يجب أن لا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وهو ما ينسجم مع مضمون المادة (49) من قانون الأسرة.

إذا استحال على احد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق،ص 236.

[2] عبد الرحمن بربارة ،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،طبعة أولى 2009،ص 336.

الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضراً بذلك.(المادتين 441، 442 من ق إ م إ).[1]

وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين رغم مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى، أما إذا تم الصلح بين الزوجين، يحرر أمين الضبط تحت إشراف القاضي محضراً بذلك في الحال ويوقع عليه من طرف القاضي و أمين الضبط و الزوجين. ويعد محضر الصلح هنا سندا تنفيذياً وهذا ما نصت عليه المادة 443 من ق إ م إ.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي، في حالة عدم التوصل إلى الصلح بين الزوجين و شروعه في مناقشة موضوع الدعوى، وقبل أن يصدر حكم الطلاق، أن يتأكد من إرادة الزوج في طلب الطلاق وعزمه عليه وفق نص المادة 450 من ق إم وإ التي تنص على أنه:" يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، و يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك".

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

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

أ)طلب التطليق من طرف الزوجة:

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

وقد عددت المادة 53 من قانون الأسرة أسباب طلب التطليق، وعلى القاضي أن يقدر الضرر إعمالاً لسلطته التقديرية، وبذلك فأحكام التطليق من حيث طبيعتها هي أحكام منشئة.

[1] عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 336.

[2] المرجعنفسه،ص337

ويقول الأستاذ تقية عبد الفتاح:" التطليق يجعل أمر حل الرابطة الزوجية بيد القاضي إذا كان يستند لأحد الأسباب الواردة في المادة 53، فالحكم الصادر بالطلاق حكم كاشف لإرادة الزوج، أما الحكم الصادر بالتطليق فهو حكم منشئ له.[1]

فالنوع الأول تنعدم فيه إرادة القاضي، أما النوع الثاني فتلعب إرادة القاضي في إنشاءها و تكوينها دوراً هاما و ايجابيا بل تعتبر إرادة القاضي العنصر الداخلي في تكوين هذا الحكم".[2]

ويتجلى دور القاضي في الصلح في هذه الحالة من خلال معاينته للوقائع و الأسباب التي اعتمدت عليها الزوجة في طلب التطليق و إصرارها عليه، وفق ما نصت عليه المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها: "يعاين القاضي و يكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا للأحكام التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حيث أجازت للمرأة طلب التطليق، ومن هذه الأسباب:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية
5. الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة.
6. مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من نفس القانون.
7. ارتكاب فاحشة مبينة.
8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

[1] عبد الحكيم بن هبري،مرجع سابق،ص 138

[2] المرجع نفسه،ص 138

10. كل ضرر معتبر شرعا.

إلا أن الصلح ليس في جميع هذه الحالات يكون منتجا و له فائدة بل في بعض الحالات يعد إجراء شكليا بدون جدوى.

فمثلا في حالة طلب التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، فيظهر دور القاضي في الصلح من خلال حث الزوجة على الاستمرار في الحياة الزوجية و التراجع عن طلبها و إقناع الزوجة بأن الزوج نادم على ما فعل وهو مستعد لكي يتغير و يستأنف الحياة الزوجية، وأنه يتعين على الزوجة منحه فرصة أخرى ليتدارك الخطأ الذي وقع فيه.

ويظهر دور القاضي الايجابي كذلك في حالة طلب التطليق لعدم الإنفاق خاصة مع تمسك الزوج بأنه ملتزم بدفع النفقة شهريا ويحضر حوالات بريدية تثبت ادعاءاته و الزوجة تنكر ذلك، فالقاضي و لما له من سلطات يعمل على إبراز هذه الادعاءات و تمكين الزوجين من معرفة الحقيقة و التوصل إلى الصلح بينهما خاصة إذا كان الزوج معسراً عملا بمبدأ "لا ظلم من المعسر في امتناعه عن الدفع لعجزه عن الأداء"، مصداقا لقوله تعالى: ((وَ إِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسُرَةٍ وَأَنْ تَصَدَقُوا خَيْرٌ لَكُمُ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونْ)).[1]

وكذلك الشأن بالنسبة لطلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، شريطة أن لا تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة، فمن خلال سماع القاضي لتصريحات الزوجين في جلسة الصلح قد يتبين له أن النزاع لا يتعلق بعدم الوفاء بالشرط، و إنما حول صحة شرط من الشروط، فيستطيع القاضي لما له من سلطة تقديرية اختيار رأي من الآراء الفقهية في هذا المجال.[2]

فقد يكون الشرط صحيحا لكن يتعذر الوفاء به، فيحاول في هذه الحالة أن يقنع الزوجين بتعديل الشرط أو الإعفاء منه حرصا منه على استمرار الحياة الزوجية وعدم تعليقها على هذا الشرط.

[1] سورة البقرة،آية 280

[2] عبد الحكيم بن هبري،مرجع سابق،ص 153

فالقاضي في جلسة الصلح له دور ايجابي في مثل هذه الدعاوى من خلال مراقبة صحة الشروط المقترنة بالعقد و تقدير مشروعيتها وفي إبطال الشرط و الإبقاء على عقد الزواج.[1]

ومن بين الحالات التي يكون فيها إجراء الصلح مجرد إجراء شكلي كطلب الزوجة التطليق على أساس فقدان أو غياب الزوج، فكيف يتصور إجراء الصلح خاصة و أن المشرع الجزائري يؤكد على ضرورة حضور الطرفين شخصيا إلى جلسة الصلح، فكيف يحضر وهو مفقود أو غائب وصدر حكم بفقدانه أو بغيابه؟

فإجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه و الحكمة من إجرائه.

ب)طلب الخلع من الزوجة:

يظهر دور قاضي شؤون الأسرة في جلسة الصلح من خلال معرفة المشاكل التي تحول دون استمرار الحياة الزوجية، ومحاولة حلها و تقريب وجهات نظر الطرفان و إصلاح ذات البين بينهما، لإعادة بناء أسرتهما.

ويحاول القاضي التأكد من خلال جلسة الصلح، إن كانت الزوجة مصممة على طلب الخلع و أنها لا تريد الرجوع إلى زوجها، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أنه لا مانع من أن يرسل القاضي حكمين حتى يحاولا إقناع الزوجين بما هو خير لهما، فتدخل القاضي للإصلاح يلعب دوراً هاما في التقليل من حالات الخلع.[2]

وإذا توصل القاضي إلى الصلح بين الزوجين فإنه يثبت ذلك في محضر الذي يعد سنداً تنفيذياً، غير أنه قد لا تتكلل محاولات الصلح دائما بالنجاح، فيفشل القاضي في الإصلاح بين الزوجين نتيجة تمسك الزوجة بالخلع، فيباشر في مناقشة الزوجين في بدل الخلع ونفقة الأولاد وحضانتهم والأثاث و متاع الزوجين و المصوغ وغيرها من الأمور العالقة، فهنا يقوم القاضي بتحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي الصلح و نتائج محاولاته، يوقعه مع أمين الضبط و الزوجين، ويشير إليه في الحكم القضائي قبل

