جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون الاسرة

.....

رقم: .....

إعداد الطالب:
طهراوي اسيا

يوم: .....

التحكيم في منازعات قانون الاسرة الجزائري (النشوز)

عاشور نصر الدين	استاذ	تعليم عالي	رئيسا
دبابش عبد الرؤوف	استاذ	تعليم عالي	مشرفا
حسونة عبد الغني	استاذ	تعليم عالي	مناقشا

السنة الجامعية : 2019 - 2020

التحكيم في منازعات قانون الاسرة الجزائري

(منازعات النشوز):

ملخص المذكرة

ان التحكيم اثبت عبر تطبيقه انه يعتبر وسيلة فعالة لحل المنازعات وعلى الاخص منازعات الاسرية بين الزوجين ذالك لما يقدمه من حلول ونتائج ظاهرة لتسوية الخلافات الزوجية بين الزوجين الرجل والمرأة وتحقيق الامان الاسري .

وعليه يمكن القول ان التحكيم هو وسيلة المثلى لفض منازعات المتعلقة بشؤون الاسرة خاصة الشقاق بين الزوجين وفي ضل ما يشهده العالم من تباعد الافراد الاسرة وبقاء الزوجين بعيدين عن توجيهات وتدخل اوليائهم نضرا للحياة العصرية وظروفها التي فرضت الخصوصية الزائدة في شؤون الاسرة الصغيرة .

الا انه لابد من اصدار قانون خاص بالتحكيم الاسري وعدم الاكتفاء بما جاء في المادة 56 من قانون الاسرة الجزائري اذا اصبح اصدار قانون خاص بالحكيم الاسري ضرورة ملحة فالتحكيم عظيم تنبني عليه نتائج هامة ومقاصد دينية ودنيوية وللحفاض على الحياة الزوجية والاسرة ومصالحهما وديمومة عقدهما لهذا شرع التحكيم .

ويهدف الى تبيان اهمية التحكيم في الشريعة الاسلامية والقانون وتناولت هذه الدراسة التحكيم في القانون الاسرة الجزائري وطبيعته والاسباب الداعية للتحكيم في دعاوى التفريق بين الزوجين لدى المحاكم وقد اعتبر المشرع الجزائري ان التحكيم لازما قبل اصدار الحكم بطلاق .

Arbitration has proven through its application that it is considered an effective means of resolving disputes especially family disputes between spouses due to the solution and evident results it offers to settle marital differences between men and women and achieve family security.

Accordingly it can be said that arbitration is the best way to settle discord between the spouses and in the delusion of witnessing in terms of separation of family members and the stay of spouses far from the directives and interference of the spouses far from the directives and interference of their guardians in the light of modern life and its conditions that imposed increased privacy in family affairs.

However it is imperative to issue a law on family arbitration and not be satisfied with what is mention becomes an urgent necessity .

Arbitration is great upon which important results and religious and secular purposes are based on it and to protect married life and the family and their interests and permanence of their contract.

Aims to indicate the importance of arbitration in Islamic law and law address this study in the family law between the couple among the courts .

Algerian law has been considered to be joasted before issuing a period of divorce

اهـــــــــــداء

اهدي هذا الجهد رسالة الماستر الى:

الى من ساندتني في صلاتها ودعائها .....الى من سهرت الليالي تنير دربي.

الى من تشاركني افراحي واساتي .....الى نبع الحنان والعطف الى اجمل ابتسامة في حياتي الى اروع امرأة في الوجود امي الغالية.

الى من علمني ان الدنيا كفاح .....وسلاحها العلم والمعرفة.

الى الذي لم يبخل علي باي شيء .....الى من سعى لأجل راحتي ونجاحي الى اعظم واعز رجل في الكون ابي الحنون العزيز.

الى الذين طالما مهدو لي الطريق وانارو‌ها بوجودهم وتوجيههم الى اخوتي الاحباء.

الى من دائما معي بقلوبهم الي مؤنساتي ومن جعلوا حياتي اجمل الى اخواتي العزيزات.

الى الذين ضفرت بهم هدية من الاقدار واصبحت بفضلهم اما ومن اجلهم زاد طموحي وحبي للحياة الى اولادي الجميلين .

الى كل هؤلاء اهدي هذا العمل المتواضع.

شكـــــر وتقديـــــــــر

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين محمد صلى الله عليه واله وسلم .

اما بعد :

فإنني اشكر الله وافر الشكر ان وفقني واعانني على اتمام هذه الرسالة ثم اوجه آيات الشكر والعرفان بالجميل الي الاستاذ المشرف عبد الرؤوف دبابش الذي كان لرحابة صدره وسمو اخلاقه واسلوبه المميز في المتابعة الرسالة اكبر الاثر في المساعدة على اتمام هذا العمل واسال الله العلي القدير ان يجازيه خير الجزاء وان يكتب صنيعه في موازين حسناته
وأعضاء لجنة المناقشة الكرام كل من الاستاذ عاشور نصر الدين رئيسا و الاستاذ حسونة عبد الغني مناقشا .

كما لا يفوتني ان اتقدم بجزيل الشكر الى كل من ساعدني من قريب او بعيد على اتمام رسالة الماستر سواء من داخل الجماعة او خارجها الذين سهلو مهمتي في سبيل اتمام هذه الرسالة متمنية لهم التوفيق في مسيرتهم العلمية والحياتية .

واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

المقدمة

كان الناس غالبا ما يلجؤن الى القوة لاقتضاء حقوقهم ،والدفاع عنها الا ان الامر تغير مع ضهور الدولة التي اخذت ذالك على عاتقها بواسطة احدى سلطاتها الثلاث المتمثلة في السلطة القضائية وبالتالي صار القضاء احد اهم الاسس، والركائز التي تضمن استقرار المجتمع عن طريق تحقيق العدالة لهذا عملت اغلب الدساتير الدول على تنظيم السلطة القضائية باعتبارها حامية المجتمع ،والحريات ،وهذا عن طريق ضمان المحافظة على الحقوق الاساسية للأفراد .

دون تمييز فهو من الحقوق العامة، ولا وقد اجتمعت الدولة من اللجوء الى القضاء حقا دستوريا معترف به لكل شخص يجوز التنازل عنه بصفة مطلقة ،وان كان يجوز تقييده في عدة حالات كحالة تحديد اجال رفع بعض الدعاوى اواحترام بعض الشكليات التي نص عليها القانون[1].

ان رفع الدولة حق التقاضي لمصاف الحقوق الدستورية يرسي ثقة الافراد، في القضاء العام لكونه محاط بضمانات منها الاستقلالية للسلطة القضائية التي يجب الا تمارس الا في اطار القانون، وايضا المساواة بين جميع الافراد امام القضاء ،وجعله في متناولهم دون اي تمييز .

1 محند امقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ط4 ،د ،م ،ج، بن عكنون، ،2005 م ،ص 41-44

كما ان جميع الشرائع السماوية اعتنت بالأسرة عناية فائقة ، وسنت لها من الاحكام والقوانين ما يحفظ لها كيانها ويقيم اركانها ولقد تفوقت الشريعة الاسلامية على جميع الشرائع السماوية والنظم البشرية في احكامها لنضام الاسرة ، وتظهر اهمية موضوع التحكيم في التحكيم بين الزوجين او في حالة الشقاق بين الزوجين اذا عجزت المحكمة عن الاصلاح بينهما فإنها تبعث حكمين بينهما وذالك وبان يكونا من اهل الزوجين وقدرتهما على الاصلاح وان يبذلا جهدهما في الاصلاح ان امكن على طريقة معينة في قرارهما يسمح لهما في اختيار المحكمين ،ويرتضوهم ،ويثقون فيهم كما يحافظ لهم على اسرارهم المهنية اثناء قيام النزاعات المعروضة على التحكيم[1].

و لذالك التعديل الجديد لقانون الاجراءات المدنية، والادارية الجزائري أي لم يستجيب الى هذا المنطق فلم يورد تنظيما شاملا لعملية التحكيم في كتابه الخامس المتعلق في الطرق البديلة لفض النزاعات ،ولم يخصص له بابا خاصا بالتحكيم في الشقاق بين الزوجين .

والمشرع الجزائري انما لجا الى تقنين هذه الدراسة التى تأتي لألقاء الضوء على الطبيعة القانونية للتحكيم ،ونطاقه ،وبيان النزعات التي يجوز التحكيم فيها في القانون الجزائري ،والتشريعات المقارنة بالإضافة الى معرفة كيفية تشكيل لجنة التحكيم في القانون الجزائري، وشروطه ،وكيفية رد المحكمين، وبهذا نص التعديل الجديد على اجراءات ،وجب اتباعها عند الالتجاء الى التحكيم .

1 هدادة عبد الكريم الصلح والوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري مدونة الاستاذة هدادة سطيف الجزائر .

فالمشرع الجزائري لم يشأ ان يحرم المتحكمين من الضمانات الاساسية، التي احاطهم بها في التعديل الجديد للإجراءات المدنية، والادارية، عند الالتجاء الى القضاء، والتي قصد بها المحافظة على حقوقهم .

فالتحكيم من الاساليب الناجعة في محاولة الاصلاح بين الزوجين وباعتبار ان نضام التحكيم بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري بانه، وساطة بكل معانيها ،وان الحكمين فيها لا يتصفان بصفة الحاكمية وليس التفريق بين الزوجين دون رضاهما ،وان الدور المنوط بهما هو ذات الدور المنوط بالوسيط الاسري ،وبذالك فان مهمتهما مختلفة عن التحكيم بمعناه القانوني والذي يملك فيه الحكمان سلطة اتخاذ القرار من غير رضا المتنازعين ، ومنه فان دراسة تكون بمثابة الجواب عن السؤال التالي :

فيما يتمثل نضام التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات في قانون الاسرة الجزائري في منازعات النشوز بصفة خاصة ؟ .

وتقوم الدراسة على المنهج الوصفي ،تعرضت ايضا خلال دراستي هذه الى المنهج الوصفي ،الذي اعتمدت فيه على تفسير و، وصف التحكيم الذي يعد من مظاهر العصر لأهميته كطريق بديل لفض النزاعات فالاتفاق ،على التحكيم يجعل الخصوم يطرحون نزاعتهم على اشخاص ثقة ،بدلا من طرحها على الحاكم المختصة وخاصة لمن لا يرغب في علانية الجلسات، وايضا اقتصادا للوقت، والمصاريف القضائية .

كما اعتمدنا على المنهج المقارن، حيث كان ولابد من القاء الضوء على احكام وقوانين عدة عربية ،واجنبية فيما يخص التحكيم الداخلي الخاص، بهم والتحكيم الدولي ومعرفة اهم قوانين التحكيم الدولية، وايضا معرفة اهم المراكز، والجمعيات العالمية والعربية للتحكيم.

واذا كان اللجوء الى القضاء يكفل تحقيق الدعوى العادلة بفضل الضمانات التي تحيطه فان ذا لك لا يخلو من بعض المعوقات كقضايا الكثيرة التي اغرقت المحاكم واثقلت كاهل القضاة مما انعكس سلبا على عملهم ،وذألك بالإضافة الى بطئ اجراءات، والقرارات القضائية، فالمحافظة على استقرار الاسرة هو مبتغى الذي سعى اليه المشرع الجزائري من خلال اعادة النضر في تشريعاته الخاصة بالأسرة لان تكون ملائمة للقصد العام للشريعة الاسلامية، وذالك بالتأكيد على ،وجوب فض المنازعات الاسرية بطريقتي الصلح ،والتحكيم .

وللقضاء على هذه السلبيات التي تعيق العدالة نظمت الدولة طرقا اخرى لحل النزاعات بدلا من القضاء من شانها فك الخناق عن مختلف الجهات القضائية ،وايجاد حلول ترضي الخصوم مما يجعلهم يشعرون بالإنصاف والطمأنينة ،وبالتالي بتحقق العدالة ،وهذه الطرق البديلة ،عن قضاء الدولة عبارة عن اليات لتسوية النزاعات فهي ،وسائل تلجا اليها الاطراف المتنازعة، من اجل التوصل الى حل خلافاتها بطريقة ودية دون استصدار حكم قضائي من شانه ان يفرض ما فصل فيه على الخصوم [1].

وتعني عبارة التحكيم في نشوز لحل النزاعات، وجود وسيلة اصلية لذالك هي القضاء فالأصل في الاطراف اللجوء الى المحاكم القضائية التابعة للدولة لحل خلافاتهم لكن طول الاجراءات ،وتكاليفها المالية ،وايضا الرغبة في السرية ،والفعالية والسرعة هو ما يدفع للجوء الى هذه الطرق التي تعتبر، وسائل تمكن من ايجاد حلول مقبولة من اطراف النزاع بدلا من القضاء ،وذالك بشكل ودي ،وعمليا الزوجين الذين يتجهون نحو حل خلافاتهم وديا، انما يقومون بذالك عادة بهدف تجنب الطلاق ،وفك الرابطة الزوجية التي ترافق حلها فهم يرون ان هذه القيود تسبب ضياعا للوقت، وتؤدي الى التعقيد الخلاف بالشكليات المتعددة ،كما تعمل على الزيادة في معدلات الطلاق ،وفك الرابطة الزوجية ، وذالك ما يصعب حلول مقبولة من الطرفين .

1-الرزاق عريش ،الوسائل البديلة للتقاضي في القانون المغربي ،منشور على موقع marocdroit.com

،ص4 ،انضر ايضا التعريف الذي اورده عامر برورو،الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون الفرنسي ،مجلة المحكمة العليا عدد خاص باليومين الدراسيين ،15و16 عن الطرق البديلة لحل النزاعات ج1 2008 ،ص 321.

وفي هذه الدراسة تفتضي بان تعمل بإذن الله على تقسيمها الى فصلين :

الفصل الاول :نحدد فيه الإطار القانوني للتحكيم في قانون الاسرة وفي منازعات النشوز وقد تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين

ونتناول في:

مبحثه الاول : مفهوم التحكيم في قانون الاسرة الجزائري في حال النشوز والذي بدوره قسمناه الى ثلاثة مطالب

المطلب الاول : نتناول تعريف التحكيم في منازعات قانون الاسرة الجزائري

المطلب الثاني الطبيعة القانونية للتحكيم .

المطلب الثالث:تمييزالتحكيم في قانون الاسرة الجزائري

المطلب الرابع : نعرف تطور التحكيم في التاريخ الانساني والقانوني واهميته

المبحث الثاني: من هذا الفصل سنتطرق فيه الى الشروط الواجب توفرها في التحكيم في منازعات قانون الاسرة الجزائري حيث قسمناه الى مطلبين

المطلب الاول :الشروط الموضوعية في التحكيم في المنازعات في قانون الاسرة الجزائري

المطلب الثاني :الشروط الشكلية في منازعات ق ا ج

المطلب الثالث :التمييز بين التحكيم ووسائل البديلة الاخرى لحل المنازعات في القانون الاسرة الجزائري

ا

الفصل الثاني :من هذه الدراسة سنخصصها اتفاق التحكيم واثاره في منازعات ق ا ج وتم تقسيمه الى ثلاث مباحث كالاتي :

المبحث الاول :نضام التحكيم بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري

المطلب الاول :تعيين المحكمين ومهامهما وشروطهما

المطلب الثاني :دور القاضي في تطبيق التحكيم بالصلح والوساطة في قانون الاسرة الجزائري

المطلب الثالث :نطاق التحكيم بالصلح والوساطة في قانون الاسرة الجزائري

المبحث الثاني :تطبيقات الصلح والوساطة في قانون الاسرة الجزائري

المطلب الاول :تطبيقات الصلح والوساطة في دعاوى الطلاق

المطلب الثاني :تطبيقات الصلح والوساطة في تسوية دعوى الخلع

المطلب الثالث :تطبيقات الصلح والوساطة في منازعات مالية المترتبة على عقد الزواج

الخاتمة

الفصل الاول :الاطار القانوني للتحكيم في منازعات ق اج

قبل ان نعرف التحكيم في قانون الاسرة علينا اولا ان نعرف مصطلح الطرق البديلة، او الوسائل البديلة لم يكن معروفا ضمن التشريعات بقدر ما تذكر هذه التشريعات الاجرائية المتبعة بشأنها والتي من خلالها نستشف ان هذه الوسائل اساسا تهدف الى تقريب وجهات النضر، وتهدئة الخلاف بشكل ودي ترضي به الاطراف المتنازعة وذالك بعيدا عن القضاء العادي المعروف بالإجراءات المعقدة، ومن ثم فالطرق البديلة تهدف الى ايجاد حل يرضي الاطراف، ويضمن استمرارية العلاقة [1] ، والتحكيم بين الزوجين من الطرق الشرعية لحل الخلافات ولمعالجة المشكلات الاسرية ، ورفع الضرر ودفع اسباب النفور نتيجة لما قد يحصل بين الزوجين من نشوز او الشقاق ،فعند وصول النزاع بينهما الى مرحلة متقدمة يحتاج معها الزوجان الى دخول طرف ثالث والتحكيم من الاجراءات التي قد يسلكها القضاة عند الخلاف بين الزوجين.

ونحن نتناول التحكيم في هذا الفصل الاول نحدد فيه الاطار القانوني للتحكيم، ونقسمه الى مبحثين نتناول في مبحثه الاول مفهوم التحكيم في منازعات ق ا ج ،والمبحث الثاني الشروط الواجب توفرها في التحكيم في منازعات ق ا ج .

1 - بن نصيب عبد الرحمن محاضرة التحكيم الدولي قسم الكفاءة المهنية للمحاماة كلية الحقوق باتنة 2000 - 2009 ص 5

المبحث الاول: مفهوم التحكيم في منازعات ق ا ج

اذا كان التحكيم هو وسيلة للفصل في منازعات بين الافراد والجماعات، او نظاما خاصا للتقاضي في منازعات معينة بموجبه تعترف الدولة الحديثة لأفراد عاديين او هيئات غير قضائية ليست لهم سلطة القضاء العام في الدولة الحديثة لأفراد عاديين او هيئات غير قضائية ليست لهم سلطة القضاء العام في الدولة الحديثة، وبالتالي فالتحكيم في قانون الاسرة يتيح للزوجين ، تنظيم مهمة الفصل في منازعاتهم التي نشأت بالفعل، وفي هذا المبحث نتناول التعريف بنظام التحكيم او الصلح والوساطة بين الزوجين في قانون الاسرة الجزائري، وطبيعته القانونية ،وتطوره واهميته من خلال اربعة مطالب التالية

المطلب الأول: تعريف التحكيم

نتناول في هذا المطلب التعريف اللغوي، والتعريف الاصطلاحي ،والذي يشمل الجانب القانوني، والشرعي أي الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: تعريف التحكيم لغة

التحكيم لغة من حكم، وهو القضاء يقال حكمت الرجل فوضت إليه،وحكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه، وحكمت بين القوم أي فصلت بينهم، وقال تعالى واتينه الحكم صبيا [1]، وتحكم في كذا أي فعل ما رآه وأحكمت الشيء أي أتقنته[2]

فالتحكيم لغة اختيار شخص للفصل في النزاع

1. في اللغة الفرنسيةarbitragوكلمة التحكيم

من فعل حكم، وهي من أصل لاتييني، وتعني التدخل، والحكم بصفته حكم، والتحكيم في خلاف أو نزاع، والفصل فيه، و تسوية الخلاف أوحكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر أو الذين قرر الأطراف أي باتفاق مشترك أن يخضع أو ينصاعوا ويتقبلوه.

1 سورة مريم الايه 12 2 - الصباح المميز للرفاعي ص145القاموس المحيط ص1475

لسان العرب 12-145

نجيب احمد الجبلي التحكيم في القوانين العربية المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية 2006

فالتحكيم بين الزوجين من الطرق الشرعية لحل الخلافات الزوجية ،ولمعالجة المشكلات الاسرية، ورفع الضرر، ودفع اسباب النفور نتيجة لما قد يحصل بين الزوجين من النشوز ،او الشقاق فعند وصول النزاع بينهما الى مرحلة متقدمة يحتاج معها الزوجان الى الدخول طرف ثالث .

قال الله عز وجل: {وان خفتم شقاقا بينهما فأبثعو حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما خبيرا }.والتحكيم من الإجراءات التي قد يسلكها القضاة عند الخلاف بين الزوجين قال ابن العربي

مسالة الحكمين نص الله عليها وحكم بها عند ضهور الشقاق بين الزوجين واختلاف بينهما وهي مسالة عظيمة اجتمعت الامة عن اصلها في البعث وان اختلفوا في تفاصيل ما ترتب عليه [2]ويتم ذالك وفق شروط واجراءات لهذا التحكيم وقبل كل شيء هو التعرف على اسباب هذا الشقاق وان يجتمعا الحكمين معا ايضا حتى يتم التباحث في الامر وان يبينا للزوجين ما يجب عليهما فعله .

ويقول ابن القيم:" والعجب كل العجب ممن يقول هما وكيلان لا حاكمان ،والله تعالى قد نصبهما حكمين ،وجعل نصبهما الى غير الزوجين ،ولو كان وكيلا من اهلها، وايضا فلو كانا ،وكيلين لم يختصا بان يكون من الاهل، وايضا فان الوكيل لا يسمى حكما لأنه صفة مشبه باسم الفاعل دالة على الثبوت ،ولا خلاف بين اهل العربية في ذالك فاذا كان اسم الحاكم لا يصدق على الوكيل المحض فكيف بما هو ابلغ من ذالك وايضا فانه سبحانه خاطب بذالك غير الزوجين ،وكيف يصح ان يوكل عن الرجل ،والمرأة غيرهما وهذا ما يحوج تقدير الآية هكذا وان خفتم شقاق بينهما فمروهما ان يوكلا وكيلين وكيلا من اهله ،ووكيلا من اهلها ،ومعلوم بعد لفض الآية ،ومعناها عن هذا التقدير ،وانها لا تدل عليه بوجه بل هي دالة على خلافه".

1 سورة النساء الايه 35

2 الجامع لاحكام القران القرطبي ج158/5.

3 زاد المعاد 5/191.

الفرع الثاني :تعريف التحكيم الاصطلاحي

اختلف الفقهاء في القانون في تعريف التحكيم فنجد روبرت يعرف التحكيم بأنه نضام للقضاء الخاص يقضي في خصومة معينة من اختصاصات القضاء العادي ، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها [1]

ويعرفه لفال بأنه نضام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها [2]

ويعرفه الفقه المصري استأذنا الدكتور محسن شفيق بأنه طريق لفض المنازعات وملزم لأطرافه. بينما يذهب جانب أخر من الفقه العربي إلى أن التحكيم بالمعنى الاصطلاحي الذي تعرفه النظم القانونية يضم بين دفتيه معنيين أولهما انه فعل المتنازعين الذين يختاران طرفا محايدا للفصل فيما شجر بينهما من خلاف ويرتضيان مقدما النزول على حكمه أيا كان من يحكم له منهما وثانيهما انه فعل هذا الطرف المحايد الذي حكمه المتنازعان في نزاعهما وهو قيامه بالحكم في النزاع الذي يطرحانه عليه .

وبمعنى آخر فان التحكيم عبارة عن متوالية من الأعمال تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في اختيار طرف محايد يكلان إليه مهمة الفصل في نزاعهما وتراضيهما مقدما على نزول عندما يراه هذا الطرف محايد يكلان أليه مهمة الفصل في نزاعهما وتراضيهما مقدما على نزول عندما يراه هذا الطرف حلا قانونيا أو عادلا له ويتواصل بقبول هذا الطرف للمهمة التي انتدب لها وتحريه لوقائع النزاع ولقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه وينتهي بحكم منه يجسد القانون أو العدالة بشأنه مثله في ذالك مثل الحكم القضائي [3] .

