جامعة ابن خلدون – تيارت –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: . قانون خاص معمق

بعنوان:

الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية

من إعداد الطالبتين:

•زرناح أسماء

•سانة يمينة

تحت اشراف:

د.بوغرارة الصالح

عليان بوزيان	أستاذ التعليم العالي	**رئيسا**
بوغرارة الصالح	أستاذ التعليم العالي	**مشرفا مقررا**
عبيد فتيحة	أستاذة محاضرة –أ–	**مناقشا**
بن عطية بو عبد الله	أستاذة التعليم العالي	**عضوا مدعوا**

نوقشت وأجيزت علنا بتاريخ: 18/06/2023

السنة الجامعية: 2023/2022

إهداء

إلى من حصد الأشواك ليمهد لي طريق العلم والمعرفة، إلى صاحب القلب الكبير أخص بهذا الإهداء " والدي العزيز" أطال الله عمره وألبسه ثوب الصحة والعافية ردا لجميله اهدي هذا النجاح ثمرة غرسه

إلى من ركع العطاء تحت قدميها إلى من أعطتنا من دمها وروحها حبا، أهدي هذا النجاح إلى من نذرت عمرها في أداء رسالة صنعتها من أوراق الصبر وطرزتها في ظلام الدهر "أمي الغالية" أمد الله عمرها بالصالحات، شكرا على دعمك الدائم يا بطلة حياتي

إلى كل من هم أقرب لي من روحي وبهم أستمد عزتي وإصراري إخواني " عدة، أمين، هشام، عبد الودود"

إلى عمقي وقوتي واتكائي وضلعي الثابت الذي لا يميل إخوتي " حنان، مريم، سعاد"

إلى شموع العائلة" أحمد، إسراء، عبد الباسط، طيب"

ومن شاركتني هذا العمل صديقتي " أمينة"

إلى مصدر الأمان ومذل الصعوبات سندي في المشوار الدراسي صديقات كل الحب والتقدير

إلى عائلتي وجميع من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلمي أهدي هذا الجهد المتواضع

زرناح أسماء

إهداء

و أن ليس للإنسان إلا ما سعى و أن سعيهم سوف يرى سنين الجهد إن طالت

ستطوى لها أمد وللأمد إنقضاء.

أهدي ثمرة جهدي هاذا إلى أعز إنسانة في حياتي التي أنارت دربي إلى من منحتني القوة

والعزيمة لمواصلة الدرب أمي الغالية طيب الله ثراها.

إلى من أحب بسمتي و تعدى راحتي وهو مفتاح صبري وسر هنائي فقد كان له

الفضل في بلوغ التعليم العالي والدي الحبيب أطال الله في عمره.

إلى منبع إعتزازي و سندي في الحياة إخواني.

من كان لهم بالغ الأثر في الكثير من العقاب والصعاب إخوتي.

صديقاتي من عشت وتقاسمت معهم الحلو والمر إلى من كانو بمثابة عائلتي الثانية

فاطمة.كوثر. رانيا.

ومن شاركني هاذا العمل صديقتي أسماء

إلى جميع أساتذتي الكرام

أما عن فرحة التخرج فلا إقتباسات تصفها ولا شعور يعبر عنها كما يقال لكل بداية نهاية

سانة يمينة

شكر وتقدير

نتوجه إلى الله تبارك وتعالى بالحمد والثناء والشكر كما يحبه ويرضاه على أن وفقنا لإنجاز هذا العمل، على ما فيه من ضعف البشر وقصر النظر فما كان فيه من صواب فهو من فضله سبحانه وتعالى.

فله الحمد والشكر وأسأله العفو والعافية.

كما لم نجد أصدق وأنبل من كلمة شكر وتقدير هي ابسط ما يمكن تقديمه إلى المشرف على هذا العمل، الأستاذ " بوغزارة الصالح" على كل النصائح والتوجيهات القيمة المقدمة من طرفه، فجزاه الله عنا خير جزاء، وأدامه ذخرا للأجيال.

-إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة

-إلى جميع أساتذتنا الأفاضل

-ألف شكر تقدير.

قائمة المختصرات

باللغة العربية

- ص: صفحة.
- ج.ر.د: الجريدة الرسمية العدد
- ص- ص: من الصفحة إلى الصفحة.
- د.ت: دون تاريخ
- د.ط: دون طبعة

باللغة الأجنبية:

-op cit: Ouvrage Précède Cité.

- p: page.

- N°: Numéro

- O.P.U: L'office Des Publications Universitaires.

مقدمـــــة

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

واستجابة لدوافع المحافظة على التماسك الأسري والنسيج الاجتماعي ككل، فقد بادرت السلطة التشريعية إلى تعديلات تبناها القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن لقانون الأسرة، وعلى ضوء التجربة الميدانية القضائية تم إدراج نصوص إجرائية بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من اجل تفعيل آليات حماية للأسرة الجزائرية، تمثلت في نظامي الصلح والتحكيم، كطرق بديلة لحل منازعات فك الرابطة الزوجية.

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

ولن يكون ذلك دون اهتمام أكبر بجلسات الصلح التي أوجبتها أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، وتفعيل نظام التحكيم بين الزوجين بحمل القضاة على تطبيق ما قضت به المادة 56 من القانون نفسه، وفتح الباب أمام أهل الحكمة والصلاح لدرء مفسدة الطلاق، ولما كانت منازعات الأسرة تختلف عن مثيلاتها لارتباطها الوثيق بالحالة النفسية والاجتماعية والدينية للفرد، فإن دعاوى فك الرابطة الزوجية تفترض اعتماد طابع المرونة والواقعية في التعامل من طرف قاضي شؤون الأسرة الذي تستوجب فيه تكوينا خاصا ومهارات عالية للوقوف على مكامن الخلل في العلاقة الزوجية.

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

نظرا لواقعية هذا الموضوع كان السبب لإختيارنا لهذا الموضوع التي تكمن في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، ذاتية تتمثل في الرغبة في البحث والتقصي للوقوف على حقيقة المسألة خاصة إذا ما كان يكتنفها الغموض وعدم الاستقرار على طبيعة واحدة، فهذا يعد في حد ذلك سببا يدفعني إلى تسليط الضوء على أهم التعديلات التي سعى إليها المشرع الجزائري لوضع أسس مستقرة تحافظ على أصغر وحدة في النظام الاجتماعي، وفي مقدمتها ما احتواه هذا البحث، وهو إعمال الطرق البديلة في منازعات الأسرة، من اجل التقليص من ظاهرة الطلاق، وأما الأسباب الموضوعية تتمثل في إنجاز دراسات تخدم أهل القانون ورجال القضاء، خاصة إذا ما أعيد التفكير بجدية في تفعيل آلية الصلح والقيام بدورات تكوينية للقائم بالصلح يتدرب من خلالها على فنيات المصالحة بين الزوجين.

إن تطبيقات المحاكم بشأن نظام الصلح، لم يلق الاهتمام الكافي، كما لفت انتباهي أن نص المادة 56 من قانون الأسرة، والذي لم يشمله التعديل، حيث يلزم القاضي بوجوب تعيين حكمين من أهل الزوجين اللذين استحكما الخلاف بينهما حد الشقاق والنزاع الشديد، فان القاضي بعيد عن تطبيق نظام التحكيم، رغم صراحة النصوص القانونية.

كما يهدف البحث من خلال ما ضمه من فصول ومباحث إلى الإجابة عن الإشكالية من خلال الإحاطة بماهية الصلح ومشروعيته والطبيعة القانونية لمحاولة الصلح وتطبيقاتها في قانون الأسرة وآثار نجاحها وفشلها على الزوجين الإحاطة بماهية التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق، ودور القاضي والحكمين فيعرض الصلح على الزوجين، وأخيرا السعي لتعميم الفائدة العلمية وخدمة البحث العلمي.

حسب إطلاعنا في هذا الوقت القصير لم نقف على كتاب مستقل يتحدث عن الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية، والكتب القانونية الحديثة جاءت على ذكر الصلح بشكل عام، وأما التحكيم فقد انصبت الدراسات بشأنه، على التحكيم الدولي، وذلك المتعلق بالمواد المدنية والتجارية، ومن أهم الدراسات الصلح القضائي ودور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، وهو دراسة تأصيلية وتحليلية، حسن الأنصاري، تطرق فيه لأحكام الصلح المدني وتطبيقاته على مستوى القضاء.

من خلال ما تم عرضه سابقا يتم طرح الإشكالية التالية: كيف لطرق البديلة أن تساهم في التقليل من حالات فك الرابطة الزوجية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية وكل ما يلتمس أن تثيره من تساؤلات إتبعنا المناهج الوصفية التي يقوم على جمع الحقائق وتقرير خصائص كل الجزئيات المتعلقة بالبحث من خلال عرض آراء أصحاب المذاهب الأربعة المشهورة (الأحناف، والمالكية، والشافعية والحنابلة)، وكذا المنهج المقارن بتتبع المادة العلمية وبيان الفقهاء وأقوالهم والمقارنة بينها وبين القوانين الوضعية والأخذ برأي المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية والاجتهادات القضائية وترجيح ما تبين لنا انه الصواب وأقرب إلى تحقيق المصلحة وهذا ليس بقصد المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، لأنها ليست دراسة مقارنة، لكن من اجل إظهار وجود السند الشرعي الذي يدعم وجهة نظرنا في مجال الصلح والتحكيم في منازعات الأسرة.

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

إرتأينا تقسيم هذه المذكرة المعنونة بالطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية إلى فصلين إثنين، الأول تحت عنوان الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية المقسم بدوره إلى مبحثين إثنين، يتعلق المبحث الأول بماهية الصلح وفي المبحث الثاني خصوصية الصلح

في مسائل فك الرابطة الزوجية والآثار المترتبة عليه، أما في الفصل الثاني الذي جاء تحت عنوان التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية المقسم بدوره إلى مبحثين، يتعلق المبحث الأول حول مفهوم إتفاق التحكيم، وفي المبحث الثاني حول خصوصية التحكيم في مسائل فك الرابطة الزوجية.

الفصل الأول:

ماهية الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية

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

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

فللوقوف على أحكام جلسات الصلح بين الزوجين إقتضى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية الصلح

المبحث الثاني: خصوصية الصلح في مسائل فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: ماهية الصلح

إن الإحاطة بماهية الصلح بين الزوجين تقتضي التعرض للتعريفات اللغوية والإصطلاحية، كما يشير إلى عملية التصالح والتوصل إلى اتفاق أو حل ودي بين الزوجين بعد وقوع خلاف أو نزاع بينهما، باعتباره جزءًا هامًا من بناء وتعزيز العلاقة الزوجية والحفاظ على استقرارها.

المطلب الأول: مفهوم الصلح

يمثل عقد الصلح وظيفة اجتماعية، بالنظر لكونه موقف قانوني وشرعي، لذا نجد المشرع الجزائري قد أجاز للخصوم اللجوء إلى التصالح تلقائيا بإرادتهم المنفردة دون الحاجة إلى تدخل القضاء، كذلك يمكن للأطراف أن يتصالحا أثناء النظر في الدعوى وهو ما يعرف بالصلح غير القضائي، كذلك يمكن للأطراف أن يتصالحا أثناء النظر في الدعوى وهو ما يعرف بالصلح القضائي، إذن تكمن أهمية الصلح في تخفيف العبء والمشقة على المتخاصمين، فتحولهم إلى متصالحين، فالصلح يكسبهم الوقت والجهد والمال الذي يضيعونه في التقاضي الذي يتميز بإجراءات معقدة ومكلفة. وفائدة الصلح لا تقتصر على مستوى التعامل بين الطرفين، بل أن الأهمية عامة وموسعة لتعميم العدالة والإنصاف[1]

الفرع الأول تعريف الصلح

إن مصدر الصلح هو الشريعة الإسلامية والقانون المدني، والصلح يفصل الخصومة وديا، بناء على إرادة الأطراف ومن ثمة الإنهاء الاتفاقي للنزاع يطلق عليه باسم " الصلح"، بحيث تجد القوانين الأخرى أعطت للصلح تسميات مختلفة لها دلالات غالبا ما يعبر عنها بالتسوية التوفيق، لكن بكثرة الصلح، نجد أن الصلح له عدة تعاريف: تعريفه لغة (أولا)،

[1] الطاهر بريك، عقد الصلح دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002، ص 05.

وفقها (ثانيا)، وفي الشريعة الإسلامية (ثالثا)، والتعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في القانون المدني.

أولا: الصلح لغة

هو إنهاء الخصومة، فنقول صالحه وصلاحا وصافاه، وتقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسألة في الاتفاق وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد[1].

ثانيا : الصلح فقها

يتنازل أحدهما عرفه الدكتور محمد سلامة زناتى بأنه اتفاق حول حق متنازع فيه بين شخصين بمقتضاه عن ادعائه مقابل أداء شيء ما.

وعرفته الأستاذة ابتسام القرام في مؤلفها المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، بأن "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل"، أما الدكتور أحسن بوسقيعة فيرى انه يمكن تعريفه بوجه عام بأنها تسوية النزاع بطريقة ودية[2]

وكما عرفه القانون المصري في المادة 549 من القانون المدني بأنه عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل، وقد عرف القانون الفرنسي عقد الصلح بأنه عقد ينهي الفريقان فيه نزاعا قائما أو محتمل الوقوع[3].

ثالثا: الصلح في الشريعة الإسلامية

عرف الصلح من طرف فقهاء الشريعة في الفقه المالكي أنه انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه، وفي الفقه الشافعي أنه الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، أما الفقه

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، بيروت، د، ط، ص 509.

[2] محسني محمد بوعزارة سمير، الصلح في القانون مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 13.2003، ص 6

[3] فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بعدادي، الجزائر، (د، ت)، ص33.

الحنبلي على أنه معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين المختلفين، وفي الأخير الفقه الحنفي عرفه بعقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن[1].

رابعا: الصلح في التشريع الجزائري

عرفه المشرع الجزائري في المادة 459 من القانون المدني على أن: "الصلح عقد ينهي بها الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بان يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل".

يستخلص المتمعن في نصوص القانون المدني الجزائري ميزة عدم التغاضي عن عنصر النزول المتبادل، إذ أنه يبدو الغموض في عبارة بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه، إذ أنه لا يتضمن التنازل عن الحق كله، وإنما يتنازل كل من الطرفين عن جزء مما يدعيه في مقابل التصالح، ولهذا فينبغي أن تكون صياغة المادة 459 أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه تبادل عن جزء من حقه، على أن يكون هذا الجزء المتنازل عنه كافي لإنهاء النزاع وأن يرضي به الطرف الآخر[2].

الفرع الثاني: شروط الصلح

لما كان الصلح وسيلة من الوسائل المنهية للنزاع، فقد اعتبره الفقهاء عقد من العقود المسماة، ومن ثمة فانه يخضع للقواعد العامة المألوفة التي تطبق على العقود، ويستكشف من تعريف الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به. نزاعا محتملا يتنازل كل طرف

[1] وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، (د، ت)، ص 295.

[2] سعيدي صالح، عقد الصلح مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999-2000، ص 13.

على وجه التبادل عن حقه وجود ثلاثة شروط يمتاز بها إجراء الصلح خلافا للطرق البديلة الأخرى[1].

وتتمثل هذه الشروط في وجود نزاع قائم أو محتمل (أولا)، ودية حسم النزاع، (ثانيا) تنازل كل طرف عن حقه (ثالثا).

أولا: وجود نزاع قائما أو محتمل

إن المشرع الجزائري وحسب المادة 459 من القانون المدني، قد أوجب على أن يكون هناك نزاع قائم أو محتمل بحيث يشترط وجود نزاع جدي قائم بين المتخاصمين وليس مجرد نزاع هزلي[2].

وفي حالة ما إذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام الجهات القضائية، وأنهاه الطرفان بالصلح، يعتبر صلحا قضائيا، ويشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع بل يكفي تكريسه في محضر اتفاق فقط.

وليس من الضروري أن يكون ثمة نزاع مطروح على القضاء، فيكفي أن يكون محتمل الوقوع بين الطرفين، فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذه الحالة الصلح غير قضائي أي اتفاقي ودي، كأن يكون أحد طرفي العقد هو المحق، غير أنه يريد الصلح ليوقف طول إجراءات التقاضي، أو لتفادي تعند الخصم وما يحدث في المرافعات من تشهير، فالمعيار هنا ذاتي وشخصي غير مرتبط بوضوح بالحق في حد ذاته، وكثيرا ما يذكر المدعى عليه نشأة الالتزام في ذمته، ومع هذا يجوز التصالح معه على الجزء الذي يقره وذلك بهدف تجنب طول وعناء التقاضي[3].

---

[1] الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التشريعي رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ع 44، الصادرة في 2005.

[2] فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، مرجع سابق، ص 38.

[3] الأنصاري حسن البيداني دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم – دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 60.

ثانيا: نية حسم النزاع

أضاف المشرع الجزائري شرط ثاني وهو نية حسم النزاع، أي يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوقيه إذا كان محتملا، أما إذا لم يكن لدى الطرفين نية حسم النزاع فلا يعتبر العقد صلحا حسب المادة 459 من القانون المدني، فيجب أن يتولد عند كل طرف نية حقيقية لحسم النزاع، وتتجلى هذه النية في المجهودات التي يبذلها كل طرف لإيجاد حل للنزاع القائم أو المحتمل الوقوع إذ لولا الدية والرغبة[1].

ثالثا: تنازل كل طرف عن جزع من حقه

اشترط المشرع الجزائري نزول إرادة كل من المتزوجين على وجه التبادل عن الحق في مواجهة الآخر، فإن نزل أحدهما عن كل ما يدعيه على الحق، ولم يتنازل الأخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحا وإنما تسليم بحق الخصم، كما يجب أن لا يشترط أن يكون التنازل متعادلاً من الجانبين، فقد ينزل أحدهما عن جزء كبير من ادعائه ويتنازل الآخر عن بعض ادعائه فإن ذلك يكون صلحا[2].

ولهذا نجد أن تنازل المتخاصمين إراديا أمام المحكمة وإقرارها بالتصالح الذي تم توقيعه على المحضر المعد لذلك، وفي حال غياب أحد الزوجين عن مجلس القضاء، ولم يقع الإتفاق على الصلح فلا يجوز للمحكمة التصديق على هذا الصلح وإنما يلتزم الأطراف على الإستمرار في نظر الدعوى وإصدار الحكم فيها الذي يؤدي إلى إنهاء النزاع بين الطرفين ولا يمكن المطالبة بإبطاله إلا برفع دعوى بطلان أصلية، والصلح القضائي لا يجوز في كل المسائل المتعلقة بالنظام العام لأنه يتم بتنازل متبادل عن جزء مما يدعيه الخصم، والصلح القضائي يتطلب حضور الطرفين أمام المحكمة وإقرارهما بالتصالح الذي تم توقيعها على المحضر المعد لذلك، وفي حال غياب أحدهما عن مجلس القضاء ولم يقع الاتفاق

[1] المادة 459 من القانون المدني الجزائري.

