مجلة الاقتصاد والقانون
Economics and Law Journal

تفعيل نظام التحكيم بين الزوجين من الجانب الإجرائي و الموضوعي في التشريع الجزائري

Activating the arbitration system between spouses from the procedural and substantive aspects in Algerian legislation

كمال فريحاوي♦ جامعة محمد الشريف مساعدية سوق أهراس ، الجزائر.

الكلمات المفتاحية	الملخص
التحكيم بين الزوجين ، الصلح في قانون الأسرة، الشقاق والضرر، التطليق للضرر.	يكتسي نظام التحكيم بين الزوجين أهمية بالغة في الصلح و التوفيق بينهما حفاظا على كيان الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع و قد عني المشرع الجزائري بنظام التحكيم بين الزوجين فنص عليه في قانون الأسرة بموجب المادة 56 وفي قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمواد 446 إلى 449 . حيث أغفل المشرع الجزائري تنظيم التحكيم بين الزوجين بنظام إجرائي خاصة إجراءات التعيين و شروط المحكمين و سلطاتهم و طبيعة محضر التحكيم و حجيته على المحكمة و رقابة المحكمة العليا على الأحكام الفاصلة بموجب تقرير التحكيم لدراسة كل هذه المسائل و غيرها إخترنا إشكالية للبحث تتضمن التساؤل حول النظام القانوني للتحكيم بين الزوجين ؟

Abstract	Keywords
The arbitration system between spouses is of great importance in reconciliation and reconciliation between them in order to preserve the entity of the family, which is considered the nucleus of society. The Algerian legislator has concerned with the arbitration system between spouses and stipulated it in the Family Code under Article 56 and in the Civil and Administrative Procedures Code under Articles 446 to 449. *As the Algerian legislator neglected to organize arbitration between spouses with a procedural system, especially the appointment procedures, the conditions and powers of the arbitrators, the nature of the arbitration report and its authority over the court, and the Supreme Court's oversight of the decisive rulings according to the arbitration report. To study all these issues and others, we chose a problem for research that includes the question about the legal system. To arbitrate between spouses?*	Arbitration between spouses, Reconciliation in family law, Discord and damage, Divorce due to harm. .

♦ المؤلف المرسل: كمال فريحاوي ، الإيميل: kamel.frihaoui@univ-soukahras.dz

مقدمـــة :

إن النظام القانوني لفك الرابطة الزوجية إما أن يكون بالإرادة المنفردة للزوج أو بطلب التطليق من الزوجة للأسباب المقررة قانونا أو بطلبها الخلع أو بالإرادة المشتركة للزوجين , أو بطلب التفريق للشقاق والضرر وهذا الأخير مستمد من المذهب المالكي ومخول لكلا الزوجين .

إنه عند الشقاق بين الزوجين و إضرار أحدهما بالآخر و في حالة إقامة الدعوى أمام القضاء من الزوج مدعي الضرر فإن المحكمة بعد القيام بإجراءات الصلح وفي حالة فشله وثبوت الضرر فإنه لا يسعها إلا القضاء بفك الرابطة الزوجية للضرر ،وفي حالة عدم ثبوت الضرر فإن المحكمة تقضي برفض الدعوى كما يجوز لها أن تلجأ لتعيين حكمين للصلح بين الزوجين طبقا للمواد 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية .

لكنه في حالة رفض الدعوى لعدم ثبوت الضرر و طبعا في حالة تعذر الصلح ثم رفعت الدعوى من جديد لطلب فك الرابطة الزوجية للضرر ثم يعجز المدعي مرة ثانية في إثبات الضرر ففي هذه الحالة فإن تعيين الحكمين وجوبي طبقا للمادة 56 من قانون الأسرة إذ يجب على المحكمة تعيين حكمين للصلح و التوفيق بين الزوجين أو إقتراح ما يرونه مناسبا لحالة الزوجين كما سوف نوضحه في الموضوع و التحكيم بين الزوجين مصدره قوله تعالى ﴿وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ٣٥﴾ النساء:35

أهمية الموضوع:

إن نظام التحكيم يكتسي أهمية بالغة في الصلح و التوفيق بين الزوجين حفاظا على كيان الأسرة التي تعتبر نواة المجتمع والمتتبع لإحصائيات أحكام الطلاق وفك الرابطة الزوجية بجميع أنواع الفرقة فإنه يجد رقما مهولا ينذر بأخطار محدقة بالمجتمع ،حيث كان من الممكن تجنب الكثير من حالات الطلاق لم كان نظام التحكيم بين الزوجين مفعل ،و قد سعى المشرع الجزائري لإعتماد نظام التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة بموجب المادة 56 و في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمواد من 446 إلى 449 أحدهما وجوبي في قانون الأسرة و الآخر جوازي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث سيتم بيان الفرق بينهما في الموضوع .

أهداف الموضوع:

حيث أن المشرع الجزائري لم ينص إلا على إجرائين في نظام التحكيم بين الزوجين وهما إعداد المحكمين لتقرير يودعانه للمحكمة و مدة التحكيم المقدرة بشهرين وفي مهام الحكمين نص على الصلح لكنه أغفل مهمة الحكمين في حالة تعذر الصلح لذلك فإنه يوجد قصور في مجال إجراءات تعيين الحكمين في دعوى التفريق للشقاق و الضرر الشيء الذي جعل المحاكم تهمل نظام التحكيم مما جعل المادة 56 من قانون الأسرة جامدة و ميتة .

إن القاعدة القانونية الموضوعية تظل ميتة وغير فعّالة بدون قواعد إجرائية ويؤدي هذا إلى إهدار الحماية القضائية للمراكز القانونية , فحياة الحق كامنة في وسيلة حمايته وإحيائه والإجراءات وسائل حماية كما أنها تعتبر روح القاعدة الموضوعية التي تحيا بها.

لكي تدب الحياة في القاعدة الموضوعية الجامدة يجب الإجتهاد لإيجاد إجراءات قصد تطبيق تلك القاعدة ومنحها الفعالية لذلك أردت المساهمة بهذا الموضوع لتفعيل نظام التحكيم بين الزوجين بالإجتهاد لإيجاد قواعد إجرائية لنظام التحكيم و توضيح سلطات و صلاحيات المحكمين و شروطهم

الإشكالية والتصريح بالخطة:

لأجل دراسة الموضوع فقد تم إخضاعه للإشكالية التالية :

ماهي القواعد الإجرائية والموضوعية للتحكيم بين الزوجين قصد تفعيله في التشريع الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية إعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي وفقا لعناصر الخطة الآتية :

المبحث الأول : الإطار النظري للتحكيم بين الزوجين في التشريع الجزائري

المطلب الأول : تنظيم المشرع الجزائري للتحكيم بين الزوجين

الفرع الأول : التحكيم الجوازي

الفرع الثاني : التحكيم الوجوبي

المطلب الثاني: تعريف التحكيم بين الزوجين

الفرع الأول : تعريف التحكيم لغة

الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم بين الزوجين

الفرع الأول : سلطات المحكمين

الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن النظم المتشابهة

المبحث الثاني : إجراءات تعيين الحكمين وشروطهم.

المطلب الأول : إجراءات تعيين الحكمين .

الفرع الأول : أن يكون التعيين بموجب سند قضائي مكتوب

الفرع الثاني : أداء اليمين من الحكمين أمام القاضي الذي عينهم.

المطلب الثاني :شروط الحكمين

الفرع الأول : الإسلام والعدالة

الفرع الثاني : أن يكون الحكمين من أهل الزوجين ما أمكن .

الفرع الثالث : الأهلية وسلامة الحواس

الفرع الرابع : القراءة و الكتابة

المبحث الثالث : إنجاز تقرير التحكيم وحجيته ورقابة المحكمة العليا .

المطلب الأول : إنجاز تقرير التحكيم .

الفرع الأول : إخطار الحكمين بسند التعيين .

الفرع الثاني: إخطار الأطراف بالحضور لمجلس التحكيم أو الإنتقال إليهما.

الفرع الثالث: سماع أقوال الطرفين وإجراء الصلح .

الفرع الرابع: تحرير تقرير التحكيم وإيداعه بالمحكمة .

المطلب الثاني : حجية تقرير التحكيم ورقابة المحكمة العليا

الفرع الأول : حجية تقرير التحكيم بالنسبة لقاضي الموضوع .

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا بالنسبة للتحكيم

الخاتمة

المبحث الأول : الإطار النظري للتحكيم بين الزوجين في التشريع الجزائري
المطلب الأول : تنظيم المشرع الجزائري للتحكيم بين الزوجين

نظم المشرع الجزائري التحكيم بين الزوجين في قانون الأسرة و كذلك في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

حيث نصت المادة 56 من قانون الأسرة على ما يلي :(إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما.

يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين.)

ونص كذلك المشرع الجزائري على جواز تعيين الحكمين بالمواد 446 و447 و448 و 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث وردت على التوالي :

المادة 446 (إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة.)

المادة 447 (يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة.)

المادة 448 (إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن.)

المادة 449 (يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا، إذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.)

إنه بتحليل نص المادة 56 من قانون الأسرة و المواد المتعلقة بالتحكيم بين الزوجين في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية السالفة الذكر ،وبعد مقارنة المواد و مقاربتها ببعض نستنتج أنه يوجد حالتين للتحكيم بين الزوجين ،حالة التحكيم الجوزاي و حالة التحكيم الوجوبي نستعرضهما كالآتي :

الفرع الأول : التحكيم الجوازي:

أن التحكيم المنصوص عليه بالمواد من 446 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يعتبر جوازي بالنسبة للمحكمة بدلالة المادة 446 ،وتلجأ المحكمة لتعيين الحكمين في جميع الدعاوي المؤسسة على الضرر مثل طلب التطليق للشقاق أو الضرر بنص المادة 53 فقرة 08 و 10 من قانون الأسرة ،وعند إقامة الدعوى والتي تعتبر مرفوعة لأول مرة يعجز المدعي عن إثبات الضرر فيجوز في هذه الحالة تعيين حكمين للصلح بين الزوجين حسب مقتضيات قانون ألأسرة أي أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين و تكون مدة مهمتهما شهرين ،فإن توصل الحكمين للصلح فيثبتان ذلك بمحضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن ،و إن لم يتوصل الحكمين للصلح و بقي المدعي عاجزا عن إثبات الضرر رفضت الدعوى لعدم التأسيس ،مع التنويه أن المحكمة طبقا لنظام التحكيم الوارد في قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية تستطيع إنهاء مهمة الحكمين و إعادة القضية للجدول و الإستمرار في نظرها .

