مجلة القانون والتنمية المحلية
Journal of law and local development
المجلد: 04 / العدد: 02 / السنة: 2022 (العدد التسلسلي 08) / ص ص:117-132

التحكيم كإجراء وقائي للحفاظ على الرابطة الأسرية في قانون الأسرة الجزائري

مبروكي سالم

[1] جامعة أحمد دراية ادرار (أدرار)، قانون الأسرة، meb.salem@univ-adrar.edu.dz

تاريخ الاستلام: 2022/06/19 تاريخ القبول: 2022/07/01 تاريخ النشر: 2022/06/30

ملخص:

خلق الله الإنسان و استخلفه في الأرض وطلب منها عمارتها، فشرع له الزواج وجعله سبيلاً للتناسل والتكاثر، وجعل الحفاظ على النسل مقصداً شرعياً، إلا أنه وفي ظل معترك الحياة قد يحدث الشقاق والنزاع بين أطراف هذه العلاقة الحميمية فشرع الله وسائط وبدائل لفض هذا النزاع ودرأه، فأقرها الله في نصوص قرآنية وحديثية، ونظمها المشرع في نصوص قانونية وأعطى لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة لحماية الأسرة بطرق ووسائل لفض النزاع كالتحكيم، الذي هو محل دراستنا وتعيين الحكمين وتحديد وإنهاء مهامهم للحفاظ على الأسرة من الضياع والشتات، وتحقيق الأمن والاستقرار الأسري والحفاظ على مصلحة الطرف الضعيف وهم الأولاد، والتأثير على إرادة الزوجين من خلال عمل الحكمين.

الكلمات الافتتاحية : التحكيم . الأمن الاسري . الشقاق . سلطة القاضي التقديرية

Summary:

God created man and made him a successor on the earth and asked him to build it, so he legislated marriage for him and made it a way to procreate and multiply, and made the preservation of offspring a legitimate objective, except that in the midst of life's battlefield, discord and conflict may occur between the parties to this intimate relationship, so God legislated means and alternatives to resolve this conflict and ward off it, so God approved them In Qur'anic and hadith texts, and organized by the legislator in legal texts. He

gave the family affairs judge a wide discretionary authority to protect the family in ways and means to resolve the dispute, such as arbitration, which is the subject of our study, and appointing arbitrators and determining and ending their tasks. They are children, and influence the will of the spouses through the work of the two judges.

Keywords: Arbitration - family security - discord - judge's discretion

المؤلف المرسل: مبروكي سالم: meb.salem@univ-adrar.edu.dz

مقدمة:

الزواج سنة الله في الخلق، وهو الخلية الأساسية لتكوين الأسر والمجتمعات، ولقدسيته وصفه في القراءن الكريم بالميثاق الغليظ، قال تعالى " وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا الآية (21)" سورة النساء، وفي تفسير هذه الآية روى ابن عباس و مجاهد أن المراد بالميثاق الغليظ عقد الزواج (شاكراحمد، 2005، صفحة 479) ، ووضع له الشارع أركان وشروط لا يصح إلا بها، وسن له مبادئ وأسس ومقاصد وغايات وقيم، ودعى للحفاظ عليه واستقراره تحقيقاً لمقاصد سامية كتحصين النفس والتناسل ،وعمارة الارض ، وحفاظاً على النفس من الوقوع في الرذيلة وتتأتى هذه المعاني السامية والنبيلة بتجسيد معاني الرحمة والتعاطف ، عملاً بقوله تعالى " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ الآية (21) سورة الروم ، فهو كعقد شراكة رأس ماله المودة والرحمة المتبادلة بين الزوجين.

إلا أنه قد تعتري الحياة الزوجية مشاكل وخلافات بين الزوجين، فتستحيل العشرة بينهما لدرجة الشقاق فتنقلب الموازين، وتصير السعادة شقاءً، مما يؤثر على استقرار الأسرة وتصدعها واهتزاز أركانها ،فالأسرة هي أساس بناء المجتمع ومنها يستمد مقوماته وجوده ،وعوامل بقائه واستمراره.

ولتسوية هده الخلافات أقر الشارع الحكيم، وكدا المشرع الجزائري طرق ووسائل لتسوية النزاعات ، وفضها من بينها التحكيم، الدي يأتي كإجراء وقائي ثاني في حالة عدم جدوى الصلح، ولتفادي الوصول الى الطلاق الذي أصبح يشكل هاجساً لدى الفئة المقبلة على الزواج، وخاصة في السنوات الأخيرة التي ارتفعت فيها نسب الطلاق ولأسباب تافهة ،تنبئ عن غياب الثقافة الأسرية للطرفين فأصبح الطلاق كإجراء علاجي لإنهاء الخلاف ومن ثمة إنهاء العلاقة الزوجية.

