

تمهيد:

لقد خصت الشريعة الإسلامية السماح الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع وركيزته بجملة من وسائل تكفل حمايتها من التفكك أو التصدع ،كما أن المشرع الجزائري خصها من خلال قانون الأسرة بأحكام تنظمها بشكل يضمن حمايتها من التشتت أيضا، وقد اعتمد في ذلك باتخاذ الصلح كآلية هامة لإقناع الزوجين أو أحدهما على التراجع عن فكرة الطلاق والإنفصال الواقع بين الزوجين ،بطريقة ودية مع المحافظة على حق كل منهما ،ويتم ذلك باتخاذ مجموعة من الإجراءات اللازمة ،للوصول إلى نتيجة ترضي الطرفين .

بناء على ما سبق تم تقسيم هذا الفصل إلى ما يلي :

المبحث الأول: تطبيقات الصلح بين الزوجين وإجراءات تنفيذها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: تطبيقات الصلح بين الزوجين وإجراءات تنفيذها في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول: تطبيقات الصلح بين الزوجين وإجراءات تنفيذها في الفقه الإسلامي.

وتم تقسيمه الى مطلبين:

المطلب الأول: شروط تطبيقات الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي ونتائجها

المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي ونتائجها

المطلب الأول: شروط تطبيقات الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي

قدس الله سبحانه وتعالى العلاقة الزوجية واعتبر الزواج الميثاق الغليظ حيث عالج الفقه الإسلامي النزاع والصراعات التي تحدث بين الزوجين، وفي هذا المطلب سنتطرق إلى تطبيقات الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي حيث أن هناك شروط تتعلق بالعلاقة الأسرية والشروط التي تتعلق ببعث الحكمين.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعلاقة الأسرية

لتطبيق الصلح بين الزوجين لابد أن تكون هناك علاقة أسرية صحيحة قائمة، ولأجل ذلك تم حصر مجموعة من الشروط، التي نذكرها:

الشرط الأول: وجود رابطة زوجية قائمة

بطبيعة الحال لا يمكن إعمال التحكيم بما يرتضيه الشرع، إلا إذا كانت هناك علاقة زوجية، قال تعالى في محكم تنزيله: « وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا

وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ». [سورة الروم الآية 21]

كما أن الإمام محمد أبو الزهر عرف عقد الزواج وكاشفاً لحقيقته ومبيناً المقصود منه عند الشارع الحكيم فقال: (عقد الزواج يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكل منهما من حقوق وما عليهما من واجبات)¹.

¹ محمد أبو زهر: الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط.د، ط.د، ص 17.

لكن قد تسوء حال الزوجين لسبب أو لآخر، ولغرض حماية الأسرة أقر الإسلام سبلا كفيلة، لدرء الخلاف الزوجي وتقادي انحلالها، فأوجب بعث الحكمين لقوله تعالى : «وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِحْلَاقًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» [سورة النساء الآية 35].

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المخاطب في قوله تعالى : « وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا » [سورة النساء الآية 35] هم الحكمان ،وقوله تعالى : «إِنْ يُرِيدَا إِحْلَاقًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» [سورة النساء الآية 35] أنهما الحكمان¹، وقول علي رضي الله عنه ،ذكر أنه في شأن عقيل بن أبي طالب وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة بعث في أمرهما عثمان بن عفان رضي الله عنه :عبد الله بن عباس ومعاوية بن أبي سفيان ،فقال :علي بن أبي طالب رضي الله عنه : للحكمين (أتدريان ما عليكما ،إن رأيتما أن تجتمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا ففرقتما).

والمالكية لا يشترطون ما إذا كان التحكيم قبل البناء أو بعده ،قال القاضي أبو محمد: أعلم إن كان ذلك من أحدهما أمر بإزالته وإن جعل ذلك بعث الحاكم حكمين سواءً بنى بها الزوج أو لم يبن بها ،قال ابن الموار: لأن التقابح قد يقع بينهما قبل البناء².

الشرط الثاني : وجود شقاق بين الزوجين

جاء في الآية الكريمة قوله تعالى : « وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا » [سورة النساء الآية 35] مما لا شك فيه أن الخصام جزء من الشقاق لأن هذا الأخير كما قال بن ناصر السعدي :هي المباعدة والمجانبة بين الزوجين حتى يكون كل منهما في شق مما يستدعي بعث حكما من أهله وحكما من أهلها، لينظر في أمرها³.

¹ .القاضي أبو الوليد سليمان : مرجع سابق ، ج5، ص405.

² . مرجع نفسه ، ج5، ص406.