1 محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم ، دار اليازوردي، الأردن 2013، ص17

2 مجلة أكاديمية لاهاي 1967، ج1، ص 529 -711، مشار اليه في ابوزيد رضوان ،الأسس العامة للتحكيم التجاري

3 محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي ،محاضرات ألقيت على الطلبة الدراسات العليا دبلوم القانون الخاص ،كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1974 ،ص 4

2 - تشريع التحكيم بالصلح والوساطة في مادة الاحوال الشخصية في القانون الوضعي :

بعد ان يتم بيان مشروعية الصلح في الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ،وانه مطلب شرعي، وسلوك نبوي لما يحققه من المقاصد التي تعود على الاسرة بالحفض والتمكين سارعت اليه القوانين الوضعية هي الاخرى، ولم تكن بمناى عن هذا الطريق القويم اذ تفطنت لمقاصده ،وفوائد فاعتمدت ترسانة من القوانين المتعلقة بالصلح في مادة الاحوال الشخصية حيث بينت اجراءاته، واثاره وفصلت في احكامه ،وما يجب على القاضي من بذل الوسع لمحاولة ايقاع الصلح ان من طرفه او من طرف غيره من المصلحين .

على سبيل المثال ما ورد في التشريع الجزائري على غرار غيره من التشريعات الوضعية حيث نص على تفعيل الصلح في المادة الاحوال الشخصية في عدة مواد ضمن القانونين الموضوعي قانون الاسرة والاجرائي الاجراءات المدنية والادارية بل واوجبه المشرع على القاضي قبل السير في هذا النوع من الدعاوى كإجراء وجوبي والزمه بتوثيق مساعيه للصلح وما توصل له من جراء محاولته المتعددة من ذالك ما نصت عليه المادة 49 من قانون الاسرة حيث جعلت اجراءات الطلاق بين الزوجين باطلة اذا بم تسبقها عدة محاولات الصلح فجاء في نصها :"لا يثبت الا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة 03 اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ..."[1].

1 المادة49 من القانون رقم 84-11 مرجع سابق سنة 2005م

هذا وقد تنظيم اجراءات الصلح في الاحوال الشخصية ضمن القانون الاجرائي الجزائري على غرار غيره من القوانين الشكلية العربية ،والغربية حيث تم النص على اجراءاته ضمن المواد من 439- 445 وكذا المواد من 990- 993 من قانون الاجراءات المدنية، والادارية على سبيل المثال ماورد في المادة 439 حيث بينت بان محاولات الصلح ،وجوبية ،وتتم في الجلسة سرية، والواضح انها تؤكد على القاضي ضرورة تكرار محاولات الصلح بين المتنازعين، وان لا يدخر جهدا في محاولة الاصلاح بينهما على ان يكون ذالك خلال جلسات سرية لضمان حفض اسرار الزوجين، وخصوصيتهما .

هذا وان جميع التشريعات الوضعية خصت الصلح في الاحوال الشخصية بنصوص خاصة فالنصوص القانونية في هذا الصدد كثيرة ومتنوعة، ولا يتسع المقام لعرضها جميعا لذالك اكتفي بما ذكر، وخلاصة القول انها شرعت للصلح في الاحوال الشخصية حيث اعتبرته اجراء، وجوبيا لا يمكن اغفاله في هذا النوع من المنازعات غير ان غالبيتها اقتصرت على الصلح بين الزوجين دون بقية مسائل الاحوال الشخصية الاخرى .

وقد بدا تفعيل الوساطة في تلك في تلك المسائل اول ما بدأ في دعاوى التفريق بين الزوجين وبقي الاعتماد عليها في مسائل الاحوال الشخصية جزئيا دون ان يتسع لجميع مسائلها [1]، فمثلا قد اوكل التشريع الاردني في قانون الاحوال الشخصية مهمة التوسط للصلح بين الزوجين في حال خلافهما للقاضي ،كما خوله احالة النزاع لوسيط او من يقوم بتسويته حسب ما يراه مناسبا ،[2]فيما اوجبت بعض القوانين ضرورة احالة النزاع المتعلق بالأحوال الشخصية لوسيط عائلي بدلا عن التقاضي كمرحلة اولى لا يمكن تجاوزها في تلك المسائل .

1 الجبور الوساطة القضائية في الشريعة الاسلامية والقانون دراسة مقارنة مرجع سابق ص 185 عبد العظيم الوساطة في تسوية المنازعات بديل عملي على مشكلات التقاضي مرجع سابق ص199.

2 قانون الاحوال الشخصية الاردني ضمن المادة 126/ا مادة 126 من القانون رقم 36 لسنة 2010م مرجع سابق .

وعلى خلاف هذا فقد اتجهت بعض التشريعات الوضعية الى استبعاد الوساطة من مسائل الاحوال الشخصية رغم خضوعها للصلح مكتفية بما نصت عليه من الصلح الذي يجريه القاضي قبل الحكم بالطلاق، او التحكيم عند النشوز كشأن المشرع الجزائري حيث استثنى قضايا شؤون الاسرة ،والقضايا العمالية من نضام الوساطة فنصت المادة 1/993 من قانون الاجراءات المدنية ،والادارية على انه يجب على القاضي عرض الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الاسرة، والقضايا العمالية، وكل ما من شانه ان يمس بالنظام العام[1].

والحقيقة انه مادامت هذه المنازعات تخضع لقاعدة القابلية محددة، ومقصورة على معاونة القضاء في طائفة معينة من المنازعات، والتي يجوز فيها الصلح [2]هذا وان كان مبرر استثناء قضايا الاحوال الشخصية من ان تكون محلا للوساطة هو النص على محاولات الصلح، والتحكيم بين الزوجين في القانونين الاجرائي، والموضوعي قبل فك الرابطة الزوجية الا ان هناك العديد من قضايا هذه المادة ادعى لان تكون محلا للوساطة كالمنازعات المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية مثل دعاوى مراجعة النفقات، وقسمة التركات، وغيرها مما سياتي بيانه في الفصل الموالي [2].

1 عبد العظيم، الوساطة في تسوية المنازعات بديل عملي للتغلب على مشكلات التقاضي ،مرجع سابق، ص44.

2 زهور الحر، الصلح والوساطة الاسرية في القانون المغربي والقانون المقارن ،مرجع سابق ،ص 135، ذيب عبد السلام، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط3، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2012م، ص511

التحكيم في المذاهب السنية الاربعة:

ذهب جمهور الفقهاء ال جواز الفقهاء الى جواز التحكيم ،هذا هو ضاهر مذهب الحنفية والاصح عندهم هو الأظهر عند جمهور الشافعية وهو مذهب الحنابلة اما المالكية فضاهر كلامهم نفاذة بعد الوقوع قال اصبغ لا احب ذالك فان وقع مضى اما خلاصة نضلرة المذاهب الى التحكيم فنوجزها فيمايلي :

1 – المذهب الحنفي :يعتبر التحكيم بمثابة توكيل من الطرفين لإجراء المصالحة ،وقد اعتبرت المجلة العثمانية ان التحكيم هو مصالحة ،لذالك يمكن في أي وقت طلب رد المحكم اوعزله طالما لم يصدر حكمه مادة 1847 ،وان حكم المحكم يحصل بعد رضا الخصمين خلافا لحكم القاضي ،وانه اذا تعدد المحكمون يجب ان يصدر الحكم عنهم بالإجماع مادة 1844.[1]

2 –المذهب الشافعي :يقترب من المذهب الحنفي في اعتبار التحكيم توكيلا من الطرفين لإجراء المصالحة ،ولذالك يمكن عنده ايضا الرجوع عن التحكيم قبل صدور الحكم ،واذا تعدد المحكمون لابد من اتفاقهم على حكم القرار التحكيمي ليس قابلا للتنفيذ الا اذا اتفق الفريقان على تنفيذه .

3- المذهب المالكي :يميل الى اعطاء الهيئة التحكيمية بعد تعيينها برضا الطرفين صلاحية الاستمرار في عملها حتى اصدار الحكم النهائي ،ولذالك لا يشترط عندهم دوام رضا الخصمين حتى صدور الحكم ولو رجع احدهما عن التحكيم فليس له ذالك ولو قبل الخصومة عند ابن الماجشون ،ولا يجوز له ذالك بعد ابتداء الخصومة عند اصبغ ويجوز قبلها [2].

1 اخرجه ابو داود ،وانسائي،واسناده حسن

2 فيصل مولودي، التحكيم في الشريعة الاسلامية، موقع اسلام وان لاين في http://www.islamonline.net/arabic/contemporary/2003/07/arabicle05b.shtml.2003/07/27

4- المذهب الحنبلي :يقترب من المذهب المالكي في اعطاء الهيئة التحكيمية صلاحية الاستمرار في عملها حتى اصدار حكمها النهائي الملزم يصح الرجوع عن التحكيم قبل الشروع في الحكم اما بعد ذالك فليس لأي من الخصمين الرجوع عن التحكيم لأنه يؤدي الى ان كل ،واحدمنهما اذا رأى من المحكم مالا يوافقه رجع فبطل مقصوده [1] .

وبالنسبة للطرف الذي يحال اليه النزاع يطلق عليه اصطلاح الحكم او المحكم وهو شخص عادل يتمتع بمواصفات ومؤهلات القاضي ،ويكون مشهود له بالتقوى والورع والعلم بإحكام الشريعة الاسلامية ويحضى بثقة اطراف النزاع.

وقد اجمعت المذاهب الفقهية الاسلامية على ضرورة توافر شروط ،ومؤهلات معينه في المحكم الذي يتولى الفصل في المنازعات الافراد ...فيجب ان يكون رجلا قد بلغ سن الرشد وان يكون حرا، ويتصف بالعدالة ويجب ان لا يكون اعمى او اخرس او اصم .

ويشترط في المذهب المالكي ان تتوافر صفة الحياد في المحكم كما يشترط عدم تعدي اثار الحكم الصادر في النزاع الى طرف اخر [2].

ويقرر فقهاء المذهب الشافعي الى ان اللجوء الى التحكيم يجب ان يكون في حالة عدم وجود محاكم لنضر النزاع ،ويجب عدم التوسع في اللجوء اليه ذالك ان المحكم قد يكون مناسبا بالنسبة للمنازعات المالية دون غيرها .

ويجب ان يتم تعيين المحكم برضا ،واتفاق اطراف النزاع ،اما فيما يتعلق بموافقة المحكم على هذا التعيين فان معظم المذاهب الفقهية تشترط موافقة شخصيا، وقبوله لممارسة مهمة التحكيم بين الاطراف .

ولم يرد في كتب الفقهاء ما يشير الى مقدار الاتعاب التي يتقاضاها المحكم نضير قيامه بمهمة الفصل في النزاع.

1فرح مناني، مرجع سابق ،ص 25

2- خالد محمد القاضي، المرجع السابق ،ص 88-93

الفرع الثالث: احكام القضاء لتعريف التحكيم

عرفت المحكمة الدستورية العليا بمصر التحكيم بمايلي

عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاخيار يعين باختيارها المحكم في ذالك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة مجردا من التحامل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي احالها الطرفان اليه بعد ان يدلي كل منهما بوجهة نضره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية...

كما عرفته محكمة النقض بانه :

بانه على عرض نزاع معين على محكمين ،والترود على حكمهم وبانه طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية

وفي حكم حديث لها ترددت هذا التعريف، وقالت ان التحكيم هو:

طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات

وبذات المعنى عرفته محكمة التمييز أي النقض بدبي انه

طريق استثنائي لفض المنازعات يتعين ان يتم الاتفاق عليه صراحة

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى ان التحكيم يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها لطرف ثالث ، والتسليم بصفة قضائية لقرار التحكيم

كذالك عرفته المحكمة الإدارية العليا في مصر بانه اتفاق على طرح النزاع على شخص معين او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة[1] .

1 فرح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب اخر تعديل لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري، ط 1 2010، ص 18-19

الفرع الرابع :التحكيم بالصلح والوساطة في قانون الاسرة الجزائري:

ان عبارة التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق فانه يهدف الى الصلح والوساطة والوصول الى الصلح الاسري وتصحيح الخلل الواقع بين الزوجين ،في محاولة علاج المشكلات التي وصلت للقضاء ،حرصا وسعيا لحفض التواصل ونفي الطلاق ان المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا صريحا او ضمنيا للصلح ولنما اعتبره اجراء قضائيا وجوبيا .الان القاضي هو ملزم بعقد عدة محاولات للصلح تبدا بعد رفع الدعوى .

1 تعريف الصلح في قانون الاسرة الجزائري

الصلح بين الزوجين يختلف عن الصلح في القانون المدني والذي ينصرف الى معنى الاموال ماعدا ما يجري بين الزوجين من منازعات في غير المسائل المادية حتى ما تعلق بمنازعات الزوجين المالية المرتبطة بالطلاق فإنها تخرج من كونها صلحا اسريا وانما الصلح في قانون الاسرة هو الصلح بين الزوجين عند الطلاق وهو ما يعرف بالمصالحة او الصلح الاسري ولهما مفهومهما الخاص[1] ،ونجد المشرع الجزائري على غرار بقية التشريعات العربية لم يعرف الصلح في قانون الاسرة ،وانما اكتفى بالإشارة اليه عند النص على الطلاق ،فجاء في نص المادة 49 من قانون الاسرة على انه :" لا يثبت الطلاق الابحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان يتجاوز مدته ثلاثة اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "[2] .

1 لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ،.ط:3 ،الجزائر :دار هومة للطباعة وللنشر والتوزيع ،2011 ، ج1، ص 254.

2 المادة 49 من القانون رقم 84-11 ،المؤرخ في :09 رمضان عام 1404 ه الموافق ل 9 يونيو 1984م والمعدل والمتمم بالامر 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 ه الموافق 27فبراير لسنة 2005 م والمتضمن :قانون الاسرة المعدل والمتمم (الجمهورية الجزائرية ،الجريدة الرسمية ،العدد 15،لسنة 21 ،الصادر في 27 فبراير سنة 2005م).

كما تم النص عليه ضمن المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري تحت عنوان الطلاق بالتراضي ،وكذا اجراءات الصلح المنصوص عليها في نفس القانون القانون والمتعلقة بقسم شؤون الاسرة ابتداء من المادة 439 وما بعدها ،وعلى هذا المنوال دأبت بقية التشريعات الوضعية ،فلم تحدد مفهومها منضبطا للصلح في مواد قانون الاسرة ،رغم تنظيم اجراءاته وبيان احكامه .

ومن خلال هذه التعريفات يتبين انها تختلف اختلافا جوهريا عما ورد في القانون المدني وذالك كون الصلح بموجب القانون المدني يعتبر عقدا كسائر العقود له اركانه ومقوماته ،اما الصلح في قانون الاسرة يعتبر اجراءا قضائيا يقوم به القاضي بمعية الخصوم قبل الحكم بالطلاق ،ولا يعتبر من زمرة العقود ،الامر الذي يجعل مفهوم الصلح في قانون الاسرة يختص بمنازعات الزوجين عند الطلاق ولا يتسع لبقية مسائلها المتفرعة عن الزواج والطلاق واثارهما ،ولهذا فان الناضر في قوانين الاحوال الشخصية لا يجد تعريفا شاملا للصلح يتسع للصلح لجميع مسائلها المتشعبة والمختلفة[1].

وخلاصة القول وبمنأى عما ورد في القانون انتهي الى القول بان المقصود من الصلح في مسائل قانون الاسرة هو كل ما من شانه اجراء او عقدا واتفاقا ...حسم النزاع الواقع او المتوقع او تسوية بعض المراكز القانونية ولو من غير نزاع في تلك المسائل على تعدد انواعها واختلاف اصنافها ،وليس بالضرورة هو عقد الصلح المنصوص عليه بموجب القانون المدني، ولا اجراء الصلح المنصوص عليه بموجب القانون الاسرة.

ومن هنا يتبين ان معنى الصلح في الفقه الاسلامي يمكن ان يسع نزاعات الاحوال الشخصية كما ان تلك الاطلاقات التي قصدها فقهاء اللغة وأرادو بها يعني التوفيق او قطع المنازعة او المصالحة او السلم وقد يكون عن اقرار او عن انكار وقد يكون بعوض يغير عوض ،وقد يكون امام القضاء او خارج القضاء ،وكل مسالة من ذالك تقدر بقدرها ،وهذه المعاني لم تجتمع في تعريف اصطلاحي جامع ،لهذا يمكن القول ان التعريف الفقهي للصلح جاء اعم واشمل من التعريف القانوني الذي جاء اخص فبين التعريفين عموما، وخصوص .

1 عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة ،مرجع سابق ،ص 58-57

2- تعريف الوساطة في القانون الاسرة الجزائري:

تعتبر مادة الاحوال الشخصية على اختلاف مسائل وتنوعها ميدان خصبا لأعمال الوساطة لما تقوم به من دور فعال في المحافظة على الروابط العائلية ،وبما تتصف به من مرونة تتناسب مع خصوصية تلك الروابط ،ومع هذا فانني لم اقف على تعريف شامل للوساطة في مسائل الاحوال الشخصية في القوانين الوضعية سواء التي نظمت على الوساطة او التي استثنتها من تلك المسائل الا بعض المحاولات الجزئية [1]لبعض فقهاء قانون الاسرة غير ان المشرع الجزائري لم يعرج عليها في قانون الاسرة ،وقد عرف المجلس الوطني الاستشاري بفرنسا الوساطة في مادة الاحوال الشخصية بانها :"عملية مندرجة لبناء او اعادة بناء روابط عائلية متمحورة حول استقلال ومسؤولية الاشخاص المعنيين بأوضاع انفصال العلاقة ،او انفصال الزوجين ،يقوم خلالها شخص ثالث محايد، ومستقل ومؤهل دون ان يملك سلطة القرار (الوسيط الاسري)بإتاحة الفرصة للطرفين عبر جلسات حوار سرية للتواصل وتدبير نزاعهم في مجال الاسرة "[1].

كما عرف احد خبراء شؤون الاسرة بالقول انها :

"بناء او اعادة بناء الروابط العائلية على اسس استقلالية، ومسؤولية الاطراف المتأثرين بحالات من التمزق، والانفصال العائلي عبر اللجوء الى طرف محايد ومستقل وذو كفاءة ،ودون ان تكون له سلطة اتخاذ قرار .ويوفر الوسيط العائلي عبر تنظيمه لمقابلات تدور في كنف السرية ،مناخا للتحاور، ويوفر الوسيط العائلي عبر تنظيمه لمقابلات تدور في كنف السرية ،مناخا للتحاور والتعامل مع النزاعات العائلية بجميع ما تحتويه من اختلافات وتطورات "[2].

1 صالحة نعيمة ،الوساطة الاسرية بالمغرب بين الواقع والافاق ."بحث منشور على انترنت على الموقع :

www.alkanounia.info،تاريخ التصفح :2018/04/16م على الساعة 19:00 مساء.

2 مليكة الورغي ،الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعت العائلية .اشغال المؤتمر الدولي حول الوساطة الاسرية ودورها في الاستقرار الاسري المملكة المغربي ،الصخريات ، قصر المؤتمرات، يومي 07-08 دجنبر2015م مطبعة اكدال، الرباط 2016، ص 124.

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للتحكيم

لقد اختلف الفقه، والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم ،وتعددت النظريات في هذا الخصوص بين النظرية العقدية ،والنظرية القضائية ،والنظرية المختلطة[1] .

ويرجع هذا التعدد إلى الأساس ألاتفاقي الذي يقوم عليها التحكيم ،والنتيجة ذات الصفة القضائية التي ينتهي إليها المحكم إلا، وهي الحكم ا لتحكيمي أما التحكيم يتكون من عمليتين الأولى تتجلى في الاتفاق الذي يبرمه طرف الصراع ،والثانية هو الحكم الصادر عن هيئة التحكيم[2] .

لكن يبقى من الناحية العملية يهدف إلى تسوية المنازعات، والفصل بين الأطراف المتنازعة [3] .

حسم النزاع بعد هذا الأخير عاملا أساسيا يساعد على تمييز بين التحكيم ،وغيره من الأنظمة من الغير لأداء مهمة تختلف عن مهمة التحكيم ،ونتناول أهم هذه الأنظمة القانونية التي تتشابه مع التحكيم من هذه الناحية .

ا –النظرية التعاقدية أو العقدية .

ب- النظرية القضائية .

ج- النظرية المختلطة .

---

1 أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم الدولي، دار الفكر العربي، 1981

2 طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،ط1

ص 450-450

3 عبد الهادي عباس جهاد هراش، التحكيم الاختياري والتحكيم الإلزامي التحكيم في منازعات الدولية التحكيم، في التجارة الدولية، ط 2، 1997م، ص 523

الفرع الاول :النظرية التعاقدية او العقدية

اعتبر البعض التحكيم عقدا رضائيا ملزما للجانبين من عقود المعاوضة ،ويرى انصار هذا الاتجاه ان حكم التحكيم يعتبر جزءا لا يتجزأ من اتفاق التحكيم بل انه يندمج ،ويذوب فيه، والمحكمون هم افراد يعهد اليهم بمهمة تنفيذ الاتفاق ،ولا يرتقوا الى مرتبة القضاة.

ويسلم انصار النظرية العقدية بان التحكيم يقوم اصلا على عمل من المحتكمين، وهو اتفاق التحكيم، وعمل من المحكم هو الفصل في النزاع لكنهم يرون ان عمل المحكم لا يقوم الا بعمل المحتكمين باعتباره مجرد تنفيذ له ،ومن ثم فان اتفاق التحكيم يستوعب ،ويستغرق عملية التحكيم ذاتها .

ويرون اصحاب هذه النظرية ان نضام التحكيم يقوم على اساس ارادة الاطراف ومن ثم فان له طابع تعاقدي، وقد وجد هذا الاتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية حيث ايدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم ،وانسحاب هذه الطبيعة الى كل من اتفاق، وحكم التحكيم وذالك في حكمها الصادر 27 يوليو سنة 1937 ،والذي جاء فيه ان قرارات التحكيم الصادرة على اساس مشارطة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذا المشارطة ،وتشاركها في صفتها التعاقدية[1] .

ويستند انصار هذا الراي على عدة حجج اهمها :

ان اساس التحكيم هو ارادة الاطراف في التصالح ولهذا فان اهمية تحديد طبيعته تتركز في رغبة الافراد في حل النزاعهم بطريق ودي ،ويكون ذالك عن طريق احلال تقدير شخص ثالث المحكم محل تقديرهم، وقبولهم لهذا التقدير[2].

1منانى فرح، المرجع السابق ،ص 36

2 اشرف خليل ،روية الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم المجموعة الدولية للمحاماة، سنة2006
http/www.arlawfim.com/ADVdetails.asp ?id=535

ان الافراد باتفاقهم على التحكيم يتفقون ضمنا على التنازل على الدعوى، ويخولون المحكم سلطة مصدرها ارادتهم وهذه السلطة لا يمكن ان تكون سلطة قضائية اذ انها تقوم على ارادة ذوي الشأن لأنه اذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر عامه لان الافراد الذين يعينون المحكمين لا يتمتعون بسلطة عامة، ولا يمنع من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم ان يتم تعيين المحكم احيانا من جانب السلطة القضائية لان هذه الاخيرة في تعيينها للمحكم انما تحل محل الافراد في استعمال حقهم في اختيار المحكم .

ان التحكيم يختلف في هدفه عن القضاء يرمي الى تحقيق مصلحة عامة اما التحكيم فانه يرمي الى تحقيق مصالح خاصة لأطراف عقد التحكيم .

وقد وجه الى هذا الراي العديد من العيوب منها :

المبالغة في اعطاء الدور الاساسي للإرادة الاطراف فالواقع ان الاطراف يطلبون من المحكم الكشف عن ارادتهم ،وانما الكشف عن ارادة القانون في الحالة المعنية فالمحكم وهو يقوم بالفصل في النزاع يطبق ارادة القانون، ولا يلقي بالا الى ما قد تكون ارادة الاطراف قد اتجهت اليه .

ان امتثال الافراد للقانون واجب في جميع الاحوال بل وكثيرا ما نجد اتفاق الافراد على تحديد محكمة معينة لتختص بنضر دعواهم فهل يمكن حينئذ بان الافراد لم يمتثلوا للقانون [1].

ويلاحظ انه على الرغم اشتهر عن قضاء النقض الفرنسي اعتناقه للطبيعة التعاقدية للتحكيم الا ان ذالك لم يجد صدى واسع في احكام القضاء الفرنسي الا في القليل من الاحكام ،وهذا ان دل على شيء يدل على عدم، وضوح ،ورسوخ هذه الطبيعة في فرنسا اما في ايطاليا اكد الشراح الايطاليين على ان التحكيم ينشا نتيجة لاتفاق الخصوم عليه[2].