تهدف هذا الدراسة إلى توضيح أهمية التحكيم في حل الخلافات الاسرية، وتفعيله داخل المحاكم والجهات القضائية المختصة ، وتوضيح دور الذي يلعبه القاضي في اختيار الحكمين اللذين يستعين بهما في العملية الاصلاحية.

وتتمحور إشكاليتنا حول ماهية التحكيم ودوره في الحفاظ على الربطة الزوجية عند نشوب الخلاف، وهل يلجأ القضاة فعلاً الى التحكيم في جانبيه الموضوعي والاجرائي في حالة فشل محاولة الصلح والسعي من أجل فض النزاع عن طريق عمل المحكمين، خاصة وأنه قد أثبت الواقع العملي أن التحكيم مجرد إجراء شكلي ، يرجع فيه الأمر للسلطة القاضي التقديرية في اللجوء إليه، أو الأخذ به على سبيل الاستشارة ،وقد يستغني عنه.

وللإجابة على هاته الإشكالية سنقوم بتحليل نصوص قانونية متبعين في ذلك المنهج التحليلي معتمدين في ذلك على مواد قانونية من قانون الاسرة وقانون الاجراءات المدنية والادارية .

ولدراسة هد الموضوع ارتأينا تقسيم هدا الموضوع الى مبحثين ، خصصنا المبحث الاول ماهية التحكيم، والمبحث الثاني إلى إجراءات التحكيم و دور القاضي في فض النزاع و دراسة ذلك على النحو التالي:

المبحث الاول: ماهية التحكيم

نتطرق في ماهية التحكيم إلى مفهوم التحكيم في المطلب الاول وتأصيله الشرعي وطبيعته القانونية في مطلب ثان

المطلب الأول :مفهوم التحكيم

نتطرق في هذا المطلب للاصل التاريخي للتحكيم وتعريفه في الفرع الثاني،وفي الفرع الثالث الفرق بين التحكيم والصلح من حيث أوجه الشبه والاختلاف,

الفرع الاول :الأصل التاريخي للتحكيم

لم يكن التحكيم وليد اليوم، ولقد عرفته الأمم والشعوب على اختلاف أديانها وأجناسها، وهو مبدأ قديم ، ساد الامم والشعوب، بعدما كانت النزعة الثأرية والانتقامية سائدة بينهم في رد حقوقهم ودفع الظلم عنهم كالبابليين والأشوريين والإغريق والعرب قبل الاسلام، فأما البابليون والاشوريين فقد كان الفصل في المنازعات والخصومات التي تقع بينهم من صالح الكهنة والالهة، وهو نفس ما كان عليه المصريين القدامى،وأما الإغريق فكان يفصل بين دويلا ت المدن اليونانية مجلس دائم للتحكيم ، واكتفى الرومان بالتحكيم في القانون الخاص، فكانوا لا يعترفون بالتحكيم الدولي لأنهم ينكرون المساواة بين الدول (شعبان).

أما العرب قبل الإسلام فعرفوا بالنظام القبلي، فكان لكل قبيلة مجلساً دائم مهمته الفصل في النزاعات التي تقوم بين أفراد القبيلة، وقد عرفه العرب قديماً قبل الإسلام وبعده ، فكان من عادتهم أنهم يختارون من بينهم أصحاب الخير والفضل وكبار السن، وممن عرفوا برجاحة العقل والصدق في الأحكام ،فيحتكمون لهم في خلافاتهم ونزاعاتهم، وكل ما يقع بينهم من نزاعات وخصومات درءً للشقاق والشجار، وينفد المحكوم عليه حكم المحكمين ويلتزمونه تحت سلطان العرف والعادة، وحفاظا كذلك على علاقاتهم. (سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في

الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة رسالة ماجيستر، 2007، صفحة 22)

الفرع الثاني: تعريف التحكيم

لم يضع المشرع الجزائري للتحكيم تعريفاً بل تطرق لأحكامه في الباب الثاني من الكتاب الاول الباب الأول في المادتين 08/53 والمادة56 من قانون الاسرة .