³ .بن ناصر السعدي : تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، 1424هـ، 2003م، بيروت-لبنان، دار ابن حزم، ط1، ص158.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة ببعث الحكمين

يشترط في الحكمين مجموعة من الصفات لصحة كونهما حكمين.

أولاً: الإسلام

من المتفق عليه عند أهل العلم من فقهاء الشريعة الإسلامية أنه يجب أن يكون المحكم شخصاً مسلماً لأن الكافر لا ولاية له على المسلم فشهادة غير المسلم لا تصح¹ ، فالحكم يجب أن يكون مسلماً حراً² ، قال تعالى : « وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا » [سورة النساء الآية 141] ، فالكافر غير عالم بأحكام الشريعة الإسلامية ، فهو غير أهل للحكم والقضاء ، لأنها من أهم أعمال الولاية في الإسلام .

ثانياً : البلوغ

يوجب الشرع الإسلامي على المحكم أن يكون بالغاً عاقلاً ، لأن البلوغ والعقل مناط التكليف الشرعي ، ولأن الصغير والمجنون لا ولاية له ، وتحديد سن البلوغ في الشرع يستند إلى قوله صلى الله عليه وسلم : (رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل).³

ثالثاً : العلم

يشترط المالكية أن يكون فقيهاً عالماً بأحكام النشوز⁴ ، وذو خبرة وأمانة ، ولهذا كان يجب على القاضي أن يكون عارفاً بأحوال الناس الذين يقضي بينهم فالحكم يقتضي العلم بالشرع

¹ .عبد النور زيدان: مرجع سابق ،ص 22.

² .الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق،ج2 ،ص 659.

³ .أبي داوود سليمان بن الأشعث الأرمي السجستاني، سنن أبي داوود، كتاب الحدود، باب في المجنون سرق أو يصيب حداً، الرقم 4403 دار الرسالة العالمية، دمشق سوريا، ط خاصة، 1430هـ-2009م، ج6، ص455.

⁴ .القاضي أبو الوليد سليمان : مرجع سابق،ج5 ،ص 405.

وبالحال¹، وأن يكونا خبيرين بما يطلب منهما في هذه المهمة².

قال بن القاسم: إن جعل الزوجان ووليا اليتيمين إلى من لا يجوز أن يكون حكما لم يجز لأن ذلك من باب الغرر³.

رابعاً: العدالة

يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين⁴. فعند الجمهور يكون الحكم عدلا بأن تظهر عليه الصفات وأن يكون قائما بالفرائض مجتنباً الكبائر غير مصر على الصغائر بعيدا عن الريب تغلب حسناته سيئاته، مأمونا في الرضا والغضب فالعدل غير الفسق، فالفاسق لا يصح تحكيمه لأنه لا يؤمن جانيه فقد يزيد في الخلاف أكثر مما يصلح ولأن من طبع الفاسق عدم الإصلاح⁵.

خامساً : الذكورة

قال تعالى : « الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ » [سورة النساء الآية 34] ، قال تعالى « فَاَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا » [سورة النساء الآية 35] .

يرى جمهور الفقهاء في هذه المسألة أن يكون الحكم ذكرا فلا يجوز عندهم تحكيم المرأة فقد قال الإمام مالك ليست المرأة من الحكام ، كما أنه يجب الانتباه الى مسألة أنه قد يتم بعث عجز مسنة للتحكيم بين الزوجين بدل الحكمين وهذا أمر مخالف للقرآن الكريم وعند الشافعية⁶

¹ .صالح العثيمين : مرجع سابق، ج12، ص 446.

² .وهبة الزجيلي: الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط1984، ج1، ص7، ص528.

³ .القاضي أبو الوليد سليمان :المرجع السابق، ص 405.

⁴ .وهبة الزجيلي: مرجع سابق، ص 528.

⁵ .عبد النور زيدان: مرجع سابق، ص 24.

⁶ مرجع نفسه، ص25.

ما يجب اعتبار في الحكمين أن يكون رجلين ، فإن كانا أو أحدهما امرأة لم يجر تحكيمها.

ويرى الحنفية جواز تحكيم المرأة في غير مسألة الحدود والقصاص ، قياسا على جواز شهادتها في غير هذه المسائل، فقد جاء في فتوى جواز وصحة جعل امرأة حكما في غير هذه المسائل¹.

سادسا: أن يكون الحكمين من أهل الزوجين

يشترط فقهاء المالكية لكمال صفة الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين وألا يكونا محكمين².

قال تعالى : « فَاذْعَبُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا » [سورة النساء الآية 35]، أي أنه إذا وقع الشقاق بين الزوجين بعث الحاكم ثقة من أهل المرأة وثقة من أهل الرجل ليجتمعا وينظرا في أمرهما ويفعلا ما فيه المصلحة مما يريانه التفريق أو التوفيق³.