[1] عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 153

[2] المرجع نفسه، ص 178

أن يحكم بفك الرابطة الزوجية، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2007/09/12 الذي جاء فيه:"...أن دعوى الطاعن ترمي إلى التطليق عن طريق الخلع وكان يتعين على المحكمة إجراء محاولة الصلح ،و بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه لا يوجد أثر لهذا الإجراء وإن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، حيث يتبين فعلا بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أن قاضي المحكمة لم يشر إلى تحرير محضر عدم الصلح وحتى و إن كان الطاعن قد تغيب عن المحاكمة، وعليه هذا الفرع مؤسس ويترتب عنه نقض الحكم المطعون فيه..."[1]

المطلب الثاني:دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناء على الإرادة المشتركة للزوجين

لقد نص المشرع الجزائري على الطلاق بالتراضي ضمن نصوص المواد: 48 من قانون الأسرة،427 إلى 435 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية سعيا منه للحفاظ على استقرار الأسرة التي يتهدد كيانها بظاهرة انحلال الرابطة الزوجية، فتكون إجراءاته و جميع خطواته المتطلبة قانونا تحت رقابة القاضي، هذا الأخير يبحث في مدى احترام شروط الطلاق للنظام العام و مصلحة الأولاد و الأمور المرتبطة بآثار الطلاق قصد حماية الطرف الضعيف .

وبذلك فقد خص المشرع قانون الإجراءات المدنية و الادارية بإجراءات و أحكام خاصة بالطلاق بالتراضي، والتي يجب على القاضي مراعاتها بدءاً بمراقبة القاضي للعريضة ومدى قبولها ، ثم الاستماع إلى كل من الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ليتأكد من رضائهما الرامي إلى الطلاق ، و ذلك بإعمال حنكته و براعته في الحوار حتى تنجلي حقيقة الأمر ، إذ قد يكون أحدهما أو كلاهما مدفوعا إلى طلب الطلاق بسبب تهديد أو من أجل تحقيق مصلحة ما .

وقد يستخرج عدم رضاهما أو عدم رضا أحدهما من تعابير وجهه و فلتات لسانه، فهنا يعالج القضية بالطريقة المناسبة لهما تحقيقا لمصالحهما و دفعا للمفاسد .و يمكنه قبول أو لرفض الدعوى.

[1] المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار رقم401330 ،مؤرخ في 2007/09/12

وإذا تبين للقاضي أثناء جلسة الصلح أن أحد الزوجين في حالة اضطراب عقلي يمنعه من التعبير صراحة عن إرادته في الطلاق و الموافقة عليه، يمكنه إجراء خبرة طبية بغرض التحقق من السلامة العقلية وهو ما توضحه المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .[1]

إذا تعذر على القاضي الإصلاح بين الزوجين في الطلاق بالتراضي فإنه يثبت إرادتهما بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي بينهما ، و يصرح بالطلاق بالتراضي بإرادة الزوجين (مادة 431 ق إم و إ) ، ومتى تراضا الزوجين على كل المسائل و التي يضمنها القاضي في محضر عدم الصلح و تكون كتسبيب للحكم فيما بعد و تحول أمام الزوج عند ممارسته للطعن .

ومن خلال ما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري أوجب على قاضي شؤون الاسرة القيام بإجراء الصلح في جميع صور فك الرابطة الزوجية، وفي جميع هذه الحالات يحاول تقريب وجهات النظر بين الزوجين و الاصلاح بينهما بقصد جمع شمل الاسرة من جديد ،إلا أنه و بالنظر الى الواقع العملي نجد أن نجاح محاولات الصلح يكون بنسبة قليلة مقارنة مع العدد الهائل لقضا فك الرابطة الزوجية ،وكمثال على ذلك نجد أنه تم تسجيل (1499)قضية على مستوى جميع المحاكم التابعة لدائرة اختصاص مجلس قضاء المسيلة سنة 2017 وتم الصلح في (65)قضية منها أي بنسبة 4.33% فقط، وهذا ما يدل على عدم كفاية الآليات القانونية المخولة لقاضي شؤون الاسرة.

المطلب الثالث :الآثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح

بالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة نجدها تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى....."وجاء في النص الفرنسي لهذه المادة مايلي:"لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم ، تسبقه محاولة الصلح من طرف القاضي ، و التي لا يمكن لها إن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر".

[1] عبد الحكيم بن هبري ،مرجع سابق ، ص132

فهنا يطرح التساؤل حول ما إذا كانت محاولة الصلح من النظام العام أم ليس من النظام العام؟ فإذا قلنا بأنها من النظام العام فإن الحكم الصادر بالطلاق دون إن تسبقه محاولة الصلح يعتبر باطلا لمخالفته لإجراء جوهري ، و يثيره القاضي من تلقاء نفسه ولو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا[1]

الأمر الذي يجعل الحكم قابلا للطعن بالنقض، ويترتب عليه كأثر مباشر نقض الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية طبقا لنص المادة48 من قانون الأسرة و إعادة الزوجين إلى مراكزهما السابقة، أي إعادة الطرفين إلى الحالة التي كان عليها في حالة قبوله، و يكون الرجل ملزم بأن ينفق على امرأة أجنبية في الشرع بسبب الطلاق ،والتي تعد في نفس الوقت زوجته بقوة القانون، حيث يعتبر القانون العلاقة الزوجية قائمة خلافاً للشريعة الإسلامية التي تعتبرها منتهية بانتهاء العدة[2].

كما يترتب على اعتبار أن محاولة الصلح إجراء جوهري، وبعد نقض الحكم المطلوب فيه ، فإن أحدثت وفاة أحد الزوجين فإن الحي منهما من يرث الآخر.

وبالرجوع إلى أحكام المحكمة العليا فإن موقفها من اعتبار محاولة الصلح إجراء جوهري يختلف قبل صدور قانون الأسرة عن موقفها بعد صدوره وذلك على النحو التالي :

1-قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984:

لم يكن يوجد نص يلزم القاضي بإجراء محاولة الصلح في قضايا الطلاق أو التطليق، فالصلح كان جوازيا للقاضي تطبيقا لنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية الملغاة بموجب القانون الجديد، وتبعا لذلك قضى المجلس الاعلى في قرار له بتاريخ 1985/06/03 بأن محاولة الصلح جوازية، وجاء في أسبابه ما يلي:" فيما يخص الوجه المستدل به في الطعن: أكثرت مذكرة الطعن من الكلام على عدم قيام القاضي الأول ومن وراءه المجلس لمحاولة الصلح بين الزوجين، واعتبرت ذلك من مبطلات الحكم و مخالفة القواعد الجوهرية من جانب المجلس دون أن تستدل بنص قانوني يوجبه.

[1] لحسين بن الشيخ،مرجع سابق، ص 195

[2] عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 284

وحيث أن المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية، من بين ما نصت عليه في عرضها للنزاعات التي يكون الاختصاص فيها للمحكمة التابع لها موطن المدعى عليه دعوى الطلاق، بحيث اعتبرها القانون دعوى عادية كبقية الدعاوى الأخرى، ليست لها أية خصوصة، و إذا كان الحال هكذا، فالمادة 17 من نفس القانون المتعلقة بالصلح جاء النص فيها عاماً و جاء جوازيا، ولا يستثني أية دعوى، ومن ثم فالقاضي له الخيار في القيام بالمصالحة بين الزوجين في دعوى الطلاق إن امكن له ذلك، ويتركه إن تعذر عليه الأمر و لا يأخذ عليه إن هو تركه...."[1]

2-بعد صدور قانون الأسرة :

اعتبرت المحكمة العليا محاولة الصلح قبل صدور حكم الطلاق إجراء جوهريا، وهو من النظام العام، ففي قرار لها بتاريخ 1994/01/18 أكدت ذلك بقولها:" حيث أنه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أن القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم فك الرابطة الزوجية ،الشيء الذي ينجر عنه نقض الحكم المطعون فيه و إحالته على نفس المحكمة .