أ/ التعريف اللغوي للتحكيم:

يطلق لفظ التحكيم ويراد به المحاكمة أو المخاصمة إلى الحاكم، أي الاحتكام إليه وتحاكموا إليه، أي تخاصموا إليه ورجعوا إليه للفصل بينهم في الخصومة، ويقال حاكمه الى الحاكم أي دعاه وخاصمه . (منظور، 1414هـ، صفحة 142)

ب/ التعريف الاصطلاحي للتحكيم:

هو فض النزاع من طرف خواص يعينهم الأطراف، أي المحكمين فهم ليسوا قضاة بالمعنى الصحيح، فالأصل أن الجهات القضائية هي صاحبة الولاية الكاملة في فض النزاعات، إلا أن المشرع أجاز للمتقاضين فض نزاعاتهم بواسطة محكمين يستعينون بهم لهذا الغرض (بلغيث، 2002، صفحة 104)

ويعرف كذلك على انه الحكم في نزاع من طرف أشخاص يعينهم الخصوم. فالحكمين قضاة خواص.

ويطلق اسم اتفاق التحكيم، على الاتفاق الذي يحصل بين المتعاقدين حول عرض نزاع معين على محكمين (مُحَمَّد ا.، 2007، صفحة 281)

ومما تجدر الاشارة إليه هو أن التعريف الاصطلاحي للتحكيم، لا ينطبق على التحكيم بين الزوجين، لأن التعريف الاصطلاحي للتحكيم، يضفي على التحكيم بين الزوجين الطبيعة العقدية ،والتحكيم بين الزوجين يتم تعيينه عن طريق القضاء، وليس له طابع عقدي.

فتعريف التحكيم بين الزوجين، لا يتعدى التعريف اللغوي الدي هو منع الزوجين من أن يضر أحدهما الأخر، ومنع الشقاق (الفتاح، 2011، صفحة 163)

واختلفت تعاريف الفقهاء للتحكيم إلا أنها تصب في نفس المعنى

فعرفه الحنفية على " أن يولي الخصمين حاكما يحكم بينهما"

وعند المالكية عرفه ابن فرحون" أن الخصمين إذا احتكما الى رجل وارتضياه أن يحكم بينمها"

وعند الحنابلة جاء في المغني" إذا تحاكما رجلان إلى رجل حاكماه بينهما وارتضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما" (سكيك، التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة رسالة ماجيستر، 2007، صفحة 10)

وتناول المشرع الجزائري التحكيم ، وقد أشار اليه كذلك في قانون الاسرة في المادة 56 " إذا أشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة، وعلى هدين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين."

يفهم من نص المادة أن التحكيم هو إجراء وقائي، يقوم به قاضي شؤون الاسرة للإصلاح بين الزوجين، وذلك بتعيين حكمين من أهل الزوجين للإصلاح بينهما في حالة عدم الشقاق وعدم ثبوت ، وعلى الحكمين السعي والعمل من أجل التوفيق والاصلاح وهو نفس ما جاء قانون الاجراءات المدنية في أحكامه المتعلقة بالصلح والتحكيم.

كما أشار اشار المشرع الجزائري في قانون الاسرة إلى الشقاق المستمر والضرر المعتبر شرعاً في المادة 53وجعلهما سببين من أسباب التطليق، إلا أنه لم يوضحهما ولم يذكر أسبابهما وضوابطهما .

الفرع الثالث: الفرق بين التحكيم و الصلح

ـ يتفق الصلح والتحكيم في أن كليهما إجراء وقائي لحل النزاع بين الزوجين يأمر به القاضي للحفاظ على الرابطة الزوجية ،كما انهما إجراءان تمهيديان سابقان للحكم بالطلاق، وأن يكون هناك نزاع قائم بين الطرفين، فلا يتصور اللجوء الى الصلح أو التحكيم دون أن يكون هناك نزاع بين الزوجين.

ـ ويختلفان في كون أن الصلح يقوم به القاضي في جلسة سرية بواسطة كاتب الضبط، حيث يستدعي الطرفين ويستمع لكل منهما على حدى، ثم مجتمعين كما يحق له أن يجري أكثر من محاولة صلح، إذا اتضح له أن بإمكان الطرفين العدول والتراجع عن الطلاق ، أما التحكيم

فيقوم به حكمين ، يعينهما القاضي حكم من اهل الزوج، وحكم من أهل الزوجة ممن يرى لديهم القدرة والخبرة في ذلك.