1مناني فرح ،مرجع سابق ،ص38

2 خالد محمد القاضي ،موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار الشروق، القاهرة ،مصر ،الطبعة الاولى، 2002 ، ص 113-112

-الفرع الثاني: النظرية القضائية للتحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم ، وذالك انه قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه وان الحكم ،لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، وان عمله عمل قضائي شانه شان العمل القضائي الصادر عن السلطة القضائية للدولة .

ويرى أنصار هذه النظرية أن أعمال التحكيم يعد رهينا باتفاق الخصوم على الالتجاء إليه ولكن ذالك لا يؤثر على جوهر وضيفة القضائية، ومن ثم فان الاتفاق هو من قبيل العنصر العارض، فرضته ظروف لا صلة لها بوظيفة التحكيم وطبيعته وذهب أنصار هذه النظرية إلى انه إذا كان اختيار التحكيم وسيلة لحسم النزاع يتم بعمل إرادي من طرفيه فان الالتجاء إلى القضاء، يتم بعمل إرادي بجانب احدهما وقد يتفق أطراف الخصومة على النزول عن الخصومة من دور في طرح النزاع على التحكيم، بدلا من القضاء ليس له من اثر على حقيقة الوظيفة التي يؤديها التحكيم من كونها، وضيفة قضائية مثلها في ذالك مثل ،وضيفة الدولة [1] .

ويستند أصحاب هذه النظرية إلى الحجج التالية:

ان التحكيم قضاء استثنائي مستثنى من الأصل العام في التقاضي أمام المحاكم التي نضمها القانون وإذا حدث ورفعت الدعوى أمام المحكمة المختصة، كان للطرف الآخر الحق في دفع بعدم الاختصاص ، لان المحكمة تنضر دعوى هي من اختصاص هيئة المحكمين ،وذالك قياسا على الأثر الذي يترتب على رفع نزاع معين أمام المحكمة معينة، غير مختصة أصلا، ولكن يجوز ذالك استثناء كما في الاختصاص المحلى ،وجديرا بالذكر ان الدفع بوجود شرط التحكيم قد أثارت خلافا بين الشراح فقال البعض انه دفع بعدم الاختصاص[2].

1-عبد الحميد الشواربي ،التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء ، دار المعارف، ط2، 2000 م ،ص 32/31

2 – مناني فرح، مرجع سابق، ص 41

وقد اوردت محكمة النقض المصرية رايها في هذا الامر في حكم لها حيث قالت

الدفع دفع بعدم القبول ،ولكنه ليس من الدفوع الوارد ذكرها في المادة 115 مرافعات ويجب التمسك به قبل التكلم في الموضع والا سقط الحق فيه [1].

ان حكم المحكم يجوز حجية الشيء المقضي به وينفذ تنفيذا جبريا، بعد صدور الامر بهذا التنفيذ شانه شان الحكم القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة ونصت على ذالك معظم القوانين .

مما يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم ما درجت عليه القوانين المختلفة من اطلاق اصطلاح الاحكام على احكام المحكمين، والاحكام القضائية وما ذهب اليه القانون الفرنسي الجديد من اطلاق لفض محكمة التحكيم ،على المحكم او المحكمين بالإضافة الى قواعد التفصيلية التي اوردتها القوانين لتنظيم الخصومة ،في التحكيم واجراءات تسيرها وذالك بشكل يتطابق مع القواعد الموضوعية اصلا للخصومة القضائية .

ورغم سلامة ،ومنطق الطبيعة القضائية للتحكم الا انها لم تسلم من النقد فيعاب عليها بمايلي :

انه يصعب ان نلحق احكام التحكيم بأحكام القضاء جملة واحدة لان هناك خلاف بين المحكم والقاضي، لان الاخير له وضيفة عامة ،ويتمتع بالدوام ،والاستقرار ،والحصانة فيما يقوم به من اعمال كما ان له سلطة الامر، والاجبار، ويعد منكرا للعدالة اذا امتنع عن الفصل في النزاع ،ولا دخل للخصوم في اختياره بعكس المحكم[2].

ان التشبيه بين نظامي التحكيم والقضاء ،رغم ما قد يبدو فيه من تقوية لمركز التحكيم الا انه ليس في صالح التحكيم ،دائما لان التحكيم اسبق من القضاء في الوجود.

1 - نقض مدني مصري، 1972/2/15، س23ق، ونقض مدني، 1976/1/6 ،س27 ق

2- اشرف خليل ، مرجع سابق ،ص 22

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم

أصحاب هذه النظرية يرون أن التحكيم له طبيعة مختلطة فهو عقد بالنضر إلى الوجوه التى تشتق من أصل التحكيم، وهو العمل الإداري للأطراف، وهو قضاء بالنضر إلى كون المحكم الصادر يلزم الأطراف، وهو قضاء بالنضر إلى كون المحكم الصادر يلزم الأطراف بقوة غير القوة الملزمة للعقد .

ويرى البعض من أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ،ليس اتفاقا محضا ولي قضاء محضا وإنما هو نضام يمر في مراحل متعددة، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء ،وفي أخره حكم .

ويعقب البعض على هذه النظرية بالقول بأنها نظرية لمحاولة الهروب ،من مواجهة الحقيقة، وتمثل نوعا من العجز ،والواجب ،وهو حصر العناصر ذات الطابع الإداري التعاقدي، وتمييزها عن العناصر ذات الطابع القضائي بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر ذات الطابع القضائي، بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية، في تكوين نضام التحكيم ،وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة .[1]

1 اشرف خليل المرجع السابق ص 23

والواقع انه من الصعب النضر إلى التحكيم كعقد، فالعقد في حد ذاته لا يحسم النزاع كما إن العقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم، وجوده في التحكيم الإجباري، وإذا اعتبرنا إن التحكيم يتسم بالصبغة الرضائية أي التعاقدية فلا يمكن ان تسحب هذه الصفة إلى حكم التحكيم الصادر في النزاع .

والواقع أيضا أن النظرية القضائية لا تتفق، وطبيعة التحكيم، لان القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي فالمحكم لا يتمتع به القاضي، من سلطة كتوقيع غرامات، على الخصوم، أو الشهود ،فضلا عن إن الإجراءات قد تختلف من نزاع إلى اخر كما إن حجية الحكم الصادر في التحكيم تختلف عن الحكم الصادر من القضاء فهو لا يتمتع به حكم القضاء من قوة تنفيذية جبرية فالحجية، التي يتمتع بها القضاء تحول دون رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم[2] .

2- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 2002م، ص 114-113

المطلب الثالث :تميز التحكيم في قانون الاسرة الجزائري

بما ان التحكيم يلجا اليه القاضي في حالة اذا لم يتمكن من ايجاد الحل ويتم بالصلح بين الزوجين مخول لأقارب كل من الزوجين اي من اهل الزوج واهل الزوجة وذالك حسب المادة 65 من قانون الاسرة الجزائري بانه :

"اذا اشتد الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين ،حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة ويشترط في الحكمين ان يكون رجلين عدلين من اهل الزوجين ،وعليهما ان يتعرفا على اسباب الشقاق بين الزوجين او اضر احدهما الاخر ،فإجراء التحكيم ليكون صحيحا يجب ان يكون حكما من اهلها ،وحكما من اهله ..."،وبما ان التحكيم في قانون الاسرة هو يعتبر صلح ،او وساطة لإيجاد حل بين الزوجين اللذان في حالة نشوز نميز ما يلي :

1الفرع الاول: تمييز الصلح في قضايا قانون الاسرة عن الصلح في القضايا المدنية :

ان بعض احكام الصلح في الاحوال الشخصية تتوافق مع الصلح المدني كونهما يتمان امام القضاء وتحت اشرافه عن طريق تحرير محضر صلح يوقعة المتصالحان او الزوجان بمعية القاضي وامين الضبط وبهذا يعتبر صلحا قضائيا سواء اكان النزاع بين الزوجين او بين متنازعين لاتربطهم قرابة [1]،غير ان الاختلاف بين طبيعة قضايا شؤون الاسرة وبين طبيعة القضايا المدنية - فالاولى تتعلق بحالة الاشخاص بذاتهم ويغلب عليها طابع السرية والخصوصية ،والثانية تتعلق بالاموال سواء كانت منقولة اوعقارية - يترتب عليه عدة فروق بين الصلح في قوانين الاحوال الشخصية والصلح في القانون المدني وابرزها مايلي :

1 العيش الفضل،" الصلح في منازعات الادارية وفي القوانين الاخرى"،الجزائر :منشورات بغدادي، د،ت، ص43 ،عبد الحكيم بن هبري، احكام الصلح في شؤون الاسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري (لا. ط، الجزائر: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع 2018 م)ص 27.

1 – يعتبر الصلح في القانون المدني عقدا من الناحية القانونية ويترتب عليه ما يترتب على العقد بصفة عامة ،من فسخ وانقضاء وبطلان ،ويخضع لجميع احكام العقد الواردة في القانون المدني [1]،كما ينفرد بقواعد خاصة تميزه عن العقود الاخرى [2]،اما الصلح في الاحوال الشخصية فيعتبر اجراء قضائيا يجريه قاضي الاحوال الشخصية في دعاوي فك الرابطة الزوجية ،غير خاضع للنظرية العامة للعقد ،وانما يخضع لأحكام الاجراءات ،فلا يكون محلا للفسخ ولا البطلان بمفهوم القانون المدني ،ولقد اخذت بهذا المبدا جميع التشريعات الوضعية ،حيث اعتبرت الصلح في مسائل الاحوال الشخصية من قبيل الاجراءات الاولية و الوجوبية التي يجب على القاضي الالتزام بها قبل الشروع في المناقشة موضوع الدعوى .

2- يشمل الصلح في القضايا المدنية الخصومات الواقعة بين طرفين طبيعيين او احدهما طبيعي والاخر معنوي اما بالنسبة للصلح في القضايا الاسرة فيكون دائما بين شخصين طبيعين وهما الزوج والزوجة ،كما ان الصلح في قضايا المدنية يقع على كل نزاع قائم او متوقع ،غير انه بالمقابل يكون اجراء الصلح في شؤون الاسرة لصيقا بالنزاع القائم بالضرورة وهو نتيجة المباشرة والمؤكدة بعد رفع الدعوى ،

لهذا لا يتوفر الصلح في قانون الاحوال الشخصية على نص اجرائي يتعلق بما يتم خارج الجهات القضائية عن الخصومة القضائية التي ترفع امامها ،والتي تتطلب بعدها من القاضي الاشهاد للأطراف به ،خلافا لما هو منصوص عليه في الصلح في اكثر القوانين المدنية [3].

1وهوماتم النص عليه في غالبية التشريعات من بينها التشريع الجزائري الذي نص في المادة 04 من قانون الاسرة على مايلي: الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامراة على الوجه الشرعي ... المادة 04 من القانون رقم 84-11، لسنة 2005م، مرجع سابق

2 وقد سبقت الاشارة لذالك ضمن نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على مايلي الصلح المادة 459 من القانون رقم 05-10 لسنة 2005م مرجع سابق .

3 عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، ص 91-92، مرجع سابق.

3- ان القائم بالصلح في قضايا الاحوال الشخصية هو القاضي المكلف بقسم الاحوال الشخصية وهذا ما اتجهت اليه جميع التشريعات الوضعية [1]،اما الصلح في القانون المدني فقد يكون بمبادرة من الخصوم انفسهم او بسعي من القاضي وفي اي مرحلة من مراحل الدعوى ،كما عدد الجلسات الممكن عقدها لابرام الصلح غير محدد في القانون المدني ،ويعني هذا انه يمكن للقاضي او الخصوم طلب اجراء الصلح في اي مرحلة تكون عليها الخصومة متى راو ان في محاولة الصلح فائدة ودون ان يكون هنالك الزام بعدد معين،وهذا بخلاف الصلح في الاحوال الشخصية ،والذي يجب على القاضي اجراءه بمجرد رفع الدعوى وتكرار محاولاته في الاصلاح ،ويخضع عدد المحاولات للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[2].

4 ان الصلح في القانون المدني غير مرتبط بمدة معينة ،فقد يكون في بداية النزاع او في اي مرحلة كانت عليها الدعوى ،او حتى بعد انقضائها اذا عادت الى القضاء بناء على طلب احد الخصوم ،وعليه فالقاضي المدني يملك السلطة التقديرية لاختيار الزمن المناسب لعرض الصلح على الاطراف ،بخلاف قاضي الاحوال الشخصية فانه لا يملك تلك السلطة وهو مقيد في ذالك .

1 عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية، مرجع سابق ،ص 93.

2 ابن هبري عبد الحكيم ، احكام الصلح في شؤون الاسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري ،لا، ط ،الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. ص 29-30

5 – يتعين في الصلح المدني على كل طرف من اطراف الخصومة ان يتنازل عن حقه على وجه التبادل، ويعد هذا التنازل عنصرا جوهريا في عقد الصلح في القانون المدني بخلاف الصلح في الاحوال الشخصية ففي بعض الحالات لا يتصور التنازل في محل ممارسة الحقوق ،كان يطلق الزوج زوجته ،وهو حق شرعا وقانونا الطلاق بالإرادة المنفردة ثم في عدتها من الطلاق الرجعي يرجعها فمن غير الصواب ان نتكلم عن التنازل في هذا الحالة، والزوج يمارس حقا ثانيا مقرر شرعا وقانونا الا وهو حق الرجعة .[1]

2 – في القانون المدني لا يمكن رفع دعوى في نفس الموضوع، والاطراف ،والسبب الذي سبق الفصل فيه عن طريق الصلح مما يعني انقضاء الخصومة فبعد ابرام الصلح بين الطرفين يستطيع كل طرف ان يلزم الاخر بهذا الصلح فيمنعه من تجديد النزاع ، وهذا عن طريق الدفع بالصلح اما في قانون الاسرة ،وبالتحديد في قضايا الحالة ،ودعاوى فك الرابطة الزوجية فانه اذا تم رفع دعوى سواء من الزوج – الطلاق بالإرادة المنفردة او هذا الصلح لا يمنع من تجديد النزاع على اساس سبق الفصل فيه لأنه لا يمكن الاحتجاج بقاعدة حجية الشيء المقضي به في مثل هذه القضايا نضرا لطبيعتها المتغيرة [2].

1 عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مرجع سابق، ص 94-93

2 خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الادارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، ص 121

الفرع الثاني: تمييز الصلح في قانون الاسرة الجزائري عن الصلح كطريق بديل لحل النزاعات:

يشترك الصلح كطريق بديل لحل النزاعات مع الصلح في الاحوال الشخصية في الغاية نفسها حيث يرميان لفض المنازعات وتسوية الخلافات الا ان هناك بعض التفاصيل تمكن من التفريق بينهما وفيما يلي ابرزها على هذا النحو الاتي :

1- ان اجراء الصلح كطريق بديل لحل النزاعات اجراء جوازي يتم بسعي الاطراف انفسهم وللقاضي سلطة تقديرية واسعة يختار بمقتضاها المكان والزمن اللذين يراهما في الاحوال الشخصية فانه يعد اجراء وجوبيا عند غالبية التشريعات والتي تلزم القاضي بعرضه على المتنازعين دون الحاجة الى استشارتهم في ذالك .

2- بما ان الصلح كطريق بديل لحل النزاعات اجراء جوازي فانه لا يترتب عن اغفاله اي جزاء اجرائي فالقاضي غير مجبر على عرضه كما ان الخصوم غير مجبرين على الصلح المعروض عليهم من لدن القاضي [1] ،وهذا على خلاف الصلح في شؤون الاسرة الذي يكون وجوبيا على القاضي اجراءه واثباته في محضر والذي يعد سندا تنفيذيا بمجرد ايداعه بأمانة الضبط[2].

1 حمدادو لمياء، سلطة القاضي في تسيير اجراءات الخصومة المدنية مذكرة انيل شهادة الماجستير، في القانون كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013م /2014م، ص 45.

2 حبار حليمة، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الاطراف على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجديد مجلة المحكمة العليا، الجزائر، عدد خاص حول الطرق لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم، 2009م ،ج2، ص 604.

3 – مما يتميز به الصلح ايضا في الاحوال الشخصية عدد المحاولات فيتم عرضه على المتنازعين عدة مرات ويكرر القاضي محاولات الصلح متى رأى فائدة من ذالك على ان تكون تلك المحاولات في حدود اجل معين وهذا ما تجهت اليه غالبية التشريعات الوضعية اما الصلح كطريق بديل لحل النزاعات فانه يعرض مرة واحدة مهما كانت مرحلة اجراءات الخصومة وهو غير مرتبط باجل محدد حيث يبقى مفتوحا ما لم يتم الفصل في النزاع [1].

1- الاخضر قوادي، الوجيز الكافي في اجراءات التقاضي في الاحكام العامة للطرق البديلة في حل النزاعات، لا ط، الجزائر، دار هومة، 2013 م،ص 76-85

المطلب الرابع: تطور التحكيم واهميته

ترجع اصول التحكيم الى العصر القديم فقد عرفته دول الشرق –بابل واشور- وذالك في العلاقات المتبادلة كما ذاع وانتشر ايضا في المدن اليونانية القديمة فيما كان يثور بينها من منازعات تجارية ودينية وحدودية كما عرفته القبائل العربية حيث كان شيخ القبيلة يقوم بدور فعال في التحكيم في منازعات التي تثور بين افراد القبيلة الواحدة او بين القبائل بعضها وبعض وفي الاسلام تأكد نضام التحكيم بالنصوص القرآنية من اجل تحقيق السلام والامن والعدل بدلا من القتال والحرب والتناحر وقد سبق القاء بعض من الضوء على التحكيم في العصر القديم والقبائل العربية والاسلام .

حيث ان التحكيم الدولي لم يأخذ شكله بالمعنى القانوني الا في العصر الحديث حيث كانت الاتفاقيات والمعاهدات الدولية دور بارز واسهام واضح في اعطاء التحكيم شكله بما يتوافق مع المعنى القانوني المتعارف عليه اصطلاحا لذالك سنتطرق للتحكيم الدولي في العصور الوسطى والعصر الحديث وايضا التحكيم الدولي بعد الحرب العالمية الاولى[1] .

_ ———————————————————

1 - احمد بلقاسم، التحكيم الدولي، دار هومة، الجزائر، 2005 ،ص 37

الفرع الاول: التحكيم في العصور الوسطى

عرفت المماليك الاوربية المسيحية خلال القرون الوسطى نضام التحكيم عندما تلجا في منازعاتها الى تحكيم البابا ،والامبراطور باعتبارها سلطتين فوق الممالك .[1]

وان اشهر قضية عرفت في هذا الموضوع هي المرسوم البابوي الذي اصدره البابا اسكندر بتاريخ1493/09/26 اثر، وقوع صراع حاد بين اسبانيا، والبرتغال حول المناطق المكتشفة بقارة امريكا الجنوبية ،والذي سعى من خلاله اقرار تقسيم عادل يرضي الطرفين المنازعين ،ومع مطلق القرن 16، وضهور الدولة الحديثة المستقلة المطلقة بدا التحكيم يتراجع قليلا بين الدول الاوروبية نتيجة تمسكها المفرط بسيادتها فقد كانت هذه الدول تعتبر التحكيم بمثابة اجراء يمس بسيادتها هذه السيادة التي ضلت لفترة طويلة الهاجس الاكبر لها .

ويرى الفقيه فاتل ان الدول الاوروبية لم تلجا للتحكيم خلال هذه الفترة الا بالنسبة للخلافات الثانوية اي تلك التي لا تمس بهيبة الامم اما الخلافات الكبرى فكانت تجري تسويتها بين الدول بواسطة الوسائل السياسية اي بالتفاوض الدبلوماسي

1 احمد بلقاسم، الدولي، دار هومة، الجزائر، 2005 ،ص 37

الفرع الثاني: التحكيم في العصر الحديث

تعد البداية الحقيقة لنضام التحكيم اعتبارا من السنوات الاخيرة من القرن الثامن عشر، وذالك بتوقيع معاهدة الصداقة ،والتجارة، والملاحة بين الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا في 19 نوفمبر 1749 م والتي تسمى بمعاهدة جاي، والتي نصت صراحة على اللجوء الى التحكيم في صورة في لجان لتسوية الخلافات التي نصت عليها .

وبعد تحكيم الالباما انتشرت حالات اللجوء الى التحكيم الدولي بصورة واضحة واصبحت المعاهدات الثنائية، والجماعية تتضمن نصوصا تتعلق بشرط اللجوء الى التحكيم كما قام مجمع القانون الدولي والذي نشا عام 1873 بالدراسات العلمية القيمة في موضوع التحكيم الدولي مما كان له الاثر في وضع لائحة لإجراءات التحكيم الدولي عام 1875، ومن ابرز الاتفاقيات التي نصت على شرط اللجوء الى التحكيم اتفاقية النقل الدولي بالسكة الحديدية ،والمنعقدة عام1890.

وجاء مؤتمر لاهاي الثاني سنة 1907، وقام بتعديل بعض نصوص الاتفاقية الاولى ،ووضع قواعد جديدة بشان محكمة التحكيم الدائمة ،واصدرت المحكمة الدائمة للتحكيم اول حكم لها في 1902/10/14 بشان بين الولايات المتحدة ،والمكسيك، ،وفي 1909 اصدرت حكما في القضية الخاصة بمصايد الاطلنطي بين بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية [1].

1 مناني فرح، المرجع السابق، ص 28-29

الفرع الثاني: التحكيم بعد الحرب العالمية الثانية

سعت دول العالم الى اقامة منضمة الامم المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية بهدف تحقيق الامن، والسلام بعدان فشلت عصبة الامم في تحقيقه وكان من ابرز اهداف المنضمة هو تحقيق السلام العالمي، وذالك بتسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية، وهو ما نصت عليه المادة الاولى من الميثاق .

وفي 21 نوفمبر سنة 1947 قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة تشكيل لجنة للقانون الدولي بهدف تقنين، وتطوير وتوحيد القانون الدولي، وكان موضوع التحكيم الدولي من الموضوعات التي حظيت بعناية ،واهتمام اللجنة الى ان انتهت اللجنة في عام 1958 الى، وضع نموذج لقواعد اجراءات التحكيم ليكون دليلا، ومرشدا للدول عند التوقيع على المعاهدات باللجوء الى التحكيم [1].

بالنضر الى الاتفاقيات ،والمعاهدات الخاصة، والجامعية بعد الحرب العالمية الثانية يتضح بجلاء ان النص على اللجوء الى التحكيم الدولي اصبح امرا مألوفا ،ومن هذه الاتفاقيات على سبيل المثال اتفاقية اسر الحرب سنة 1949

1 مناني فراح، المرجع السابق، ص 31

الفرع الخامس: أهمية التحكيم

أولا: السرعة في فض المنازعات ا

لان المحكمين عادة ما يكونون متفرغين للفصل في خصومة واحدة، وعموما لا تتعدى أكثر من ستة أشهر .

ثانيا :الاقتصاد في المصروفات

حيث إن النفقات في التحكيم اقل كثيرا من نفقات رسوم المحاكم، وأتعاب المحاماة وإجراءات التنفيذ .

ثالثا: السرية

حيث إن ملف الخصومة بين الطرفين يبقى تحت علم المحكمين حصرا في حين جلسات التقاضي في المحاكم علنية، ولا ننسى ان المحكمين يقسمون اليمين في قضية يتولون التحكيم فيها للمحافظة على الحياد والسرية .

رابعا :بساطة الإجراءات

يمتاز التحكيم ببساطة إجراءاته، والحرية المتاحة إلى هيئة التحكيم بحسم الخلاف غير مقيدة إلا بما ينفع حسم الموضوع .

خامسا: حرية اختيار المحكمين

طريقة اختيار المحكمين برضا تام من الفر قاء المتنازعون بحيث يشعر كل منهم بكامل الاطمئنان لأنهم اختاروا بإرادتهم من يحكم بينهم[1] .

1 –علي خليل الحديثي، التحكيم وأهميته،(ب ،س ،ط)، عجمان ، ص 2-3

سادسا: الاطمئنان

تلافي الحقد بين المتخاصمين واغلب الأحيان يأتي قرار اقرب ما يكون للتراضي لأنه تم من محكمين حائزين على ثقة الجميع فيؤدي القرار إلى واد الخصومة والمشاحنات ،وبالتالي اطمئنان النفوس ،والرضا، وإعادة العلاقات الطيبة .