فعلى القاضي أن يحاول إجراء الصلح قبل إصدار حكمه بالطلاق و هذا في مهلة ثلاثة أشهر ، و إن تغيب أحد الطرفين و تعذر إجراء محاولة الصلح يكون من حق القاضي الفصل في النزاع و تحرير محضر عدم الصلح بسبب عدم حضور أحد الطرفين ،وعلى ذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها صدر في 1997/10/23 و بالتأكيد على محاولة الصلح و إن تعذر على القاضي ذلك لعدم حضور أحد الزوجين يكون له الفصل في الدعوى، وسببت المحكمة العليا قرارها كما يلي : "عن الوجه الأول المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات بدعوى أن المحكمة فصلت في طلب التطليق المقدم من طرف المطعون ضدها دون منح أجل الطاعن ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح.[2]

[1] لحسين بن الشيخ،مرجع سابق، ص 198

[2] المرجع نفسه ، ص199

لكن حيث أنه لا يستخلص من الحكم المطعون فيه أن الطاعن قد طلب أجلا ليتمكن من الحضور الشخصي أثناء جلسة الصلح ، و لكن كان يمثله محاميه إضافة إلى أن الحكم المطعون فيه يتضمن الإشارة إلى أنه صدر بعد تأجيل القضية عدة مرات لتمكن طرفيها من إبداء دفوعاتهما .

ومن جهة أخرى فالمادة 49 من قانون الأسرة تنص على أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي يتم دون أن تتجاوز مدة الصلح ثلاثة أشهر، مما يجعل الوجه غير مؤسس".

وتبعا لذلك يكون إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية و التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم .[1]

ما يلاحظ على هذا القرار أنه يشكل خروجا عن نص المادة 49 أعلاه من جهة، ومن جهة أخرى خروجا عن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا على المنوال التالي:

-فهو خروج عن نص المادة 49 أعلاه: لكون المادة 49 جعلت إجراء محاولة الصلح وجوبيا، فالنص الفرنسي يشترط لإثبات الطلاق بواسطة حكم الطلاق أو التطليق أن يسبقه إجراء أولي يتمثل في محاولة الصلح التي لا تزيد عن ثلاثة أشهر، وبالتالي يكون إلزاميا على القاضي السعي في الإصلاح بين الزوجين، فإن نجح في مهمته حرر محضر للصلح، وإن أخفق لعدم تفاهم الزوجين و تنافرهما، أو بسبب تغيب أحدهما أو تغيبهما معا، عن جلسة الصلح ومرت ثلاثة أشهر فإنه يحرر محضر بعدم الصلح.

وإما أن لا يقوم إطلاقا بمحاولة الصلح، فإنه في ذلك إخلال بإجراء جوهري فخطورة الطلاق وأثاره السيئة على الزوجين أو أحدهما، لكون عقد الزواج أصله أبدي، وأن إخراجه من صفة الأبدية لأمر في غاية الجسامة، جعل المشرع يسطر إجراء إلزاميا و هو محاولة القاضي الإصلاح بين الزوجين، و هذا الإجراء من النظام العام، و يجوز لطرفي الدعوى إثارته و لو للمرة الأولى أمام المحكمة العليا، كما يجب على المحكمة العليا إثارته من تلقاء نفسها.[2]

[1] لحسين بن الشيخ ،المرجع نفسه،ص 199

[2] المرجع نفسه ، ص 200

فالمادة 49 أعلاه لم تجعل إجراء محاولة الصلح جوازيا كما هو عليه الحال بالنسبة للمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية تبعا للتفصيل الوارد سابقا.

وعلى ذلك فإن هذا الاجتهاد من المحكمة العليا لا يستساغ ، فهو خروج صريح عن النص القانوني الواضح المعالم و غير المحتاج إلى تفسير[1].

هذا إذا قلنا أن محاولة الصلح هي من النظام العام، أما إذا بأنها ليست من النظام العام، و بما أن أحكام الطلاق نهائية ، فلا يجوز إثارته من أحد الطرفين أو القاضي أمام المحكمة العليا و بالتالي يقع الحكم القاضي بالطلاق دون القيام بمحاولة الصلح صحيحا و منتجا لأثاره.

وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بالنقض لمخالفة قاعدة جوهرية في إجراءات الطلاق و المتمثلة في الصلح، يجب أن يكون ضد الحكم الصادر بالطلاق وليس ضد القرار المؤيد له عن المجلس القضائي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ : 1992/05/12 والذي أسس منطوقه على مبدأين :

أ– أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم بعد محاولة الصلح لنص المادة 49من ق أ

ب– أن أحكام الطلاق تصدر نهائية طبقا لأحكام المادة 57من ق أ.

ومما جاء فيه:"... بالرجوع إلى القرار المنتقد و الحكم المستأنف المصادق عليه يتجلى و أنه جاء مؤسسا لأن أحكام الطلاق تصدر نهائية طبقا لأحكام المادة 57 من ق أ. ونظرا لكون الحكم المستأنف قد أغفل القيام بإجراء المصالحة بين الطرفين طبقا للمادة 49 من ق أ. فإن هذا يقتصر على المحكمة و ليس للمجلس القيام بإلغاء هذه الأحكام التي أغفلت القيام بذلك الإجراء.

وحيث أن الحكم صدر نهائيا ولم يطعن فيه بطريق الطعن بالنقض فإنه أصبح نهائيا ولا يجوز الدفع بهذا الوجه أمام المجلس القضائي .

لذا جاء القرار المنتقد مؤسسا والطعن ضده ورد غير مؤسس و يرفض ..."[2]

[1] لحسين بن الشيخ ،مرجع سابق، ص 201

[2] جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ،الجزء2 ،إصدار منشورات كليك ،الطبعة الأولى 2013، ص789

المبحث الثاني :إجراءات التحكيم و مدى مساهمة القاضي والحكمين في فض النزاع بين الزوجين

نص المشرع الجزائري على الصلح بين الزوجين بواسطة الحكمين ضمن نص المادة 56 من قانون الأسرة، وللوقوف على الإجراءات المتبعة فيه و دور كل من القاضي و الحكمين في ذلك ،سيتم التطرف إلى الشروط الواجب توافرها في الحكمين و عددهم ضمن المطلب الأول ثم إلى المهمة التي يقوم بها الحكمين ضمن المطلب الثاني .

وكذا نتعرض في المطلب الثالث إلى سلطة القاضي في تعيين و إنهاء مهام الحكمين .

المطلب الأول: شروط المحكمين و عددهم

بالرجوع إلى نص المادة 56 من قانون الأسرة نجدها تنص على أنه:" إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتها في أجل شهرين ".