[2] الأنصاري حسن البيداني دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم – دراسة تأصيلية وتحليلية، مرجع سابق، ص 65.

على الصلح فلا يجوز للمحكمة التصديق على هذا الصلح وإنما يلتزم الأطراف على الاستمرار في نظر الدعوى وإصدار الحكم فيها[1].

الفرع الثاني: تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القوانين الأخرى

لابد من محاولة تمييز الصلح في شؤون الأسرة عن الصلح في القانون المدني، لإبراز خصوصية الصلح في القانون المدني **(أولا)**، وكذا تمييزه عن الصلح المعروف في المادة الاجتماعية **(ثانيا)**، وتمييزه عن الطرق البديلة المشابهة له التي اتى بها قانون الاجراءات المدنية والإدارية **(ثالثا)**.

أولا . تمييز الصلح في قانون الأسرة عن الصلح في القانون المدني

الصلح في قانون الأسرة إجراء يجريه القاضي شؤون بين الزوجين، على خلاف الصلح في القانون المدني الذي يكيف على أنه عقد طبقا لنص المادة 459 من ق م[2]، ويتداخل الصلح في قانون الأسرة مع الصلح في القانون المدني باعتبار ان لهما نفس المصدر والتسمية، وهدفهما واحد كلاهما يسعيان لإنهاء النزاء بين المتخاصمين بطريقة ودية.

غير أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف بينهما، سواء ما تعلق بالتكييف القانوني لهما، أو الإجراءات المتبعة لتطبيقهما.

01. من حيث التكييف القانوني

اعتبر المشرع الجزائري وجل التشريعات المقارنة أن الصلح عقد في القانون المدني، وإجراء يقوم به قاضي شؤون الأسرة، حتى وإن كان هدفهما واحد وهو إنهاء النزاع بطريقة ودية[3].

---

[1] عروي عبد الكريم، الطرق البديلة حل النزاعات القضائية الصلح والوساطة القضائية"، مذكرة ماجيستر، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 17

[2] المادة 459 من القانون المدني الجزائري:" عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه".

[3] عبد الحكيم هبري، المرجع السابق، ص23 .

فيما يتعلق في طبيعة النزاع، يكون إجراء الصلح في المادة الأسرية لصيقا بالنزاع القائم إذ لا يقبل النزاع المحتمل، وعليه فقاضي شؤون الأسرة ينظر فيما هو عالق أمامه من مسائل وخلافات أسرية واقعة فعلا، أما في القانون المدني وطبقا لنص المادة 459 منه يمكن أن يكون النزاع قائما او محتمل الوقوع[1].

في القانون المدني لا تشترط السرية في الصلح فغالبا ما تتعلق الدعاوى بالأموال سواء كانت عقارية أو منقولة ، عكس الصلح في قضايا الأسرية يغلب عليها الطابع السري لأنها تتعلق بحالة الأشخاص بذاتهم[2].

02. من حيث إجراءات رفع الدعوى

قاضي شؤون الأسرة المكلف هو من يتولى القيام بشؤون الأسرة، يمكن له القيام بإجراء عدة محاولات الصلح بنفسه أو أن يقوم به حكمين تحت إشرافه، طبقا لنص المادة 49 من ق أ وكذا المواد 439 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الصلح في القانون المدني يكون بسعي من القاضي، أو بمبادرة من الأطراف المتنازعة وتكون في أي مرحلة كانت عليها الدعوى[3].

القاضي المدني له السلطة التقديرية في اختيار الوقت المناسب لعرض الصلح على الأطراف، سواء في بداية النزاع أو قبل الفصل في النزاع ، عكس قاضي شؤون الأسرة سلطته مقيدة في اختيار الوقت المناسب لإجراء الصلح، بحيث عليه إجراء الصلح خلال فترة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، وفقا لنص المادة 49 من القانون المدني[4].

---

[1] هداج وحيد، الوسائل الودية لتسوية المنازعات الأسرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الخاص، جامعة ابن خلدون، تيارت، سنة 2023/2022، ص 81

[2] هداج وحيد، المرجع نفسه، ص 81.

[3] عبد الحكيم هبري، المرجع السابق، ص 29.

[4] المادة 49 من قانون الأسرة:" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

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

إن حق اللجوء الى القضاء هو من الحقوق العامة التي يكفلها القانون للناس جميعا وهو الحق الذي تقضي به القواعد العامة في القانون[1]، لكن يمكن أن يورد القانون استثناءا على القاعدة بمعنى أنه بالرغم من وجود اعتداء على الحق أو المركز القانوني للشخص يمنعه من اللجوء الى القضاء إلا بعد الحصول على إذن مسبق وهو ما يسمى ب:" المنع المؤقت" فلا ينفتح أمامه باب القضاء إلا بعد استيفائه إجراء المصالحة في منازعات العمل بحيث تنص المادة 19 من القانون 90-04 [2]إذ يترتب على رفع الدعوى قبل استيفاء هذا القيد عدم القبول ، وفي حالة عدم حصول صلح بين الطرفين حينئذ يحق للخصم اللجوء الى القضاء للمطالبة القضائية[3]

الفرق بين الصلح في شؤون الأسرة يقوم به القاضي بمجرد رفع النزاع أمامه فهو إجراء وجوبي ، أما الصلح في المادة الاجتماعية غير قضائي باعتبار انه يتم قبل ولوج أروقة القضاء.

ثالثا: تمييز الصلح عن الوساطة

لنظامي التحكيم والصلح عناصر يشتركان فيها وتمثل نقاط تشابه بينهما، نجمله فيما يلي: يتشابه نظام الصلح ونظام التحكيم في أن كليهما يحسم به النزاع بتراضي أطراف المنازعة دون استصدار حكم قضائي[4]

---

[1] زودة عمر، الاجراءات المدنية على ضوء اراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر، ص 75

[2] تنص المادة 19 من القانون 90-04 على أن :" يجب ان يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية"

[3] زودة عمر، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، مرجع سابق، ص –ص 77-79

[4] البدراني شيماء ، أحكام عقد الصلح، مرجع سابق، ص 37

مراقبة القضاء العام في الدولة للصلح والتحكيم على السواء في مدى مخالفتهما للنظام العام[1].

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

ما يختلفان في نقاط أهمها:

نظام الصلح يعد وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذوو الشأن بأنفسهم أو بواسطة من يمثلونهم بينما يقتصر نظام التحكيم على أطراف الاتفاق على التحكيم باختيار أفراد عاديين يتولون الفصل في نزاعهم[2].

إن اختيار شخص ثالث في عقد الصلح ليقوم بالتوفيق، فأنه لا يعدو أن يكون وسيطا أو مصالحا، وما يتوصل إليه من حلول لا يكون ملزما إلا بعد رضاهم بينما ما يصدره المحكمين يكون ملزما للأطراف لأنه لا يعتد بإرادة الأطراف المحتكمين فور انصرافها إلى تحويل من يفصل في النزاع[3].

يعد حكم المحكمين سنداً تنفيذيا متى صدر الأمر بتنفيذه من القاضي، في حين أن الصلح لا يكون قابلا للتنفيذ ولا يكون سندا تنفيذيا إلا إذا تم أمام القضاء وبإقرار الخصوم واثبات ذلك في محضر الجلسة أين تصادق عليه المحكمة[4].

---

[1] السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ص 513

[2] التحيوي محمد السيد الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ،ص 146.

[3] التحيوي محمد السيد الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع نفسه، ص 147.

[4] التحيوي محمد السيد، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 148.

في حالة ما إذا حدث تنازل عن بعض الحق مقابل الجزء الذي يتنازل عنه الطرف الآخر من اجل التصالح، يكون الأطراف المختصمين على علم بما سيتم التنازل عنه، بخلاف التحكيم فان طرفي الخصومة يجهلان الحل الذي سينتهي إليه النزاع لأنه متروك للحكمين[1] تختلف طبيعة ولاية كل من المحكم والقاضي المصالح، فالقاضي لا يستمد ولايته إلا من القانون وحده، بينما المحكم يستمدها من إرادة الأطراف[2].

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

رابعا: تمييز الصلح عن التحكيم

تشكل دعاوى الطلاق أغلب القضايا أمام أقسام شؤون الأسرة. فبسبب خصوصية هذه الخصومات وطبيعتها، قد استثناها المشرع من إجراءات الوساطة المنصوص عليها في الكتاب المخصص للطرق البديلة لحل النزاعات، ونظم لها إجراءات خاصة يتم بموجبها حل هذه النزاعات عن طريق جلسات الصلح التي يعقدها قاضي شؤون الأسرة تطبيقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح مع كاتب الضبط والطرفين[3].

[1] أبو الوفاء احمد، المرجع السابق، ص 31.

[2] بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 47.

[3] تنص المادة 49 من قانون الأسرة على أنه "لا يثبت الطلاق إلا يحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 03 أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

إن محاولة الصلح بين الزوجين من طرف القاضي إلزامية في قضايا الطلاق طبقا الأحكام المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية[1].

فالصلح في قضايا الطلاق يتميز بكونه إجراء وجوبيا يعرضه القاضي على الزوجين في جلسات سرية على ألا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، وإذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يحرر القاضي محضرا بذلك.

ويتميز هذا النوع من الصلح كذلك بكونه يهدف إلى حمل الأطراف على العدول عن الطلاق المطروح على القضاء والعودة لمواصلة الحياة الزوجية بعد حل خلافهم بطريقة ودية ولو في إطار شروط جديدة يتنازل بمقتضاها كل طرف عن جزء من حقوقه فيه، وبذلك يتفق الصلح كإجراء وجوبي في قضايا الطلاق مع الوساطة كطريق بديل لحل النزاعات من حيث الموضوع في التوفيق بين الخصوم ومن حيث كون الوساطة إجراء فرضت المادة 994إم إ على القاضي اقتراحه على الخصوم بمناسبة النزاع المطروح عليه[2].

وكذلك يفسر على أنه رفض لمحاولة الصلح حالة تخلف أحد الزوجين عن جلسة الصلح بدون عذر مقبول رغم إخبارهما رسميا بتاريخ ومكان انعقاد الجلسة، فإنه يجوز لقاضي شؤون الأسرة أن يحرر محضرا بذلك طبقا لنص المادتين 441 و442 ق إ م إ يوقعه أمين الضبط تم يقوم بالفصل في الدعوى بالحالة التي عليها بعد استنفاذ إجراءات تبادل المذكرات عند اللزوم[3].

---

[1] المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] تنص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:" يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام."

[3] المادتين 441 و442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: وجوبية إجراء الصلح في شؤون الأسرة

لا تزال الطبيعة القانونية للصلح تثير الكثير من الجدل، لدى رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة(49) من قانون الأسرة إلى اتجاهين، بين من يرى أن إجراء الصلح إجراء جوهريا ومن النظام العام وهذا ما سنتطرق اليه في **الفرع الأول**، واتجاه أخر يرى عكس ذلك باعتباره إجراء غير جوهريا وبالتالي عدم وجوبيته في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول: الصلح إجراء جوهري في قضايا شؤون الأسرة

يرى هذا التجاه بأن محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي إجراء جوهري سابق على الحكم بالطلاق باعتباره من النظام العام هذا من ناحية الإتجاه الفقهي وبعد الاطلاع على القرارات الصادرة عن المحكمة العليا نجدها ذهبت إلى القول بأن القاضي الذي يحكم دون قيامه بإجراء محاولات الصلح بين الزوجين، يعتبر قد أخطأ في تطبيق القانون .

أولا . الاتجاه الفقهي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري

في التفسير الفقهي لرجال القانون نصي المادة 49 من قانون الأسرة، وكذا المادة 439 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، بأن محاولات الصلح التي يقوم بها قاضي شؤون الأسرة تعد من الإجراءات الأولية والجوهرية السابقة للحكم بفك الرابطة الزوجية[1].

جاء في نص المادة 49 من قانون الأسرة بأنه نص إجرائي يوجب القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وهو إجراء إجباري يجب عليه القيام به[2].

فقد اعتبر أن محاولة الصلح :" الزامية وهي من النظام العام لكون المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة لم يترك المشرع الخيار أمام القاضي القيام بمحاولة الصلح من عدمها،

[1] عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص44

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2002، ج 1، ص 375.

بل نص على عدم إثبات الطلاق إلا بحكم، والذي يسبقه إجراء محاولة الصلح، فمحاولة الصلح إذا هي إجراء جوهري[1].

كما أن إجراء محاولة الصلح من طرف القاضي قبل الحكم بالطلاق من الإجراءات الجوهرية وإن عدم القيام بها إطلاقا يعد إخلالا بإجراء جوهري[2].

ثانيا: الاتجاه القضائي المؤيد لفكرة الصلح كإجراء جوهري

أصدر قضاء المجلس الأعلى قرار رقم 57812 المؤرخ في1989/12/25 " ان من المقرر قانونا لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد محاولة صلح من القاضي والقاضي بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون[3].

عدم القيام بإجراء الصلح وفق موقف القضاء بخصوص حكم القاضي بفك الرابطة الزوجية يعد خطأ في تطبيق القانون يستوجب نقضه، هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 75141 المؤرخ في 1991/06/14" أن الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون فالقيام بهذا الإجراء قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له، الأمر الذي يستوجب نقضه[4].

نستخلص أن الصلح إجراء أوجبه القانون ويعد من النظام العام وإغفال القرار القيام بهذا الإجراء يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفا له الأمر الذي يستوجب نقضه، كون أن المادة 49 من قانون الأسرة تخاطب القاضي لا المتاقضيين فالقاضي هو من يقوم بعملية الصلح قبل الحكم بالطلاق، غير أن عدم حضور طرفي الخصومة وعدم مخاطبتهم بأي نص يلزمهم

---

[1] لحسن بن آث ملويا، المنتقى في قضايا الاحوال الشخصية، ج 1، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006، ص 197.

[2] لحسن بن آث ملويا، المرجع نفسه، ص-ص 199 -200.

[3] عبد الحكيم هبري، المرجع السابق، ص 45

[4] عبد الحكيم هبري، المرجع السابق، ص 47.

باحترام الصلح كإجراء جوهري يعيق العمل القضائي، ويعطي انطباع يوحي بأن هذا الإجراء لا جدوى منه.

الفرع الثاني: محاولة الصلح إجراء غير جوهري

اعتبر هذا الاتجاه أن الصلح إجراء غير جوهري ولا يعد من النظام العام، ومصدر هذا القول هو القانون نفسه وكذا القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، فكلاهما فيه إشارة إلى اعتبار الصلح من الاجراءات غير جوهرية وأنه مجرد إجراء شكلي.

يرى الأستاذ لمطاعي نور الدين ان محاولة الصلح إجراء غير جوهري وبالتالي لا يعد من النظام العام والدليل على ذلك انه في بعض الحالات يعد إجراء الصلح من طرف القاضي في المادة الأسرية في حد ذاته مخالفا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من قانون الأسرة الجزائري[1].

والقاضي هنا يقوم بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين من الأمور التي تدعم أكثر أن محاولة الصلح ليست إجراء جوهري هو أن المشرع حدد لها 3 أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى، وهو ما يفيد أنه لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء الصلح بعد انقضاء المدة المحددة[2].

كما يرى الأستاذ زيدان عبد النور :"... بعد أن كان الموقف لدى المحكمة العليا مستقر على إلزامية محاولة الصلح قبل الحكم بالطلاق، نجد بعض القرارات التي تفيد عكس هذا تماما وتؤكد على أن محاولة الصلح لا تعتبر سوى إجراء شكلي غير جوهري، الغاية منه

[1] المادة 51 من قانون الأسرة:" لا يمكن ان يراجع الرجل من طلاقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء."

[2] لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي واثارها على الأحكام القضائية، ط 02، دار فسيلة، الجزائر، 2009، ص 141.

الوعظ دون غيره، بما يستفاد منها أنها إجراء غير إلزامي ولا يترتب على مخالفته بطلان ونقض العمل القضائي المترتب مخالفة له"[1] .

في حالة ما اتفق الزوجين على الطلاق بينهما وكل ما يتعلق بذلك، وحالة ما إذا أعلن أحد الزوجين بشكل صريح رفضه المطلق لمبدأ الصلح[2]، أو عندما تتمسك الزوجة بالتطليق لغياب الزوج بلا عذر لمدة طويلة وعدم حضوره لجلسات الصلح لأنها لا تعلم أين هو أصلا[3].

في بعض قرارات المحكمة العليا اعتبرت أن محاولة إجراء الصلح ليست إجراء جوهريا، هذا طبقا لما تضمنته أحد القرارات الصادرة عنها :" ان محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجوهرية وإن لفظ الطلاق والتطليق تصدر دائما نهائية"[4].

بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005 استمرت المحكمة العليا باعتبار الصلح إجراء شكلي وغير جوهري، ذلك ما ورد في أحد القضايا المعروضة أمام المحكمة العليا والتي أدعى فيها أحد طرفي النزاع عدم قيام القاضي الأول ومن ورائه قضاة المجلس القضائي بمحاولة الصلح، وهذا من مبطلات الحكم لمخالفة المجلس لقاعدة جوهرية[5].

أصدرت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/11/15 القرار رقم

---

[1]. زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص 118.

[2]. سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، ط 03، 1996، ص 384.

[3]. زيدان عبد النور المرجع السابق، ص 119.

[4]. المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 36962 المؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، ع .02، 1990، ص 40.

[5]. هداج وحيد، المرجع السابق، ص89.

372130 [1]:" محاولة الصلح في دعوى الطلاق تتم وجوبا أمام المحكمة فقط، فالمادة 49 ملزمة للقاضي أول درجة دون قضاة الاستئناف، فما ذهب اليه قضاة المجلس في قرارهم كان يتماشى والقانون مما يتعين رفض الوجه لعدم قانونيته، وتبعا لذلك رفض الطعن، وهو ما يفيد بمفهوم المخالفة بأن إجراء الصلح غير جوهري.

وجاء في اجتهاد المحكمة العليا القرار السابق رقم 210451 حول عدم تطبيق المادة 49 من قانون الأسرة الذي جاء فيه أن رد على المثارة عن الفرع الثالث المأخوذ عن مخالفة المادة 49 من قانون الأسرة بدعوى ان قضاء الموضوع لم يقوموا بإجراء الصلح لكن وحيث أن القرار المنتقد قد نص على ان الطعن قد تخلف عن الحضور خصوصا وأن إجراءات الصلح المنصوص عليها بالمادة المشار اليها تخص المحاكم دون المجالس وعليه الفرع غير مؤسس[2].

المطلب الثاني: أركان الصلح

كل عقد لابد له من أركان ولا بد من توافر هذه الأركان مع شروطها كاملة، حتى يصبح العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره، وعقد الصلح من هذه العقود وله أركان وشروط، ومن خلال ذلك نتطرق إلى أركان الصلح وشروطه في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، وإلى أركان الصلح وشروطه في القانون الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: أركان الصلح في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في أركان عقد الصلح على قولين، هما:

---

[1]. المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 372130 المؤرخ في 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2007، ص 463

[2]. المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 210451 المؤرخ في 1999/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص-ص 253 -254.