الفرع الثاني : التحكيم الوجوبي :

يكون التحكيم بين الزوجين وجوبيا طبقا للمادة 56 من قانون الإسرة في حالة إشتداد الخصام بين الزوجين و لا يثبت الضرر[1] من المدعي وإشتداد الخصام وإستمرارالشقاق لا يكون بمجرد دعوى أولى أي يرفعها المدعي لأول مرة بل يكون الخصام مشتدا إذا رفعت دعوى ثانية بعد رفض الأولى بنفس الموضوع وهو طلب التفريق للشقاق و الضرر ويعجز المدعي كذلك عن إثبات الضرر ففي هذه الحالة لا يكون تعيين الحكمين جوازيا بل يعد وجوبيا و مهمة الحكمين تتمثل في الصلح و في حالة فشل الصلح فإن القاضي لا ينهي مهمة الحكمين بل أن الحكمين يعدان تقريرا و ليس محضرا يثبتان فيه جميع العناصر الواقعية للدعوى و مصدر الشقاق و درجة إساءة كل زوج و في حالة إقتراح التفريق بين الزوجين فيقرران ما هي الأعباء التي تقع على الزوج الذي يقضى بتغريمه كما سوف نبين ذلك تفصيلا في سلطات أو صلاحيات المحكمين في الفرع الثاني من المطلب الثالث.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم بين الزوجين

الفرع الأول : تعريف التحكيم لغة .

التحكيم مأخوذ من الفعل حَكَمَ والحكمُ: أصله المنعُ، وبذلك سميت حَكمة الدابةِ، يقال منه: حكمتً الدابة وأحكمتها.

وحكمت السفية وأحكمتهُ: أخذتُ على يدهِ وحكمتُ فلاناً تحكيماً: منعته مما يريد وحكّمَ فلان في كذا إذا جعل إليه الأمر[2], ويقال حكّمت الرجل بالتشديد أي فوضت الحكم إليه ،. والعرب تقول حكمتُ وأحكمتُ وحكمتُ بمعنى منعتُ فيقال حكَم ابنَه: منعه وردّه عن السّوء [3]، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكمُ لأنه يمنع الظالم من الظلم، وكُلُّ شَيْءٍ مَنَعْتَه من الفَسَادِ: فقد حَكَمْتَه وأحْكَمْتَه [4] وحكَمَ الرجل وحكَّمَهُ وأحْكَمَه أي مَنعه مِمَّا يُرِيد [5]،و حَكَمْتُ السفيه وأَحْكَمْتُهُ إذا أخذتَ على يده ،والحكمُ في قول الأزهري : القضاء بالعدل وورد في مختار الصحاح مايلي (الحكم: القضاء, وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما وحكم له

[1] - تجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري واضح في هذه المسألة فهو يشترط أن ترفع دعوى ثانية بعد رفض الأولى في موضوع التفريق للضرر و لا يثبت الضرر مرة أخرى في الدعوى الثانية و ذلك بموجب المادة 06 من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون رقم 1985/100 التي تنص على ما يلي :(إذا إدعت الزوجة إضرار الزوج بها بمالايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة , إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما , فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد 7و 8 و 9 و10و 11)

[2] - أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين ،مجمل اللغة لابن فارس،الطبعة 2 ، الجزء 1، ص 246 .مؤسسة الرسالة بيروت 1986 .

[3] - أحمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، الطبعة 1،الجزء 1 ص 537،عالم الكتب ،القاهرة ، 2008 .-

[4] - إسماعيل بن عباد بن العباس، أبو القاسم الطالقاني، المشهور بالصاحب بن عباد، المحيط في اللغة،الطبعة 1 الجزء الثاني ،ص387 ،عالم الكتب ،بيروت 1994 .

[5] - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ،المحكم والمحيط الأعظم ،الطبعة 1 الجزء3 ص 51 .،دار الكتب العلمية بيروت 2000 .

وحكم عليه, والحكم أيضا الحكمة من العلم , والحكم بفتحتين الحاكم , وحكمه في ماله تحكيما إذا جعل إليه الحكم فيه وإحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى واحد والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم [6] .

الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي

(الطريق الإجرائي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير وذلك بدلا عن الطريق القضائي العام)[7] ،حيث كل التعريفات الفقهية للتحكيم تتطابق حول أنه إتفاق للفصل في النزاع بواسطة هيئة حرة أو مؤسسة دون اللجوء للقضاء.[8]

حيث أن التعريف السالف الذكر يتعلق بالتحكيم في المواد التجارية وفي المنازعات المالية عموما التي يجيز المشرع إخضاعها للتحكيم إلا أن السؤال المطروح هل أن التحكيم في قضايا شؤون الأسرة يخضع لنفس التعريف ؟

يختلف تعريف التحكيم في المواد التجارية عن التحكيم في شؤون الأسرة حيث أن الأول يتعلق بالفصل في النزاع بموجب قرار تحكيمي أما الثاني فلا يفصل في النزاع بل ينتهي عند إعداد محضر تفصل المحكمة على أساسه فهو لا يعدو إلا أن يكون إجراء من إجراءات التحقيق التي تأمر به المحكمة كما سوف نبينه في المطلب الثاني ،كما أن تعريف التحكيم لا يتعدى التعريف اللغوي و لا ينصرف للتعريف الإصطلاحي الذي أساسه الفصل في النزاع عن غير طريق القضاء حيث أنه طبقا للقاعدة العامة في التفسير أنه إذا كان لكلمة معنى لغوي ومعنى إصطلاحي خاص فإنه ينبغي الوقوف عند المعنى اللغوي ولايتعدى للمعنى الإصطلاحي إلا بدليل يضفي على الكلمة المعنى الإصطلاحي الخاص وبما أنه لايوجد دليل يضفي على التحكيم بين الزوجين المعنى الإصطلاحي للتحكيم لذلك فإننا نقف عندالمعنى اللغوي للتحكيم إذا علمنا أن التحكيم مشتق من فعل حكم بمعنى منع ورّد حسب ورد في التعريف اللغوي ، فيكون التحكيم بين الزوجين إذا هو منع أحدهما من أن يضر الأخر , ومنع الشقاق ورد الزوجين إلى الحياة الزوجية المستقيمة وإلى ما توجبه القواعد الشرعية لنظام الأسرة .

يمكن تعريف التحكيم بين الزوجين بما يلي :(**هو نظام إجرائي في دعاوى فك الرابطة الزوجية للشقاق أو الضرر و يكون بتعيين حكمين من أهل الزوجين ما أمكن للصلح بينهما وفي حالة تعذره يقترحان التفريق بينهما مع التصريح بتظليم الطرف المسيء و تحميله جبر الضرر** .)

---

[6] - زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ،مختار الصحاح ،الطبعة 5 ص 78 ،المكتبة العصرية ،بيروت 1999

[7] - د. محمود السيد التحيوي : التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية صفحة 16 الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية 1999 .

[8] - تعريف التحكيم تتجاذبه إتجاهين إتجاه الطبيعة الإجرائية للتحكيم :يرى أنصار الإتجاه أن إتفاق التحكيم سواء كان شرطا أو مشارطة ماهو إلا عقد إجرائيا له طبيعته الإجرائية وذلك نظرا لتأثيره المباشر على خصومة التحكيم وإجراءاتها ، إتجاه الطبيعة العقدية للتحكيم : يرى أنصار هذا الإتجاه أن الإتفاق على التحكيم هو عقدا يتم بإتفاق الطرفين المحتكمين ويعتبرا مظهرا لسلطان الإرادة وإستعمالا منهما لحقهما في الإلتجاء إلى التحكيم وذلك من أجل حمل النزاع عن غير طريق القضاء العادي فعقد التحكيم يعد عقدا من العقود التي تحكمها النظرية العامة للعقد والمنصوص عليها بالقانون المدني - شأنه في ذلك شأن العقود الأخرى - وأهمها القواعد التي تحكم إبرامه وتحديد اركانه وشروط صحته والجزء المترتب على تخلفها وهو البطلان أو القابلية للإبطال و كما يخضع لما يرد بشأنه من أحكام خاصة في النصوص المنظمة للتحكيم وقواعد الإتفاق عليه.
ولايعد إتفاق التحكيم عملا إجرائيا وذلك إستنادا إلى أنه يتم قبل بدء الخصومة ولهذا فلايعتبر عنصرا من عناصرها ولا مكونا من مكوناتها وبالتالي فلا يأخذ طبيعة الخصومة أو طبيعة إجراءات الخصومة ولاتسري عليه قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية والتي تنظمها قوانين المرافعات ، وقدذهب أغلب الفقه إلى ترجيح الطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم ويعد مظهرا من مظاهر سلطان الإرادة وبالتالي يظل إتفاق التحكيم عملا من طبيعة إرادية خالصة .

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للتحكيم بين الزوجين

تتضح الطبيعة القانونية للتحكيم بين الزوجين بعد معرفة سلطات المحكمين و صلاحياتهم و تمييز التحكيم بين الزوجين عن بعض النظم المشابهة ،سوف نتطرق لهاتين النقطتين في الفرعين التاليين .

الفرع الأول : سلطات المحكمين

يستمد المحكمين سلطاتهم من صفتهم و مركزهم القانوني بمعنى هل أن الحكمين مهمتهم الإصلاح فقط ولايمكنهما التفريق بين الزوجين إلا إذا وكلوا بذلك صراحة أم أن المحكمين حكمان يقضيا بين الزوجين ويمكنهما التفريق بينهما دون الرجوع إلى إرادة الزوجين .

إنقسم الفقهاء بصدد هذه المسالة إلى إتجاهين :

الإتجاه الأول يرى أن سلطة المحكمين لاتتعدى حدود الإصلاح بين الزوجين ولايمكنهما التفريق بين الزوجين إلا بوكالة صادرة عنهما , أما الإتجاه الثاني فيرى أن سلطة المحكمين تتعدى حدود الإصلاح فيمكنهما التفريق بين الزوجين دون وكالة فهما حكمان رأيهما قضاء فلهما أن يجمعا إن إستطاعا أو يفرقا .

لذلك يستوجب بيان هذين الإتجاهين , ونخلص إلى إتجاه المشرع الجزائري وما يقتضيه النظام القانوني لديه.

الإتجاه الأول : المحكمين وكيلان عن الزوجين.

يرى هذا الإتجاه أن مهمة المحكمين الإصلاح والتوفيق بين الزوجين وليس لهما التفريق إلا إذا كانا وكيلين عن الزوجين بذلك , ومن قال بهذا الرأي هم الحنفية والشافعي في أحد القولين وأحمدبن حنبل في رواية والزيدية والشيعة الإمامية وإبن حزم الظاهري وحسن البصري وقتادة [9].