ويعتبر إصلاح ذات البين من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ،والتحكيم وسيلة لذالك وللتحكيم فوائد منها الحفاظ على الأسرة، وتبيين آليات تطوير إجراءات التحكيم في القضاء الجزائري معايير ستنير بها القضاء .

وكما اشرنا لقد حضي التحكيم في الخمسين سنة الماضية على أهمية تجسدت بالاتفاقيات الدولية أهمها اتفاقية نيويورك في سنة 1958 بشان الاعتراف ،وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ،والتي وقعت عليها 11دولة عربية، والاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في نيسان سنة 1961 ،والترتيبات المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات، وبين رعايا الدول الأجنبية الموقعة باتفاقية د راب، واتفاقية الشروط العامة لسنة 1968، والتي تحكم توريد البضائع [1].

ولم يعد التحكيم سلعة يجب إظهار محاسنها ،وإنما أصبح ضرورة يفرضها واقع الحياة خاصة في الحياة الأسرية ،والشقاق بين الزوجين، وحماية للحفاظ على الزوجين ،والأسرة ،ومصالحهما، وديمومة عقدهما لهذا شرع التحكيم .

وجاءت الشريعة الإسلامية، والقانون تبين طبيعة، وأهمية التحكيم في دعاوى تفريق بين الزوجين لدى المحاكم .

1-اليونسترال وهي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وتضم في عضويتها دول العالم الممثلة لمختلف النضم القانونية الرئيسية وغرضها الرئيس تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناضمة للتجارة االاكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع المسائل التجارة العالمية

ولم يعد التحكيم سلعة يجب استظهار محاسنها بل اصبح ضرورة واقع التجارة الدولية ،ولم يعد دوره مقصورا على فض المنازعات بعد نشوبها بل اصبح في نضر الكثير من الاعضاء المؤتمر الدولي الرابع للتحكيم المنعقد في موسكو في سنة 1972 والمؤتمر الدولي الخامس المنعقد في لندن في اكتوبر 1974 اداة فعالة يجب استخدامه لتفادي قيام المنازعات اثناء مفاوضات ابرام العقود الدولية طويلة المدى التي تتعلق بالتجارة، ونقل التكنولوجيا، والمشروعات المشتركة واثناء تنفيذ العقود [1]

وكما اشرنا لقد حضي في الخمسين سنة الماضية على اهمية تجسدت بالاتفاقيات الدولية اهمها اتفاقية نيويورك في سنة 1958 بشان الاعتراف ،وتنفيذ قرارات التحكيم الاجنبية ،والتي وقعت عليها 11 دولية عربية ،والاتفاقية الاوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في نيسان سنة 1961 والترتيبات المتعلقة بتطبيق هذه الاتفاقية الموقعة في 17/ديسمبر كانون اول سنة 1962 والاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمارات بين الدول المضيفة ،وبخصوص تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بين الدول الاشتراكية ،ومفتوحة لجميع دول العالم ،وصولا الى القرار النموذجي الذي اخذت به اغلب الدول العالم .

1 - على خليل الحديثي، التحكيم واهميته، (ب‘س‘ط)

عجمان، ص ‘2-3،

الفرع الرابع: مميزات التحكيم

1بساطة الإجراءات :

يمتاز التحكيم ببساطة الإجراءات حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية اوسع ،وأكثر من القضاء الوطني في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات، وتنظيمها، وتقديم البيانات، والاتصال بأطراف النزاع، وغير ذالك

وهي في كل هذه الأمور، وغيرها تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ومملة ولا فائدة منها سوى تقييد بحرفية النصوص القانونية الخاصة بالإجراءات ،وذالك على حساب موضوع، وجوهر النزاع والنتيجة الطبيعية لذالك إن يصدر قرار التحكيم خلال وقت قصير بشكل ملموس فيما لو عرض النزاع ذاته على القضاء[1] .

2 اختيار هيئة التحكيم

تعتبر طريقة اختيار هيئة التحكيم ،ودور أطراف النزاع في ذالك من مميزات التحكيم فالأطراف أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأولى، والأكبر في اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة فإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم وهم عادة ثلاثة محكمين يتولى طالب التحكيم المدعي تعيين محكمه ،أو ترشيح هذا المحكم لتعيين في حين يقوم بالشيء ذاته المطلوب التحكيم ضده المدعي عليه بالنسبة للمحكم الثاني أما المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم فإما أن تعطي الفرصة لتعيينه لطرفي النزاع أو للمحكمين اللذين اختارهما الطرفان عنهما وذالك حسب فوائد التحكيم المطبقة على النزاع[2].

1 حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مركز القانون والتحكيم عمان –الأردن ب، س، ط) ص 4-5

2منانى فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى ،عين مليلة –الجزائر، ط1، 2010، ص87

3- تعيين المحكمين :

ومن جهة اخرى فان الشخص الذي يعين محكمه قد يشعر في قرارة نفسه بانه يفترض في ذالك المحكم ان يدافع عن مصلحة من عينه او يمثل وجهة نضره، ولو جزئيا ،وربما ينطبق هذا القول ايضا على المحكم نفسه في علاقته بمن عينه او رشحه للتعيين من جهة، وبأعضاء هيئة التحكيم الاخرين من جهة اخرى .

يجب ان نسلم بانه الواقع احيانا لذالك ليس غريبا ان نجد رئيس هيئة التحكيم في العديد من القضايا في هيئة الثلاثية مثلا ،يحول ان يكون موفقا بين وجهتي المحكمين الاخرين ،والى درجة التي يصح فيها هذا الافتراض ،فان ذالك يؤثر على عملية التحكيمية من حيث وجوب حياد اعضاء هيئة التحكيم ونزاهتهم وعدم تحيزهم لصالح طرف ضد طرف اخر من اطراف النزاع .

4- اختلاف النظم القانونية :

ان انتماء اعضاء هيئة التحكيم واطراف النزاع، وممثليهم في كثير من الحالات لأنظمة قانونية مختلفة واحيانا عدم معرفة الهيئة لأحكام القانون الواجب التطبيق على نزاع من جميع جوانبه بدقة ،قد يؤثر سلبا على مجريات القضية التحكيمية بما في ذالك قرار التحكيمي ذاته ،وهذا بخلاف اللجوء للقضاء الوطني حيث ان الجميع او على الاقل محامي الاطراف ،والقضاة يتحدثون ،كقاعدة عامة ،بلغة قانونية مشتركة هي قانونهم الوطني سواء من حيث الاجراءات او الموضوع [1].

1- مناني فرح ،مرجع سابق ،ص 90-91

المبحث الثاني: الشروط الواجب توفرها في التحكيم في منازعات ق ا ج

شروط عقد التحكيم تنقسم إلى نوعين من الشروط يتعين توفرها في اتفاق التحكيم الشروط الموضوعية التي نتناولها في المطلب الأول، والشروط الشكلية نتناولها في المطلب الثاني

المطلب الأول: الشروط الموضوعية الواجب توفرها في التحكيم

عقد التحكيم شانه شان اي عقد من العقود يتعين لصحته ضرورة توافق إرادتين لإحداث اثر قانوني معين وهاتان الإرادتان هما الإيجاب ،والقبول لذا فانه يجب توافر الرضا، والمحل، والسبب، والأهلية .

الفرع الأول: التراضي

اتفاق التحكيم عقد رضائي لذا يجب أن لا يشوب إدارة الطرفين أي عيب من عيوب الرضا، وهي الإكراه ،والغلط، والتدليس، ولابد من إيجاب ،وقبول تتطابق بهما الإرادتان ،وتنصب على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي ينشا ،أو الذي نشا بين بينهما

لابد ان يتوفر شرط التراضي بين الطرفين ،ويلزم لتوافر ذالك أن يعقل كل من المتعاقد ين معنى التصرف الذي يقصده ،ويجربه ،ويترتب على هذا انه لا يعتد بإرادة الصبي غير المميز لفقدانه الأهلية كذالك لا يعتد برضاء المجنون، أو السكران سكرا بينا يفقده القدرة على التمييز[1].

وليس لاتفاق التحكيم خصوصية في هذا الشأن اللهم إلا في صورة شرط التحكيم المدرج في عقد أصلي يكون هذا الشرط تابعا له ،وسندا في ذالك نص المادة 59 من القانون الجزائري.

1-محمد على مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، ط1 2013، دار اليازوردي، ص52

وبناء عليه يمكن بحث موضوع التراضي على التحكيم من خلال مسالتين هما :

المسالة الاولى –وجود التراضي :

يوجد التراضي بين طرفي اتفاق التحكيم بتطابق ارادتيهما ويتم ذالك بارتباط الايجاب الصادر من احدهما ،بقبول الاخر على نحو يؤدي الى احداث اثر قانوني معين وهوا برام اتفاق التحكيم [1].

وغالبا ما يقع التعبير عن الارادة صريحا فيبرم الطرفان اتفاقا خاصا على التحكيم سواء تم هذا الاتفاق مستقلا عن العقد الاصلي ،او مدرجا ضمن الشروط العامة للعقد تحسبا لقيام نزاع بين الطرفين في المستقبل[2].

وهوما اشترطه المشرع العماني في قانون التحكيم حيث نصت على ذالك المادة (4):

"ينصرف لفض التحكيم في حكم هذا القانون على التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء اكانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم ،بمقتضى اتفاق الطرفين ،منضمة او مركزا دائما للتحكيم او لم تكن كذالك "

وخلاصة القول ان التراضي على ابرام اتفاق التحكيم يتم بتلاقي ارادتي طرفيه سواء تم التعبير عن هذه الارادة في صورة التعبير الصريح ،ام التعبير الضمني .غيرانه يشترط لصحة هذا التراضي توافر اهلية ابرام الاتفاق ،وانتفاء عيوب الرضا وهي كما اسلفت ،الغلط والتدليس، والاكراه، والاستغلال.

1 انور العمروسي ،عيوب الرضا في القانون المدني، مشاة المعارف ،الاسكندرية ،مصر ،2003،ص13

2 عاطف شهاب ،اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، المرجع السابق ،ص 79

المسالة الثانية –صحة التراضي :

لكي يقع التراضي على التحكيم صحيح ،فانه لابد من وان يكون صادرا عن شخص يتمتع بالاهلية التي تطلبها المشرع لابرام اتفاق التحكيم ،وان يكون هذا التراضي خاليا من العيوب التي تشوب الارادة[1]

وعليه يمكن تناول هاتين المسالتين وفقا للتفصيل التالي :

1-توفراهلية الاتفاق على التحكيم :

اتضح فيما سبق ان اتفاق التحكيم يبرم بين طرفيه بمجرد تلاقي ارادتيهما الحرتين وتراضيهما على احالة اي نزاع ينشا بينهما بمناسبة تنفيذ العقد الاصلي او تفسيره ،فالى جانب هذا التراضي يستلزم المشرع العماني توافر الاهلية لابرام اتفاق التحكيم ،بل ان الاهلية كشرط موضوعي يجب توافره عند ابرام اي عقد ،والا لا يختلف عن اي عقد اخر .

وهذا ما نص عليه المشرع العماني المادة (11)من قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية بقوله :"لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ...".

يعد توافر الاهلية شرطا موضوعيا هاما لإثبات صحة التراضي والذي يبين فيه المشرع ان التعبير عن الارادة بقبول التحكيم او بما يفيد الاتفاق عليه كوسيلة لحل المنازعات الحالة او المستقبلية بين الاطراف ،انما يشترط ان تتوافر فيهم الاهلية المطلوبة لإبرام هذا الاتفاق وهي اهلية التصرف[2].

1عبد القادر الفار،مصادرالالتزام ،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ط1 ،2003،، ص75

2 محمد على بني مقداد، الطريق التقويم للاتفاق على التحكيم، دار اليازوردي، اربد، عمان ،ط1 ،2013 ،ص23

2-اهلية الاشخاص الطبيعية :

لقد أعطى القانون للشخص الطبيعي الذي يملك حرية التصرف في حقوقه مكنة الاتفاق على التحكيم، لحل ما ينشأ من منازعات بينه كطرف في علاقة قانونية معينة وبين الطرف الاخر في هذه العلاقة ،فمن الطبيعي ان الذي يملك الحق في الالتجاء الى التحكيم هو ذالك الشخص ان الذي يملك الحق في الالتجاء الى التحكيم هو ذالك الشخص كامل الاهلية الذي يملك التصرف في الحق محل النزاع [1].

يمكن القول ان التشريعات الوطنية المعاصرة المعنية بالتحكيم في مختلف الدول قد حددت قوانين يمكن اعتبار احدهما القانون الشخصي للطرف المتعاقد ،فالدول الانجلو امريكية تفسر القانون الشخصي بقانون موطن الشخص ،بينما نجد ان معظم التشريعات الدولية للأخرى كفرنسا ،ومن حذت حذوها من الدول الاوروبية، ودول امريكا اللاتينية ،وغالبية الدول العربية ،والتي من بينها السلطنة بطبيعة الحال تفسر هذا القانون على انه قانون جنسية الشخص[2].

وعلى النقيض من ذالك فانه اذا ما نعد مت هذه الاهلية ،او كانت ناقصة كان اتفاق التحكيم باطلا لا يترتب عليه اي اثر .

1 احمد عبد الكريم سلامة، نضرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ،دراسة تاصيلية انتقادية، دار النهضة العربية ،1979، ص 349-350

2 فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر وتوزيع ،عمان، الاردن، بدون سنة نشر ،ص115

3-اهلية الاشخاص الاعتبارية الخاصة :

كما جاز قانون التحكيم العماني وفقا للمادة 11التي تقدم ذكرها ،للأشخاص الطبيعيين والاشخاص الاعتبارية العامة الاتفاق على التحكيم فانه اعطى ذات الامر للأشخاص الاعتبارية الخاصة وهي الشركات سواء اكانت مدنية ام تجارية [1] ،كشركات التضامن والتوصية والشركات المساهمة والشركات ذات المسؤولية المحدودة والشركات القابضة فهذه الاشخاص لا شك لها الاهلية القانونية الازمة لإبرام اتفاق التحكيم استنادا الى نص المادة الاولى من قانون التحكيم العماني التي تنص على انه "مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في سلطنة تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف اشخاص القانون العام او القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجري في سلطنة اوكان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج اتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون "

4 -اهلية الاشخاص الاعتبارية العامة :

الاشخاص الاعتبارية العامة يقصد بها كأحد الاشخاص القانون العام وكافة الجهات الحكومية المكونة لجهازها الاداري ،حيث تنص المادة 1 من قانون تنظيم الجهاز الاداري للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني السامي رقم 76/13 [2] على انه "يقصد بالجهاز الاداري للدولة مجلس الوزراء و الوزارات وما يتبعها من اجهزة ادارية وفنية واية وحدات تنفيذية اخرى ".

1 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 100 بتاريخ 1976/4/15م

2 سراج ابو زيد التحكيم في عقود البترول دار النهضة العربية القاهرة مصر 2004م ص 307 -308

الفرع الثاني: المحل

لما كان لكل الاتفاقات ،والعقود أيا كان موضوعها محل يشترط فيه ان يكون موجودا وممكنا ومعينا او قابلا للتعيين ،وان يكون مشروعا ([1]) .
فان اتفاق التحكيم محلا يتجلى كيانه في المسالة او مجموعة المسائل الواقعية مثار النزاع بين الطرفين ،والتي يصار لحسمها عن طريق التحكيم ،سواء من خلال النص عليها في مشارطة التحكيم اذا ما كان النزاع قائما ومحددا موضوعه تفصيلا ،او من خلال احتمالية ان تكون هذه المسالة مدار نزاع مستقبلا ،وهو ما يتم تعيينه في شرط التحكيم السابق على قيام النزاع ([2]).

فالمهم في كلا الامرين ان تكون هذه المسالة من المسائل والموضوعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ،وبنا على ذالك فقد نص المشرع العماني في المادة 11من قانون التحكيم في منازعات المدنية والتجارية بقولة :"...لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ".واما ماعدا ذالك من المسائل فتكون غير قابلة لتسويتها من خلال التحكيم .

وبما ان نص المادة 11 لم يحدد تفصيلا المسائل لبتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم فق تم الرجوع الى القواعد المدنية المتعلقة بعقد الصلح ،ومن هذا المنطلق يمكن القول ان هناك نوعان من المسائل لايجوز التصالح فيهما ،وبتالي لايجوز التحكيم فيهماهما كالتالي :

1 السنهوري الوجيز، في النضرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص :145-146

2 احمد عبد الكريم سلامة ،مرجع سابق، ص 377

اولا: المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية

فهذه المسائل تشمل منازعات المتعلقة بحالة الاشخاص واهليتهم وتلك المتعلقة بنظام الاسرة من خطبة وزواج وحقوق وواجبات الزوجين تجاه بعضهما ،والطلاق والتفريق والبنوة والاقرار بالأبوة وانكارها ،والعلاقة بين الاصول والفروع والنفقة للأقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقوامة والحجر والاذن بالإدارة وبالغيبة ،واعتبار المفقود ميتا وكذالك المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .

ونضرا لطبيعة هذه المسائل وخصوصيتها ،وارتباطها بالمركز القانوني للشخص ،ومركزه في الاسرة فهي تخرج من مجال الخضوع للتحكيم ، حيث ينظمها قانون خاص بها [1]،فجميع هذه المسائل ،وغيرها التي لم تشملها هذا التعداد لا تصلح ان تكون محلا لاتفاق التحكيم ،بحيث لايجوز مثلا التحكيم في منازعة تتعلق بما ا

ذا كان عقد الزواج صحيحا ام باطلا ،وفيما اذا كان الشخص وارثا ام غير وارث ،الا انه رغم ذالك يجوز التحكيم في مصالح او نتائج المالية التي تترتب على جميع تلك المسائل ، كالتعويض المستحق للزوجة عما اصابها من اضرار نتيجة تجاوز الزوج حقه في تأديبها ،وكذلك يجوز الاتفاق على التحكيم في النتائج المالية لمنازعات دعاوى النفقة بين الزوجين والاقارب ،وكذالك المصالح المالية الناتجة عن مسائل حصر التركة وتوزيعها[2].

1قانون الاحوال الشخصية صدر بالمرسوم الرئاسي السامي رقم 97/22 والمنشور بالجريدة الرسمية العدد 201 بتاريخ 97/6/15

2 احمد عبد الكريم سلامة مرجع سابق ص 390-391

ثانيا: المسائل المتعلقة بالنظام العام

النظام العام يعد امرا ليس له ضابط محدد وقاطع فهو من الافكار المرنة والنسبية تختلف من مجتمع لآخر، ومن دولة لأخرى بل ومن زمن لآخر في اطار الدولة الواحدة وللتعرف على ماهية النظام العام كان لابد من التعرض لبعض اهم التعريفات التي قيلت في هذا الجانب ،فمحكمة النقض المصرية في تعريفها للنظام العام تقول :" ان النظام يشمل القواعد التي ترمي الى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية او الاجتماعية او الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي، والمعنوي لمجتمع منضم ،وتعلو فيه على مصالح الافراد" (1).

ويمكن القول ان المقصود بالنظام العام في اجل معانيه هو المحافظة على فاعلية المرافق الاساسية في الدولة، والتي لا غنى عنها للأفراد المجتمع .
وضمان استمرارها في القيام بالدور المنوط بها بشكل يحقق او يبرر الهدف من وجودها ،فالأمر يقتضي اداء هذه المرافق العامة لدورها الكامل في المجتمع، وبناءا عليه فان التحكيم كما لايجوز في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ،فانه ايضا لا يجوز في المسائل وموضوعات التى تتعلق بالنظام العام، مثل المسائل المتعلقة بأعمال السيادة، والمتعلقة بنزع الملكية للمنعة العامة ،والمسائل اكتساب الجنسية ،او فقدها والمسائل المتعلقة بصحة اجراءات العلامات التجارية ،والمسائل المتعلقة بالإفلاس، والاثار، والاموال التراثية ،والثقافية ،والاسلحة ،والذخائر، والاتجار في المخدرات[3].

1 –قرار هيئة حسم المنازعات ا لتجارية ،في دعوى رقم 173/ 76 ،جلسة الاربعاء 87/9/23 ،مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الربع ،ص 122

2- سعيد جعفر بن محمد الصارمي ،دور السلطات الضبط الاداري في محافظة على النظام العام، رسالة الماجستير ،دار وائل للنشر ، عمان ،الاردن ،ط1، 2005 ،ص 29.

3- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق ،ص 252

الفرع الثالث: السبب

أن اتفاق الأطراف في مسائل وموضوعات التي يجوز فيها التحكيم يجد بسببه في توجه الأطراف إلى استبعاد طرح ما يحدث بينهم من نزاعات على القضاء العام في الدولة ،وتفويض هذا الأمر لهيئة التحكيم

وهذا يعد في حد ذاته سببا مشرعا دائما ولا يمكن تصور عدم مشروعية أو قانونيته إلا إذا ثبت أن المقصود من لجوء الأطراف إلى التحكيم هو التهرب من أحكام القانون فذالك يعد سببا في عدم قانونية اتفاق التحكيم وعاملا أساسيا يبني عليه مستقبلا رفض الاعتراف بقرار التحكيم أو رفض تنفيذه [1].

فمثلا التحلل من بعض القيود ان الالتزامات القانونية ادا ما ثبتت تعتبر ضربا من الغش نحو القانون فيكون اللجوء الى التحكيم عندها بمثابة وسيلة غير مشروعة يراد بها حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

وهذا ما تفق مع ما ذهب اليه جانب الفقه الحديث من ان فكرة النظام العام مثلما هي تؤدي دورا هاما بشان محل التحكيم فهي تؤدي نفس الدور بشان سبب اتفاق التحكيم ليبطل هذا الاتفاق اذا كان يبيه غير مشروع او مخالفا للنظام العام بالمعنى الذي سبق بيانه.

وسبب اتفاق التحكيم هو الهدف منه ،وهو دائما تحريك اجراءات التحكيم [2].

1 - محمد على بني مقداد الطريق القويم للاتفاق على التحكيم مرجع سابق ص 83

2- مصطفى جمال- عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة والداخلية ط 1 1997 ص 359

الفرع الرابع: الأهلية

ويقصد بالأهلية هنا هي الأهلية الأزمة ويقصد بها هنا الأهلية الأزمة للاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم وان الشخص لايستطيع أن يعمل اتفاق على ذالك إلا إذا كان يتمتع بأهلية التصرف في هذا النزاع المراد حسمه بالتحكيم [1]في .

ومن اجل معرفة القانون الذي يحكم مسائل الأهلية يتم العودة إلى القانون الشخصي لكل طرف من الأطراف أي قانون البلد الذي ينتمي إليه طرف بجنسيته .

ومعنى هذا انه لا يكفي أن تكون للشخص أهلية التعاقد فحسب ،وإنما يجب أن يكون أهلا للتصرف في حق موضوع النزاع [2].

وحدد القانون المصري الاهلية المطلوبة في مادة 11والقانون التحكيم الاردني في المادة 9 بالنص :"على انه لا يجوز الاتفاق على التحكيم الا للشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يملك التصرف فب حقوقه ...".

ففي راي مجلس الدولة الفرنسي اعطي في 1986/3/6 يظهر منه مقاومة عنيفة من القضاء الاداري لفتح ابواب التحكيم الدولي ،واذا كان عقد اداري مثل اجازه المشرع فإنما هو استثناء الذي يثبت قاعدة اقفال باب التحكيم الدولي امام اشخاص القانون العام ،ولكن تطور الظروف الاقتصادية الدولية كان اقوى .