قال القاضي أبو الوليد : ووجه ذلك عندي أن يكونا من جهة الزوجين لأن الحق في ذلك عندي أن يكونا من جهة الزوجين لأن في ذلك لا يخرج عنهما ، ولأن الأهل أعلم بباطن أمرهما و أعرف بوجوه منافعهما⁴.

¹ عبد النور زيدان: مرجع سابق، ص 25.

² القاضي أبو الوليد سليمان: مرجع سابق، ج 5، ص 405.

³ الحافظ أبي الفداء اسماعيل بن كثير: تفسير القرآن الكريم، دار الغدا الجديد، 1435-2014، ج 1، ص 457.

⁴ القاضي أبو الوليد سليمان: مرجع سابق، ج 5، ص 405 وما يليها.

فإن لم يكونا من أهلها بعث القاضي رجلين أجنيين ،ويستحسن أن يكونا من جيران الزوجين ممن لهما خبرة بحال الزوجين وقدرة على الإصلاح بينهما¹.

لأن الجار أعرف بجاره من البعيد².

المطلب الثاني :إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي ونتائجها

الأصل أن الشريعة الإسلامية وضعت إجراءات وقائية لتفادي الشقاق والنزاع بين الزوجين وذلك قبل عقد الزواج من حيث ترغيبها في طريقة إختيار كل منهما للآخر.وكذا بينت ما لكل منهما من حقوق وواجبات .

ولما كان موضوع الصلح كما سبق تبيانه لا بد فيه من وجود نزاع قائم من الزوجين بمعنى كان علينا أن نخصص الدراسة للإجراءات العلاجية وهو الأمر الذي دعانا لتقسيم المطلب كما يلي :

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ الصلح في حالة النشوز بين الزوجين في الفقه الإسلامي ونتائجها.

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي و نتائجها.

قدم الشارع الحكيم علاجات وإجراءات لحماية الأسرة في حالتها النشوز والشقاق ،وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب .

¹ .وهبة الزحيلي: مرجع سابق،ج2،ص 528.

² .الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق،ج2،ص 659.

الفرع الأول: إجراءات تنفيذ الصلح في حالة النشوز بين الزوجين في الفقه الإسلامي ونتائجها.

أولاً: حالة نشوز الزوجة

في حالة نشوز الزوجة فإن سبحانه وتعالى قدم العلاج الشافي لهذا الأمر حرصاً منه على استمرار الحياة الزوجية في ود و وثام .

قال تعالى : « وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۚ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَلِيظًا حَكِيمًا » [سورة النساء الآية 34] .

أي ارتفاعهن عن طاعة أزواجهن ، بأن تعصيه بالقول أو بالفعل ، فإنه يؤدبها بالأسهل فالأسهل ، أي بيان حكم الله في طاعة الزوج ومعصيته ، والترغيب في الطاعة ، والترهيب من معصيته فإن انتهت ، فذلك المطلوب وإلا فيهجرها في المضجع بألا يضاجعها ، ولا يجامعها بمقدار ما يحصل به المقصود ، وإلا ضربها ضرباً مبرحاً¹ ، وتكون الإجراءات العلاجية في هذا الوضع كما يلي ، ووفقاً لهذا الترتيب الشرعي :

1- الوعظ :

والموعظة هي التذكير بما يرغب أو يخوف ويعضها بذكر الآيات الدالة عليه ، على وجوب العشرة بالمعروف وبذكر الأحاديث المحذرة من عصيان الزوج² ، مثل قول النبي صلى الله عليه وسلم : (إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح)³ .

¹ .بن ناصر السعدي: مرجع سابق، ص 158.

² .صالح العثيمين : مرجع سابق ، ج 12، ص 446.

³ . البخاري : صحيح البخاري ،كتاب النكاح باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ، رقم 5139 ، ج 3، ص 258.

وتكون الموعظة بالحسنى لا بالتهديد ،كأن يقول لها: استقيمي وإلا طلقتك¹،وهو تهديد غير مطلوب ولا ينطبق عليه أسلوب الوعظ الحسن.

2-الهجر:

أي يترك فراشها فلا ينام معها ولا يكون الهجر بترك البيت بالكلية²،

لقوله تعالى: « **وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ** » [سورة النساء الآية 34]،ويكون الهجر بالتدرج كما

يلي :

- 1- ألا ينام في حجرتها ،وهذا أشد شيئا .
- 2- ألا ينام على الفراش معها ،وهذا أهون من الأول .
- 3- أن ينام معها في الفراش ، ولكن يلقيها ظهرته ولا يحدثها وهذا أهونهما ،ويبدأ بالأهون فالأهون ،حتى تستقيم حالها ،فربما تستقيم في ليلة ،أو في ليلتين وربما لا تستقيم إلا بشهر ويكون الهجر أيضا بالكلام ثلاثة أيام ولا يزيد على هذا الحال³ ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : (لا يحل للمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة ،يلتقيان ،فيعرض هذا ويعرض هذا وخيرهما الذي يبدأ بالسلام)⁴.