ويترتب على كون المحكمين وكيلان أنه ليس لهما التصرف إلا بإذن الزوجين ورضاهما فلا يمكن التفريق بين

الزوجين إلا بتوكيل صريح منهما لأن الوكيل يتصرف وفق إرادة الموكل لذلك فسلطة المحكمين قاصرة على الإصلاح ولايملكا التفريق بين الزوجين إلا بتوكيل على ذلك وأصحاب هذا الإتجاه هم:

الأحناف : قال أبو بكر الجصاص (قال أصحابنا ليس للمحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين , لأن الحاكم لايملك ذلك فكيف يملكه الحكمان وأن الحكمين وكيلان عنهما)[10]

وجاء في شرح فتح القدير (قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور...)[11]

9 - د. سميرة سيد سليمان بيومي :التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى ص 79 دار الطباعة المحمدية بالأزهر القاهرة 1989 م

10 - أبو بكر أحمد الجصاص : أحكام القرآن الجزء 02 ص 191 دار الفكر - بيروت (بدون تاريخ)

الشافعية : جاء في مغني المحتاج (وهما وكيلان على الأظهر)[12]

الحنابلة : قال إبن قدامة (إختلفت الرواية عن احمد رحمه الله تعالى في الحكين ففي إحدى الروايتين عنه أنهماوكيلان لهما لايملكان التفريق بينهما إلا بإذنهما)[13]

الظاهرية : قال إبن حزم (ليس لهما أن يفرقا بين الزوجين لابخلع ولابغيره)[14]

الإتجاه الثاني : الحكمان محكمين يملكا القضاء بالتفريق.

يرى هذا الإتجاه وهم المالكية والشافعي في أحد القولين والحنابلة في الرواية الثانية أن الحكمان ليس وكيلان بل محكمين مهمتهما الإصلاح بين الزوجين بعوض أوبغير عوض , وسواء رضي الزوجان بذلك أم لم يرضيا, ويرى هذا الفريق أن الشقاق والضرر يجعل من سلطة الحكمين التفريق بين الزوجين لأنه من المقرر شرعا رفع الضرر وإزالته وعلى ذلك إذا لم يستطع الحكمان الإصلاح كان لهما التفريق بين الزوجين دفعا للضرر, لأن رفع الضرر إذا لم يقم به الزوج قام به الإمام أو من تثبت له ولاية رفع الضرر [15]

وأصحاب هذا الإتجاه هم :

المالكية : ورد في شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك مايلي : (قال مالك وذلك أحسن ماسمعت من أهل العلم أن الحكمين يجوز ينفذ قولهما بين الرجل والمرأة في الفرقة إذا إتفقا عليها والإجماع كذلك بغير توكيل ولا إذن من الزوجين) [16]

وورد في التاج والإكليل ً(وهما حكمان ولو كانا من جهة الزوجين لا وكيلان على الأصح)[17]

ورد في المدونه الكبرى (فإن إستطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما ثم يجوز فراقهما دون الإمام)[18]

الحنابلة في الرواية الثانية : جاء في المغنى (والرواية الثانية أنهما حكمان ومهمتهما أن يفعلا مايريان من جمع وتفريقا بعوض وغير عوض ولايحتاجان إلى توكيل الزوجين ولارضاهما)[19]

11- محمد بن عبد الواحد السيواسي شرح فتح القدير الجزء 04 ص 244 دار الفكر بيروت

12 - محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الجزء 03 ص 261 دار إحياء التراث العربي بيروت .

13 - عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ابو محمد : المغني الجزء 07 ص 243 دار الفكر بيروت 1405.

14 - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد : المحلى الجزء 10 ص 87 تحقيق لجنة إحياء دار الأفاق الجديدة - بيروت . التراث العربي .

15 - د. سميرة سيد سليمان بيومي ، المرجع السابق ،ص 68.

16 - محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ،شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، الجزء 03 صفحة 275، دار الكتب العلمية بيروت 1411 .

17 - محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله :التاج والإكليل المختصر خليل الجزء 04 صفحة 17الطبعة 02 دار الفكر بيروت 1398.

18 - الإمام مالك بن أنس : المدونة الكبرى الجزء 05 صفحة 368 دار صادر بيروت - بدون تاريخ

19 - عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني الجزء 07 صفحة 244 دار الفكر بيروت 1405

الشافعية في القول الآخر : جاء في مغني المحتاج (وقول هما حكمان وعلى هذا لايشترط رضا الزوجين ببعثهما ويحكمان بما يريان من الجمع والتفريق) وجاء في المهذب (وقال في القول الآخر : هماحكمان فلهما أن يفعلا مايريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض)[20] أي أن التحكيم يعتبر ذو طبيعة قضائية.[21]

رأينا في الموضوع :

إن الطلاق تصرف قولي ناشيء عن إرادة الزوج أو القاضي يترتب عليه قطع الرابطة الزوجية بين الزوجين , والطلاق يملكه الزوج والقاضي فقط بدليل الأيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة , وذلك لقوله تعالى (ياأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) الأية 01 سورة الطلاق , وكذلك قوله تعالى (لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تموسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) الأية 236 سورة البقرة.

وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)

كما أن الله عزوجل حدد مهمة الحكمين بالإصلاح , ولم يذكر التفريق ولايجوز إستنباط حكم من نص صريح لم ينص عليه .

لا يتصورأن الحكمين المعينين من طرف القاضي يملكان التفريق بين الزوجين وذلك أن القضاء أصبح مؤسسة دستورية وأن القاضي عندما يعين الحكمين لايمكنه التنازل عن مهمة القضاء للحكمين بتخويلهم التفريق بين الزوجين وبالتالي فإن الحكمين المعينين من طرف القاضي مهمتهم الإصلاح بين الزوجين وإن تعذرذلك فإنهما يعدان تقريرا يقترحا فيه مايريانه مناسبا لحالة الزوجين من التفريق وتحديد من هو الزوج الذي تقع عليه مسؤولية ذلك , وماهو مقدار تغريمه أو تظليمه وهذا ماذهب إليه المشرع الجزائري بالمادة 65 أسرة التي تنص على مايلي :

(إذا إشتد 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)

وفي القانون المقارن فقد نص المشرع المصري بالمادة 9 فقرة 2 من القانون رقم 100 لسنة 1985 المتعلق بتعديل بعض أحكام قوانين الأحوال الشخصية [22]على مايلي :

(وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة).

ونص كذلك المشرع المصري بالمادة 10 من القانون رقم 10/1985 على مايلي :

[20] - محمد الخطيب الشربيني ،المرجع السابق ص 261 .
[21] -محمد خلف بني سلامة ،الطبيعة القانونية للتحكيم ،دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 ،مجلة دراسات و أبحاث،الصادرة عن جامعة زيان عاشور الجلفة ،مجلد 07 عدد 19 ص427
[22] -صادر في 03 يوليو 1985 و منشور بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية في 04 يوليو 1985

(إذا عجز الحكمان عن الإصلاح :

1-فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج إقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو الطلاق.

2-وإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة إقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة

3-وإذاكانت الإساءة مشتركة إقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسب الإساءة.

4-وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما إقترحا الحكمان تطليقا دون بدل.)

من خلال نص المادة 56 قانون الأسرة الجزائري ونصوص المواد 09 و 10 من القانون رقم 100 لسنة 1985 المصري يتضح جليا أن الحكمان المعينان من المحكمة مهمتهما الإصلاح بين الزوجين وإن عجزا عن الإصلاح فإنهما يقترحا التفريق بينهما مع تظليم المسيء منهما أو التفريق بدون بدل في حالة عدم معرفة المسيء , والتفريق يكون بحكم المحكمة وليس عن طريق الحكمين .

الفرع الثاني : تمييز التحكيم عن النظم المتشابهة

بعد تطرقنا لسلطة المحكمين ومعرفة مركزهم القانوني إتضح أنهما لايملكان الفصل بالتفريق بين الزوجين بل يقترحانه فقط , وهما معينين من المحكمة وليس وكيلين عن الزوجين ،فإننا نورد كذلك التمييز بين التحكيم وبعض النظم المشابهة وهذا كله بغية معرفة الطبيعة القانونية للتحكيم بين الزوجين والتقرير المنجز بصدد ذلك.

1- التمييز بين التحكيم والخبرة

إن التحكيم والخبرة مصدرهما القضاء فالحكمين والخبير يقوموا بمهامهم بموجب حكم قضائي وتتفق الخبرة من التحكيم في أنهما من إجراءات التحقيق التي تستعين بها المحكمة للفصل في النزاع خاصة في حالة عدم الصلح بين الزوجين فالحكمين يبينان من المسيء من الزوجين و حدود إلزامه بجبر الأضرار.

إلا أنهما يختلفان في أن الخبرة تكون في مسألة فنية وعادة ما تأمر المحكمة أو تحكم بتعيين خبير فرد, أما التحكيم فالحكمة منه ليس تحقيق مسألة فنية تعترض المحكمة بل لإجراء الصلح أوإثبات الضرر والإقتراح طبقا للحالة الثابتة ولايجوز تعيين حكم واحد , بل الحد الأدنى يجب أن يكون حكمين من أهل الزوجين ما أمكن , كما أنه يجوز إستبدال الخبراء من طرف الخصوم ويجوز طلب ردهم طبقا للمادة 52 إجراءات مدنية هذا عكس التحكيم فإنه لايجوز ردهم من طرف الزوجين لأنهم يختاروا من طرف قائمة من الأقارب مقدمة سلفا من الزوجين لقاضي الموضوع لذلك لايتصور ردهم.

2-التمييز بين التحكيم والصلح

إن التحكيم بين الزوجين لاينصرف تعريفه إلى التعريف الإصطلاحي للتحكيم كما رأينا ذلك في التعريف بل يقف تعريف التحكيم عند حد التعريف اللغوي الذي هو المنع والرد أي منع الشقاق والضرر ورد الزوجين إلى الوضع السليم وفق ما توجبه الأحكام الشرعية والقانونية , وبما أن المهمة الرئيسية للحكمين هي الصلح بين الزوجين فإذا ما تم ذلك قاما بتحرير محضر الصلح ويوقع من طرف الزوجين ويرفق بتقرير التحكيم، وإذا لم يتقرر الصلح بين الزوجين بحث الحكمين الشقاق والضرر خاصة فيما يتعلق

بإثبات الضرر وتقرير على من تقع مسؤولية ذلك ويقترحا التفريق على ضوء الحالة التي أثبتاها في تحقيق الضرر والمسؤولية وهو جوازي بالنسبة للقضاء إلا إذا رفعت دعوى تفريق ثانية للشقاق و الضرر و لم يثبت الضرر فإنه يجب على المحكمة تعيين حكمين للصلح و التوفيق أو التحقيق .