1 عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي الاختصاص التحكيمي، ص 171

2 ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 252

الاهلية في قانون التحكيم الجزائري :

نص القانون الجديد على عدة قواعد بالنسبة للاهلية[1]

1 – نصت المادة 975 جديد على انه:" لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800ان تجري تحكيما الا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "

2- ومن العودة الى المادة 800 فان الاشخاص فيها هي :

ا –الدولة ب- الولاية ج- البلدية د- احدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الادارية
3- ونصت المادة 1066 على انه:" يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام او حالة الاشخاص، واهليتهم، لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم ماعدا في علاقتهما الاقتصادية الدولية اوفي اطار الصفقات العمومية "

فتكون الاهلية حسب القانون الجديد كما يلي :

1 –ابقى القانون شرط اهلية التقاضي ،وادارة الحقوق فيكون المشرع الجزائري مازال يعتبر التحكيم طريقا استثنائيا لتقايض، والتركيز على الانفتاح انصب على التحكيم الدولي، والذي ينضر الى النظام القضائي الفرنسي يلاحظ ان موقف القضاء العدلي بالنسبة الاهلية اشخاص القانون العام، هي مختلفة جذريا في القضاء العدلي عنها في القضاء الاداري ،.ولا تقبل التحكيم المواضيع الاتية لأنها متعلقة بحالة الاشخاص واهليتهم :

ا –الزامات نفقة الاعاشة ب- الحقوق الارثية ج- منازعات المتعلقة بأهلية الاشخاص .

1 عبد الحميد الاحدب ،قانون التحكيم الجزائري الجديد ،مجلة المحكمة العليا عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم، 15و16 جوان 2008، الجزائر، ص66-69

الفـرع الخامس : الموضوع

لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم ان يتم خاليا من العيوب بل يجب ان يكون مشروعا من الناحية الموضوعية ،وهذا يستلزم من جهة ان يرد الاتفاق على مسالة تقبل الفصل فيها عن طريق التحكيم ،وان يتم بين الطرفين يجوز لهما الالتجاء الى التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتهما [1]

ومن ثم يتعين ان يكون الموضوع من الخلافات الدولية القابلة للتحكيم والخلاف على حسب تعريف محكمة العدل الدولية :"هو عدم الاتفاق حول مسالة من الواقع او القانون او هو تعارض في دعاوي القانونية او المصالح ".

ولكي يتم للجوء إلى التحكيم الدولي يجب اتفاق الاطراف على قابلية الخلاف للعرض على هذا الطريق لتسويته ،ويطلق على مسالة قابلية الخلاف للعرض على التحكيم ،هي مايعبر عنه في الفقه الحديث المشكلة التحكيمية .

تنص المادة 1006 من التعديل الجديد لقانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري :"يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، او حالة الاشخاص واهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة ان تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية او في اطار الصفقات العمومية"[2]

1 – خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1، 2002، ص179-186

2- احمد ابو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته ،منشاة المعارف، بالإسكندرية، مصر،(ب ،س، ط) ، ص 72،118

المطلب الثاني :الشروط الشكلية للتحكيم في منازعات ق اج

لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم مجرد توافر الشروط الموضوعية بل يلزم تولفر شروط شكلية فالمشرع العماني في قانون التحكيم في منازعات المدنية والتجارية ،قد اسبغ عليه طابعا شكليا معينا ،وهو الكتابة بهدف التأكد من وجود هذا الاتفاق ،نضرا للآثار الخطرة التي تترتب عليه ،والتي من اهمها كما سنرى في الفصل القادم سلب ولاية القضاء العام في الدولة من النضر في النزاع [1].

وعليه فان الكتابة تعد ركنا اساسيا يجب توفره حتى يمكن القول بوجود اتفاق التحكيم ،والا ففي عدمها بطلان هذا لاتفاق ،بالمطلب الوحيد لشكل اتفاق التحكيم ،حتى في المعاهدات الدولية وهو ان هذا اتفاق لابد وان يكون مكتوبا.

الفرع الاول: شرط الكتابة في القانون الجزائري للتحكيم

نص التعديل الجديد لقانون الاجراءات المدنية والادارية فقد نص المشرع صراحة على ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا نص على ذالك في المادة 1012 :"يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا "،ولكن الكتابة هنا شرط للإثبات وليست ركنا من اركان العقد او شطرا لصحته كما اوضحنا سابقا .

اما بخصوص هذا العنصر على مستوى التنظيمات الدولية الموحدة ،فان بروتوكول جنيف لعام 1923م واتفاقية جنيف لعام 1927م ،قد رايا ان يتركا الامر لتقدير كل دولة حسب قانونها الداخلي بالإحالة الى التشريع الوطني لكل دولة لتحديد شروط اثبات اتفاق التحكيم ،ولكن اتفاقية نيويورك 1958 حسمت هذا الامر بالنص صراحة في المادة الثانية على ضرورة الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ،والكتابة في هذه الحالة تعد شرطا لصحة الاتفاق وليست دليلا للإثبات ولا يكفي ان يكون اتفاق التحكيم مكتوبا بل لابد ان يكون موقعا عليه من الطرفين[2] .

1 احمد صالح علي مخلوف ،مرجع سابق، ص 102

2 فرح مناني ،مرجع سابق ،ص 119-120

وتاسيسا على ذالك فانه متى وجد اتفاق التحكيم بطابعه الشكلي الذي حدده المشرع ،فان اتفاق يرتب اثرا مهما في حق الدولة ذاتها حيث ينزع عنها الاختصاص بفض النزاع بين طرفي الاتفاق، ويمنحه لقضاء خاص هو قضاء التحكيم .

فضرورة توفر الكتابة كشرط شكلي لصحة اتفاق التحكيم يعد وسيلة للتقاضي فبموجبها تثبت ولاية القضاء للمحكم او لهيئة التحكيم اما اذا لم تتوافر هذه الكتابة فان اتفاق التحكيم يكون قد فقد شرطا من شروط صحته، وتعرض بالتالي للبطلان الامر الذي ينفي معه أي اختصاص للمحكم او لهيئة التحكيم بنضر النزاع القائم بين الاطراف[1] .

وبالرجوع على نص المادة 12 من قانون التحكيم العماني يمكن القول ان المشرع العماني قد حدد صورتين لكيفية اثبات اتفاق التحكيم كتابة ،اولهما الاتفاق المكتوب وثانيهما، وجود مستندات كتابية :

الفرع الثاني: الشرط الاول: توفر الكتابة في شكل اتفاق موقع عليه من الاطراف

استلزم قانون التحكيم العماني وجوب ان يكون اتفاق التحكيم المحرر او الموقع عليه من الطرفين مكتوبا والا كان باطلا ،وهوما يفهم من نص مادة 12 التي تقدم ذكرها والتي تقول:" يجب ان يكون اتفاق مكتوبا والا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا اذا تضمنه محرر وقعه الطرفان ..."وهذه الصورة هي الصورة التقليدية الغالبة لوجود الاتفاق والاعتداد به سواء على المستوى الداخلي الوطني ،ام المستوى الخارجي الدولي حيث يتطلب الامر وجود محرر او وثيقة كتابية موقع عليها من اطراف النزاع انفسهم او ممن يمثلهم ،وتكون ذات دلالة حقيقية وكافية على علم الصحيح بوجود اتفاق التحكيم المشار اليه ،فتعد الكتابة في هذه الحالة اعلانا صريحا على اتجاه ارادة طرفين للدليل الكتابي في وقت مبكر فبل نشوب النزاع من شانه ان يؤدي على زرع الثقة والاطمئنان في نفوس الاطراف جميعهم[2] .

1 عاطف شهاب،، مرجع سابق، ص 232

2 محمد ابراهيم ابو هيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الاردن، بدون سنة النشر ص 73

ومع ذالك فان المشرع العماني لم يشترط شكلا معينا لهذا الاتفاق سوى كتابة محرر او التوصل الى وثيقة مكتوبة تحمل توقيع كلا الطرفي العقد ،بل لم يشترط ان تكون كتابة محرر او وثيقة مكتوبة تحمل توقيع كلا طرفي العقد بل يشترط ان تكون الكتابة الازمة لإثبات الاتفاق على التحكيم كتابة رسمية يتم تحريرها وتوثيقها بواسطة الموظف المختص ،او لزوم التصديق على توقيعات اطراف العقد امام الموثق ،وانما يجوز تحريرها في عقد عرفي [1]،وهذا ما أكدته عليه المحكمة العليا في حكم لها بالقول بان الورقة العرفية تعد حجة بما تحمله في طياتها على صاحب التوقيع فلا يمكنه التحلل مما تسجله عليه اذا اثبت عدم صحة الدليل المقام ضده وبرهن على ذالك[2].

وهذا يعد في نضري ممكنا، وكافيا بالنسبة للاتفاقات، والعقود في التجارة الداخلية اما بالنسبة لتعاملات الاطراف في مجال عقود التجارة الدولية، والتي يكون دائما اطرافها من رعايا دول اجنبية فان الامر يبقى اكثر تعقيدا من متطلبات الداخلية ،فعقود التجارة ذات الصبغة الدولية تتطلب خوض غمار مفاوضات كثيرة على عناصر العملية التجارية ،حيث يتم التفاوض على الثمن ،وموضوع العملية التعاقدية ،والمواعيد الازمة لهذه العملية .

وهذا يعد كافيا للدلالة على انصراف نية الاطراف الى التحكيم، كوسيلة لفض ماقد ينشا بينهم من منازعات بمناسبة العقد الذي يجمعهم .

وبطبيعة الحال ينصرف هذا القول على الاتفاق اللاحق على التحكيم ،وهو مشارطة التحكيم ،لأنها تعد في حد ذاتها محررا ومستقلا على التحكيم.

1 محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 74

2 المحكمة العليا قرار رقم ،12 في الطعن رقم 2003/1م، مجموعة الاحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا، الدائرة التجارية، مسقط، 2005، ص 36

الفرع الثالث :الشرط الثاني توافر الكتابة في صورة تبادل المستندات الأخرى

وهذه الصورة في الحقيقة مشار إليها في المشرع الجزائري بحيث يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان وبالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

وبالتالي يقر المشرع في هذه الصورة الحديثة بوجود اتفاق التحكيم وصحته شكلا إذا ما أتى هذا الاتفاق في صورة تبادل للخطايا أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة حتى، وان لم تكن موقعة من أصحاب الشأن أو ممن يمثلهم[1].

فالعبرة في إثبات الكتابة للقول بوجود اتفاق التحكيم وفقا لهذه الصورة ليس بالتوقيع المشترك للأطراف على وثيقة الاتفاق في الوقت، وإنما يثبت الاتفاق على التحكيم بمجرد تبادل مستندات كتابية او الوسائط الالكترونية أو الرقمية لو عن طريق البريد الالكتروني، والتي من خلالها يتم وضع المعلومات في صورة رقمية ،وتخزينها كبيانات الكترونية على شرائط ممغنطة أو أقراص، والاحتفاظ بها في قواعد أجهزة الحاسب الالي[2].

ويتضح مما سبق امران :

الامر الاول :تفرغ الكتابة أما محرر يوقعه الطرفان وأما فيما يتبادله الطرفان من رسائل او برقيات من رسائل الاتصال المكتوبة ،وعليه فان اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب المنازعات فرعية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق على إن المشرع قد تطلب الكتابة، والانعقاد اتفاق التحكيم فانه لم يطلب الرسمية فيكتفي كتابة الاتفاق على ورقة عرفية، وتصلح الورقة العرفية، ولو لم يتم التصديق على توقيع طرفي الاتفاق عليها، ولان الاتفاق على التحكيم لاينعقد إلا بالكتابة فانه لا يقوم مقامه مجرد حضور الطرفين أمام المحكم، ولكن اتفاق الطرفين أمام المحكم على التحكيم ،واثبات، واتفاقهم في محضر الجلسة يعتبر كافيا، ولو لم يوقع الطرفان على محضر الجلسة[1].

1 مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال ،قانون التحكيم، بند 202، ص 370-371

2 محمد على مقداد ،مرجع سابق، ص 97

الامر الثاني :الشكل الذي تفرغ فيه الكتابة

تفرغ الكتابة اما في محرر يوقعه الطرفان، واما فيما يتبادله الطرفان من الرسائل او برقيات او غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة .

وعليه فان اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود اومضمون هذا الاتفاق .على ان المشرع قد تطلب الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم ،فانه لم يطلب الرسمية فيكتفي كتابة الاتفاق على ورقة عرفية ،وتصلح الورقة العرفية ،ولو لم يتم التصديق على توقيع طرفي الاتفاق عليها

ولان الاتفاق على التحكيم لا ينعقد الا بالكتابة ،فانه لا يقوم مقامه مجرد حضور الطرفين امام المحكم .ولكن اتفاق الطرفين امام المحكم على التحكيم ،و اثبات لتفاقهم في محضر الجلسة ،يعتبر كافيا، ولو يوقع الطرفان على محضر الجلسة [1].

1 مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، قانون التحكيم، بند 256، ص 370-371

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن الوسائل البديلة الاخرى لتسوية المنازعات في ق ا ج :

الفرع الاول :التحكيم والصلح والتوفيق :

لقد عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني بانه :"عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما او يتوقيان به محتملا ،وذالك بان يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه "

وبالرجوع الى مصطلح الصلح المبين بالمادة 990ق .ا مدنية الجديد باللغة الفرنسية يفيد التوفيق ،ومصطلحي التوفيق، والتحكيم، والوساطة اختلف بشأنهما كثير من الفقهاء بخصوص الغاية ،ولكن كمصطلح له مفهوم واحد اذا قبل السبعينات كان المصطلح الوساطة وان ما جاء بالمادة 990صلحا ام توفيقا يتم اما تلقائيا او بسعي من الخصوم او بالسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة ،ويثبت هذا التصالح او التوفيق في محضر يوقع عليه الخصوم القاضي امين الضبط – ويودع بأمانه كتابة الضبط ليصبح سندا تنفيذيا المواد 991 992 993 [1]،اذ يفهم من هذه النصوص ان الصلح يمكن ان يبدا اتفاقيا ولكن ينتهي دائما ليكون اتفاقا قضائيا من خلا ل تثبيته من طرف القضاء كما لا يستشف ان هذا التصالح يوكل لجهة اخرى خاص ومؤسساتي عدا التأكيد ان تثبيت التصالح موكل لقاضي الدولة [1].

التوفيق :

هو خيار رضائي لفض النزاع باختيار فض النزاع للجوء الى محكم او مؤسسة تحكيم تفرض الحل على طرفيه فهو قضاء خاص، وتكتسي القرارات التحكيمية الصبغة الالزامية، وقوة النفاذ كالحكم القضائي بعد اكتسابها بصيغة من القاضي الذي لا رقابة على موضوع النزاع[2] .

1 بن نصيب عبد الرحمان، المرجع السابق، ص7

2 عامر بورورو ،الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل المنازعات: الصلح والوساطة والتحكيم 15و16 جوان، ص 345-346

التحكيم :هو خيار رضائي لفض النزاع للجوء الى محكم او مؤسسة تحكيم تفرض الحل على طرفيه فهو قضاء خاص، وتكتسي القرارات الصيغة الالزامية، وقوة النفاذ كالحكم القضائي بعد اكتسابها بصيغته من القاضي الذي لا رقابة له على موضوع النزاع .

ومن ناحية اخرى حكم المحكم قد يقبل الطعن بطرق مختلفة بحسب القواعد العامة بينما عقد الصلح يلزم اطرافه ،وغير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة بالنسبة الى الاحكام ،وان كان قابلا للبطلان او الفسخ بحسب قواعد القانون المدني .

الفرع الثاني التحكيم والوكالة

يختلف التحكيم عن الوكالة فيما بينهما القاعدة ان الوكيل يستمد سلطانه من الموكل ويملك التنصل من عمل الوكيل اذا خرج عن حدود، وكالته ولا يقوم الوكيل كقاعدة عامة الا بما يمكن ان يقوم به الموكل نرى المحكم مستقلا تمام الاستقلال عن الخصوم فبمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له صفة القاضي، ولا يتمكن من التدخل في عمله بل ان حكمه يفرض عليهم[1] .

عرف القانون المدني الجزائري الوكالة في المادة 571 الوكالة او الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصيا اخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه .

ولذالك فوفقا لغالبية الفقه المعاصر فانه المحكم يعتبر قضائيا، وليس، وكيلا، وبالتالي يجب ان يتمتع بالاستقلال الازم لمباشرة مهنته فهو يحكم متجردا طبقا لما يمليه عليه ضميره والقانون ويجب عليه التنحي اذا شعر بشيء يفقده حياده كما ان المحكم يتخذ قرارا قانونا اما الوكيل يقوم بتصرف قانوني[2] .

1 احمد ابو الوفا، المرجع السابق ،ص 32

2 سلطان راشد العاطفي ،الفرق بين التحكيم والوسائل الاخرى في حسم المنازعات والتجربة الكويتية في التحكيم، الكويت (،ب ،س، ط) ص 5-6

الفرع الثالث :التحكيم والقضاء :

يختلف التحكيم عن القضاء من حيث التشكيل ،والإجراءات ،وآثار الحكم ،ووسائل الاعتراض عليه يختار المحكم عادة من الخصوم، أي من ذوي الشأن، وهذا الاختيار ينبع من اتفاق التحكيم ،أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة ممثلا عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه وبالتالي فلا يتقاضى أتعابا من الخصوم بعكس التحكيم ،وإنما يتقاضى مرتبا من الدولة، لأنه موظف عام كما إن المحكم غير ملزم بتطبيق قواعد قانون المرافعات على إجراءات الخصومة مالم يتفق على ذالك أو مالم تتعلق القاعدة الإجرائية بالنظام العام كضمانات التقاضي الأساسية، من حقوق الدفاع، وغيرها بعكس القاضي الذي يكون ملزم بتطبيق قواعد المرافعات على خصومة .

كما إن سلطة المحكم تكون مقيدة بما هو وارد في اتفاق التحكيم، وبالتالي فلا يملك إدخال شخص من الغير لمصلحة العدالة، أو لإظهار الحقيقة إذا لم يسمح اتفاق التحكيم، بذالك، وهذا على عكس القاضي الذي يملك من تلقاء نفسه حق إدخال الغير أو لمصلحة العدالة، كما يلزم المحكم بالمدة المحددة اتفاق أو قانونا لإصدار بعكس القاضي الذي لم يحدد له القانون مدة معينة لإصدار الحكم[1] .

الفرع الرابع :التحكيم والخبرة القضائية

الخبير هو شخص فني طبيب أو مهندس أو حسابي أو مصرفي أو غيره يعطي رأيه الاستشاري بصد مسالة فنية تقتضيها قضية مطروحة على المحكمة، ويصعب على المحكمة الإلمام بها فنيا بناء على قرار ندبه تلبية لطلب احد الخصوم او من تلقاء نفس المحكمة ،ولكن هذا الرأي لا يقيد الخصوم، ولا يقيد المحكمة

وفي القانون الجزائري لم يعرف الخبير لا في قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بموجب الأمر رقم 66-154المؤرخ رقم 08-09المؤرخ في 25-02-2008 بل اكتفي قانون الإجراءات المدنية القديم بتحديد مهام ذو صلاحيات الخبير في المواد من 47 ال 55 مكرر [2].

1خالد محمد القاضي، مو سوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، ط1 2002 ، ص116-117

2يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، دار هومة ،الجزائر، طبعة، 2009، ص 73

يختلف التحكيم عن الخبرة فالمحكم يقوم بوضيفة القضاء ويحسم النزاع بين الخصوم ورايه يفرض عليهم ،بينما الخبير لا يكلف الا بمجرد ابداء الراي فيما يطرح عليه من مسائل .وهذا الرأي لا يلزم الخصوم كما لا يلزم القاضي، والمحكم يصدر حكما ويتقيد بالأوضاع، والمهل والاجراءات المقررة في باب التحكيم بينما الخبير يكتب تقريرا، ولا يتقيد بالإجراءات، والمواعيد المقررة في قانون الاثبات .

كما أن قانون الإجراءات المدنية، والإدارية الجديد اكتفى بتعريف الخبرة في المادة 125 إما المحكم فهو يباشر مهنته دون، وجود قضية أمام المحكمة بندبه منها من الخصوم في شرط أو مشارطة تحكيم كما انه يصدر قرارا مازما لإطراف النزاع دون أن يخضع لسلطة القضاء التقديرية في ذالك .

والخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور ،والخبير هو العالم في علم اوفن معين كالزراعة او الصناعة او الطب ...

الفرع الخامس: التحكيم والوسائل الدبلوماسية

التحكيم يعد الوسيلة دبلوماسية لفض المنازعات غير أن يختلف عن غيره من الوسائل الدبلوماسية الأخرى باعتباره، وسيلة لتسوية النزاع بواسطة قضاة يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع كما انه تسوية تقوم على أساس من احترام القانون والنية الحسنة فضلا عن ان الحكم الصادر فيه يعد ملزما للأطراف ،والتحكيم بهذا المعنى يختلف عن الوسائل الدبلوماسية الأخرى لفض المنازعات ،ومما يجب الإشارة إليه في هذا المقام هو ضرورة التعرف على طبيعة النزاع حتى يتمكن التوصل إلى التسوية الدبلوماسية المختلفة فان النزاع الاقتصادي يلائمه عادة نضام التحكيم في حين إن النزاع القانوني يناسب التسوية عن طريق القضاء كما نصت المادة 33من ميثاق على هذه الوسائل فنصت على انه يجب على أطراف كل نزاع يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضات، والتحقيق والتسوية القضائية او يلجا إلى الوكالات ،والمنضمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمي التي يقع عليها اختيارهم[1] .

1 خالد محمد القاضي، المرجع السابق ص

الفصل الثاني :اتفاق التحكيم وآثاره في منازعات قانون الأسرة الجزائري

طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، أن التحكيم ينتج آثار المبحث الأول نتناول فيه التنظيم الإجرائي للتحكيم ،والثاني آثار التحكيم في ق اج .

المبحث الأول: نضام التحكيم بين الزوجين في ق ا ج

نصت المادة 56 من قانون الاسرة من قانون الاسرة الجزائري بموجب القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل بموجب الامر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 على انه اذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق .

المطلب الأول: تعيين المحكمين ومهامهما وشروطهما

يقصد بتعيين المحكمين ان القاضي يعين الحكمين حكما من اهل الزوج وحكما من اهل الزوجة وعلى هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتهما في اجل شهرين .

الفرع الاول :تعيين المحكمين

يظهر من خلال المادة 56من قانون الاسرة الجزائري ان الامر يتعلق بالشقاق الذي يقع بين الزوجين ،ولا يثبت فيه الضرر، والواقع الذي يلزم القاضي بعث حكمين للإصلاح بينهما ،ومعرفة اسباب الشقاق ثم جاء تعديل المادة 53من قانون الاسرة ليضيف بموجب الفقرة الثامنة منها سببا اخر من اسباب التطليق التي تجيز للزوجة ان تطلب على اساسها التطليق بحيث نصت هذه الفقرة على انه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب التالية ...-8الشقاق المستمر بين الزوجين ،وبناءا عليه يتوجب لتعيين الحكمين ،وجود شقاق مستمر بين الزوجين هنا يصبح القاضي ملزم باقتراح حلول يراها مناسبة لفض الخصومة بين الزوجين ،ولن يتات له ذالك دون ان تكون له دراية واسعة باحوال الناس الاجتماعية والنفسية .

كما ان الجوء الى التحكيم يقوم على شرط هعدم ثبوت الضرر الذي تدعيه الزوجة طلبا للتطليق وفشل القاضي في مسعاه الى الصلح بينها وبين زوجها مع الاخذ بان يكون الضرر لازما وغير قابل للزوال كونه يرقى لان يكون سببا للشقاق بين الزوجين مما يوجب على القاضي ندب حكمين خبيرين باحوال الزوجين ولهما القدرة على الاصلاح ومهمتهما ليس اثبات الضرر الذي لم تستطع الزوجة اثباته بل الوقوف على ما اثاره الزوجان امامهما من خلاف وشقاق يحاولان على اساسه الحكم بينهما بالعدل وتضييقا من دائرة الطلاق وحفاضا على حقوق كافة افراد الاسرة فان اللجوء الى فك الرابطة الزوجية لا يكون الا تحت الاشراف الفعلي للمحكمة وبالنضر الى مال تطبيق القاعدة القانونية وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الفردية فان تفعيل نضامي الصلح والتحكيم يجب ان يكون على نحو الذي لا يقلل من اهميتهما كطرق بديلة لفض النزاعات الاسرية .

