



جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



## الطرق البديلة لحل نزاعات الطلاق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطلبة: تحت إشراف :

د. فليغة نور الدين

• بن الشيخ أسماء

لجنة المناقشة:

رئيسا.  
مشرفا ومقررا.  
مناقشا.

• د. كيفاجي الضيف  
• د. فليغة نور الدين  
• أ. علاوة سعاد

دورة جوان 2017



جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق



## الطرق البديلة لحل نزاعات الطلاق

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطلبة: تحت إشراف :

د. فليغة نور الدين

• بن الشيخ أسماء

لجنة المناقشة:

رئيسا.

• د. كيفاجي الضيف

مشرفا ومقررا.

• د. فليغة نور الدين

مناقشا.

• أ. علاوة سعاد

دورة جوان 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## إهداء

.....أهدي ثمرة جهدي.....

إلى من كانا سبب وجودي في الحياة، والدي العزيزين أدام الله بقاءهما.....

أمي الغالية، التي بذلت كل ما في وسعها لمساعدتي رغم كل الظروف، ووفرت لي الجو  
الملائم لإتمام هذا البحث.....

أبي الغالي، الذي سخر لي كل الإمكانيات المادية والمعنوية، ولم يبخل علي بأي  
شيء.....

جزاهما الله خيرا على ما قدما وعلى ما فعلا من أجلي

إلى زوجي الكريم، سندي في الحياة ، لطالما كان لي دعما معنويا طوال سنتي  
الدراسة، ولم يتفان في تشجيعي لإتمام هذا العمل، أدام الله عشرتنا.....

إلى أفراد عائلتي الغالية، إخوتي وأخواتي، وبالخصوص أختي الكبرى سارة وابنتها  
نهال، وأختي المدللة جمانة وأخي العزيز عبد الرحيم، حفظهم الله.....

إلى خالتي وخالي الغاليين، ساسية ومحمد أدام الله صحتهما وأطال  
عمرهما.....

إلى السيد: عبد الرزاق بولعبايز رعاه الله وحفظه.....

إلى كل زملائي في الدراسة، وأخص بالذكر ياسمين فاضل.....

## شكر وتقدير

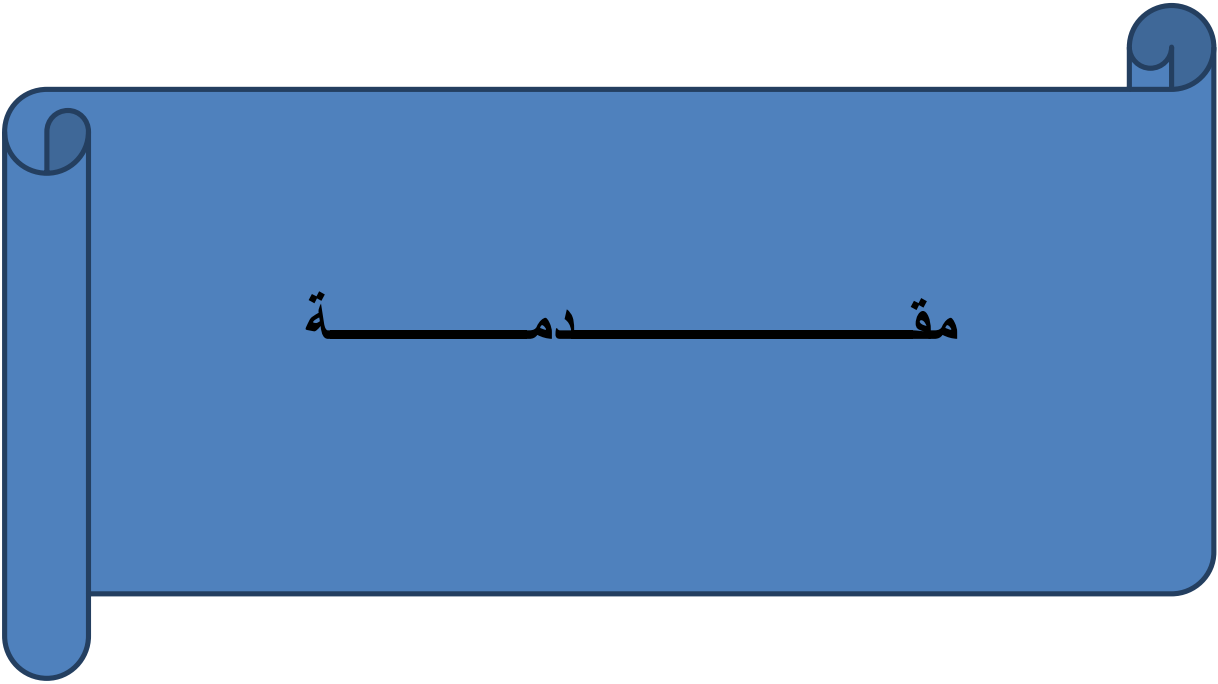
أتقدم بجزيل الشكر لأستاذي الفاضل والمحترم الدكتور فليغة نور الدين، وأشكره على قبوله الإشراف على مذكرتي ودعمه المستمر لي لإخراجها، ولن تكفي أي كلمة شكر للتعبير عن مدى امتناني وعرفاني لما قدمتموه لي من أفكار وتوجيهات سديدة، حفظك الله ورعائك.

وأتقدم بخالص الشكر، إلى أعضاء اللجنة الموقرة، وبالتحديد الدكتور: كيفاجي الضيف رئيس اللجنة، والدكتور فليغة نور الدين المشرف والمقرر، والأساتذة المناقشة: لعلاوة سعاد.

كما أتقدم بالشكر والعرفان، إلى كل من قدم لي يد المساعدة من قريب أو بعيد وخاصة الأستاذ الفاضل: بوصيدة فيصل، والأستاذ المحترم: قريوعليوش كمال، والأستاذ الكريم: بوصيدة محمد، والأستاذة الفاضلة: رواق آمال.

كما أشكر جميع الأساتذة الكرام، الذين أشرفوا علي وعلى زملائي خلال سنتي التكوين في الماستر كلا باسمه.

وأخص بالشكر أيضا، الموظفين العاملين على مستوى مكتبة الكلية وبالخصوص سمية قروي.



مقدامة

شرع الله عز وجل الزواج وحث عليه في الكثير من الآيات القرآنية، وبين مقاصده الأساسية والتبعية من حفظ النسل وكذا تحصين الزوجين وغير ذلك من المقاصد التي لا تتحقق إلا إذا سادت مشاعر الرحمة والمودة بين الأزواج وحسنت العشرة فيما بينهم، فإذا انعدمت ساءت العلاقة الزوجية، وغابت مظاهر السكينة وحل محلها الفتور، فالنفور ثم عدم رغبة أحد الزوجين في الآخر، يعكس صفو الحياة الزوجية حتى يصل الأمر إلى التفكير في إنهاء العلاقة الزوجية.

وأمام القدسية التي أضفتها الشريعة الإسلامية على العلاقة الزوجية، الأمر الذي جعلها شديدة الحرص على الحفاظ عليها بغية دوام استمراريتها، فالزواج يبني على وجه الديمومة لا على وجه التأقيت، هذا ما دفع بها إلى تفعيل العمل بالطرق الودية في تسوية النزاعات ولعل أهمها الصلح والتحكيم لتفادي حل روابط الزوجية، وإعمالاً للوسائل التي يتم من خلالها نبذ البغضاء والحقد، الذي قد يخلفهما اللجوء إلى الطلاق في نفوس الأزواج.

إن الأهمية البارزة للصلح والتحكيم في القضاء الإسلامي، والتي تتضح من خلال جلب المقاصد ودرأ المفاصد. لقد دفع ذلك الفقهاء والقضاة على مر السنين إلى الحفاظ والاهتمام بهاتين الآليتين لحل المنازعات الأسرية. وهذا ما سار عليه المجتمع الجزائري من قبل خصوصاً في ظل انتشار طابع الأسرة الممتدة، فكان مهمة إجراء الصلح والتحكيم تناط إلى كبار العائلة، أو كبار العشيرة، ممن يتمتعون بصفات معينة كالحكمة والنزاهة والرزانة، و يكونون على دراية كافية بأمور الدين. إلا أنه ومع تطور المجتمع ورغبة الأزواج في مواكبة العصر، ورغبتهم في التحرر من قيود آبائهم، أدى ذلك إلى انتشار الأسر النووية، إذ سرعان ما بدأ في ظلها يتلاشى دور كبير العائلة، إن لم نقل أنه زال كلياً في وقتنا الحالي. ومع ازدهار الجهاز التشريعي والقضائي، استأثر المشرع بوضع النصوص القانونية التي استمدت فيما يتعلق بشؤون الأسرة غالبية أحكامها من الشريعة الإسلامية، لذلك فقد أصبح الصلح والتحكيم من الطرق المنصوص عليها قانوناً والتي يتم إجراءهما على مستوى المحاكم، بعد أن يقوم أحد الزوجين برفع دعوى حل الرابطة الزوجية.

إن تسوية المنازعات الأسرية عن طريق الصلح والتحكيم، له أثر كبير في المحافظة على شمل الأسر وعدم تشتت أفرادها، إلا أن نجاح هاتين الآليتين يتوقف على مدى نجاح المشرع الجزائري في سن النصوص القانونية المنظمة لهما، إضافة إلى كيفية تطبيقها من طرف القضاة.

وانطلاقا مما سبق، فإن الصلح والتحكيم في شؤون الأسرة يطرحان عدة إشكالات أهمها:

هل يعتبر الصلح والتحكيم في قانون الأسرة الجزائري، كوسيلتين بديلتين لحل منازعات الطلاق؟ وهل تمكن المشرع الجزائري من خلال إعادة تنظيمه لإجراءات الصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من تحقيق الهدف المرجو من وراء خلق مواد قانونية إجرائية خاصة بالصلح والتحكيم، بعد أن كان قانون الأسرة هو الوحيد الذي ينظم إجراءات التحكيم والصلح من الناحيتين الموضوعية والإجرائية معا؟ وإلى أي مدى نجح قضاة شؤون الأسرة في تطبيق آليتي الصلح والتحكيم في دعاوى الطلاق والتطليق؟ وما هي الآثار المترتبة عن الصلح والتحكيم حال نجاحهما وحال فشلهما؟

إن أهمية الموضوع ترجع إلى علاقته بالأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية في المجتمع، باعتبارها المحرك الرئيسي له، فكلما حافظت الأسرة على سلامتها تمكنت من القيام بجميع أدوارها الاجتماعية، الاقتصادية، التربوية والتعليمية، والسياسية في أحسن الظروف وفي أجواء ملائمة، مما يساهم في دفع عجلة التطور قدما وبالتالي تشييد مجتمع صالح ومتمين، لأن صلاح المجتمع مرتبط بصلاح الأسرة. كما أن الارتفاع الرهيب لنسب الطلاق في المجتمع الجزائري والذي يعود لأسباب متداخلة لعل أهمها تغير دور المرأة في الأسرة وكسر الدور التقليدي التي كانت تقوم به من تربية الأطفال والاهتمام بشؤون المنزل، تغيرت الأهداف الأساسية للأسرة، فأصبحت الزوجة العاملة تقوم بدورين في آن واحد، مما يجعلها منهكة القوى عند الرجوع إلى البيت، وتأثيرات ذلك على الرابطة الزوجية، مما يؤدي إلى الخلافات التي لا تجد من هيئات المجتمع من يسعى لتسويتها

فيتم اللجوء إلى القضاء الذي لا يملك سواء من الناحية الوظيفية أو الهيكلية خيارات اللجوء إلى الوسائل الودية لحل هذه المنازعات.

لذلك فإن موضوع المذكرة يسعى لإبراز مكانة الصلح والتحكيم فيما يتعلق بتوعية الأزواج بضرورة المحافظة على العلاقة الزوجية والحفاظ على الأسرة من التفكك، خاصة في ظل وجود الأطفال، إضافة إلى إبراز أهمية إجراء الصلح والتحكيم أثناء نشوء الخلافات والنزاعات الزوجية للحد من الطلاق في المجتمع، لما لهما من آثار ايجابية تعود على الأسرة والمجتمع، لأنها تكون في إطار ودي.

وقد كان لقلة المراجع والدراسات المتخصصة المتعلقة بالصلح والتحكيم في قانون الأسرة، دوره في اختيار الموضوع، وذلك على خلاف فروع القانون المدني الأخرى التي حظيت بدراسات عديدة تناولت الصلح والتحكيم، والتي لا يمكن الاعتماد عليها في مذكرتنا لاختلاف الصلح والتحكيم في قانون الأسرة عن نظيريهما في التخصصات الأخرى.

أما وجد منها فقد اقتصر على دراسة موضوع التحكيم من خلال نفس العناصر، كمفهوم التحكيم، شروطه، دور الحكيم وإنهاء مهمتهما دون التطرق إلى الناحية الإجرائية.

هذه الأسباب يضاف إليها الرغبة في إبراز واقع تطبيق إجراءات الصلح والتحكيم في أقسام شؤون الأسرة، على مستوى المحاكم الجزائرية، من خلال استقراء بعض الاجتهادات القضائية. وذلك للوصول إلى تدارك النقائص والهفوات التي وقع فيها المشرع الجزائري، أثناء سنه للمواد المتعلقة بالصلح والتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال أعمال مقارنة مع بعض قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية لنتوصل إلى المساهمة في اقتراح بعض الأفكار والحلول، من أجل تفعيل الصلح والتحكيم من الناحية الواقعية، لدعم الحلول الودية لمنازعات شؤون الأسرة، لما تحققه من نتائج.

كما تسعى هذه الدراسة التي تجمع بين موضوعي الصلح والتحكيم في مجال الأسرة، للفت الأنظار إلى أهميتهما في الحفاظ على تماسك الأسرة ودعم الحلول الودية التي تحتاج إلى الاهتمام بها في ظل ندرة الأبحاث والدراسات القانونية في هذا المجال، فمعظم الكتاب وشرح قانون الأسرة في الجزائر، لم يولوا اهتماما كبيرا في مؤلفاتهم للصلح

والتحكيم الأسريين، رغم ما لهما من أهمية في المحافظة على الأسرة. وبالتالي سنسلط الضوء على الإجراءات الخاصة بالصلح والتحكيم بشكل مفصل ومستفيض، خاصة التي أغفلها المشرع الجزائري، وتوضيح الفروقات الموجودة ما بين الصلح والتحكيم في مسائل الأسرة مقارنة مع الصلح المدني، حتى تتأصل فكرة الحل الوديقي عقلية وممارسات المجتمع الجزائري، لإعمالها في حال نشوء نزاعات وخلافات بين الأزواج، وأن يكون ذلك بعيدا عن أجواء المحاكم.

أما فيما يتعلق بمنهج الدراسة، فتم الاعتماد على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل المواد القانونية المتعلقة بالصلح والتحكيم، المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما تم الاستعانة بالمنهج المقارن لأنه من الضروري الاطلاع على قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية المسلمة، لإجراء مقارنة بينها وبين قانون الأسرة الجزائري، ومعرفة المذاهب الفقهية التي اتبعتها هذه الدول لتنظيم الصلح والتحكيم في قوانينها، وما أخذ به المشرع الجزائري فيما يخص ذلك لنتوصل إلى نقد التشريع الجزائري في بعض القواعد والإجراءات التي أغفلها أو لم يصب في تنظيمها. وقد واجهت الدراسة بعض الصعوبات منها:

- قلة المادة العلمية لموضوع البحث، نتيجة لقلة المراجع والمصادر التي تناولت مسألتها الصلح والتحكيم معا، إضافة إلى أن معظم الباحثين في مجال قانون الأسرة والفقه تطرقوا للصلح والتحكيم الأسريين في جزئيات صغيرة، ولم يركزوا على العناصر الجوهرية للصلح والتحكيم، خاصة الإجراءات المتعلقة بهما، واقتصر حديثهم عنهما من الناحية النظرية فقط، دون التطرق إلى الجانب القانوني والقضائي.

- عدم وجود مصادر ومراجع، تشرح بصورة مفصلة قانون الأسرة الجزائري، وبالأخص موضوع الصلح والتحكيم، مما دفعني إلى اللجوء إلى ما كتبه شراح قانون الأسرة في القانون المقارن.

- عدم كفاية الوقت لإنجاز هذا الموضوع، الذي يتطلب وقتا وجهدا كبيرين، كونه موضوعا إجرائيا أكثر منه موضوعي، كما أن الحاجة إلى التفصيل الدقيق لأغلب

جزئياته، تتطلب وقتاً أكبر لأجل الإمام بجميع جوانبه، إضافة إلى صعوبة الحصول على إحصائيات دقيقة تتعلق بنسب استعمالهما ومقارنة ذلك بنجاح وفشل الصلح والتحكيم على مستوى المحاكم على الرغم من اعتبارهما إجراءين قضائيين.

أما عن خطة الدراسة فقد ارتأيت تقسيمها وفق الخطة التالية: مقدمة، وفصلين، كل فصل يحتوي على مبحثين وكل مبحث يتفرع عنه مطلبين، وخاتمة على النحو التالي:

## مقدمة

**الفصل الأول: الصلح كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق.**

**المبحث الأول: مقتضيات الصلح في شؤون الأسرة.**

**المطلب الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته.**

**المطلب الثاني: شروط الصلح وخصائصه.**

**المبحث الثاني: إجراءات الصلح وآثاره.**

**المطلب الأول: إجراءات الصلح.**

**المطلب الثاني: آثار الصلح.**

**الفصل الثاني: التحكيم كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق.**

**المبحث الأول: مقتضيات التحكيم في شؤون الأسرة.**

**المطلب الأول: مفهوم التحكيم ومشروعيته.**

**المطلب الثاني: شروط التحكيم وخصائصه.**

**المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وآثاره.**

**المطلب الأول: إجراءات الصلح.**

المطلب الثاني: آثار الصلح.

خاتمة.

# الفصل الأول: الصلح كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق

لقد لجأت معظم الدول العربية والغربية في تشريعاتها لإستحداث طرق بديلة لحل المنازعات ونظمت إجراءاتها بشكل مستقل، مما جعلها نظاما قانونيا قائما بذاته، ولم تقتصر هذه الطرق على فرع قانوني معين بل شملت جميع الفروع القانونية. وقد تبني المشرع الجزائري هذه الفكرة أثناء وضعه لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبين أنواعها من صلح وتحكيم ووساطة. وهذه الآليات البديلة لا تعتبر دخيلة على مجتمعنا العربي الإسلامي، فالصلح بين الأفراد موجود منذ الأزل، فهو ثابت بالكتاب والسنة والإجماع وتحديدًا في الأمور المتعلقة بشؤون الأسرة نظرا لأهمية الأسرة المتماسكة في بناء المجتمع الصالح.

وهذا ما أكدته الآيتان الكريمتان من سورة النساء " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً".<sup>1</sup> " وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعلمون خبيراً".<sup>2</sup>

وانطلاقا من نص هاتين الآيتين تتضح لنا أهمية الصلح في حل النزاعات التي قد تنشأ بين الزوجين، فالله عز وجل حث على الصلح لمنع تشتت الأسرة وتفرقها تفاديا للطلاق وما قد يتبعه من أضرار، فكون العلاقة الزوجية ذات طبيعة خاصة وحساسة فالزوجين ليسا على درجة واحدة من الفهم والصبر والانفعال، وهذا الاختلاف يؤدي في غالب الأحيان إلى نشوب خلافات بينهما حثلتها الأسباب، ومن ثم قد يفكر أحد الزوجين في حل الرابطة الزوجية، لهذا جعلت الطرق الودية وسائلوقائية تمنع وقوع الطلاق، وقد نص المشرع الجزائري على وسيلتين من هاته الوسائل هما الصلح والتحكيم أما الوساطة فلئن نص عليها المشرع كطريق بديل في المنازعات المدنية، فإنه نص عليها في القانون

<sup>1</sup> - سورة النساء ، الآية 35.

<sup>2</sup> -سورة النساء، الآية 128.

## الفصل الأول: .....الصلح كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق

رقم 10 - 12<sup>1</sup>، ولأول مرة في تسوية النزاعات المتعلقة بحماية الأشخاص المسنين دون أن يوسع مجال اللجوء إليها. نصت المادة 12 على أن " يتم اللجوء إلى الوساطة العائلية والاجتماعية عن طريق المصالحة الاجتماعية المختصة لإبقاء الشخص المسن في وسطها العائلي. تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

إنفترات التسوية الودية تمنح للزوجين وقتا للتفكير وتهدئة الأوضاع وبالتالي التراجع عن قرار الطلاق الذي قد يكون قرارا متسرعاً اتخذه أحد الطرفين.

وستنطبق في الفصل الأول إلى معالجة موضوع الصلح في شؤون الأسرة وذلك بتحديد مقتضياته في المبحث الأول وبيان إجراءاته وآثاره في المبحث الثاني.

<sup>1</sup> - قانون رقم 10-12 مؤرخ في 23 محرم عام 1432 الموافق لـ 29 ديسمبر سنة 2010، المتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بحماية الأشخاص المسنين، الجريدة الرسمية، العدد 79، 2010، ص 05.

## المبحث الأول: مقتضيات الصلح في شؤون الأسرة

تعد الشريعة الإسلامية من أهم مصادر قانون الأسرة، وأول من اهتم بالمسائل المتعلقة بها، من حيث المشاكل التي تعترضها، وصولاً إلى وضع الحلول التي تتماشى وطبيعة الخلافات الحاصلة، وخاصة تلك التي تنشأ بين الزوجين. فأولت الصلح أهمية كبيرة في قضايا الطلاق وجعلته حلاً ودياً للنزاعات الزوجية بهدف تجنب وقوع الفرقة بين الأزواج. هذا ما جعل المشرع الجزائري ينص على الصلح كإجراء وجوبي، يقوم به قاضي شؤون الأسرة قبل البدء في مناقشة موضوع دعاوى فك الرابطة الزوجية.

وسنحدد في هذا المبحث مفهوم الصلح ومشروعيته في المطلب الأول، مع بيان شروطه وخصائصه في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته

قبل الحديث بالتفصيل عن موضوع الصلح، يقتضي ذلك أن نرجع على تحديد مفهومه من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية ثم إلى أدلة مشروعيته.