أما إجراء الصلح فهو وجوبي في كل دعوى لفك الرابطة الزوجية ومدته 03 أشهر طبقا للمواد 439 و 442 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،في حين أن التحكيم مدته شهرين طبقا للمادة 56 من قانون الأسرة وكذلك فإن محضر الصلح المحرر أمام القاضي من طرف أمين الضبط يعد سندا تنفيذيا طبقا للمادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،أما محضر الصلح المحرر من طرف المحكمين فيتوقف على مصادقة القاضي عليه بموجب أمر غير قابل لأي طعن طبقا للمادة 448 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

من خلال ماتقدم يمكن القول أن الفرق بين التحكيم والصلح هو أن عقد الصلح طبقا للقواعد العامة لافرق بينه وبين محضر الصلح القائم بين الزوجين أما إذا لم يتم الصلح بين الزوجين فإن تقرير التحكيم يختلف عن عقد الصلح أهمها أن تقرير التحكيم ليس عقدا بل يعد تقريرا يتعلق بإجراءات التحقيق لذلك فإن أثار كل منهما يختلف حسب طبيعته.

من خلال ماتقدم من تعريف التحكيم بين الزوجين الذي يقف عند التعريف اللغوي ولايتعدى للتعريف الإصطلاحي والذي هو منع الشقاق والضرر بإزالته ورد الزوجين إلى الوضع الطبيعي الذي تفرضه الأحكام الشرعية والقانونية , ويترتب على التعريف سلطة المحكمين ومهامهم ورأينا أنها تقتصر على الإصلاح بين الزوجين فإذا تم الصلح دون ذلك بمحضر ووقع من طرف الزوجين وإذا لم يتم الصلح بحث الحكمين أسباب الشقاق واثبتا الضرر الواقع على مدعيه وقررا المسؤولية على من تقع وإقترحا التفريق بالتقرير على ضوء الحالة الثابتة من خلال التحقيق وكذلك من خلال تمييز التحكيم على بعض النظم المشابهة خاصة الخبرة وعقد الصلح , فإننا نستطيع القول أن الطبيعة القانونية لتقرير التحكيم هو تقرير إجرائي من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة للفصل في النزاع بحكم عادل فالحكمان معينان من قبل المحكمة وليسا محكمين بالقضاء والفصل في النزاع كما أنهما ليسا وكيلين عن الزوجين , ومادام تقرير التحكيم يعد من إجراءات التحقيق فإنه يخضع للقواعد التي تحكم الإجراءات لاسيما البطلان وحالات النقض عند مخالفة أو إغفال قواعد جوهرية في الإجراءات وذلك أن التحكيم يعد عنصرا من إجراءات الخصومة القضائية .

المبحث الثاني : إجراءات تعيين الحكمين وشروطهم.

لم يشر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لا قانون الأسرة إلى إجراءات تعيين الحكمين و أمام هذا القصور التشريعي يستوجب الإجتهاد لعلاجه حيث يتحتم البحث في مجال المبادئ العامة للقانون و التي هي عبارة عن أفكار عامة مشتركة بين مجموعة من القواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطق واحد وتتحد مصادر قواعده [23]

[23] - الغوثي بن ملحة : أفكار حول الإجتهاد القضائي المجلة القضائية العدد 1سنة 2000 صفحـــــــة 56 قسم الوثائق للمحكمة العليا - الجزائر 2000 .

وكذلك يعمل الإجتهاد في إطار القواعد الإجرائية العامة التي تقتضيها كل قاعدة موضوعية حيث توجد قواعد موضوعية تقتضي قواعد إجرائية عامة يمكن تطبيقها دون النص عليها وفقا لقاعدة ماهو معلوم بالضرورة .

كما يمكن الإجتهاد لسد القصور التشريعي بإستعمال إشارة النص وهي دلالة معنى النص على حكم غير مقصود ولاسبق لأجله النص ولكنه لازم للمعنى وللحكم الذي يتضمنه النص أي أن المراد بإشارة النص هو المعنى الذي لايتبادر فهمه من ألفاظ النص ولا يقصد من سياقه , ولكنه لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه فهو مدلول اللفظ بطريق اللزوم أي أنه معنى لايستفاد من العبارة ذاتها ولكنه معنى كنتيجة لازمة للمعنى المفهوم من العبارة أي أنه كي نستخلص إشارة النص يجب أولا فهم المعنى المستفاد من النص ثم نقوم بترتيب نتيجة منطقية على ذلك المعنى بطريق اللزوم العقلي فتقول يستلزم من معنى النص الحكم التالي ويكون هو إشارة النص[24] .

إن الإجتهاد لإستنباط إجراءات لتطبيق القاعدة القانونية يتحدد بغاية القاعدة وهدفها أو الحق الذي تحميه,ويتحدد كذلك من خلال النظام القانوني الذي تنتظم هذه القاعدة بداخله مكونة هيكله العام فيقوم الإجتهاد على إيجاد وإستنباط قواعد إجرائية لتحقيق غاية القاعدة القانونية وهدفها والتي بدونها تصبح القاعدة القانونية بلا فعالية .

المطلب الأول : إجراءات تعيين الحكمين .

سوف نقوم بإيراد القواعد الإجرائية العامة لتعيين الحكمين و ذلك من أجل تفعيل نصوص قانون الأسرة خاصة المادة 56 و ذلك في الفروع التالية .

الفرع الأول : أن يكون التعيين بموجب سند قضائي مكتوب

إن التحكيم بين الزوجين هو من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة قبل الفصل في الموضوع خاصة في حالة تكرار الدعوى وعدم إثبات الضرر فهنا يشتبه الأمر على قاضي الموضوع لأن طالب التفريق للضرر تكررت دعواه مرتين ولم يثبت الضرر مما يستوجب التحقيق في وقائع الدعوى وأفضل إجراء تحقيق هو تعيين حكمين للتوفيق بين الزوجين , وفي حالة العجز يقترحان ما يريانه مناسبا حسب ما توصلا إليه.

وبما أن نص المادة 56/2 من قانون الأسرة توجب على الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين وبما أن التقرير يكون مكتوبا فيجب أن تتضمن ديباجته السند القضائي الذي تم بموجبه تعيين الحكمين وأن يرفق هذا السند بذل التقرير لأجل ذلك يشترط في السند القضائي أن يكون مكتوبا، لأن قاضي الموضوع يستطيع إصدار أمر شفوي بإجراء تحقيق طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهذا غير مستساغ في تعيين الحكمين بموجب أمر شفوي.

وبما أن السند يجب أن يكون مكتوب فهل هذا السند هو أمر كتابي صادر عن قاضي الموضوع طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ؟ أو أن سند التعيين هو حكم صادر قبل الفصل في الموضوع طبقا للمادة 298 إجراءات مدنية و إدارية ؟

[24] - محمد أديب صالح ،تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ،ص 478 المجلد 1 الطبعة 03 المكتب الإسلامي بيروت 1984 .

إن المشرع الجزائري لم يبين في قانون الأسرة ماهو سند التعيين لذلك فإننا نرجع لقواعد الإجراءات المدنية والإدارية وبما أن التحكيم هو إجراء من إجراءات التحقيق فإن سند التعيين يكون بأمر كتابي صادر عن قاضي الموضوع, طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية وذلك لذكره كمرجع في ديباجة التقرير وإرفاقه بذيل ذلك التقرير.

والأمرالصادر بتعيين الحكمين يجب أن يشتمل على أسماء وألقاب الحكمين ودرجة قرابتهم بالزوجين تطبيقا للمادة 56 أسرة التي تشترط حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة , وإذا لم يكونا من أهل الزوجين ينوه بذلك في صلب الحكم , كذلك يجب أن يذكر سند التعيين المهام المنوطة بالمحكمين ويحددها بالسعي لدى الزوجين للصلح بينهما.

وإن تعذر الصلح والتوفيق بين الزوجين فعلى الحكمين معرفة أسباب الشقاق ومصدره وإثبات الضرر الواقع على الطرف الذي يدعيه , ويقترحا ما يريانه مناسبا حسب ماتوصلا إليه . كما يشترط في سند التعيين ذكر المهلة التي ينبغي فيها إعداد التقرير وقد حددها المشرع الجزائري بمدة شهرين طبقا للمادة 56 من قانون الأسرة.

أما المشرع المصري فلقد نص على أن تعيين الحكمين يكون بموجب قرار وذلك بالمادة 01 / 08 من القانون رقم 100 لسنة 1985 التي تنص على مايلي :(يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ وإنتهاء مأموريتهما على أن لا تتجاوزمدة ستة اشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة)

الفرع الثاني : أداء اليمين من الحكمين أمام القاضي الذي عينهم.

إن الأعمال القضائية يجب أن تنجز بعدأداء اليمين عنها ويتصل بالأعمال القضائية تلك التي تقوم بها أعوان القضاء فرجال القضاء وأعوانه يجب أن يأدوا اليمين قبل القيام بمهامهم , وكل من يباشر إجراء من إجراءات التحقيق يجب أن يؤدي اليمين حتى الشهود.

ومادام التحكيم بين الزوجين إجراء من إجراءات التحقيق فينبغي على من يقوم بهذا التحقيق أن يؤدي اليمين عن مهمته المنوطة به , وذلك حتى عند من يكيف عمل المحكمين بأنه شهادة فإن الشهادة تقتضي أن يؤدي الشاهد اليمين عنها،ولم ينص المشرع الجزائري بقانون الأسرة على أداء اليمين من الحكمين إلا أن القواعد تقضي ذلك حسب ماذكرأعلاه .غير أن المشرع المصري ذكر بالمادة 08 من القانون رقم 100 لسنة 1985 المعدل لقانون الأحوال الشخصية على ضرورة تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بأمانة وصدق.[25]

ومهما يكن فإن اليمين التي تؤدى من الحكمين تكون بالقسم بالله تعالى بأن يقوم الحكم بمهمته بأمانة وصدق وأداء اليمين من الحكمين يكون بعد تعيينهما ويحرر محضر بأداء اليمين ويوقع عليه القاضي والكاتب والحكم المعين ،غير أن السؤال المطروح يتمثل في إذا لم يؤدي الحكمين اليمين أمام القاضي الذي عينهم فهل يعتبر تقرير التحكيم باطلا ويمتد البطلان إلى الحكم الذي يصدر إستنادا إلى تقرير الحكمين،لا توجد إجابة في قانون الأسرة أو حتى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لأن القاعدة تقضي

[25] -معوض عبد التواب ،موسوعة الأحوال الشخصية ص 684 ،الطبعة 03 منشأة المعارف الإسكندرية ،مصر 1986 .