وباستقرار نصوص المواد من 446إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الواجب توفرها في الحكمين ،لذلك و بتطبيق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون ،نجد إن فقهاء الشريعة الإسلامية حددوا الشروط الواجب توفرها في الحكمين و ذلك على النحو التالي :

الشرط الأول/ كونها من أهل الزوجين:

يرى المالكية أنه يشترط وجوبا أن يكون الحكمان من أهل الزوجين.[1]

[1] محمد سليمان النور،التحكيم بي الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الإماراتي،مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية،المجلد9 عدد2،ص 171

لقوله تعالى: ((فابعثوا حكمًا من أهله و حكمًا من أهلها)) آية 35 من سورة النساء، فإن لم يكن لهما أو لأحدهما أهل، أو وجد أهل لا تنطبق شروط الحكمين عليهم، يختار الحكمان من المسلمين، ويستحب أن يكونوا من جيرانهما، فإن لم يوجد فمن غيرهم.

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى انه يستحب أن يكون الحكمان من أهلهما، وان كانا من غيرهم جاز لأنهما في أحد القولين وكيلان، وفي الآخر حاكمان وفي الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلهما فكان الأمر بذلك إرشادا واستحبابا.

والرأي الراجح أنه يجب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إن كان ذلك ممكنا، عملا بظاهر الآية الكريمة، وتحقيقا لحكمة كونهما من أهلهما.[1]

ومن أقوال العلماء في هذه الحكمة قول ابن العربي–رحمه الله–:" و الحكمة في ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين، و أقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما، فأحكم الله سبحانه الأمر بأهله"، وقال ابن الهمام–رحمه الله–:"لأنهما أخبر بباطن أمرهما، وأشفق عليهما". و قال الألوسي:" وخص الأهل، لأنهم أطلب للصلاح، وأعرف بباطن الحال و تسكن إليهم النفس، فيطلعون على ما في ضمير كل من حب و بغض و إرادة وصحبة أو فرقة".

وهذه الأمور مما يساعد في نجاح مهمة الحكمين، أما عند عدم وجود الأهل أو عدم وجود من تنطبق عليهم شروط الحكمين من الأهل فيحال الأمر إلى غيرهم، لقوله تعالى:((لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)).البقرة:آية 286، ولقوله صلى الله عليه و سلم:" وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم".[2]

[1] محمد سليمان النور، مرجع سابق، ص 171

[2] المرجع نفسه،ص 171

الشرط الثاني: الإسلام

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة، بأنه يشترط في الحكمين الإسلام، فلا يحكم غير المسلم في المسلم لما فيه من الاستعلاء عليه، لقوله تعالى:((وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى المؤمِنِينَ سَبِيلاَ)).النساء:آية 141.

ومن هنا فلا يجوز أن يكون أحد الحكمين كافراً إذا كان الزوجان مسلمين، وكذلك الأمر إذا كان الزوج مسلما و الزوجة كتابية فلا يجوز أن يكون الحكم الذي من أهلهما كتابيا، لأن حكم الحكمين ينفذ على الزوجين معا، ولا يجوز أن يحكم الكافر على المسلم.

الشرط الثالث: العدالة

شرط العدالة في الحكمين ثابت عند المالكية و الشافعية و الحنابلة، وصرح الماوردي بأنها مشترطة على القولين في الحكمين هل هما وكيلان أو حكمان، وقد علل الماوردي-رحمه الله- اشتراط العدالة على كلا القولين بقوله:" و الثالث أن يكونا عدلين، فإن كانا أو أحدهما غير عدل لم يجز، و إنما اعتبرنا هذه الشروط الثلاثة على القولين معا، لأنهما إن كانا حاكمين فلا بد من اعتبار هذه الشروط في الحكم، و إن كانا وكيلين فقد اقترن بوكالتهما ولاية اختيار الحاكم لهما و لا يصح فيمن رد الحاكم إليه نظر إلا أن يكون بهذه الصفات ألا ترى أن الحاكم لو أراد أن يرد النظر في مال يتيم إلى عبد أو فاسق لم يجز وإن جاز أن يكون وكيلاً".[1]

وذهب الحنفية إلى أن ما يشترط في القاضي يشترط في الحكم، وأن العدالة ليست شرطا لتوليتهما بل هي شرط كمال.

والرأي الراجح هو اشتراط العدالة في الحكمين، لأن ذلك أدعى للثقة فيهما من قبل الزوجين، وحتى يؤمن وقوع التقصير منهما في عملهما أو الجور في حكمهما، وكل ذلك مما يساعد في نجاح مهمة الحكمين.

[1] محمد سليمان النور،المرجع السابق،ص 171

الشرط الرابع: التكليف

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يشترط في الحكمين البلوغ والعقل، لقوله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الغلام حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق"[1].

الشرط الخامس: عدم السفه

ذهب المالكية إلى انه يبطل حكم السفيه، أما المذاهب الأخرى لم يرد ذكر هذا الشرط.

الشرط السادس: الذكورة

ذهب المالكية و الحنابلة إلى اشتراط الذكورة في الحكمين، لأن التحكيم مفتقر إلى الرأي و النظر.

و اختلف الشافعية في هذا الشرط، فقال الماوردي و الشيرازي-رحمهما الله-باشتراط على القولين في الحكمين أي إن قلنا حكمان أو وكيلان، قال الماوردي:"احدها ان يكونا رجلين فإن كانا او احدهما امرأة لم يجز وانما اعتبرنا هذه الشروط الثلاثة على القولين معا، لانهما ان كانا حاكمين فلا بد من اعتبار هذه الشروط في الحاكم، وان كانا وكيلين فقد اقترن بوكالتيهما ولاية اختيار الحاكم لهما ولا يصح فيمن رد الحاكم اليه نظر الا ان يكون بهذه الصفات ترى ان احاكم لو اراد ان يرد النظر في مال يتيم إلى عبد او فاسق لم يجز وان جاز ان يكون وكيلا"

وذكر النووي والشربيني -رحمهما الله- ان الذكورة تشترط على القول بانهما حكمان ، ولا تشترط على القول بانهما وكيلان.

وذهب الحنفية إلى ان الحكم لا تشترط فيه الذكورة ، فيجوز تحكيم المرأة لأنهما، من اهل الشهادات في الجملة الا انهما لا تقضي بالحدود والقصاص لأنهما لا شهادة لهم في ذلك ،وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة [2]

[1] سنن أبي داود، ج4 ص16، سنن الترمذي، ج4، ص32 و قال الترمذي: "و العمل على هذا الحديث عند أهل العلم".
[2] محمد سليمان النور، مرجع سابق ،ص172

الشرط السابع: المعرفة بأحكام الجمع والتفريق بين الزوجين

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى انه يشترط في الحكمين ان يكون عالمين بل الجمع والتفريق بين الزوجين بتعبير ابن قدامة، او اهتداء إلى المقصود بما بعث له بتعبير الشربيني، او العلم بأحكام النشوز بتعبير الخرشي والدليل على هذا الشرط ان كل ولي أمر يشترط معرفته بما ولي عليه وذهب الحنفية، الى انه لايشترط في الحكم العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام بل ذلك من باب الندب ولاستحباب.

واختلف الشافعية في اشتراط الاجتهاد في الحكمين ،فقال النووي والشربيني_ رحمهما الله_انه لا يشترط ذلك، وخالفه الما وردي وشيرازي _رحمها الله _فقالا: ان قلنا حكمان يشترط فيهما الاجتهاد، لان الحكم لاينفذ الا من مجتهد ،وان قلنا وكيلان لا يشترط فيهما ،لأن الاجتهاد ليس من شروط الوكيل، وهذا لاختلاف موجود في مذهب الحنابلة ايضا.