ـ في أن التحكيم إجراء اختياري، والقاضي غير ملزم للقيام به، على عكس الصلح الذي يعتبر إجراء إلزامي وجوهري ،يترتب على تخلفه بطلان الحكم وقد وعده بعض فقهاء القانون من النظام العام (راضية، 2017) .

المطلب الثاني: التأصيل الشرعي للتحكيم وطبيعته القانونية

نشير في هذا المطلب الى أصل التحكيم في الشريعة الاسلامية، والقانون مستدلين بذلك بما ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية ، وما صاغه المشرع من نصوص قانونية تجعل من التحكيم ألية فعالة في درء الشقاق.

الفرع الاول: التأصيل الشرعي للتحكيم

لقد وردت نصوص قرآنية وحديثية تدل على جواز التحكيم ومشروعيته، وتحث على ضرورة الرجوع اليه في حالة الشقاق بين الزوجين وهو وسيلة من الوسائل المشروعة لفض النزاع، قال تعالى " وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أهلها إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا " سورة النساء الاية 35

وقد حكمت قبائل العرب رسول الله صل الله عليه وسلم في قضية وضع الحجر الاسود حتى كادوا يقتتلون، فطلب رسول الله من كبار قبائل قريش أن يمسك كل واحد بطرف من الرداء، ووضعه الرسول بنفسه فكان عمله سبباً في حقن الدماء (القواسمي، 2021، صفحة 20)

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلماني أن " رجلا وامرأة أتيا علياً مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي إبعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها، فبعثوا حكمين، ثم قال علي للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله علي ولي. فقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به" (المقدسي، 1405هـ، صفحة 167)

فقد يحدث الشقاق من الطرفين أومن أحدهما، لذلك وجب تعيين الحكمين وأن يكون الحكمين من أهل الزوجين حتى يتمكنا من معرفة سبب الشقاق، ويسهل الإصلاح إلا أن الفقهاء

اختلفوا في مفهوم الحكمين في الاية،فيرى غالبيتهم أن المقصود بالحكمين في الآية هم الحكام والأمراء ، كما اختلفوا في المخاطب ببعث الحكمين، فقال بعضهم هو الحاكم، وقال بعضهم هو الرجل والمرأة ،والراجح وهو قول الجمهور أن المخاطب ببعث الحكمين هما الحكماء والامراء (المصري، 2010)

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم:

أن التحكيم إجراء من إجراءات التحقيق التي تقوم بها المحكمة للفصل في النزاع ،فله طابعان طابعاً إجرائيا تقوم به المحكمة من تلقاء نفسها ، (الفتاح، 2011، صفحة 163) وقد نظمه المشرع الجزائري في إجراءات التقاضي المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية في الموادمن446 إلى449 ،وله طابع موضوعي نظمه المشرع الجزائري في قانون الاسرة في المادة56 في حالة اشتداد الخصام وعدم ثبوت الضرر، وجب على القاضي تعيين حكمين حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة للإصلاح بين الزوجين مع تقديم تقرير للقاضي عن مهمتهما خلال مدة شهرين.

إلا أن ما يعاب على المشرع وجود قصور تشريعي بخصوص التحكيم، فلم ينل الاهمية الكاملة كالصلح، وأغفل جوانب عديدة منه خاصة الحكمين كطريقة تعيينهم، والشروط الواجب توفرها فيهم، وقد اعتبر بعض أهل العلم الحكمان قاضيان.

المطلب الثالث : شروط الحكمين وصلاحياتهما

نتطرق في هذا المطلب للشروط الواجب توفرهما في الحكمين في الفرع الاول ،وصلاحياتهما في الفرع الثاني

الفرع الاول : شروط الحكمين

لم يتطرق المشرع الجزائري للشروط الواجب توفرها في الحكمين، وبالرجوع إلى الإحالة التي نص عليها المشرع في قانون الأسرة الجزائري في المادة222 "كل مالم يرد عليه النص في هذا القانون ،يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ/الذكـــورة: وهو شرط جمهور الفقهاء، وحجتهم في ذلك أن التحكيم فيه اختلاط المرأة مع الرجال، وحضور مجالسهم ومخاطبتهم فمنعوا المرأة من التحكيم دفعاً للمفسدة (حنان، صفحة 136)

ب/ أن يكون الحكمين عدلين مسلمين : ويشترط في الحكمين العدالة والاسلام لان التحكيم فرع من فروع القضاء (السعيد خ.، 2017، صفحة 341 . 366)