### الفرع الأول: مفهوم الصلح

لكي نتمكن من الوصول إلى تعريف ملم بالصلح، لا بد من التعرض إلى تعريفه:

### أولاً: تعريف الصلح لغة

الصلح من صلح الشيء صلوحاً من باب قعد وصلاحاً أيضاً، وصلح بالضم لغة وهو خلاف فسد، وصلح يصلح بفتحتيْن لغة ثالثة فهو صالح وأصلحته فصلح وأصلح أتى بالصلاح وهو الخير والصواب وفي الأمر مصلحة أي خير والجمع المصالح، وصالحه صلاحاً من باب

قاتل والصلح اسم منه وهو التوفيق ومنه صلح الحديبية، وأصلحت بين القوم وفقت، وتصلح القوم واصطلحوا وهو صالح للولاية أي له أهلية القيام بها.<sup>1</sup>

### ثانياً: تعريف الصلح في الفقه الإسلامي.

عند تصفح مختلف الكتب الفقهية وبالخصوص ما كتبه كبار أئمة المذاهب الأربعة، نجد أنهم وضعوا تعريفات متشابهة للصلح تكاد تصب في معنى واحد وهو أن الصلح هو عبارة عن عقد، رغم اختلاف العبارات والألفاظ المستعملة في ذلك.

وقد عرفه ابنعرفة من المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه، أما الحنفية فقد ذهبوا إلى أنه عبارة عن عقد يرفع النزاع القائم بين الخصوم بالتراضي، ورأى بن قدامه في كتابه المغني أنه عقد يحصل به قطع النزاع، وعرفه الحنبلية بأنه معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين، أما الشافعية فعرفوا الصلح على أنه قطع النزاع، وعقد مخصص به ذلك شرعاً.<sup>2</sup>

ويعتبر تعريف المالكية للصلح من أحسن التعريفات الشرعية وأفضلها، لأنه جاء شاملاً، فقد سلط الضوء على ما أغفلته التعريفات الأخرى، فبالإضافة إلى خصائص الصلح المتعارف عليها، أعطى ميزة جديدة للصلح ألا وهي الدور الوقائي للصلح وهو ما يميزه أيضاً عن بقية العقود الأخرى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987، ص 56.

<sup>2</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 2010، ص 40.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 42.

## ثالثا: تعريف الصلح قانونا

### 1- الصلح في القانون المدني الجزائري:

تناول المشرع الجزائري تعريف الصلح في القانون المدني في الباب السابع منه المعنون بالعقود المتعلقة بالملكية، وخصص له الفصل الخامس بعنوان الصلح الذي احتوى على ثلاثة أقسام تضمنت أركانه وآثاره ثم بطلانه.

وقد عرف التقنين المدني الجزائري الصلح في المادة 459 منه على أنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه". ومن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري في تعريفه للصلح على أنه عقد قد سائر آراء فقهاء الشريعة وأخذ بها.

### 2 - الصلح في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الصلح لا صراحة ولا ضمنا في قانون الأسرة رغم اختلاف الصلح في مادة الأحوال الشخصية عنها في المواد المدنية. واقتصر على ذكر الصلح كإجراء وجوبي قبل الفصل في أي دعوى متعلقة بحل الرابطة الزوجية. وهذا ما أكدته نص المادة 49 من قانون الأسرة: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى....."

وكان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يضع تعريفا محددًا ودقيقًا للصلح في قانون الأسرة باعتبار أن القانون الذي يحكم مسائل الخاصة بشؤون الأسرة من الناحية الموضوعية لا الإجرائية. إلا أن بعض فقهاء القانون والباحثين في مجال الأسرة، وضعوا تعريفات مختلفة للصلح في مادة الأسرة.

واصطلحوا عليه الصلح القضائي وعرفوه على أنه : " الإجراءات التي تفرضها بعض القوانين على المتخاصمين لإلزامهم للحضور أمام القاضي ومحاولة تقريب وجهات نظرهم بعد إقامة الدعوى وخصوصا في مسائل الطلاق"<sup>1</sup>.

وعرفه الأستاذ لحسين بن الشيخ آث ملويا بأنه : "تلك المحادثة التي يقوم بها قاضي الأحوال الشخصية مع الزوجين بهدف تفادي الطلاق، وإرجاع الزوجين إلى بعضهما هو السبيل المنشود ويكون للزوج حق مراجعة زوجته"<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: مشروعية الصلح

تواترت الأدلة الشرعية على مشروعية الصلح فهو ثابت في الكتاب والسنة والإجماع.

#### أولاً: من الكتاب

إن للإصلاح بين الناس أهمية كبيرة في الإسلام، وله قيمة عظيمة، فهو شعبة من شعب الإيمان، وهو خلق من أخلاق الإسلام، وقد حث الله عز وجل عليه في كتابه في مواضع عديدة.

فكلما كان المتخاصمين أقرب صلة من بعضهما، فإن الصلح بينهما أوكد، يعني أن الصلح بين الأب وابنه أفضل من الصلح بين الرجل وصاحبه، فالصلح من أفضل الأعمال الصالحة.<sup>3</sup>

وسنذكر على سبيل المثال لا الحصر ما جاء من آيات دالة على الصلح والإصلاح.

<sup>1</sup> - عبد الحكيم بن هبيري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015، ص 14.

<sup>2</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 254.

<sup>3</sup> - محمد بن صالح العثيمين، شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العنان للتجارة والنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص 93.

قال الله تعالى: " لا خير في كثير من نجواهم إلا من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس".<sup>1</sup> وقال تعالى: " والصلح خير".<sup>2</sup> وقال تعالى: " فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم".<sup>3</sup> وقال تعالى: " إنما المؤمنون إخوة فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون".<sup>4</sup>

### ثانيا: من السنة

هناك أحاديث شريفة كثيرة تناولت الصلح من بينها ما جاء عن:

عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما، والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".<sup>5</sup>

فالحديث واضح الدلالة على مشروعية الصلح كما قرر العلماء، ولا يوصف بالجواز إلا ما إذا كان مشروعاً في أصله، فمادام الصلح بالتراضي ولا يظلم فيه أحد الطرفين ولا يحل حراماً ولا يحرم حراماً فهو جائز.

### ثالثا: من الإجماع

لقد أجمع الفقهاء على مشروعية الصلح، لما فيه من فائدة من قطع النزاع وإنهاء الخصومة، كما أمر عمر بن الخطاب، برد الخصوم إلى المصالحة مع حضور الصحابة ولم ينكر أحد عليه ذلك، وهذا دليل واضح على إجماع الصحابة، فهم لا يجمعون على أمر غير مشروع.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية رقم 114.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية رقم 128.

<sup>3</sup> - سورة الأنفال، الآية رقم 1.

<sup>4</sup> - سورة الحجرات، الآية 10.

<sup>5</sup> - رواه الترمذي.

<sup>6</sup> - أسيد صلاح عودة سمحان، عقد الصلح في المعاملات المالية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات

العليا ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 20.

## رابعاً: من المعقول

إن الصلح رافع للفساد الواقع والخلاف الناشئ بين الناس، وهو يدفع قدر الإمكان النزاعات المتوقعة، فالنزاع سبب الفساد والصلح يرفعه، ولذا كان الصلح مشروعاً وضرورياً بين الناس، لأن الله عز وجل يريد أن يكون المجتمع الإسلامي خال من الفساد وأسبابه، فأمرنا بما يحقق ذلك وهو الصلح بين الأفراد ونشر المودة بينهم.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: شروط الصلح وخصائصه

بما أن دراستنا تعنى بالصلح في المادة الأسرية، فإن شروط الصلح في هذه الحالة تختلف عن نظيرتها في مجال المعاملات المدنية كون الصلح عقداً فيها لا إجراء على خلاف قانون الأسرة.

فالصلح كعقد يخضع للأحكام العامة للعقود من رضا ومحل وسبب، كأركان ومقومات لقيامه، وخلق الإرادة من العيوب كشروط صحة لنفاذه، وإن اختلف الصلح كعقد عن الصلح كإجراء، لا يمنعن أن يتشاركا في بعض الشروط والخصائص.

## الفرع الأول: شروط الصلح

اعتبر فقهاء الشريعة الصلح عقداً، وحددوا أركانه وشروطه بصفة متداخلة، نظراً لاعتبارهم أن الصلح عقداً غير مستقل عن العقود الأخرى، فتسري عليه الأحكام العامة للعقود. فحصر الأركان في المصالح، المصالح عليه، المصالح عنه والصيغة ووضعوا شروطاً خاصة بهذه الأركان.

## أولاً: شروط الصلح في الفقه الإسلامي

أ- الصيغة: وضع فقهاء الشريعة شروطاً متعددة لصيغة الصلح، حتى يكون الصلح صحيحاً، ملزماً، منعقداً ومنتجاً لأثره المقرر له شرعاً، وباختلال إحداها يكون منعقداً ومنها:

<sup>1</sup>-أسيد صلاح عودة سمحان، المرجع السابق، ص 20.

- أن يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي لا بصيغة الأمر وهذا ما ذهب إليه الحنفية، فلا ينعقد الصلح بقول المدعي عليه صالحت، لأن طرف الايجاب كان عبارة عن طلب الصلح، وهو غير قابل للإيجاب. أما جمهور الفقهاء فقد أجازوا أن يقع لفظ الأمر ايجاباً.<sup>1</sup>
- حصول الإيجاب في الصلح من المدعي، سواء كان المدعى به مما يتعين بالتعيين أم لم يكن، وبالتالي لا يصح الصلح بدون ايجاب مطلقاً.
- أن يكون الايجاب والقبول متوافقين، وهذا أمر مسلم به، فهما ركنين أساسيين في العقد لأنهما دلالة على توافق الإرادتين.

#### ب - شروط المصالح:

- أن يكون عاقلاً: فالصلح الذي يقوم به المجنون والصبي لا يصح لانعدام أهلية التصرف. ولا يشترط البلوغ عند الحنفية على خلاف الشافعية<sup>2</sup>.
- ألا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضراً به مضرة ظاهرة، سواء كان الصغير مدعى عليه أم كان ولياً مدعياً له. وإن لم تكن بينة لا يجوز الصلح، وأن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف عليه كالأب والجد والوصي.<sup>3</sup>
- الأهلية: لا بد لصحة الصلح أن يكون كلا الطرفين أهلاً للتعاقد.<sup>4</sup>
- أن لا يكون مرتداً، فتصرفات المرتد موقوفة وهذا شرط عند أبي حنيفة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 1428 هـ، 2007، ص 41.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 41.

<sup>4</sup> - الحسين شواط - عبد الحق حميش، فقه العقود المالية، الطبعة الأولى، دارالبيارق للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص 207.

<sup>5</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 177، 178.

**ج - شروط المصالح عليه:** ويقصد به بدل الصلح سواء كان مالا أم لم يكن.

- أن يكون مالا متقوما: فلا يجوز الصلح على ما هو حرام فما لا يصح عوضا في البيع لا يصلح بدلا للصلح لأن في الصلح معاوضة، فمن صالح شخصا على مال فتبين أن المال لغيره، فلا يصح الصلح لأنه لم يصادف محله، كما يمكن أن يكون المتصالح عليه منفعته أن يكون المصالح عليه معلوما، لأن الجهالة تؤدي إلى وجود المنازعة مما يستوجب فسخ العقد وفساده، ويشترط أن يكون المصالح عليه مال المصالح وملكه لذلك لو أعطى المصالح مال غيره ليكون بدلا للصلح، لا يصح صلحه ويتوقف على إجازة صاحبه الأصلي.<sup>1</sup>

- أن يكون المصالح عليه معجلا لا مؤجلا: فلو صالح رجل آخر على دعوى معينة، أو على مبلغ مالي مؤجل، أو على شرط، يتوقف عليه تحقيق الصلح كنزول المطر مثلا، في هذه الحالة لا يصح الصلح. كما يجب أن يكون قبض بدل الصلح في مجلس العقد وإلا كان باطلا وأن يكون مقدورا على تسليمه.<sup>2</sup>

**د - شروط المصالح عنه:** ويقصد به الشيء المتنازع فيه.

يشترط في محل عقد الصلح، أن يكون أحدها حقا للإنسان لا حقا للبهائم، سواء كان مالا عينا أم ديناً أو حقا ليس بمال، كالقصاص مثلا فلا يصح الصلح من حد الزنا، والسرقة وشرب الخمر وغيرها من المحرمات، لأن الحد حق الله تعالى، والاعتياض عن حق الغير باطل، وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام. أما حقوق العبد فهي تقبل الصلح بمجرد تحقق شروطه، فتقبلا للصلح والإسقاط والمعاوضة عليها، ويجب أن يكون المصالح عنه حقا ثابتا للمصالح في المحل، وأن يكون مما يصح الاعتياض عنه ومعلوما.<sup>3</sup>

وقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط، فذهب الحنفية إلى اشتراط أن يكون المتصالح عنه معلوما. أما المالكية والحنابلة ففرقوا بين ما إذا كان المصالح عنه، مما يتعذر علمه فيصح

<sup>1</sup> - أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء السادس، دون طبعة، دار الكتب الإسلامية، ص 41.

<sup>2</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، المرجع السابق، ص 84.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 187 - 188.

عقد الصلح، أما إذا كان مما لا يتعذر علمه، فقال المالكية بعدم جوازية الصلح. وقال الحنابلة في المشهور عندهم يصح الصلح قطعا للنزاع. وذهب الشافعية إلى عدم صحة الصلح عن المجهول واعتبروا وقوع الصلح على المجهول حراما.<sup>1</sup>

## ثانيا: شروط الصلح في القانون

نص المشرع الجزائري في القانون المدني، على الشروط الواجب توافرها حتى يكون الصلح صحيحا، ويمكن استنتاجها من خلال أحكام المواد 459، 460، 461 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، هذه الأخيرة يمكن تعميمها على الصلح بصفة عامة ومنه:

**1 - وجود نزاع جدي قائم أو محتمل الوقوع :** من البديهي، أن نشوء نزاع أو احتمال وقوعه أو التخوف من حدوثه مستقبلا، هو الذي يدفع المتصالحين إلى الصلح ، فانعدام النزاع يؤدي إلى عدم الحاجة لعقد صلح.<sup>3</sup>

**2- نية إنهاء النزاع :** يرى الأستاذ السنهوري، أن للصلح ثلاثة مقومات تتمثل: في وجود نزاع ونية حسمه، ويؤسس رأيه على أن طرفا النزاع قد يتفقان على أمر معين، يتضح كأنه صلح، فنية حسم النزاع هي التي تبين وجود الصلح. كما أن الصلح لا ينهي كل ما هو متنازع فيه، وإنما قد ينهي جزءا منه وتبث المحكمة في الباقي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، المرجع السابق، ص 86 - 87.

<sup>2</sup> - القانون المدني، الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 9 يونيو سنة 1975، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - عبد الكريم عروي، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2012، ص15.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، 1998، ص 507 ، 510.

3- النزول المتبادل عن الادعاءات والحقوق: يجب أن يكون التنازل على وجه التقابل، وليس من الضروري أن يكون التنازل عن الحقوق متساويا، فالصلح يقوم مهما كانت تضحية أحد الطرفين قليلة، مقارنة مع تضحية الطرف الآخر.<sup>1</sup>

## أما بالنسبة لشروط الصلح في مسائل الأسرة فنورد هاكمائلي:

### 1- وجود علاقة زوجية بين الطرفين:

من البديهي أنه لا يمكن إجراء الصلح في غياب عقد زواج صحيح متكامل الأركان والشروط ورسمي موثق في سجلات الحالة المدنية يجمع بين الرجل والمرأة في إطار ما نصت عليه المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري. والهدف من إثبات الزواج هو إثبات صفة الطرفين أثناء رفع دعوى فك الرابطة الزوجية. ويتم الصلح بين الزوجين قبل الدخول وبعده، ولا يمكن أن يجرى الصلح في ظل زواج فاسد قبل الدخول أو باطل.

### 2- النشوز<sup>2</sup>:

رغم أن القرآن الكريم جعل نشوز أحد الزوجين أمرا يتوجب فيه إجراء الصلح، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص عليه في قانون الأسرة الجزائري رغم أن المصدر الأساسي لهذا القانون هي الشريعة الإسلامية. فقد نصت المادة 55 من قانون الأسرة على أن القاضي عند النشوز أحد الزوجين، يحكم بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر.

وما يؤكد وجوبية الصلح بين الزوجين في الفقه الإسلامي، الآية الكريمة 128 من سورة النساء: "وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير". ويختلف نشوز الرجل عن نشوز المرأة في طبيعة العلاج، فعلاج المرأة

<sup>1</sup> - يحياوي نادية، الصلح وسيلة لتسوية نزاعات العمل وفقا للتشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 25.

<sup>2</sup> - النشوز: يعنى به ترفع الزوج عن زوجته، وعدم الطاعة، ونشوز الزوجة يأخذ نفس معنى نشوز الرجل. انظر: عايد بن عبد الله الحربي، النشوز بين الزوجين، العدد 128، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 27.

الناشز يتم عبر عدة مراحل الوعظ فالهجر في المضجع ثم الضرب غير المبرح، مصداقا لقوله تعالى: "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا".<sup>1</sup> كما أن نفس الوسائل المستخدمة لمعالجة نشوز المرأة، تستعمل في معالجة نشوز الرجل، عند المالكية ولكنها تتم بواسطة القاضي.<sup>2</sup>

تضمنت الآية 128 من سورة النساء، حكما عادلا وإرشادا ربانيا سديدا، هو أن الزوجة إذا توقعت من زوجها إعراضا عنها، أو ترفعا عليها، لكبر سنها أو لقلّة جمالها، ففي هذه الحالة، يمكنها أن تجري صلحا يحفظ لها بقاءها في بيتها، فتتنازل عن بعض حقها، وهذا خير لها من الفراق لذا قال الله تعالى: "و الصلح خير".<sup>3</sup>

كما أنه لا صلح مع المشاحة، إشارة إلى أن الإنسان ينبغي له عند الإصلاح، أن يتنازل عما في نفسه وأن لا يتبع نفسه، لأنه إذا اتبعها فإن النفس شحيحة، وربما يريد الإنسان أن يأخذ بحقه كاملا، وإذا أراد أن يأخذ بحقه كله، فإن الصلح في هذه الحالة يتعذر، لأن الطرف الآخر سيطلب أيضا بأخذ حقه كاملا، لكن إذا تنازل كل واحد منهما عما يريد وغلب شح نفسه، فإنه يحصل الخير، ويحصل الصلح وهذا هو المغزى من قوله تعالى: "وأحضرت الأنفس الشح" الآية 128 من سورة النساء.<sup>4</sup>

كما أن النشوز وارد من طرف الزوج، ووارد من طرف الزوجة ويتمثل في عصيان الزوج وعدم طاعته أو الامتناع عن فراشه أو خروجها من بيته بغير إذنه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 34.

<sup>2</sup> - عبد الله عبد الرحمان السعيد، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الآفاق المشرقة، الأردن، 2005، ص، 202.

<sup>3</sup> - أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، الطبعة الرابعة، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2002، ص 550.

<sup>4</sup> - محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، 94.

<sup>5</sup> - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 18.

### 3-رفع الدعوى:

قبل أن يقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين، يجب على الزوج الذي يريد إنهاء العلاقة الزوجية بمختلف صورها، من طلاق بالإرادة المنفردة، طلاق بالتراضي، تطليق، خلع، أن يرفع دعوى أمام قسم شؤون الأسرة، المتواجد على مستوى المحكمة الابتدائية المختصة إقليمياً، حسب ما نصت عليه المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة أن: " المحكمة المختصة إقليمياً في موضوع الطلاق أو الرجوع مكان وجود المسكن الزوجي، أما في حالة الطلاق بالتراضي فمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما" ويتم ذلك بتقديمعريضة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى طبقاً لأحكام المادة 436 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>1</sup>

كما يكون رفع الدعوى أيضاً، أمام محاكم الأحوال الشخصية في البلدان التي تعتد بنظام المحاكم المستقلة بخصوص الفصل في المنازعات التي تتعلق بشؤون الأسرة.

### 4- الحضور الشخصي للزوجين في جلسة الصلح :

بعد تقييد الدعوى، يتم استدعاء الزوجين من طرف المحكمة، لإجراء الصلح بينهما أمام القاضي، فحضور الزوجين شخصياً إلى جلسة الصلح أمر وجوبي، وهذا ما ينفي إمكانية توكيل أحد الزوجين لأشخاص من أجل إنابتهما، على خلاف المشرع المصري الذي لم يشترط ممثل الزوجين أمام المحكمة بشخصيهما، لإجراء محاولات الصلح. وهذا ما جاء في سياق المادة السادسة من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929" لا يلزم حضور الزوجين بشخصيهما أمام القاضي لعرض الصلح عليهما ، بل يكفي أن يمثل أحدهما بشخصه والآخر بوكيله أو يمثل الطرفان بوكيلهما المفوضين بالصلح عنهما".<sup>2</sup>

<sup>1</sup>-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008. المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 2008.

<sup>2</sup>- أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دون طبعة، دار الكتب القانونية ، مصر، 2008،

لم ينص المشرع الجزائري ، صراحة على جواز الوكالة في الصلح، لا في قانون الأسرة القديم، ولا بعد تعديله بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ولم ينص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه على المستوى العملي أثبتت عدة نقاشات، حول إمكانية توكيل الزوجين غيرهما لحضور جلسات الصلح، و يرجع ذلك لعدم استقرار العمل القضائي على رأي واحد، مما نجم عن ذلك ظهور اتجاهين حول هذه المسألة:

**الاتجاه الأول:** يرى أصحاب هذا الاتجاه من رجال قانون وقضاء، إمكانية الزوجين توكيل من ينوب عنهما في إجراءات الصلح ، ذلك أن المقصود بالوكالة حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لشخص الأصل. كما أن الوكالة نوعان وكالة عامة: تكون الإنابة في جميع التصرفات القانونية بشكل عام، أما الوكالة الخاصة فتكون الإنابة في تصرف قانوني معين بذاته.

واستنادا إلى القواعد العامة للوكالة توابع نص المادة 574 من القانون المدني التي توجب الوكالة الخاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، فإنه يمكن إجراء الصلح بموجب وكالة خاصة.

وما يدعم هذا الاتجاه أن المشرع بعد تعديل قانون الأسرة بموجب أمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ولاسيما المادة 20 منه، قد ألغى الوكالة في الزواج صراحة وليس الوكالة في الطلاق.