الشرط الثامن: رضا الزوجين بالحكمين:

اشتراط رضا الزوجين بالحكمين مبني على صفة الحكمين هل هما حكمان او وكيلان عن الزوجين، فعلى القول بأنهما حكمان تتم ولايتهما بتقليد الحاكم لهما ولا يعتبر فيهما إذن الزوجين ولا رضاهما ،وعلى القول بأنهما وكيلان عن الزوجين لا تتم ولايتهما إلا بتوكيل الزوجين ورضاهما.[1]

هذا بالنسبة للشروط الواجب توفرها في الحكمين ،أما بالنسبة لعدد الحكمين فيها الرجوع إلى نص المادة(446)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على انه:"إذ لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة.

وعملا بالآية الكريمة:((وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا))النساء،آية 35. فإن عدد الحكمين في حالة

[1] محمد سليمان النور، المرجع السابق ، ص173

الشقاق بين الزوجين هما حكمان اثنان و هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة .

المطلب الثاني : مهمة الحكمين

إن الوظيفة الأساسية للحكمين هي الإصلاح بين الزوجين عند اتساع هوة الخصام و الشقاق بينهما ما لم يثبت عن ذلك ضرر أثناء الخصوم، و هذا ما نصت عليه المادتين 56 من قانون الأسرة و 446 من ق إ م إ .

فيقوم الحكمين ببذل جهدهما في الإصلاح بين الزوجين و الجمع بينهما .قال الدسوقي : "يجب عليهما في بداية الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة و حسن العشرة، وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه".[1]

فإذا استحكم الخلاف و اتسعت هوة الشقاق فواجب على أهل الخير والإصلاح ، وخاصة الحاكم أو القاضي التدخل لمعالجة الخلاف بالنصح والوعظ والإرشاد ، أو بعث الحكمين للصلح بما يريانه من كل ما من شأنه أن يعيد الوئام و الوفاق ،وإن انسدت السبل ،وعجز الحكمان عن الإصلاح، و رأيا أن التفريق هو الحل الأنسب فهل يكون لهما سلطة التفريق بين الزوجين ؟ أم يقتصر دورهما في الإصلاح بين الزوجين ؟

اولا /دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين :

ينبغي على الحكمين عند بعثهما أن ينويا الإصلاح و يبذلا جهدهما بإتباع كافة الوسائل التي تضمن عودة المدة و الرحمة بين الزوجين.

كما يجب على الحكمين أن يخلصا في تلك النية لوجه الله تعالى ، خشية أن يقعا في وساوس الشيطان ،فينويا التفريق ابتغاء التسهيل في العمل ،فإذا ما صلحت عندها النية ،كانت سببا للتوفيق بين الزوجين ، لقوله تعالى : ((إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)).النساء، آية 35.

[1] د/محفوظ الصغير ،المرجع السابق ، ص269

و على الحكمين أن يتذكرا ما روي عن عمر –رضي الله عنه– عندما اختصم زوجان فترافعا إليه و بعث الحكمين فلم يصلحا، فقال لهما: ما قصدتما وجه الله .[1]

كما روي أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة بن ربيعة فقالت اصبر لي عليك و كان إذا دخل عليها قالت : يا بني هاشم لا يحبكم قلبي أبدا أين الذين أعناقهم كأباريق الفضة ترد أنوفهم قبل شفاههم ، أين عتبة بن ربيعة، أين شيبة بن ربيعة فيسكت حتى دخل عليها يوما و هو برم، فقالت له أين عتبة بن ربيعة ،فقال على يسارك في النار إذا دخلت ،فنشرت عليها ثيابها فجاءت عثمان فذكرت له ذلك ،فأرسل ابن عباس و معاوية ،فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما و قال معاوية ما كنت لأفرق بين شيخين من بني مناف فأتياهما فوجداهما قد سدا عليهما أبوابهما و أصلحا أمرهما .

والملاحظ أن كل ما سبق كان محاولة من الحكمين للإصلاح بين الزوجين ،مما يدل على عظيم أمر الأسرة ووجوب المحافظة عليها بقدر الإمكان ،ولكن لو قدر للزوجين الا يصطلحا فإن ذلك لا يعد عيبا في الحكمين و عليهما أن يستمرا في ذلك حتى و لو كانت النتيجة التفريق .[2]

ثانيا /سلطة الحكمين في التفريق :

اختلف الفقهاء في حق الحكمين في التفريق على قولين:

القول الأول: يجوز لهما التفريق لكونهما مبعوثين من قبل القاضي فلهما حرية اتخاذ ما يريانه مناسبا، إما الإصلاح أو التفريق، لقوله تعالى : ((فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)).البقرة :229، وقوله أيضا : ((وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللهُ كُلاً مِنْ سِعَتِهْ)) النساء :130، و به قال المالكية ، و رواية عن الشافعية ،و رواية عن أحمد .

قال مالك :" و ذلك أحسن ما سمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز قولهما بين الرجل و امرأته في الفرقة و الاجتماع ".

[1] وائل طلال سكيك ،التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجيستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة و القانون ،الجامعة الإسلامية بغزة ،2007، ص74 .

[2] المرجع نفسه، ص76

القول الثاني :لا يجوز لهما التفريق لكون الحكمين ووكيلين عن الزوجين ولا يجوز لهما التفريق إلا بوكالة من الزوجين ، لأن الطلاق إلى الزوج و بذل المال إلى الزوجة فلا يجوز إلا بإذنهما ،فمهمتهما الإصلاح فحسب ،وبه قال الحنفية و هو قول الشافعية و رواية عن أحمد.[1]

الترجيح: أنهما حكمان يجوز قولهما في التفريق و الاجتماع حتى بغير توكيل من الزوجين أو الإذن منهما، حسب المصلحة التي يريانها في المشكلة ،لأن الله تعالى سماهما حكمين ،فلو كانا و كيلين لم يختصا بأن يكونا الأهل .و أيضا فإن الوكيل لا يسمى حكما في لغة القرآن ، ولا في لسان الشارع ، ولا في العرف العام و لا الخاص ،يقول ابن القيم:"الحكم من له ولاية الحكم و الالتزام ، و ليس للوكيل شيء من ذلك ".[2]

هذا عن سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين ، و السؤال الذي يطرح نفسه حول طبيعة الطلاق الصادر ، هل يكون رجعيا أم بائنا ؟

يقول ابن العربي :"إذا حكم بالفراق فإنه بائن لوجهين : أحدهما كلي ، و الأخر معنوي ،أما الكلي :فكل طلاق ينفذه الحاكم فهو بائن ، و أما المعنوي فإن المعني الذي وقع الطلاق لأجله هو الشقاق ،ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق".[3]

و قال القرطبي : "فإن وجداهما قد اختلفا ولم يصطلحا ، و تفاقم أمرهما سعيا في الألفة جهدهما ، و ذكر بالله و بالصحبة ،فإن أنابا و رجعا تركاهما وإن كان غير ذلك و رأيا الفرقة فرقا بينهما ، و تفريقهما جائز على الزوجين ،و سواء وافق حكم قاضيا لبلد أو خالفه ، و كلهما الزوجان بذلك أم لم يوكلهما و الفراق في ذلك طلاق بائن ".