اذا ان القضاء ولاية عامة مناطة بالدولة والقاضي اعلى مرتبة من محكم كما ان التحكيم ولاية خاصة اقل من ولاية القضاء كما ان القاضي يحكم في قضايا متعددة اما المحكم فلا يحكم الا في الخلاف بين الزوجين .

للقاضي صلاحيات واسعة كالعقاب بالحبس ونحوه واما المحكم فصلاحياته محدودة وحكمه يعرض على القضاء لاثباته[1] .

لا يلزم حكم المحكمين الا لمن رضي بحكمهم.

يملك الخصوم عزل المحكم قبل حكمه واما القاضي فلا يملك الخصوم عزله قبل الحكم ولا بعده[2] .

1 وروضة الطالبين 122/1

2 جمال حشاش ، مجلة النجاح للابحاث العلوم الانسانية، المجلد 7/28، التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الاسلامي ، ص 1743- 2014م

الفرع الثاني: مهام المحكمين

تتخلص مهمة الحكمين في هدفين رئيسيين هما الاصلاح او التفريق وهذه بعض الاجراءات التنفيذية التي يمكن الوصول من خلالها الى ذالك :

1 - الترف على اسباب الشقاق ويمكن الوصول اليها عن طريق

1 - خلو الحكمين بالزوجين كل على حدة للتعرف على اسباب الشقاق كل حسب وجهة نضره.

2 - اشعار الحكمين للطرفين بأهمية الحياة الزوجية وان الحفاض على لحمتها من الطرفين ان يتنازل كل منهما عن بعض حقوقه من اجل مصلحة الاسرة لا سيما مع وجود الابناء .

3 - تذكير الزوجين بحسنات الطرف الاخر قال الله تعالى ولا تنسو الفضل بينكم وان الارادة الصادقة من اكبر اسباب الاصلاح وتوفيق الله لهما وتأليفه بينهما كما قال تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فقد جاء في تفسيرها لنهما الزوجان قال الرازي في قوله تعالى ان يريدا وجوه ...الثالث ان يرد الزوجان اصلاحا يوفق الله بين الزوجين .الرابع ان يريدا الزوجان اصلاحا يوفق الله بين الحكمين حتى يعملا بالصلاح [1].

4 - التعرف على ما يكنه كل طرف للآخر وقد ذكر القرطبي طريقة يتعرف بها الحكمان على ما يكنه كل طرف لصاحبه فقال ان الحكم من اهل الزوج يخلو به ويقول له اخبرني بما في نفسك ا تهواها ام لا حتى اعلم مرادك فان قال لا حاجة لي فيها خذ منها ما استطعت وفرق بيني وبينها فيعرف ان من قبله النشوز[2] .

1 الرازي، التفسير الكبير 94/10 ،ايضا ،المفصل في احكام المراة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية ،423/8.

2 الجامع لاحكام القران القرطبي ،ج175/5-176.

2 اجتماع الحكمين وحدهما وفي هذه الخطوة يتم تباحث الحكمان في :

-اطلاع كل واحد من الحكمين على اسباب الشقاق في ضوء ما سمعه من صاحب الزوج /الزوجة

- تحديد المسؤولية لكل طرف

- التشاور في كيفية العلاج وما يجب على كل طرف من اطراف الشقاق ان يفعله لرفع الشقاق وحفض الرابطة الزوجية .

-بيان الحكمين للزوجين ما يجب عليهما حيث يعود كل محكم لصاحبه الزوج /الزوجة ليبين له مدى مسؤوليته في حصول الشقاق وما يجب فعله حفضا للحمة الاسرة [1].

1 الجامع لاحكام القران ،القرطبي، ج 5/175-176

فرع الثاني :شروط المحكمين

ان طبيعة المهمة التي يقوم بها الحكمان واهميتها تتطلب ان يكون الحكمان من اهل الخبرة والحكمة والصلاح والمعرفة بشؤون الصلح لتحفظ البيوت والاسر من التصدع والاطفال من التشرد[1] ،ونضرا لأهمية عمل الحكمين في طلب الاصلاح ،وما يترتب على ذالك من اثر على الاسرة فقد ،وضع الشارع شروطا للحكمين المرشحين

لهذه المهمة ليقوما بمهمتهما على اكمل وجه، ومن هذه الشروط :

1 – ان يكونا من اهل الزوجين، وهذا الشرط جاء منصوصا عليه في ايه التحكيم ،ولكون اهل الزوجين هم احرص الناس على مصلحتيهما ،واكثرهم معرفة بحالتيهما بالإضافة الى انهم من اقرب الناس اليهما فيستطيعان ان يتابعا ،ويشرفا عليهما مما يساعد على نجاح الطرفين في تجاوز ازمتيهما، وحل نزاعهما ولكن اتفق الفقهاء على جواز بعث الحكمين من غير الاهل عند عدم ،وجود الاهل او تعذر بعثهم لعدم توفر شروط الحكمين فيهما ،وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة [2]

2 – العقل والبلوغ والاسلام قال ابن قدامه لان هذه من شروط العدالة سواء كان حاكمين او وكيلين[3].

1 عبد الله شحادة 3/845 تفسير القران العضيم نقلا عن التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الاسلامي وائل طلال سكيك ص 67.

2 بداية المجتهد ونهاية المقتصد ابن رشد 2/81 .

3 المغني والشرح الكبير ابن قدامة 8/170 .

بما ان التحكيم في مسائل الاحوال الشخصية هو تحكيم من نوع خاص وان مهمة التحكيم فيه ليست مهمة تحكيمية انما وساطة للصلح بكل معانيها تستلزم هذه مقاربة ان تتوفر في الحكمين في مسائل الاحوال الشخصية.

من كونهما مسلمين عدلين عاقلين يتمتعان بالأهلية لمباشرة حقوقهما المدنية وان يكونا من اهل الشهادة وان يستجمعا بعض شرائط الفتوى بالقدر الذي يؤهلهما للنضر في الواقعة التي انيطت بهما التحكيم فيها .

حيث ان القوانين الوضعية كانت متفقة مع الشريعة الاسلامية في الاخذ بالتحكيم في مادة الاحوال الشخصية غيرانها ضيقت من نطاقه وحصرته في دعاوى التطليق والشقاق المستمر بين الزوجين في حين ان الفقه الاسلامي وسع من مجال التحكيم ليشمل كل ما يصح فيه الصلح في منازعات الاحوال الشخصية والذي يؤخذ على التشريعات الوضعية ايضا في تنظيمها للتحكيم انها لم تضبط احكامه بالقدر الذي يتيح للقضاة تطبيق المادة القانونية بأريحية ودون الاضرار تتبع لآراء فقهية مختلفة نهايك عن بعض التشريعات التي اجازت التحكيم بين الزوجين ولم تنضم احكامه جملة [1]وتفصيلا كشأن المشرع الجزائري الذي نص على التحكيم في قانون الاسرة في مادة وحيدة وسكت عن جميع احكامه من شروط وضوابط وحدود مما ينبغي عليه مراجعة نضام التحكيم في قانون الاسرة وعدم السكوت على ضوابطه الشرعية واجراءات تطبيقه بما يضمن استقامة حال التحكيم في المحاكم الجزائرية الخاصة بشؤون الاسرة.

1 - عبد العالي قزي الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية قانونية مقارنة مرجع سابق ص205-206

المطلب الثاني : دور القاضي في تطبيق الصلح والوساطة ضمن دعاوى التطليق

نصت بعض قوانين الاحوال الشخصية صراحة على ضرورة اجراء الصلح في دعاوى التطليق من ذالك ماورد في مدونة الاسرة المغربية ضمن المادة 113 حيث نصت على انه بينت في دعاوى التطليق المؤسسة على احد الاسباب المنصوص عليها في المادة 98 اعلاه بعد القيام بمحاولة الاصلاح باستثناء حالة الغيبة، وفي اجل اقصاه ستة اشهر ما لم توجد ظروف خاصة ...[1] غير ان بعض التشريعات سكتت عن محاولات الصلح في دعاوي التطليق، وفي ضل غياب نص تشريعي يعتبر فقهاء القانون الحكم القضائي الصادر بالتطليق اه حكم منشئ للطلاق ،ومادام كذالك فانه لا يطرح أي اشكال في اجراء الصلح في دعاوى التطليق نضرا لوجود نصوص يمكن الاستناد اليها في تطبيقه [2] ،فمثلا بالنضر الى تشريع الجزائري نجد انه بإمكان القاضي ان يجري الصلح في دعاوي التطليق بالإسناد الى المواد 439 442 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وكذالك بإمكانه ان يعين حكمين في دعاوى التطليق الاسناد الى المادة 49 من قانون الاسرة ،وبالتبعية تطبيق المادة 50 من نفس القانون ،وهوما يلاحظ في الممارسة القضائية ،والتطبيقات القضائية من خلال استنادها على المادتين 46 50 من قانون الاسرة في دعاوى التطليق بخصوص اجراء محاولات الصلح[3] .

1 المادة 11 ،من القانون رقم(70.03) بمثابة مدونة الاسرة ،لسنة 2004 م ،مرجع سابق

2 تقية عبد الفتاح ،قضايا شؤون الاسرة من منضور الفقه والتشريع والقضاء ،لا ،ط، الجزائر ،منشورات ثالة 2011م ،ص 235

3 عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مرجع سابق ،ص 224.

وكمبدأ عام يمكن للقاضي الاستناد الى المادة 04 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ،والتي تخول لقاضي شؤون الاسرة بصفة عامة تطبيق الصلح في جميع المنازعات بما فيها دعاوى التطليق، وكذالك بالاستناد الى نص المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية ،والادارية وما يليها من نفس القانون يمكن للقاضي اجراء محاولة الصلح ،في دعاوى التطليق لعموم صياغة، هذه المواد مما يسمح باشتمالها على جميع صور فك الرابطة الزوجية .

هذا ،وقد استقر الفقه القضائي على ان للقاضي السلطة التقديرية لإجراء محاولات الصلح في مختلف اسباب التطليق [1]، وللقاضي ان يقوم بكل ما يراه مناسبا من اجل الصلح منتقديهم النصح ،والارشاد للزوجين ،وحث الزوجة على الصبر على زوجها واهمال الزوج المعسر مدة زمنية معينة مالم يلحق ضررا جسيما بالزوجة ،وله ايضا انتداب حكمين من اهل الزوجين اومن غيرهما ممن يراه مؤهلا للإصلاح [2] ،وفي حالة العيوب قد يرى القاضي استعمال العلاج اذا تبين له ان العيب يمكن الشفاء منه بتقرير الخبرة وبالتالي يأمر بمزاولة العلاج ،ولا يقضي بالطلاق الا بعد ان يستنفذ جميع المحاولات الممكنة ولا يتغير شئ .

وللتنويه ان اجراء الصلح الذي يجريه القاضي لا يقتصر دائما على دفع الزوجين للتراجع عن الطلاق بل قد تصل قناعة القاضي ان المصلحة في التفريق فتكون جلسة صلح لمناقشة اثار فك الرابطة الزوجية .

1 محمد الكبشور شرح مدونة الاسرة انحلال ميثاق الزوجية مرجع سابق ج2 ص 80

2 عبد الحكيم بن هبري احكام الصلح في شؤون الاسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري مرجع سابق ص 80

وتنضيم نتائج الطلاق كالاتفاق على النفقة والحضانة وتربية الابناء وتعليمهم وغيرها من المسائل والسكن ليتم الفراق بشكل ودي ومراعيا لخصوصية كل طرف ويدون كل ماتم الاتفاق عليه في هذه الجلسة في محضر صلح ينهي المنازعات التي تم الاتفاق بشانها واذا وقع الاختلاف في بعض المسائل يحاول القاضي تسويته في حدود سلطته التقديرية كذالك اذا تم الاتفاق على بعض الامور بشروط فان القاضي ياخذ دورا ايجابيا من خلال مراقبة صحة الشروط والمصادقة عليها [3]،وعلى كل فان دور القاضي يعتبر دورا فعالا في جميع دعاوى التطليق وتبرز اهميته في ممارسة العملية الصلحية وتعزيز الصلح بطرق متعددة حسب ما تقتضيه كل حالة على حدة .

3 الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق ،ص 194

المطلب الثالث : نطاق التحكيم بالصلح والوساطة في قانون الاسرة الجزائري

ان المبدأ في الفقه الاسلامي جواز التحكيم بالصلح في كل ما اختص به الخصمان من الحقوق [1]،أي ان حدود التحكيم في الاحوال الشخصية عند الفقهاء المسلمين تشمل كل الحقوق التي يملك الافراد التصرف ،والصلح فيها وهي حقوق العباد الخالصة كالأموال ،وما في معناها وفي الجراح ،وفي كل ما يصح لاحدهما ترك حقه فيه ،ومنه فانه لا يجوز التحكيم في المسائل الاحوال الشخصية المتعلقة بحق من حقوق الله تعالى كالحدود من قذف ،ولعان وزنا او في غير الحدود كالطلاق او النكاح، ونحوه ،[2]وكذالك لا يجوز الصلح بالتحكيم ،ولا بالوساطة من اجل التحكيم في المسائل التي تتقاطع فيها حقوق الخصمين مع حقوق غيرها من العباد كالحضانة لاشتراك هذا الحق بين الحاضنة ،والمحضون، وكالولاء ،والنسب لترتب احكامهما من نكاح وارث ،وغيرهما كما يصح التحكيم في امر الغائب مما يتعلق بماله وزوجته وحياته وموته .

ولا يجوز التحكيم ايضا في القصاص لان التحكيم بمنزلة الصلح ،ولان القصاص ليس حق خالصا للعبد ،ودم الانسان ليس ملكا له يصح ان يصالح عليه كما لا يصح التحكيم فيما يجب من الدية على العاقلة لأنه ليس للمحكمين ،ولاية على العاقلة لان الدية تجب على العاقلة لان العان يقوم مقام الحد[3] ،ولا يجوز التحكيم، ولا الصلح في الحدود كما سبق القول ،وانما يتم استيفاؤها، عن طريق القضاة لتعلق الحق فيها بغير الخصمين ،فلا يعتبر حكم المحكم فيها، ولا يكون حجة في غير الخصوم ولكون القضاء هو الولاية العامة في فض المنازعات .

1 ابن العربي ت543ه احكام القران مرجع سابق ج2 ص125.

2 ابن مارة ت 616ه المحيط البرهاني في الفقه النعماني مرجع سابق ج8 ص 123 .

3 ابن نجيم ت 970 ه البحر الرائق شرح كنز الدقائق مرجع سابق ج 7 ص26.

وبالرجوع الى القانون الوضعي نجد ان القوانين الاحوال الشخصية قد حددت نطاق التحكيم بدعاوى التطليق ، اما بقية مسائل الاحوال الشخصية فلم ينص القانون على التحكيم بشأنها فيما ذهبت بعض القوانين الوضعية الة التضييق اكثر من دائرة التحكيم في مسائل الاحوال الشخصية ،وحصرته في حالة ما اذا اشتد الخصام بين الزوجين ،وليس كل حصام اشتد بينهما يوجب بعث الحكمين لوجود قرينة صارفه تستدعي بعث الحكمين فقط عند اشتداد الخصام بين الزوجين [1]، وليس كل خصام اشتد بينهما يوجب بعث الحكمين لوجود قرينة صارفه تستدعى بعث الحكمين فقط عند اشتداد الخصام ،وعدم ثبوت الضرر فاذا ثبت الضرر، فلا مجال عندها لتفعيلا لتحكيم، وعلى العموم فان قوانين الاحوال الشخصية قد ضيقت، من نطاق التحكيم في مادة الاحوال الشخصية بحصره، في دعاوى معينة على خلاف الفقه الاسلامي الذي وسع من نطاقه ليشمل جميع مسائل الاحوال الشخصية مالم ترتبط بحق من حقوق الله تعالى ،او تتعلق بحق من حقوق العباد من غير طرفي النزاع .

والواقع ان اغلب القوانين الوضعية التي اخذت بالتحكيم، في مادة الاحوال الشخصية لم تختلف فب المبدأ ،مع موقف الفقه الاسلامي من كون جواز التحكيم فيما يجوز استحقاقه بالصلح[2] ،ولكن اختلفت معه في العلة بتحديد نطاق التحكيم ،وعدم جوازه في مسائل معينة.

1 عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في مادة الاحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص 192

2 عبد المنعم احمد سلطان عيد ،وسائل الاحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ص233

فالمنع في الفقه الاسلامي يقوم على ارتباط المسائل الممنوعة بحق من الحقوق التي لا يملكها الخصمان، فيما يقوم المنع في القانون على اساس تعلق المسالة بالنظام العام ،وهي من الامور التي لم يتوصل فقهاء القانون الى راي معين بشأنها [1]،وهذا ما يجعل محل التحكيم غير منضبط في القانون الوضعي ،والذي كان ينبغي عليه ان يستفيد من الفقه الاسلامي الذي ضبط في القانون الوضعي ،والذي كان ينبغي عليه من الفقه الاسلامي ،الذي ضبط التحكيم في مسائل الاحوال الشخصية ،وحدده بدقة تكفل الاستفادة من هذا النظام على اكمل وجه .

1 عائشة محمود جاسم الدودادي، التحكيم في منازعات الاحوال الشخصية بين الشريعة الاسلامية والقانون المصري والكويتي ،لا ط، لا، م، لا، ن 2005م ،ص 211.

المبحث الثاني: تطبيقات التحكيم بالصلح والوساطة في قانون الاسرة الجزائري

ان المحافظة على استقرار الاسرة هو المبتغى الذي سعى اليه المشرع الجزائري من خلال اعادة النضر في تشريعاته الخاصة بالأسرة لان تكون ملائمة للقصد العام للشريعة الاسلامية ،وذالك بالتأكيد فض المنازعات الاسرية بطريقتي الصلح والتحكيم فمحاولة الصلح اجراء وقائي يحفظ به كيان الاسرة والمجتمع ككل وهو ملزم لقاضي شؤون الاسرة يقوم به قبل الفصل في دعوى الطلاق بكافة صوره نتناول في هذا المبحث صور تطبيقات الصلح والوساطة في دعوى الطلاق والتطليق والخلع والطلاق بالتراضي .

المطلب الاول :تطبيقات الصلح في دعاوى الطلاق

ان موضوع الصلح في دعوى الطلاق قد اسال الكثير من الحبر لدى فقهاء قانون الاحوال الشخصية ،وخاصة على المستوى الوطني حيث انه ،وبالتطرق الى المواد التي نظمت الطلاق على مستوى قانون الاسرة الجزائري نجد تضاربا صارخا ،وتناقضا واضحا مع الشريعة الاسلامية مما اثار موجة انتقاد من لدن فقهاء قانون الاسرة الجزائري مطالبين بتعديل هذه المواد بما يتوافق، والنص الشرعي فمثلا تنص المادة 1/49 من قانون الاسرة الجزائري :"على انه لا يثبت الطلاق الا بحكم بعد عدة محاولات الصلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته ثلاثة اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى "[1].

1 المادة 49 من القانون رقم 11/84 لسنة 2005م مرجع سابق.

والواضح من نص هذه المادة ان المشرع الجزائري اعتبر الصلح إجراء جوهريا لا يمكن لقاضي الاحوال الشخصية مخالفته، ولو بعد التلفظ بالطلاق ،والا ترتب على اغفاله بطلان جميع الاجراءات اللاحقة بما فيها الحكم بالطلاق .

الفرع الاول: تطبيقات الصلح والوساطة في دعاوى الطلاق بالتراضي

ان من بين الادلة على سمو نضام الطلاق في الاسلام ان جاءت احكامه متسقة تمام الاتساق مع الفطرة الانسانية ،والحاجات الطبيعية عند الانسان ،والتي لا يزال العقل البشري يكشف عنها حينا بعد حين وتخفي عليه كثير من تلك الكمالات احيانا ومن تجليات ذالك ان جعل الاسلام للزوجين متى انعدمت اسباب التفاهم ،والوداد والتعايش بينهما واصبح كل واحد منهما عاجزا عن الالتزام بالسلوك الاخلاقي السليم الذي نظمته شرعة الله عز وجل ،ومفرطا في القيام بالواجبات المنوطة به تجاه الاخر ان يتفق معه على الطلاق لانتفاء الضمانات التي توفر الدين الصحيح فيهما ،ولانعدام مسالك العلاج التي تحمي بيت الزوجية من ان يتهدم فتتجه ارادتهما بالاشتراك في الطلاق الذي انقلبت المصلحة الى جهته ،والذي يصبو من خلاله كل طرف لحفض دينه ،ودرء معصية النشوز عن نفسه ،وهذا ما يعرف بالطلاق بالتراضي [1].

1 مصطفى الخن واخرون الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي مرجع السابق ج4 ص 121

،ويقصد بهذه الصورة ان كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية رفعا للحرج ،وايمانا منه بان استمرار هذه العلاقة اصبح غير ممكن باي وجه من الوجوه فتتحد ارادتهما مناجل ايقاع الطلاق ،ووضع حد للرابطة الزوجية دون خصام او نزاع ،ويكون ذالك بناء صدور ايجاب بالطلاق من احدهما، وقبول من الطرف الاخر، او بناء على رغبتهما المشتركة معا ،[1]يقصدان بذالك التفرق على احسان كما اجتمعا عليه ،ولقد اشارت آيات عدة من القران الكريم ،الى هذه الصورة من الطلاق فجاء في قوله تعالى:{ وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته ،وكان الله واسعا حكيما }. النساء الاية130.اي انه اذا شح كل واحد من الزوجين، ولم يصطلحا ،وتفرقا بطلاق اتفقا عليه فالله يغني كلا منهما عن صاحبه بفضله ولطفه في المال والعشرة والسعة وهذا وعد بالغنى لكل واحد اذا تفرقا عن اتفاق ،وتفاهم ونسبة الفعل اليهما يدل على ان لكل منهما مدخلا في التفرق ،وهو التفرق بالأبدان وزوال العصمة ،ولا يدل على انه التفرق بالقول الذي يختص به الزوج دون الزوجة [2].

وهذه الآية هي نضيرة قوله تعالى :{وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم }البقرة 227 .وقوله تعالى:{ فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان}. البقرة الآية 229 فدلت هاته الآيات على ان للزوجين ان يتفقا على الفراق على ما ضهر منهما من النشوز كما ان لهما ان يصطلحا فصرف امر التفرق الى الزوجين دليل على جواز الاتفاق على الطلاق [3].

1 لحسين بن الشيخ اث ملويا المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية مرجع سابق ج1 ص 254

2 اثير الدين الاندلسي ت 745ه الهداية الى بلوغ النهاية في علم معاني القران وتفسيره تحقيق الشاهد محمد القيسي القيرواني ت 437ه الهداية الى بلوغ التهاية في علم معاني القران وتفسيره تحقيق الشاهد البوشيخي ج8 ط1 الشارقة جامعة الشارقة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية 1429ه /2008م ص 5081.

3 محمد ابو منصور الماتريدي ت333ه تفسير الماتريدي تحقيق د مجدي باسلوم ج3 ط1 بيروت –لبنان دار الكتب العلمية 1426ه/2005م ص 168.

،ويعتبر الاتفاق على الطلاق وجه خاص من ،وجوه الصلح لأنه يتضمن مصلحتهما ،وفيه قطع لنزاعهما ،وتسوية خلافهما كما ان هذا الاتفاق، وان اعتبر صلحا من نوع خاص الا انه لا يمنع القاضي من عرض الصلح على الطرفين ،وترغيبهما في ندب وسيط من الاهل او من غيرهما لينضر في امرهما فان اصرا على الفراق ،وتأكد من هذا التجاه رغبتهما اليه فليس له الا ان يقرر ما تفق عليه .