فله أن يهجرها يومين ،أو ثلاثة أيام ولا يزيد عن ذلك ويزول الهجر بالسلام⁵.

ولا يتجاوز الهجر شهرا كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما هجر زوجاته وحلف ألا يدخل على بعض أهله شهرا،فلما مضى تسعة وعشرين يوما غدا عليهن أو راح فقيل

¹ .صالح العثيمين :مرجع سابق، ج12، ص 441.

² .الصادق عبد الرحمان الغرياني:مرجع سابق، ج2،ص 658.

³ .صالح العثيمين :مرجع سابق، ج12،ص 442.

⁴ . البخاري : صحيح البخاري ،كتاب الأدب باب الهجرة ،رقم 6770 ، ج 3، ص 530.

⁵ . صالح العثيمين :مرجع سابق، ج12، ص 443.

له : يا نبي الله حلفت ألا تدخل عليهم شهرا قال : (إن الشهر يكون تسعة وعشرين يوما)¹.

3-الضرب :

ويكون ضربا غير مبرح بحيث لا يكسر عظاما ، ولا يهشم لحما ، وقد فسره ابن عباس رضي الله عنهما ، بالضرب بالسواك ونحوه كاليد والقصبه الصغيرة .

وينبغي أن نلاحظ في الوسيلة ما يلي:

- (1) أنه لا يلجأ إلى الضرب إلا بعد التأكد من عدم نفع الوسيطتين السابقتين ،أي الوعظ والهجر .
- (2) أن القرآن تشريع عام للناس جميعا . وليست النساء جميعا في مستوى واحد ولكل امرأة بأي وسيلة تتقاد.

وقد قيل العيد يقرع بالعصا والحر تكفيه المقالة ولا يجوز الضرب المبرح ولو علم الزوج أنها لا تستقيم إلا به وأن وقع منه أقيم الحد عليه والقصاص منه² .

والترتيب بين مراحل تأديب الناشز واجب ، فلا يجوز الهجر قبل الوعظ ولا الضرب قبل الهجر³. وعليه أن يتجنب الوجه والمواضع المخوفة لأنه المقصود التأديب لا الإلتلاف⁴ لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجمعها في آخر اليوم)⁵.

¹ . البخاري : صحيح البخاري ،كتاب النكاح باب هجرة النبي صلى الله عليه وسلم نساءه في غير بيوتهن ،رقم 5202 ، ج 3،ص 261.

² .محمد الأحمري أبو النور :منهج السنة في الزواج ،دار السلام ،ط 2012،6،ص422.

³ .الصادق عبد الرحمان الغرياني:مرجع سابق،ج2، ص 658.

⁴ .السيد سابق : مرجع سابق،ج 2،ص 208.

⁵ . البخاري : صحيح البخاري ،كتاب النكاح باب ما يكره من الضرب ،رقم 5204 ، ج 3،ص 258.

ثانيا: حالة نشوز الزوج

إذا كان العدوان والتقصير من الزوج بأن كان يؤذي زوجته ويضربها من غير ذنب أو يقصر في شيء من حقوقها ،الواجبة عليها شرعا زجره القاضي عن ذلك وجبره على العدل والوفاء بحقوقها وكذا وعظه فان لم يفد الوعظ أمرها بهجره¹.

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي ونتائجها.

يتطلب تنفيذ الصلح في حالة الخوف من الشقاق بين الزوجين الإجراءات الشرعي التالي:

1- تعيين الحكّمين:

اتفق العلماء إلى جواز بعث الحكّمين إذا وقع التشاجر. ولم يعرف المحق من المبطل² ، لقوله تعالى « وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا » [سورة النساء الآية 35].

ذهب جمهور العلماء إلى أن المخاطب هو الحاكم كما يمكن للزوجين أو ولياهما أن يبعث الحكّمين وهذا معنى ما في المدونة³ .

على القاضي حين يدعي الزوج على الزوجة سوء العشرة والتقصير والزوجة تدعي مضارة الزوج وتضييقه ولا بينة مع أحد منها على صحة دعواه أن يسكن الزوجة بين قوما صالحين ليعرف الظالم منها .فإن استمر الإشكال فعليه أن يعين حكّمين للنظر في أمرهما حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة.

¹ .الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ج 2، ص 658.