أولا: عند الحنفية

يقوم عقد الصلح عند الحنفية على ركن واحد وهو الصيغة المؤلفة من الإيجاب والقبول الدالة على التراضي من المتصالحين، بأن يقول صالحتك على كذا بكذا، ويقول الآخر قبلت أو رضيت أو صالحتك، فإن وجد الإيجاب والقبول فقد تم عقد الصلح[1].

ثانيا: عند الجمهور

يقوم عقد الصلح عند جمهور فقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة على أربعة أركان الصيغة والعاقدان ومحل العقد وبدل الصلح[2]

أ. المصالح

ويقال لكل من المدعي والمدعى عليه: مصالحا سواء أعقد الصلح لنفسه أم عقده لغيره كالوكيل والوصي والولي"، ويشترط فيه[3]:

أن يكون المصالح عاقلا أهلا للصلح، فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام أملية التصرف بانعدام العقل، وأما البلوغ فليس بشرط، فلا يصح صلح الصبي المأذون له إذا كان له فيه نفع أو لا يكون فيه ضرر ظاهرة[4].

ألا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة سواء أكان الصغير عليه أم كان وليه مدعيا له وأن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله، كالأب والجد والوصي[5].

أن لا يكون المصالح مرتدا، ويكون صلحه نافذا بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة

---

[1] الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 7، تحقيق: علي عدد معوض وعادل أحمد عبد الوجود، بيروت: دار الكتب العلمية، 1423، ص468.

[2] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 388.

[3] علي سيدر، دور الحكام شرح مجلة الأسكام، مج ،4 ط، خاصة بيروت: دار عالم الكتب، 1423، ص 11.

[4] الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق، ص 468.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5 رط: 2، دمشق: دار الفكر، 1405./1985م)، ص299/300.

وأما المرتدة فصلحها جائز بلا خلاف؛ لأن حكمها حكم الحربية"[1].

ب. المصالح عليه

وهو بدل الصلح، سواء أكان مالا أم لم يكن، يكون بدل الصلح مالا أو بعض منفعة. أن يكون متقوما، فلا يصح على الخمر والخنزير من المسلم؛ لأنه ليس بمال متقوم في حقه. أن يكون مملوكا للمصالحة، وأن يكون معلوما[2].

ج. المصالح عنه

وهو الشيء المدعى به أن يكون حق للأدمي، فلا يتم الصلح على حق الله –عز وجل– حق الله لا يصح فيه إسقاط أو إبدال، أما حق الأدميين فتقبل الصلح والإسقاط والمعاوضة وأن يكون حق للمصالح، وأن يكون حقا ثابتا له في المحل.

د. الصيغة

وهي ما يكون به العقد الإيجاب والقبول يجب في كل الصلح حصول الإيجاب من المدعي والقبول من المدعى عليه، ويجوز أن يكون عكسهما[3]

الفرع الثاني: أركان الصلح في القانون الجزائري

أركان عقد الصلح في القانون المدني الجزائري على ثلاث التراضي والمحل والسبب كما يلي:

أولا: التراضي

عقد الصلح من عقود التراضي، يكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من المتصالحين، وتوافر الأهلية فيهما وخلو إرادة كل منهما من العيوب عيوب الرضا من الغلط والتدليس، الإكراه والتهديد ، تنص المادة 459 القانون المدني على ما يأتي" يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح"، يظهر من نص هذه

[1] علي سيدر، دور الحكام شرح مجلة الأسكام، مرجع سابق، ص 42

[2] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 11.

[3] علي حيدر، دور الحكام، مرجع سابق، ص 09.

المادة أن الأهلية التي يشترطها القانون في المتعاقدين بالصلح هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تم حولها التصالح والذي يؤدي إلى التنازل المتبادل بين المتصالحين عن جزء من الحقوق والإدعاءات، كما حددتها المادة 07 من قانون الأسرة ببلوغ سن 19 سنة، كما نصت على حالة فاقد الأهلية في المادة 81 منه[1]

ثانيا: المحل

هو الركن الأساسي الثاني لقيام العقود كلها، أن محل الصلح في القانون هو الحق محل التنازع بين الأطراف، ومن خلال تعريف الصلح في المادة 459 من المدني[2].

فالتنازل المتبادل بأن ينال أحد الزوجين كل الحق به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن تنازل كل عن حقها المتنازع عليه أو جزء منه أو بدلا عنه للزوج الآخر، والحق المتنازع فيه هو محل الصلح يجب فيه (وجود محل الصلح أو إمكانية وجوده، تعيين محل الصلح أو قابلية تعيينه، مشروعية محل الصلح وقابلية التعامل فيه)، فمحل عقد الصلح بين الزوجين متمثل في الحقوق والواجبات المخولة لكل منهما في المواد 36، 37 من قانون الأسرة الجزائري[3].

من خلال الفقهين فإن القانون كان أوسع نطاقا شرط وجود محل الالتزام أو على الأقل إمكانية وجوده أو قابليته أما الفقه الإسلامي فإنه لا يوجد إلا شرط الوجود، لا بد أن يكون المحل موجودا فعلا وقت إبرام عقد الصلح، أما تعين محل الالتزام أو إمكانية تعيينه الفقهين متقاربين، فالفقه الإسلامي يشترط العلم بالحق المتصالح عنه، وقانون تعيين الذات أو الجنس والنوع أو قابلية تعيينه. والقانون يشترط أن يكون المحل مشروعا أو قابلا للتعامل

---

[1] طاهر برايك، مقد الصلح" دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2001/2002م، ص 76.

[2] تنص المادة 459 من القانون المدني الجزائري على أن:" أنه عقد ينهي القانون أنه عقد منهما على وجه التبادل عن حقه"

[3] طاهر برايك، مقد الصلح" دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 70.

فيه أي غير مخالف للنظام العام وللآداب أما الفقه الإسلامي أن يكون المصالح وليس من حقوق الله تعالى، فلفظ حق الله تعالى أوسع من حيث الصياغة من مصطلح النظام العام والآداب[1].

ثالثا: السبب

أ. السبب بالمعنى التقليدي

هو الغرض المباشر الذي من أجله التزم المدين، فيكون سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعائه، ومن الفقهاء من يجعل السبب في عقد الصلح هو حسم نزاع قائم أو محتمل الوقوع[2].

ب. السبب بالمعنى الحديث

هو الباعث الدافع للمتصالحين أو الزوجين على إبرام الصلح، فقد يكون خشية خسارة الدعوى أو العزوف عن التقاضي بما تتطلبه من وقت العلانية والتشهير، والإبقاء على صلة الرحم ويمكن استخلاص البواعث من أسباب الزواج نفسه من تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون والإحصان[3].

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 560.

[2] طاهر برايك، مقد الصلح" دراسة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية"، مرجع سابق، ص 79.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع نفسه، ص 561.

المبحث الثاني: خصوصية الصلح في مسائل فك الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليه

اعتبر المشرع الجزائري الصلح بين الزوجين قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية بمختلف صورها لابد منه، للمحافظة على الرابطة الزوجية من خلال محاولته التقليل من ظاهرة الطلاق والتطليق بوضع اجراءات وقائية وعلاجية، وذلك باعتبار الصلح اجراء وجوبي في النزاعات الأسرية من جهة، او تعيين الحكمين في بعض الحالات، فجاءت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتنص على ان المحكمة قبل ايقاع التفرقة بين الزوجين تكون ملزمة بالقيام بمحاولة الصلح، وحسب المادة 446 من نفس القانون اعتبر المشرع محاضر الصلح بمثابة سند تنفيذي لا يجوز الطعن فيه الا اذ خالف احكام القانون.[1]

وقد قسمنا هذا المبحث الى مطلبين حيث تناولنا اجراءات الصلح في فك الرابطة الزوجية في المطلب الاول، والاثار المترتبة عن جلسة الصلح في المطلب الثاني.

المطلب الأول: اجراءات الصلح في فك الرابطة الزوجية

اهتم قانون الاسرة الجزائري بالأسرة ورعى العلاقة بين الزوجين فعالج النزاع الذي يحدث بين الزوجين في الصلح في حالة النشوز والشقاق، فتعتبر جلسة الصلح إجراء وقائي من أجل الحفاظ على الأسرة والمجتمع ككل، فدراسة اجراءات الصلح تقتضي التطرق الى معالجة دور القاضي في مباشرة اجراءات الصلح ولابد من التطرق الى الشروط الموضوعية لإجراء محاولة الصلح في الفرع الأول، وكذا الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح في الفرع الثاني.

[1]– بن عودة حسكر مراد، سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه والية تفعيله، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، ع 01 سنة 2020، ص 01.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولة الصلح

تتمثل الشروط الموضوعية لإجراءات محاولة الصلح في ضرورة رفع الدعوى التي تكون موضوعها فك الرابطة الزوجية ثم تتطلب أطراف جلسة الصلح بالإضافة الى ضرورة قيام العلاقة الزوجية.

أولا: ضرورة رفع الدعوى

يجب ان يكون هناك نزاع ورفع دعوى امام القضاء، اذ لا يتصور اجراء الصلح من غير سبب، لابد ان يكون هناك نزاع او تلفظ الزواج بكلمة الطلاق.[1]

وتنص المادة 48 من قانون الاسرة يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين او بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 اي بالتطليق والخلع وعليه فالمشرع اعتبر كل هذه الصور طلاقا بمعناه العام كطريق لحل الرابطة الزوجية، ومادام حق فك هذه الرابطة الزوجية ثابت للزوجين معا، فإن ممارسته يجب ان تتم عن طريق التوجه للقضاء وتسجيل دعوى قضائية، وتعتبر هذه الاخيرة الوسيلة الاجرائية الوحيدة التي يمكن من خلالها التعبير عن الارادة في هذا الاطار من الناحية القانونية، باعتبارها اصلا سلطة الشخص التي يخولها له النظام القانوني في اللجوء الى الجهات القضائية لغرض حماية حقه2[2].

أخيرا القاضي لا يمكنه اجراء الصلح في اي دعوى لحل الرابطة الزوجية الا بعد رفع الدعوى وانعقاد الخصومة.

---

[1]– سامية بن قوية، الصلح في قانون الاسرة الجزائري، اشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية القانونية، تخصص قانون الاسرة، ص 12 .

[2]– بن هبري عبد الحكيم، الحكام الصلح في قضاء شؤون الاسرة، مرجع السابق، ص 192–193.

ثانيا: اطراف جلسة الصلح

تتشكل جلسة الصلح من أهم الاشخاص الرئيسية وهما الزوجين، وعند عرض الطلب على القضاء يوجد اشخاص اخرون هم القاضي المكلف بشؤون الاسرة الذي يجري محاولة الصلح وأمين الضبط، وبذلك تتحدد أشخاص جلسة الصلح: الزوجين، القاضي، وأمين الضبط.[1]

ثالثا: وجود علاقة زوجية

إن محل الصلح بين الزوجين هي العلاقة الزوجية بينهما، فلا صلح في غياب هذه الرابطة ومن ثم نتساءل متى نكون بصدد علاقة زوجية قائمة فعلا؟، وهل يشترط لإجراء الصلح من طرف القاضي ان يحصل دخول حقيقي بين الزوجين؟، وما هو الحل إذا كان الزواج زواجا عرفيا؟

لقد ذكر البعض من الفقهاء الزواج بأنه:" عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات".[2]

قال الله تعالى:[**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ** ﴿٢١﴾][3]،

بالرجوع الى نص المادة 04 من الأمر رقم 05-02 المعدل والمتمم المتضمن قانون الاسرة التي جاء فيها:" الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

---

[1]-بلقاسم نادية، عمارة العربي، دور قاضي الاسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة ماستر، تخصص قانون الاسرة، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2019، ص 39.

[2] -محمد ابو زهرة، احوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص19.

[3]- الآية 21، سورة الروم.

فلا يمكن القول بمحاولة لصلح من غير وجود لعقد زواج قائم فعلا بين زوج وزوجة وعليه شرط الزواج هو الركن الأساسي لمحاولة الصلح، وعقد الزواج الرسمي هو الوسيلة والتي يمكن من خلالها اثبات الصفة في ذلك، لان الطلاق لا يكون الا في عقد زواج قائم فعلا من الناحية الشرعية على الاقل، فلا يكون الا بناء على عقد زواج صحيح ولازم[1] ولا يشترط حصول دخول حقيقي في الزواج حتى يمكن إجراء الصلح.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح

تتمثل الشروط في كل من وجوبية إجراء محاولة الصلح امام المحكمة، الميعاد والمدة المحددة لإجراء الصلح إلزامية حضور الزوجين شخصيا، مدى اختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح.

أولا: الشروط الشكلية لانعقاد جلسة الصلح

تعتمد الشروط الشكلية لانعقاد جلسة الصلح على التشريعات والقوانين المعمول بها في البلد أو المنطقة المعنية. ومع ذلك، يمكن توضيح بعض الشروط الشكلية العامة التي قد تنطبق في العديد من الأنظمة القانونية

أ- وجوبية إجراء محاولة الصلح أمام المحكمة:

الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى القضائية الزامية لفك الرابطة الزوجية في المحكمة أول درجة، وهو ما توضحه المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، تفصل في جميع القضايا، لا سيما في قضايا شؤون الأسرة...فهذا القسم ينظر على الخصوص في دعاوى انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة، وذلك

[1]-زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 101.

طبقا لنص المادة 423 من نفس القانون، وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 " محاولة الصلح في دعوى الطلاق، تتم وجوبيا أمام المحكمة فقط".[1]

ب- ميعاد والمدة المحددة لإجراء الصلح

نصت المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 442 من قانون الإجراءات المجنية والإدارية على أنه في جميع الحالات يجب الا تتجاوز محاولات الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق، كما ان للقاضي ان يمنح للزوجين مهلة تفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، ويجوز له القيام بتدابير مؤقتة ويكون ذلك بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ولكن في المقابل قد جعل مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر كحد أقصى.[2]

ج- مدى اختصاص المجلس القضائي بإجراء الصلح

قد يحدث وان يحكم القاضي الدرجة الأولى برفض دعوى طلب فك الرابطة الزوجية، لسبب قواعد الاختصاص او لسبب اخر، وبالرجوع الى نص المادة 57 من قانون الاسرة.[3]

وبمفهوم المخالفة لهذا النص، يجوز الاستئناف مدام لم يفصل الحكم في الشق المتعلق بفك الرابطة الزوجية ناهيك عن الشق المادي الذي لم يتعرض له اصلا، حيث يمكن لمن رفضت دعواه أن يعيد رفعها من جديد، او له ان يستأنف، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 1999/02/16 والذي جاء فيه:" انه من المستقر

[1] – المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 372130 المؤرخ في 2002/11/15، المجلة القضائية، ع02، سنة 2007، ص 463-467.

[2] المادة 442، من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مصدر سابق.

[3] –تنص المادة 57 من ق أ:" تكون الاحكام الصادرة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيها عاد جوانبها المادية".

عليه القضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق امام المجلس القضائي، لما تقضي المحكمة بالرجوع الى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق".[1]

لكن هناك اختلاف حول هذا الامر اذن حسب المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري نصت على وجوبية إجراء محاولة الصلح ولم تميز بين المحكمة والمجلس القضائي، وبالتالي يجب على القاضي ان يقوم بها قبل النطق بالطلاق سواء كان على مستوى المحكمة او على مستوى المجلس.[2]

ويرى اتجاه اخر من الفقه بان لا ضرورة لإجراء الصلح من جديد امام جهة الاستئناف بعد فشل محاولة الصلح امام المحكمة، وخاصة وان قانون الاجراءات المدنية والادارية لا ينص على إجراء محاولة الصلح في شؤون الاسرة في جميع مراحل الدعوى، في هذا المجال انتقد أحد فقهاء القانون المغربي في مدونة الاسرة المغربية بحيث يعتقد ان هذا لا يتفق مع ما ورد في نص المادة 82من مدونة الاسرة المغربي التي تقابل المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري.

بناء على ذلك الصلح بصفة عامة وفي شؤون الاسرة يكون قبل المرافعات وتفاديا من تزايد تعقيد علاقة الزوجين، اما اذ فشل في البداية وواصل الطرفان اجراءات التقاضي إلى أن يصدر حكم قضائي فلا يبقى فائدة من إجراء الصلح من جديد امام جهات الاستئناف.[3]

د- بدء سريان فترة الصلح

يلاحظ غموض بشأن المدة التي حددها المشرع في المادة 49، ورتب عليها اثارا في المادة50 في ما يخص بداية الأشهر الثلاثة ونهايتها، فإذا أخذنا بتاريخ طرح النزاع على المحكمة هذا يؤثر على العدة، فقد يكون الزوج قد طلق زوجته بأكثر من شهر أو شهرين

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، القرار رقم 216850 بتاريخ 1999/06/12، العدد 2001، ص 100.

[2] - قاضي سهام، مرجع سابق، ص 41.

[3] -بن الشيخ اث ملوي الحسين، المرجع السابق، ص 149.

سابقين على تاريخ طرح النزاع فهل تحسب العدة من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أم من يوم صدور الحكم، ما يقتضي التفريق بين الأمرين فيما يخص جلسة الصلح وعلاقتها بالعدة، حاول الأستاذ **بلحاج العربي** الإجابة بقوله: إن ثلاثة أشهر تسري ابتداء من تاريخ نطق الزوج بالطلاق، إذا كان نطق به قبل أن يطرح النزاع على المحكمة، إلا أن الأستاذ **لحسين بن شيخ آث ملويا** يرى: أن الموقف الذي جاء به **بلحاج العربي** تم نقله عن الأستاذ **فضيل سعد** دون أي تعليل له واعتبر سريان مدة ثلاثة أشهر الخاصة بالصلح من تاريخ نطق الزوج أمر غير مستساغ، ويعتبر مساسا صارخا لنص المادة 49 من قانون الاسرة الى أن في غاية الوضوح ولا يحتاج الى تفسير[1].

كون ان هناك فرق بين الطلاق اللفظي للزوج والطلاق الواقع قانونا ومن خلال هذا التناقض في مسألة بدء سريان الصلح وعلاقته بالعدة، حيث اذ طلق الزوج زوجته بعد شهران مثلا ثم لجأ هو أو زوجته الى تثبيت الطلاق في المحكمة، في هذه الحالة فإن مدة العدة تمر وتبقى المدة المتبقية من ثلاثة أشهر، فالصلح في هذه حالة يصبح دون جدوى كون ان الزوجين أصبحا غريبين عن بعض وتتم الرجعة بأن يراجعا الرجل مطلقته لابد من عقد جديد، وهذا ما ذهبت اليه الأستاذة بن قوية سليمة:" الصلح في هذه الحالة هو مجرد إجراء قانوني فعملية الصلح ليس لها ثر على وقوع الطلاق من الناحية الشرعية لأنه يجب أن نفرق بين الطلاق الشرعي ووقوعه قانونا"[2].

[1]- بن هبري عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 203.