كما أن المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتنظيم إجراءات الطلاق بالتراضي، نصت في الفقرة الثانية منها على: " أن ينظر القاضي مع الزوجين أو وكلاهما في الاتفاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو النظام العام. وبالتالي ما يمكن استخلاصه من عبارة "....أو وكلاهما" هي إمكانية الإنابة في الطلاق. وبما أن الطلاق قد يوقعه الزوج بإرادته المنفردة فله كامل الحرية في تعيين

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني، دون طبعة، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر، 2012 ، ص

من ينييه في طلاق زوجته، ويكون الوكيل معبرا عن إرادة الموكل وللزوج القدرة على عزله والرجوع عن توكيله.<sup>1</sup>

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه، أن تعيين الزوجين لوكيلين عنهما للقيام بالصلح، هو أمر جائز قياسا على مسألة بعث القاضي لحكمين للصلح، فالحكمين في مفهوم القانون لا يخرج عن معنى الوكيلين، فمهمة الحكمين تقتصر على محاولة وضع حد للشقاق الموجود بين الزوجين، وينقلان ما يريده الزوجان بهدف إصلاح ذات البين، وبالتالي فإن مهمة الوكيلين في الصلح أمام القاضي هي نفس مهمة الحكمين في التحكيم.<sup>2</sup>

كما أن الوكالة تجوز في كل التصرفات القانونية، ومن ثمة يسمح بالوكالة لرفع الدعوى وما ينجر عنها من إجراءات، أمام جميع أقسام المحكمة، وبالتالي يمكن للزوجين أن يحررا وكالة خاصة وقد تكون للمحامي الذي يقوم بكل الإجراءات دعوى الطلاق من إيداع العريضة إلى غاية النطق بالحكم، إضافة إلى قدرته على تمثيلهما أثناء جلسة الصلح بموجب تلك الوكالة.

وطبقا للمبررات السابقة، فإن أصحاب هذا الاتجاه يقررون بإمكانية العمل بنظام الوكالة في الصلح بين الزوجين، وعلاوة على ذلك يرون أنه لو كانت هناك رغبة للمشرع الجزائري في منع الوكالة لسن نصوصا صريحة تمنعها، كما أن جميع التصرفات مباحة حتى يتم تقييدها أو منعها بناء على نص قانوني وليس بناء على اجتهاد.<sup>3</sup>

**الاتجاه الثاني:** ويذهب أصحاب هذا الاتجاه، للقول بعدم جوازية الوكالة في الصلح، ويبني هؤلاء مبرراتهم على مايلي:

<sup>1</sup> - الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء القانون والفقه، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، الجزائر، 2015، ص 102.

<sup>2</sup> - عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 222.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 221 - 223.

تتميز العلاقة الزوجية عنغيرها من العلاقات التي تربط بين الأفراد، بنوع من الخصوصية، فهي ذات طبيعة شخصية محضة، ولذلك يتعين الحضور الشخصي للزوجين أثناء محاولات الصلح، حتى يتمكن القاضي من تقصي الأسباب الحقيقية التي كانت وراء النزاع. إضافة إلى أن الصلح يتطلب نوعاً من التنازلات بين الطرفين، التي قد لا يمكن للوكيلين قبولها إلا بالرجوع لموكليهما مما، يؤدي إلى تأخر الفصل في القضية. كما أن الصلح يجري في جلسة سرية، وهذا ما نصت عليه المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، نظراً أن العلاقة بين الزوجين فيها الكثير من الأسرار والأمور الشخصية التي لا يمكنها البوح بها أمام وكلاهما سواء كانوا محامين أو غير ذلك، هؤلاء الذين قد لا يعبرون بالشكل المطلوب عن الأسباب التي دفعت بأحد الزوجين أو كليهما إلى طلب فك الرابطة الزوجية مما يصعب عملية الصلح<sup>2</sup>.

ويتبين لهذا الاتجاه، أن الأعمال التي لا تصح فيها الوكالة هي التي تتعلق بالشخص وحالته. كما أن المادة 440 من نفس القانون تنص على: "... أن القاضي، يستمع إلى كل زوج على انفراد ثم معاً"، وما يمكن استنتاجه من هذه المادة أن محاولات الصلح تتم من طرف قاضي شؤون الأسرة، الذي يستمع خلالها إلى الزوجين منفردين ثم مجتمعين، بهدف نصحهما وإرشادهما وتهدئة الأوضاع فيما بينهما بغية لم شملهما، وهذا لا يكون إلا بوجود الحضور الشخصي للزوجين لا وكلاهما. وجاءت المواد التي تليها لتؤكد عدم صحة الوكالة في الصلح، فالمادة 441 نصت على أنه "إذا استحال على أحد الزوجين، في التاريخ المحدد لجلسة الصلح أو حدث له مانع، جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة"، ولم يتطرق إلى إمكانية حضور موكليين لإنابتهما.

إضافة إلى ما ورد في المادة 442 أنه: "يمكن للقاضي أن يمنح للزوجين مهلة من أجل إجراء محاولة صلح جديدة" والمادة 443 التي تنص في فقرتها الأولى على أن: "الصلح بين الزوجين يثبت بموجب محضر، يوقع من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين".

<sup>1</sup> - تنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "محاولات الصلح سرية وتتم في جلسة سرية"

<sup>2</sup> - عبد الحكيم بن هيري، المرجع السابق، ص 224.

وأيضاً جاءت المادة 49 فقرة 02 من قانون الأسرة في نفس السياق أنه: " يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

مما سبق، ومن خلال تحليل فحوى نصوص المواد الآتفة الذكر، نجد أن المشرع يخاطب صراحة الزوجين دون غيرهما، كما أن محاولات الصلح لا تتم إلا بالحضور الشخصي لهما، وذلك تحت طائلة شطب القضية في حالة غياب طالب الطلاق. وربما يمكن اعتبار غياب طالب الطلاق رفضاً للصلح وتمسكاً بطلبه المكتوب، ولكن الحضور ضروري ليتسنى للقاضي التأكد من صحة إرادته وخلوها من العيوب.

وأمام هذه الاجتهادات الفقهية المختلفة حول صحة الوكالة من عدمها في الصلح، يبقى لزاماً أن تتوحد الاجتهادات القضائية، ويكون ذلك إلا بتدخل المشرع بسن نص قانوني يستثني فيه صحة الوكالة في إجراءات الطلاق، ولا يترك ذلك للاجتهاد القضائي، فقد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها على منع إنابة الزوجين في الصلح، فنص القرار على أنه لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح.<sup>1</sup>

## 5- الصلح إجراء وجوبي في جميع أنواع فك الرابطة الزوجية :

لم يخص المشرع الجزائري الصلح بنوع واحد من طرق حل الرابطة الزوجية، وإنما جعل الصلح إجراء وجوبياً يشمل جميع صور الطلاق، ولذا كان لزاماً على القاضي قبل النظر ومناقشة الدعوى والفصل فيها، أن يقوم بعدة محاولات صلح قبل إثبات الطلاق، و ما يؤكد وجوبية الصلح في مختلف صور الطلاق، ما جاء في فحوى نص المادتين 48 و 49 من قانون الأسرة<sup>2</sup>، فالأولى بينت أن عقد الزواج يحل بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادة 53 من قانون الأسرة، المتعلقة

<sup>1</sup> - القرار رقم 417622، الصادر بتاريخ 2008/01/16، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.

<sup>2</sup> - قانون الأسرة، الصادر بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 03 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية، العدد 44، سنة 2005.

بالتفريق القضائي أو التطليق. والمادة 54 من نفس القانون المتعلقة بالخلع، وجاءت المادة التي تليها لتؤكد أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، بعد عدة محاولات صلح. بالإضافة إلى المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاءت في نفس السياق وأكدت أن محاولات الصلح وجوبية.

وبما أن الطلاق، لا يثبت إلا بالطريقة التي حددها المشرع في الفقرة الأولى من المادة 49 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي...." فما هي طبيعة الطلاق الصادر عن الزوج في ظل هذه المادة؟.

بالنظر إلى المفهوم المخالف لمضمون المادة 49 من قانون الأسرة، نجد أن المشرع لا يعتد إلا بالطلاق الذي ينطق به قاضي شؤون الأسرة، فالطلاق حسبه لا يثبت إلا بحكم وأن دور القاضي في الطلاق يكون منشأ في جميع أنواع فك الرابطة الزوجية، وهذا ما يطرح عدة إشكالات:

### أ - الصلح في الطلاق بالإرادة المنفردة :

الطلاق هو حقخالص خصصه الله سبحانه وتعالى للزوج، فللزوج كامل الحرية في إيقاع الطلاق لأن العصمة في يده وبالتالي متى تلفظ الزوج بالطلاق صراحة أو كناية فإنه يقع.<sup>1</sup>

والواضح أن المشرع الجزائري سار على غرار الفقه الإسلامي، في إعطاء الزوج الحق في إنهاء العلاقة الزوجية، فهو يبقى سيد فك عرى الزوجية، ولا يمكن أن يمنع من طلاق زوجته.<sup>2</sup>

والشائع في مجتمعنا، أن الزوج إذا طلق زوجته لا يرفع دعوى الطلاق إلا بعد مدة، لهذا كان على المشرع أن يكون أكثر تفصيلا، فيما يتعلق بإجراءات الصلح في دعوى الطلاق

<sup>1</sup> - عبد الله عبد الرحمن السعيد، المرجع السابق، ص 139.

<sup>2</sup> - محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2009، ص 99.

## الفصل الأول: .....الصلح كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق

بالإرادة المنفردة، كأن يسند للقاضي مهمة التحري بأن يسأل الزوج هل تلفظ بالطلاق أم ليس بعد؟ وإذا تلفظ به يسأله كم مرة طلق؟ وغيرها من الأسئلة التي يمكنها أن توضح دور القاضي في هذا الطلاق هل هو كاشف عن الطلاق أو منشئ له.

وقد أزال المشرع المصري الغموض عن هذه المسألة، حيث بين أن هناك بعض الدعاوى، لا تحتاج إلى عرضها على الصلح. ومن بين هذه الدعاوى دعوى إثبات طلاق تم فعلا، فالمطلوب من القاضي أن يتحقق هل وقع الطلاق فإذا ثبت له ذلك، يحكم بإثبات وقوع الطلاق ولا يكون لإجراء الصلح أي أثر على سير الدعوى.<sup>1</sup>

وقد اعتبر بعض شراح قانون الأسرة، أن حكم القاضي في حالة الطلاق بإرادة الزوج المنفردة يعتبر كاشفا عن الطلاق، ودوره إثبات واقعة الطلاق والتأكد من أن الزوج قد أوقعه فعلا فقط، في حين يعتبر القاضي منشئا للطلاق في حالة التطليق بطلب من الزوجة أو الخلع، وهذا ما أكدته المادة 450 قانون إجراءات مدنية وإدارية<sup>2</sup>، على أن القاضي يتأكد من إرادة الزوج الذي بادر بطلب الطلاق. كما أن الطلاق الذي ينطق به القاضي يكون بائنا سواء كان بطلب الزوج أو الزوجة.<sup>3</sup>

وبعد إيقاع هذا النوع من الطلاق لا يستطيع الزوج أن يعيد زوجته المطلقة واستئناف العلاقة الزوجية، إلا بعقد زواج جديد وحسب الشروط المنصوص عليها في المادتين 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة. وهذا ما أكدته المادة 50 في شقها الثاني من نفس القانون على أنه : "... من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

وينقسم الطلاق البائنا إلى: طلاق بائن بينونة صغرى، وفي هذه الحالة يمكن للزوج مراجعة زوجته، وعليه أن يعقد عقدا جديدا أما الطلاق البائن بينونة كبرى، هو الطلاق الذي

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 366.

<sup>2</sup> - تنص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: " يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك".

<sup>3</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا ، قانون الأسرة نصا وشرحا، دون طبعة، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر، 2014 ، ص 59.

لا يستطيع فيه المطلق إعادة الرابطة الزوجية، إلا بعد أن تتزوج طليقته بزواج آخر، وتفك العصمة بينها وبين الزوج الثاني بالفرقة أو بوفاة الزوج، لأنه طلقها ثلاثاً<sup>1</sup>، وقد نصت على ذلك المادة 50 من قانون الأسرة أنه: " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

## ب- الصلح في الطلاق بالتراضي:

ورد في المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن: " الطلاق بالتراضي هو إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة". ويهدف الطلاق بالتراضي إلى فك عقدة النكاح ويتم بتراضي الزوجين بناء على طلب أحدهما وقبول الآخر، وبناء على رغبتهما المشتركة لوضع العلاقة الزوجية القائمة بينهما، ويكون ذلك على أساس عريضة تستوفي جميع الشروط القانونية تتضمن عبارات صريحة تفيد الطلاق بالتراضي.<sup>2</sup>

ويحتفظ القاضي بدوره الإيجابي في دعاوى الطلاق بالتراضي، حيث يتأكد من طلبات الزوجين واتفاقهما إذا لم يكن فيه ما هو مخالف للنظام العام، بعدها يقوم بمحاولة الصلح كما يمكنه أن يلغي ما ورد في الاتفاق، أو يعدله ليتماشى مع النظام العام ومصحة الأولاد إن وجدوا ، ثم يقوم القاضي بإصدار حكم يثبت به الطلاق بالتراضي.<sup>3</sup>

والملاحظ في هذا النوع من الطلاق، أن الصلح يكون عبارة عن إجراء شكلي، لا جدوى منالقيام به، لأن الطلاق بالتراضي يعتمد أساساً على الإرادة والرغبة المشتركة للزوجين، فهما يتفقان على كل الأمور قبل أن يودعا طلب الطلاق لدى المحكمة، وهذا لا يتوافق مع الدور الأساسي للقاضي في الصلح في باقي دعاوى طلب حل الرابطة الزوجية، إذ يبذل الجهد

<sup>1</sup> - الغوثي بن ملحة ، المرجع السابق ، ص 99 - 100.

<sup>2</sup> - حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص 171.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الرابعة ، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الرويبة، الجزائر، 2013، ص 345.

من أجل التوفيق بين الزوجين، ويحث طالب الطلاق على مراجعة نفسه وإقناعه، بعدم التسرع في اتخاذ قرار الطلاق، والسعي للم شمل الأسرة وإعادة المياه إلى مجاريها.

وقد جاء في القرار رقم 259475 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/03 : أن اتفاق الزوجين على الطلاق يعد بمثابة صلح لا تستطيع المحكمة إلا الإشهاد عليه.<sup>1</sup>

### ج - الصلح في التطليق:

يعنى بالتطليق الزوجة في طلب التفريق من زوجها قضاء، وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها متى تحققت أسباب التطليق وتؤكد منها.<sup>2</sup>

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة على الحالات التي يمكن للزوجة بموجبها المطالبة بالتطليق أمام القضاء وهي:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون.

2 - العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3 - الهجر في المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر.

4 - الحكم على الزوج عن جريمة تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها الحياة المشتركة ومواصلة العشرة الزوجية

5 - الغيبة بعد مرور سنة دون عذر صالح أو دون نفقة.

6 - مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 والمتعلقة بالتعدد.

<sup>1</sup> - جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص 1316.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 92.

7 - ارتكاب فاحشة مبينة.

8 - الشقاق المستمر بين الزوجين.

9 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10 - كل ضرر معتبر شرعا.

يعتبر الصلح إجراء وجوبي في دعاوى التطليق، لكن ما يمكن التوصل إليه من خلال التمعن في الحالات التي نص عليها المشرع، والتي تتمكن الزوجة بمقتضاها طلب التفريق من زوجها، نجد أن الصلح يتعذران لم نقل مستحيلا في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الخامسة، التي تتعلق بغيبية الزوج ذلك أن الحضور الشخصي أمر إلزامي في جلسات الصلح، وبالتالي كان على المشرع أن يستثني حالة الغيبة لاستحالة إجراء الصلح من الناحية العملية، كما فعل المشرع المغربي في دعاوى التطليق بكل حالاتها حيث أن المحكمة لا تبث فيها إلا بعد استنفاد محاولات الصلح إلا باستثناء الغيبة.<sup>1</sup>

وهذا ما أكدته المادة 113 من مدونة الأسرة إذ يبت في دعاوى التطليق المنصوص عليها في المادة 98 بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة.

وحسب المشرع الجزائري، فإذا تبين للقاضي وجود شقاق مستمر بين الزوجين وأن الحياة أصبحت مستحيلة ولا يوجد أمل لإصلاح حالهما، ففي هذه الحالة يسمح للقاضي بالنطق بالتطليق بعد فشل محاولات الصلح.<sup>2</sup>

إلا أن المشرع المغربي جعل التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين، حالة مستقلة عن حالات التطليق الأخرى، كالتطليق بسبب إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، الضرر، عدم الإنفاق، الغيبة، العيب، الإيلاء والهجر، وخصص له الباب الأول الموسوم بالتطليق

<sup>1</sup> - محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الثامنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2017، ص 209.

<sup>2</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 63.

بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق من القسم الرابع المتعلق بالتطليق ونظمها في المواد 94،95،96،97 من مدونة الأسرة أما التطليق لحالات أخرى فقد نص عليها في المادة 98 وشرحها شرحا مفصلا في المواد 99 إلى 112. كما أن إجراء الصلح في دعاوى التطليق بسبب الشقاق بين الزوجين يتم عن طريق الحكّمين، وقد انتهج المشرع المغربي نفس ما انتهجه الشرع والفقّه الإسلامي في فكرة بعث الحكّمين من أجل إصلاح ذات البين، على خلاف قانون الأسرة الجزائري الذي اكتفى بالصلح أمام القاضي في حالة وجود شقاق بين الزوجين، إلا في حال اشتداده ولم يثبت المتسبب فيه الزوج أم الزوجة فقد أحال ذلك للتحكيم.

#### د - الصلح في الخلع :

يقصد بالخلع مفارقة الزوج زوجته على مال تبذله له، أي إنهاء العلاقة الزوجية مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها لتخليص نفسها منه.<sup>1</sup>

وقد نص المشرع الجزائري، على الخلع كنوع من أنواع حل الرابطة الزوجية في المادة 54 من قانون الأسرة، حيث نصت على أنه يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي.

فقبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02، كان طلب الخلع يتوقف على رضائية الزوج، وبالتالي لا يختلف عن الطلاق بالتراضي، فلا يمكن للزوجة أن تخلع نفسها إلا بناء على موافقة زوجها، فتلجأ في كثير من الأحيان إلى طلب التطليق وأمام صعوبة إثبات الحالات المذكورة في المادة 53، لا تقبل دعاؤها فتبقى الزوجة تعيش مع زوجها لسنوات رغم عدم رغبتها في ذلك.

إلا أن ما جاء به القانون المعدل سنة 2005، أطلق العنان للنساء فأصبحن يلجأن للخلع دون عناء، فبمجرد أن تودع الزوجة طلب الخلع على مستوى المحكمة يحكم القاضي

<sup>1</sup> - العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار الجزائر، 2013، ص244.

به، بعد جلسات صلح شكلية لأن القاضي لا يبذل أدنى جهد لمعرفة الأسباب والدوافع الحقيقية التي دفعت بالزوجة للخلع، رغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص في المادة 451 فقرة 05 منه على أن: "القاضي يعاين ويكيف الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقاً لأحكام قانون الأسرة".

فالمعاينة تتطلب البحث والتقصي في الوقائع التي اعتمدها الزوجة في عريضتها<sup>1</sup>، فدور القاضي في الصلح في دعاوى الخلع أصبح دوراً سلبياً، فهو يحكم بالخلع دون أي بحث أو تحر حتى وإن كان الزوج متمسكاً بعودة زوجته إلى بيت الزوجية. وأمام هذا الحق الذي أمده المشرع للزوجة مسائراً في ذلك إحدى المذاهب الفقهية أصبحت قضايا الخلع لا تعد ولا تحصى أمام المحاكم.

#### 6- عدد جلسات الصلحوالمدة القانونية المحددة لإجرائها :

لم يحدد المشرع الجزائري، لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية، عدد محاولات الصلح الواجب إجرائها، قبل البث في موضوع دعوى الطلاق واكتفى بالقول في نص المادة 49 من قانون الأسرة أن الطلاق: "لا يثبت إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح...". ومفاد ذلك، أن المشرع ترك تحديد عدد محاولات الصلح للقاضي الذي يقدر حسب سلطته التقديرية، عدد جلسات الصلح بحسب طبيعة النزاع و مدى حاجة النزاع لتكرارها، حتى يتم التوصل إلى النتائج المرغوبة.

يكفي أن يقوم القاضي بمحاولة صلح واحدة كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 2011/04/14 فصلا في الطعن رقم 620084 وقد جاء

<sup>1</sup> - نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 10، جامعة الشلف، جوان 2013، ص125.

## الفصل الأول: .....الصلح كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق

فيه: " أن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استتفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى".<sup>1</sup>

أما بخصوص تقدير القاضي لعدد مرات محاولة الصلح فقد صدر قرار من المحكمة العليا عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 2014/03/13 فصلا في الطعن رقم 08701291 وقد جاء فيه: "استقر اجتهاد غرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على خضوع عدد محاولات الصلح للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه".<sup>2</sup>

أما فيما يخص مدة الصلح فقد حددها المشرع في المادة المذكورة أعلاه بثلاثة أشهر وأن لا تتجاوز مدة محاولات الصلح ذلك، حسب ما ورد في المادة 49 من قانون الأسرة على: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز 03 أشهر من تاريخ رفع الدعوى".

وبالنظر إلى قانون الأحوال الشخصية المصري نجد أنه لا يحكم في دعاوى الطلاق والتطليق، إلا بعد بذل جهد كبير من المحكمة في محاولة الصلح بين الزوجين، وفي حالة كان للزوجين ولد، تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل، تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد عن ستين يوما. كما أن القاضي ليس مجبرا بالالتزام بهذه المدة إذ يمكن أن تقل مدة الصلح عن ثلاثين يوما وأن تزيد عن 60 يوما إذا رغب الطرفان في ذلك.<sup>3</sup>

ولعل ما جعل المشرع الجزائري يحدد مدة الصلح بثلاثة أشهر لا يمكن تجاوزها بأي حال من الأحوال، أنه أخذ بعين الاعتبار الفترة الزمنية التي تقضيها المطلقة في العدة وما يبرر ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم حسب المادة 49، من قانون الأسرة وتلتها المادة

<sup>1</sup> - جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، دون طبعة، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر، 2016، ص 124.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 124.

<sup>3</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 366، 368. - عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 249.