² .القاضي ابي الوليد محمد القرطبي: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،1425/2004م، ط2، ص514.

³ القاضي ابي الوليد: مرجع سابق، ج 5، ص405.

2- إجراءات تنفيذ الصلح لتحكيم الحكيم:

تتم إجراءات تنفيذ الصلح عن طريق تحكيم الحكيم في الفقه الإسلامي وفق ما يلي:
يقول الحكم من أهل الزوج «...أن يخلو به (الزوج) ويقول له: أخبرني بما في نفسك، أتهواها أم لا، حتى أعلم مرادك؟ فإن قال: لا حاجة لي فيها، خذلي منها ما استطعت، وفرق بيني وبينها، فيعرف أن من قبله النشوز. وإن قال: أني أهواها فأرضاه من مالي بما شئت، ولا تفرق بيني وبينها فيعلم أنه ليس بناشز.

ويخلو (ولي المرأة) بالمرأة ويقول لها: أتهوين زوجك أم لا؟ فإن قالت فرق بيني وبينه، وأعطه من مالي ما أراد، فيعلم أن النشوز من قبلها، وإن قالت: لا تفرق بيننا ولكن حثه على أن يزيد في نفقتي ويحسن إلي، علم أن النشوز ليس من قبلها.
فإن ظهر لهما الذي كان النشوز من قبله يقبلان عليه بالوعظ والزجر والنهي¹، فذلك قوله تعالى: «فَابْتَغُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا» [سورة النساء الآية 35].

3- نتائج التحكيم:

يهدف الحكمان أول ما يهدفان إليه الإصلاح² قال تعالى: «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» [سورة النساء الآية 35].

اختلف الفقهاء في تفريق الحكيم بين الزوجين هل لهما الجمع والتفريق دون إذن الزوجين أم ليس لهما تنفيذ أمر دون إذنهما³.

فقال مالك وأصحابه: يجوز قولهما في التفريق والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما: ليس لهما أن يفرقا إلا أن يجعل الزوج إليها التفريق.

¹ أبي عبد الله محمد القرطبي: مرجع سابق، ج 6، ص 291.

² الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق، ج 2، ص 658.

³ محمد علي الصابوني: روائع البيان في تفسير آيات الاحكام من القرآن، دار الصابوني، 2007، ج 1، ص 387.

وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين إليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة أن الأصل في الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج. أو من يوكله الزوج¹.

قال الجصاص قال أصحابنا: « ليس للحكمين أن يفرقا إلا أن يرضى الزوج ، وذلك لأنه لا خلاف أن الزوج هو أقرب للإساءة إليها لم يفرق بينهما ولم يجبره الحاكم على طلاقها قبل تحكيم الحكمين ، وكذلك بعد بعث الحكمين لا يجوز إلا برضى الزوجين ». وهو إختيار الطبري حيث قال: « وليس للحكمين ولا احد منهما الحكم بالفرقة بينهما ولأنه بأخذ المال إلا برضى المحكوم عليه بذلك »².

واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا إن طلقها ثلاثا والأقل أن الطلاق بيد الرجل أن يقوم الدليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وابن حنيفة بما روي في حديث في هذا أنه قال للحكمين هل تدریان ما عليكما ؟

إن رأيتما أن تجمعما جمعتما وأن رأيتما أن تفرقا فرقتما ،فقال المرأة :رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعني، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ،فقال علي: لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة فقال: فابعثوا في ذلك اذنه وشبه مالك الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق للضرر إذا تبين³.

¹.القاضي ابي الوليد محمد القرطبي: مرجع سابق، ج 6، ص514.

².محمد علي صابوني : مرجع سابق،ج 1، ص 389.

³.الصادق عبد الرحمان الغرياني: مرجع سابق،ج 2، ص 659.

كما يجوز ان يحكما على الزوجة بمال تدفعه لزوج نظير الطلاق إذا ثبت لهما الضرر زوج¹. فهو خلع والطلاق بائنة. وإن كانت بغير عوض فهي أيضا بائنة²، وإذا أوقع الحكما طلاق بالثلاث لا يلزم الزوجين إلا بطلقة واحدة. قال اشهب: إذا فرقا بالبتة فهي واحدة بائنة³.

المبحث الثاني : تطبيقات الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري وإجراءات تنفيذه

الصلح في قضايا شؤون الأسرة له أهمية كبيرة باعتبارها كيان المجتمع وركيزته ،لذلك سنتطرق في هذا الى تطبيق الصلح في شؤون الأسرة أولا وإجراءاته ثانيا وأثاره المترتبة عليه ثالثا.

المطلب الأول: تطبيقات الصلح والتحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها.