ج/ أن يكونا ذا خبرة وعلم بما يجب عليهما وأن يبدلا كل ما في وسعهما حتى يتمكنا من الإصلاح وتأليف القلوب وتدليل الصعاب، واستعمال كل الوسائل والطرق المتاحة لفض الشقاق، والابقاء على هذا الرباط الذي وصفه الله بالميثاق الغليظ (الزحيلي، 2006، صفحة 7061)

د/ أن يمتلك الحكمين إرادة الصلح :ويقصد به صدق النية والعزيمة على الإصلاح حتى يتمكنا من الوصول إلى الحل ،ويرى أكثر أهل العلم هذه الأية قوله تعالى: إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ من جانب نفسي ، أي إن الله تعالى علّق التوفيق بين الزوجين على النية الصادقة والخالصة للحكمين في الصلح (السعيد خ.، 2017)

ويشترط بعض العلماء الحرية كالشافعية، لأن العبد عندهم لا تقبل شهادته ،فتكون الحرية من شروط العدالة ،وان يكون الحكمين ذا خبرة ودراية ،وعلم بالجمع والتفريق ،فيكون تصرفهما ناتج عن علم ،والأفضل أن يكونا من أهل الزوجين امتثالا الامر الله تعالى فالأقرباء أشفق وأعلم بحال الزوجين ،فإن لم يكن من أهل الزوجين من تتوفر فيه هذه الشروط ،جاز غير الاقارب، لأن القرابة ليست شرطا في التحكيم فكان الأمر من باب الاستحباب .(المقدسي، 1405هـ، صفحة 167)

الفرع الثاني: صلاحيات الحكمين

وتتمثل صلاحياتهما في المهام الموكلة لهما تحت سلطة قاضي الأسرة ،وذلك بالبحث عن المتسبب النزاع ،وعن دوافعه وخلفياته ، وبدل كل الوسع والجهد ما أمكن، والتزام الموضوعية، دون الإنحياز لأحدهما ، والسعي من أجل تأليف القلوب ورأب الصدع (عمارية و بلماحي، 2021)

وذهب بعض أهل العلم ومنهم المالكية أن للحكمين الجمع والتفريق بين الزوجين وهو رأي علي وابن عباس معتبرين أن الهدف من بعث الحكمين هو الاصلاح ،فإن عجزا عن ذلك لهما حق التفريق ،وذهب جماعة من الفقهاء أنه ليس للحكمين أن يقرقا إلا إذا تم توكيلهما من طرف الزوجين وهو قول الحنفية والشافعية (المصري، 2010، صفحة 252 . 253).

المبحث الثاني : إجراءات التحكيم ودور القاضي والحكمين في فض النزاع

نتناول في المطلب الاول إجراءات التحكيم وفي المطلب الثاني دور القاضي والحكمين في فض النزاع

المطلب الأول: إجراءات التحكيم

من المعلوم أن التحكيم إجراء من إجراءات التحقيق التي يقوم بها قاضي الموضوع للفصل في النزاع والتحكيم وقد أشار المشرع في قانون الاسرة وقانون الاجراءات المدنية .

يلجأ قاضي شؤون الأسرة الى التحكيم عند عدم جدوى الصلح الذي يقوم به القاضي ، واشتد النزاع والشقاق بين الزوجين، وقد اشارت الاية الكريمة لذلك "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصْلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيْنَهُمَآ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا " سورة النساء الاية 35، وأشارت إلى ذلك نصوص قانونية ،ونوجز هذه الإجراءات فيما يلي:

01/ إشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر: ويقصد باشتداد الخصام هنا تفاقم الخاصم واستحالة العشرة بين الزوجين ، ولم يعرف المسيئ منهما للأخر، فهنا فيندب القاضي حكمان للصلح ومحاولة التوفيق بين الزوجين ،وتقريب وجهات نظرهما، ومعرفة الظالم منهما ،أما إذا ثبت الضرر وجب على القاضي التصريح بالتطليق وخاصة الزوجة اذا استطاعت أن تثبت الضرر (النجار، 2004).

أما إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر ببينة ولم يقر الزوج، فإن القاضي يرفض دعواها، فإن تكررت منها الشكوى طالبه القاضي بالتفريق، وإذا لم يثبت للمحكمة صدق دعواها، عين

القاضي حكمين شرط أن يكونا رجلين عدلين لهما الخبرة القدرة على الاصلاح (حسين، 2008، صفحة 127)

وقد اعطى المشرع الجزائري للمرأة حق طلب التطليق للشقاق المستمر في الفقرة08 من المادة 53 من قانون الاسرة الجزائري .