[2]- سامية بن قوية، الصلح في قانون الأسرة الجزائري اشكالات وقانونية، محاضرة ألقيت على طلبة الدكتوراه والماستر، تخصص قانون الأسرة كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ص 399.

ثانيا: القواعد الشكلية لسير إجراءات الصلح

لابد من توافر قواعد شكلية التي تتطلبها جلسة الصلح ليتم السير فيها، ضرورة التأكد من هوية الزوجين اولا وسماع القاضي للزوجين ثانيا، وسرية جلسة الصلح ثالثا، وعدد محاولات الصلح رابعا، وخامسا واخيرا قواعد الحضور والغياب.

أ- ضرورة التأكد من هوية الزوجين:

يستدعى الأطراف إلى إجراء محاولة الصلح بعد رفع الجلسة العلنية وذلك باستدعائهم الى مكتب القاضي او قاعة المداولات، أو أي مكان آخر داخل المحكمة مخصص لإجراء محاولة الصلح، وتجدر الإشارة الى ضرورة التأكد من هوية الزوجين، من طرف القاضي وان كان القانون لم ينص على ذلك فإنه بالأهمية بمكان، فلا بد ان يتأكد من توافر الصفة لديهم[1]، ومن الضروري كذلك امتلاك الطرفين لبطاقة التعريف الوطنية لإثبات الهوية لأنه في حالة انعدامها يجد القاضي نفسه بين الشك القائم حول حقيقة هوية الزوج او تحويل النزاع الى مسألة اثبات هوية الشخص، حيث يستلزم على القاضي اثناء إجراء الصلح ان يتوخى الحذر ولو تطلب ذلك تأجيل الفصل في القضية حتى يقوم الشخص باستخراج بطاقة هويته أو تقدم ما يفيد حقيقة هويته.

ب- سماع الزوجين:

خص المشرع في المادة 440: "في التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح يستمع القاضي لكل زوج على انفراد ثم معا". [2]

ولعل ذلك لتفادي الضغط والإكراه في الطلاق وحرية كشف وقائع من المعتذر الكشف عنها عند المواجهة، وما هو جاري به من الناحية العملية استقبال المدعى اولا بالمكتب وبعد التأكد القاضي من هويته يستمع اليه على انفراد حيث يستفسر عن السبب الذي دفعه الى

[1]-بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار بغدادي، سنة 2009، ط1، ص 332-336.

[2] – قاضي سهام، مرجع سابق، ص 45 .

الطلاق، ويقوم من خلال المناقشة التوفيق بين الطرفين بأسلوب لن يتضمن النصح والوعظ ولعل الاستماع الى كل زوج على انفراد بدء من رافع طلب فك الرابطة الزوجية، يمكن كل طرف من القول مالا يستطيع البوح به في حضور الطرف الآخر، كما يتردد في قول حقيقة المشكلة الحاصلة بينهما، ثم يتم سماع الطرف الثاني (المدعى عليه)، ويستفسر القاضي (معه او معها) عن السبب الحقيقي الذي جعل الزوج يطلب الطلاق، حيث يقتصي نيتهما ورغبتهما في الطلاق أو تمسكها بالعودة الى المنزل الزوجية.

ج- عدد محاولات الصلح

عبر المشرع الجزائري في المادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم من الأمر 02-05 "عدد محاولات صلح[1]، والقاضي غير ملزم بتحديد عدد الجلسات التي عقدها، لان تكرر المحاولة يخضع لتقدير القاضي متى لاحظ وجود نية في الصلح عند الزوجين، أما في حالة انعدام النية والإصرار الزوجين أو أحدهما على حل الرابطة الزوجية، لا يمنع من الاكتفاء بمرة واحدة طالما أن القاضي تحقق من إرادة الزوج في اقاع الطلاق، فإن الغاية من الإجراء تحققت".[2]

وبعد القيام بإجراءات الصلح، يتعين على القاضي اعداد محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، سواء كانت هذه النتائج سلبية او ايجابية، وبعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حضر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي وامين الضبط والزوجين.

[1]- سامية بن قوية، مرجع سابق، ص 12.

[2] – قاضي سهام مرجع سابق، ص4.

د- سرية جلسة الصلح

جاءت في المادة 439 من قانون اجراءات المدنية والإدارية أن: " محاولة الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية " فالغاية من تشريع المشرع لهذا الاستثناء هو الحفاظ على أسرار الأسرة وحرمته، حيث لا ينبغي أن يحضرها غير الزوجين والقاضي وكاتبه، وتجري أمام القاضي خارج قاعة الجلسات، وبحضور الزوجين شخصيا، دون ممثليهما أو محاميهما[1].

هـ-قواعد الحضور والغياب

والتي تتمثل في قواعد الحضور والغياب في نظر القانون أولا والقضاء ثانيا هنا المشرع ميز بين حالة تغييب احدهما او كلاهما[2]، فان كان التغيب للضرورة الملحة ولسبب مقنع كأن يكون مريضا مثلا، فالقاضي في هذه الحالة يندب قاضي اخر لمساعدته وسماع خصم المريض وهذا بموجب انابة قضائية وهذا طبقا لنص المادة 441 من ق إ م واعلق الاستاذ سنفوقه على فصل القاضي في الدعوى بالحالة التي عليها بقوله:" هل يقضى برفض طلب الطلاق على اعتبار أن إجراء الصلح لم يتم، سيما ان كان الطرف المتغيب هو من سعى الى رفع الدعوى إلزامية الى الطلاق أم تراه يستوجب لطلبات الطرف الحاضر لمحاولة جلسة صلح، ان مثل هذه التساؤلات على قدر كبير من الأهمية وكان على المشرع توقعها وبالتالي وضع اجابات لها أما ان تبقى الأمور على هذا النحو فان ذلك من شأنه ان يتسبب في خلق عراقيل عملية".[3]

ان عدم حضور الطرفين او احداهما لا يعني عدم إجراء محاولة الصلح فهذا يخالف ما جاء به قانون الأسرة، وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 0851107 ما يلي:" حيث

---

[1]-غوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص116.

[2] – زيدان عبد النور، مرجع سابق، ص 40.

[3] – سائح سنقوقة، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ج1، ب، ط، دار الهدى لطباعة لنشر والتوزيع، عين مليلة، 2011، ص 609.

وطبقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة فإنها تقضي لا يثبت الطلاق الا بعد إجراء محاولة صلح بين الطرفين من طرف القاضي حيث انه ثبت من حكم المطعون فيه أن المحكمة أمرت بحضور الطرفين لإجراء الصلح إلا أنهما لم يحضرا فحضر محضر عدم صلح إثباتا لذلك.

و مادام قد ثبت ان المطعون ضده المدعي الأصلي قد تغيب عن جلسة الصلح ويعد مخالفا لمقتضيات المادة 49 من قانون الاسرة مما يجعل الوجهين المثارين سديدين ومنه يتعين نقض الحكم بدون إحالة"[1].

ثالثا: دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية أثناء محاولة الصلح

من أحدث ما جاء به قانون الاجراءات المدنية والادارية، أنه أعطى للقاضي بصفة عامة، وقاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة صلاحيات واسعة في إطار ما يسمى بالدور الإيجابي للقاضي، ومن اجل أن يكون على بينة من أمره وعلى سبيل الوصول الى الحقيقة أصبح هذا الأخير يتدخل في الخصومة، قبل الفصل نهائيا في النزاع المطروح أمامه فيما يخص فك الرابطة الزوجية وما يجسد ذلك هو مقتضى نص المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتخذ القاضي كل تدبير يراه ضروريا ولازما من أجل كشف والبحث عن إرادة الزوج طالب فك الرابطة الزوجية، بما في ذلك وسائل التحقيق من اجل التأكد من إرادة طالب فك الرابطة الزوجية.[2]

وجاء في نص المادة من نفس القانون "يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لا سيما الأمر بالتحقيق أو بخبرة طبية أو الانتقال للمعاينة".

[1] – المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 0851107 المؤرخ في 2013/5/9، غير منشور.

[2] المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ. الأمر بإجراء الخبرة الطبية والاستشارة

جاز للقاضي تعيين خبير أو عدة خبراء وهذا طبقا لنص المادة 126 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ": يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة" وهدف الخبرة يكمن وفق المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي، فالخبير شخص ذو جدارة ومتخصص في الميدان يكلف إما تلقائيا أو من طرف القاضي أو يطلب من أحد الخصوم.

وفقا لنص المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم المتعلق بصلاحيات قسم شؤون الأسرة: " يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، ويجوز له بالإضافة إلى للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء الى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة"[1].

يمكن للقاضي اتخاذ التدابير التي يراها ضرورية حسب نوع النزاع حيث يختلف في ما اذا كان الزوج هو الذي يطلب الطلاق أو الزوجة، وهذه الأخيرة ممكن أن تدفع أن زوجها في حالة جنون أو أنه عقيم أو أنه يعاني من مرض عقلي أو نفسي أو يعاني من إدمان أو أي شيء آخر، فالقاضي يتدخل ويتخذ أي تدبير في هذا المجال[2]، وللقاضي في هذه الحالة سلطة تعيين خبير طبي للتأكد من حالة الزوج ومن خلوه من عيوب وموانع الإرادة.

جاء في قرار المحكمة العليا 0639647: " إن الطلاق من المسائل الإرادية، ومنه فإن كل ما يمكن أن يثير الشك في سلامة هذه الإرادة من العيوب الشرعية والقانونية، يستوجب

[1] المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2]-عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص 232.

التصدي له بالبحث والتدقيق بواسطة أهل الخبرة"[1] لأن الطلاق تصرف ارادي للزوج لابد ان يصدر عن ارادة حرة وهذا يحدث خلال تحدث القاضي الى الزوج والاستفسار عن السبب الذي دفعه للطلاق، واي شك في سلامة إرادته يتصدى لها أهل الخبرة.

قال الرسول صلى الله عليه وسلم:" **ما خاب من استخار وما ندم من استشار**[2]".

يعتمد القاضي في كل أعماله التي يتلقى بشأنها صعوبات استشارة أهل العلم وذوي الرأي، حيث لا يصدر حكمه إلا بناء على يقين، وتكون هذه الاستشارة شفاهه لأنه لو استعصى عليه الأمر الى درجة استصدار أمر كتابي فيلجأ الى طريق اخر من طرق التحقيق كالخبرة، ولكن الاستشارة يلجأ اليها عندما لا تكون المسألة المعروضة عليه معقدة أو فنية الى درجة انه لا يستطيع الفصل فيها، وعليه حتى لو لم يذكرها المشرع فالقاضي دائما يستشير زملائه القضاة، أو ذوي الخبرة من الاطباء وكل من يرى فائدة في استشارته.[3]

ب. الاستعانة بالمساعدة الاجتماعية والانتقال الى المعاينة

اشارت المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الى هذا الإجراء، والمشرع لم يحدد كيف يتم تعيين المساعد الاجتماعي ولا مهامه ما يفهم من هذا تطبيق القواعد العامة، فيتعين العمل بالتنسيق مع مكتب المساعدة الاجتماعية لتعيين مساعد اجتماعي من ضمن المساعدين المعنيين لمراكز تخضع لوزارة التضامن الوطني[4].

المساعد الاجتماعي يصبح كوسيط مكلف بالتواصل المباشر بين الزوجين ومحاولة معرفة الحالة الاجتماعية التي يعيشانها وحالة الاطفال القصر.

---

[1]-المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، رقم 0639647 المؤرخ في 2008/03/12 غير منشور.

[2] -حديث مأخوذ من الموقع الرسمي لسماحة الشيخ الأمام ابن باز رحمه الله.

[3] -مرابط حبيبة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام ومعمق، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2017، ص 22.

[4]- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، ج1، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 444..

التحقيق ينتهي بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المساعد والحلول المقترحة هذا ما اشارت اليه الفقرة الثانية من نفس المادة ويتم الاطلاع على هذا التقرير من طرف الاطراف بواسطة القاضي مع تحديد اجل تقديم تقرير مضاد، ودائما السلطة التقديرية متروكة للقاضي في تحديد الأجل.

وفي هذا السياق جاء في قرار المحكمة العليا رقم 650014 الذي أوجب إلى ضرورة اللجوء الى مساعد بقوله:" ولما تبين من القرار المطعون فيه ان الطاعن يدفع بأن المطعون ضدها لم تمارس الحضانة على أولادها منذ مغادرة البيت الزوجي ولم تطلب بها في المهلة القانونية فان على قضاة الموضوع ان يجروا تحقيقا معمقا فيما يخص ادعاء الطاعن وذلك بالاستعانة بمرشد إجتماعي". [1]

غالبا ما يتم اللجوء الى المساعدة الاجتماعية بخصوص من تؤول اليه حضانة الاولاد الصغار قبل الحكم بفك الرابطة الزوجية كتدبير يلجأ اليه القاضي لإسناد الحضانة مؤقتا أثناء فترة الصلح.

المساعدون الإجتماعيون هم اكثر دراية بالأسباب الاجتماعية التي تحرض النزاع بين الزوجين كالبطالة، وعليه فهم ادرى بعلاجها أو حلها فالمشرع اعتبر السبب الرئيسي لنشوب الخصام العوامل الاجتماعية أكثر من العوامل النفسية، وعليه اذا رأى القاضي ان الأمر بحاجة الى تعيين طبيب نفسي، فهذا يدخل ضمن سلطته التقديرية في اللجوء الى تعيينه طبقا للمبادئ العامة في التحقيق، لأن المشرع لم يخص هذه الحالة بنص قانوني.[2]

[1]- المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار رقم 650014 المؤرخ في 2014/09/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2012، ص 313، 317.

[2] مرابط حبيبة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2017، ص 22.

ج. التدابير المؤقتة المتخذة من طرف القاضي أثناء الصلح

من بين تعديلات التي جاء بها الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 إضافته للمادة 57 مكرر التي تنص على أنه: " يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب امر عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن". ما يسمح للقاضي باتخاذ التدابير المؤقتة بموجب امر غير قابل الى أي طعن وهذا طبقا لنص المادة 442 من ق إ م وإ، وهذه التدابير لحسن سير الخصومة أو العمل القضائي ومن بين هذه التدابير[1]:

1. حق الزيارة حيث يسمح القاضي للزوج ان يزور ابناءه ويلزم على الزوجة تنفيذه.
2. حق النفقة فالمشرع أقر إجراءات سريعة للحصول عليها، عند انفصال الزوجين غالبا ما تترك الزوجة بيت الزوجية مع اولادها وهذا لا يسقط حقهم في النفقة.
3. اسناد الحضانة الى أحد الأبوين، وإذا تعذر ذلك تستند لأحد الأشخاص المبينين في قانون الأسرة، يمكن أن يكون هذا الإجراء موضوع تعديل، إذا تطلبت مصلحة القاصر ذلك، إما تلقائيا من القاضي أو بناء على طلب الولي أو القاصر المميز أو ممثل النيابة العامة أو كل شخص آخر تتوفر فيه الصفة لحماية القاصر[2].

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على محاولات الصلح

يرتب الصلح بين المتصالحين آثارا سواء كان اتفاقيا أو قضائيا، إذ تخضع محاولات الصلح في قضايا شؤون الأسرة لمجموعة من القواعد والاجراءات المحددة المنصوص عليها في كل من قانون الاسرة وقانون الاجراءات المدنية والإدارية، مما يستوجب مراعاتها سلامة الأحكام والقرارات الصادرة بشأنها، ومحاولة الصلح الزامية للقاضي لا يصدر حكم إلا بعد

[1] المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] – المادة 460 من الأمر 08-09 من ق الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

استيفائها يكلل مجهوده بالنجاح بحيث يتفادى الزوجين فك الرابطة الزوجية بينهما، وقد يعتريها الفشل فتأخذ القضية منعرجا اخر وهذا ما سنتطرق اليه.

الفرع الأول: أثر نجاح محاولة الصلح

إن نجاح الصلح بين الزوجين في أية دعوى من الدعاوى السابقة يتخذ عدة اجراءات يقوم بها القاضي ما يرتب جملة من الآثار نذكر منها:

أولا: تحرير محضر الصلح

يعد المحضر إجراء جديد استحدثه المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة بإضافة فقرة ثانية للمادة 49 منه1، ولم يشترط القانون شكلا معينا لمحضر الصلح كما هو الحال بالنسبة

للحكم القضائي، لكن اشترط ضرورة توقيع أطراف الصلح على المحضر، ويقتصر مضمون الصلح على إثبات ما جرى وما صرح به الطرفان دون أن يشمل رأي القاضي أو يعلله لأنه لا يخضع لرقابة جهة قضائية أعلى[1].

ثانيا: مضمون محضر الصلح

إن محضر الصلح الذي يحرره أمين الضبط تحت إشراف القاضي وبحضور الأطراف جميعا أو أحدهما، فضلا على أنه يتضمن معلومات تتعلق بهوية المدعي والمدعى عليه، كما يثبت واقعة الحضور والغياب في التاريخ المحدد لمحاولات الصلح، فإنه يتضمن جميع التصريحات التي يدلي بها الطرفين وكذا دفوعهما وطلباتهما، وحتى الشروط التي يتمسك بها أحد الأطراف أو كلاهما وتدون كاملة.[2]

ولا يخلو محضر الصلح الا من إحدى الحالتين لا غير:

---

[1]- المادة 49 الفقرة 2 من قانون الاسرة الجديد:" يتعين على القاضي تحرير محضر بين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين".

[2] بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، ع3، 2014، ص 100.

-التزمات فردية أو ثنائية بين الزوجين.

- إتفاق وتراضي بدون التزام أو شرط[1].

ثالثا: اكتساب محضر الصلح صفة السند التنفيذي

يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا وفقا بنص المادة 443 من ق إ م وإ، بالإضافة الى نص المادة 9/601 الواردة في الباب الرابع تحت عنوان أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، والتي نصت عل أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي، والسندات التنفيذية هي: الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة ومحاضر الصلح والمودعة بأمانة الضبط، و وهذا يعني أنه يمكن تنفيذ محضر الصلح بعد مهره بالصيغة التنفيذية [2]، دون صدور حكم قضائي لأن الصلح سيد الأحكام كما يقال.

يعتبر المشرع الجزائري محضر الصلح سندا تنفيذيا بعد توقيعه، من طرف القاضي والزوجين وينفذ بمجرد ايداعه لدى امانة الضبط مثله مثل أي حكم.

ويترتب على اثار نجاح الصلح رجوع الحياة الزوجية من جديد وهم ما نصت عليه المادة 50 من قانون الاسرة:" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد "، فإثبات الطلاق يكون بموجب حكم أما شرعا يقع عند نطق الزوج به، ونجاح الصلح يسمح للزوج بمراجعة زوجته إذا كان في فترة العدة الشرعية، ولقوله تعالى:"**[وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا]**".

[1]-العايب صالح، أحكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة، مذكرة الماستر، تخصص حقوق قانون الاسرة، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2022/2021، ص 41.

[2] -تنص المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص من القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية...".