ويفرق المالكية بين إساءة الزوج للزوجة، وإساءة الزوجة للزوج، فإن كانت الإساءة من جانب الزوج طلق الحكمان طلقة بائنة بدون أخذ مال من الزوجة للزوج، وإن كانت الإساءة من جانب الزوجة

[1] د/محفوظ بن صغير ،مرجع سابق ،ص270

[2] مرجع نفسه، ص272

[3] د/مرجع نفسه ،ص272

لزوجها طلقا نظير عوض مناسب تلتزم به الزوجة لزوجها، وإن كانت الإساءة من الجانبين وعجز الحكمان عن الإصلاح بينهما، فيرى البعض منهم أنه يتعين الطلاق بدون عوض منها، ويرى البعض الآخر أنهما يطلقان أو يخالفان بالنظر على شيء يسير منها لزوجها.

وهذا ما أيده الأستاذ محمد بلتاجي حيث يرى بأن ما ذهب إليه المذهب المالكي في التحكيم بين الزوجين يجمع بين قوة الدليل وتحقيق المصلحة بالعمل على حسم الشقاق بين الزوجين بصورة عادلة يدخل فيها التطليق للضرر (إذا ثبت)، والخلع بين الزوجين إذا كانت المضارة من الزوجة واستحالت العشرة بينهما، والمالكية يرجعون في كل ذلك إلى نصوص القرآن والسنة[1]

ثالثا/ موقف المشرع الجزائري:

نلاحظ أن المشرع الجزائري ومن خلال المادتين 56 من قانون الأسرة و446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه حدد الهدف من مسألة ندب الحكمين هو الإصلاح بين الزوجين، وذلك من خلال ما يلي:

1. خص المشرع ندب الحكمين بحالة واحدة تعد سببا من أسباب التفريق القضائي بين الزوجين وتتمثل هذه الحالة في تفاقم الخصام بين الزوجين واستمرار الشقاق، دون أن يثبت الضرر في ذلك.[2]

ومنه يشترط لتعيين الحكمين في دعوى التطليق للشقاق:

- أن يشتد الخصام بين الزوجين، وتقدير شدة الخصام هو أمر يتعلق بموضوع الدعوى، ولذلك يخضع تقديره لقاضي الموضوع.
- ألا يثبت الضرر أمام القاضي، ولم يستطع القاضي للتوفيق بين الزوجين.

2. أن المشرع قد قصر دور الحكمين في الإصلاح ما استطاعا إلى ذلك سبيلا، وليس لهما القول بالتفريق بين الزوجين.

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 273

[2] المرجع نفسه، ص274

3. لا تعدو أن تكون سلطة الحكمين اللذين يعينهما القاضي مجرد تكليف بمهمة، إذا فشلا في ذلك، فإن للقاضي إنهاء مهامهما تلقائيا ويعيد القضية إلى الجلسة واستمرار الخصومة، بعد أن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة طبقا للمادة 447 من قانون الإجراءات المدنية.[1]

إذن فمهمة الحكمين محددة من القاضي و تنحصر في دراسة أسباب النزاع القائم بين الزوجين و ظروفه و ملابساته و تحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع ،إضافة إلى محاولة إزالة الخلاف و التوفيق بينهما و تقريب وجهات النظر بكل الوسائل و الطرق الممكنة شرعا ، و سماع أقوال الزوجين ،و توضيحات من كان يشاركهما مسكن الزوجية كالأولاد والأقارب إن وجدوا وسواء توصل الحكمان إلى إيجاد حل للنزاع أم لا فعليهما أن يقدما تقريرا إلى القاضي الذي عينهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما يشتمل على النتائج التي توصلا إليها و على اقتراحاتهما لحسم الخلاف .

فالقاضي يحكم في ضوء تقرير الحكمين الذي لا يشترط فيه أن يكون محللا كما يجوز له رفض التقرير وتعيين حكمين آخرين وفقا لسلطته التقديرية في هذا المجال. وهو غير ملزم بما تضمنه هذا التقرير.

ونلاحظ بأن محضر الصلح الذي يعده الحكمين ليست له ذات الحجية والقوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقا لمادتين 443 و993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمحضر الصلح الأول يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملا بالمادة 1004 من نفس القانون، بينما لا يحتاج المحضر الثاني أي مصادقة ليصبح سندا تنفيذيا.[2]

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 275

[2] عبد الرحمان بربارة، مرجع سابق ،ص339

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعيين و إنهاء مهام الحكمين

يتم تعيين الحكمين إما من طرف القاضي و ذلك إما من تلقاء نفسه تطبيقا للقانون (المواد:56 ق أ،448،449،446،447 ق إ م إ)،وإما بناء ا على طلب و اختيار الزوجين .

ويجب على القاضي أن يراعي قرابتهما من الزوجين إضافة إلى تأثيرهما عليهما و قدرة كل منهما على حل النزاع، وهنا تتجسد السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الحكمين العدليين الذين يمكن لهما حل النزاع المطروح .

والثابت من نص المادة 56 من قانون الأسرة أن التحكيم وجوبي و إلزامي في دعاوى الطلاق و الرجوع إلى بيت الزوجية و ذلك في كل حالة يشتد فيها الخصام و يبلغ النزاع بين الزوجين ذروته ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما من جراء ذلك ،و عليه فإذا توفر شرط اشتداد الخصام و شرط عدم ثبوت الضرر فإنه يجب على القاضي قبل الشروع في دراسة موضوع النزاع و مباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التحكيم، و إذا تم الصلح من طرف الحكمين ،يثبت ذلك في محضر ،يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن .(م 448 ق إ م إ).

ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة و تستمر الخصومة.(449 من ق.إ.م.إ) [1]

وما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري في ندب الحكمين للإصلاح بين الزوجين مايلي:

1) أنه سار وفق ما سارت عليه قوانين الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية، فالهدف الأساسي من بعث الحكمين هو المساهمة في الإصلاح بين الزوجين عند حدوث الشقاق بينهما.

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

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

[1] عبد الرحمان بربار، مرجع سابق ،ص338

وأخيرًا، ومن خلال ما يلاحظ في الجانب العلمي، نجد أن القضاة لا يقومون بتعيين الحكمين و يكتفون بجلسات الصلح فقط، ومر ذلك إلى الغموض الكبير الموجود بالمادة 56 من قانون الأسرة الذي حاولنا إزالته قدر الإمكان بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكمين و المهمة المسندة إليهما، إضافة إلى حجية التقرير المعد من قبلهما و الوقت المناسب للقيام بالتحكيم .

ورغم ذلك يبقى الغموض يكتنف نص هذه المادة خاصة في طريقة تعيين الحكمين، وكيفية استدعائهما، و كذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم.

كل ذلك يدفعنا إلى القول بوجوب تدخل المشرع لإزالة الغموض وإعادة الحياة لهذه المادة.

الخـــاتمـــــــــــة

الخاتمة:

و في الأخير ومن خلال استعراض المباحث السابقة يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية قد حرصت على الوقاية من النزاع و الشقاق بين الزوجين، وذلك بحثها على الإصلاح بينهما من خلال آيات و أحاديث كثيرة، سعيا منها على الحفاظ على روابط المحبة و الألفة و استمرار العلاقة الطيبة بينهما، والتقليل من حالات الطلاق الذي يعد علاجا هداما لكيان الأسرة، فهو يعتبر كالبتر لأحد الأعضاء يلجأ إليه الأطباء لإنقاذ الحياة.