لا بطلان إلا بنص ،وحيث أن سبب ذلك يرجع للقصور التشريعي في عدم النص على وجوب أداء اليمين من الحكمين وحكم عدم أدائها.

المطلب الثاني :شروط الحكمين

لم ينص قانون الأسرة على شروط المحكمين إلا أنه تطبيقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.) فإننا نجمل الشروط التي ينبغي أن تتوافر في المحكمين في الآتي :

الفرع الأول : الإسلام والعدالة .

إتفق الفقهاء على أن الحكم يجب أن يكون مسلما [26] ومن ثمة فإنه لايجوز تحكيم الكافر أو الذمي بين المسلمين لأنه لا ولاية للكافر على المسلم لقوله تعالى(ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) النساء الآية 141 .

ووجه الدلالة في الآية الكريمة هي ليس هناك ولاية لغير المسلم على المسلم فتحكيم غير المسلم على المسلم يناقض مفهوم الآية الكريمة .

أما العدالة فقد إشترطها جمهور الفقهاء والعدل هو (من لايأتي بكبيرة ولايصر على صغيرة , ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطاه ومروءته ظاهرة) [27] ،وعليه لا يمكن المحكوم عليه في جناية أو عقوبة ماسة بالشرف أو شهادة زور أو كان محجورا عليه .

الفرع الثاني : أن يكون الحكمين من أهل الزوجين ما أمكن .

يشترط في الحكمين أن يكونا من أهل الزوجين ما أمكن [28]فإن لم يوجد من أقاربهما من يصلح لهذه المهمة عين القاضي أجنبيين ممن لهما الخبرة والقدرة على الإصلاح وإزالة الخلاف بينهما .

المشرع الجزائري في المادة 56 من قانون الأسرة لم يبين صراحة جواز إرسال الحكمين من غير الأهل فنص : (أرسل القاضي حكمين حكما من أهله وحكما من أهلها)

أما المشرع المصري فصريح في ذلك بالمادة 07 من القانون 85 / 100 السالف الذكر(يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالتهما وقدرة على الإصلاح بينهما)

الفرع الثالث : الأهلية وسلامة الحواس

يشترط أن تكون الأهلية خالية من العوارض ، كمايشترط سلامة حواس الحكمين حتى يقوما بالمهام المنوطة بهما على أكمل وجه والحواس الواجب توافرها هي السمع والبصر.

---

[26] - أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي : المنتقى شرح موطأ الإمام مالك الجزء 04 ص 113 الطبعة الرابعة ، دارالكتاب العربي . بيروت 1984.

[27] - أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي: الفواكه الدواني شرح لرسالة إبن أبي زيد القيرواني الجزء 02 صفحة 49 - المكتبة الثقافية بيروت - بدون تاريخ .

[28] - عبد الله حاج أحمد ،التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين –دراسة مقارنة ،مجلة الشهاب الصادرة عن معهد العلوم الإسلامية جامعة الوادي ،عدد 1 نوفمبر 2015 ص163

أما النطق فيمكن تعويضه بالكتابة إذا علمنا أنه يشترط في الحكمين معرفة القراءة والكتابة.

أ- البصر : يرى الأحناف والشافعية والمالكية إشتراط البصر في الحكم وعلى ذلك فإن تحكيم

الأعمى باطل لديهم , أما الحنابلة فيرون عدم إشتراطه , وبما أن الحكمين يقوما بمهامهما في مواجهة الزوجين فالراجح إشتراط البصر لمعاينة الأضرار وتحقيقها والتحقيق يقتضي الرؤية والمشاهدة.

ب - السمع : إن السمع مثله مثل البصر يشترط في الحكمين لأداء مهامها على أكمل وجه فلايتصور تحكيم دون حاسة السمع.

ج - النطق: إن النطق يمكن تعويضه بالكتابة ذلك أن المشرع الجزائري يشترط أن يقدم التقرير كتابة , كما أن النطق والكتابة من وسائل التعبير ووسائل التعبير بدائل تغني بعضها عن بعض بشرط أن يكون التعبير واضحا مفهوما لالبس فيه نافيا للجهالة .

الفرع الرابع : القراءة و الكتابة

إن شرط معرفة الحكمين للقراءة والكتابة مستنتج من المادة 56 فقرة 02 من قانون الأسرة حيث أوردت عبارة

(يقدما تقريرا عن مهمتهما) التي يستفاد منها أن يكون التقرير مكتوبا لجعله من ضمن أوراق الدعوى , وطالما كان التقرير مكتوبا فيشترط أن يكون الحكم عارفا بالكتابة .

إن شرط معرفة القراءة والكتابة يكون بديلا لشرط العلم بالأحكام الشرعية الذي قال به الفقهاء وهم المالكية والشافعية وبعض الحنفية[29] وإستبدالنا لشرط العلم بالأحكام الشرعية بشرط معرفة القراءة والكتابة كان لسبب أن الحكمين ليسا حكمين بالقضاء وإنما مهمتهما الإصلاح بين الزوجين وإبداء الرأي بعد تحقيق وتقدير الوقائع لذلك فإن مهمة الحكمين لاتستدعي أن يكونا عالمين بالأحكام الشرعية لأن ذلك من شروط القاضي وليس الحكمين .

المبحث الثالث : إنجاز تقرير التحكيم وحجيته ورقابة المحكمة العليا .

إن الحكمين عند تلقيهما لأمر التعيين فإنهما يبدءان بإنجاز المهمة الموكلة لهم وعند إتمام تقرير التحكيم فإنه يودع لدى المحكمة والسؤال المطروح ماهي إجراءات إعداد تقرير الخبرة و ما حجيته على المحكمة ورقابة المحكمة العليا عليه ؟ سوف نتناول الإجابة عن هذه الأسئلة في المطلبين التاليين .

المطلب الأول : إنجاز تقرير التحكيم .

لم يبين المشرع الجزائري إجراءات وكيفية إعداد تقرير التحكيم من طرف الحكمين لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نتج عن ذلك قصور تشريعي أدى إلى جحود الحكم الموضوعي للمادة 56 أسرة حيث لم أقف على حكم يعين حكمين تأسيسا على المادة 56 أسرة ، ومهما يكن فالقصور لايجوز التذرع به من طرف القاضي بدعوى أنه ليس هناك نص إجرائي لذلك يستوجب

[29] - منصور بن يونس إدريس البهوتي : كشف القناع الجزء 05 ص 211 دار الفكر بيروت 1402

البحث في مجال القواعد الإجرائية العامة التي تقتضيها كل قاعدة موضوعية و ماهو معلوم من القواعد بالضرورة , ويمكن بيان كيفية إنجاز الحكمين للتقرير فيما يلي :

الفرع الأول : إخطار الحكمين بسند التعيين .

لم ينص المشرع الجزائري على الإجراء الذي يتلقى به الحكمين أمر التعيين فهل يكون عن طريق تبليغ أمرالتعيين من أحد أطراف الدعوى أو يكون بإخطار موجه من المحكمة للحكمين عن طريق كتابة الضبط.

إن المشرع المصري نص بالمادة 08 من القانون رقم 100/1985 السالف الذكر على مايلي (يشمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وإنتهاء مأموريتهما على أن لاتتجاوز مدة 06 أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة) إن عبارة (تخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك) صريحة في أن تلقي الحكمين قرار التعيين يكون عن طريق إخطار موجه من المحكمة.

إن المشرع الجزائري أغفل النص على طريقة تلقي الحكمين أمر التعيين لكن ليس هناك ما يمنع من أن تخطر المحكمة الحكمين بأمر التعيين أو يقوم الأطراف بتبليغهم بذلك .

الفرع الثاني: إخطار الأطراف بالحضور لمجلس التحكيم أو الإنتقال إليهما.

بعد إخطار الحكمين أو تبليغهم بأمر التعيين هل يعقد المحكمين جلسة للتحكيم ويتم إخطار الأطراف بالحضور لتلك الجلسة , أم أن الحكمين هما اللذان ينتقلا للأطراف دون إستدعائهم؟

لم يتعرض المشرع الجزائري لذلك إلا أن المشرع المصري نص بالمادة 09 فقرة 01 من القانون رقم 100/1985 السالف الذكر على ما يلي :(لا يؤثر في سير عمل الحكمين إمتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره) إن عبارة (حضور مجلس التحكيم) صريحة في أن الحكمين يشكلان مجلسا للتحكيم ويخطرا الأطراف بالحضور .

ونرى أن تشكيل مجلس للتحكيم وإستدعاء الأطراف إليه لا يفي بغرض التحكيم وأهمه الصلح بين الطرفين والتعرف على أسباب الشقاق , ولكي ينجز الحكمين مهمتهما في أحسن الظروف يجب عليهما معاينة البيت الزوجي أولا ومعرفة ظروف الحياة المشتركة للزوجين وليس إستدعائهما لمجلس التحكيم , أي أن التحكيم يكون ميدانيا حتى يفي بالغرض المطلوب لذلك فالإجراء الأمثل هو إخطار الزوجين بالإنتقال إليهما ويحددا لهما بالإخطار موعد الإنتقال .

الفرع الثالث: سماع أقوال الطرفين وإجراء الصلح .

إن من المهام التي تحدد في أمر التعيين للحكمين هي سماع أقوال الطرفين ومواجهتهما وذلك لمعرفة أسباب الشقاق والضرر , وأقوال الطرفين المصرح بها للحكمين يجب أن تدون في تقرير التحكيم الذي يتم إعداده من طرف الحكمين , كما يجب التنويه بالتقرير على المواجهة بين الزوجين إذا تمت وإلى جانب سماع أقوال الطرفين فهل يجوز سماع الحكمين لأشخاص آخرين لهم صلة بالزوجين وهل سماعهم يكون بصفتهم شهودا أو للإستدلال فقط .؟

الراجح أن للحكمين سماع كل شخص له صلة بالزوجين يمكنه بيان أسباب الشقاق والضرر إلا أن سماعه لا يكون بصفته شاهدا , لأن الشاهد يجب أن يؤدي اليمين القانونية والحكمين لايملكا توجيه اليمين وإنما ذلك من إختصاص القاضي , كما أن مفهوم الشهادة هي إخبار عن واقعة بمجلس القضاء , وعليه فإن الحكمين يدونا تصريح أي شخص يرون لتصريحه اثر في معرفة أسباب الشقاق والضرر , وعلى القاضي بعد ذلك إستدعاءه وتحليفه اليمين القانونية والإدلاء بالشهادة.

-إجراء الصلح بين الطرفين:

الصلح بين الزوجين حال قيام دعوى التفريق للشقاق والضرر المرفوعة من أحدهما يكون بإزالة أسباب الشقاق والضرر أو يشترط أحدهما شروطا مقبولة شرعا أو يعوض أحدهما الطرف المتضرر إلخ ... من صور المصالحة.