50 التي نصت على: " أن الزوج الذي يراجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن يراجع زوجته بعد صدور حكم الطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

والإشكال الذي يمكن طرحه: إذا طلق الزوج زوجته وفشل أهليهما في الإصلاح بينهما وبلغت مدة العدة شهرين ثم رفع الزوج دعوى الطلاق ولنفرض أن القاضي نجح في الصلح بين الزوجين بعد شهرين، فتصبح المدة بين الطلاق الذي أوقعه الزوج والصلح الذي أجراه القاضي هي 04 أشهر. ففي نظر الشرع الإسلامي، فإن الزوجة قد بانّت من زوجها بينونة صغرى أما بالنسبة للقانون فهي لازالت على ذمة زوجها. ولذا لا يمكن أن تكون مدة الصلح بمثابة الرجعية أي كمدة لعدة الطلاق رجعي، لأنه لا توجد إلا فئة قليلة من الأزواج يرفعون دعوى الطلاق بعد التلفظ به مباشرة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: خصائص الصلح

1- يعتبر الصلح في دعاوى الطلاق من النظام العام، فلا يجوز للقاضي عدم إجراء الصلح فهو إجراء قبلي ووجوبي لسير الخصومة، قبل الفصل في موضوع الدعوى. فالصلح إجراء تقتضيه مصلحة الأسرة وهي مصلحة اجتماعية عامة، نابعة من صميم النظام العام لذلك فهي ملازمة لكل دعوى معروضة على القضاء، تهدف إلى التفرقة بين الزوجين، سواء كان بالطلاق أو بالتطليق باستثناء التطليق للغيبية، لتعذر القيام بالصلح ذلك أن محاولة الصلح تقتضي الحضور الشخصي للزوجين معا.<sup>2</sup>

لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، إلا عن المصالح المالية الناتجة عنها، ومن ثم لا يجوز الصلح في خصومة تتعلق بما إذا كان عقد الزواج صحيحاً أم باطلاً، أو في خصومة تتعلق بحضانة طفل رضيع أو بحقوقه على والديه، أو في خصومة تتعلق بالحجر على شخص أو بتحديد سنه، وما إذا كان بلغ سن الرشد أم لم

<sup>1</sup> - نعوم مراد، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - محمد الكشور ، المرجع السابق، ص 199-200.

يبلغه، وإنما يجوز الصلح في دعوى مقدار النفقة الواجبة للمحزون أو فيما يترتب على عقد الزواج الباطل من آثار.<sup>1</sup>

وبما أن الصلح من النظام العام، فيمكن للقاضي أن يثيره في أي مرحلة من مراحل الدعوى سواء أمام المجلس القضائي أو المحكمة العليا، إلا أنه ورد استثناء بخصوص الصلح في المسائل المتعلقة بفك الرابطة الزوجية وذلك أن الأحكام الصادرة عن محكمة أول درجة المتعلقة بدعاوى الطلاق والتطليق والخلع ابتدائية نهائية غير قابلة للاستئناف إلا في جوانبها المادية وهذا ما نصت عليه المادة 57 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

**2- إجراء الصلح أمام القاضي:** يتميز الصلح في قضايا الأسرة، بأنه إجراء يتم أمام القاضي في قاعة خاصة، منفصلة عن قاعة الجلسات وذلك لخصوصية العلاقة الزوجية التي تتطلب نوعاً من التحفظ، كما أن الصلح في قسم شؤون الأسرة و يتم عبر عدة محاولات، ويخضع تكرارها للسلطة التقديرية للقاضي، بخلاف بعض فروع القانون الذي يشترط فيها إجراء الصلح لمرة واحدة فقط. أما المشرع المغربي فقد اصطلح على القاعة التي يتم إجراء الصلح بين الزوجين داخلها بغرفة المشورة المادة 100 من مدونة الأسرة.<sup>2</sup>

**3- سرية جلسات الصلح:** حسب القواعد العامة للنقاضي، فإن جلسات المحكمة تجرى بصفة علنية وهذا ما جاء في نص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن: "الجلسات علنية، ما لم تمس العلنية بالنظام العام أو الآداب العامة أو حرمة الأسرة".

والمبدأ في هذه المادة أن المحكمة تقوم من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم بعقد الجلسة بصورة سرية بهدف المحافظة على النظام العام، ومراعاة الآداب وحرمة الأسرة، فمتى توافرت هذه العناصر كان الحكم الذي تقضي به المحكمة صحيحاً غير مشوب بالبطلان،

<sup>1</sup> - أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء والصلح، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008 ، ص 52.

<sup>2</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق ، ص 60.

على خلاف الدعاوى المتعلقة بقضايا الأسرة فقد رتب المشرع البطلان إذا لم يتم النظر فيها بصفة سرية.<sup>1</sup> ونصت المادة 439 من نفس القانون: " أن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية.."، وهذا استثناء من القاعدة. والهدف من سرية جلسات الصلح، هي طبيعة الأسرة في مجتمعنا الجزائري التي تمتاز بأنها محافظة، وبالتالي لا يمكن البوح بأسرارها وما يعترئها من مشاكل أمام الملاء.

**4-** إمكانية إشراك أحد أفراد العائلة في محاولات الصلح: إن حضور الغير في جلسة الصلح، هو أمر مستحدث بموجب القانون الجديد وبناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات على مستوى المجلس الشعبي الوطني، حيث استبدل حضور محامي الزوجين بأحد أفراد العائلة نظرا لخصوصية النزاع وسريته وحساسيته ومراعاة لتقاليد الأسرة الجزائرية.<sup>2</sup>

وفي هذا الشأن نصت مدونة الأسرة المغربية، على إمكانية حضور الغير في جلسة الصلح إلى جانب الزوجين، وأن للمحكمة أن تقوم بجميع الإجراءات التي تراها مناسبة من أجل الإصلاح ما بين الزوجين ولها في ذلك أن تتدب مجلس العائلة أو أي شخص تراه مؤهلا وهذا ما أكدته المادة 82 منها إلا أن هذه الإجراءات المذكورة في هذه المادة وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فللمحكمة سلطة الخيار في تطبيق ما تراه ملائما لطبيعة كل نزاع على حدى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 348.

<sup>3</sup> - محمد الكبشور، المرجع السابق، ص 61.

## المبحث الثاني : إجراءات الصلح و آثاره

تكتسي إجراءات الصلح أهمية كبيرة خصوصا في قضايا الأحوال الشخصية، فهي من الإجراءات الأولية والإلزامية، التي يجب على قاضي شؤون الأسرة القيام بها، قبل النطق بحكم الطلاق. وقد شهد الفقه الإسلامي سبقا لا مثيل له، في تطبيق إجراءات الصلح في مسائل فك الرابطة الزوجية، قبل أن تأخذ به القوانين الوضعية كما هو معمول به الآن. ويرتب إجراء الصلح ومحاولاته آثارا، قد تكون إيجابية في حال نجاح عملية الصلح، أو سلبية في حال فشلها.

وستتناول في هذا المبحث، إجراءات الصلح التي يجب على القاضي المختص إجراؤها، وذلك في المطلب الأول وفي المطلب الثاني الآثار المترتبة عن عملية الصلح.

### المطلب الأول : إجراءات الصلح

يمر الصلح بمراحل إجرائية محددة، نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصورة عامة غير مفصلة بخلاف تشريعات بعض الدول.

### الفرع الأول: استدعاء الزوجين من طرف المحكمة

رغم أهمية الصلح كإجراء لزومي، قبل الفصل في الدعاوى المتعلقة بفك الرابطة الزوجية، إلا أن المشرع الجزائري، لم يبين الإجراءات الخاصة باستدعاء الزوجين للقيام بمحاولات الصلح، وكيفية إشعارهما بتاريخ أول جلسة صلح، ولكن تعود العمل القضائي على إعلام الزوجين بالتاريخ المحدد لجلسة الصلح في الجلسة ذاتها الذي يحضرها الطرفين بعد التكليف بالحضور، إما بإخبارهما شخصا، أم عن طريق موكليهم، ويتم إعلامها بواسطة القاضي شفاهة في جلسة المحاكمة، وهي الطريقة التي يتم بها استدعاء الزوجين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - عادل بوضياف، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دون طبعة، منشورات كليك ، الجزائر، 2011، ص443.

كما يجب تبليغ الزوجين بجلسة الصلح سواء عن طريق القاضي أو عن طريق المحضر القضائي، وإن كان المشرع الجزائري لم يبين الطرف الذي يسعى إلى تبليغ الخصم الغائب عن الجلسة، فإذا لم يحضر عنه موكله، بعد تكليف الخصم بالحضور شخصيا لجلسة الصلح، فإن ذلك يقع على عاتق المحكمة ما دام لم يحدد المشرع الجزائري من يقع عليه تبليغ الطرف الآخر بتاريخ جلسات الصلح.<sup>1</sup>

وإذا كان التطبيق القضائي لإجراءات الصلح، يقتضي الحضور الشخصي لطرفي النزاع من أجل تفعيل محاولات الصلح بين الزوجين، رغم توكيل كل زوج محام ينوب عنه أثناء سير الخصومة، إلا أنه من المستحسن أن يتم التبليغ في مثل هذه الحالات إلى الأطراف المعنية شخصيا بالصلح، لأن أمر القاضي يمكن أن لا يعلمه إلا الزوجين.

وفيما يخص استدعاء الزوجين فإن المشرع المغربي نص صراحة على أن المحكمة هي التي تستدعي الزوجين لمحاولة الصلح وهذا ما أكدته المادة 81 من مدونة الأسرة.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: الاستماع إلى الزوجين على انفراد

في التاريخ المحدد لجلسة الصلح، وبعد أن يستدعي القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق المعروضة أمامه، الزوجين المتخاصمين<sup>3</sup>، يأمر القاضي في الجلسة بحضور الأطراف، ثم يقوم القاضي بالاستماع إلى الزوجين كلا على حدى، ويكون ذلك في قاعة غير قاعة الجلسات، محاولة منه فهم أصل النزاع الذي أدى بأحدهما إلى رفع دعوى حل الرابطة الزوجية، والسعي إلى تقصي الأسباب والوقائع الحقيقية التي أثرت سلبا على علاقتهما، أو التي تساعد على استمرارها أو على إصلاح ما لحق بها من خلل.

<sup>1</sup> - عادل بوضياف، المرجع السابق ص 447.

<sup>2</sup> - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 357.

كما أن التحري الذي يقوم به القاضي، من خلال الاستماع إلى الزوجين على انفراد، هدفه تمكين المحكمة من التشخيص الكامل والدقيق لكل الوقائع والأسباب، المؤثرة سلبا أو ايجابا على حياتهما المشتركة، حتى تتم محاولة الصلح عن بينة وإدراك مدى فعالية نتائجها.<sup>1</sup>

### الفرع الثالث: الاستماع إلى الزوجين مجتمعين

بعد أن يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد، يقوم القاضي بالاستماع إلى الزوجين مجتمعين كخطوة تالية، ويحاول من خلال ذلك أن يصلح بينهما ويكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل والتنازل عن بعض الأمور التي ليست لها أهمية بالنسبة لعظم الرابطة الزوجية، وبيان محاسن المحبة والتفاهم والانسجام من أجل استقرار الأسرة وضمان مصالح الأطفال إن وجدوا ليعيشوا في كنف أسرة مملومة الشمل يسودها الأمان والاطمئنان، تربط أفرادها علاقات محبة وتكافل قوية.<sup>2</sup>

وقد فرض القانون إجراء الصلح بين الزوجين، والاستماع إليهما أو إلى أحد أفراد العائلة إذا ما تم استدعاؤه، بناء على طلب أحد الزوجين بهدف المشاركة في محاولة الصلح، في جلسة سرية وفي قاعة خاصة<sup>3</sup>، وذلك مراعاة لما يمكن أن يصرح به الزوجان أو الغير من وقائع، تمس بالحياة الخاصة للزوجين والتي تعتبر من قبيل الأسرار الشخصية، التي يضر الزوجين البوح بها في مجال مفتوح وأمام العموم. وقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على السرية فيما يتعلق بحرمة الأسرة في المادة 07 منه والتي تناولناها فيما سبق.

ومن المؤكد، أن هذا التحري والتقصي الذي تقوم به المحكمة كلما كان متعمقا وملما، كان أكثر إفادة في الوصول إلى الإصلاح المرجو، لكن واقع الممارسة القضائية أن ما

<sup>1</sup> - أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الثاني: الطلاق، دون طبعة، مطبعة

المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2016، ص 47، 48.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 357.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن بريارة، المرجع السابق، ص 348.

تستقصيه المحكمة من وقائع، لا يستغرق في أغلب الأحيان إلا دقائق معدودة، بسبب العدد الهائل للملفات وقيام قاضي الحكم ذاته بالصلح.

### الفرع الرابع: غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح

إذا لم يتمكن أحد الزوجين من الحضور إلى جلسة الصلح، في التاريخ المحدد وطراً عليه مانع منعه من الحضور، جاز للقاضي أن يحدد تاريخاً آخر للجلسة، أو ندب قاضٍ آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية<sup>1</sup>، وهذا ما جاء في نص المادة 441 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية: " إذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي تحديد تاريخ للجلسة، أو ندب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية".

ويجب أن يكون العذر الذي يقدمه الزوج الغائب عذراً مقبولاً، لتعتد به المحكمة كالمرض، أو عدم التوصل بمحضر التبليغ، وإلا فإن المحكمة لن تحدد تاريخاً آخر للجلسة إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح، بدون عذر رغم التبليغ الشخصي و يحرر القاضي محضراً بذلك. كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 441 قانون الإجراءات الإدارية والمدنية على: "غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصياً، يحرر القاضي محضراً بذلك".

ومن خلال ما يتوصل إليه القاضي، بعد الاستماع إلى الزوجين من معرفة أسباب النزاع، يمكن وحسب سلطته التقديرية أن يعطي مهلة للزوجين للتفكير، ويحدد لهما أجلاً إذا ارتأى أن تحديد جلسة أخرى سيثمر بنتيجة إيجابية<sup>2</sup>، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يمكن للقاضي منح الزوجين مهلة للتفكير لإجراء محاولة للصلح جديدة...".

<sup>1</sup> - الإنابة القضائية: هي وسيلة عملية أوجدها القانون، لتسهيل العمل القضائي، بمقتضاها يجوز للقاضي أن ينيب عنه قاضياً آخر للقيام بما يراه لازماً من إجراءات. أنظر: شهرزاد بن مسعود، الإنابة القضائية، رسالة ماجستير، في القانون العام، فرع قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية، 2009-2010 ص 2 .

<sup>2</sup> - حسين فريجة، المرجع السابق، ص 173 .

نصت المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الثالثة على أنه: " إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسة الصلح رغم المهلة الممنوحة له للتفكير، يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى".

أما في القانون المقارن، فيرى المشرع المصري أن تخلف أحد الزوجين عن الصلح مفاده أن الزوج الذي تخلف قد علم بجلسة الصلح ثم غاب عنها، وبالتالي تقدر المحكمة عذر الغياب قبل أن تقرر أن الطرف الغائب رافضا للصلح.<sup>1</sup>

أما المشرع المغربي فقد اعتبر أن الزوج الذي يتخلف عن حضور جلسة الصلح، رغم تبليغه شخصيا بالاستدعاء، يعد تراجعاً عن طلبه الرامي إلى الطلاق. أما الزوجة التي لم تحضر رغم تبليغها شخصيا بالاستدعاء ولم تقدم أية ملاحظات مكتوبة عوض حضورها، فإن المحكمة تخطرها بواسطة النيابة العامة أن عدم حضورها، سيؤدي بالمحكمة إلى البث في الملف.<sup>2</sup> هاتان الحالتان نصت عليهما مدونة الأسرة في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 81. والملاحظ أن المشرع المغربي، كان أكثر تفصيلاً في شرح إجراءات الصلح من نظيره الجزائري.

### الفرع الخامس: إثبات الصلح بين الزوجين

يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق<sup>3</sup>، كما يتعين على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح، يثبت من خلاله الصلح بين الزوجين، ويحرر المحضر حالاً من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي، يوقع هذا المحضر من طرف قاضي الجلسة وأمين الضبط والزوجين، و يصبح هذا المحضر سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط. هذه المراحل الإجرائية تطرقت إليها المادة 443 من

<sup>1</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق،، ص 468 .

<sup>2</sup> - محمد الأزهر، المرجع السابق، ص 159.

<sup>3</sup> - أنظر المادة 49 من قانون الأسرة.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>. ولقد جاءت هذه المادة أكثر انسجاماً مع مضمون المادة 49 من قانون الأسرة، التي يعتبر نصها إجرائياً لا موضوعياً غير أن المادة 443 جاءت بتفاصيل لم تتناولها هذه المادة.

وفي حالة عدم الصلح فإن القاضي يشرع في مناقشة موضوع الدعوى مباشرة وهذا ما نصت عليه المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة، بعد أن يحرر محضراً يبين مساعي ونتائج الصلح حسب ما جاء في الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون الأسرة، يلحقه بموضوع الدعوى، ثم يحيل الزوجين إلى الجلسة العلنية وفقاً للقواعد العامة للتقاضي.

كما يمكن للقاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ما اتفق عليه الزوجان عند الأمر بالتدابير المؤقتة<sup>2</sup>، وهذا ما جاء في نص المادة 444 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "... ويجوز له في حالة ظهور واقعة جديدة وحسب الظروف أن يلغي أو يعدل أو أن يتم التدابير التي أمر بها ما لم يتم الفصل في الموضوع، وهذا الأمر غير قابل للطعن طبقاً للمادة 445 من نفس القانون".

### المطلب الثاني: آثار الصلح

يترتب على إجراء الصلح بين الزوجين عدة آثار منها، ما يكون إيجابياً إذ ما كللت محاولات الصلح بالنجاح، ومنها ما يكون سلبياً في حالة فشل هذه المحاولات.

### الفرع الأول: في حالة نجاح الصلح

<sup>1</sup> - تنص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً".

<sup>2</sup> - التدابير المؤقتة: هي عبارة عن إجراء وقائي يأمر به القاضي فيما يخص حضانة الأطفال وحقوق الزيارة وحقوق السكن والنفقة... إلخ. أنظر إلى المادة 57 مكرر من قانون الأسرة الجزائري رقم 11-84 المعدل والمتمم بالأمر 02-05.

**1-** إذا تمكن القاضي من الإصلاح بين الزوجين، يحرر محضرا بذلك يكون بمثابة سند تنفيذي، يتضمن ما اتفقا عليه الزوجين من تنازلات والتزامات على عاتقهما، وقد حددت المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السندات التنفيذية ونصت في الفقرة الثامنة منها على: " أن محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط تعتبر من السندات التنفيذية" ، وتتسم محاضر الصلح بأنها ملزمة للطرفين حيث جاء في الفقرة الأولى من نفس المادة أنه: " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي". ولا يكون محضر الصلح قابلا لأي وجه من أوجه الطعن<sup>1</sup>.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى ما يترتب عن إخلال الزوجين أو أحدهما عن الالتزامات التي اتفقا عليها.

**2-**رتب قانون الأسرة في المادة 50 منه أثرا آخر في حالة تمت محاولات الصلح بنجاح أن من راجع زوجته أثناءها لا يحتاج إلى عقد جديد.<sup>2</sup>

**3-**الحد من حالات الطلاق: يعد الحد من الطلاق إنهاء للنزاع القائم بين الزوجين عن طريق الصلح، وذلك يساعد على إيجاد التفاهم بين الزوجين، وبالتالي الحفاظ على الأسرة من ضياع أفرادها وتشتتهم.

**4-**تخفيف عبء المصاريف القضائية علما للزوجين: يجنب الصلح الزوجين الكثير من المصاريف والرسوم التي قد يتحملها من أتعاب المحامين التي تتطلبها إجراءات التقاضي في كل درجة من درجات التقاضي ومصاريف سير الدعوى.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - سفيان سولم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص

قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص 114.

<sup>2</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 358.

<sup>3</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، المرجع السابق، ص 142.

5- سرعة الفصل في النزاع: تتميز إجراءات المحكمة بطول سيرها وكثرة الانتظار، على خلاف إجراءات الصلح الذي توفر الكثير من العناء والجهد ويؤدي إلى الإسراع في فض النزاع.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: في حالة فشل الصلح

قد لا تثمر محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة بالنجاح، ويرجع ذلك لأسباب متعددة منها: أن الصلح مجرد إجراء شكلي في دعاوى الطلاق، فلا يبذل القاضي قصارى جهده من أجل تحقيق الأهداف المنشودة من الصلح، وذلك بتبيان محاسن الألفة والانسجام ونشر معاني التفاهم والمحبة بين زوجين، لإرجاع العلاقة الزوجية إلى ما كانت عليه، وهذا ناتج عن كثرة قضايا الطلاق المعروضة أمامه، فهي في ارتفاع مستمر خاصة في وقتنا الراهن، إضافة إلى الوقت الممنوح له للنظر فيها فهو مقيد بمدة زمنية معينة، مما يجعله يسرع في الفصل في مثل هذا النوع من القضايا.

كما يمكن أن يرجع سبب فشل مساعي الصلح إلى الزوجين في حد ذاتهما، فيحاول القاضي بكل ما يستطيع الإصلاح بينهما، وذلك بإعمال خبرته من أجل أن يتسامح الزوجين، لكن إلحاح ورغبة الزوجين أو أحدهما في فك الرابطة الزوجية تقف عائقا أمامه، فلا يبقى في يد القاضي سوى الرضوخ لرغبة الزوجين، ويكون ذلك بتحرير محضر عدم الصلح يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح التي قام بها يوقع من طرفه ومن قبل الزوجين، وأمين الضبط حسب ما نصت عليه المادة 49 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

وحسب ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه في حالة عدم الصلح أو حالة " تخلف أحد الزوجين عن الحضور بالرغم من مهلة التفكير التي منحها لهما القاضي، فإن القاضي يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

<sup>1</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، المرجع السابق ذكره، ص 142.

<sup>2</sup> - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 120.

ومهما كان نوع دعوى فك الرابطة الزوجية سواء كان طلاقاً أو تطليقاً، فإن فصل القاضي فيها يرتب مجموعة من الآثار منها:

**1-العدة:** وهي المدة التي تنتظر فيها المرأة ممتعة عن الزواج بعد وفاة زوجها أو طلاقها منه.<sup>1</sup>

وتختلف مدة العدة من امرأة إلى أخرى وبحسب نوع الفرقة وفاة أم طلاق، وقد تناول المشرع الجزائري في المادة 58 من قانون الأسرة ذلك حيث نص على: "تعدت المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق". ولم يتطرق إلى عدة المطلقة غير المدخول بها، وما يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري ساير الرأي السائد عند الفقهاء أنه لا عدة للمطلقة غير المدخول بها<sup>2</sup>، أما عدة الحامل المطلقة حتى تضع حملها طبقاً للمادة 60 من قانون الأسرة.