رابعا: الحكم بانقضاء دعوى الصلح

بعد تحرير محضر الصلح من طرف القاضي تصبح دعوى الطلاق بغير موضوع لتصالح الزوجين، اذ يجب استدعاء الزوجين المتصالحين الى جلسة رسمية ليؤكد لهما علانية ما سبق أن تصالحا عليه ليصدر حكمه في الموضوع ليس بالتنازل عنها او رفضها إنما بانقضاء دعوى الطلاق بسبب الصلح طبقا للمادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص على: تنقضي الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى بالصلح.[1]

الفرع الثاني: أثر فشل محاولة الصلح

على غرار نجاح الصلح فإن فشله يتخذ اجراءات اخرى يتم ابرازها في تحرير محضر عد الصلح أولا، ومضمونه ثانيا وثالثا وأخيرا الشروع في مناقشة الدعوى.

أولا: تحرير محضر عدم الصلح

لا تنتهي دائما إجراء محاولات الصلح بالنجاح، قد يصر أحد الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية ففي الكثير من الحالات يعبر عن إرادته صراحة أمام القاضي بذلك، طبقا لنص المادة 443 قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأخيرة على ما يلي " وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

بالتالي يجب على القاضي تحرير محضر عدم الصلح، رغم ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تحرير محضر عدم الصلح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ما أدى إلى وقوع حالات غفل فيها القضاة عن القيام به أو الإشارة اليه في الأحكام والتي تكون عرضة بالنقض، غير أنه بالنظر للمادة 49 من قانون الأسرة الفقرة الثانية نجد أن المشرع أوجب على القضاة تحرير محضر يبينوا فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح من جهة اخرى ما يبين وجوبية تحرير محضر عدم الصلح أو فشله اجتهادات المحكمة العليا في

[1]– عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 283.

هذا الخصوص بنقض الأحكام التي تتم فيه الإشارة لمحضر عدم الصلح سواء قام القاضي بمحاولات الصلح أو أغفل عن ذكر المحضر أم لم يقم أصلا بمحاولات الصلح، نذكر من بينها نقض حكم بالخلع دون الإشارة إلى محضر عدم الصلح كدليل على إجراء محاولات الصلح اللازمة قبل مناقشة الدعوى.

ويحتوي محضر فشل الصلح على هوية الطرفين وتصريحاتهما وتوقيعهما اضافة الى توقيع القاضي وامين الضبط، ويحيل الطرفين الى حضور جلسة علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة ويعود الى متابعة سير الاجراءات للفصل في الموضوع[1].

ثانيا: مضمون محضر فشل الصلح

يأخذ مضمون محضر عدم الصلح أحد الشكلين، إما محضر عدم الصلح لتمسك أحد الزوجين بفك الرابطة الزوجية، الا في الطلاق بالتراضي لا نجد هذا النوع من المحاضر، ويرجع ذلك الى ان احد أطرافه يتمسك بطلبه المتمثل في فك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج[2]، أو بطلب من الزوجة بواسطة الخلع[3]، أو عن طريق التطليق[4]، وعدم تمسكه بعودة زوجه الى مسكن الزوجية. أما الطرف الثاني فالمحضر فيه لا يتضمن اية التزامات على عاتق الزوجين، غالبا لا يوافق على طلب كلا الطرفين ويطالب بالاستمرار بالحياة الزوجية رفضا لطلب المدعي، وبذلك لا يكون سندا تنفيذيا ويتم توقيع الطرفين الى جانب توقيع القاضي وامين الضبط.[5]

---

[1]- عبد الحكيم بن هبري، مرجع سابق، ص 273.

[2]–محضر عدم الصلح . أ .، المحرر عن مجلس قضاء برج بوعريريج **ملحق (8) منقول عن بن هبري عبد الحكيم**

[3]–محضر عدم الصلح . ب .، المحرر عن مجلس قضاء تيبازة **ملحق(8) منقول عن بن هبري عبد الحكيم** .

[4]–محضر عدم الصلح . ج .، المحرر عن مجلس قضاء عين تيموشنت **ملحق (8) منقول عن بن هبري عبد الحكيم**

[5]– المادة 3/442 من القانون رقم 09.08, المتضمن قانون قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ثالثا: دور القاضي في مناقشة موضوع الدعوى

في حالة حضور الزوجين لمحاولات الصلح التي يجريها القاضي في حالة عدم تصالحهما أو تخلف اخدهما بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة لهم، قد قرر المشرع الجزائري انه يتم التطرق إلى موضوع الدعوى ويشرع في مناقشة الموضوع، هذا لان كل الاجراءات المتعلقة بالصلح هي اجراءات سابقة عن الخوض في موضوع النزاع وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية[1]، ويكون الحكم ابتدائيا نهائيا فيما يتعلق بالطلاق، وابتدائيا فيما يخص الجوانب المادية له[2].

[1]–عبد الحكيم بن هبري, المرجع السابق, ص 276.

[2]– المادة 57 من القانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتعلق بقانون الأسرة، ج.ر.ع 04، المعدل بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.

ملخص:

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

ولما كان المشرع الجزائري غير مستقر حول إلزامية محاولة الصلح من جوازها خاصة تلك المتعلقة بمنازعات الأسرة، كما جعل كافة الطرق الطلاق تحت رقابة القضاء للحد من الطلاق التعسفي من جهة، واستكمالا للإرادة التشريعية في حرصها على عرض الصلح بين الزوجين المتخاصمين كآلية تدفع بها للحد من نسب الطلاق المتزايدة من جهة أخرى.

تتم عملية الصلح وفق إجراءات محددة قانونا في مدتها ومكان انعقادها وكيفية إثباتها تحت إشراف القاضي أين تنتهي بتحرير محضر يعد سندا تنفيذيا على اعتبار أن محاولة الصلح تدخل ضمن النشاط القضائي، كما قد تنجح المهمة كما قد تفضل، لكن تبقى لها آثار تختلف بإختلاف الحكم بالطلاق إذا ما كان منشئا أو كاشفا على كلا الزوجين ويبقى دور المحكمة حاسما في إثبات الصلح بينهما.

الفصل الثاني:

التحكيم طريق بديل لحل النزاعات الأسرية

تعد النزاعات الأسرية من القضايا الحساسة والمعقدة التي تتطلب حلولاً فعالة وسريعة، ومن المعروف أن القضاء التقليدي يتطلب وقتًا طويلاً وتكاليف مرتفعة وأحيانًا يمكن أن يؤدي إلى تصاعد النزاع بين الأطراف لذلك يلجأ البعض إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية.

يتمثل التحكيم في إشراك طرف ثالث مستقل يعرف بالمحكم لاتخاذ قرار نهائي يحل النزاع بدلاً من اللجوء إلى المحكمة يتم تحديد القواعد والإجراءات التي يتبعها المحكم، وتخضع الأطراف للقرار النهائي الذي يصدره المحكم التي يمكن حلها من خلال التحكيم الأسري. ويعزز التحكيم المرونة والخصوصية وسرية الإجراءات، ويوفر فرصة للأطراف لتحديد القواعد والإجراءات المطبقة في النزاع واختيار المحكم المتخصص في الشؤون الأسرية.

ومن المزايا الرئيسية للتحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية هي المرونة والخصوصية والسرعة والتكلفة الأقل، إضافة إلى إمكانية تجنب التعقيدات والصراعات الزائدة التي قد تحدث في المحكمة التقليدية، لذلك يلجأ البعض إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية.

المبحث الأول: مفهوم إتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم هو اتفاق يتم بين الأطراف المشتركة في نزاع لتحديد أن التحكيم سيكون الوسيلة المستخدمة لحل النزاع بدلاً من التوجه إلى المحكمة الذي يتضمن اتفاق التحكيم عادةً تعيين المحكم وتحديد القواعد والإجراءات التي ستحكم عملية التحكيم.

يتم توقيع اتفاق التحكيم قبل حدوث النزاع، ويعتبر عقدًا قانونيًا يلتزم به الأطراف. يحتوي على بنود تحدد القضايا التي سيتم تحكيمها واللغة المستخدمة والقانون المعمول به وموقع التحكيم وطريقة تعيين المحكم وإجراءات التحكيم والجدول الزمني للتحكيم وأي شروط أخرى تتعلق بعملية التحكيم.

المطلب الأول: تعريف التحكيم

نتناول فيما يلي تعريف التحكيم في اللغة وفي الاصطلاح لدى فقهاء الإسلام وشراح القانون الوضعي وفي الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتحكيم

التحكيم في اللغة مأخوذ من كلمة حكم، وهو المنع وأول المنع الحكم فهو منع من الظلم، ومعناه التفويض وحكم فلنا في كذا إذا جعل أمره إليه وفوضه بالحكم، وحكمه في أمره تحكيما أمره أن يحكم، وحكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه، وأمرته أن يحكم فيه والمحكم الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة.

اولا: التحكيم لغة

التحكيم في اللغة :مصدر حكم وأصلها حكم، حكم :حكما :رجع .يقال رجع "أحكمه فحكم " أي أرجعه فرجع، وحكم :جعل عليه حكمة، وحكمه عن كذا :منعه ورده[1].

التحكيم في اللغة مصدرا للفعل حكم يحكم تحكيما، فهو محكم، وحكم فلان في الأمر: فوض إليه الفصل، أي القضاء فيه[2].

ويقال احتكموا إلى الحاكم وتحاكموا، بمعنى المحاكمة والمخاصمة إلى الحاكم[3].

كما يقال استحكم عليه كلامه: أي إلتبس[4].

التحكيم في اللغة مأخوذ من كلمة حكم، وهو المنع وأول المنع الحكم فهو منع من الظلم، ومعناه التفويض وحكم حالات في كذا إذا جعل أمره إليه وفوضه بالحكم، وحكمه في أمره تحكيما أمره أن يحكم، وحكمت الرجل بالتشديد فوضت الحكم إليه، وأمرته أن يحكم فيه . والمحكم الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة[5].

والحكيم عند العرب حكمت واحتكمت وحكمت أي منعت ورددت، يقال حكم اليتيم كما تحكم ولدك، أي أمنعه من الفساد وأصلحه كما تصلح ولدك[6].

ثانيا: التحكيم اصطلاحا

وعرف بأنه ":تعيين الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولية القضاء بينهما، ومن ثم التحكيم شرعا

---

[1] –أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد 01، عالم الكتب، ط01، القاهرة، 2008، ص 538.

[2] –أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، مرجع نفسه، ص 145.

[3] – الرازي زين الدين، مختار الصحاح، دار الكتب العربية، د.ط، بيروت، د.س.ن، ص 97.

[4] – المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، ط29، بيروت، 1988، ص 146.

[5] –إبن منظور، لسان العرب، ج02، ص 951.

[6] – زين الدين إبراهيم بن محمد، البحر الرائق في شرح ككنوز الدقائق، باب التحكيم، ط02، دار الكتاب الإسلامي، إيران، د.س.ن، ص 24.

يعني تولي وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعوا فيه، "وعرف أيضا بأنه ": الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدل عن الطريق القضائي العام"[1].

وعرف بأنه :اتفاق طرفي علقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلقة من منازعات بالتحكيم يمكن أن يكون سابقا أو تاليا للنزاع، ول يجوز إتفاق على التحكيم للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه كما لا يجوز إتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها .وعرف التحكيم بأنه ": **إتفاق الذي بموجبه** تعتزم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبارة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود"[2].

غير أن هذا التعريف قاصر على التحكيم المحلي فقط، وهناك من عرفه بأنه ":تقنية تهدف إلى إعطاء حل في المسألة التي تنطوي على علقة بين شخصين أو أكثر من جانب واحد أو أكثر من أشخاص آخرين – والمحكم أو المحكمين – يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويقرر على أساس هذا الخير دون أن يعهد بهذه المهمة من قبل الدولة"[3].

وعرف التحكيم كذلك بأنه ":نظام قضائي خاص تقضي فيه خصومة معينة عن القضاء العادي ويعهد فيها إلى محكمين للفصل فيه، وعرف التحكيم بأنه" إجراء يرفع على أساسه نزاع باتفاق الطرفين، إلى محكم واحد أو أكثر إصدار حكم في نزاع يكون ملزما للطرفين".

---

[1]– إبن فرحون، برهان الدين المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الاحكام، ج01، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 62.

[2]– البهوتي، دقائق أولى النهى لضرح المنتهي، المعروف بمنتهي الإرادات، عالم الكتب، بيروت، ص 250.

[3]– البهوتي، دقائق أولى النهى لضرح المنتهي، المعروف بمنتهي الإرادات، مرجع نفسه، ص 251.

الفرع الثاني: تعريف التحكيم الفقهي في الإسلام.

تعددت تعاريف التحكيم في المادة الأسرية وتنوعت في الفقه الإسلامي وذلك بتعدد المذاهب واختلافها، لذلك سوف نحاول ذكر أهم التعاريف التي وردت في المذاهب الأربعة المشهورة، حيث عرف الحنفية التحكيم: "تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الأخر[1].

كما عرف المالكية التحكيم بأنه تولية الخصمين حكما يرتضيانه ليحكم بينهما"، في حين عرف الشافعية التحكيم بأنه:" اتخاذ الخصمين رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه أو يكون حاكما بينهما في بلد يكون فيه قاضي أو ليس فيه قاضي"[2]، أما الحنابلة فقد عرفوا التحكيم بأنه:" تولية شخصين حكما صالحا للقضاء يرتضياه للحكم بينهما، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما، وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما ثم أجازاه"[3].

بالرجوع إلى ما سبق ذكره من تعاريف فقهاء المذاهب الأربعة للتحكيم، نجد أن تعريفه الاصطلاحي لا يختلف في معناه عن التعريف اللغوي، الذي يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير، ويتضح من عبارات الفقهاء رغم اختلاف الألفاظ المستعملة في تعريف التحكيم لكنها تؤدي إلى معنى واحد وهو تفويض وتقليد وتولية متخاصمين لطرف ثالث فيما تنازعا فيه.

كما أن جميع الفقهاء اتفقوا على أن التحكيم يتم بإرادة الطرفين المتخاصمين وبرضاهما من خلال عبارة تولية، فالمحكم شخص أجنبي عن المتخاصمين يشترط فيه الصلاح، يتمتع بسلطة خاصة عليهما، وحكمه كحكم القاضي في التنفيذ[4]

---

[1]– زين الدين إبراهيم بن محمد، البحر الرائق في شرح ككنوز الدقائق، باب التحكيم، مرجع سابق، ص 24.

[2]– علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، تح: محي الدين هلال السرحان، مطبعة العاني بغداد، العراق، 1972، ص 379

[3] –إبن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج07، دار الكتاب الإسلامي، ط02، القاهرة، د.س.ن، ص 483.

[4]– البهوتي، دقائق أولى النهى لضرح المنتهي، المعروف بمنتهي الإرادات، مرجع سابق، ص252.

وفي تقديرنا فإن التعريف الأنسب الذي يخدم موضوع الدراسة هو تعريف المذهب المالكي، لأنه يتوافق مع طبيعة التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الأسرية.

أولا: تعريف التحكيم في الفقه القانوني

فقهاء القانون عرفوا التحكيم بعدة تعريفات لكن من حيث مضمونها ذات معنى واحد، فمهم من عرفه على أنه " :نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار ملزم غير لهم"[1].

في حين اعتبر البعض أن التحكيم اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة، بينما عرف أخرون التحكيم على أنه: " تولية الخصمين حكما بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما"[2].

فالملاحظ من خلال التعريفات الفقهية السابق ذكرها أنها جاءت متقاربة في معناها من حيث كون التحكيم عقد أو اتفاق يتم بإرادة الأطراف المتخاصمة، يختارون شخصا ثالث يتولى مهمة الفصل في منازعاتهم، فذهب البعض إلى القول بتغليب صفة التعاقدية في حين البعض الأخر غلب صفة القضاء على اعتبار أن حكم المحكم ملزم الأطراف ومنهي للنزاع[3].

---

[1]– سيد عبد النبي محمد التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيقية، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة مصر، 2019، ص 06.

[2]– يسن محمد حماد الأمين الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم حراسة مقارنة مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة شندي، السودان، 2016، ص19.20.

[3]– حمزة علي الشباهي التحكيم في المنازعات دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا 2016، ص15.

وعليه يمكن تعريف التحكيم كأداة لتسوية النزاعات الأسرية بأنه: " تولية الزوجين المتنازعين رجلين من أهلهما للإصلاح بينهما والفصل في خصومهما"[1].

ثانيا: التعريف القانوني للتحكيم

بما أن التحكيم طريقة ودية لحل النزاعات فلا شك انه مدرج في نصوص قانونية مختلفة. ولكونه يصلح في الكثير من القضايا ومنها قضايا الأسرة، لذا سوف نحاول تعريفه من خلال ما جاء في القوانين الوضعية وكذا ما جاء بتخصيصه في المادة الأسرية.

أ- تعريف التحكيم في مختلف القوانين الوضعية:

ما كان الشأن عند دراسة الصلح كذلك التحكيم اختلفت فيه جل التشريعات المقارنة في تعريفه من حيث الألفاظ أو الصياغة، لكنها تتفق في معناه على اعتبار التحكيم عقد أو اتفاق. فبالنسبة للتشريعات العربية فقد عرفه المشرع المصري على أنه اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية وجواز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتى ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية "[2].

والمشرع الجزائري بدوره لم يعرف التحكيم عكس ما قام به في تعريف الصلح، تاركا الأمر لفقهاء القانون، واكتفى بسرد أحكامه المتعلقة باتفاق التحكيم الخاصة بالمواد المدنية

---

[1]- فيروز من شنوف وأحمد شاعي، تفعيل دور هيئة التحكيم في تسوية النزاعات الأسرية، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة سطيف، 2، مع 19، ع 02، 2022، ص 227.

[2]- فيصل عبد الحافظ ومحمد خلف بني سلامة، الطبيعة القانونية للتحكيم. -دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010- دفاتر السياسة والقانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ع 12، 2015، ص 15.

والتجارية، عندما نص عليه بالمادة 1006 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09[1].

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التحكيم في قانون المرافعات بالمادة 1442 منه:" أنه اتفاق تعهد بمقتضاه الأطراف في عقد معين بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل للتحكيم".

ما يمكن استخلاصه أن معظم التشريعات لم تعرف التحكيم مكتفية بتحديد إجراءاته، تاركة مسألة تعريفه للفقه، وحتى التشريعات التي قامت بتعريفه على غرار المشرع المصري فقد اعتبر أن التحكيم اتفاق بين أطراف النزاع على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات التي نشأت أو التي قد تنشا مستقبلا سواء تعلقت بنزاعات عقدية أو غير عقدية.

ب-تعريف التحكيم في التشريعات الأسرية

لقد اهتمت مختلف التشريعات الوضعية في مجال الأسرة بالتحكيم كألية لحل النزاعات بين الزوجين ونصت عليها في قوانينها، لكنها لم تعطي تعريفا له واكتفت بتنظيمه من الناحية الإجرائية. وبعضها أضاف شروط ومهام الحكمين ومدته ونخص بالذكر المشرع المصري الذي نص عليه بالمواد 07. 08. 09 من قانون الأحوال الشخصية المصري"[2].