وإذا تم الصلح بين الزوجين فإن محضر الصلح يرفق بالتقرير الذي يعده الحكمين بعد توقيعه من كلا الزوجين , والصلح له أثر لازم فلا يجوز الطعن فيه ولا الرجوع عنه وتسقط الحقوق والإدعاءات التي يتنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية ويترتب على ذلك أن الحكم الذي يصدر بمقتضى محضر الصلح يكون إبتدائي نهائي.

حالة تعذرالصلح بين الزوجين:

قد يحدث وأن يبذل الحكمين وسعهما في إجراء الصلح بين الزوجين لكنهما لايتوصلا إلى نتيجة ويستحكم الخلاف وتستحيل مواصلة الحياة الزوجية فإن الإجراء الذي يتخذه الحكمان في هذه الحالة هو إقتراح التفريق بين الزوجين حسب حالة الإساءة التي يتوصلا إليها بعد تعرفهما على أسباب الشقاق والضرر ومن يتحمل مسؤولية ذلك من الزوجين وذلك حسب الحالات التالية:

1-إذا كانت الإساءة من الزوج إقترحا الحكمان التفريق بطلقة بائنة مع مراعاة حقوق الزوجة المادية المترتبة على ذلك .

2-إذا كانت الإساءة من الزوجة إقترحا التفريق نظير بدل مناسب.

3-إذا كانت الإساءة مشتركة إقترحا التفريق دون بدل أوببدل يتناسب مع درجة الإساءة.

4-إذا جهل الحال ولم يعرف المسيء إقترحا تفريقا دون بدل.

إن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه الحالات إلا أن المشرع المصري نص بالمادة 10 من القانون رقم 100 لسنة 1985 على مايلي :

)إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1-فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج إقترحا الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج أو الطلاق.

2-وإذا كانت الإساءة كلها من جانب الزوجة إقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلزم به الزوجة

3-وإذا كانت الإساءة مشتركة إقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4-وإن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما إقترحا الحكمان تفريقا دون بدل(

وكذلك ورد بالمذهب المالكي أنه إذا تعذر الإصلاح فإن اساء الزوج طلقا عليه بلا خلع وبالعكس (أي إساءة الزوجة) إئتمناه عليها أو خالعا له , وإن أساءا (أي الزوجين) فرقا بينهما على بعض ما أصدقها وإن فرقا بينهما بطلقة بشيء أخذاه له منها فهو خلع والطلقة بائنة وإن كانت بغير عوض [30] وورد في مواهب الجليل (إذا أشكل الأمر أجريا الحكم بمنزلة المساواة)[31] أي يتحمل الزوجين المسؤولية المشتركة ويكون التفريق دون بدل.

وعليه فإن تعذرالإصلاح بين الزوجين فإن الحكمين يقترحا التفريق بين الزوجين طبقا لحالات الإساءة الصادرة من أحدهما ضد الآخر , فإذا كانت الإساءة من الزوج إقترحا التفريق مع مراعاة حقوق الزوجة المادية , وإذاكانت الإساءة من الزوجة إقترحا التفريق نظير بدل مناسب , وإذاكانت الإساءة مشتركة إقترحا التفريق دون بدل أوببدل يتناسب ودرجة الإساءة , وإن إستحالت العشرة الزوجية وأشكل الأمر فلم يعرف المسيء إقترحا التفريق دون بدل.

وفي كل الأحوال فإن الطلقة التي يصدرها القاضي هي طلقة بائنة كما أن تقدير البدل أي التعويض حسب الحالات السالفة الذكر يكون من طرف القاضي .على عكس المشرع المصري الذي يذهب في المادة 10 من قانون 100/1985 إلى أن الحكمين هما اللذان يقدران البدل .

الفرع الرابع: تحرير تقرير التحكيم وإيداعه بالمحكمة .

نص المشرع الجزائري بالمادة 02/56 من قانون الأسرة على أن الحكمين يجب أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين , ولم يبين عناصر التقرير وشكله , إلا أن المشرع المصري نص بالمادة 11 من القانون رقم 1985/100 على مايلي :

(على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا بعثهما مع ثالث له خبرة بالحال وقدرة الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة 8 وإذا إختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات , وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين معها إستحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى)

حيث يستفاد من نص المادة 11 أن المشرع المصري إكتفى فقط في تحديد شكل التقرير أن يكون مشتملا على الأسباب التي بني عليها .

إلا أنه طبقا للأشكال العامة في إعداد التقارير فإن التقرير يكون مشتملا على ديباجة وموضوع وخلاصة .

30 - أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي : المنتقى شرح موطأ الإمام مالك الجزء 04 صفحة 114، الطبعة الرابعة ، دار الكتاب العربي ، بيروت 1984 .

31 - محمد بن عبد الرحمان المغربي أبو عبد الله: مواهب الجليل الجزء 04 ص 17 الطبعة 02 دار الفكر بيروت 1398

أ- الديباجة :هي مقدمة التقرير ويذكر فيه أسماء الحكمين وأمرالتعيين وتاريخه ومنطوقه ورقم الملف ورقم الفهرس يبين كما يذكر أسماء الزوجين وعنوانيهما . وإذا كان الحكمين من أهل الزوجين يستوجب ذكر درجة القرابة لكل حكم مع أحد الزوجين .

ب - الموضوع: وهو يتعلق بإنجاز المهام الواردة بأمرالتعيين ويستوجب أولا ذكر تاريخ تلقي الحكمين للأمر وذلك لإحتساب مدة الشهرين التي يجب أن يقدما خلالها الحكمين تقريرهما .

كما ينبغي أن يذكر في صلب التقرير إخطار الزوجين بإنتقال الحكمين وتاريخ الإخطار وموعد الإنتقال وكذلك يذكر في التقرير أقوال الزوجين وتدون تصريحاتهم وإذا تمت المواجهة بين الزوجين ذكر لك بالتقرير.

وكما ذكر سابقا أن مهمة الحكمين تسفر عن حالتين : حالة الصلح بين الزوجين أو حالة عدم الصلح

فإذا تم الصلح بين الزوجين دون ذلك بالتقرير ويوقع الزوجين على محضر الصلح الذي يرفق بالتقرير، وإذا لم يتم الصلح بين الزوجين ذكر الحكمين أسباب الشقاق والضرر ومن يتحمل مسؤولية ذلك من الزوجين .

ويقترحا التفريق حسب مسؤولية كل طرف ودرجة الإساءة طبقا لما ذكر آنفا في حالات عدم الصلح بين الزوجين .

خلاصة التقرير : هي النتيجة التي يتوصل إليها الحكمين من خلال صلب التقرير فيذكران الصلح إذا تم كما يقترحا التفريق في حالة عدم الصلح حسب مسؤولية كل زوج ودرجة الإساءة الصادرة منه وذلك طبقا لما ذكر سابقا.

كما يستوجب أن يذكر الحكمين في الخلاصة أنهما قاما بالمهمة الموكلة لهما بأنفسهما ويوقعان على المحضر في حالة إتفاقهما على ماورد بالتقرير , وإذا إختلفا في الرأي بشأن النتائج أبدى كل واحد منهما رأيه مسببا بالتقرير وتجدر الإشارة إلى أن التقرير يجب أن يكون مسببا ومعللا للنتائج المتوصل إليها حتى في حالة إتفاق الحكمين على تلك النتائج .

كما أنه في حالة عدم إتفاق الحكمين حول النتائج المتوصل إليها فإن قاضي الموضوع يمكنه أن يعين حكما مرجحا لترجيح أحد الرأيين .

وإن بقي الخلاف قائما رغم تعيين الحكم المرجح , فإن المحكمة تسير في الدعوى فإن ثبت الضرر فرقت بين الزوجين بتظليم المسيء وإن أشكل الأمر أو كانت الإساءة مشتركة وإستحالت الحياة الزوجية فإن المحكمة تفرق بين الزوجين ببدل أو دون بدل حسب الحالة التي تتوصل إليها.

إيداع التقرير بالمحكمة :

عند إنهاء الحكمين للتقرير فإنه يودع لدى أمانة ضبط المحكمة ويثبت هذا الإيداع بمحضر من طرف أمين الضبط أو يسجل في سجل خاص معد لذلك ويوضع للتقرير رقما للإيداع وكذلك تاريخ هذا الإيداع والحكمة من ذلك هو إثبات أن تقرير التحكيم تم إنجازه وإيداعه في المهلة القانونية المحددة من المحكمة وهي مهلة شهرين المذكورة في المادة 56 من قانون الأسرة .

وإذا لم يتم إيداع تقرير التحكيم في المهلة القانونية فإنه يجوز للمحكمة منح مهلة إضافية للحكمين بناء على طلبهما،وإذا تبين أنهما تخليا عن المهمة الموكلة لهما عينت المحكمة حكمين آخرين , أوسارت هي بنفسها في الدعوى وفصلت فيها حسب النتيجة التي تتوصل إليها في إثبات الضرر , أوعدم ثبوته وإستحالة الحياة الزوجية حسبما تم ذكره سابقا .

وعند إيداع تقرير التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة فإنه يتم إخطار الأطراف بالإيداع ويعاد السير في الدعوى من جديد على ضوء التقرير المنجز من الحكمين ،لذلك سوف نبين حجية تقرير التحكيم بالنسبة لقاضي الموضوع ورقابة المحكمة العليا عليه في المطلب التالي .

المطلب الثاني : حجية تقرير التحكيم ورقابة المحكمة العليا

الفرع الأول : حجية تقرير التحكيم بالنسبة لقاضي الموضوع .

إن حجية تقرير التحكيم بالنسبة لقاضي الموضوع تكون حسب الطبيعة القانونية للتقرير وتتحدد كذلك طبقا للمركز القانوني للمحكم .

فالإتجاه الذي يذهب إلى أن الحكمين يفصلا بين الزوجين بالصلح أو بالتفريق أي أن التحكيم هوقضاء فإن هذا الإتجاه يرى أن التقرير الصادر عن الحكمين ملزم للقاضي إذا لم يكن مخالفا للكتاب أو السنة أو الإجماع فلايجوز للقاضي نقضه أو الإعتراض عليه وهذا رأي المالكية[32] والحنابلة[33] .