وقد تبني المشرع الجزائري رأي الحنفية بالقول أن للمطلقة الحق في نفقة المعتدة والمتمثلة في السكن والنفقة. وقد نصت على ذلك المادة 61 من قانون الأسرة: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

**2-الحضانة:** وهي من أبرز النتائج المتمخضة عن الطلاق، وتدور حول رعاية الطفل وتعليمه، والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - باديس ديابي، المرجع السابق، ص 28.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 31.

<sup>3</sup> - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 139.





الفصل الثاني: التحكيم كطريق بديل لتسوية  
منازعات الطلاق

إن استقرار الحياة الزوجية هي غاية يحرص الزوجان كل الحرص للحفاظ عليها، وضمن استمرارها ودوامها، ولكن قد تتاب العلاقة الزوجية بعض المشاكل تؤدي إلى انحلالها، فتسوء العشرة وتشتد الخلافات بينهما فتتحول المودة إلى كره وحقد، بسبب نفور أحد الزوجين من الآخر أو كلاهما مما يجعل الحياة فيما بينهما مستحيلة.

والحقيقة أن ديننا الإسلامي الحنيف لا يسرع إلى حل الرابطة الزوجية، بل يشدد على ديمومة الزواج بقوة، فأجاز الطلاق ولكنه لم يشجعه بل قيده بشروط، وكثيرا ما أوصى بحسن العشرة بين الزوجين وتهذئة الخواطر، فقد جعل الله الطلاق من أبغض الحلال، وفي هذا الصدد يقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا ولا تطلقوا، فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات"<sup>1</sup>، فهو يدعو للمصالحة وإصلاح الحال إما عن طريق الصلح أمام القاضي، قبل الفصل في الدعاوى الرامية إلى الطلاق، أو عن طريق اللجوء إلى التحكيم في حالة فشل محاولات الصلح وعدم تمكن القاضي من معرفة الأسباب الجدية والفعلية للنزاع القائم، والشقاق المتواصل بين الزوجين في دعاوى التظليق.

فقد سمح المشرع الجزائري للزوجة، في ضوء القانون الأسرة الحق في المطالبة بالتظليق في إطار الحالات المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة دون غيرها ومن بينها التظليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين كما ورد في الفقرة الثامنة منها والتظليق للضرر كما جاء في فقرتها الأخيرة.

وفي حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر والشقاق، أمام القاضي في جلسات الصلح، فإن القاضي يبت مباشرة في دعوى التظليق، وذلك لعدم توسيع دائرة رفض مثل هذا النوع من الدعاوى، وإنما يعين حكيمين للتوفيق بينهما وإصلاح ذات البين. فالتحكيم هو وسيلة أخرى لحل نزاعات الطلاق.

وستتناول في هذا الفصل، موضوع التحكيم بين الزوجين مع بيان مقتضياته في شؤون الأسرة، في المبحث الأول وتوضيح إجراءاته وآثاره في المبحث الثاني.

<sup>1</sup> - عن أبي موسى الأشعري، رواه البزار.

## المبحث الأول: مقتضيات التحكيم في شؤون الأسرة

شرعت الشريعة الإسلامية السمحاء، التحكيم كوسيلة لرأب الصدع الذي قد يلحق بالعلاقة الزوجية، من جراء النزاعات المتواصلة والشقاق المستمر بين الزوجين، فالهدف من تعيين حكمين من أهل الزوج والزوجة هو الإصلاح بينهما قبل التفريق، حتى تبقى الحياة الزوجية مستقرة ومتوازنة، وخاصة في وجود الأطفال وذلك لمنع تشتتهم وتشردهم، ليعيشوا في كنف أسرة متفاهمة يسودها الحب والوئام. وقد أخذ المشرع الجزائري بالتحكيم كإجراء وقائي وعلاجي في نفس الوقت، ونص عليه في قانون الأسرة من أجل توخي وقوع الطلاق، والحفاظ على الأسرة ومصالحها.

وسنتطرق في هذا المبحث، إلى مفهوم التحكيم وأدلة مشروعيته في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني، فسنتناول شروط التحكيم وأبرز خصائصه.

### المطلب الأول: مفهوم التحكيم ومشروعيته

سنتناول في هذا المطلب، المفهوم اللغوي للتحكيم ثم مفهومه في الفقه الإسلامي، وأخيرا سنبين المفهوم القانوني له، كما سنشير إلى الأدلة الشرعية، التي أثبتت مشروعية التحكيم في القرآن الكريم، في السنة، في الإجماع والمعقول.

### الفرع الأول: مفهوم التحكيم

يقتضي منا تعريف التحكيم ضرورة التعرض له من الجانب اللغوي، ومن جانب تعريف الفقه الإسلامي له، إضافة إلى تعريفه من الناحية القانونية.

### أولاً: تعريف التحكيم لغة

التحكيم كلمة مشتقة من الحكم، أي القضاء وأصله المنع يقال: حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك، وحكمت بين القوم فصلت بينهم فأنا حاكم

وحكم بفتحيتين والجمع حكام ويجوز بالواو والنون، وحكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه، وتحكم في كذا فعل ما أراه، وأحكمت الشيء بالألف أتقنته فاستحكم هو صار كذلك.<sup>1</sup>

### ثانياً: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي.

لا توجد اختلافات كثيرة، بين التعريفات التي وضعها فقهاء الشريعة لمصطلح التحكيم، فكلها تصب في معنى واحد مع وجود اختلاف طفيف في صيغها.

عرف بن فرحون من المالكية التحكيم أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما، أما الحنفية فقد ذهبوا إلى تعريف التحكيم بأنه تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وعرف الماوردي من الشافعية التحكيم علناً اتخاذ الخصمان رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا، وجاء في المغني للحنبلية أن التحكيم يقصد به، إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما.<sup>2</sup>

وجاء تعريف التحكيم في مجلة الأحكام العدلية، وبالضبط في المادة 1790: " أن التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاها لفصل خصومتها ودعواها، ويقال لذلك حكم بفتحيتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة".

والمقصود بالخصمين: الفريقان المتخاصمان المدعي والمدعى عليه، والخصمان كلمة عامة تشمل ما إذا كان كل واحد من الفريقين واحداً أو أكثر، كما يجوز أن يكون محكما واحداً أو أكثر. وما يمكن ملاحظته في هذا التعريف أن هناك اتفاق بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للتحكيم، وهو جعل الأمر للغير للفصل بينهما في المنازعة القائمة بينهما.<sup>3</sup>

### ثالثاً: تعريف التحكيم قانوناً

<sup>1</sup> - أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المرجع السابق، ص 132.

<sup>2</sup> - وائل طلال سكيك: التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطينية يقطا غزة، هذه الرسالة استكملت متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، الجامعة الإسلامية - غزة، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، 1428 هـ - 2007 م، ص 10-11.

<sup>3</sup> - أحمد محمود صالح أبو هشيش، المرجع السابق، ص 148.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التحكيم في القانون المدني، الذي يعتبر الشريعة العامة، واكتفني قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنص على التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، في الكتاب الخامس منه الموسوم بالطرق البديلة لحل النزاعات، الذي نظم في الباب الثاني منه أحكام التحكيم وإجراءاته، إلا أن شراح وفقهاء القانون وضعوا تعريفات كثيرة للتحكيم.

حيث عرفه محمد ابراهيمي على أنه : " الحكم في نزاع من طرف خواص يعينهم الأطراف، فالمحكّمون قضاة خواص".<sup>1</sup>

ويرى عبد المنعم الدسوقي أن التحكيم هو: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"<sup>2</sup>. وهو نفس التعريف الذي وضعه أبو الوفاء بقوله أنه : " ينزل الخصوم بمقتضى التحكيم عن اللجوء إلى القضاء ، مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم"<sup>3</sup>.

لم يتناول قانون الأسرة تعريفا فيما يخص التحكيم ويمكن الاعتماد على بعض تعريفات شراح القانون المذكورة أعلاه.

## الفرع الثاني: مشروعية التحكيم

تواترت الأدلة على مشروعية التحكيم، فهو ثابت في الكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول.

### أولا : من الكتاب

<sup>1</sup> - محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 201.

<sup>2</sup> - عبد المنعم الدسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي (تشريعا وفقها و قضاء)، دون طبعة، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، 1995، ص 05.

<sup>3</sup> - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر 1987، ص

قال الله تعالى: " وإن ختم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيراً".<sup>1</sup>

نزلت هذه الآية الكريمة، بشأن التحكيم عند خوف وقوع الشقاق بين الزوجين، فيأمر القاضي بإرسال حكيمين، أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة من أجل تحري الصلاح والخير بينهما، والحفاظ على استقرار كيان الأسرة وبقائها.

وقال تعالى: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما ".<sup>2</sup>

### ثانيا : من السنة

لما وفد أبو شريح هانئ بن زيد رضي الله عنه على رسول الله مع قومه، سمعهم يكتفون به بأبي الحكم، فقال رسول الله: " إن الله هو الحكم، واليه الحكم، فلم تكني أبا الحكم؟ " فقال: " إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الطرفين". فقال رسول الله : ما أحسن هذا ؟ فما لك من الولد؟ قال: " لي شريح ومسلم وعبد الله " فقال : " فمن أكبرهم؟ " قلت : " شريح"، قال: "أنت أبو شريح"، ودعا له ولولده.<sup>3</sup>

فدلالة الحديث واضحة وهي جواز التحكيم بين المتخاصمين، فلو كان غير جائز لما أقر الرسول تحكيم أبا شريح.

وروي أبو سعيد الخدري : أن أناسا نزلوا على حكم سعد بن معاذ، فأرسل إليه، فجاء على حمار، فلما بلغ قريبا من المسجد قال النبي : قوموا إلى خيركم أو سيديكم، فقال يا سعد: إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: فإني أحكم فيهم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم، فقال عليه السلام : حكمت بحكم الله، أو بحكم الملك.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 35.

<sup>2</sup> - سورة الآية، 114.

<sup>3</sup> - رواه أبو داود والنسائي وإسناده حسن.

<sup>4</sup> - رواه البخاري.

إن الرسول قبل تحكيم سعد في يهود بني قريظة، وهذه دلالة على جواز التحكيم، ومن باب أولى أن يكون بين المسلمين في حل منازعاتهم وخاصة النزاعات التي تنشأ بين الزوجين.

### ثالثاً: الإجماع

أجمع الصحابة رضي الله عنهم على حدسواء على جواز التحكيم ومشروعية العمل به في مختلف مجالات الحياة منذ عصر الرسول إلى يومنا هذا.<sup>1</sup>

### رابعاً: المعقول

واستدل الفقهاء على وجوب بعث الحكمين على ما يلي:

التحكيم من باب رفع المظالم والنهي عن المنكر والأمر بالمعروف، فهو من المهام الأساسية التي يشترط على القاضي القيام بها للفصل بين الخصوم، ويعد التحكيم أمراً مندوباً، فقد قال الشافعي أن التحكيم جائز وهو غير لازم، واعتبر قول الله تعالى "فابعثوا" جاء للإرشاد وليس للوجوب.<sup>2</sup>

أما الرأي الذي رجحوه، هو أن بعث الحكمين للنظر في الشقاق القائم بين الزوجين واجب.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: شروط التحكيم و خصائصه

<sup>1</sup> - محفوظ بن صغير الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص 657.

<sup>2</sup> - أحمد محمود أبو هشيش، المرجع السابق، ص 151.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 151.

اعتبر فقهاء الشريعة التحكيم عقدا كسائر العقود العامة الأخرى، فهو يستوجب لقيامه مجموعة من الشروط من رضا، سبب ومحل، وعلى هذا النحو سار المشرع الجزائري الذي اعتبر التحكيم في المواد المدنية عقدا، ورغم الاختلاف بين التحكيم في الشق المدني عن نظيره في المجال الأسري، إلا أن هذا الأخير لا يمنع من أن يشتركا في بعض الشروط، كما أن التحكيم كونه عقدا أو إجراء يتميز بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تميزه عن غيره من العقود والإجراءات.

### الفرع الأول: شروط التحكيم

سنتناول في هذا الفرع الشروط المتعلقة بالتحكيم، من حيث أطراف التحكيم وموضوعه، اعتمادا على ما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الخصوص والقانون.

### أولاً: شروط التحكيم في الفقه الإسلامي

وضع فقهاء الشريعة شروطا محددة بالتحكيم، منها ما يتعلق بالتحكيم في حد ذاته ومنها ما يتعلق بالمحتكمين وأخرى خاصة بالحكمين.

### أ- الشروط المتعلقة بالتحكيم

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية أن التحكيم عقد كسائر العقود الأخرى، يتطلب لقيامه شروطا ومقومات، اختلف فيها الحنفية مع الجمهور، حيث اعتبر الحنفية أن الصيغة هي المقوم الوحيد في العقد، أما جمهور الفقهاء فذهبوا إلى أن شروط العقد وأركانه تتمثل فيما يلي<sup>1</sup>:

### 1- الصيغة الدالة على العقد:

<sup>1</sup> - عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير الرابعة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين وآليات تطويره في القضاء الشرعي الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، يوليو 2009، ص 173.

وتكون بأي لفظ من ألفاظ التولية أو اللفظ الدال على التفويض بالحكم فيما تنازع فيه الخصمان. مثل: جعلناك حكماً أو حكمناك في كذا مع قبول المحكم، وإذا لم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم.<sup>1</sup>

## 2- العقادان:

الذان يصدران الإيجاب والقبول، وهما طرفا النزاع والمتمثلان في نزاعات الأسرة في الزوجين من جهة والمحكم من جهة أخرى.<sup>2</sup>

## 3- المحل الذي يرد عليه العقد:

وهو المعقود عليه، لأنه هو الملتزم به، ولا يوجد التزام بدونه، ومحل العقد هنا هو الخصومة المتمثلة في الشقاق بين الزوجين، التي تم تكليف الحكمين للقيام بها، لإيجاد الحلول المناسبة له، بهدف الإبقاء على الحياة الزوجية.<sup>3</sup>

## ب - الشروط المتعلقة بالمحكمتين

وأهمها ما يتعلق بأهلية المحكمتين من:

### 1- العقل والبلوغ:

فلا يصح تحكيم المجنون والصبي فتحكيمهما، يعتبر باطلاً وغير صحيح وذلك لاختلال شرطي العقل والبلوغ، ويصح تحكيم الولي عن الصبي ويكون تحكيمه بمثابة صلح الوصي، ولكنه لا يجوز للحكم أن يحكم بما فيه ضرر للصبي.<sup>4</sup>

أما الإسلام والحرية فلا يشترطان في المحكمتين.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي، التحكيم الشرعي والقانوني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03، 2011، ص 373.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 374.

<sup>3</sup> - عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير الرابعة، المرجع السابق، ص 173.

<sup>4</sup> - هبة أحمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على رسالة ماجستير في الفقه والشرع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2014، ص 34.

## ج- الشروط المتعلقة بالحكمين (المحكمين):

اشترط الفقهاء عدة شروط في الحكمين، منها ما هو متفق فيه ومنها ما هو مختلف فيه.

### - الشروط المتفق عليها:

#### 1-الإسلام:

ويشترط في الحكمين أن يكونا مسلمين، فلا يجوز لغير المسلم أن يحكم بين المسلمين مصداقا لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا " <sup>2</sup>.

المراد من هذه الآية الأمر لا الإخبار، ولهذا لا يصح أن يكون الحكمين في الشقاق بين الزوجين من الكفار.

أما الحنفية فقد أجازوا لغير المسلم أن يكون حكما على بني جنسه، لأنه من أهل الشهادة عليهم. <sup>3</sup>

#### 2- العقل والبلوغ:

فلا يجوز أن يحكم المجنون في أي نزاع مهما كان نوع هذا النزاع، لأنه فاقد للإدراك ومناطق التكليف، كما لا يجوز أيضاً أن يتولى الصبي التحكيم لأن التحكيم يحتاج إلى النظر في الجمع والتفريق. <sup>4</sup>

#### 3- العدالة:

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 34.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية رقم 141.

<sup>3</sup> - عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير الرابعة السابق، ص 176.

<sup>4</sup> - ياسر صائب خورشيد، حكم التحكيم في إصلاح نشوز الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة كلية الآداب، العدد

103، جامعة ديالى، العراق، ص 322.

وتتمثل في المحافظة على الدين وأداء الأمانة، واجتناب الكبائر وترك الصغائر والمعاملة الحسنة، والتخليعما يقدح بالمروءة.ومن علامات العدل التجرد والحياد وهذا ما يسمح للحكم من الحكم الصائب الذي يرضى الله ويرضى به الزوجان.<sup>1</sup>

#### 4 - العلم:

يكفي أن يكون الحكمان على معرفة بالشرع وعلى إمام واسع بأحكام الدين، مما يجعلهما أهلا للنظر في الخصومة المعروضة عليهما، هذا الذي لا يتطلب أن يكون الحكمين على دراية واسعة بأصول الفقه، لأن القضية ليست بالشائكة ليحتاج الحكمين لمستوى علمي عالي.<sup>2</sup>

هذه الشروط يجب توافرها في كل حكم يطلب منه النظر في أي خلاف أو قضية موضوع الخصومة.

#### - الشروط المختلف فيها :

اختلف الفقهاء في بعض الشروط المتعلقة بالحكمين، فمنهم من ذهب إلى اشتراطها بينما لم يشترطها آخرون ومن بينها:

#### 1- الذكورة:

اعتبرها جمهور الفقهاء شرط أساسي لتولية التحكيم، عند بعض المالكية والحنفية في المشهور عندهم والشافعية والحنابلة واحتجوا بقوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض".<sup>3</sup> وأن تحكيم المرأة قد يؤدي إلى الاختلاط بالرجال، ولم يرد عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه كلف امرأة بالتحكيم، فلو كان جائزا لكلفها بذلك، كما أن شهادة المرأة لا تجوز في المعاملات المالية، فقياسا على ذلك لا تصح في القضاء والتحكيم.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقيه الربابعة، المرجع السابق، ص 177.

<sup>2</sup> - ياسر صائب خورشيد، المرجع السابق، ص 322.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية رقم 34.

<sup>4</sup> - هبة منصور، المرجع السابق، ص 37.

وذهب بعض الحنفية وبعض المالكية إلى القول بعدم اشتراط الذكورة في التحكيم، وذلك لصحة تولي المرأة للقضاء، وبهذا يمكن للمرأة أن يولى إليها التحكيم، لأن الهدف منه هو حل النزاع وإعادة الاستقرار إلى الحياة الزوجية، فلا يهم أن تكون المرأة طرفا في التحكيم، واستندوا في ذلك إلى أن المرأة من أهل الشهادة و بالتالي جاز لها التحكيم.<sup>1</sup>

## 2- الحرية:

يجب أن يكون الحكمين حرين، فلا يجوز للعبد أن يتولى التحكيم، لأنه لا يملك الولاية على نفسه، لذا لا ولاية له على غيره. وقد خالف فريق من الحنابلة هذا الشرط، إلا أن صحيح مذهبهم ذهب إلى اشتراطها.<sup>2</sup>

## 3- أن يكون الحكمين من الأهل:

ذهب الشافعية والحنابلة أن شرط الأهل شرط أولوية، والمستحب أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، كما أجازوا أن يكون الحكمان من غير الأهل حتى مع وجود الأهل، إذ أن القرابة ليست شرطا لا في الحاكم ولا الوكيل.<sup>3</sup>

يقول الشافعي: أنه من المستحب بعث الحاكم لحكمين من الأهل، لأن أقاربهما أدرى بحالهما من الغير وأشد طلبا للإصلاح.<sup>4</sup>

وقد اشترط المالكية وبعض الحنابلة وابن حزم، أن يكون الحكمان من أهل الزوجين إن وجدوا، فعلى الحاكم أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها، مصداقا لقوله تعالى في الآية 35 من سورة النساء: " وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ".

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 37 - 38.

<sup>2</sup> - عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير الرابعة، المرجع السابق، ص 179.

<sup>3</sup> - قري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الصميعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 253.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 253.

والعلة في اختيار المحكمين من الأهل أنهم أدرى بأحوال الزوجين، فإذا لم يوجد الأهل، كأن لا يكون للزوجين أقارب، أو وجدوا دون أن تتوافر فيهم الشروط للقيام بمهمة التحكيم، كان للحاكم أن يبعث بحكمين عدلين ويستحب أن يكون جارين.<sup>1</sup>

#### 4- التعدد:

يتضح من فحوى الآية 35 من سورة النساء، أنه يتوجب توافر شرط تعدد الحكمين في التحكيم بين الزوجين، فلا يجزئ إرسال الواحد من الأهل أو من غير الأهل للنظر في الشقاق بين الزوجين عند الشافعية، أما المالكية فذهبوا إلى أنه يجزئ إرسال الواحد، قياسا على أن الله عزوجل حكم في الزنا بأربعة شهود، وقد أرسل الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المرأة الزانية أنيسا وحده، وقال له: " إن اعترفت فارجمها".<sup>2</sup>

#### ثانيا: شروط التحكيم في القانون

لم ينص المشرع الجزائري على الخصائص العامة للتحكيم في القانون المدني، على خلاف الصلح الذي خصص له فصلا مستقلا، ويمكن استخلاص شروط التحكيم من المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

ومن خلال هذه المادة فإن شرط التحكيم يكون بخلاف اتفاق التحكيم، فهو يعتمد أساسا على قيام النزاع بين الطرفين، فينص عليه في العقد، ويهدف إلى إحالة المنازعات المستقبلية التي تثار بشأن العقد إلى التحكيم سواء تعلق الأمر بتنفيذ العقد أو تفسيره. ولا يمنع من أن يتفق طرفا العقد على شرط التحكيم في اتفاق منفرد عن العقد الأصلي أو لاحق له.

كما أن التحكيم يثبت تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها وهذا ما نصت عليه المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>1</sup> - قدي محمد محمود، المرجع السابق، ص 254.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 255-256.

- وجوب احتواء شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، على تعيين المحكم أو المحكمين، إضافة إلى تحديد كفاءات تعيينهم<sup>1</sup>.