أما المشرع الأردني فلم يعرف التحكيم وجعل اللجوء إليه في حالة فشل محاولة الصلح أين يحال الأمر إلى الحكمين، فنصت عليه المادتين 114 و126 من قانون الأحوال الشخصية

[1] -نص المشرع الجزائري على التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات بالمواد من 1006 إلى 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09

[2] -محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات، القاهرة. مصر، د.س.ن، ص 15.

الأردني رقم 36 لسنة 2010، على الشروط الواجب توافرها في الحكمين والمهمة المسندة إليهما[1].

وكباقي التشريعات المقارنة سار المشرع الجزائري على نفس النهج، ولم يعرف التحكيم في قانون الأسرة واكتفى بالإشارة إليه عند النص على ضرورة تعيين الحكمين في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وذلك ما جاءت المادة 56 منه: "إذا ما اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم وما يشتبه به

كثيرا ما يكون التعريف بمفرده غير كاف لتوضيح ماهية الشيء إلا ببيان ما يشتبه به لذلك سنعمد إلى مقارنة التحكيم بأنظمة شبيهة به وهي الصلح والقضاء والوكالة على اعتبار أنه تم التطرق لهما سابقا من خلال هذه الدراسة، وحتى نحصر مجال البحث في الأمور التي تخدمه، سنعمد إلى التمييز بين التحكيم والصلح، في الفرع الأول، وبين التحكيم والقضاء في الفرع الثاني، وأخيرا بين التحكيم والوكالة، في الفرع الثالث، مبينين أوجه الاتفاق والاختلاف في كل مسألة[2].

الفرع الأول: التمييز بين الوساطة والتحكيم

يعد التحكيم من أقدم وسائل فظ النزاعات عرفته البشرية قديما وإستعملته كطريقة بديلة لحل النزاعات، يقوم بها طرف ثالث يتفق عليه الخصوم يتولى مهمة تقديم حكم ملزم

[1] القانون رقم 36 لسنة 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، نشر في الجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردنية، ع 8061، المؤرخة في 17 أكتوبر 2010.

[2]– البدراني شيماء، أحكام الصلح، ص 37.

للأطراف، فهو قضاء إتفاقي، لهذا يرى الفقهاء بان وظيفة المحكم تتطابق مع وظيفة القاضي مع إختلاف مصدرها[1].

أولا: أوجه التشابه بين الوساطة والتحكيم

كلاهما وسيلة من الوسائل البديلة في التقاضي أقرهما المشرع في النظام القضائي الجزائري بموجب قانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ستلزمان الإستعانة بطرف ثالث محايد يدعى وسيط.

كل من الوساطة والتحكيم ينتهيان بإتفاق تكون له حجية الشيىء المقضي فيه بمجرد صدوره بالنسبة للتحكيم المتمتعين بالسرعة والفعالية في فظ النزاعات، حيث يمكن رد الوسيط إذ ما ثبت وجود علاقة بين الوسيط واحد أطراف النزاع طبقا لنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المتضمن كيفيات تعيين الوسيط القضائي، والأمر كذلك بالنسبة للمحكم فيمكن رده وفقا للحالات المنصوص عليها في المادة 1016 من القانون رقم 08-09[2].

ثانيا: أوجه الإختلاف بين الوساطة والتحكيم

يقتصر دور الوسيط على تقريب وجهات النظر بين الخصوم ويحاول التوفيق بينهم ومساعدتهم على إيجاد حل للنزاع، مع إبداء رأيه وإقتراح الحلول إن إقتضى الأمر ذلك دون أن يكون لرأيه أي إلزام للأطراف، اما المحكم فيلعب دور صانع القرار وإملائه على الخصوم ويكون ملزم[3].

---

[1] سلامة عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ط01، القاهرة، مصر، 2004، ص 45.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 09-100 المؤرخ في 10 مارس 2009، المحدد لكيفيات تعيين الوسيط القضائي، ج.ر.ع 16، الصادرة في 15 مارس 2009.

[3] هداج وحيد، المرجع سابق، ص 232

الوساطة القضائية تعرض على الخصوم بعد طرح النزاع أما القضاء طبقا لنص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدراية، أما التحكيم فقد يلجأ إليه الأطراف قبل عرض النزاع على القضاء ويتم الإتفاق عليه مسبقا أو شرط[1]

مهام المحكم أوسع بكثير من الوسيط القضائي الذي يقتصر دوره على سماع الخصوم وكل شخص يوافق على سماعه الخصوم مع إخطار القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه[2]

محضر إتفاق الوساطة يكون من صنع الأطراف ويعد سندا تنفيذيا بعد المصادقة عليه من طرف القاضي بموجب امر أما مقرر التحكيم فهو من صنع التحكيم أو الهيئة التحكيمية فيجوز على حجية الشيىء المقتضي به[3]

الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والقضاء

يتفق التحكم والقضاء في مسائل أهمها:

يعتبر عقد التحكيم شبيه بعقد تولية القاضي منصب القضاء.

لما كان التحكيم فرع من فروع القضاء، وحكم المحكم بمثابة الإصلاح، فإنه يشترط في المحكم أهلية القضاء، ويختلفان في مسائل أهمها:

عقد القضاء يجب أن يصدر من طرف صاحب صفة خاصة، وهو الحاكم أو نائبه باعتباره وكيلا عن الأمة، أما في عقد تولية المحكم فلا يشترط أن تتوافر فيمن يوليه مثل تلك الصفة فيصبح بذلك التحكيم من أحاد الناس[4].

[1] سلامة عبد الكريم، قانون التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 47

[2] هداج وحيد، المرجع سابق، ص 234.

[3]

[4]–[4] – فيروز من شنوف وأحمد شاعي، تفعيل دور هيئة التحكيم في تسوية النزاعات الأسرية ، مرجع سابق، ص 15.

إن سلطة المحكم مقتصرة على طرفي التحكيم دون غيرهم ولا ينفذ حكمه إلا في حقهم وفي الحدود التي قيدوه بها أما سلطة القاضي عامة على سائر الأفراد[1]

التحكيم لا يمتد نظره في القضايا التي تمس النظام العام بخلاف القضاء الذي تمتد ولايته لتشمل منازعات الحق العام والخاص[2].

إن التحكيم مواز وبديل للقضاء، يكون اللجوء إليه بناء على إرادة الخصوم للفصل في المنازعات، أما القضاء هو الجهة التي تملك حق الفصل في المنازعات وفقا للتشريع المعمول به في الدولة وغايته حفظ الحقوق وإشاعة الأمن ووسيلته قاض يطبق القانون لإرساء العدل[3].

لا يتقيد المحكمين باختصاص مكاني ينظر المنازعات وتعددهم منوط بإرادة الأطراف ولا ينفذ حكم أحدهم بمفرده أما القاضي فهو مقيد بالنظر في المنازعات التي يختص بها مكانيا ومبدأ التعد د خاضع للنظام العام لقضاء الدولة[4].

يجب أن لا تربط القاضي بأحد الخصوم رابطة تؤثر على مبدأ الحياد، بينما نجد أن الخصوم لا يتفقوا على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم في جو عائلي ودي[5].

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم والوكالة

يتفق التحكيم والوكالة في نقاط كما يختلفان في أخرى، نبينها على التوالي – يعتبر التحكيم ولاية خاصة، وهذه الأخيرة تقوم على مفهوم النيابة أو التفويض سواء كان مصدرها القانون

---

[1]– إبن فرحون، برهان الدين المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الاحكام ، مرجع سابق، ص 18.

[2]– الخضير خالد بن عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2007، ص 98

[3] –عرفة محمد السيد، مرجع سابق، ص 25.

[4] –الخضير خلد بن عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 99.

[5] –أبو الوفا أحمد، مرجع سابق، ص 32.

الوضعي كالولي الطبيعي أو القاضي في الوصاية، أو الاتفاق في الوكالة، ففي التحكيم وجه نيابة وتفويض أطراف الخصومة للغير في القضاء بينهم[1].

القاعدة أن الوكيل يستمد سلطته من الموكل بينما المحكم مستقلات تماما عن الخصوم فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي ولا يتمكن الخصوم التدخل في عمله[2] تثبت للوكيل، بمقتضى الوكالة الصفة الإجرائية في تمثيل الموكل، أي في التقاضي باسمه ومباشرة كافة الأعمال، بحسب نوع الوكالة فيما إذا كانت عامة أو خاصة، ولما كانت الصفة في تمثيل الموكل لا تثبت للوكيل إلا بالنسبة الأعمال الإدارة، فلا بد من وكالة خاصة عن كل عمل ليس من أعمال الإدارة وخاصة في البيع، والرهن، والصلح، والإقرار، والتحكيم، وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء[3]

للموكل أن يتنصل من عمل الوكيل إذا خرج عن حدود وكالته، أما المحكمين المكلفين بالفصل في النزاع فهم مستقلون كما لا يتمكن الأطراف من التدخل في عملهم لأنه يصبح لهم صفة القاضي، وبالتالي إذا كان يجوز للموكل عزل وكيله فذلك غير جائز في حالة تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع. وفي الأخير فإن للتحكيم خصوصيته التي تميزه عن الصلح والقضاء والوكالة، رغم اشتراكه مع هذه المفاهيم في نقاط اتفاق عديدة[4].

[1] –التحيوي محمد السيد، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009 ص 258.

[2] – أبو الوفا، احمد، مرجع سابق، ص 33.

[3] – التحيوي محمد السيد، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، مرجع سابق، ص 254.

[4] – التحيوي محمد السيد، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، مرجع نفسه، ص 257.

المبحث الثاني: خصوصية التحكيم في مسائل فك الرابطة الزوجية

خصوصية التحكيم في مسائل فك الرابطة الزوجية هي ميزة هامة يوفرها التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات الأسرية عندما يتم اختيار التحكيم كوسيلة لحل نزاعات فك الرابطة الزوجية، يتم ضمان حفظ سرية وخصوصية التفاصيل الشخصية والعائلية التي ترتبط بهذا النزاع.

مقارنةً بالمحاكم التقليدية، التي تجري جلساتها في العلن وتتطلب وجود العديد من الأشخاص المتواجدين في القاعة، التحكيم يتم في بيئة خاصة وسرية يتم اجراء جلسات التحكيم عادة في مكان خاص مثل مكتب المحكم أو مكتب المحامي أو في مكان يتم اتفاق عليه من قبل الأطراف، إضافة إلى ذلك يوفر التحكيم سرية التوصيات والقرارات التي تصدر عن المحكم يعني هذا أن التفاصيل والنتائج لا تصبح متاحة للجمهور بشكل عام، وهو يحافظ على سرية النزاع والمعلومات الشخصية المتعلقة بالطرفين والعائلة.

المطلب الأول: مهمة الحكمين

إذا كانت دراسة هذا البحث تنصب حول مهمة الحكمين حسب المنهج الإسلامي والمتمثلة أساسا في تأجيل الطلاق والعمل على رأب الصدع الذي أصاب العلاقة الزوجية، فإنه لا فائدة من الإبقاء على هذه العلاقة إذا ساءت العشرة بين الزوجين واستحالت ديمومتها، كما أن نجاح هذه المهمة متوقف على صفات تؤهل الحكمين لتحقيق الإصلاح.

الفرع الأول: دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين

إن القاعدة المتفق عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن الوظيفة الأولى للحكمين هي أن يسعيا في المصالحة والتراضي بين الزوجين، وأجمع الفقهاء على أن قولهما نافذ في الجمع حتى وإن لم يوكلهما الزوجان، لأن المقصود الأول من بعث الحكمين هو الإصلاح[1].

[1]– الشيعاني محمد حسين، بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، دراسة وصفية تحليلية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأمير سونكلا، تايلند، ع211، 2014، ص 20.

حيث قال الدسوقي:" يجب عليهما في بداية الأمر أن يصلحا بين الزوجين بكل وجه أمكنهما لأجل الألفة وحسن العشرة، وذلك بأن يخلو كل واحد منهما بقريبه"[1]

أما قانون الأسرة فقد جعل مهمة الحكمين محددة من طرف القاضي وفق ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 56 من قانون الاسرة حيث جاء نصها" :إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما" [2]،وهو نفس المبدأ الذي جاءت به المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها:" إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة"[3].

وعليه يمكن القول أن مهمة الحكمين من خلال النص الموضوعي والنص الإجرائي، تتمثل في التوفيق بين الزوجين من خلال دراسة أسباب النزاع القائم بينهما وظروفه وملابساته وتحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع، ومحاولة إزالة الخلاف بينهما بكل الوسائل والطرق الممكنة شرعا بما في ذلك سماع الزوجين وسماع الجيران والأقارب.

فالهدف الأساس للتحكيم هو إصلاح العلاقات الزوجية التي أصابها النزاع والشقاق، وإرجاعها إلى حالة الوفاق والوئام، ولإنجاز هذه المهمة على كل من الحكمين أن يكونا ممثلين حقيقيين للطرفين دون أدنى تحيز لأحدهما على حساب الآخر، وأن يكون همهم الأول والأخير هو الإصلاح، وعليهما أن يتحدثا مع من يمثلانه بصراحة ليعرف واقع حالته وما يشكو منه وما يطلبه، ويتحاورا معه للوصول إلى نتيجة فيها صلاح الأسرة.

---

[1]– الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص 345.

[2]– المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري

[3]– المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ولا تنحصر مهمة الحكمين في بحث النزاع بينهما فقط بل وإقناع كل من الطرفين بأخطائه وضرورة تصحيحها، ووضع حد لكل أشكال الاستبداد في التعامل بين الزوجين لكي تعود الحياة إلى مجراها الطبيعي.

ويمكن القول بأن مهمة الحكمين حسب المنهج الإسلامي تنصب على تأجيل الطلاق، وإقناع الطرفين باستبعاده عن دائرة تفكيرهما، آخذين مصلحة الأطفال بعين الاعتبار، وهذا الإجراء بحد ذاته سوف يوفر فرصة كبيرة للحل وتجاوز الخلاف والعودة إلى بيت الزوجية[1].

الفرع الثاني: سلطة الحكمين في الفصل في النزاع بين الزوجين

هناك خلاف في مدى سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي، إلا أن المهمة الرئيسية للحكمين في التشريع الجزائري تتمثل في الإصلاح بين الزوجين، وتحديد أيهما المتسبب في الإضرار بصاحبه وكتابة تقرير كامل عن الحالة التي يعيشانها.

أولا: سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين في الفقه الإسلامي.

جاء في فتح القدير للشوكاني أنه على الحكمين أن يسعيا في إصلاح ذات البين جهدهما، فإن قدرا على ذلك عملا عليه، وإن أعياهما إصلاح حالهما، ورأيا التفريق بينهما جاز لهما ذلك من دون أمر من الحاكم في البلد، ولا توكيل بالفرقة بين الزوجين .وبه قال مالك، والأوزاعي، وحكاه ابن كثير عن الجمهور، قالوا :لأن الله قال:" فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها "وهذا نص من الله سبحانه أنهما قاضيان لا وكيلان، ولا شاهدان.

وفي أحد قولي الشافعي :إن التفريق هو إلى الإمام، أو الحاكم في البلد لا إليهما، ما لم يوكلهما الزوجان، أو يأمرهما الإمام والحاكم؛ لأنهما رسولان شاهدان، فليس إليهما التفريق، ويرشد إلى هذا قوله ":إن يريدا "أي :الحكمان " إصلاحا "بين الزوجين " يوفق الله بينهما "

[1]– معابدة زينب زكريا، الإصلاح الأسري بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، ط01، الأردن، 2015،ص 204.

لاقتصاره على ذكر الإصلاح دون التفريق .ومعنى ":إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " أي يوقع الموافقة بين الزوجين حتى يعودا إلى الألفة، وحسن العشرة[1].

فالأصل في عمل الحكمين وطبيعته هو الإصلاح لا التفريق، والجمع والتأليف والسعي لتقريب وجهات النظر بين الزوجين، ولكن إذا رأيا صعوبة ذلك واستحالته، وإن من الخير والأفضل للزوجين التفريق، فقد رأى المالكية وبعض الشافعية والحنابلة أن للحكمين التفريق بينهما ولو لم يوكلهما الزوجان بذلك .يقول القرطبي في ذلك " :فإن وجداهما – أي الحكمين –قد اختلفا ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما سعيا في الألفة جهدهما وذكّرا بالله وبالصحبة، فإن أنابا ورجعا تركاهما، وإن كان غير ذلك ورأيا الفرقة فرقا بينهما، وتفريقهما جائز على الزوجين وكّلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلاهما[2].

والملاحظ هنا أن المالكية قد أعطوا الحكمين سلطة واسعة ومطلقة لإصدار حكم التفريق والطلاق بين الزوجين دون إذنهما، وحتى دون إذن الأهل ولا حتى القاضي .وهنا يرى بعض القانونيين أنه من الأفضل أن يرفع الحكمان تقريرهما وتوصيتهما إلى القاضي، ثم هو الذي يقرر ويحكم بالطلاق إن رأى أن هذا هو الأصلح والأحسن لحال هذه الأسرة، خاصة أن قرار التفريق بحاجة إلى إلزام، والحكمان لا يملكان هذه السلطة والقاضي يملكها، وحكم الحكمين هو اجتهاد منهما وقد يكونان مخطئين في هذا الحكم أو متسرعين، فكان لا بد من الاحتياط في إيقاع الطلاق والفرقة، والقاضي هو الذي يقرر ذلك إن رأى أن آخر علاج بشأن هذا النزاع المستحكم بين الزوجين[3].

---

[1] –الشوكاني فتح الله، فتح القدير، دار المعرفة، ط04، بيروت، 2007، ص 187.

[2] – القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، ج03، ط01، بيروت، 2006، ص 160.

[3] – الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، د.ط، مصر، د.س.ن، ص 290.

ثانيا: سلطة الحكمين في التفريق بين الزوجين في التشريع الجزائري

حدد المشرع الجزائري المهمة الموكلة إلى الحكمين من تاريخ تعيينهما إلى إمكانية إنهاء مهمتهما بموجب نصوص الفقرة02 من المادة 56 من قانون الأسرة[1]، بينما تضمنت المواد 447 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على توصل الحكمان إلى إيجاد عامل مشترك لحسم النزاع أم لم يتوصلا فإنه يجب عليهما أن يقدما تقريرا إلى القاضي الذي عينهما خلال أجل مدته شهرين كاملين من تاريخ تعيينهما على أن يشتمل على النتائج التي جمعاها، وعلى اقتراحاتهما لحسم الخلاف[2].

فالقاضي يؤجل الفصل في موضوع النزاع القائم بين الزوجين وينتظر تقرير الحكمين خلال المهلة القانونية المحددة، وعندها يستطيع الزوجان أو أحدهما أن يطلع على هذا التقرير الذي ستوضع نسخة منه في مكتب الضبط تحت تصرف الزوجين ونسخة ثانية توضع بالملف، ويستطيع المستعجل من الزوجين أن يطلب استرداد الدعوى وإعادة السير فيها من جديد بعد تأجيلها وتوقف السير فيها[3].