بما أن الصلح والتحكيم إجرائيين وسيلتين سلميتين لفض النزاع بين الزوجين، اعتمد المشرع الجزائري على قضية الإصلاح بين الزوجين على أحد الطرفين.

إما ان يلجأ الى الصلح وذلك في حالة وجود طلب طلاق وانفصال بين الزوجين كآلية علاجية .

أو إلى التحكيم في حالة وجود شقاق لم يصل بعد لطلب الانفصال كآلية وقائية وهو ما جعلنا نقسم المطلب الى فرعين ،خصصنا كل منهما لتطبيق عملية الصلح الوقائية أو العلاجية.

¹ .الصادق الغرياني: مرجع سابق، ج2،ص 659.

² . القاضي ابي الوليد : مرجع سابق، ج 5 ،ص406.

³ .الصادق الغرياني. مرجع سابق، ج 2، ص659.

الفرع الأول: تطبيقات الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها.

الفرع الثاني: تطبيقات التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها.

الفرع الأول : تطبيقات الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها .

يشترط التشريع الخاص في قانون الأسرة الجزائري . توافر الشروط الآتية لتطبيق الصلح.

1- الشرط الأول : وجود علاقة زوجية:

حيث تكون محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية القائمة بينهما فلا صلح في غياب هذه العلاقة ونكون بصدد علاقة زوجية قائمة فعلا بالزواج الصحيح. وبالرجوع الى المادة 4 من ق أ ج نجد أنها نصت على أن الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعي¹ وعليه فشرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن اجراءه².

وفي حالة وجود عقد زواج عرفي ينبغي إثبات الزواج أولا المادة 22 ق أ ج يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيل يثبت بحكم قضائي³ .

¹ . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

² . عبد الحكيم بن هبري: احكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، الجزائر، 2014-2015، ص 194

³ . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

2- الشرط الثاني : ضرورة رفع الدعوى

يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة بالتطليق أو الخلع أو بتراضي الزوجين طبق لنص المادة 48 ق أ ج يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو يطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من هذا القانون¹، وعليه فالمشرع اعتبر صور الطلاق بمعناه العام، وهذا حق ثابت للزوجين .

3- الشرط الثالث: أطراف الجلسة.

يعتبر الزوجان الطرفان الرئيسيان لجلسة الصلح فهناك المعنيين مباشرة بها غير أنه عند عرض الطلب على القضاء ،يوجد أشخاص آخرون هم القاضي المكلف بشؤون الأسرة يجري محاولة الصلح وكذا مساعده أمين الضبط².

الفرع الثاني :تطبيقات التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها.

بالرجوع إلى المادة 56 ق أ ج التي نصت على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت أي ضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما³، وكذا المادة 446 ق.ا.م.ا(إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة)⁴. الواضح أنه إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين أو أضر

¹ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

² . عبد الحكيم بن هبري: مرجع سابق، ص193.

³ . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

⁴ . قانون، رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21 لسنة 45، الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2008، ص 37.

أحدهما بالآخر ،واستحال استمرار المعيشة المشتركة بينهما ،ولم يثبت الضرر و يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالها وقادرا على الإصلاح بينهما وعلى هذين الحكمين أن يتعرفا بأسباب الشقاق بين الزوجين وأن يبذلا جهدهما في الإصلاح¹ .

المطلب الثاني :إجراءات تنفيذ الصلح و التحكيم في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها .

الأصل في الزواج التأييد والإستمرار، غير أنه يمكن أن تنشأ نزاعات وصراعات بين الزوجين قد تنتهي إلى الطلاق²،وتفكك الأسرة لهذا وجب وضع إجراءات لتقادي الطلاق ونتائجها وحل النزاع بين الزوجين القائم أو المتوقع وذلك عن طريق الصلح والتحكيم سنتطرق إلى إجراءات الصلح والتحكيم في قانون الأسرة من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول :إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري و نتائجها

الفرع الأول :إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها

الصلح من الإجراءات الهامة في قانون الأسرة وهو إجراء إلزامي يجب على القاضي القيام به قبل النطق بحكم الطلاق وهذا من خلال نص المادة 49 ق أ ج : (لا يثبت الطلاق

¹ . العربي بلحاج:شرح قانون الأسرة ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون ،الجزائر ،2005،ط4،ج1،ص359.

² . حسين فريجة :المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ديوان المطبوعات الجامعية،2009-2010

إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي¹. والحكم بغير محاولة الصلح من القاضي يعتبر مخالفا للقانون².

أولا : إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري

1-طبيعة إجراء الصلح

إن طبيعة إجراء الصلح قبل شروع في مناقشة دعوى الطلاق المرفوعة من الزوج أو الزوجة أو منها معا هي طبيعة تتصف بالوجوب والسرية³، وهذا وفق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية المادة 439 محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية⁴.