- أما عن شروط التحكيم في قانون الأسرة فهي كما يلي:

### 1- بالنسبة للشروط الخاصة بالحكمين:

اتفق الفقهاء على غالبية الشروط كالإسلام والعدالة والحرية والتكليف (العقل والبلوغ) والأمانة والتقوى والاهتداء للمقصود لما بعثنا إليه. واتفقوا على عدم اشتراط الاجتهاد، فمنهم من نص على ذلك ومنهم من لم يذكره.<sup>2</sup> وبالنظر إلى القانون المقارن، نجد أن قانون الأحوال الشخصية الأردني نص على شروط الحكمين في المادة 132 منه، حيث اشترط في الحكمين حسب ما نصت عليه هذه المادة: "أن يكونا رجلين عدلين قادرين على الإصلاح وأن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج إن أمكن وإن لم يتيسر ذلك حكم القاضي رجلين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الإصلاح".

ومن خلال ما جاء في سياق المادة أعلاه، يتبين لنا أن القانون الأردني يشترط في الحكمين جملة من الشروط هي: الذكورة، العدالة، والقدرة على الإصلاح، وأن يكون الحكمان من أهل الزوجين.

أما قانون حقوق العائلة الفلسطيني فقد نص في المادة 98 منه على شروط الحكمين والتي تنص على أنه: "يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم، ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

أما قانون الأحوال الشخصية الليبي فتطرق إلى شروط الحكمين في الفقرة الأولى من المادة 37 منه والتي تنص على ما يلي: "يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم وأن يكونا ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

<sup>1</sup> - سوالم سفيان، المرجع السابق، ص 146.

<sup>2</sup> - وائل طلال سكيك، المرجع السابق، ص 67.

و الشروط التي أوجبها المشرع الأردني في المحكمين في المادة 132 من قانون الأحوال الشخصية هي نفسها التي أخذ بها كل من المشرع الفلسطيني في المادة 98 من الأحوال الشخصية المتضمن قانون حقوق العائلة، والمشرع الليبي في المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية، و المشرع المصري في المادة 07 من قانون رقم 25 لسنة 1925، و بموجب التعديل رقم 100 لسنة 1985 فقد ألغى كلمة رجلين واكتفى بالقول: "يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين، من أهل الزوجين، وإلا فمن غيرهم، ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما".

إن المشرع المصري فيما يخص شروط الحكمين، فإنه اعتمد نفس شروط الحكمين عند المالكية ومن بينها الذكورة، فهل بإلغائه للفظ رجلين قد سمح أن يكون المحكمين من غير الرجال؟

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم ينص بصفة مفصلة في قانون الأسرة الجزائري على الشروط التي يجب توافرها في الحكمين، كما حددها فقهاء الشريعة الإسلامية، ونصت عليها بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية والتي أشرنا إليها سابقاً، واكتفى فقط بشرط وحيد نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 56 بأن يكون الحكمان من أهل الزوجين، كما نصت عليه الآية رقم 35 من سورة النساء.

## 2- بالنسبة لموضوع التحكيم:

لكي يتمكن قاضي شؤون الأسرة من نذب حكمين، من أجل الإصلاح بين الزوجين يجب توفر شروط معينة، فالتحكيم هو خطوة تالية لعملية الصلح، في حالة فشل القاضي من تحقيقها، والتحكيم يكون في بعض حالات خاصة في دعاوى التطلق، ولا يشمل جميع أنواع دعاوى فك الرابطة الزوجية.

### 1- ظهور الشقاق المستمر بين الزوجين وعدم القدرة على إثباته

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً بالشقاق المبيح لطلب التطلق، المنصوص عليه في الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة، ولا الشقاق الذي يتطلب بعث الحكمين وقد

اصطلاح على هذا الأخير بالخصام الشديد في المادة 56 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين الحكّمين للتوفيق بينهما".

لكن ما استقرت على استعماله معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية، هو مصطلح الشقاق، ويقصد بالشقاق بين الزوجين حسب ما جاء في الدليل العلمي الذي وضعته وزارة العدل المغربية، المتعلق بتوضيح مقتضيات مدونة الأسرة على أن: "الشقاق هو الخلاف العميق والمستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معها استمرار العلاقة الزوجية"<sup>1</sup>.

ويقول القرطبي بخصوص الشقاق المذكور في الآية 35 من سورة النساء، أن المقصود به أن كل واحد من الزوجين يأخذ شقا غير شق صاحبه، أي ناحية غير ناحية صاحبه فتتباعدها وعشرتهاما وصحبتهما<sup>2</sup>.

وحسب بعض الباحثين المغاربة في مجال الأسرة، فقد عرفوا أن: "الشقاق يفيد من منظور مدونة الأسرة اختلال الاحترام والود بين الزوجين وارتفاع أحدهما عن الآخر معاداة له بشكل يخل بالحقوق والواجبات المتبادلة بينهما ويحول دون استمرار علاقتهما"<sup>3</sup>.

ولعل من أبرز أسباب الشقاق المستمر بين الزوجين، هو النشوز الحاصل من طرف الزوجة، و لقد أرشد القرآن الكريم إلى اتخاذ الوسائل الحكيمة في معالجة النشوز، فأمر بالصبر والتأني، ثم بالوعظ والإرشاد، ثم الهجر في المضاجع، ثم الضرب للتأديب وهو أقل ضرر من إيقاع الطلاق، إذا تبادت في عصيانها، وإن لم تنفع هذه السبل لردع الزوجة، فقال أمير المؤمنين علي بن أبي طالب إذا لم تتعظ بالضرب وهو آخر مرحلة من مراحل التأديب بعث الحكّمين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الكشور، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1935، ص 175.

<sup>3</sup> - الحسين العلمي، مسطرة الشقاق في مدونة الأسرة، مجلة المعيار، الصادرة عن هيئة المحامين بفاس، المغرب، العدد 32، ص 165.

<sup>4</sup> - عايد بن عبد الله الحربي، المرجع السابق، ص 34، 35.

أما إذا كان النشوز من طرف الزوج، فعلى الزوجة أن ترفع أمرها للقاضي، الذي يستعمل معه نفس مراحل تأديب الزوجة حال نشوزها، وهذا على رأي الإمام مالك.<sup>1</sup>

وقديكون النشوز من كلا الزوجين، وبالتالي لا يتمكن القاضي من معرفة المتسبب في الشقاق، فيكون بعث الحكيم وسيلة فعالة للنظر في هذه المسألة.

لكن المشرع الجزائري فيما يتعلق بمسألة النشوز، فقد ذهب مباشرة إلى الحكم بالطلاق في حالة نشوز أحد الزوجين، كما يحكم بالتعويض للطرف المتضرر، وهذا ما جاء في فحوى المادة 55 من قانون الأسرة.<sup>2</sup>

فإن وصل الشقاق والخلاف إلى درجة يستحيل فيها استمرار العلاقة الزوجية، وكان السبب في ذلك هو الزوج كونه كره خلقها أو خلقتها، أو كانت الكراهية من طرف الزوجة، فقد شرع الله سبحانه وتعالى الفرقة بينهما. أما إذا استمر الزوجان في النزاع والشقاق، وكان كل واحد منهما يحمل الآخر السبب ولم يتمكن من حل مشاكلهما بنفسهما ولم تجد محاولات الصلح التي قام بها القاضي، فعليه أن يتدخل لإنهاء الشقاق وذلك بإرسال حكيم من أهل الزوجة والزوج.<sup>3</sup>

كانعلى المشرع الجزائري، أن يسمح بإجراء التحكيم قبل وقوع الشقاق واشتداد الخصام بين الزوجين وليس بعدهما، كما فعل المشرع المغربي، حيث ورد في القسم الرابع المتعلق بالتطليق في الباب الأول منه الموسوم بالتطليق بطلب أحد الزوجين بسبب الشقاق، وبالضبط ما جاء في نص في المادة 94 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا طلب أحد الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل محاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه". وبهذا يكون المشرع المغربي قد ساير القرآن الكريم فيما يخص إجراء التحكيم قبل وقوع الشقاق أو الخوف منه كما ورد في الآية 35 من سورة النساء.

<sup>1</sup> - عبد الله عبد الرحمن السعيد، المرجع السابق، ص 202، 201.

<sup>2</sup> - تنص المادة 55 من قانون الأسرة على: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للمتضرر"

<sup>3</sup> - عبد الله عبد الرحمن السعيد، المرجع السابق، ص 202.

وجاءت المواد 95، 96، 97، و التي تلي المادة 94 من مدونة الأسرة، لتبين من يقوم بإصلاح ذات البين بين الزوجين، وهما الحكمان ودورهما في حل النزاع والآثار المترتبة عن قيامهما بذلك.

كما أباح المشرع المغربي حالة أخرى، يمكن للزوجة من خلالها اللجوء إلى مسطرة الشقاق ونص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة 120 من مدونة الأسرة : "إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج ، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق".

## 2- عدم ثبوت الضرر

يعتبر الضرر حالة من الحالات التي يجوز للزوجة على إثرها طلب التطلاق، حسب ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأخيرة، ففي حالة رفعت الزوجة دعوى تطلاق بسبب الضرر المعتبر شرعا، وتمكنت من إثباته بجميع طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا، لا يكون أمام القاضي سوى الحكم بتطليقها. وهذا ما هو عليه رأي المالكية اللذين أجازوا التفريق للضرر والشقاق، أما جمهور الفقهاء فلم يجيزوا التفريق للشقاق والضرر مهما كانت حدتهما.<sup>1</sup>

فالمالكية أجازوا التفريق بين الزوجين بسبب الضرر، لأنه من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية " أن لا ضرر ولا ضرار"، لذا فإن للزوجة أن تطلب من القاضي التطلاق من زوجها، إذا أضر بها ومن أمثلة الضرر المعتبر شرعا نذكر الإساءة للزوجة بأن يقطع الزوج كلامه عنها، أو يولي وجهه عنها في الفراش، أو يشتمها، أو يأخذ مالها... الخ. وقد عرف المالكية الضرر بأنه: ما لا يجوز شرعا كالهجر بدون موجب شرعي، الضرب وأن يعتاد عليه دون سبب.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 150.

<sup>2</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 336.

ويرى جمهور الفقهاء، أن للزوجة الحق في أن تطلب من القاضي ردع الزوج عن الإساءة لها، فإن عاد لإساءتها عززه بما يراه رادعا له، وأن إرسال الحكيم عند أصحاب هذا الرأي هدفه الإصلاح وليس لهما صلاحية التفريق.<sup>1</sup>

أما في حالة رفعت الزوجة دعوى تطليق للضرر، ولم تستطع إثبات الضرر اللاحق بها، فإن القاضي يحكم برفض دعواها وإرجاعها إلى مسكن الزوجية، وإنذار الزوج عن أفعاله وأقواله المشينة، إلا أنه وفي حالة عاودت الزوجة رفع دعوى تطليق بسبب الضرر، فهذه حجة قاطعة على اشتداد الضرر، فلا يبقى للقاضي إلا بعث حكيم.<sup>2</sup>

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة الضرر المبيح للتطليق، واكتفى بالقول في الفقرة الأخيرة من المادة 53 "كل ضرر معتبر شرعا"، وبما أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الإمام مالك في التطليق للضرر، فإن القاضي يرجع في تقديره للضرر إلى ما اعتبره المالكية أنه ما لا يجوز شرعا من الأفعال والأقوال.

أما قانون رقم 25 لسنة 1929 المصري، فإنه نص على التطليق للضرر في المادة السادسة منه والتي نصت على مايلي: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها طلاقه بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما. فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيم، وقضى على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11".

وما يمكن أن نعييه على هذه المادة أن المشرع المصري، أنه لم يعرف الضرر الموجب للتفريق، واكتفى بوصف الضرر بأنه "ما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها"، وهذا الشرط لا وجود له عند المالكية.

ومما ذكرناه سابقا نستخلص أنه كي يقوم القاضي ببعث الحكيم في حالة طلب التطليق للضرر يجب توفر عنصرين أساسيين:

<sup>1</sup> - أحمد محمد علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 242.

<sup>2</sup> - اليزيد عيسات، المرجع السابق، ص 150 .

**أولاً:** اشتداد الخصام بين الزوجة وزوجها، وعدم قدرة الزوجة على إثبات الضرر الواقع عليها من الوهلة الأولى. وحسب قانون الأسرة الجزائري فيجب أن يكون الإضرار من الزوج للزوجة، أما إضرار الزوجة بزوجها لا يبيح له طلب التفريق سواء أثبت الضرر أو لم يثبت، مع أن المالكية جعلوا إضرار أحد الطرفين بالآخر سببا لطلب التفريق.<sup>1</sup>

**ثانياً:** تكرار شكوى الزوجة من الضرر: إذا تكرر رفع دعوى التطليق للضرر من طرف الزوجة، وعجزت مرة أخرى عن إثبات الضرر، والمقصود بتكرار الشكوى هو أن يستمر الخلاف بين الزوجين، وإصرار الزوج على الإضرار بها، وقد تحدثت المالكية عن تكرار الشكوى في أحكام النشوز.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: خصائص التحكيم.

يتميز التحكيم بمجموعة من المميزات والخصائص، والتي تتمثل فيمايلي:

**1-** لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، إلا عن المصالح المالية الناتجة عنها، وقد نصت على ذلك المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

كما اتفق علماء الشريعة، على جواز التحكيم في عقود المعاوضات، والحقوق المالية وما يصح فيه العفو و الإبراء، كما لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تبارك وتعالى، وقد حددت المالكية سبعة أمور لا يجوز فيها التحكيم وهي: الحدود، اللعان، القتل، الولاء، النسب، الطلاق و العنق، ومع أن المالكية عدوا سبع مسائل، فإن البعض الآخر منهم زاد عدة مسائل أخرى وسندوا الاختصاص فيها للقاضي أو الحكم، فلا يجوز عندهم التحكيم في

<sup>1</sup> - قدي محمد محمود، المرجع السابق، ص 249.

<sup>2</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 352، 353.

فسخ الزواج، أو في أمور الغائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته، ولا في إثبات الرشد أو السفه.<sup>1</sup>

## 2- حرية اختيار الحكّمين

إن اختيار الحكّمين يكون برضا تام من الفرقاء المتنازعين، وهذا ما يكرس الشعور بالطمأنينة، لأنهم اختاروا بمحض إرادتهم من يحكم بينهم.<sup>2</sup> فمثلا: في بعض دعاوى التطلاق التي تتطلب إجراء التحكيم يكون اختيار الحكّمين من طرف الزوجين المتخاصمين.

## 3- السرية

حفاظا على مصلحة الأطراف، وتمكينهم من المحافظة على أسرارهم التي يرون عدم إذاعتها، نظرا لحساسيتها، خصوصا المسائل المتعلقة بالأسرة كالأسرار الزوجية، فإن التحكيم يحقق ذلك بحكم سرية إجراءاته، وهذه الخاصية لا يمكن تحقيقها في ظل العلانية، التي تعتبر من المبادئ الأساسية للتقاضي.<sup>3</sup>

## 4- بساطة الإجراءات والسرعة في فض النزاعات

يتسم التحكيم ببساطة إجراءاته، فهو يمنح كامل الحرية للحكّمين من أجل حسم النزاع، فحريتهما غير مقيدة إلا بما ينفع لإنهاء الخلاف. إلى جانب هذا فإن الحكّمين عادة يكونان متفرغين للنظر في نزاع واحد، ما يؤدي إلى السرعة في حل النزاعات.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 15-17.

<sup>2</sup> - فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 32.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 21.

<sup>4</sup> - فراح مناني، المرجع السابق، ص 31-32.

## 5-قلة التكاليف

يتميز التحكيم بأنه لا يحمل الخصوم تكاليف كبيرة، فالتحكيم لا يتطلب رسوما كرسوم المحاكم، أو إجراءات التنفيذ أو أتعاب المحامين، فهو يحقق للأطراف حسم النزاع بأقل التكاليف.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي، المرجع السابق، 369

## المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وأثاره

يتدخل قاضي شؤون الأسرة المختص، لحل النزاعات الواقعة بين الزوجين صلحا، ويكون ذلك في جميع أنواع الدعاوى الرامية لفك الرابطة الزوجية، وفي حالة عدم جدوى الصلح بين الزوجين يحكم القاضي بالتفريق بينهما، إلا أنه هناك استثناء عن هذا المبدأ حيث تتوج عملية الصلح بالفشل ولا يلجأ القاضي إلا فك عرى الزوجية، بل ينتقل إلى التحكيم كمرحلة لاحقة للصلح من أجل الإصلاح بين الزوجين. ورغم اشتراك الصلح والتحكيم في نفس الغاية، هذا لم يمنع من اختلاف إجراءات التحكيم عن إجراءات الصلح، فإجراءات التحكيم ليست نفسها إجراءات الصلح. كما أن قيام القاضي ببعث حكمين بغرض التوفيق بين الزوجين، قد يؤدي إلى نجاح محاولات الحكمين في لم شمل الزوجين، كما يمكن أن تبوء مساعيها بالفشل.

سنتطرق في هذا المبحث إلى الإجراءات اللازمة والتي يتبناها القاضي في حال لجوئه إلى التحكيم وهذا في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لآثار التحكيم.

### المطلب الأول: إجراءات التحكيم

نص المشرع الجزائري على إجراءات التحكيم في المادة 56 من قانون الأسرة، وجاءت هذه المادة قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تضمن إجراءات التحكيم في المادة 446 إلى غاية المادة 449 منه.

تتلخص إجراءات التحكيم في دعاوى التطلق فيما يأتي:

### الفرع الأول: عجز القاضيين الإصلاح

إذا لم يتمكن القاضي من الإصلاح بين الزوجين عن طريق الصلح، وذلك بسبب عدم قدرته على تقصي ومعرفة الأسباب الكامنة، وراء استمرارية الشقاق بين الزوجين واشتداد الخصام بينهما، أو عدم تمكن الزوجة من إثبات الضرر وتكرارها لدعوى التطلق أكثر من مرة، ينبغي في هذه الحالة أن يعين القاضي حكمين بهدف التوفيق بينهما، ومسألة تعيين

القاضي لحكمين هو أمر وجوبي والزامي حسب ما جاء في سياق الفقرة الأولى من المادة 56 من قانون الأسرة: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

لكن بالنظر للمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة". نجد أن المشرع الجزائري جعل مسألة تعيين الحكمين في قانون الإجراءات المدنية إجراء جوازيًا، وأزال عنه الصبغة الوجوبية التي منحتها المادة 56 من قانون الأسرة للتحكيم.

وفي ظل هذا التناقض التي حملته هاتين المادتين، فبأي نص قانوني نعتد؟ هل نأخذ بنص المادة 56 من قانون الأسرة رغم أنه قانون موضوع تضمن في نص هذه المادة إجراءات التحكيم وذلك بسبب غياب ما ينظم التحكيم من مواد في ضوء قانون الإجراءات المدنية القديم. أم نأخذ بنص المادة 446 باعتبار أنه نص إجرائي بحث تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونصوص هذا القانون هي الأولى بالتطبيق باعتباره القانون الإجرائي الوحيد المنظم لجميع الإجراءات المتعلقة بالمواد المدنية والإدارية.

الملاحظ أن المعمول به، في معظم أقسام شؤون الأسرة المتواجدة على مستوى المحاكم الابتدائية، أن قضاتها لا يلجؤون للتحكيم إلا نادرا جدا، هذا ما يؤكد أن أغلبيتهم يعتمدون على ما نصت عليه المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ولعل هذا ما يبرر الإلغاء غير المباشر للمادة 56 من قانون الأسرة.

وقد ورد في هذا الصدد القرار القضائي رقم: 620084 الصادر بتاريخ 2011.04.14 من طرف المحكمة العليا، والذي نص على أن القاضي غير ملزم بتعيين الحكمين، في حالة اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 1600.

## الفرع الثاني: بعث الحكمين

قد تستفحل الخلافات الزوجية ما بين الزوجين فتصل إلى ذروتها، فلا يستطيع الزوجان الخروج منها أو وضع حلول ترضيهما، إلا بتدخل أطراف أخرى خارجية ليست لها أية علاقة بالنزاع، من أجل وضع حد للأسباب الحقيقية الكامنة وراء هذه النزاعات، ومحاولة بترها من جذورها لكي لا تجدد مرة أخرى. وفي هذه الحالة يتدخل الحكماء لتسوية النزاع وإصلاح ما فسد قدر الإمكان، حتى تعود الحياة الزوجية إلى مجراها الطبيعي، ولتتمكن من إتيان دورها الاجتماعي والتربوي في أحسن الظروف.<sup>1</sup>

ومن هنا تتضح أهمية الحكمين اللذين يكلفهما الحاكم، أو القاضي، أو أسر الزوجين، أو الزوجان أنفسهما بهذه المهمة، فيمثل أحد الحكمين الزوج والآخر يمثل الزوجة.<sup>2</sup> حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 56 من قانون الأسرة<sup>3</sup>، فإن القاضي هو الذي يبعث الحكمين في حال استحكام الخلاف بين الزوجين، ولم يتمكن من معرفة أسبابه أو من المتسبب فيه هل الزوجة أم الزوج، بعد أن كان قد عجز عن الإصلاح بينهما صلحا.

كما أن المشرع الجزائري لم يوضح من يقوم باختيار الحكمين، الزوجين أم القاضي. إلا أن بعض شراح قانون الأسرة الجزائري ذهبوا إلى القول أنه في حال اشتداد الشقاق بين الزوجين ولم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة للتعرف على أسباب الشقاق.<sup>4</sup>

على خلاف المشرع الأردني، الذي كان أكثر وضوحا في هذه النقطة، حيث أناط مهمة التحري عن إمكانية وجود حكمين من أهل الزوجين إلى المحكمة، ويكون ذلك بسؤال الزوجين

<sup>1</sup> - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 218.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 218.

<sup>3</sup> - تنص المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"

<sup>4</sup> - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 359.

إن كان في أهليهما من يصح أن يكون حكما، وتقوم المحكمة بالتحقق من ذلك، وهذا هو المعمول به.<sup>1</sup>

ونفس الإجراء تقريبا الذي يعمل به المشرع المصري، في اختيار الحكمين الذي يكون بمعرفة الزوجين، فيختار كل منهما حكما عنه من أهله أو من جيرانه الذي يكون على علم بحاله، وقد يكون اختيار الحكمين أو أحدهما من طرف المحكمة إذا تعذر على أحد الزوجين أو كلاهما اختيار حكم من أهله أو من جيرانه.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: مدة التحكيم ومكان انعقاده

عند الإطلاع على المواد 446، 447، 448، 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نلاحظ أن المشرع الجزائري، لم ينص على المدة الزمنية التي يمكن أن تستغرقها عملية التحكيم، وبالرجوع إلى المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع قد حدد مدة التحكيم بأجل الشهرين. حيث نصت هذه المادة في الفقرة الثانية منها على ما يلي: ".....وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

على خلاف المشرع المصري الذي كان أكثر تفصيلا، حيث نصت المادة 08 من قانون رقم 25 لسنة 1929 على أن: " يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم على ألا تتجاوز مدة ستة أشهر...." كما جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: " يجوز للمحكمة أن تعطي للحكيمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر.....".