هذا ،وقد اتجهت غالبية القوانين الوضعية للأخذ بالطلاق بالتراضي ،وعرف بالطلاق بالإرادة المشتركة ،ويسميه بعض الفقهاء بالطلاق اللطيف او الظريف وهوما يقابل الطلاق بالمنازعة ،ويتم هذا النوع من الطلاق بتوافق ارادتي الزوجين معا على رفع قيد النكاح ،ووضع حد لعلاقتهما دون خصام او نزاع ،والاتفاق على الاثار المترتبة على هذا القرار ،والاتجاه لإحداث الاثر القانوني المتمثل في الطلاق [1]فيتفرقان بتراضيهما ،ومن شروطه ان يتم بناء على طلب احد الزوجين وموافقة الاخر او بناء على طلبهما المشترك فك الرابطة الزوجية بالتراضي [2]،وغالبا ما يحدث هذا النوع من الطلاق بين الزوجين الذين يفضلان المحافظة على اسرار العلاقات التي بينت بينهما ،ويتم نتيجة تقديم ويتم نتيجة تقديم تنازلات متبادلة ،وهوما يجعله بمثابة عقد صلح ينهي نزاعا قائما او متوقعا بينهما .

وعليه فان القاضي المرفوعة امامه دعوى الطلاق بالتراضي يقوم بتجسيد هذا الصلح بتحديد عناصره التي تم الاتفاق بشأنها، ومراقبة صحة وسلامة ما تم الاتفاق عليه ثم توثيق ارادة الزوجين في شكل حكم يعد اشهادا لا يوصف بما توصف به الاحكام عادة [3].

1 - هجيرة بن عزي ،الطلاق الاتفاقي على ضوء مدونة الاسرة والعمل القضائي ، رسالة مقدمة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ،جامعة محمد الاول ،المغرب 2008، /2009 م، ص 11.

2-محفوض بن صغير ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص 162 .

3- لحسين بن اث ملويا ،المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ،مرجع سابق ،ج1 ،ص 255.

ويقع طلاقا بائنا ،وليس رجعيا لأنه لا يصدر الا يوصف بما توصف به الاحكام عادة ،ويقع طلاقا بائنا ،وليس رجعيا لأنه لا يصدر الا بموجب حكم قضائي ،ومع

هذا يرى جانب من الفقه ان محاولة الصلح ،والإحالة الى الوساطة من اجل الصلح لا بد ان تكون، في جميع صور فك الرابطة الزوجية بما فيها الطلاق بالتراضي.

غير انها تكون مرة واحدة على الاكثر في هذا النوع لان المحكمة تقوم بالإشهاد على هذا الطلاق[1] ،فيما يذهب جانب اخر من الفقهاء الى ان عدد محاولات الصلح او انتداب حكمين او الاحالة للوساطة انما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي .

حسب ظروف كل قضية على حدة فمتى شعر القاضي بجدوى الصلح ،اواي وسيلة من الوسائل البديلة يمكنها ان تعيد جسور التواصل ،وتجبر بالخواطر سلكها حسبما تفتضيه الحال[2] .

وارى بان هذا الاتجاه قد وفق فيما ذهب اليه خاصة ان كان بين الزوجين ابناء [3] فمن الحكمة ان يستنفذ القاضي الوسع ،في اتخاذ كل سبل الاصلاح بغية اقناع الزوجين بالعدول ،عن قراراهما ومواصلة حياتهما الزوجية بما يتحقق مصلحتهما .

1 بوزيد وردة، الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ضل قانون الاجراءات المدنية والادارية والممارسة القضائية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ،2011/2010م، ص42 .

2 محمد الكشبور، شرح مدونة الاسرة انحلال ميثاق الزوجية ،ج2، ط1 ،المغرب، مطبعة النجاح الجديدة 2006م، ص 80

3 عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة، مرجع سابق ،ص 216.

الفرح الثاني: تطبيقات الصلح والوساطة في دعاوى التطليق

يعتبر التطليق صورة من صور فك الرابطة الزوجية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ويتم بناء على طلب احد الزوجين او بتدخل القاضي ولو من دون طلب احد لسبب من الاسباب الداعية لذالك ليصدر حكما بالتفريق رفعا للضرر الواقع على احد للطرفين وحفضا لحق الشرع في العلاقة الزوجية ولقد تعددت اسباب التفريق في الفقه الاسلامي وفي القانون الوضعي وقد اخذت غالبية التشريعات العربية بالأسباب الشرعية للتفريق وفيما يلي بيان تلك الاسباب ودور القاضي في تفعيل عملية الصلح والوساطة حسب ما يقتضه كل سبب.

1 اسباب التطليق في الفقه الاسلامي :

لقد تعددت الاسباب الداعية للتفريق بين الزوجين في الفقه الاسلامي واختلفت باختلاف مسبباتها وفيما يلي بيان اهم تلك الاسباب :

-التفريق وعدم الانفاق

-التفريق بسبب الامراض والعيوب

-التفريق بسبب الغيبة والسجن

-التفريق للشقاق وكل ضرر معتبر شرعا

فاغلب الفقهاء يميلون الى تضييق دائرة الاسباب الموجبة للتفريق وعدم التوسع فيها ويجعلون التطليق اخر علاج بعد استنفاذ كل سبل الاصلاح [1] بل ان من الفقهاء من لم يجز كثيرا من تلك الحالات ولم يعتبرها مسوغا للتفريق بين الزوجين فلم يجز كثيرا منهم التفريق للشقاق او للضرر مهما كان شديدا .

1 الدسوقي ت 1230ه حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مرجع سابق ج2 ص 518

لان دفع الضرر عن الزوجة يمكن ان يكون بغير التفريق عن طريق رفع الامر الى القاضي ،ومحاولة الاصلاح ،وجبر الضرر، والحكم على الزوج بالتأديب اذا كان

مضارا بها حتى يرجع عن ذالك[1]، او التحكم الى الحكمين عند الشقاق فيؤثران الاصلاح بالوفاق على التفريق ،والطلاق فينصحان الزوجين ،ويعضانهما ويؤذنانهما بمفاسد الفراق ،وما يعقبه من الندم والمهالك من تشتت شملا البنين والبنات، وغيرها من الحسرات حتى اذا لم يفد نصحهما ،واخفق سعيهما ورايا الخيرة لهما في الفراق ،اذنا به رعاية للمصلحة في ايقاعه [2].

2 – اسباب التطليق في القانون الوضعي :

يرى الفقهاء قانون الاحوال الشخصية التطليق بانه عبارة عن طلاق بحكم قضائي يتم بناء، على الارادة المنفردة للزوجة رغم معارضة الزوج له طالما انها متضررة فيفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة ،والانصاف [3]، ولقد اخذت غالبية قوانين الاحوال الشخصية بالتطليق كصورة من صور فك الرابطة الزوجية ،وتبنت اكثر التشريعات العربية اسباب التفريق الشرعية مع اختلاف في بعض التفاصيل التي لا تخرج في جملتها عن سياق الاسباب الشرعية باستثناء ما تم ادراجه في بعض التشريعات ضمن موجبات التطليق ،والذي لا اصل له في الشريعة الاسلامية كاعتبار تعدد الزوجات موجبا من موجبات التفريق على سبيل ما نص عليه قانون الاسرة الجزائري عند عرضه للأسباب ،التي تجيز للزوجة طلب التطليق حيث نصت المادة 53 منه على انه :

1 ابن رشد الحفيد، ت 595 ه ،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق ،ج2 ،ص97 ،الشربيني ،ت 977ه مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاض المنهاج ،مرجع سابق ،ج3 ،ص 344.

2 حسين بن عودة العوايشة ،الموسوعة الفقهية الميسرة في الفقه الكتاب والسنة المطهرة، مرجع سابق ،ج5 ،ص 373

3 العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق ،ج1، ص273 .

يجوز للزوجة ان تطلب التطليق للأسباب الاتية :

1 عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 79 80 من هذا القانون

2 العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

3 الهجر في المضجع فوق اربعة اشهر

4 الحكم على الزوج عن جريمة قيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية

5 الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة

6 مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 اعلاه

7 ارتكاب فاحشة مبينة

8 الشقاق المستمر بين الزوجين

9 مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

10 كل ضرر معتبر شرعا [1].

من خلال هذه المادة يتبين ان المشرع الجزائري لم يخرج في العموم عن الاسباب الموجبة للتفريق في الفقه الاسلامي باستثناء ما ورد في الفقرة السادسة من هذه المادة .

1 المادة 53 من القانون رقم 84-11 لسنة 2005م مرجع سابق .

والتي تحيل الى المادة الثامنة من نفس القانون حيث تقضي باعلام الزوجتين السابقتين والاحقة عند التعدد وكذا رضاهما بذالك فالزواج بثانية دون اعلام الاولى او دون علم الثانية انه متزوج ورضاهما بهذا الزواج يعد في نضر المشرع ضررا

ليخالف قواعد الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي ويثير مجموعة من الاشكالات التي تؤثر سلبا على الاسرة وعلى الابناء[1] وعلى العموم وبالنضر الى نصوص القوانين العربية نجدها قريبة مما اورده المشرع الجزائري فهي متفقه على مبدا التطليق ،ومتفقة ايضا على اعتماد الموجبات الشرعية للتفريق [2] مع الاختلاف في بعض التفاصيل التي لا يتسع المقام لعرضها حيث سأكتفي فقط بتسليط الضوء على الاسباب ،التي تعتبر مجالا سانحا لأعمال الصلح، والوساطة من خلالها .

وبالنضر الى بعض القوانين الغربية نجدها هي الاخرى قد اباحت التطليق في بعض الحالات تبعا لما اخذوا به من الاختلاف في المذاهب المسيحية في التفريق بين الزوجين فمثلا باح المشرع التطليق في حالة زنا احد الزوجين او الحكم عليه بعقوبة بدنية شائنة او اساءة احد الزوجين للأخر اساءة بالغة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجين كما اجاز المشرع الانجليزي التطليق، وحدده في خمسة اسباب وهي الاخلال بالالتزامات الزوجية تصدع الحياة الزوجية تصدعا خطيرا المرض المعدي ،والمنفر الجنون الهجر لمدة ثلاث سنوات فاكثر [3].

1 مبروك المصري ،الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائرية، مرجع سابق ،ص 320.

2 الرشيد بن شويخ ،شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق ،ص 192.

3 احمد محمد المومني واسماعيل امين نواهضه ،الاحوال الشخصية فقه الطلاق والتفريق والخلع، مرجع سابق ،ص22-23.

المطلب الثاني :دور الصلح والوساطة في تسوية دعوى الخلع

اذا اتفق الزوجان على الخلع ،قيمة العوض ورفعا شانهما الى القاضي فلا حرج من ايقاع الفرقة بينهما اذا توفرت شروط الخلع ،واسبابه وليس للقاضي الا توثيق ما تفقا عليه لكن غالبا ما يقع الخلاف بين الزوجين في دعوى الخلع لا سيما ،وقد اضهرت الزوجة جانب الاستحقاق بالزوج حين اعلنت بغضه، وكراهته فتقوم الحاجة بإلحاح الادماج دعوى الخلع ضمن نضام الصلح، والوساطة اليه ذالك انها تقوم اساسا على الشقاق، والنفور الحاصل بين الزوجين بسبب كراهية الزوجة زوجها لخلقه او خلقته لذالك، وجب فبل الحكم بالتفريق بدعوى الخلع التدخل ،ومحاولة ازالة ما بينهما من النفور عم طريق الصلح ،والوساطة ،وان لم تفض هذه الاخيرة الى الصلح، وجمع بين الطرفين لتعذر الجمع حقيقة فيكفي ان تفضي الى اتفاق الخلع ،وبدله [1].

وقد اهتدى جماعة من التابعين [2]، للتوفيق بين الرأيين بالقول انه لا يكون الخلع حتى يعضها ،والا ارتفعا الى القاضي فيعضها، ويبحث اسباب النزاع ثم يسعى في الاصلاح بينهما ما استطاع لذالك سبيلا فان لم يوفق امر ببعث حكم من اهله ،وحكما من اهلها ليصلحا ،او يرويان للقاضي ما يسمعان فان رأى بعد ذالك ان يفرق فرق وان رأى ان يجمع جمع، وفي هذا القول تحقيق لمقصد الشارع من تشريع الطلاق، وتضييق سلبه ،وجعلها اخر علاج بعد استنفاذ كل سبل الاصلاح .

1 عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة ،مرجع سابق ،ص237.

2ابن رشد الحفيد ،ت595ه، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ،مرجع سابق ،ج 3 ،ص 91 ،ابن قدامة ،مرجع سابق، ج7 ،ص 324.

اذ ان المشرع الجزائري فلم يقيد التطليق للخلع بمحاولة الصلح ولا يندب حكمين لموالاة الصلح بين الزوجين على وجه المبين في المادة 49 من قانون الاسرة[1]

ليخالف بذالك مقتضى هذه المادة مكتفيا بالتأكيد على الخلع حق خالص للزوجة وانه ليس للمحكمة التدخل الا عند عدم الاتفاق على المقابل المالي للخلع لتحكم بصداق المثل حسب نص المادة 54 من قانون الاسرة ولهذا وجب على المشرع الجزائري اعادة النضر في هذه المادة على الاقل بما يتوافق مع المبدأ المنصوص عليه ضمن المادة 49 من نفس القانون .

الفرع الاول: العروض القابلة للتصالح عليها في دعوى الخلع

تثبت المرأة حقوق على زوجها بمجرد العقد عليها او انتقالها الى بيت الزوجية وقد تمتد بعض تلك الحقوق الى ما بعد فك الرابطة الزوجية ،كما قد تنشا حقوق اخرى بعد الطلاق واكثر تلك الحقوق تكون خالصة للزوجة ،ولها ان تصالح عليها نضير مخالعتها زوجها ،وفيما يلي بيان اهم تلك الحقوق التي تصح ان تكون عروضا للخلع

1- الخلع عن النفقة الزوجية :

تعتبر النفقة على الزوجة من الحقوق الخالصة للزوجة فالنكاح سبب للنفقة الزوجية فلو اختلعت الزوجة بنفقتها بان جعلت النفقة عوضا للخلع صح ذالك[2] ولا يصح باتفاق الابراء من نفقة الزوجة حتى تصبح دينا قائما في ذمة زوجها اما قبل شغل ذمة الزوج بها فلا يصح ابراء الزوج منها لان الابراء لا يكون الا من دين قائم موجود [3].

1المادة 114 ،من قانون 70.03، بمثابة مدونة الاسرة ،لسنة 2004م ،مرجع سابق .

2 علاء الدين ابو الحسن المرداوي ،ت 885ه، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف ،تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو، ج24، ط1، القاهرة هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان ،1415ه/1995م ،ص 324

3 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته ،مرجع سابق، ج6 ،ص 4385.

وتثبت نفقة الزوجة من وقت انتقالها لبيت زوجها فتصير دينا صحيحا مستحقا لها لهذا جاز لها ان تخالع زوجها منها مقابل تمليكها نفسها [1]،وتمتد النفقة الزوجية لعدة

المخالعة فالمرأة المخالعة تعتبر اثناء عدتها من الخلع زوجة حكما لهذا تثبت لها نفقة العدة امتدادا لنفقة الزوجية فلو خلعها الزوج على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة لان الابراء عن النفقة في نضير عوض وهو ملك الزوجة نفسها اما لو ابرات الزوج عن النفقة عدتها في حال قيام النكاح فلا يصح الابراء وتجب النفقة لأنه اسقاط للشيء قبل وجوبه فلم يصح .[2]

2 – الفرع الثاني: الخلع على السكنى المعتدة

يعتبر سكنى المعتدة في مسكن العدة من الحقوق المشتركة بين حق الله تعالى وحق الزوجة وحق الزوج لهذا فلا تملك الزوجة اسقاطه والابراء عنه ولا يصح ابراؤها عن السكنى في الخلع لان خروجها من بيت الزوج معصية ولان السكنى تجب حقا لله تعالى فقد قال سبحانه وتعالى في كتابه العزيز لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل يحدث بعد ذالك امرا الطلاق 01

اما لو اشترط الزوج في الخلع ان لا تكون عليه مؤنة السكنى ورضيت بان تسكن في بيت نفسها او تلتزم مؤنة السكنى من مالها كان يكون المنزل منزل كراء وتلتزم هي بدفع اجرته صح ذالك لأنه خالص حقها[3].

1 ابن العابدين، ت 1252ه ،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ،حاشية ابن العابدين ،مرجع سابق ،ج2، ص566، الموسوعة الفقيه ،الكويتية ،مرجع سابق ،ج4 ،ص 238.

2 الكاساني، ت 587ه ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق ،ج3 ،ص 152، الماروردي ،ت 450ه، الحاوي الكبير في الفقه مذهب الامام الشافعي ،مرجع سابق، ج10،ص 72.

3 عبد العالي قزي، الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مقارنة ،مرجع سابق، ص 204

3 – الفرع الثالث: الخلع على اسقاط حضانة الولد وعلى رضاعته واجرة حضانته

تعتبر الحضانة في الشريعة الاسلامية حق مشترك بين الحاضنة ،والمحضون لذالك فانه تعتبر ليس للحاضنة مطلق التصرف ،في هذا الحق فاذا اختلعت المرأة من زوجها على ان تترك له ولدها، او خالعها الزوج على يكون ولدها الصغير الذي في سن الحضانة سنين معلومة من مدة الحضانة بيده صح الخلع ،وبطل الشرط لان من حق الولد ان يكون عند امه ،ما كان اليها محتاجا فليس لها ان تبطل حقه بالشرط [1] واما قوله سبحانه وتعالى:{ وان تعاسرتم فسترضع له اخرى } الطلاق 06

فليس مقصودا به الارضاع بل الكلام في الحضانة، وان كانت الام احق بالحضانة فانه، لا تجب عليها الرضاعة ،لان الرضاعة بمنزلة النفقة، ونفقة الولد تجب على ابيه [2]، لذالك فاذا اختلعت الام بالإرضاع ولدها منه الى الحولين ،او خلعها على نفقته واجرة حضانته الى سنة، والى سنتين او اكثر فكل ذالك جائز، فان مات الولد او ماتت هي في اقل من تلك المدة فللزوج ،ان يرجع عليها بما يقابل نفقة الباقي .

هذا بالرجوع الى القانون نجد ان بعض قوانين الاحوال الشخصية، قد نصت على احكام بعض هذه العروض صراحة واشارت اليها تشريعات اخرى فيما سكتت عنها بقية التشريعات ، لكن بالاستناد الى الاحالة لأحكام الشريعة الاسلامية ،واراء الفقه الاسلامي يمكن ان تجد لها سندا تشريعيا يعتمد عليه قضاء .

1 السرخسي ،ت 483 ه ،المبسوط ،مرجع السابق ،ج6 ،ص 169.

2 ابن النجيم ،ت 970ه ،البحر الرائق، شرح كنز الدقائق ،مرجع سابق، ج4 ، ص 180.

ويمكن القول ان من اجود التشريعات العربية التي نظمت الخلع، ووافقت الراجح من المذاهب الفقهية المشهورة هو التشريع السوري حيث قضى بعدم اسقاط نفقة العدة الا بالنص عليها، واجاز ابراء الزوج من اجرة الرضاع بالاشتراط ومنع اسقاط حق الحضانة في الخلع عملا بالمشهور، في الفقه الاسلامي وبيان ذالك ما نص عليه من خلال المواد من 103/101 من قانون الاحوال الشخصية حيث قضت المادة 101:" بان نفقة العدة لا تسقط ولا يبرا الزوج المخالع الا اذا نص عليها صراحة ،في عقد المخالعة [1]" كما بينت المادة 102 :"بانه اذا اشترط ،في المخالعة اعفاء الزوج من اجرة رضاع الولد، او ماتت او مات الولد يرجع الزوج بما يعدل اجرة رضاع الولد، او نفقته عن المدة الباقية .."[2].

1 المادة 101 من المرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 1953م مرجع سابق .

2 المرجع السابق المادة 102.

المطلب الثالث :تطبيقات الصلح والوساطة في المنازعات المالية المترتبة على عقد الزواج

رتب الشارع التحكيم على عقد الزواج حقوقا مالية للزوجة مقابل احتباسها لزوجها ،وحل الاستمتاع بها، وتتمثل هذه الحقوق في الصداق ،والنفقة ،ولقد اقرت غالبية القوانين الوضعية بهاذين الحقين، واوجبتهما للزوجة على عاتق زوجها ،وبما انهما حقين ماليين فانه من الطبيعي ان يقوم النزاع بشأنهما اذا حدث تقصير، او امتناع عن امتناع عن ادائهما، وعليه فسيتم في هذا الفرع التعريف بهاذين الحقين، وبيان حكمهما، والتطرق لأشهر المنازعات التي تقوم بشأنهما ،ومدى قابلية تلك المنازعات لان تسوى عن طريق الصلح ،والوساطة اليه .

الفرع الاول: تطبيقات الصلح والوساطة في منازعات المترتبة عن الاختلاف في الصداق

بما ان الصداق حق مالي خالص للزوجة يثبت لها بالعقد عليها، او الدخول بها فلها ان يتفق مع زوجها على ان يكون صداقها معجلا ،او مؤجلا أي ان يسلمه لها قبل العقد عليها ،والدخول بها او بعد ذالك كله او بعضه ،ومنه يعتبر الصداق كله او بعضه دين في ذمة الزوج ،لا تبرا ذمته الا بالوفاء به ،ويحق للزوجة ان تطالبه به اذا لم يقضه كمطالبتها بسائر الديون[1] ،والاصل ان يتم تسديد دين الصداق بالوفاء من الزوج بطيب خاطر الا انه قد يقوم الاختلاف ،من الزوجين في تسميته او مقداره، او يختلفان في قبضه تاما او ناقصا ،ونحو ذالك من الاختلافات فيتم تسديده عندئذ في حالة نزاع ولقد اختلف الفقهاء في هذه المسالة اختلافا كبيرا نضرا لتشعبها ،وارتباطها بالعرف الجاري [2].

1 السرخسي ت 483 ه المبسوط مرجع سابق ج5 ص 114 الزيلعي ت 743 ه تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مرجع سابق ج2 ص 147 احمد بن الشحنة ت 882 ه لسان الحكام في معرفة الاحكام ط2 القاهرة البابي الحلبي 1393ه /1973م ص 266.

2 الرشيد بن شويخ شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية مرجع سابق ص 80 .

وبالنضر الى القوانين الوضعية نجد انها لم تتعرض جملة ،وتفصيلا لحل منازعات الصداق عن طريق الصلح ،والوساطة او غيرها من الطرق البديلة ليبقى الاصل في حلها هو القضاء، وبالتالي خضوعها الى قواعد العامة في الاثبات كإحضار البينة ،او الاثبات بالكتابة او الشهود ،وغير ذالك من القرائن[1] ،وتبقى المسالة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي فله، ان يحكم للزوج او للزوجة متى تبين له رجحان قول احدهما او بالاستناد الى قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من انكر[2]، لكن في الغالب يتعذر ،على الطرفين اقامة البيانات نضرا ،لان عقد الزواج يبنى في بادئ الامر على حسن النية ،ولذالك في العادة لا يوثق الطرفان ما تفقا عليه .

ومنه فان حكم القاضي الذي يفتقر الى الدليل المادي ،في مثل هذه المنازعات سيكون، في الغالب مجانبا للصواب لذالك كان على التشريعات الوضعية، ومن باب اولى اخضاع هذه المسائل لنضام الصلح، والوساطة لان الحاجة لحل مثل هذا النوع من المنازعات بطريق، ودية تفرض نفسها مراعاة لخصوصية العلاقة بين طرفي النزاع، ولأنه من العسير التوصل لحكم منصف بسبب تعذر اقامة البينات ،وتشب هذه القضايا ،وغموضها ،واختلافها باختلاف عادات الناس ،وتقاليدهم ،وفي الحل الودي انصاف ،وعدل لكلا الطرفين ذالك لان كل واحد من الطرفين على دراية بما يدينه للطرف، والاخر ،ولان في الصلح والوساطة قطع للمنازعة من جذورها ،وجبر لخواطر الزوجين، وامن من امتداد النزاع ،وتطوره بما ينعكس سلبا على استقرار العلاقة الزوجية بينهما.

1 عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية ،مرجع سابق ،ص 173.

2 الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق ،ج6 ،ص 171، الرشيد بن شويخ ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،مرجع سابق، ص80.