وهذا يعني أنه يجب على القاضي في شؤون الأسرة أن يقوم بمحاولة أو أكثر لعرض الصلح على الزوجين وتبصيرهما بما يمكن أن يترتب عن طلاق من آثار سيئة وعواقب وخيمة عليها وعلى أولادها وعلى الأسرة ككل، وذلك حيث يستمع لهما في المكتبة أو في مكان مناسب لا يحضرها أفراد العائلة إذا رغب الزوجين في ذلك حيث يستمع القاضي وبحضور أحد أفراد عائلتها عند اللزوم المساعدة القاضي في إصلاح ذات البين⁵.

¹ . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

² . ملحق رقم(1).

³ .عبد العزيز سعد :مرجع سابق، ص88

⁴ . قانون، رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر. ع 21 لسنة 45، الصادرة بتاريخ 22 أفريل 2008، ص 37.

⁵ .عبد العزيز سعد: مرجع سابق، ص89.

فحضور الغير جلسة الصلح هو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات ،حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسرية وحساسية ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية¹.

2- غياب الزوجين أو أحدهما عن جلسة الصلح

بعد أن يتأكد القاضي من تبليغ المدعي عليه من الزوجين ومن حضورهما أو بحضور ممثليهما الى أول جلسة يأمر شفهيًا بتأجيل القضية ويخبرهما بتاريخ ومكان انعقاد جلسة الصلح وإذا تغيب الزوجين عن الجلسة الصلح في التاريخ المحدد وكان ذلك لظروف قاهرة فينبغي على القاضي تحديد تاريخ لا حق للحضور فإذا تعذر جاز له أن يفوض قاضيا آخر للقيام بإجراءات الصلح بموجب الإنابة القضائية وفقا لنص المادة 441 ق إ م إ: (إذا استحال حضور أحد الزوجين للحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع ،جاز للقاضي إما تحديد تاريخ لاحق للجلسة،أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية غير انه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا ،يحدد القاضي محضرا بذلك)².

إذا كان السبب دون عذر مقبول رغم اخبارهما بتاريخ ومكان انعقاد جلسة الصلح فإنه يجوز لقاضي شؤون الأسرة تحرير محضر غياب عن جلسة الصلح يوقعه مع أمين الضبط يرجع إليه عند الحاجة ويفصل في الدعوى³.

¹ عبد الرحمان بريارة:شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،منشورات بغدادي ،الجزائر ،2009،ط2.

² . قانون ،رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ع 21 لسنة 45، الصادرة بتاريخ 22 أفريل 2008، ص 37.

³ .عبد العزيز سعد: مرجع سابق، ص89.

3-منح الزوجين مهلة التفكير

من خلال المادة 442 ق إ م إ التي نصت على أنه (يمكن للقاضي منح مهلة للتفكير لإجراء محاولة صلح جديدة كما يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من تدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة اشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق)¹.

نجدها تنهي على أنه يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة وذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن في جميع الحالات يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر يبدأ حسابها من تاريخ رفع دعوى الطلاق وسواء كانت مهلة التفكير أثرت على نتائج سلبية أو إيجابية فإن القاضي يحذر محضرا متضمنا مهلة ممنوحة للزوجين للتفكير في أمر الصلح يرجع إليه عند الحاجة².

إلا أن الإشكال الواقع في قضية الصلح القضائي تضع القاضي وأطراف العلاقة

الزوجية في اصطدام من حيث تطبيق هذا الإجراء ،حيث قد تم الصلح بين الزوجين في تلك الجلسات رغم أن الحقيقة أن العلاقة الزوجية المنتهية بانتهاء عدة الزوجة ، وهذا نجده حال رفع دعوى الطلاق بوقت متأخر عن تلفظ الزوج به مما يتطلب عقد شرعي جديد بينهما .

كما أن قد يحدث لدينا الحالة المعاكسة حيث يتم الحكم بالطلاق بين الزوجين ولا تزال الزوجة رجعية بمعنى لم تخرج من عدتها بعد ،وهذا من بين الإشكالات التي نود أن يراجعها المشرع الجزائري لتدارك هذا الواقع الخطر .

¹ . قانون ، رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج . ر . ع، 21 لسنة 45،

الصادرة بتاريخ 22 أفريل 2008، ص 37.

² . عبد العزيز سعد :مرجع سابق ،ص89.