وما يعاب على المشرع الجزائري، أنه رغم إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه لم يتطرق بالتفصيل لإجراءات المتعلقة بالتحكيم بشكل واضح وموسع، و كان عليه تنظيم الإجراءات المتعلقة بالصلح في مسائل الأسرة بطريقة محكمة ومفصلة، وأن يترك قانون الأسرة للتفصيل في الجوانب الموضوعية للصلح والتحكيم.

<sup>1</sup> - عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير رابعة، المرجع السابق، ص 182.

<sup>2</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 359. - عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 249.

إضافة إلى أن المشرع الجزائري، لم يحدد ميعاد تعيين الحكّمين للشروع في مهمتهما، بالمقارنة مع الصلح كإجراء وجوبي، يقوم به القاضي قبل البدء في مناقشة أي دعوى فك رابطة زوجية. وهناك من ذهب إلى القول، أن المشرع الجزائري لم يوضح متى يلجأ إلى التحكيم، ومتى يلجأ للصلح، كما لا يمكن الركون إلى ترتيب المواد القانونية، لأن ذلك يؤدي إلى القول أن الصلح قبل التحكيم، كون النصوص المتعلقة بالصلح وردت قبل نصوص التحكيم، وهذا لا يصح كأساس لأن المشرع لم يرتب المواد القانونية على اعتبار الأسبقية في تطبيق الإجراءات التي تضمنتها هذه المواد.<sup>1</sup>

أما فيما يتعلق بمجلس التحكيم، لم تشر المواد المذكورة أعلاه إلى المكان الذي يجب فيه انعقاد مجلس التحكيم، كما أن القوانين العربية المقارنة لم تتطرق بالحديث عن المكان الذي يجري فيه التحكيم، وبالتالي يجوز أن يحدده الزوجان أو الحكمان، فقد يكون مكان التحكيم في منزل أحد الزوجين أو أحد الحكّمين، أو أي مكان آخر يرتضيه الأطراف. وفي حال تعدد جلسات التحكيم، فيمكن أن يجري التحكيم في ذات المكان المتفق عليه، أو في أي مكان آخر يتفق عليه الأطراف.<sup>2</sup>

### الفرع الرابع: مهمة الحكّمين

يعتبر الحكمان ممثلان لطرفي النزاع، ودورهما الأساسي يتمثل في الإصلاح بين الزوجين، ولم يشر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى المهام التي يقوم بها الحكمان أثناء التحكيم بين الزوجين، واكتفى فقط بالقول في المادة 56 من قانون الأسرة أنه يجب تعيين الحكّمين من أجل التوفيق بين الزوجين ولم يبين ما الذي يجب على الحكّمين فعله للتوفيق بينهما.

ومقارنة مع قانون 1929 المصري، نجد أن المشرع المصري نص في الفقرة الثانية من المادة 09 منه أن: "على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، وببذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة".

<sup>1</sup> - عادل بوضيف، المرجع السابق، ص 449.

<sup>2</sup> - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 362.

وقد نص المشرع الليبي في المادة 38 الفقرة (أ) أنه: "على الحكّمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين و أن يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما بأية طريقة ممكنة....". ويتضح من خلال المادتين المذكورتين أعلاه، أنه لا وجود لأي اختلاف بين ما نص عليه المشرع المصري وما نص عليه المشرع الليبي بخصوص عمل الحكّمين.

فمهمة الحكّمين، هي القيام بتقصي أسباب الخلاف والوقوف على حقيقته، ومعرفة الطرف المتسبب في الضرر والطرف المتضرر و المظلوم من جراء هذا الشقاق، بغية التوفيق بين الزوجين والإصلاح فيما بينهما. فإذا تعرف الحكّمان على أسباب الخلاف تدارساها معا، بغية وضع الحلول الممكنة لوقف الخلاف، فإن ارتأيا أن الخير والمصلحة في الإصلاح بين الزوجين أصح، ليعود الاستقرار والطمأنينة إلى الحياة الزوجية، فتزول مظاهر التوتر وذلك بتذكير كل منهما بواجبه اتجاه الآخر، وتنبيهما إلى موضع الخطأ لاجتنابه وعدم تكراره في المستقبل، كما ينبغي على الحكّمين أن يبذلا كل ما في وسعهما، واستعمال شتى الطرق لإعادة شمل الأسرة. فالإصلاح هو الدور الرئيسي الذي يقوم به الحكّمان في عملية التحكيم.<sup>1</sup> ومن السبل الناجعة للإصلاح، إثارة معاني الإيمان في نفسي الزوجين، كإثارة معاني الرجولة والشهامة في نفس الرجل، وأن المرجو منه أن يعاشر زوجته بالمعروف، وهذا أصل الحياة الزوجية، وغيرها من المعاني التي لها أن تؤثر على الزوج، فيلين قلبه ويتوقف عن إيذاء زوجته إذا كانت نيته الإصلاح. ونفس الشيء يقوم به الحكم المبعوث للزوجة فينبهها بضرورة طاعة زوجها، وإسماعه الكلمة الطيبة، وأن الرابطة الزوجية هي رابطة مقدسة، وأن الشارع الحكيم أمر بالحفاظ عليها.<sup>2</sup>

حسب قانون الأسرة الجزائري، فإنه لا يجوز للحكّمين التفريق بين الزوجين، فهما يملكان ولاية الجمع لا التفريق، وهذا الاتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري يوافق الرأي

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليّة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والحقوق السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص 233.

<sup>2</sup> - ياسر صائب خورشيد، المرجع السابق، ص 324-325.

غير المشهور في المذهب المالكي الذي يعتبر الحكم بمثابة الشاهد عند الحاكم، فدوره في القضاء يقتصر على الإدلاء بالشهادة وليس له سلطة التفريق، فهذه مهمة القاضي وحده.<sup>1</sup>

قد يواجه الحكمان خلال ممارستهما للمهمة الملقاة على عاتقهما، بعض العراقيل والمعوقات التي تعترى طريقتهما، وفي هذا السياق نصت المادة 447 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "أن يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".

فللحكّمين الرجوع للقاضي من أجل حل الإشكالات، وإزالة العقبات التي تعترض عملهما، التي لا يمكن التصدي لها إلا بتدخل القاضي، حتى وإن اضطر إلى تغيير أحد الحكّمين أو كليهما، إذا كان هذا الحل المناسب لرفع العقبة التي تعرقل تنفيذ مهمة التحكيم.<sup>2</sup> كما يجب على الحكّمين رفع تقريرهما إلى القاضي، في مدة لا تتجاوز الشهرين، يتضمن هذا التقرير أسباب النزاع والشقاق بين الزوجين، والنتائج المتوصل إليها، والمساعي والجهود التي قاما بها من أجل الصلح، فإذا رأى الحكمان أنه لا جدوى من الصلح ذكر ذلك في تقريرهما.

في حالة تمكن الحكمان من إصلاح ذات البين والتوفيق بين الزوجين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بأمر غير قابل لأي طعن، طبقاً لنص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

### الفرع الخامس: اختلاف الحكّمين

بعدما يجتمع الحكمان بالزوجين، ويستمع كل حكم إلى الطرف الذي عين لأجله، وبعد الانتهاء من ذلك، يأتي الحكمان ليجتمعا ويناقشا معا ما توصلا إليه، لكن قد لا يتفق الحكمان فيما يخص الأمور التي يقررانها أو يقترحانها على القاضي، فقد يحكم أحدهما بالفرقة ولا يحكم بها الآخر مثلاً. وفي هذا الشأن ذهب المالكية، الشافعية والإمامية إلى القول بأنه : لم

<sup>1</sup> - عبد القادر دواوي، المرجع السابق، ص 221.

<sup>2</sup> - عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 450.

ينفذ قولهما، ولم يلزم من ذلك شيء باتفاقهما. وعن علي رضي الله عنه قال: إذا حكم أحد الحكمين ولم يحكم الآخر، فليس حكمه بشيء حتى يجتمعا.<sup>1</sup>

أما بالنسبة لما يقوم به القاضي حال اختلاف الحكمين فهناك ثلاثة أقوال: **القول الأول:** يبعث القاضي اثنين غيرهما، وهو قول الشافعية والإمامية.<sup>2</sup>

**القول الثاني:** يضم القاضي إلى الحكمين المختلفين حكما ثالثا، وهو ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 11 من القانون المصري رقم 44 لسنة 1979: "على الحكمين، أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها، فإن لم يتفقا بعث معهما ثالث له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة 8"، والمادة 40 في الفقرة 03 من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المصري، أن المحكمة تقضي بما يتفقون عليه أو برأي الأغلبية<sup>3</sup>، وهو ما ذهب إليه القانون الأردني في المادة 126 منه.<sup>4</sup>

**القول الثالث:** يخير القاضي بين أن يعين غيرهما، أو أن يضم لهما حكما ثالثا مرجحا. وهو ما نصت عليه المادة 114 من القانون السوري ومن المادة 133 من القانون الأردني.<sup>5</sup>

أما القول الراجح، فهو القول الثاني لأن المرجح عنه: تقادي إطالة أمد التقاضي عند اختلاف الحكمين، كما أن بعث حكم ثالث لا يخالف أصلا من أصول الشريعة، وقد أصبح

<sup>1</sup> - قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، الطبعة الأولى، دار الفرقان، عمان، الأردن، 2002، ص 512.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 513.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 514.

<sup>4</sup> - يوسف عبد الله محمد الشرفين، حيازة حكم المحكمين لحجية الأمر المقضي في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 35 (2)، شباط 2015.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، <http://platform.almanhal.com/Article/Preview> يوم 25 ماي 2017 على الساعة السادسة والرابع.

التحكيم أمرا ضروريا في وقتنا الحالي، إضافة إلى أن المالكية أجازوا بعث حكم واحد بدل حكمين.<sup>1</sup>

فإذا اختلف الحكام الثلاثة، سارت المحكمة في الإثبات على النحو المذكور في الفقرة الثانية من المادة 11 من القانون المصري 44 لسنة 1979: "وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبينت لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك مقتضى".

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه النقطة، أي حال اختلاف الحكمين، واكتفى فقط بإمكانية إنهاء مهام الحكمين، في حالة عدم قدرة الحكمين على مواصلة مهمتهما، أو عدم جدوى التحكيم طبقا لمقتضيات المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ولعل ذلك يرجع إلى عدم إلزاميته وترك السلطة التقديرية للقاضي.

### الفرع السادس: إنهاء مهمة الحكمين

إن بعث الحكمين هو من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة فقط، فهو الذي يملك صلاحية تعيين الحكمين، إلى جانب امتلاكه سلطة عزلهما تلقائيا. وفي هذا الشأن نصت المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

ويتضح من نص هذه المادة أنه إذا تبين للقاضي أن المهمة التي أوكلها للحكمين، أصبح تنفيذها صعبا أو مستحيلا، مما يحول دون تحقيق الهدف الأساسي من التحكيم وهو الإصلاح، أو ظهرت وقائع جديدة بينت أنه لا جدوى من الاستمرار في التحكيم، جاز للقاضي

<sup>1</sup> - قحطان عبد الرحمان الدوري، المرجع السابق، ص 514 - 515.

إنهاء عمل الحكّمين تلقائياً، وإعادة القضية للجلسة مع إعلام الخصوم بذلك، سواء عن طريق الحكّمين أو عن طريق تكليفهم أو تبليغهم من المحكمة.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني: آثار التحكيم

قد يوفق الحكّمان في الإصلاح بين الزوجين، ويتمكنان من وضع حد للشقاق وبالتالي تكفل المهمة التي أوكلت لهما بالنجاح، وقد يحدث العكس فلا يتمكن الحكّمان من الإصلاح بين الزوجين فتكفل مهمتهما بالفشل. وفي كلتا الحالتين يترتب عن ذلك آثار سنتناولها فيما يلي:

## الفرع الأول: في حالة نجاح التحكيم

يعتبر التوفيق بين الزوجين من أبرز و أهم الآثار التي ترتبها عملية التحكيم حال تمكن الحكّمين من الإصلاح بين الزوجين، وإرجاع الحال إلى ما كان إليه بعد إقناع الزوجين بضرورة لم شمل العائلة، حفاظاً على مصالح الأطفال ومصالح الأسرة وغيرها من المصالح التي وضعها الشارع الحكيم، وبناء على التقرير الذي يرفعه الحكّمان للمحكمة يبيّن القاضي حكم المفضي برجوع الزوجان، ويثبت ذلك في محضر غير قابل للطعن طبقاً للمادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه: "إذا تم الصلح من طرف الحكّمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن".

لم يحدد المشرع الجزائري، طبيعة المحضر الناتج عن عمل الحكّمين، هل يمكن اعتباره سنداً تنفيذياً كما هو الشأن بالنسبة لمحضر الصلح الذي يقوم به القاضي، أم لا؟ لكن هذه المسألة لا تحتاج إلى توضيح من المشرع، لأنه أقر في المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>2</sup>، على أن جميع محاضر الصلح تعتبر سنداً تنفيذية.

<sup>1</sup> - عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 451.

<sup>2</sup> - تنص المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "بعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد ايداعه بأمانة الضبط".

وذهب اتجاه آخر إلى القول، أن المحضر الذي يقدمه الحكمان للقاضي ليست له الحجية التي أضفاها المشرع الجزائري، على محضر الصلح المحرر من طرف القاضي، فهو مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط والذي يحتاج إلى مصادقة بموجب أمر، على خلاف محضر الصلح فلا يتطلب المصادقة عليه ليصبح سنداً تنفيذياً.<sup>1</sup>

كما أن عدم قابلية محاضر الصلح المصادق عليها من طرف القاضي للطعن، مبني على أساس اتفاق الزوجين على الصلح، الذي يكون بمحض إرادتهما، وبالتالي انتفاء المصلحة في الطعن، وقد جعل المشرع هذه المحاضر غير قابلة للطعن، لتجنب إرهاب كاهل القضاة بالنظر في طعون لا جدوى منها، لأن المصلحة فيها منعدمة.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: في حالة فشل التحكيم

قد يتعذر على الحكمين الإصلاح والتوفيق بين الزوجين، فلا يبقى سوى التفريق بينهما، وفي هذه الحالة لم يشر المشرع الجزائري في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلى ما يترتب عن عملية التحكيم في حالة عجز وفشل الحكمان في الإصلاح، بل اكتفى فقط إلى ما يجب إجراؤه حال نجاح الحكمان في الإصلاح وذلك في المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>، وهذا ما يبرر أن التفريق هو من صلاحيات القاضي وسلطته فقط، وليس من اختصاص الحكمين، كما لم يتطرق المشرع الجزائري إلى ما يجب على القاضي فعله حال فشل الحكمين عن الإصلاح، ونص في المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup> على إعادة القضية للجلسة واستمرار الخصومة، على خلاف تقنيات بعض الدول العربية التي أوردت ما يمكن أن ينجم عن فشل المحكمين في الإصلاح تماشياً مع آراء الفقهاء.

<sup>1</sup> - آيت شاوش دليمة، المرجع السابق، ص 250.

<sup>2</sup> - عادل بوضياف، المرجع السابق، ص 450.

<sup>3</sup> - تنص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية علناً: "إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بوجوب أمر غير قابل للطعن".

<sup>4</sup> - تنص المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

فقدرود في المادة 10 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1929 علأنه: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح المحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج و الطلاق.

2- وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة اقترحا التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

3- وإذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق دون بدل أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح المحكمان تطليقا دون بدل".

وقد نص المشرع الإماراتي في المادة 120 من قانون الأحوال الشخصية:

" إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1- فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج والزوجة هي طالبة التفريق، أو كان كل منهما طالبا، قرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من الحقوق الزوجية المترتبة على الزواج والطلاق.

2- إذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة قرر التفريق نظير بدل مناسب يقدرانه، تدفعه الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة قرر التفريق دون بدل، أو ببديل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- إن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما، فإن كان الزوج هو الطالب اقترح الحكمان رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي طالبة أو كان كل منهما طالبا التفريق قرر الحكمان التفريق بينهما دون بدل.

كما تضمنت الفقرة الثانية من المادة 121 من نفس القانون على أن: " يحكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا، فإن اختلفا عين القاضي غيرهما أو ضم إليهما حكما ثالثا يرجح أحد الرأيين..".

ويتضح أن المشرع المصري، وإلى جانبه المشرع الإماراتي، قد اتبعا ما ذهب إليه المالكية وفي رواية عند الشافعية وأحمد، في اعتبار أن الحكمان حاكمان و أنهما يملكان ولاية الجمع والتفريق بين الزوجين، وعليهما الإصلاح إذا رأيا للإصلاح وسيلة، فإذا تعذر عليهما الإصلاح بين الزوجين فرقا بينهما، بعوض أو بغير عوض حسب الأحوال وسواء رضا الزوجان بذلك أم لم يرضيا، واستدلوا بقوله تعالى: " فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها"، وبما أن النص صريح الدلالة وأن الله عز وجل يخاطبهما على أساس حكيمين لا وكيلين، كما في رأي المذهب الحنفي وجديد المذهب الشافعي ورواية عن الحنابلة والظاهرية، فنقتصر مهمتهما على الإصلاح دون التفريق.<sup>1</sup>

لكن عند تحليل المادة 10 من القانون المصري، يتضح لنا أن المشرع المصري خالف مذهب الإمام مالك في مسألة أن الحكمين حاكمان، وأسند للحكيمين الحق في اقتراح التفريق وليس الحكم به، فالحكمان يرفعان تقريرهما للقاضي،<sup>2</sup> الذي يتضمن اقتراحهما للتطبيق حسب الحالات المذكورة في 10 أنفا.

أما بعض شراح قانون الأحوال الشخصية المصري، فيرون أن رأي الحكمين ملزم للقاضي، إذا لم يكن خلاف بينهما فيما اقترحا، ونادى آخرون بالتخلي على ما ذهب إليه المالكية، فيما يتعلق منح تقارير الحكمين القوة الإلزامية، وترك الأمر للقاضي للحكم حسب سلطته التقديرية. وقد قضت محكمة النقض المصرية خلاف ما جاء في فحوى المادة 10، بأن رأي الحكمين ملزم للقاضي وأنه حكمه يكون بطلقة بائنة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - طيب بن شهرة، التحكيم ودوره في تسوية منازعات الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية،

تخصص فقه وقانون، قسم الشريعة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007-2008، ص 78.

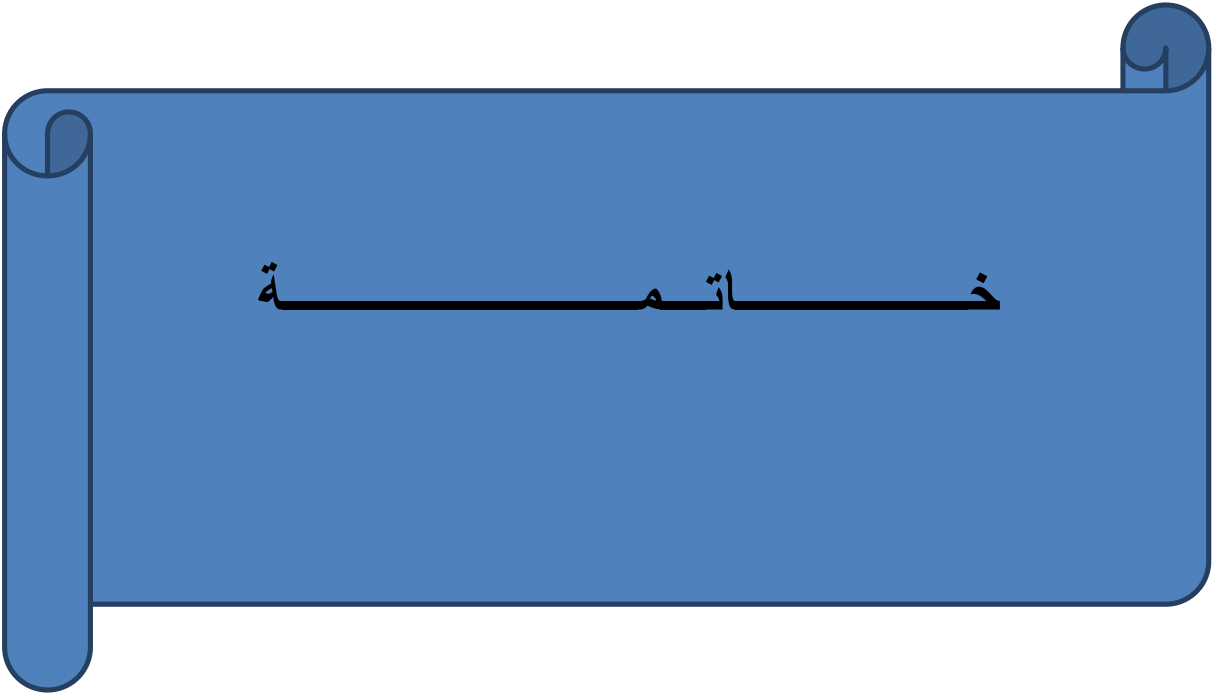
<sup>2</sup> - يوسف عبد الله محمد الشريفين، المرجع السابق.

<sup>3</sup> - دليلة آيت شاوش، المرجع السابق، ص 239.