أما تقرير الحكمين فإذا كان وسيلة من وسائل الإثبات التي يمكن أن تساعد القاضي على إصدار حكم سليم عندما يتصدى للفصل في موضوع النزاع وتخضع لتقديره، فإن هذا القاضي غير ملزم بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم وتصدى للفصل في موضوع الدعوى.

---

[1] –تنص المادة 56 فقرة 02 من قانون الأسرة الجزائري على أن:" وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

[2] –تنص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنيةو الإدارية على أن: " إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

[3] – تنص المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:" يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبينت له صعوبة تنفيذالمهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة."

وبعد عرض موقف المشرع الجزائري لأحكام التحكيم للتطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين من خلال ما تضمنته النصوص الموضوعية والإجرائية، يمكن أن أعتمد في هذه الدراسة على بعض الملاحظات المهمة التي توصلت إليها"

أ- تبنى المشرع الجزائري مذهب من يرى بأن الحكمين رسولان وشاهدان يعينهما القاضي ليصلحا بين الزوجين اللذين اشتد بينهما النزاع والخصام، وليعرفا حالهما والظالم والمظلوم منهما، وليخبرا الحاكم بما اطّلعا عليه وليشهدا بما ظهر لهما، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين.

ب- تبنى المشرع الجزائري رأي أصحاب المذهب الأول والذي يرى جواز طلب الزوجة التفريق القضائي بينها وبين زوجها بسبب الضرر المترتب عن سوء معاملته لها مما أفضى إلى حالة الشقاق المستمر بينهما إلى درجة استحالة استمرار قيام العلاقة الزوجية معه.

ت- أغفل المشرع الجزائري بعض العناصر التي لا يكتفى فيها بالإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة ومن ذلك الشروط الواجب توافرها في الحكمين وصفاتهما، وكذلك إغفاله لطبيعة أو نوع الفرقة التي يوقعها القاضي، متى امتنع الزوج المتسبب في الشقاق المستمر عن التلفظ بالطلاق[1].

يمكن القول أن الدراسات المقارنة التي أجريت في مجال التحكيم الأسري بينت الغموض الكبير الذي يكتنف المادة 56 من ق أ والذي حاول الباحثون إزالته بإبراز الشروط الواجب توافرها في الحكمين والمهمة المسندة إليهما إضافة إلى حجية التقرير المعد من قبلهما، وكذلك الوقت المناسب للقيام بمهمتهما وبالرغم من ذلك يبقى الغموض يكتنف نص هذه المادة من حيث طريقة تعيين الحكمين وكيفية استدعائهما والحل في حالة رفض أحد

[1]- هلالي مسعود، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والإقتصاد، دامعة قسنطينة، الجزائر، 2013-2014، ص 369.

الزوجين أو كلاهما للتحكيم مما يفضي إلى ضرورة تدخل المشرع لإزالة الغموض عن هذه المادة وحث القضاة على تفعيل نظام التحكيم في النزاعات الأسرية[1].

ثالثا: القوة الإثباتية لتقرير الحكمين

تتمثل وظيفة الحكمين في التشريع الجزائري وفي أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية في الإصلاح بين الزوجين، فإن لم يستطيعا ذلك انتقلت مهمتهما الإثبات المسيء منهما وعلى من يقع الضرر.

وبالرجوع إلى المشرع السوري –استثناء عن أغلب القوانين العربية –فقد حدد القيمة القانونية لتقرير الحكمين وقوته في توجيه سلطة القاضي، فقد نص في المادة 115 من قانون الأحوال الشخصية على أنه " :على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، ولا يجب أن يكون معللا، وعليه أن يحكم بمقتضاه "وجاء في أحد تقارير محكمة النقض السورية " :لما كانت رقابة هذه المحكمة قاصرة على الشروط الشكلية للتحكيم ولتقرير الحكمين، ولا رقابة لنا على قناعتها، وكان تقريرهما من الأسانيد الرسمية التي لا يُطعن فيها إلا بادعاء التزوير، "وعليه فلتقرير الحكمين في النظام القضائي السوري قوة إثبات مطلقة، وعلى القاضي أن يلتزم في إصدار حكمه بما جاء في هذا التقرير[2].

أما بالنسبة لقوة إلزامية رأي الحكمين في التشريع المصري، فإن المادة 20 فقرة 01 من القانون رقم 01 لسنة 2000 تنص على أنه للمحكمة أن تأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما أو بغير ذلك مما تستقيه من أوراق الدعوى، وهذا النص جاء مخالفا لما هو مقرر في المادة 10 من القانون25 لسنة 1929 المعدلة والتي تقر بأنه إذا اتفق الحكمان على التطليق دون مساس بشيء من حقوق الزوجين أو ببدل أو بدونه، فإنه على المحكمة

[1]– المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013–2014، ص 129.

إمضاء حكمهما دون تعقيب، إذ يقتصر دور المحكمة على توثيق ما انتهى إليه الحكمان من رأي اتفقا عليه، بخلاف المادة 20 من القانون 01 لسنة 2000 التي لم تقيد القاضي بقرار الحكمين على أي وجه من الوجوه، فقد ينتهي الحكمان إلى التطليق ومع ذلك لا يأخذ القاضي برأيهما، وعندما يختلف الحكمان فللقاضي أن يأخذ بأقوال أيهما[1].

فكل ما يهم هو أن حكم القاضي يجب أن يكون مبنيا على الثابت من أوراق الدعوى،وقد قضت محكمة النقض المصرية بقولها ":أنه إذا لم تر المحكمة الأخذ بما انتهى إليه الحكمان أو بأقوال أيهما تعين عليها أن تستقي الإساءة بين الزوجين أو إساءة أحدهما إلى الآخر من الأوراق المطروحة عليها وأن تبين المصدر الذي استقت منه تلك الإساءة[2].

أما بالنسبة للقانون الإماراتي، فالحكمان يقدمان إلى القاضي قرارهما مسببا، متضمنا مدى إساءة كلا الزوجين أو أحدهما إلى الآخر، ويحكم القاضي بمقتضى حكم الحكمين إن اتفقا، فإن اختلفا عين القاضي غيرهما، أو ضم إليهما حكما ثالثا يرجح أحد الرأيين، وتُحلّف المحكمة الحَكَم الجديد أو المرجح اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة، ويتعين على القاضي تعديل حكم الحكمين فيما خالف أحكام القانون[3].

المطلب الثاني: إشراف القضاء على التحكيم

إن استحكام الخلاف بين الزوجين من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي على ضوء على ما يتبين من ملف الدعوى، فإذا لم يثبت الضرر بعث بالحكمين لتحري أسباب الشقاق ويمارس رقابته عليهما منذ تعيينهما إلى غاية تقديمهما للتقرير عن المهمة التي أوكلت لهما، فنبحث في مدى التزام الحكمين بتقديم هذا التقرير ومدى التزام المحكمة بالأخذ بما توصلا إليه في الفرع الأول، وكيفية إنهاء إجراءات التحكيم بين الزوجين، في الفرع الثاني.

---

[1]– شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة، مرجع نفسه، ص 131.

[2]– محكمة النقض، القرار بتاريخ 16-05-2005 المستحدث من 01-10-2004 حتى 30-09-2005، ص 51.

[3] –عطية ياسر، التوجيه الأسري في التشريع الإماراتي، دار النهضة العربية، ط02، القاهرة، 2015، ص 98.

الفرع الأول: إلتزام الحكمين بتقدير تقرير القاضي

إن التقرير الذي يرفعه الحكمان إلى القاضي لا يشترط فيه تعليل وتسبيب ما توصلا إليه لان رأيهما فيما وقفا عليه من أسباب الخلاف هو معيار الصحة، فقد يحكمان بالصلح، أولا، كما قد يحكمان بالفرقة، ثانيا.

أولا: الحكم بالصلح في ضوء تقرير الحكمين

مما ورد في نص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: " إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن"، هذه المادة تعلن ان القاضي ملزم بالأخذ بما انتهى إليه الحكمان في حالة وحيدة، وهي إصلاحهما للشقاق الذي وقع بين الزوجين، بحيث يثبت في محضر يصادق عليه القاضي، أما خلاف ذلك، أي إذا انتهيا إلى التفريق بينهما، لأن حالهما مستعصية على الإصلاح والتوفيق، فان القاضي غير ملزم بتبني رأيهما[1].

نجد انه ليس الحكم بالمعنى القانوني للكلمة، إنما هو أقرب إلى الشهادة على واقعة معينة ي بالتحديد وقوع الصلح بين الزوجين المتخاصمين ولما كانت هذه الوقائع بطبيعتها قابلة للإنبات بشهادة الشهود[2].

ولما كان الحكمان من الأهل فقد أجازت المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سماع شهادة الأقارب في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق، كاستثناء من الأصل،

[1]– تنص المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:" إذا تم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

[2]– أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، المتعلقة بالولاية على النفس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط، 2000، ص 137

غير أن ما يشهد به الحكمان حول واقعة الصلح ويتم تحريره في تقرير يقدم إلى المحكمة، فيخرج بذلك ما يقدمه الحكمان عن صفة الشهادة[1].

مما جاء عن الأستاذ العيش أن: " تقرير الحكمين مثله مثل أي وسيلة أو وثيقة من وسائل الإثبات، التي يمكن أن تساعد القاضي دون أن يكون ملزما بما تضمنه التقرير إذا فشلت إجراءات التحكيم" فتعتبر أن تقرير الحكمين يدخل ضمن المحررات العرفية التي تقدم كسندات إثبات على عملية الصلح اكتسبت الرسمية من خلال تثبيتها بمحضر يصادق عليه القاضي المختص بنظر الدعوى[2].

ولما كان من أهم نتائج التفرقة بين التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح هي أن المحكم بالصلح لا يتقيد بقواعد القانون الموضوعي، ورغم أن مصدر السلطة في التحكيم، تعاقدي وموضوعها قضائي مما أكسبه طبيعة مختلطة، تجعل من وظيفة المحكم تنحصر في مجرد النطق بالحق أما وسائل الإجبار فهي تخرج من متناوله، ولا تكون إلا بيد القضاء[3].

وهذه الأحكام قصد بها المشرع مراقبة عمل الحكمين، حرصا منه على مصلحة الزوجين والتحقق من أن ما جاء في تقرير قد توافرت فيه الشكلية المطلوبة تمهيدا لتنفيذه، وحتى يظهر جهد الحكمين بإثباته كتابة وقت محاولة الإصلاح فأوجب القانون أن يكون عدد الحكام اثنين، وهذا ما قضت به المادة 446 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومما جاء فيها:" جاز للقاض في أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما"، وأن يكونا من الأهل، "يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، ومخالفة هذه القواعد

---

[1]– تنص المادة 153 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن:" لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم".

[2]–العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مطبعة طالب، طبعة جديدة، الجزائر، 2008، ص 43.

3 –أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 138.

الأمرة يرتب بطلاننا متصلا بالنظام العام، حتى ولو لم يصرح المشرع بذلك لأنه من القواعد العامة[1].

إن القاعدة المعتمدة في نظام الطعن عموما، أنه لا يصح الحديث عن عدم جواز الطعن إلا إذا نص المشرع على ذلك ومنعه بنص صريح، ولكي لا يفلت تقرير الحكمين من مراقبة القضاء فقد قرر له المشرع عدم قبوله أي طعن، بغية الاستقرار الفوري للمراكز القانونية التي حسمها تقرير الحكمين بالصلح وبقاء الزوجية على حالها كما أن ما حكم على أساسه الحكمان هو قواعد العدل والضمير وليس على أساس قانوني، لذلك فهو غير قابل لأي طعن لأن التنازل عن تطبيق القانون مرتبط بالتنازل عن الاستئناف[2].

ثانيا: الحكم بالتطليق على ضوء تقرير الحكمين

من المقرر في المذهب المالكي انه إذا اتفق الحكمان على رأي، نفذ حكمهما وأمضاه القاضي دون تعقيب"، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 56ء من قانون الأسرة، حيث جاء فيها:" وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما"، وأكد هذا المعنى ما قضت به المادة 448 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فأخذ القاضي بما اتفق عليه الحكمان، وهو الصلح والتوفيق بين الزوجين[3].

وبمفهوم المخالفة، نكون أمام افتراضين، الأول وهو أن يتفق الحكمان على التطليق، وهو ما لم يصرح به المشرع الجزائري، لأنه رفض منح هذه السلطة للحكمين، واعتبرهم | وكيلين عن القاضي، لا يخرجان عن حدود الوكالة التي منحت لهما، وإلا جاز له سحبها منهما، لكن محكمة النقض المصرية قضت بخلاف هذا النهج، حيث جاء عنها المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكمين طريقهما الحكم لا الشهادة ولا الوكالة، وانه إذا اتفقا على رأي نفذ

---

[1]– الجندي، احمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج الطابق التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصري، ج1، 2006، ص 404

[2]– العيش فضيل، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص48.

[3]– فهر عبد العظيم، مفهوم التحكيم، مجلة دراسات قانونية، ع01، المجلد 01، 1998، ص 25.

حكمهما ووجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب، لما كان كذلك، وكان الثابت في تقريرات حكم محكمة أول درجة أن الحكمين قدما تقريرا انتهيا فيه إلى انه لا خير في هذه الزيجة، ورتب الحكم على ذلك اتفاق الحكمين على وجوب التفريق بين الزوجين وقضي بالتطليق، فانه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون[1].

أما الإفتراض الثاني يقضي في المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين إذا تبين له صعوبة تنفيذ مهمة التحكيم وأن يعيد القضية إلى الجلسة لتستمر الخصومة[2].

غير أن محكمة النقض المصرية بنت رفضها لتقرير الحكمين على أسباب ضمنتها في قرار لها جاء فيه:" غير أن المحكمة لا تلتزم بالحكم بما اتفق عليه الحكمان في تقريرهما، إذا كان التقرير باطلا، كما لو كان الحكمان لم يخطرا الزوجين أو أحدهما ببدء التحكيم ومكان انعقاده، أو كان التقرير خاليا من الأسباب التي بني عليها، أو كانت هذه الأسباب مشوبة بالقصور أو كان ما اقترحه الحكمان مخالفا للقانون، كأن يثبت لهما أن الإساءة كلها من جانب الزوجة ثم يقترحان التطليق دون بدل، أو يجهل الحال أمامهما فلم يعرفا المسيء من الزوجين ويقترحان التطليق ببدل"[3].

الفرع الثاني: إنقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين

ينقضي التحكيم بين الزوجين لأحد الأسباب التالية:

أولا: إذا صدر تقرير الحكمين في المدة المحددة له متضمنا الصلح بين الزوجين وهي النتيجة الطبيعية لانقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين بسبب الشقاق، فتنقضي الدعوى على إثره.

---

[1]– أحمد الصومعي، التعسف في إستعمال الحق بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، ع38، أفريل 2009، ص 14.

[2]– المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3]– المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا: إذا لم يصدر حكم في النزاع بسبب صعوبة المهمة وعدم تبيان مصدر الضرر، حتى على حكمين من الأهل، فيجهل عليهما الحال، لينهي القاضي مهامهما تلقائيا وتعاد الخصومة إلى عهدها الأول للنظر فيها، وهو ما أكدته المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فينقضي التحكيم بزواله كأن لم يكن.

هذا ما قررته القاعد القانونية المتعلقة بالتحكيم، في قانون الأسرة الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لكن بعض التشريعات العربية قررت غير ذلك، فإذا ما قدم الحكمان تقرير هما منتهيان إلى اختلافهما أو عجزهما عن الإصلاح بين الزوجين، قررت المحكمة بعث حكم ثالث بذات إجراءات بعث الحكمين[1].

وأن يكون خبيرا بأحوال الزوجين وله القدرة على الإصلاح، فيعاود الحكمين مع الحكم الثالث القيام بالمهمة مرة أخرى وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على القاضي أن يضمن حكمه الذي سيصدره في الدعوى على ما يدل انه قام بإجراءات التحكيم حسب ما اقتضته المادة 56 من قانون الأسرة، فلا يثبت عليه تخلف القيام بإجراء جوهري يؤدي إلى تعريض الحكم إلى النقض، وذلك قياسا على أثر تخلف إجراء محاولة الصلح المقررة في نص المادة 49 من نفس القانون[2].

وتعتبر أسباب الانقضاء هذه عادية مقارنة بأخرى غير متوقعة، بل حدثت بصورة طارئة، نذكرها على التوالي:

أ. ينقضي التحكيم بوفاة أحد الحكمين أو بفقد أهليته، لكن زوال صفة المحكم عنه لا يرتب زوال التحكيم، بل يجوز إكمال إجراءات التحكيم بحكم محل الذي زالت عنه الصفة.

ب. بعزل أحد الحكمين أو كليهما لعدم الصالحية للتحكيم مما يوجب على القاضي تعيين حكمين آخرين.

---

[1]– المنشاوي عبد الحميد، التحكيم الدولي والداخلي، منشاة المعارف الإسكندرية، د.س.ن، ص 273

[2]– الشواربي عبد الحكيم، التحكيم والتصالح، مرجع سابق، ص 372.

ج. بوفاة أحد الزوجين فتنحل الرابطة الزوجية بسبب الوفاة، كما قضت بذلك المادة 47 من قانون الأسرة، فلم يعد هناك محل للتحكيم ولا سبب لقيامه.

د. عدم صدور تقرير الحكمين في الميعاد المقرر له، فيسحب منهما القاضي الثقة كما بإمكانه تعيين حكمين غيرهما.

هـ. تنحي الحكم عن مهمة التحكيم، والمبدأ انه لا يجبر أحد على قبول مهمة التحكيم، ومن ثم إذا قبلها وجب عليه إتمامها، إلا إذا وجد سبب جدي يمنعه من الاستمرار، كان يصيبه مرض يمنعه حتما من التحكيم.

و. وزوال التحكيم أو صفة احد الحكمين لأي سبب من الأسباب، كالوفاة أو العزل أو فقد الأهلية أو التنحية عن أداء مهمة التحكيم، بزول ويسقط على أثره التحكيم، ويعتبر كأنه لم يكن بسبب فقد لركن جوهري، وأي قرار يصدر من احد الحكمين أو كليهما بعد إنقضاء إجراءات التحكيم يعتبر باطلا[1].

[1]–أبو الوفا أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، ط03، الإسكندرية، 2006، ص 193.

ملخص:

التحكيم هو طريق بديل لحل النزاعات الأسرية يتضمن إشراك طرف ثالث مستقل يعرف بالمحكم للوصول إلى قرار نهائي يحل النزاع بدلاً من التوجه إلى المحكمة. يعتبر التحكيم آلية فعالة لحل النزاعات الأسرية، ويستخدم على نطاق واسع في العديد من الدول.

تعد النزاعات الأسرية مثل الطلاق، وحضانة الأطفال، وتقسيم الممتلكات، والدعم المالي من بين القضايا الشائعة التي يمكن حلها من خلال التحكيم الأسري. يعزز التحكيم المرونة والخصوصية وسرية الإجراءات، ويوفر فرصة للأطراف لتحديد القواعد والإجراءات المطبقة في النزاع واختيار المحكم المتخصص في الشؤون الأسرية.