02 / تعيين الحكمين عند إنعدام الصلح: أوكل المشرع الجزائري مهمة تعيين الحكمين إلى قاضي شؤون الأسرة وجعله من مهامه،وقد تم التنصيص على ذلك في المادة56 من قانون الاسرة، والمادة446 من قانون الإجراءات المدنية والادارية ،وهو نفس ما استنبطه العلماء وجمهور أهل العلم في تفسير الاية"وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ " أن المخاطب هنا هم الحكماء والامراء (السعيد خ.، 2017)

إلا أن ما يعاب على المشرع أنه في المادة56 من قانون الاسرة أوجب تعيين الحكمين، والوجوب يفيد الإلزامية ،وبالتالي يعد التحكيم أجراء جوهرياً، على عكس المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية التي اعتبرت التحكيم أمراً جوازياً، ولعل هذا التناقض هو الذي جعل القضاة لا يلجأون إلى التحكيم عادة، وعدم وضوح موقف المشرع الجزائري .

03/ أن يكون الحكمان من أهل الزوجين : أي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ،وهذا أدعى للحفاظ على أسرار الاسرة ومعالجتها، وكلما كانا الحكمين أقرب صلة للزوجين ،كان ذلك أسهل للتقرب من الزوجين ومعرفة أسباب الشقاق والنزاع، وأيسر لتطييب القلوب وجبر الخواطر، وكذا الاستفادة من عاطفتهما، وحرصهما على مصلحة الزوجين القريبين منهما، كما أن إطلاعهما على أسرار حياة الزوجين، لا يشكل إحراجاً كبيراً، لكن ذلك مشروط بأن يأتي كل واحد من الحكمين بقصد الإصلاح، وعودة الانسجام والوئام بين الزوجين، لا بقصد الانتصار لطرف، أو الانتقام من الآخر. وهذا ما يؤكد عليه قوله تعالى :﴿إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾. (الصفار، 2003)

واختلف الفقهاء في وجوب أو استحباب أن يكون الحكمين من أهل الزوجين، فرأى المالكية وجوب ذلك عملاً بظاهر الاية " فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ " وخالفهم في ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة في استحباب ذلك فإذا كان الحاكمان من غير أهلهما جاز ذلك. (زينب و حليفي، 2021)

04/إطلاع القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء إجراء التحكيم: وهو ما نصت عليه المادة447 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ،حتى يتمكن القاضي من إتخاذ الإجراءات التي يراها مناسبة من التدابير والاجراءات ،كغياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح أو امتناعهما عن الحضور لجلسة الصلح. (المنعم، 2021، صفحة 261 .276)

05/ على الحكمين أن يرفعا تقريراً للقاضي عن مهمتهما في أجل شهرين، ويحكم القاضي بمقتضى التقرير إذا عجزا عن الإصلاح بينهما، والملاحظ أن القانون لم يجعل للحكمين حق التفريق دون القاضي ، بل جعل الحق للقاضي بناءً على تقريرهما حتى يعطي الفرصة للحكمين في مناقشة قرارهما، وإمكانية تعديله مراعاة لمصلحة الزوجين (حسين، 2008، صفحة 127) .

المطلب الثاني : دور القاضي والحكمين في فض النزاع

الأصل أن القاضي يلعب دوراً هاما في التحكيم للإصلاح بين الزوجين من خلال العمل الذي يقوم به الحكمين تحت سلطته ورقابته فلقاضي الموضوع دور هام:

01ـ مراقبة أعمال الحكمين والتزامهم بالمدة المحددة لهم في تقديم التقرير، ومراقبة الشروط الواجب توفرها فيهم من حيث العدالة والاسلام والخبرة،أوحدوث مانع لأحدهم بعد تعيينه، (الفتاح، 2011، صفحة 158)

02ـ تبسيط إجراءات التقاضي أثناء التحكيم للوصول للصلح واستقرار العلاقات الاسرية، كما أن عليه مراعاة حالة الوصول الى الصلح أو فشله، والبحث عن الإجراء الأنسب لكل حالة خاصة، وقد اثبت الواقع العملي التجاهل التام لهذا الإجراء الشرعي والقانوني، إذ أن الإجراء الوحيد الدي يحترم هو الصلح، فنظام التحكيم لا يجوز إهماله، فقد جاءت به الشريعة الاسلامية لماله من اهمية في حل الكثير من المشاكل التي تقع بين الزوجين.