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الحكمان في دعوى التفريق للضرر طريقهما الحكم لا الشهادة أو الوكالة وإتفاقهما في الرأي يجب على الحاكم إمضاؤه دون تعقيب [34]

كماقررت محكمة النقض المصرية أنه إذا أتخذت إجراءات التحكيم بعد عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين لإستحكام الخلاف بينهما فإذا إتفق الحكمين على التفريق فيجب على القاضي الحكم بذلك دون مناقضة أو معارضة ومخالفة ذلك يعد خطأ [35]

إن محكمة النقض المصرية تذهب مذهب إتجاه المالكية والحنابلة في تقريرها للطبيعة القانونية لتقرير التحكيم وحجيته على قاضي الموضوع فهو ملزم له طبقا لقضائها إلا أننا نذهب عكس ذلك بعدما تم تقريره آنفا من أن الطبيعة القانونية للتحكيم وللتقرير المنجز أنه عمل إجرائي من إجراءات التحقيق وبالتالي فإن الحجية تثبت حسب الطبيعة الإجرائية لتقرير التحكيم , وعليه فحجية تقرير التحكيم تختلف طبقا لما توصلا إليه الحكمين من صلح بين الزوجين أو إقتراح التفريق بينهما في حالة عدم الصلح ويمكن بيان ذلك كما يلي :

[32] - محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ،شرح الزرقاني المرجع السابق صفحة 275.
[33] - عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل ،المرجع السابق، صفحة 244 .
[34] - حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13 لسنة 42 قضائية أحوال شخصية جلسة :1975/05/28 .أشار إليه معوض عبد التواب في الدفوع الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 511 .
[35] - حكم محكمة النقض المصرية طعن 77 لسنة 56 قضائية - أحوال شخصية جلسة :29/11/1988 ،أشار إليه معوض عبد التواب في الدفوع الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 508.

1- حجية تقرير التحكيم في حالة الصلح بين الزوجين : إذا توصل الحكمين للصلح بين الزوجين فإن الصلح

يكون بإرادة الزوجين ومضمون الصلح يحرر بمحضر ويوقع من طرف الزوجين ويرفق بتقرير التحكيم ومحضر الصلح يبقى خاضعا للطبيعة العقدية فهو يعبر عن سلطان الإرادة الواجب إحترامه من القاضي كذلك فإن من أثار الصلح هو إنهاءه للنزاع ويترتب على ذلك أن الحكم الصادر بمقتضى عقد الصلح يعد حكما كاشفا وليس منشأ لأن الفصل تم بإرادة الأطراف.

ومادام محضر الصلح له الطابع العقدي وله أثر مباشر يتمثل في إنهاء النزاع لذلك فإن المحكمة لاتملك أن ترفض محضر الصلح الذي تم بين الأطراف كما لايمكنها تعديله أو نقضه وبالتالي فإن تقرير التحكيم في حالة الصلح بين الأطراف يكون ملزما للمحكمة وله حجية مطلقة بالنسبة إليها.

2-حجية تقرير التحكيم في حالة عدم الصلح بين الزوجين:

إذا لم يتوصل المحكمين إلى صلح بين الزوجين فإن تقرير التحكيم يكون متضمن من حيث الموضوع معاينة الضرر وأسبابه والتصريح بمدى مسؤولية كل زوج في الشقاق والضرر ومن هو المسيء منهما وإقتراح التفريق بين الزوجين ومن يلتزم بالتعويض.

ومادام تقرير التحكيم له طبيعة إجرائية فإن حجيته على قاضي الموضوع هي نفس حجية إجراءات التحقيق أو الأدلة عموما , وإن الثابت من ضرر في تقرير التحكيم مع دليله الوارد به لايجوز للقاضي رفضه إلا بمسوغ قانوني وتسبيب كافي , كما أن الوقائع المادية الثابتة بتقرير التحكيم لايجوز للقاضي إستبعادها إلا بدليل على عدم ثبوتها وإلا كان محرفا للوقائع , أما كيفية إستخلاص الأدلة من الوقائع الثابتة بتقرير التحكيم فتبقى من صلاحيات قاضي الموضوع ويمكنه أن يصل أو يستخلص نتيجة لم يتوصل إليها الحكمان أو يصل إلى نتيجة مختلفة لكن يبقى عمله دائما في حدود الوقائع التي تم تقديرها في الدعوى أي تلك التي تم إستخلاصها بموجب الأدلة المعتبرة قانونا.

كذلك فإن قاضي الموضوع له صلاحية مراقبة أعمال الحكمين في إلتزامهما بالمهام المحددة لهم ومراقبة الشروط الواجب توافرها فيهم , أو حدوث مانع لأحدهما بعد تعيينه . كما أن القضاء بين الزوجين طبقا لتقرير التحكيم يكون من صلاحيات القاضي وله السلطة التقديرية في تقرير التعويض أو البدل الذي يحكم به على الزوج المسؤول عن الشقاق والضرر , وإذا حكم القاضي بالتفريق بين الزوجين للشقاق والضرر فإنه يعد طلقة بائنة.

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا بالنسبة للتحكيم :

إن المحكمة العليا تعتبر محكمة قانون وليس محكمة موضوع وهي لاتنظر في المسائل الواقعية ومن هنا يتحدد السؤال حول ما إذا كان التحكيم من مسائل القانون التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا أم أنه من مسائل الواقع التي تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ؟.

ورقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع فيما يتعلق بالتحكيم تتحدد كذلك حسب الطبيعة القانونية للتحكيم , وكما مرّ سابقا فإن التحكيم هو إجراء من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة للفصل في النزاع شأنه

شأن باقي الأدلة الخاصة بإجراءات التحقيق وكما هو معلوم فإن الدليل له جانب موضوعي أي قاعدة موضوعية تحكم الدليل نفسه , وجانب إجرائي أي قواعد إجرائية تحكم كيفية تطبيق الدليل فكذلك التحكيم له جانب موضوعي يتمثل في النص الموضوعي الذي يحكم مبدأ التحكيم نفسه وهي قاعدة وجوب تعيين الحكمين عند تكرر الدعوى وعدم إثبات الضرر وإنعدام الصلح وهذا المبدأ تم النص عليه بالمادة 56 من قانون الأسرة , وإلى جانب هذه القاعدة الموضوعية نجد قواعد إجرائية تحكم التحكيم من بين هذه القواعد وجوب أداء اليمين من طرف الحكمين وكذلك أن يكون الحكمين من أقارب الزوجين ما أمكن وأن يذكر في سند تعيينهما المهلة اللازمة لإنجاز مهامهم , وفي حالة إختلاف الحكمين يتم تعيين حكم مرجـــح إلـــخ ...

ففي حالة خرق قاضي الموضوع لمبدأ التحكيم أي في حالة شدة الخصام و إستفحاله خاصة إذا تم رفع دعوى ثانية من أحد الزوجين بموضوع التفريق للشقاق والضرر ولم يثبت الضرر للمرة الثانية كذلك , وقامت المحكمة برفض الدعوى ثانية لعدم الإثبات فهنا المحكمة تعتبر قد خالفت أحكام المادة 56 من قانون الأسرة و تبسط المحكمة العليا رقابتها على الحكم طبقا للمادة 358 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية لأن القاعدة القانونية الموضوعية المنصوص عنها بالماة 56 قانون الأسرة تقضي بتعيين الحكمين وجوبا في هذه الحالة وعدم قيام المحكمة بذلك يعتبر مخالفة للقانون .

أما إذا خرقت المحكمة قاعدة أو شكل جوهري في الإجراءات المتعلقة بالتحكيم فإن رقابة المحكمة العليا تكون عن طريق مخالفة قاعدة جوهرية أو إغفال شكل جوهري في الإجراءات طبقا للمادة 358 فقرة 1و2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

حيث أن قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لم ينصا على القواعد و الأشكال الجوهرية لتعيين الحكمين لذلك نكتفي بالقواعد و الأشكال الجوهرية الضرورية في إطار ما هو معلوم في الإجراءات بالضرورية –أي تطبيق قاعدة أو شكل دون النص عليه - كأن تقوم المحكمة بتعيين حكمين دون تحليفهم اليمين القانونية فهذه القاعدة تعتبر ما هو معلوم بالضرورة ،أما في حالة قيام المحكمة بتعيين حكمين من غير أهل الزوجين مع وجود حكمين من الأهل تتوافر فيهما الشروط القانونية للقيام بمهمة التحكيم أو عدم ذكر أمر التعيين مهلة إنجاز تقرير التحكيم فهذه القاعدة والشكل منصوص عنهما صراحة بالمادة 56 من قانون الأسرة ومخالفتهم يعتبرمخالفة لقاعدة أو شكل جوهري في الإجراءات تؤدي إلى نقض و إبطال الحكم .

أما إذا قامت المحكمة بالحكم بالتفريق للضرر إعتمادا على الوقائع التي تضمنها تقرير التحكيم فإن ما ورد بتقرير التحكيم يعتبر من المسائل الواقعية التي لا تدخل تحت رقابة قضاء النقض بل يشترط فقط أن يكون الحكم مسببا إذ أن الحكم يجب أن يشتمل على الأسباب التي بني عليها وإلا تعرض للنقض والإبطال والتسبيب هو إيراد الحجج الواقعية والقانونية التي بني عليها الحكم والمنتجة له والتي اقنعت المحكمة بما قضت به وحتى تصدر الأحكام ناطقة بعدالتها وموافقتها للقانون يجب أن يذكر القاضي في أسبابها ما إستخلص ثبوته من الوقائع وطريقة هذا الثبوت وما الذي طبقه من القواعد القانونية[36] فالحكم القاضي بالتفريق للضرر يجب أن يذكر الوقائع الثابتة في تقرير التحكيم والنتائج التي توصلا إليها الحكمين .

الخـــاتمة

[36] - أحمد جلال الدين هلالي : قضاء النقض والتمييز في المواد المدنية و التجارية في التشريعين المصري و الكويتي ، ص 342 ،الطبعة الثانية ،مكتبة الفلاح ،الكويت 1985 .

إن نظام التحكيم بين الزوجين في قضايا فك الرابطة الزوجية نص عليه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمواد 446 إلى 449 وهو جوازي تتخذه المحكمة في كل دعوى لفك الرابطة الزوجية مؤسسة على الضرر كما نص عليه بالمادة 56 من قانون الأسرة و هو وجوبي في حالة إعادة رفع الدعوى ويعجز المدعي للمرة الثانية عن إثبات الضرر.

ما نلاحظه على المادة 56 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري أخلط بين شروط المحكمين و إجراءات تعيينهم حيث نص على ضرورة أن يكون الحكمين من أهل الزوجين وهذا شرط في الحكمين و ليس من إجراءات التعيين التي نص على إجراء واحد بشأنها و هو على الحكمين إعداد تقرير عن مهمتيهما و إيداعه للمحكمة في أجل شهرين ،حيث لم يبين المشرع الجزائري بعض الإجراءات الجوهرية في تعيين الحكمين و لم يوضح مهامهم في حالة فشل الصلح كما أنه أغفل الإشارة إلى أثار التقرير المنجز من طرف الحكمين و حجيته بالنسبة للمحكمة .