الفرع الثاني :تطبيقات الصلح والوساطة في المنازعات المترتبة عن الاختلاف في النفقة

بما ان النفقة الزوجية حق من الحقوق المالية المكفولة للزوجة على زوجها بنص الشرع والقانون فانه من حق الزوجة عند اخلال زوجها بهذا الواجب او عدم الوفاء به او التملص منه ان تطالبه بإداء ما عليه امام القضاء كما ان تغير الحال حال الزوج اعسارا او يسارا او حال البلد يسمح بمراجعة النفقة بما يتناسب وحال الزوجين كان يثور النزاع بينهما حول تقدير النفقة بعد تغير الحال او ان يكون الزوج مقصرا وينفق بما لا يحقق كفاية الزوجة او ان يختلف الزوجان في قبض النفقة اصلا كما قد يثور النزاع بسبب عدم الانفاق لعذر من الاعذار المتعلقة بالزوج كان يكون غائبا او محبوسا اولا يمكن الوصول اليه وفيما يلي بيان راي فقهاء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي في حل مثل هذه المنازعات وهل يمكن تسويتها عن طريق الصلح والوساطة اليه يأتي بيان ذالك على النحو التالي[1]:

1 عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة قانونية فقية مقارنة، مرجع سابق ،ص 177-176

1 – طرق تسوية المنازعات الناشئة عن اختلاف في النفقة والقانون :

يرى فقهاء الشريعة الاسلامية انه اذا اختلف الزوجان في قبض النفقة بان يدعي الزوج انه قد اعطاها النفقة ،وتنكر الزوجة ذالك فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعي قضاء دين عليه ،وهي منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما في سائر الديون ،ولو اعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر، وقالت هو من النفقة فيعتبر قول الزوج الا ان تقيم البينة لان التمليك ،ولو كان الزوج عليها دين فتقاصا [1]من نفقتها جاز لكن برضا الزوج، ولو استندت عليه فما استندت يكون في ذمتها وانفاقها مما استدانت كإنفاقها من سائر املاكها ،فلا ترجع عليه بشيء منذ ذالك الا ان تكون استدانتها بقضاء القاضي او التراضي اذ ليس لها عليه ولاية الاستدانة ،وانما ولايتها على نفسها، ولو فرض لها القاضي عليه نفقة كل شهر او صالحته على نفقة كل شهر ثم غالب الزوج او حبس النفقة عليها فاستدانت عليه ،او لم تستدن فلها ان ترجع عليه بنفقة ما مضى لان حقها قد تأكد بقضاء القاضي او بالصلح عن تراضي[2] ، ولو اعسر الزوج ،وفرضت عليه نفقة المعسرين ، ثم ايسر فخاصمته فعليه نفقة الموسرين لان القضاء عليه بنفقة المعسر كان لعذر العسرة فاذا زال العذر بطل ذالك ،ولو توقف الزوج عن النفقة مدة معينة من غير عذر فقد اختلف الفقهاء ،في هذه الحالة في امكانية مطالبة الزوجة بنفقة[3].

1 الكاساني ت587ه بدائع النائع في ترتيب الشرائع مرجع سابق ج4 ص 29.

2 السرخسي ت 483ه المبسوط مرجع سابق ج5 ص 185

3 عبد العالي قزي الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مرجع سابق ص 178 .

وبالنسبة للمشرع الجزائري حيث نصت المادة 80 من قانون الاسرة على ان الزوجة:

"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى للقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى"[1].

والواضح من نص هذه المادة ان المشرع الجزائري ،قد اخذ برأي الاحناف في عدم اعتبار المدة السابقة عن رفع الدعوى دينا في النزاع حول النفقة غير انه سمح للزوجة ،بان تطالب بدين النفقة عم المدة الماضية في حدود سنة ،اذا قدمت الدليل على ذالك، وقد احسن المشرع الجزائري صنعا باختياره راي الاحناف على غرار بقية التشريعات ،التي اختارت نفس الراي ،والقول بسقوط النفقة عن المدة الماضية ،وعدم صيرورتها دينا في ذمة الزوج لما في هذا الراي منقطع للمنازعة ،ودرء لجملة من الاشكالات .

1 عبد العالي قزي الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية المرجع سابق ص 180

2 ـ تطبيقات الصلح والوساطة في دعاوى مراجعة تقدير النفقة الزوجية

تعتبر النفقة حق من حقوق العباد الذي تختص به الزوجة اذ ،هو خالص حقها ،ويجوز لها ان تتصرف فيه كما تشاء كما يجوز لها ان تتصالح ،مع زوجها في هذا الحق في اكثر ما يقوم بشأنه من منازعات ،وذالك بإسقاط ما وجب منه كله ،او بعضه او الزيادة عليه حسبما تقتضيه الحال فيجوز، لها ان تتصالح مع زوجها في حال غلاء الاسعار ،او انخفاضها على زيادة مبلغ النفقة كما يجوز لها ،ان تتصالح مع زوجها في حال اعساره او يساره على ما يطيقه ،ويحقق كفايتها في الامور الضرورية حال الاعسار[1]، او زيادة نفقتها بما يناسب الموسرين حال اليسار، كما يجوز لها ان تتصالح على اكثر ،من كفايتها بزيادة يسيرة اما اذا كانت زيادة بغبن فاحش، فلا يصح لان النفقة انما شرعت لتحقيق الكفاية، فما زاد عن كفاية زيادة كبيرة فهو مردود وغير جائز [2].

1 -عبد العالي قزي ،الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية ، مرجع سابق، ص 181

2- السرخسي، ت 483ه ،المبسوط ،مرجع سابق ،ج5 ،ص 185، ابن عابدين ،ت 1252ه ،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، حشية ابن عابدين ،مرجع سابق، ج5 ،ص 310

وراي القانون في هذه المسالة فانه لا يوجد نص قانوني ينظمها، او ينص على الصلح في تسوية منازعات النفقة ،وكل النصوص الواردة بشان الاختلاف في النفقة منحت القاضي سلطة البت في تلك الاختلافات بحكم ملزم دون اجراء الصلح ولا حتى عرضه على الطرفين بل ،وان بعض التشريعات جعلت التنازع حول النفقة من موجبات التطليق ،فلم تكلف القاضي عناء البحث عن حلول او الزام الزوج بالإنفاق او التنفيذ على ماله بالحكم عليه بالنفقة ان كان له مال ضاهر بل اتجهت مباشرة الى الحل الضيق، وهو التفريق بين الزوجين ،وهذا ما يدعو الى الغرابة في بعض التشريعات التي عالجت مشكلات النفقة بهذا الشكل القاصر، فالزوجة تسعى للمحافظة على بيتها ،وتطالب بما يكفل لها ذالك فتقابل بنقيض قصدها وذالك بإعطائها الحق في طلب التطليق .

هذا ولا ينفي ان بعض التشريعات وان لم تنص على حل المنازعات النفقة صلحا الا انها اجتهدت في سن كل التدابير التي تكفل للمرأة الحصول على نفقتها في المقام الاول ولم تقتضي بالطلاق الا اذا تعذر ذالك لسبب قاهر ليكون الطلاق لعدم الانفاق هو اخر حل بعد استنفاذ كل الحلول اما المشرع الجزائري الذي لم يعالج اكثر المسائل التي يطرحها الاختلاف حول النفقة واكتفى بالنص على بعض احكامها البسيطة ضمن المواد من 74-80 من قانون الاسرة ولم ينص على حل مشكلات التنازع حول النفقة وانما اتجه مباشرة عند عدم الاتفاق والغيبة لمدة سنة او الفقدان الى امكانية الطلاق دون البحث عن حلول لهذه المشكلة هذا ما قضت به المادتان 56-112 من قانون الاسرة الجزائري[1] .

1 عبد العالي قزي الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية دراسة فقهية قانونية مرجع سابق ص 183

الخاتمة

شهد العالم تحولا ،واسعا في طبيعة تركيبة الاجتماعية واهمية تكوين الاسرة ،وذالك خلق ضغوطات كبيرة نضرا للحياة العصرية كان لزاما ان يتطور البناء القضائي الذي اصبح بحاجة ملحة الى اعوان متخصصين في مختلف النشاطات للبث فيما يعرض عليه من منازعات اسرية التي تنشا بين الزوجين ،وسعيا للحد من حجم المنازعات الاسرية ،وذالك قبل اللجوء الى القضاء عن طريق التحكيم بواسطة الصلح بالوساطة فهنالك اتجاه عالمي ،لإعطاء التحكيم اولوية الفصل في منازعات الاسرة او ما يعرف بالوسيط الاسري الذي يلعب دورا كبيرا في ايجاد الحلول لكثير من القضايا حيث اصبح يعتبر من بين الوسائل السلمية الفعالة ،والزامية اللجوء اليه كوسيلة لفض النزاع ،واستقرار الاسرة.

ولذالك جاء المشرع الجزائري في تعديل الجديد لقانون الاجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 المؤرخ في 25/ 2005م بابا خاصا بالتحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاعات وذالك تماشيا مع ما تفرضه حركة المجتمع وتطوره بهدف سرعة الفصل في النزاعات المطروحة والتي تقبل الحل عن طريق التحكيم بالصلح في قانون الاسرة الذي يلعب القاضي دور مهم، وكبير فيه في قانون شؤون الاسرة الجزائري

ومن خلال دراستنا هذه فان اهم النتائج التي خلصت لها هي

1-التحكيم في قانون الاسرة هو الصبح بالوساطة يكون القاضي هو الوسيط عن طريق الصلح بين الزوجين في جلسة او اكثر .

2 – التحكيم عرف لدى المجتمعات القديمة ،وقبل الاسلام عند العرب فيما يثور بين الافراد والقبائل من منازعات وكانت ابرز قضية قبل الاسلام حكم فيها رسولنا العظيم صلى الله عليه وسلم في رفع الصخرة المشرفة الى مكانها عندما اختلفت قبائل قريش عليها، وبعد الاسلام جاء التحكيم في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة لفض النزاع بين الزوجين، وحل الشقاق بينهما .

فالتحكيم من الاساليب الناجعة في محاولة الاصلاح بين الزوجين واستقرار الاسرة

وتتجلى اهمية التحكيم في سرعته فيفض المنازعات في سرية وبساطة في الاجراءات وحرية اختيار المحكمين وتوفر الاطمئنان .

تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بغية في تحديد القانون الواجب التطبيق في مسالة معينة وخاصة فيما يتعلق بإجراء التحكيم .

يختلف التحكيم في منازعات شؤون الاسرة عن التحكيم في القانون التجاري او الاداري أي ان التحكيم في منازعات شؤون الاسرة يحتاج اجراءات مختلفة عن التحكيم في القانون التجاري او الدولي

اذان المشرع الجزائري نص صراحة في المادة 1041 على جواز اختيار المحكم او المحكمين او تحديد شروط تعيينهم من قبل الاطراف ويجوز لهم تحديد شروط عزلهم واستبدالهم و بذالك فان قوام التحكيم في القانون الجزائري على الاطراف انفسهم في اختيارهم التحكيم بدلا من القضاء وارادتهم هي جوهر التحكيم لان هذه الارادة تحد مساره وتهيمن عليه منذ بدايته بالاتفاق عليه وهذه الارادة تتولى اختيار المحكمين وتحدد الاجراءات الواجب اتباعها.

المشرع الجزائري نص على التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق في نص المادة56 من القانون 84-11 لسنة 2005م وجعله ملزم للقاضي قبل الحكم بالطلاق

غير انه ضيق من نطاقه حيث قصره في قانون الاسرة على دعاوى معينة تمثلت في دعاوى التطليق والشقاق على خلاف الفقه الاسلامي الذي وسع من نطاق التحكيم ليشمل جميع مسائل الاحوال الشخصية ما لم ترتبط بحق من حقوق الله تعالى او تتعلق بحق من حقوق العباد من غير طرفي النزاع .

وكتوصيات نقترح الاتي :

انشاء مراكز التحكيم الاسري ،او الوساطة الاسرية

جعل التحكيم بين الزوجين قبل رفع قضايا الشقاق حتى يتم ايجاد حلول قبل وصول الامر للمحكمة

تكوين محكمة التحكيم الاسري في مستوى جيد

الاهتمام بالجانب العملي والاكاديمي في التحكيم الاسري بعقد ندوات ولقاءات وايام دراسية مكثفة لدراسة هدا الموضوع

اعداد البحوث ودراسات مكثفة من قبل المختصين والدكاترة للإفادة اكثر وتداركا للنقص الذي قد يأتي في دراسة المتواضعة هذه.

المراجع :

اولا: الكتب والمؤلفات الفقهية

1- محمد علي بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دار اليازوردي، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، 2013م.

2 – محند مقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري ،ط4، جامعة بن عكنون ،2005 م

3 – هدادة عبد الكريم، الصلح والوساطة كبدائل جديدة لفض المنازعات القضائية في القانون الجزائري، مدونة الاستاذة هدادة، سطيف، الجزائر .

4 – الرزاق عريش، الوسائل البديلة للتقاضي في القانون المغربي، منشور على موقعmarocdroit.com

5 – الصباح المميز للرفاعي ، القاموس المحيط ،ص 1475

6 – لسان العرب ،142-145

7 – نجيب احمد الجبلي، التحكيم في القوانين العربية ،المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية 2006م

8 – الجامع الاحكام القران، القرطبي، ج158/5

9 – زاد المعياد 191،/5

10 – الجبور بسام نهار، الوساطة القضائية في الشريعة الاسلامية والقانون دراسة مقارنة ،ط1 ،عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2015م

11 – ابو الخير عبد العظيم، الوساطة في تسوية المنازعات بديل عملي للتغلب على المشكلات التقاضي ، ط 1 ،القاهرة المركز القومي ،للإصدارات القانونية 2017 م

12 – زهور الحر ،الصلح والوساطة الاسرية في القانون المغربي والقانون المقارن، مقال منشور بكتاب اعمال الندوة الجهوية الحادية عشرة حول العمل القضائي ،2007م.

13 – ذيب عبد السلام ، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، ط3، الجزائر المؤسسة الوطنية، للفنون المطبعية ،2012م.

14 – خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة مصر ،ط1، 2002م.

15 – اث ملويا لحسين بن الشيخ ،المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ،ط3 ،الجزائر، دار هومة طباعة والنشر والتوزيع، 2011م.

16 – عبد العالى قزي، الصلح والوساطة في الاحوال الشخصية ،دراسة فقهية قانونية مقارنة، معهد العلوم الاسلامية قسم الشريعة جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، سنة 2020/2019م.

17 – مليكة الورعي ،الوساطة كوسيلة لحل النزاعات العائلية اشغال المؤتمر الدولي حول الوساطة الاسرية ودورها في الاستقرار الاسري ،المملكة المغربية الصخريات قصر المؤتمرات ،يومي 08/07 ديسمبر 2015م مطبعة اكدال ،الرباط 2016 م.

18 – عبد الحميد الشواربي

19 – ابن هبري عبد الحكيم احكام الصلح في شؤون الاسرة وفقا للتشريع والقضاء الجزائري لا ط جزائر دار هومة للطباعة والتوزيع 2018م.

20 – مناني فرح ،التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب اخر تعديل القانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري ،دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010

21 – عبد الحميد الاحدب ،قانون التحكيم الجزائري الجديد ،مجلة المحكمة العليا ،عدد خاص ،الطرق البديلة لحل النزاعات :الصلح والوساطة والتحكيم ،15 و16 جوان 2008،الجزائر .

22 –خوخي خالد، التسوية الودية للنزاعات الادارية ،مذكرة لنيل شهادة الماستركلية الحقوق جامعة الجزائر، 1 2013م 2014م.

23 – حمداد لمياء ،سلطة التقاضي في تسير اجراءات الخصومة المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستيرفي القانون كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2014/2013 م.

24 – حبار حليمة، دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الاطراف على ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد ،مجلة المحكمة العليا الجزائر ،عدد خاص حول الطرق لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم، ج2 ، 2009 م

25 – الاخضر قوادي ،الوجيز الكافي في اجراءات التقاضي في الاحكام العامة للطرق البديلة في حل النزعات، لا، ط ،الجزائر، دار هومة ،2013م.

26 – احمد بلقاسم، التحكيم الدولي ،دار هومة، الجزائر، 2005م

27 – حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية مركز القانون والتحكيم، عمان، الاردن، ب، س، ط

28 – عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي

29 – عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الاردن ط1، 2003 م .

30 احمد عبد الكريم سلامة، نضرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دراسة تاملية انتقادية ،دار النهضة العربية، 1979م .

31 – فوزي محمد سامي ،التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الاردن، بدون سنة النشر .

32 – سراج ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2004م.

33 – السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني ،لا، ط، بيروت لبنان، دار احياء التراث العربي، د، ت

34 - عامر بورورو، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي مجلة المحكمة العليا عدد خاص الطرق البديلة لحل المنازعات الصلح والوساطة والتحكيم 15و16 جوان ،

35 – يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، دارهومة الجزائر طبعة ، 2009م.

36 – جمال حشاش، مجلة النجاح للأبحاث العلوم الانسانية المجلد: 7/28 التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الاسلامي، 2014م.

37 – الرازي ابو بكر الجصاص، ت 370ه، شرح مختصر الطحاوي، تحقيق عصمت الله، عنايت الله محمد، واخرون ،ط1، لا،م، دار البشائر الاسلامية ،1431ه/2010م.

38 – القرطبي يوسف بن عبد الله النمري، ت 463ه، الاستيعاب في معرفة الاصحاب، تحقيق علي محمد البجاوي، لا، ط، بيروت الجامع لأحكام القران القرطبي ،ج5 ،دار الجبل 1412،ه/1992م.

39 – عبد الله شحادة، 3،/845 تفسير القران العضيم، نقلا عن التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الاسلامي، وائل طلال سكيك

40 – ابن رشد الحفيد محمد بن احمد، ت 595ه، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لا، ط القاهرة، دار الحديث ،1425ه/2004م .

41 – ابن قدامة موفق الدين المقدسي، ت 620ه، المغني لابن قدامة، لا، ط ،مصر مكتبة القاهرة، 1388ه/1994م.

42 – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي ،دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الاردن، بدون سنة النشر ،

43 – سراج ابو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية ،القاهرة مصر، 2004م.

44 – سعيد جعفر بن محمد الصارمي، دور السلطات الضبط الاداري في محافضة على النضام العام، رسالة الماجستير، دار وائل للنشر، عمان ،الاردن، ط1 2005 م.

45 – مصطفى جمال -عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والداخلية ط1 1997م.

47 – محمد ابراهيم ابو هيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، بدون سنة النشر .

48 – محمد الكبشور، شرح مدونة الاسرة انحلال ميثاق الزوجية، ط1 ، ج2 المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، 2006م.

49 – تقية عبد الفتاح ،قضايا شؤون الاسرة من منضور الفقه والتشريع والقضاء، لا، ط الجزائر، منشورات تالة، 2011م.

50 – الرشيد بن شويخ، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ،ط1، الجزائر، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، 2008م/1429م.

51 – العربي ابو بكر ، 543ه ،احكام القران ،.تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط3 بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية، 1419ه .

52 – ابن مارة برهان الدين البخاري ، ت 616ه المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الامام ابن حنيفة رضي الله عنه، تحقيق عبد الكريم سامي الجندي، ط1 بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية ،1424ه/2004م.

53 – ابن النجيم، ت 970ه، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 2

54 – عبد المنعم احمد سلطان عيد، وسائل الاحوال الشخصية

55 – عائشة محمود جاسم الدودادي ،التحكيم في منازعات لاحوال الشخصية بين الشريعة الاسلامية والقانون المصري والكويتي، لا ،ط ،لا، م، لا ،ن ،2005م .

56 – مصطفى الخن واخرون، الفقه المنهجي ،على مذهب الامام الشافعي ،ج4

57 – اثير الدين الاندلسي ت 745 ه ،الهداية في علم معاني القران وتفسيره، تحقيق الشاهد محمد القيبي القيرواني، ت 437ه ،الهداية الى بلوغ النهاية في علم المعاني القران وتفسيره وتحقيق الشاهد البوشيخي ،ج8 ،ط1 الشارقة ،جامعة الشارقة كلية الشريعة والدراسات الاسلامية ،1429ه/2008م

58 – محمد ابو منصور الماتريدي، ت 333ه تفسير الماتريدي تحقيق مجدي باسلوم، ج3 ،ط1، بيروت لبنان، دار الكتب العلمية، 1426ه/2005م.

59 – محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الجزائري .

60 – بوزيد وردة ،الصلح والتحكيم في منازعات فك الرابطة الزوجية في ضل قانون الاجراءات المدنية والادارية والممارسة القضائية ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ،2011/2010م.

61 – الدسوقي ،ت 1230 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2 ،دار الفكر، د ،ت، لا ،ط ،لا، م .

62 – حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة في الفقه الكتاب والسنة المطهرة.

63 – العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1

64 – احمد محمد المومني واسماعيل امين نواهضة ،الاحوال الشخصية فقه الطلاق،

65 – علاء الدين ابو الحسن المرداوي، ت 885ه ،الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلو ،ج24 ،ط1 ،القاهرة هجر للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان ،1415ه/1995م .

66 – وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، ط2 ،دمشق دار الفكر ،د ،ت

67 – ابن العابدين، ت 1252ه، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار حاشية ابن العابدين

68 – الكاساني علاء الدين، ت 587ه ،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية ،1406ه/1986م.

69 – السرخسي محمد بن احمد، ت 483ه ،المبسوط ،لا ،ط ،بيروت ،دار المعرفة 1414م /1993م.

2 - الكتب الالكترونية :

1 – احمد يوسف خلاوي انواع التحكيم القاهرة – مصر ب ،س ،ط ..

2-علي خليل الحديثي التحكيم و اهميته عجمان ب ،س، ط .

-3- سلطان راشد العاطفي الفرق بين التحكيم والوسائل الاخرى في حسم المنازعات والتجربة الكويتية في التحكيم الكويت ب س ط .

3 - المجلات و المقالات و الصحف الالكترونية و مواقع الانترنت :

1 اشرف خليل روية ، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم الجزء الاول والجزء الثاني المجموعة الدولية للمحاماة .

Htt//www.arlawfirm.com/ADVdetails.asp id=535

2 فيصل مولوي التحكيم في الشريعة الاسلامية موقع اسلام وان لاين في 2003/07/27.

Htt//www.islamonline.net/Arabic/contemporary/2003/07/article05b.shtml

3 – مجلة اكاديمية لاهاي 1967م ج1 ص 529-711

4 – المحاضرات الجامعية

1 – علي عوض حسن محاضرات في اجراءات التحكيم ب س ط

2 – بن نصيب عبد الرحمان التحكيم الدولي قسم الكفاءة المهنية للمحاماة كلية الحقوق باتنة الجزائر 2009.

5 – القوانين

1 – قانون الاونستيرال للتحكيم النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الفصل الثاني اتفاق التحكيم 21 حزيران /يونيه 1985.

2 – الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فبراير سنة 2008 الذي يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية العدد 21.

3 – قانون التحكيم المصري قانون رقم 27 لسنة 1994 .

4 – التحكيم الجزائري رقم 9/93 مؤرخ في افريل سنة 1993 معدل ومتممه للامر154/66 المتضمن قانون الاجراءات المدنية المؤرخ في 8يونيو1996.

5 – التعديل الجديد لقانون التحكيم الجزائري قانون رقم 08-09 المؤرخ في25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الباب الخامس في الصلح والتحكيم .

6 – قانون الشركات التجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني السامي رقم 4 لسنة 1974. وقانون الاحوال الشخصية صدر بالمرسوم السامي رقم 97/22 .

7- القانون رقم 36 الصادر بتاريخ 07 ذو القعدة 1431 ه الموافق ل 15 نوفمبر 2010م والمتضمن قانون الاحوال الشخصية الاردني المؤقت المملكة الاردنية الهاشمية الجريدة الرسمية العدد 5061 الصادر في 2010/10/117م

8 – نقض فرنسي 15 يوليه 1789 دالوز 70.

9 - المحكمة العليا قرار رقم 12 في الطعن رقم 2003/1م مجموعة الاحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا الدائرة التجارية مسقط 2005م

10 – قرار هيئة حسم المنازعات التجارية في دعوى رقم 76/173 جلسة الاربعاء 87/9/23 مجموعة القواعد القانونية التي قررتها الهيئة في عامها القضائي الرابع .

النهايـــــــــــــــــــــة

الطالبة :طهراوي اسيا