03ـ الإجراء الاستعجالي الذي منحه المشرع لقاضي الأسرة، والفصل فيها بأوامر مؤقتة حماية للأسرة من التفكك والضياع، وحماية الأطفال الذين هم ضحايا الطلاق، ومراعاة مصلحتهم ، فبموجب هذه السلطة يستطيع القاضي التقليل من حالات الطلاق وإصدار أوامر وقتية لصالح الزوجة والاطفال كالنفقة والحضانة والحفاظ على مراكزهم القانونية بسبب طول أمد النزاع ،فيأخذ القاضي والحكمين الوقت الكافي قبل الفصل في القضية

04ـ دور النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في جميع قضايا الاسرة وحامية للنظام العام في القضايا الأسرية والسعي من أجل الحفاظ على استقرارها (كريمة، 2021).

05ـ إتفق العلماء على أن المهمة الأساسية للحكمين هي الاصلاح قال تعالى" إن يريدا إصلاحاً" ، كما أفادت المادة 56 قانون الاسرة ، والمادة446 قانون الاجراءات المدنية والادارية أن مهمة الحكمين هي التوفيق بين الزوجين من خلال معرفة أسباب الشقاق ومحاولة فض النزاع واستبعاد الطلاق (حنان، صفحة 128).

خاتمة

وفي الختام وفيما يتعلق بموضوع هذا المقال الذي يتحدث عن التحكيم باعتباره طريقاً بديلا من البدائل المشروعة للإصلاح نستنتج مايلي :

- إن التحكيم هو الإجراء الأمثل والأشمل لتحقيق مساعي الصلح في النزاعات الأسرية ، وهو مبدأ شرعي ثابت بنصوص قرانيه وحديثية

ـ أن اشتراط الشارع الحكيم درجة القرابة في الحكمين له أهمية كبيرة إحتواءً لمشاكل الاسرة وإحاطتها بسياج منيع حفاظا على كرامتها وذرءً للشقاق.

ـ القصور التشريعي الذي يكتنف التحكيم الاسري في جانبيه الموضوعي والتشريعي وتناقض النصوص القانونية بين وجوب التحكيم وجوازه، جعل قضاة الأسرة يهملونه ويأخذونه على سبيل الاستشارة وجعله أجراء شكلي بحجة عدم وجود نص قانوني ملزم.

ومن الاقتراحات والتوصيات المناسبة لهذه الدراسة ما يلي:

ـ تفعيل وتوضيح دور النيابة العامة باعتبارها طرف أصلي في جميع قضايا الأسرة حسب نص المادة 03مكرر من قانون الاسرة ،وحافظة للنظام العام واعتبار كذلك جميع قضايا التي تمس الاسرة من النظام العام، إذ اثبت الواقع العملي ان دور النيابة العامة لم يتضح في مجال الأسرة ، كما هو متضح في قانون الجنسية ويكتنفه الغموض، وهذا ما أشار إليه الأستاذ عبد العزيز سعد في كتابه أبحاث تحليلية في قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ـ استحداث هيئات قضائية خاصة بشؤون الأسرة، فلا تبقى شؤون الأسرة حبيسة الأقسام على مستوى المحاكم، أو الغرف على مستوى المجالس القضائية ،وحتى يتمكن قضاة الأسرة من الاستقلال الهيكلي نظراً لكثرة القضايا الأسرية وتشعبها.

ـ ضرورة تكوين قضاة الاسرة تكويناً شرعياً لتكوين قناعات علمية ، وتزيدهم بمعارف وخبرات في مجال الأسرة تجعل هدفهم الأسمى حماية الأسرة، واستخدام كل الوسائل الشرعية للحفاظ عليها كالصلح والتحكيم..

ـ دور المجتمع المدني والجمعيات في المشاركة في حماية الاسرة، التي تعتبر هي النواة في تكوين المجتمعات ونشر ثقافة الطرق البديلة لحل النزاعات الأسرية عن طريق الدورات التكوينية والندوات للفئة المقبلة على الزواج.

ـ الدور الذي تلعبه المؤسسات العلمية والأكاديمية كالجامعات والمعاهد في نشر ثقافة الصلح الأسري ،عن طريق المجلات والملتقيات، وإشراك المؤسسات الفاعلة في هذا المجال كالمحاكم والمجالس القضائية ومديرية الشؤون الدينية.