ما يلاحظ كذلك أن المادة 56 من قانون الأسرة ظلت جامدة غير مطبقة من طرف المحاكم و هذا لغياب النظام الإجرائي المتعلق بالتحكيم بين الزوجين ، وكما سبق ذكره في الموضوع فإن القاعدة القانونية الموضوعية عامة و المادة 56 قانون أسرة خاصة ،تظل ميتة وغير فعّالة بدون قواعد إجرائية ،ويؤدي هذا إلى إهدار الحماية القضائية للمراكز القانونية , فحياة الحق كامنة في وسيلة حمايته ، والإجراءات وسائل حماية كما أنها تعتبر روح القاعدة الموضوعية التي تحيا بها لذلك فإننا نقترح تعديلا للمادة 56 من قانون الأسرة وإضافة بعض المواد المتممة حتى يكتمل النظام القانوني للتحكيم بين الزوجين موضوعيا و إجرائيا و يصبح سهل التطبيق والتفعيل من أجل حماية الروابط الأسرية ،هذه الحماية سوف ترتد على المجتمع بالقوة و المتانة لذلك نقدم المقترحات التالية :

1-تعديل المادة 56 من قانون الأسرة :

أ- أسباب التعديل :إستعمل المشرع الجزائري مصطلح (الخصام) غير أنه من الأفضل إستعمال مصطلح الشقاق الوارد بالمصدر المادي و هو مذهب الإمام مالك والتي إستعملته العديد من التشريعات العربية مثل المشرع المصري و السوري و القطري ،كما يجب الفصل في من له حق إقامة دعوى التفريق للشقاق و الضرر و بالرجوع للمصدر المادي لدعوى التفريق للشقاق و الضرر و هو مذهب الإمام مالك فإننا نجده أعطى حق إقامة الدعوى لكلا الزوجين ،كما يجب النص كذلك على طبيعة الفرقة بين الزوجين للشقاق و الضرر والتي هي طلقة بائنة تأسيسا على المذهب.

ب-نص تعديل المادة 56 من قانون الأسرة

المادة 56 :(إذا إستفحل الشقاق بين الزوجين أو إدعى أحدهما إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما فإذا ثبت الضرر و عجز القاضي عن الإصلاح بينهما فرّقَ بينهما بطلقة بائنة

فإذا رفض الطلب و تكررت الدعوى و لم يثبت الضرر ،عينت المحكمة حكمين و قضت على الوجه المبين بالمواد 56 مكرر إلى 56 مكرر4)

2-تتمم المادة 56 من قانون الأسرة بالمواد الآتية :

المادة 56 مكرر:

يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين أن أمكن وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

المادة 56 مكرر1 :

(أ) يشتمل قرار بعث الحكمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهما على ألا تجاوز مدة ستة أشهر وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك. وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

(ب) يجوز للمحكمة أن تعطى للحكمين مهلة أخرى مرة واحدة لا تزيد على ثلاثة أشهر فإن لم يقدما تقريرهما اعتبرتهما غير متفقين.

المادة 56 مكرر2 :

لا يؤثر في سير عمل الحكمين إمتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إخطاره.

وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة.

المادة 56 مكرر3 :

إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

1 - فإن كانت الإساءة كلها من جانب الزوج اقترح الحكمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.

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

3 - وإذا كانت الإساءة مشتركة إقترحا التطليق دون بدل أو ببدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4 - وأن جهل الحال فلم يعرف المسيء منهما اقترح الحكمان تطليقا دون بدل.

المادة 56 مكرر4 :

(على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها فإن لم يتفقا عينت المحكمة محكما ثالثا له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين المبينة في المادة (56 مكرر1) وإذا اختلفوا أو لم يقدموا تقريرهم في الميعاد المحدد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لهما استحالة العشرة بينهما وأصر المدعي على الطلاق قضت المحكمة بالتفريق بينهما بطلقة بائنة مع إلزامه بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى.)

3-إعادة النظر في تشكيل قسم شؤون الأسرة :

يجب إعادة النظر في تشكيل قسم شؤون الأسرة بالمحكمة و كذا غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي حيث أقترح أن يتشكل قسم شؤون الأسرة من القاضي رئيسا يساعده مستشارين إثنين أحدهما مختصا في علم النفس السلوكي والآخر في علم النفس الإجتماعي لأن هذين المستشارين سيضطلعان بالصلح بين الزوجين في جلسات الصلح التي تعقدها المحكمة و يتعزز دور القاضي في نجاح الصلح لأنه في الغالب الأعم وحسب الممارسة الميدانية نجد القاضي يفشل في الصلح بين الزوجين لعدم تخصصه في العلوم النفسية والإجتماعية .

تجدر الإشارة في الختام إلى أنه لا يمكن إقتراح مؤسسات للصلح والوساطة و التوفيق بين الزوجين إلا بعد دراسة ميدانية مستفيضة من خبراء مختصين تجيب على مدى قبول المجتمع الجزائري لمؤسسات إجتماعية تتدخل في شؤون الأسرة ،حيث أن هاته المؤسسات الإجتماعية معمولا بها في العديد من الدول العربية منها تونس حيث توجد مؤسسة المصالح العائلي في نزاعات الحالة الشخصية والتي أنشئت بالقانون عدد 50 لسنة 2010 مؤرخ في 01 نوفمبر 2010 ،ونفس النهج إعتمدته قطر قبل تونس حيث تم تأسيس مركز الإستشارات العائلي (وفاق) بموجب قرار وزير شؤون الخدمة المدنية والإسكان رقم 6 لسنة 2003 .

إن دور المؤسسات والمراكز الإجتماعية الحكومية في لمحافظة على الأسر من التفكك والانهيار و تقديم خدمات الإرشاد الفردي لحل المشاكل المتعلقة بالحياة الزوجية قبل تفاقمها ،يؤسس لإشكالية بحث جديد .

فهرس المصادر والمراجع

أولا-القرآن الكريم

ثانيا-التشريع

أ-التشريع الجزائري

1 -قانون الأسرة الصادر بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في في 09 يونيو 1984

2-قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 .

ب-التشريع المصري

1 -القانون رقم 100 لسنة 1985 المنشور بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية العدد 27 بتاريخ 1985/07/04 المعدل للقانون رقم 23-1929 المتعلق بالأحوال الشخصية .

ثالثا-معاجم اللغة العربية

1- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين ،مجمل اللغة لابن فارس،الطبعة 2 ، الجزء 1، مؤسسة الرسالة بيروت 1986

2-أحمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، الطبعة 1،الجزء 1 ،عالم الكتب ،القاهرة ، 2008

3- إسماعيل بن عباد بن العباس، أبو القاسم الطالقاني، المشهور بالصاحب بن عباد، المحيط في اللغة،الطبعة 1 الجزء الثاني ،عالم الكتب ،بيروت 1994

4- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي ،المحكم والمحيط الأعظم ،الطبعة 1 الجزء3 ،دار الكتب العلمية بيروت 2000

5-زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي ،مختار الصحاح ،الطبعة 5 ،المكتبة العصرية ،بيروت 1999

رابعا-المراجـع العامة

1-محمود السيد التحيوي : التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية ،الدار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية 1999

2-سميرة سيد سليمان بيومي :التحكيم بين الزوجين في الشريعة الإسلامية الطبعة الأولى دار الطباعة المحمدية بالأزهر القاهرة 1989

3- أحمد جلال الدين هلالي : قضاء النقض والتمييز في المواد المدنية و التجارية في التشريعين المصري و الكويتي ،الطبعة الثانية ،مكتبة الفلاح ،الكويت 1985 .

4-معوض عبد التواب ،موسوعة الأحوال الشخصية ،الطبعة 03 منشأة المعارف الإسكندرية ،مصر 1986 .

خامسا-مراجع الفقه الإسلامي

1- أبو بكر أحمد الجصاص : أحكام القرآن الجزء 02 ،دار الفكر - بيروت (بدون تاريخ)

2- محمد بن عبد الواحد السيواسي شرح فتح القدير الجزء 04 ،دار الفكر بيروت

3 - محمد الخطيب الشربيني : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج الجزء 03 ، دار إحياء التراث العربي بيروت

4 - علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد : المحلى الجزء 10،تحقيق لجنة إحياء دار الأفاق الجديدة ، بيروت

5- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني ،شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ، الجزء 03 ، دار الكتب العلمية بيروت 1411

6- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله :التاج والإكليل المختصر خليل الجزء 04 ،الطبعة 02 دار الفكر بيروت 1398

7- الإمام مالك بن أنس : المدونة الكبرى الجزء 05 ،دار صادر بيروت ، بدون تاريخ

8- عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني الجزء 07 دار الفكر بيروت 1405

9 - محمد أديب صالح ،تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، المجلد 1 الطبعة 03 المكتب الإسلامي بيروت 1984 .

10- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي : المنتقى شرح موطأ الإمام مالك الجزء 04 الطبعة الرابعة ، دارالكتاب العربي ،بيروت 1984

11- أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي المالكي: الفواكه الدواني شرح لرسالة إبن أبي زيد القيرواني الجزء 02 ، المكتبة الثقافية بيروت ، بدون تاريخ .

12- منصور بن يونس إدريس البهوتي : كشف القناع ،الجزء 05 ،دار الفكر بيروت 1402

13- محمد بن عبد الرحمان المغربي أبو عبد الله: مواهب الجليل الجزء 04 ، الطبعة 02 دار الفكر بيروت 1398

سادسا –المقالات

1-عبد الله حاج أحمد ،التحكيم في دعوى التطليق للشقاق بين الزوجين –دراسة مقارنة ،مجلة الشهاب الصادرة عن معهد العلوم الإسلامية جامعة الوادي ،عدد 1 نوفمبر 2015

2- محمد خلف بني سلامة ،الطبيعة القانونية للتحكيم ،دراسة في قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 ،مجلة دراسات و أبحاث،الصادرة عن جامعة زيان عاشور الجلفة ،مجلد 07 عدد 19

3- الغوثي بن ملحة : أفكار حول الإجتهاد القضائي المجلة القضائية العدد 1سنة 2000 صفحـــــــة 56 قسم الوثائق للمحكمة العليا - الجزائر 2000 .

سابعا- الأحكام القضائية

1 - حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 13 لسنة 42 قضائية أحوال شخصية جلسة :1975/05/28 .أشار إليه معوض عبد التواب في الدفوع الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 511 .

2- حكم محكمة النقض المصرية طعن 77 لسنة 56 قضائية - أحوال شخصية جلسة :29/11/1988 ،أشار إليه معوض عبد التواب في الدفوع الشرعية في الأحوال الشخصية المرجع السابق ص 508.