كما أن المشرع الجزائري، لم يحدد إن كان لعملية التحكيم أجر ومصاريف يجب أن تحدد، وبالتالي ينصرف النظر إلى أنالتحكيممجانى، فيعتبر المحكمقد تبرع بعمله، ولكنذلك على خلاف ما هو عليه الأمر غالباً فيالعصرالحاضر، حيث يحصلالمحكمونعلناًتعبوأجور، ويتركلمهمتقديرها، مع إعطاء القاضي سلطة تحديدها بمايناسبالجهدالمبذولوطبيعةالنزاع.<sup>1</sup>

إن إجراء التحكيم في القانون الجزائري، وإن نص عليه المشرع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه جاء نتيجة التعارض بين النصين وجعله مجرد إجراء بيد القاضي يمكنه أن يلجأ إليه أو يهمله، بالإضافة إلى غياب النصوص الواضحة له مما جعله إجراء عديم الفائدة، لا يتم اللجوء إليه لا من الخصوم ولا من القضاء، وكان الأولى على المشرع الجزائري تفعيله، للتخفيف من الأعباء الملقاة على القضاة من جهة، وحفاظاً على الحلول الودية لمنازعات شؤون الأسرة. لقد سارت بعض التشريعات في جمع التحكيم وباقي الطرق البديلة في إطار مؤسسي يمكن أن يشكل منظومة قانونية ودية بديلة عن اللجوء إلى القضاء، حيث تبين الإحصائيات في الدول العربية زيادة التفكك الأسري الذي كانت تتميز بتقلصه في ظل أحكام الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> - محمد الزحيلي: المرجع السابق، ص 385.



ذات مئة

أولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا بالأسرة، حفاظا على كيانها من التصدع والتفكك من خلال إدراج نظامي الصلح والتحكيم في مسائل الأسرة، والزام القضاة المختصين بإجراء الصلح في جميع الدعاوى الرامية إلى إنهاء العلاقة الزوجية قبل البدء في مناقشة موضوع الدعوى.

فالصلح هو إجراء أولي ووجوبي لسير الخصومة، وتخلف هذا الإجراء والحكم بحل الرابطة الزوجية دون محاولات الصلح يعتبر خطأ في تطبيق القانون، ويترتب عليه بطلان الحكم لانعدام إجراء جوهرى في الدعوى الرامية إلى الطلاق، باعتبار الصلح من النظام العام. أما التحكيم فهو إجراء لاحق يتم إجراؤه، بعد فشل مساعي الصلح التي يقوم بها القاضي في بعض دعاوى الطلاق، أين يبعث القاضي حكمن من أجل الإصلاح بين الزوجين في حال اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر.

وما يلاحظ عمليا، أن الصلح والتحكيم لم يحققا النتائج المنشودة التي رسمها المشرع الجزائري، من إعادة تنظيم مسألتي الصلح والتحكيم من خلال استحداث مواد جديدة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت أكثر تفصيلا مما ينص عليه قانون الأسرة. ولعل ذلك، يرجع إلى الصعوبات التي تعترى إجراءات الصلح والتحكيم، وعلى الرغم من ذلك فإن أغلب المحاولات المتعلقة بهما، لم تفلح في الحد من حالات الطلاق ولا حتى في خفض نسبه، فهي في ارتفاع مستمر إما بسبب فشل العناصر المكونة للصلح والتحكيم، وإما بسبب فشل المؤسسات القضائية في القيام بدورها على أكمل وجه.

وبناء على ما سبق، ومن خلال دراستنا خلصنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرضها فيما يلي:

#### أولا: بالنسبة للنتائج:

- أن الصلح والتحكيم في قانون الأسرة، ليسا طريقتين بديلين لحل منازعات الطلاق، وإنما هما إجراءين يقوم بهما القاضي. فالصلح إجراء إجباري، يتم إجراؤه في جميع أنواع الدعاوى المتعلقة بفك الرابطة الزوجية من طلاق ( بإرادة منفردة، أو بالتراضي ) وتطليق (التفريق

القضائي والخلع). على خلاف التحكيم فهو إجراء يتم بعد فشل مساعي الصلح في بعض دعاوى الطلاق، في حالتها استمرار الشقاق وعدم ثبوت الضرر، بهدف التقليل من دائرة رفض هذا النوع من الدعاوى. ويمكن القول أن الصلح والتحكيم في مسائل الأسرة يؤديان دوراً مزدوجاً، من حيث أنهما من قبيل الوسائل الوقائية لتفادي الطلاق، ومن قبيل الوسائل العلاجية لحل النزاعات التي تنشأ بين الزوجين، قبل رفعها للقضاء.

- يعد الصلح والتحكيم في مسائل الأسرة إجراءين لا أكثر، على خلاف الصلح والتحكيم في الفروع المدنية الأخرى، التي تعتبر الصلح والتحكيم عقداً، كالصلح المدني والتحكيم. وقد ساير المشرع الجزائري آراء الفقهاء في أن جعل الصلح المدني عقداً.

- لم يستثن المشرع الجزائري إجراء الصلح في دعاوى الطلاق بالإرادة المنفردة، رغم أن العصمة بيد الزوج، فمتى أوقع الزوج الطلاق، لا يبقى للقاضي سوى إثباته، ومن ثمة لا حاجة لعملية الصلح. غير أن المشرع لا يعتد بالطلاق الصادر من الزوج إلا بعد صدور الحكم، والذي يكون منشئاً للطلاق لا كاشفاً له.

- نص المشرع الجزائري في المادة 51 من قانون الأسرة، على أن الزوج الذي يراجع زوجته في محاولات الصلح، لا يحتاج إلى عقد جديد، هذه المسألة التي تتناقض مع ما يقتضيه المشرع، ففي حالة طلق الرجل زوجته لفظاً ثم بعد فترة رفع دعوى الطلاق، فالزوجة تبدأ في حساب العدة من اليوم الذي طلقت فيه، فإذا انتهت عدة الزوجة أثناء فترة الصلح ونجح القاضي في الصلح بينهما، فمن الناحية الشرعية فالزوجة لا تحل لزوجها إلا بموجب عقد زواج جديد، أما من الناحية القانونية فالزوجة تبقى على ذمة زوجها ويرتب الصلح أثره.

- ألزم المشرع الجزائري القاضي بإجراء الصلح في جميع حالات التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، ولم يستثن حالة الغيبة رغم استحالة حضور الزوج إلى جلسة الصلح وهذا بلا شك هفوة من المشرع إلا إذا كان الغرض السماع للزوجة ففي هذه الحالة لا يعد صلحاً.

- لم يتناول المشرع الجزائري مسألة الوكالة في الصلح مما أدى إلى تباين التطبيقات القضائية.

- رغم أن القرآن الكريم، شرع الصلح والتحكيم في حالة نشوز الزوجين، اكتفى المشرع الجزائري في المادة 55 من قانون الأسرة، بالحكم بالطلاق في حالة ثبوت نشوز أحد الزوجين، مع الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

- يعد إجراء الصلح في الطلاق بالتراضي، إجراء شكلي لا جدوى منه خاصة وأن القاضي هو الذي يقوم به في فترة وجيزة جدا.

- حسب المشرع الجزائري، فإن القيام بالتحكيم بين الزوجين، يتم بعد اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر، وليس قبل وقوع الشقاق أو الخوف منه كما ورد في الآية 35 من سورة النساء ( فإن خفتم ...).

- لم يتطرق المشرع الجزائري لإجراءات التحكيم بشكل واف، حيث أنه لم يبين مهمة الحكمين، ولم يبين ما إذا كان التحكيم أمر جوازي أو وجوبي خاصة في ظل تناقض نصي قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما لم يبين ما إذا كان التحكيم عمل مجاني تطوعي أم أنه يخضع للقواعد التي تحكم تعيين الوسطاء والخبراء القضائيين.

#### ثانيا: بالنسبة للتوصيات والاقتراحات:

خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات والاقتراحات التي يمكنها تفعيل دور الصلح والتحكيم لجعلها منظومة تؤسس للحلول الودية قبل اللجوء إلى الحل القضائي، ونوجزها فيما يلي:

- أن يجعل المشرع الجزائري الصلح والتحكيم، كوسيلتين بديلتين لحل النزاعات المتعلقة بالأسرة، كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم والصلح في فروع القانون المدني الأخرى، وذلك بإنشاء لجان مختصة بالإصلاح الأسري على مستوى مقر كل بلدية أو على مستوى دائرة اختصاص كل محكمة، قياسا على أن إبرام عقد الزواج يتم في دائرتها، وأن يكون أعضاء اللجان والمشرفين عليها أشخاصا من ذوي الاختصاص في شؤون الأسرة: كالقضاة الذين يعينون كرؤساء لجان، أئمة أو مختصين في الشريعة، أطباء نفسانيين إلى جانب

مختصين في علم الاجتماع ويقوم أهالي الزوجين بعملية التحكيم بإشراف هذه اللجان. كما تسند لهذه اللجان صلاحية تحرير محاضر نجاح الصلح وفشله، والتي بمقتضاها يمكن للزوج أن يرفع دعوى الطلاق أمام المحكمة، وفي حالة عدم إرفاق محضر عدم الصلح مع العريضة، لا تقبل دعواه كما هو معمول به في مسائل المنازعات الاجتماعية.

- تكليف إمام كل حي من طرف الجهات المختصة بالقيام بالصلح والتحكيم بين الأزواج بحضور محكمين يكون للزوجين حرية اختيارهما، من خلال إنشاء لجان مشتركة ما بين وزارة العدل ووزارة الشؤون الدينية، وذلك إتماماً لمهام الإمام في إبرام العقود الشرعية فيما يتعلق بالزواج.

- استبعاد القيام بالصلح والتحكيم من طرف قضاة شؤون الأسرة، نتيجة كثرة الملفات المعروضة عليهم والوقت الضيق الممنوح لهم، مما يجعلهم يسرعون في إجراء الصلح وبصورة سطحية، فهم يقومون بدور مزدوج، النظر في موضوع الدعوى والقيام بمحاولات الصلح.

- استحداث قاضي صلح على مستوى المحاكم ، كما هو جاري العمل به في القضاء الفرنسي، لا تتاط له أية مهام سوى الصلح.

- السعي لتكوين قضاة متخصصين في قضايا شؤون الأسرة.

- فصل أقسام شؤون الأسرة عن المحاكم العادية، وذلك بإنشاء محاكم مختصة في قضايا الأسرة.

- إعادة النظر من طرف المشرع الجزائري، في مسألة الطلاق بالإرادة المنفردة، باستحداث مادة تتناول حالة إيقاع الزوج للطلاق قبل رفع الدعوى، وأن يحصر دور القاضي في هذا النوع من الطلاق في التأكد من وقوعه وإثباته في حالة ما إذا وقع حقا، ومن ثمة استبعاد الصلح لعدم الحاجة إليه، كما فعل المشرع المصري.

- تعديل المادة نص 51 من قانون الأسرة ليتمشى فحواها مع مقتضيات الشرع، من خلال القول إذا راجع الزوج زوجته، قبل انتهاء عدتها وأثناء محاولات الصلح، فإنه لا يحتاج إلى عقد جديد.

- ضرورة استثناء المشرع الجزائري لإجراء الصلح في حالة الغيبة بنص صريح، كما فعل نظيرة المغربي.

- النظر في مسألة الوكالة في الصلح، وعلى أنه يتم بحضور الزوجين، وأن يبين موقفه صراحة من إمكانية توكيل الزوجين في جلسات الصلح.

- أن يدرج إجراءي الصلح والتحكيم، في مسائل نشوز الزوجين، كما هو وارد في القرآن الكريم.

- إلغاء عملية الصلح في الطلاق بالتراضي، مادام أن الطلاق يقوم على مبدأ رضائية الزوجين.

- ضرورة تعديل المواد المتعلقة بالتحكيم، لتدارك التناقض الموجود بين المادة 56 من قانون الأسرة التي توجب التحكيم من جهة، والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تجيزه فقط، إضافة إلى جعل الخوف من وقوع الشقاق بين الزوجين حالة يستوجب فيها التحكيم، وعدم انتظار اشتداد الشقاق للقيام به. مع توضيح أكثر لمهمة الحكيم ودورها في التحكيم بين الزوجين.

إن هذه النتائج والاقتراحات يمكنها أن ترسم معالم حلول ودية في إطار تصالحي من جهة وتخفف على القضاء عبء القيام بالمهام الحالية الموكلة إليه، فإن وفقنا فذلك غرضنا وإن أخطأنا فهو اجتهاد ولكل مجتهد نصيب.

قائمة المراجع والمصادر

## قائمة المراجع والمصادر

### أولاً: المصادر

القرآن الكريم.

### ثانياً: المعاجم والقواميس

1- أحمد بن محمد علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير في شرح غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان، لبنان، 1987.

### ثالثاً: الكتب

1- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، الطبعة الرابعة، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2002.

2- أبو بكر مسعود بن أحمد الكاسني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، دون طبعة، دار الكتب الإسلامية.

3- أبو عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، 1935.

4- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1987.

5- أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء والصلح، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

6- أحمد الخليلي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، الجزء الثاني، دون طبعة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2016.

7- أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

8- أحمد محمود علي داود، القضايا والأحكام في المحاكم الشرعية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

9- أحمد نصر الجندي، إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

- 10- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 11- جمال سايس الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 12- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي والمحامي، دون طبعة، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2016.
- 13- الحسين شواط - عبد الحق حميش: فقه العقود المالية، الطبعة الأولى، دار البيارق للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2001.
- 14- حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
- 15- عادل بوضياف، الوجيز في شرح الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دون طبعة، منشورات كليك، الجزائر، 2011.
- 16- عايد بن عبد الله الحربي، النشور بين الزوجين، العدد 128، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 2004.
- 17- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- 18- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الرابعة، دار البغدادى للطباعة و للنشر والتوزيع، الربية، الجزائر، 2013.
- 19- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد السادس، دون طبعة، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، 1998.
- 20- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، الطبعة الثانية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2008.
- 21- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 22- عبد الله عبد الرحمان السعيد، أحكام الزواج والطلاق، في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الآفاق المشرقة ناشرون، الأردن، 2005.

- 23- عبد المنعم الدسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي (تشريعاً وفقهاً و قضاءً)، دون طبعة، مكتبة مدبولي، القاهرة، مصر، 1995.
- 24- عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام وإجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2002.
- 25- العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام والشرائع والنظم القانونية القديمة، الطبعة الأولى، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، الأبيار، الجزائر، 2013.
- 26- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الجزء الأول، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- 27- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء القانون والفقهاء، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، الجزائر، 2015.
- 28- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 29- قحطان عبد الرحمان الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي، الطبعة الأولى، دار الفرقان، عمان، الأردن، 2002.
- 30- قدرى محمد محمود، التحكيم في ضوء الشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الصميعة للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2009.
- 31- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 32- لحسين بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرحاً، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2014.
- 33- محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- 34- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، الطبعة الثامنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2017.
- 35- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2009.

- 36- محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الثاني، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2009.
- 37- محمد صالح العثيمين، شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار العنان للتجارة والنشر والتوزيع، مصر، 2008.
- 38- محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دون طبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 39- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا.

#### رابعاً: المجلات والدوريات

##### أ- المجلات القضائية

- 1- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.

##### ب- المجلات الجامعية

- 1- الحسين العلمي، مسطرة الشقاق في مدونة الأسرة، مجلة المعيار، الصادرة عن هيئة المحامين، فاس، المغرب، العدد 32.
- 2- عبد الله رابعة، محمد طلافحة، أسامة علي الفقير الربابعة، التحكيم في الشقاق بين الزوجين و آليات تطويره في القضاء الشرعي الأردني، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 39، يوليو 2009.
- 3- محمد الزحيلي، التحكيم الشرعي والقانوني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 03، 2011.
- 4- نعوم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية و القانونية، جامعة الشلف، العدد 10، جوان 2013.
- 5- ياسر صائب خورشيد، حكم التحكيم في إصلاح نشوز الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة الآداب، جامعة ديالى، العراق، العدد 103، 2013.

## خامسا: الرسائل الجامعية

### أ- رسائل الدكتوراه

- 1- دليلة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.
- 2- سفيان سولم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة بسكرة 2014.
- 3- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و أصول، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009.

### ب- رسائل الماجستير

- 1- أحمد محمود أبو هشيش، الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007هـ، 1428.
- 2- أسيد صلاح عودة سمحان، عقد الصلح في المعاملات المالية، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين 2006.
- 3- شهرزاد بن مسعود، الإنابة القضائية، رسالة ماجستير في القانون العام، فرع قانون العقوبات و العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2009-2010.
- 4- طيب بن شهرة، التحكيم و دوره في تسوية منازعات الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه و قانون، قسم الشريعة، جامعة باتنة، 2007-2008.
- 5- عبد الحكيم بن هبري، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014-2015.
- 6- عبد الكريم عروي، الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2012.
- 7- عيسات اليزيد، التطلق بطلب من الزوجة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003.

8- هبة أحمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول درجة الماجستير في الفقه و الشرع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2014.

9- وائل طلال سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة، قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الحصول علنالماجستير في القضاء الشرعي، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 1428هـ، 2007.

10- يحيوي نادية، الصلح وسيلة لتسوية نزاعات العمل وفقاً للتشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.

### سادساً: القوانين

#### أ- القوانين الجزائرية

1- القانون المدني، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- قانون الأسرة، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

3- قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- قانون رقم 10-12 مؤرخ في 23 محرم عام 1432 الموافق لـ 29 ديسمبر سنة 2010، المتعلق بتسوية النزاعات المتعلقة بحماية الأشخاص المسنين، الجريدة الرسمية، العدد 79، 2010.

#### ب- القوانين العربية

1- قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10 لسنة 1984

2- قانون رقم 25 لسنة 1929 المصري، المعدل بقانون رقم 44 لسنة 1979 والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 المتعلق بالأحوال الشخصية.

- 3- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.
- 4- قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني الخاص بقطاع غزة، المتضمن قانون العائلة رقم 01 لسنة 2009 معدل ومتمم لقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني رقم 61 لسنة 1976.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010.
- 5- مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم 15-102 الرامي إلى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 2.16.1 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1437 (12 يناير 2016) ، الجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 14 ربيع الآخر 1437 (25 يناير 2016)، ص 420.

سابعاً: المواقع الالكترونية

1- <http://platform.almanhal.com/Article/Preview>.



فهرس الموضوعات

## \* فهرس الموضوعات \*

|  |        |
|--|--------|
| إهداء.....   |        |
| شكر وتقدير.....  |        |
| مقدمة.....   | 7-2    |
| الفصل الأول: الصلح كحل بديل لتسوية منازعات الطلاق..... | 9- 46  |
| المبحث الأول: مقتضيات الصلح في شؤون الأسرة.....        | 11- 37 |
| المطلب الأول: مفهوم الصلح ومشروعيته.....               | 11- 16 |
| الفرع الأول: مفهوم الصلح.....                          | 14- 16 |
| أولاً: تعريف الصلح لغة.....                            | 11- 12 |
| ثانياً: تعريف الصلح في الفقه الإسلامي.....             | 12     |
| ثالثاً: تعريف الصلح قانوناً.....                       | 13- 14 |
| الفرع الثاني: مشروعية الصلح.....                       | 14- 16 |
| أولاً: من الكتاب.....                                  | 14- 15 |
| ثانياً: من السنة.....                                  | 15     |
| ثالثاً: من الإجماع.....                                | 15     |
| رابعاً: من المعقول.....                                | 16     |
| المطلب الثاني: شروط الصلح وخصائصه.....                 | 16- 37 |
| الفرع الأول: شروط الصلح.....                           | 16- 35 |
| أولاً: شروط الصلح في الفقه الإسلامي.....               | 16- 19 |

|            |  |
|------------|--|
| 35-19..... | ثانيا: شروط الصلح في القانون                         |
| 37-35..... | الفرع الثاني: خصائص الصلح                            |
| 46-38..... | المبحث الثاني: إجراءات الصلح وآثاره                  |
| 43-38..... | المطلب الأول: إجراءات الصلح                          |
| 39-38..... | الفرع الأول: استدعاء الزوجين من طرف المحكمة          |
| 40-39..... | الفرع الثاني: الاستماع إلى الزوجين على انفراد        |
| 41-40..... | الفرع الثالث: الاستماع إلى الزوجين مجتمعين           |
| 42-41..... | الفرع الرابع: غياب الزوجين عن جلسة الصلح             |
| 43-42..... | الفرع الخامس: إثبات الصلح بين الزوجين                |
| 46-43..... | المطلب الثاني: آثار الصلح                            |
| 45-44..... | الفرع الأول: في حالة نجاح الصلح                      |
| 46-45..... | الفرع الثاني: في حالة فشل الصلح                      |
| 82-48..... | الفصل الثاني: التحكيم محل بديل لتسوية منازعات الطلاق |
| 68-49..... | المبحث الأول: مقتضيات التحكيم في شؤون الأسرة         |
| 51-49..... | المطلب الأول: مفهوم التحكيم ومشروعيته                |
| 51-49..... | الفرع الأول: مفهوم التحكيم                           |
| 50-49..... | أولا: تعريف التحكيم لغة                              |
| 50.....    | ثانيا: تعريف التحكيم في الفقه الإسلامي               |
| 51.....    | ثالثا: تعريف التحكيم قانونا                          |

|            |   |
|------------|---|
| 53-51..... | الفرع الثاني: مشروعية التحكيم           |
| 52.....    | أولاً: من الكتاب                        |
| 53-52..... | ثانياً: من السنة                        |
| 53.....    | ثالثاً: الإجماع                         |
| 53.....    | رابعاً: المعقول                         |
| 68-54..... | المطلب الثاني: شروط التحكيم وخصائصه     |
| 66-54..... | الفرع الأول: شروط التحكيم               |
| 59-54..... | أولاً: شروط التحكيم في الفقه الإسلامي   |
| 66-59..... | ثانياً: شروط التحكيم في القانون         |
| 68-66..... | الفرع الثاني: خصائص التحكيم             |
| 82-69..... | المبحث الثاني: إجراءات التحكيم وآثاره   |
| 77-69..... | المطلب الأول: إجراءات التحكيم           |
| 70-69..... | الفرع الأول: عجز القاضي عن الإصلاح      |
| 72-71..... | الفرع الثاني: بعث الحكّمين              |
| 73-72..... | الفرع الثالث: مدة التحكيم ومكان انعقاده |
| 75-73..... | الفرع الرابع: مهمة الحكّمين             |
| 77-75..... | الفرع الخامس: اختلاف الحكّمين           |
| 77.....    | الفرع السادس: إنهاء مهمة الحكّمين       |
| 82-77..... | المطلب الثاني: آثار التحكيم             |

|             |                                   |
|-------------|-----------------------------------|
| 79-78.....  | الفرع الأول: في حالة نجاح التحكيم |
| 82-79.....  | الفرع الثاني: في حالة فشل التحكيم |
| 88-84.....  | خاتمة                             |
| 96-90.....  | قائمة المصادر والمراجع            |
| 101-98..... | فهرس الموضوعات                    |