ويجدر التذكير في خاتمة هذا البحث بالدور الكبير و الهام المنوط بقاضي شؤون الأسرة فيما يتعلق بالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، فكلما كان على دراية ويقين بأهمية هذا الإجراء كلما تحققت النتائج المرجوة منه، وذلك من خلال التقليل من كوارث الطلاق و التطليق و الخلع التي تهدد كيان الأسرة و استقرارها وتتسبب في تشرد الأولاد مما يؤثر على ازدهار الدولة و تقدمها باعتبار أن الأسرة هي اللبنة الأساسية في بناء كل مجتمع.

وبالإضافة إلى دور قاضي شؤون الأسرة في إجراء الصلح، له دور فعال أيضا في إجراء التحكيم في حالة اللجوء إليه، وذلك من خلال تعيين حكمين من أهل الزوج و والزوجة، واللذين بدورهما يمكنها المساهمة في الإصلاح بين الزوجين باعتبارهما من أقاربهما و أعرف بأحوالهما، لذلك فعلى القاضي تفعيل هذا الإجراء في الواقع العملي ولا يتركه مجرد حبر على ورق.

و من خلال دراسة موضوع هذا البحث يمكن استخلاص النتائج و الاقتراحات التالية:

أولا/ فيما يخص النتائج:

1. أن كلا من الصلح والتحكيم ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع.
2. أن إجراء الصلح هو إجراء وجوبي يقوم به قاضي شؤون الأسرة في القضايا المتعلقة بفك الرابطة الزوجية طبقا للمادتين: (49من ق أ)و (439من ق إم إ).
3. أن كلا من إجراء الصلح والتحكيم محدد بأجل معين، ثلاثة أشهر بالنسبة لجلسات الصلح وشهرين بالنسبة لتقرير الحكمين، وذلك حتى لا يطول أجل النزاع و الشقاق.

4. أن محضر الصلح الذي يعده قاضي شؤون الأسرة، بعد نجاح محاولات الصلح، يكتسي صفة السند التنفيذي في حين أن محضر الصلح الذي يعده الحكمين ضمن تقريرها فيتوقف على مصادقة القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.
5. أن الهدف الأساسي من إجراء الصلح والتحكيم هو تحقيق الإصلاح بين الزوجين والتوفيق بينهما حتى تستمر العلاقة الزوجية وتتماسك الأسرة.
6. أن المشرع الجزائري لم يحدد عدد جلسات الصلح و اكتفى بتقييدها بمدة محددة وهي ثلاثة أشهر، و في المقابل حدد عدد الحكمين وهما حكمين اثنين.
7. أن الحكمين اللذين يعينهما القاضي ليس لديهما سلطة التفريق بين الزوجين بل مهمتهما الرئيسية هي الإصلاح بينهما وهذا على خلاف ما أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية التي منحت للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين.

ثانيا/ فيما يخص الاقتراحات فنوجزها فيما يلي:

1. أن المشرع الجزائري لم يتناول بالتعريف كلا من الصلح و التحكيم، ولم يحدد الشروط الواجب توفرها في الحكمين مما يصعب على القاضي القيام بهذين الإجراءين، فكان عليه تخصيص عدة مواد سواء في قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تفصل بدقة كل ما يتعلق بهذين الإجراءين.
2. إيلاء التحكيم و الصلح بين الزوجين العناية اللازمة باعتبارهما من أهم وسائل الإصلاح بين الزوجين وإنهاء شقاقهما، ومما يساعد على ذلك حسن اختيار الحكمين من قبل القاضي حتى يستطيعا تأدية المهمة المنوطة بهما على أحسن وجه.
3. أن الغموض الذي يكتنف نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري خاصة في طريقة تعيين الحكمين و كيفية استدعاءهما و كذا الحل في حالة رفض الزوجين أو كلاهما للتحكيم، كل ذلك دفع بالقضاة في الواقع العملي إلى الاكتفاء بجلسات الصلح وعدم القيام بتعيين الحكمين، فيمكن القول أنه كان على المشرع الجزائري أن يزيل هذا الغموض، وذلك بإدراج مواد قانونية أخرى تدعم هذه المادة و تفسرها.

4. ضرورة تعيين قاضي مختص بإجراء محاولات الصلح يتفرغ لهذا الإجراء حتى تحقق هذه المحاولات النتيجة المرجوة منها وهي التقليل من حالات الطلاق، كما يتعين إنشاء لجان خاصة على مستوى أقسام شؤون الأسرة لدى المحاكم الابتدائية، وتكون على دراية بمسائل شؤون الأسرة، وتتلقى تكوينا دوريا في هذا المجال، وذلك قصد استيعاب الكم الهائل و المتزايد لقضايا فك الرابطة الزوجية.

5. تعديل نص المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية التي تنص على جوازية التحكيم وهي بذلك تتناقض مع نص المادة 56 من قانون الاسرة التي تنص على وجوبية التحكيم.

الملاحـــــــــق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء.....

محكمة.....

قسم شؤون الاسرة

القضية رقم:.....

محضر أداء اليمين

بتاريخ.....من شهر.....سنة ألفين و ثمانية عشر.

حضر أمامنا نحن:.....القاضي

و بمساعدة السيد(ة):.....أمين الضبط

المسمى:.....المولود بتاريخ:.....

بـ:.....لأبيه:.....و لأمه:.....

و الحامل ل:ب–ت–و/ر–س رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....و الساكن ب:.....

.....

.....

.....

.....

.....

تم تحرير هذا المحضر بالتاريخ المذكور أعلاه، وتم التوقيع عليه من طرف المعني و أمين الضبط و القاضي.

المعني **أمين الضبط** **القاضي**

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء.....

محكمة.....

قسم شؤون الاسرة

محضر سماع الأطراف

بتاريخ.....من شهر.....سنة ألفين و ثمانية عشر.

حضر أمامنا نحن:.....القاضي

و بمساعدة السيد(ة):.....أمين الضبط

1/المدعي (ة):.....المولود(ة) بتاريخ:.....

بـ:.....لأبيه:.....و لأمه:.....

و الحامل ل:ب–ت–و/ر–س رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....و الساكن ب:.....

و الذي صرح(ت):.....

.....

2/المدعى عليه(ها):.....المولود(ة) بتاريخ:.....

بـ:.....لأبيه(ها):.....و لأمه(ها):.....

و الحامل(ة) ل:ب–ت–و/ر–س رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....و الساكن(ة) ب:.....

و الذي صرح(ت):.....

.....

تم تحرير هذا المحضر بالتاريخ المذكور أعلاه، وتم التوقيع عليه من طرف الشاهد و أمين الضبط و القاضي.

المدعي المدعى عليه أمين الضبط القاضي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء.....

محكمة.....

قسم شؤون الاسرة

رقم القضية:.....

محضر صلح

بتاريخ.....من شهر.....سنة ألفين و ثمانية عشر.

حضر أمامنا نحن:.....القاضي

و بمساعدة السيد(ة):.....أمين الضبط

1/المدعي (ة):.....المولود(ة) بتاريخ:.....

بـ:.....لأبيه:.....و لأمه:.....

و الحامل ل:ب–ت–و/ر–س رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....و الساكن ب:.....

و الذي صرح(ت):.....

.....

2/المدعى عليه(ها):.....المولود(ة) بتاريخ:.....

بـ:.....لأبيه(ها):.....و لأمه(ها):.....