ثانيا: نتائج محاولات الصلح و آثارها

من خلال الإطلاع على الفقرة الأخيرة من المادة 49 ق أ ج، (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة(3) أشهر)¹ أنها تنص على أنه يجب على القاضي شؤون الأسرة أن يقوم بعد إتمام إجراءات الصلح بإعداد محضر يبين فيه مساعي ونتائج الصلح سواء كانت إيجابية أو سلبية².

فإذا كانت إيجابية يذكر في المحضر الأمور التي وقع التصالح في شأنها وإذا كانت سلبية يذكر أن محاولات الصلح³ فشلت ويمكن أن يشير الى أسباب فشلها وبعد تحرير محضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات الصلح يوقعه للقاضي وأمين الضبط والزوجين⁴. ويعتبر الصلح الايجابي حدا قاطعا لاستمرار النزاع بين الزوجين.

الفرع الثاني : إجراءات تنفيذ التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري ونتائجها.

بالرجوع الى نص المادة 2/56 ق أ ج: (يعين القاضي حكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين ،لقد أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرا الى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين وعلى القاضي أن يحكم هنا في ضوء تقرير الحكمين ولا يشترط فيه أن يكون معا كما يجوز له رفض

¹ . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

² عبد العزيز سعد :مرجع سابق ،ص89

ملحق رقم(2)

³ . القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان، 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج رللج ج د ش، ع 24، السنة 21، بتاريخ 21 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 02-05، ج ر، للج ج د ش، ع 15 السنة 42 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص 913.

⁴ .عبد العزيز سعد : مرجع سابق ،ص120.

ملحق رقم(3)

التقرير وتعين حكمين آخرين كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا وليس للقاضي الحق في التدخل في هذا الشأن فإذا عجز الحكمين عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهل الحال وثبت الضرر حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين و ألزم الزوج بالتعويض الضرر. إذا طلبت منه زوجته ذلك .

سبق القول أن التحكيم إجراء قضائي وقائي في شؤون الأسرة تتدرج عليه آثار في تطبيقه، وفي هذا الصدد سنتطرق إلى إبراز نتائج محاولات التحكيم في ما يلي:

1-نجاح مهمة الحكمين

2-فشل مهمة الحكمين

1- نجاح مهمة التحكيم:

إذا توصل الحكمين إلى الصلح بين الزوجين فإن الصلح يكون بإرادة الزوجين ومضمونه يحزر بمحضر ويوقع من الطرفين يرفع التحكيم ومحضر الصلح يبقى خاضعا للصيغة العقيدية فهو يعبر في سلطات الإدارة الواجب احترامها من طرف القاضي¹.

447 ق إ م إ (يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة)

448 ق إ م إ (إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن)².

¹ .عبد الفتاح تقيّة:مرجع سابق ،ص 159.

² . قانون ،رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. ،ع 21 لسنة 45،
الصادرة بتاريخ 22 أبريل 2008، ص 37.

2- فشل مهمة التحكيم:

إذا لم يتوصل الى الصلح بين الطرفين فإن تقرير التحكيم يكون متضمن من حيث الموضوع معاناة الضرر وأسبابه والتصريح بها مسؤولية كل زوج في الشقاق والضرر ومن هو المسيء واقتراح حل الرابطة بين الزوجين¹.

المقارنة بين تطبيقات وإجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

بعد دراسة تطبيقات وإجراءات التنفيذ الصلح في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري توصلنا الى عدة نقاط متشابهة وأخرى مختلفة أهمها.

أولاً: المقارنة بين تطبيقات تنفيذ الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

- أوجه التشابه من حيث تطبيق الصلح وافق قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الإسلامي في شرط وجود علاقة زوجية صحيحة وشرط وجود خصام وشقاق بين الزوجين.

- أوجه الاختلاف من حيث تطبيق الصلح اختلف قانون الأسرة الجزائري مع الفقه الاسلامي في شرط تطبيق الصلح فيتم رفض دعوى قضائية في قانون الأسرة الجزائري أما فقها لا يشترط ذلك.

ثانياً: المقارنة بين إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري

- أوجه التشابه من حيث اجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين.

اتفق كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري على اجراءات تنفيذ الصلح في حالتي النشوز والشقاق.

¹ .عبد الفتاح تقيّة: مرجع سابق ،ص159.

- أوجه الاختلاف من حيث إجراءات تنفيذ الصلح بين الزوجين.

اختلف كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري في إجراءات تنفيذ الصلح ففي حالة النشوز تدرج الفقه الإسلامي في علاجه من وعظ وهجر وضرب في حالة نشوز الزوجة أما في حالة نشوز الزوج يتدخل السلطان في وعظه فإذا لم يمتثل لذلك أمرها بهجره أما قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق لذلك وعالجه بالصلح القضائي عند رفع دعوى الطلاق.