قائمة المصادر والمراجع

أ ـ الكتب

ـ ابراهيمي محمد. (2007). *الوجيز في الاجراءات المدنية*. الجزائر، بن عكنون: ديوان المطبوعات الجامعية.

ـ وهبة الزحيلي. (2006). *الفقه الاسلامي وادلته*. سوريا، دمشق: دار الفكر.

ـ طاهري حسين. (2008). *الاوسط في شرح قانون الاسرة الجزائري*. الجزائر، القبة القديمة: دار الخلدونية للنشر والتوزيع.

ـ مبروك المصري. (2010). *الطلاق وأثاره من قانون الاسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة*. الجزائر، الابيار: دار هومه.

ـ عبد الله ابن محمد المقدسي. (1405هـ). *المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني*. بيروت: دار النشر.

ـ عبد السميع فوزي القواسمي. (2021). *التحكيم بين الزوجين في قضايا النزاع والشقاق بين الفقه والقانون*.

ـ عمارة بلغيث. (2002). *الوجيز في الاجراءات المدنية*. الجزائر، عنابة: دار العلوم للنشر والتوزيع.

ـ شاكراحمد. (2005). *عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير مختصر تفسير القراءن* (الإصدار 2). مصر ، المنصورة: دار الوفاء للطباعة والنشر.

ـ تقية عبد الفتاح. (2011). *قضايا شؤون الاسرةمن منظور الفقه والتشريع والقضاء*. الجزائر، الابيار: بدون دار النشر.

ب ـ المقالات

ـ بزاز زينب، و لويزة حليفي. (2021). فعالية التحكيم في حماية الاسرة ـ دراسة تحليلية نقدية.مجلة *دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية*.

ـ بن كعبة عمارية، و زين العابدين بلماحي. (2021). الاليات المرصدة للصلح بين الزوجين القانونين الجزائري والمغربي. *مجلة الدراسات الحقوقية*.

ـ نزار كريمة. (2021). تفعيل دور القاضي الاسري في حماية الاسرة بين الصلاحيات والعوقات. *مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية*.

ـ نعيمي عبد المنعم. (2021). دور الحكمين في إجراء الصلح بين الزوجين في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري. *مجلة الاحياء*.

ـ عيمور راضية. (جوان, 2017). طرق حل الخلافات الزوجية بين التأصيل الشرعي وقانون الاسرة الجزائري. *مجلة الدراسات الاسلامية*.

خنوش السعيد. (2017). الاطار التنظيمي لتفعيل دور الحكمين (مقال). *مجلة الصراط*

ج ـ الأطروحات والمذكرات:

ـ وائل طلال سكيك. (2007). التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة (رسالة ماجيستر). كلية الشريعة والقانون، فلسطين: الجامعة الاسلامية غزة.

ـ عبد الحق حنان. (2020). الطرق البديلة لحل النزاعات الاسرية(أطروحة دكتوراه). كلية الحقوق، الجزائر: جامعة الجزائر1,

ـ عدنان علي النجار. (2004). التفريق القضائي بين الزوجين دراسة فقهية مقارنة بقانون الاحوال الشخصية الفلسطيني (أطروحة دكتوراه). كلية الشريعة قسم القضاء الشرعي، غزة: الجامعة الاسلامية غزة.

ـد ـ النصوص القانونية:

ـ القانون رقم08ـ 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429،الموافقل 25 فبراير سنة2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .ج ر،العدد21 مؤرخة في 23ابريل 2008.

ـ القانون رقم 84 ـ 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر رقم 05ـ 02 المؤرخ في 27 فبراير2005.ج ر. العدد 15،مؤرخة في27 فبراير2005.

هـ ـ المعاجم:

ـ ابن منظور. (1414هـ). *لسان العرب* (الإصدار 3). لبنان، بيروت: دار صادر.

و ـ المواقع الالكترونية:

ـ احمد محمود شعبان. (بلا تاريخ). *نشأة التحكيم وتطوره التاريخي*. تاريخ الاسترداد 01 06, 2022، https://jlaw.journals.ekb.eg/article_191508_c9cfd7fa8aa5889a26366ca9d4ac2176.pdf

ـ حسن الصفار. (2003). *التحكيم والإصلاح في الخلافات الزوجية*. تاريخ الاسترداد 06 06, 2022، من دروس من فقه الاسرة: id=975&https://www.saffar.org/?act=artc