خاتمة

توضح الدراسة أن الوسائل الودية لتسوية النزاعات الأسرية هي مكسب حقيقي لتحقيق العدالة، نظرًا لزيادة عدد القضايا المتعلقة بهذه النزاعات وبطء الفصل فيها، وتأثير هذه النزاعات على المحيط الاجتماعي وخاصة مصلحة الأطفال يؤدي إلى زيادة الضغوط الخارجية لحماية حقوق الإنسان. لذلك، ينبغي على التشريعات إعادة النظر في إطارها القانوني وتبني وسائل ودية لحل هذه النزاعات الأسرية.

ربما كان عنوان هذه المذكرة يجسد طموحا أكبر مما تمكنت من الوصول إليه، غير أن ذلك لا يمنع من الوقوف على بعض النتائج لعلها تسهم في إثراء الموضوع، أهمها:

1- مشروعية الصلح ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية وإجماع الصحابة والأئمة والعلماء لما في إنهاء الخصومة بالصلح من تحقيق العدل.

2- العملية الصالحية لا تعزوها النصوص القانونية لإثبات جوازها ومشروعيته ا بل أن تحاط بوسائل فعالة تخدم القاضي والمتقاضي.

3- إن السياسة التشريعية وقفت لما جعلت أحكام الطائف غير قابلة للاستئناف وأن الطعن بالنقض لا يوقف تنفيذها، لأن الطلاق مرتبط بحساب العدة الشرعية في حالة الطلاق الرجعي.

4- إن المادة 49 من قانون الأسرة جعلت – بعد تعديلها – من محاولة الصلح الواحدة عدة محاولات صلح، مما يفيد تأكيد المشرع على وجوبها واعتبارها من الإجراءات الجوهرية المتعلقة بالنظام العام.

5- الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم وبالنظام العام، كقاعدة عامة، لكنه يجوز على المصالح المالية المتعلقة بهما.

6- الطلاق الذي يوجب على القاضي القيام بمحاولة الصلح هو الذي عبرت عنه الإرادة التشريعية من خلال ما ورد في المادة 48 من قانون الأسرة.

7- أوجبت المادة 49 القيام بمحاولات الصلح قبل الحكم بالطلاق، فيجوز عرض الصلح قبل نظر الدعوى، أو قبل اتخاذ إجراءات الإثبات فيها، أو قبل النطق بالحكم.

8- من بين الآليات التي اتخذها المشرع الجزائري من أجل الحد من الطلاق التعسفي، أن جعل حل الرابطة الزوجية تحت الإشراف الفعلي للمحكمة وأيضا الإصلاح بين الأطراف المتخاصمة من خلال جلسات الصلح التي يقوم بها القاضي بنفسه.

9- محاولة الصلح تحكمها شروط تلزم المحكمة المختصة بالتحقق من توافرها

10- من أجل أن يكون العمل القضائي حائزا على قوة الحقيقة القانونية. مدة محاولة الصلح ومدة العدة تتطابقان في وحدتهما الزمنية وكذا في تاريخ سريان حسابهما في حالة وحيدة، هي تلفظ الزوج بالطلاق يوم بداية جلسة الصلح الأولى.

11- اهتمت الشريعة الإسلامية بالقضاء اهتماما لم تعرفه باقي التشريعات من خلال تشدّدها في الشروط الواجب توافرها في القاضي ليكون أهلا لهذه الوظيفة الجليلة.

12- إن أهمية التخصص تكمن في إجادة العمل والقدرة على الاستيعاب والانجاز ومعرفة خبايا نوع معين من القضايا، مما يكسب القاضي الكثير من الجهد والوقت.

13- لقد ترك المشرع الجزائري فراغ ا كبيرا في قانون الأسرة بصدد كثير من المسائل، لم تتيسر تغطية هذا النقص عمليا بموجب أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، في إحالتها إلى أحكام الشريعة الإسلامية بسبب نقص التكوين العلمي الشرعي لقضاة المحاكم الجزائرية.

14- إن علم القاضي بالأحكام الشرعية ضروري لبيان ما يحل وما يحرم من الأنكحة وانتهائها، واحتساب العدة وغيرها، فعلمه هذا مصدر مهم في سلطته التقديرية.

15- من الصعب العمل إن التداخل بين أعمال القضاء وأعمال الإدارة جد متزامنا لذلك وضع معيار دقيق يفصل بينهما.

16- كما أن محاولة الصلح من صميم القضائي من حيث المضمون والشكل أيضا بدليل أن العملية الصلحية تفرغ في محضر يسمى محضر الصلح يوقع عليه القاضي والأطراف وكاتب الضبط محضر الصلح، كسند تنفيذي، له حجية منقوصة.

17- إن التوصل إلى الصلح بين الزوجين يجب أن يصدر فيه حكم بانقضاء الدعوى يتم فيه التسبيب، بإبراز مساعي الصلح ونتائجه الإيجابية وإرفاقه بمحضر الصلح وفي حالة الفشل، يشرع القاضي في مناقشة موضوع الدعوى.

18- تعريفات فقهاء القانون للتحكيم، جاءت مرتبطة بالمجال القانوني الذي تخصص فيه كل واحد منهم.

19- الفارق الجوهري بين نظام التحكيم ونظام الصلح متعلق بمرحلة التنفيذ، فبينما ينتهي التحكيم بقرار قابل للتنفيذ مباشرة بعد اطلاع المحكمة عليه، ولا تمتد سلطة القاضي للنظر في الموضوع، فإن الصلح لا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القاضي.

تضح من هذه الدراسة ومن نتائجها أن هناك بعض التوصيات التي أرى لها أهمية أذكرها على النحو الآتي:

1- على المشرع أن ينظر باستمرار إلى مال تطبيق القاعدة القانونية في الواقع، لان الاستجابة للزوجة في دعواها للتطليق بسبب الضرر والشقاق المستمر قد لا يحقق أية مصلحة، أو قد تكون المصلحة ضئيلة مقارنة بما ستخلفه من ضرر، وهو ما تؤكده الإحصائيات التي تبين الوتيرة التصاعدية لقضايا التطليق للشقاق.

2- إن مهمة قاضي شؤون الأسرة في الصلح تجعل منه مصالحا ومساعدا للأزواج على تخطي الصعوبات، مما يحول مهامه القضائية إلى مهام اجتماعية، وهذا الدور يجعله، كإنسان، قد يقع تحت تأثير معطيات وظروف خاصة بالحالة النفسية للزوجين أثناء جلسة الصلح، مما يؤثر على حكمه لذلك لا مفر من السعي إلى استقلال قضاء الأسرة بطاقاته الهيكلية والبشرية وإنشاء محكمة خاصة به، وإعداد قضاة متميزين بتكوينهم وأقدميتهم وخبرتهم التي يكتسبونها من خلال مجال تخصصهم في القضاء الشرعي.

3- نأمل من القائمين على إعداد الطلبة القضاة بالمدرسة العليا للقضاء، إضافة مقياس حول الإرشاد الأسري لفهم الحياة الأسرية ومسؤولياتها والمساعدة في حل وعلاج المشكلات والاضطرابات الأسرية.

4- نأمل من قاضي شؤون الأسرة أن لا يترك نص المادة 56 جامدا وأن يلجأ إلى تفعيله بإشراك أهل الزوجين في تبيان المتسبب في الضرر والشقاق، وأن يعيد المشرع النظر بخصوص هذه المادة وعدم الاستخفاف بأهمية نظام التحكيم، بتعديلها وتوضيح حالات التطليق التي يلجأ بسببها إلى إجراءات التحكيم، وذكر الشروط الواجبة في الحكمين، ووضع جزاءات تقرض.

5- التطبيق الصارم للتحكيم بين الزوجين في دور المحاكم.

6- ضرورة نشر ثقافة الوساطة القضائية الغائبة عن المجتمع الجزائري لا سيما في اوساط القوانين المتقاضين في تطويرها وإنتشارها.

7- ضرورة تنصيص المشرع على الجزاء الذي يقع على القاضي الذي يخل بالإلتزام المنصوص إليه في الفقرة الأولى من المادة 994 من القانون 08-09.

8- تأهيل القضاة والمستشارين الوسطاء بالقيام بعملية الوساطة بكل إحترافية ومهنية وعلى تطوير مراكز الوساطة وتهيئتها

قائمة المصادر

والمراجع

القرآن الكريم:

النصوص القانونية

القانون:

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ع 24 الصادرة في 12 جوان 1984.

2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ع 48، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022.

3- القانون رقم 36 لسنة 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني، نشر في الجريدة الرسمية للمملكة الهاشمية الأردنية، ع 8061، المؤرخة في 17 أكتوبر 2010.

المراسيم التنفيذية:

1-مرسوم تنفيذي رقم 06-154، المؤرخ 11ماي2006، يحدد شروط وكيفية تطبيق احكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، مؤرخ في 1984/6/9، المتضمن قانون الاسرة الجزائري، ج ر. ع 31، مؤرخ في 2006/05/14.

القرارات:

1- القرار بتاريخ 16-05-2005 المستحدث من 01-10-2004 حتى 30-09-2005.

2- المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 210451 المؤرخ في 1999/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001،

3- المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 36962 المؤرخ في 1985/06/03، المجلة القضائية، ع. 02، 1990،

4- المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 372130 المؤرخ في 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، ع02، 2007،

5- المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 57812 المؤرخ في 1989/12/25، المجلة القضائية، ع03، 1991

6- المحكمة العليا، غ،أ،ش، القرار رقم 75141 المؤرخ في 1991/06/14، المجلة القضائية، ع 01، 1993

7- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، المجلة القضائية، القرار رقم 216850 بتاريخ 1999/06/12، العدد 2001،

8- المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، قرار رقم 372130 المؤرخ في 2002/11/15، المجلة القضائية، ع02، سنة 2007.

9- المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار رقم 0851107 المؤرخ في 2013/5/9،

10- المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، رقم 0639647 المؤرخ في 2008/03/12

11- المحكمة العليا، غرفة شؤون الاسرة والمواريث، قرار رقم 650014 المؤرخ في 2014/09/، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2012.

الكتب

1- . العربي بلحاج، الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة2002، ج 1،

2- . شوقي ضيف، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع العاملية، القاهرة، 1999

3- . محمد صدقي الغربي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 01، 2003، ج 12.

4- إبن فرحون، برهان الدين المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الاحكام، ج01، ط01، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.

5- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله ابن احمد ابن محمد المقدسي، المغني، دار احياء التراث العربي، ج7، ط1، س1985.

6- إبن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج07، دار الكتاب الإسلامي، ط02، القاهرة، د.س.ن.

7- أبو الوفا أحمد، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، ط03، الإسكندرية، 2006

8- ابي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي، ج6،

9- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد 01، عالم الكتب، ط01، القاهرة، 2008.

10- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، دار بغدادي، سنة 2009، ط1.

11- البهوتي، دقائق أولى النهى لضرح المنتهي، المعروف بمنتهي الإرادات، عالم الكتب، بيروت.

12- التحيوي محمد السيد الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006،.

13- التحيوي محمد السيد، أنواع التحكيم وتميزه عن غيره، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009.

14- جابر بن جابر ابو بكر الجزائري، ايسر التفاسير لكلام العلي الكبير، ج5 (ط:5، المملكة العربية السعودية: مكتبة العلوم والحكم، 1424هـ/2003م)،

15- الجندي أحمد نصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، د.ط، مصر، د.س.ن.

16- الجندي، احمد نصر، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج الطابق التفريق بين الزوجين، دار الكتب القانونية، مصري، ج1، 2006.

17- الدسوقي محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج02، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.

18- الرازي زين الدين، مختار الصحاح، دار الكتب العربية، د.ط، بيروت، د.س.ن.

19- زودة عمر، الاجراءات المدنية على ضوء اراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر

20- زين الدين إبراهيم بن محمد، البحر الرائق في شرح ككنوز الدقائق، باب التحكيم، ط02، دار الكتاب الإسلامي، إيران، د.س.ن.

21- سائح سنقوقة، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ج1، ب، ط، دار الهدى لطباعة لنشر والتوزيع، عين مليلة، 2011.

22- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة، دار البعث للطباعة والنشر، الجزائر، ط 03، 1996.

23- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني.

24- سيد عبد النبي محمد التحكيم في المنازعات التجارية الدولية النظرية والتطبيقية، وكالة الصحافة العربية ناشرون، الجيزة مصر، 2019.

25- الشوكاني فتح الله، فتح القدير، دار المعرفة، ط04، بيروت، 2007،

26- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، ج1، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2012.

27- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، ط 01، كليك للنشر، الجزائر، 2012.

28- عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، دار المعرفة، لبنان، 1975.

29- عطية ياسر، التوجيه الأسري في التشريع الإماراتي، دار النهضة العربية، ط02، القاهرة، 2015،

30- علي بن محمد الماوردي، أدب القاضي، تح: محي الدين هلال السرحان، مطبعة العاني بغداد، العراق، 1972.

31- غوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.

32- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، ج03، ط01، بيروت، 2006

33- لحسن بن آث ملويا، المنتقى في قضايا الاحوال الشخصية، ج 1، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2006.

34- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي واثارها على الأحكام القضائية، ط 02، دار فسيلة، الجزائر، 2009.

35- محمد ابو زهرة، احوال الشخصية، دون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر،

36- محمد السناري، قوانين الأحوال الشخصية إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات، القاهرة. مصر، د.س.ن

37- محمد بن صالح بن محمد العثيمين، تفسير الفاتحة والبقرة، ج2، ط: 1، المملكة العربية السعودية دار ابن الجوزي، 1423هـ.

38- معابدة زينب زكريا، الإصلاح الأسري بين الزوجين في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، ط01، الأردن، 2015.

39- المنجد في اللغة والإعلام، دار المشرق، ط29، بيروت، 1988.

40- المنشاوي عبد الحميد، التحكيم الدولي والداخلي، منشاة المعارف الإسكندرية، د.س.ن.

الرسائل والمذكرات:

دكتوراه:

1- الخضير خالد بن عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 2007.

2- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2013-2014.

3- هداج وحيد، الوسائل الودية لتسوية المنازعات الأسرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث(ل.م.د) في القانون الخاص، جامعة ابن خلدون، تيارت، سنة 2023/2022.

4- هلالي مسعود، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والإقتصاد، دامعة قسنطينة، الجزائر، 2013-2014.

ماجستير:

1- بن هبري عبد الحكيم، احكام الصلح في قضاء شؤون الاسرة، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.

2- حمزة علي الشباهي التحكيم في المنازعات دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الليبي مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء والسياسة الشرعية كلية العلوم الإسلامية، جامعة المدينة العالمية، ماليزيا 2016.

3- يسن محمد حماد الأمين الشروط الشكلية والموضوعية لعقد التحكيم حراسة مقارنة مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة شندي، السودان، 2016.

ماستر:

1- بلقاسم نادية، عمارة العربي، دور قاضي الاسرة في إجراء الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في قانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة ماستر، تخصص قانون الاسرة، جامعة اكلي محند اولحاج، البويرة، 2019،

2- بولقمان عديلة، احكام الصلح في دعاوى الطلاق، مذكرة ماستر، تخصص قانون الاسرة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2020/2019.

3- العايب صالح، أحكام الصلح في قضايا شؤون الأسرة، مذكرة الماستر، تخصص حقوق قانون الاسرة، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2022/2021،

4- مرابط حبيبة، صلاحيات قاضي شؤون الاسرة وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2017،

5- مرابط حبيبة، صلاحيات قاضي شؤون الأسرة وفقا للتشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام ومعمق، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2018/2017،

المجلات:

1- أحمد الصومعي، التعسف في إستعمال الحق بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، ع38، أفريل 2009.

2- بن عودة حسكر مراد، سلطات قاضي شؤون الأسرة في الصلح بين صعوبة تطبيقه والية تفعيله، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، ع 01 سنة 2020،

3- سامية بن قوية، الصلح في قانون الاسرة الجزائري، اشكالات شرعية وقانونية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية القانونية، تخصص قانون الاسرة.

4- الشيعاني محمد حسين، بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين، دراسة وصفية تحليلية، مجلة كلية الدراسات الإسلامية، جامعة الأمير سونكلا، تايلند، ع211، 2014.

5- فهر عبد العظيم، مفهوم التحكيم، مجلة دراسات قانونية، ع01، المجلد 01، 1998

6- فيروز من شنوف وأحمد شاعي، تفعيل دور هيئة التحكيم في تسوية النزاعات الأسرية، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية جامعة سطيف، 2، مع 19، ع 02، 2022.

الملتقيات:

1- بوذريعات محمد، الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح، ملتقى دولي حول الطرق البديلة لحل النزاعات، ع3، 2014.

فهرس الموضوعات

إهداء

شكر وتقدير

مقدمـــــة ..... أ

الفصل الأول: 5

ماهية الصلح كطريق بديل لحل النزاعات الأسرية 5

المبحث الأول: ماهية الصلح 8

المطلب الأول: مفهوم الصلح 8

الفرع الأول: أركان الصلح في الفقه الإسلامي.....23

الفرع الثاني: أركان الصلح في القانون الجزائري 25

المبحث الثاني: خصوصية الصلح في مسائل فك الرابطة الزوجية والاثار المترتبة عليه 28

المطلب الأول: اجراءات الصلح في فك الرابطة الزوجية 28

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لإجراء محاولة الصلح 29

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لانعقاد وسير جلسة الصلح 31

ثالثا: دور القاضي في اتخاذ التدابير الضرورية أثناء محاولة الصلح.....38

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على محاولات الصلح 42

الفرع الأول: أثر نجاح محاولة الصلح 43

الفرع الثاني: أثر فشل محاولة الصلح.....45

الفصل الثاني:التحكيم طريق بديل لحل النزاعات الأسرية 49

المبحث الأول: مفهوم إتفاق التحكيم..... 51

المطلب الأول: تعريف التحكيم.....51

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتحكيم.....51

الفرع الثاني: تعريف التحكيم الفقهي في الإسلام.....54

المطلب الثاني: التمييز بين التحكيم وما يشتبه به 58

الفرع الأول: التمييز بين الوساطة والتحكيم.....58

الفرع الثاني: التمييز بين التحكيم والقضاء.....60

الفرع الثالث: التمييز بين التحكيم والوكالة.....61

المبحث الثاني: خصوصية التحكيم في مسائل فك الرابطة الزوجية.....63

المطلب الأول: مهمة الحكمين 63

الفرع الأول: دور الحكمين في الإصلاح بين الزوجين.....63

الفرع الثاني: سلطة الحكمين في الفصل في النزاع بين الزوجين 65

المطلب الثاني: إشراف القضاء على التحكيم 70

الفرع الأول: إلتزام الحكمين بتقدير تقرير القاضي.....71

الفرع الثاني: إنقضاء إجراءات التحكيم بين الزوجين 74

خاتمة..... 78

قائمة المصادر..... 83

والمراجع..... 83