و الحامل(ة) ل:ب–ت–و/ر–س رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....و الساكن(ة) ب:.....

و الذي صرح(ت):.....

–اللذان صرحا بانهما يوافقان على الصلح الذي أجري بجلسة:.....

تم تحرير هذا المحضر بالتاريخ المذكور أعلاه، وتم التوقيع عليه من طرف الشاهد و أمين الضبط و القاضي.

المدعي المدعى عليها أمين الضبط القاضي

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مجلس قضاء.....

محكمة.....

قسم شؤون الاسرة

رقم القضية:.....

جلسة:.....

محضر أداء اليمين (المادة 73 من قانون الاسرة)

بتاريخ.....من شهر.....سنة ألفين و ثمانية عشر.

أمامنا نحن السيد(ة):.....رئيس القسم

و بمساعدة السيد(ة):.....أمين الضبط

حضر كل من:

المدعي(ة):.....الحامل ل:ب ت و/رس رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....

المدعى عليه(ها):.....لحامل(ة) ل:ب ت و/ر س رقم:.....الصادرة بتاريخ:.....

عن بلدية–دائرة:.....ولاية:.....

وجهت المحكمة اليمين القانونية للزوجين طبقا لأحكام المادة 73 من قانون الاسرة بشان الأغراض التي تنازعا حول ملكيتها و قد أدياها بالصيغة التالية: "أقسم بالله العلي العظيم أن الاغراض التالية هي ملك لي و اشتريتها بمالي الخاص /هي ملك لنا و مشتركة بيننا و اشتريناها بمالنا الخاص".

وهي:.....

بذا أقفل المحضر و أمضيناه نحن الرئيس و أمين الضبط و الطرفين.

المدعي المدعى عليها أمين الضبط القاضي

قائمة المصادر و المراجع

-القرآن الكريم

أولا: المصادر

1. السنة النبوية

ثانيا: المراجع:

أ/ القوانين و الأوامر:

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005.

2. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008،يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

3. القانون رقم 90-04المؤرخ في 1990/02/06التعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل و المتمم.

4. الامر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموفق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

ب/ الكتب:

5. آث ملويا لحسين بن الشيخ ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة،2011.

6. الإمام العسقلاني ابن حجر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، الجزء4، المطبعة المصرية، لبنان،1243.

7. بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر رقم02-05 ،دار الوعي للنشر و التوزيع ، رويبة الجزائر ، طبعة 2012.

8. بربارة عبد الرحمن ،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ،طبعة أولى 2009.

9. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفصيلة للنشر و التوزيع والتصدير القاهرة، طبعة2004.

10. دلاندة يوسف، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، دار هومة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 2011.

11. مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، عين مليلة الجزائر، طبعة 2010.

12. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء 2، منشورات كليك، الطبعة الأولى 2013.

ج/ الرسائل الجامعية:

1. محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية،المجلد9 عدد2.

2. بن عوالي علي، الصلح و دوره في استقرار الأسرة، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران2011-2012.

3. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، جامعة الجزائر 2014-2015.

4. عروي عبد الكريم ، الطرق البديلة في حل النزعات القضائية ".الصلح و الوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، جامعة الجزائر،2012.

5. وائل طلال سكيك ،التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي من كلية الشريعة و القانون ،الجامعة الإسلامية بغزة،2007

الفهرس

مقدمة:

الفصل الأول: ماهية الصلح والتحكيم 5

المبحث الأول:ماهية الصلح 5

المطلب الأول:تعريف الصلح..... 5

المطلب الثاني: مشروعية الصلح 7

المطلب الثالث: تمييز الصلح في قانون الاسرة عن الصلح في القوانين الاخرى 10

المبحث الثاني : ماهية التحكيم.....15

المطلب الاول : تعريف التحكيم.....15

المطلب الثاني: مشروعية التحكيم.....16

المطلب الثالث : الفرق بين التحكيم و الصلح.....18

الفصل الثاني : إجراءات الصلح و التحكيم و دور القاضي فيها 20

المبحث الأول: دور القاضي أثناء الصلح في مختلف صور فك الرابطة الزوجية 20

المطلب الأول : دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءا علىإرادة أحد الزوجين 21

المطلب الثاني :دور القاضي أثناء الصلح في الطلاق بناءا على الإرادة المشتركة للزوجين.....29

المطلب الثالث : الاثار المترتبة على تخلف محاولات الصلح 30

المبحث الثاني :إجراءات التحكيم و مدى مساهمة القاضي والحكمين في فض النزاع بين الزوجين.....35

المطلب الأول: شروط المحكمين و عددهم 35

المطلب الثاني : مهمة الحكمين.....40

المطلب الثالث : سلطة القاضي في تعيين و إنهاء مهام الحكمين 45

الخاتمة:.....47

قائمة المصادر و المراجع.....51

الفهرس 53

ملخص البحث

يمكن أن نستخلص من خلال هذا البحث أن كلا من إجراء الصلح والتحكيم يقوم بهما قاضي شؤون الأسرة أو تحت إشرافه والهدف الأساسي منهما هو محاولة الإصلاح بين الزوجين، ودفعهما إلى الرجوع عن الرغبة في الانفصال، ويكون ذلك بتقريب وجهات النظر بينهما وإزالة الشقاق والتنافر وإعادة الانسجام والمودة بينهما .

وقد أعتبر المشرع الجزائري هذا الإجراء وجوبي لا يمكن للقاضي التغاضي عنه، فيقوم به قبل الفصل في موضوع النزاع، وحتى تتكلل هذه المحاولات بالنجاح يجب أن يبذل القاضي ما في وسعه لمعرفة أسباب النزاع ويستخدم ما له من سلطة تقديرية لإيجاد الحلول المناسبة والبديلة لمحو أثار الشقاق والتنافر وجمع شمل الأسرة من جديد .

والملاحظ أنه في الواقع العملي لا يتم اللجوء إلى تعيين حكمين من طرف القاضي بل يكتفي بجلسات الصلح فقط، نظرا للغموض الوارد في نص المادة 56 من قانون الأسرة والتي لم تحدد كيفية تعينهما ولا الشروط الواجب توافرها فيهما.

الكلمات المفتاحية: شؤون الأسرة، جلسات الصلح، إجراء الصلح.

Résumé

On peut conclure de cette recherche que les deux procédures : la conciliation et l'arbitrage sont faits par le juge des affaires familiales ou sous sa supervision. L'objectif principal des ces deux procédures est de tenter d'arranger et réconcilier entre le couple et de leur poussé de revenir sur leur décision de se séparer et cela par rapprocher les points de vues du couple et faire éloigner toutes sortes de désaccord et essayer de restaurer l'harmonie et d'affection Entre eux.

législateur algérien a fait obliger pour le juge des affaires familiales de passer par ces deux procédure dans toute litige familiale avant de prendre sa décision. Et dans ce cas le juge doit faire le tout possible pour réussir la réconciliation en étudiant toutes les causes du conflit et utilisant tout son pouvoir pour y arriver à une solution autre que la divorce pour réunir la famille de nouveau.

A noter qu'en pratique l'arbitrage est généralement évité par le juge, et seul les séances de réconciliation sont utilisées en raison de l'ambiguïté dans le contenu de l'article 56 du Code de la famille, qui ne précise pas comment nommer les deux arbitres ou quelle sont les conditions à remplir pour être un arbitre.

Mots clé : Affaires familiales, réconciliation, séance de réconciliation.