

دور الحكّمين في التوفيق بين الزوجين: دراسة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

صبرينة عباس⁽¹⁾

⁽¹⁾ طالبة دكتوراه، مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: abbasabriba@outlook.com

الملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تبين موقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري من بعث الحكّمين في حال وجود شقاق بين الزوجين وعدم تبين الضرر جراء النزاع، إذ جاء هذا البحث ليبين لنا أهمية ودور الحكّمين في حال بعثهما، من أجل معالجة المشكلة الحاصلة بين طرفي العلاقة الزوجية، وما لحكمهما من تأثير على إنهاء الخصومة وإرساء أسس المحبة والود بين المتخاصمين.

الكلمات المفتاحية:

الحكماء، الزوجان، الشقاق، الفقه الإسلامي، القانون الجزائري.

تاريخ إرسال المقال: 2024/12/05، تاريخ قبول المقال: 2025/03/14، تاريخ نشر المقال: 2025/06/30

لتهميش المقال: عباس صبرينة، "دور الحكّمين في التوفيق بين الزوجين: دراسة على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 16، العدد 01، السنة 2025، ص ص 419-438.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: عباس صبرينة، abbassabrina@outlook.com

المجلد 16، العدد 01-2025

The Role of Arbitrators in Reconciliation between Spouses: A Study in the Light of Islamic Jurisprudence & Algerian Law

Abstract:

This study aims to clarify the position of both Islamic jurisprudence and Algerian law on the sending of arbitrators in the event of discord between spouses and the lack of damage caused by the dispute, this research came to show us the importance and role of arbitrators if they are sent to address the issue between the two parties to the marital relationship, and the impact of their judgment on ending the dispute and laying the foundations of love and amity between the two litigants.

Keywords:

Judges, the couple, discord, Islamic jurisprudence, Algerian law.

Le rôle des arbitres dans la réconciliation des époux : Une étude à la lumière de la jurisprudence islamique et du droit algérien

Résumé:

Cette étude vise à clarifier la position de la jurisprudence islamique ainsi que celle du droit algérien concernant la réconciliation entre époux en cas de différend ou de rupture du lien conjugal. Elle met en lumière l'importance et le rôle des arbitres chargés d'intervenir pour apaiser les tensions, évaluer les dommages causés par le conflit, et favoriser la résolution du litige entre les parties.

L'analyse souligne l'impact des décisions rendues par ces arbitres dans la prévention de la rupture définitive, en promouvant le règlement amiable et en jetant les bases d'une relation fondée sur l'amour et la paix entre les conjoints.

Mots-clés:

Arbitres, couple, désaccord, jurisprudence islamique, droit algérien.

مقدمة

إن الطبيعة البشرية تفرض على الأشخاص الاحتكاك فيما بينهم كونهم يعيشون في مجتمع واحد، وهذا الاحتكاك يولد بينهم علاقات مختلفة، منها المحبة والصداقة وفي بعض الأحيان تتولد العداوة والخصومة خصوصا بين الأفراد الذين يعيشون في حيز مكاني واحد، وبالأخص بين الزوجين كونهما أساس بناء الأسرة واستقرار المجتمع، ولما كانت تسوية الخلافات بين الأفراد وإنهاء النزاعات، الغاية الأسمى التي هدفت الشرائع السماوية بلوغها منذ الأزل، وأقرتها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية، فكان العمل على إيجاد حل لمعالجة الخلافات والخصومات بين الأفراد أمرا حتميا ومطلوبا شرعا وقانونا.

حيث أن المبدأ أن يعمل الزوجان على حل الخلافات التي تحول دون التعايش بينهما، وذلك من أجل التقدم في الحياة، خصوصا أن العلاقة الزوجية إنما شرعت لتستمر، ولما كانت الحياة بينهما لا تخلو من المشكلات والعقبات، شرع الله سبحانه وتعالى لنا أسباب الحل ومعالجة الأوضاع، فكان السبب الأساسي للإصلاح بين الزوجين، تدخل المصلحين أو ما يسمى الحكّمين، لإنهاء النزاع الحاصل بينهما، إذ أن الاصطلاح بين الزوجين يعتبر من بين أعظم القربات إلى الله.

ومن هنا سنطرح التساؤل التالي: ما هو حكم بعث الحكّمين بين الزوجين وما دورهما في منظور الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

نظرا لكون أن هذه الدراسة مبنية على أساس المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتحقيقا لأهداف البحث اعتمدنا على منهجين أولهما مقارن، والثاني تحليلي لنوظفه عند تحليل آراء الفقهاء بمختلف المذاهب وكذا لنصوص المواد القانونية، وللتفصيل في هذه الورقة البحثية، ارتأينا أن نقسم هذا البحث إلى مبحثين اثنين الأول سيتناول حقيقة التحكيم، أما المبحث الثاني سنتطرق فيه إجراءات التحكيم.

المبحث الأول: حقيقة التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لأجل معرفة حقيقة التحكيم بين الزوجين، لابد من دراسته من جميع جوانبه بحيث سنتطرق إليه في ثلاث مطالب، الأول سنتناول فيه مفهوم التحكيم سواء لغة واصطلاحا وكذا قانونا، والثاني سنتطرق إلى مشروعية التحكيم بين الزوجين، والثالث سنميز التحكيم عما يشابهه من مصطلحات.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم لغة واصطلاحا وقانونا

لتحديد المفهوم الدقيق للتحكيم، لابد من تناوله من عدة جوانب سواء الجانب اللغوي، الاصطلاحي، وكذا القانوني ليتبين لنا أكثر ويتضح في معناه.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

تتعدد الألفاظ لكن معناه ينصب في شيء واحد وسنتطرق إليه كالآتي:
يطلق لفظ التحكيم ويراد به القضاء، وحاكم (الحُكم) القضاء وقد حكم بينهم يحكم بالضم حكما وحكم له وحكم عليه¹.

جاء في المحيط للفيروز أبادي: الحكم بالضم، جمع أحكام وقد حكم عليه بالأمر حكما وحكومة، وبينهم كذلك والحاكم منفذ الحكم²، يطلق لفظ التحكيم ويراد به المخاصمة: قال ابن نجيم في البحر الرائق: واحتكموا إلى الحاكم، وتحاكموا والمحاكمة المخاصمة إلى الحاكم³، وقال الفيروز أبادي: وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه⁴.
من خلال كل ما قدمناه من معاني للتحكيم يتضح لنا جليا أن معنى التحكيم يفيد تفويض الأمر للغير، وكذلك رفع الأمر للحاكم للفصل في المنازعات بين المتخاصمين.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

لا يضع كثير من الفقهاء تعريفا للتحكيم، اكتفاء بما وقر في الأذهان من معناه اللغوي، وبما تعارف عليه الناس وعملوا به، وإنما يبنون حكمه بعبارات يمكن أن يستخلص منها تعريف للتحكيم.
فقد عرفه الحنفية: بأنه " تولية الخصمين حكما يحكم بينهما"⁵، أما المالكية: فقد عرفه ابن فرحون كما يلي "أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه لأن يحكم بينهما جائز في الأموال وما في معناه"⁶.

¹ الإمام محمد بن أبو بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1989، مادة حكم، ص 130.

² مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، المجلد الأول، دار الحديث، القاهرة، 2008، مادة حكم، ص 388.

³ زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء السابع، المطبعة العملية، ص 26.

⁴ الفيروز أبادي، المرجع السابق، مادة حكم، ص 388.

⁵ ابن نجيم، البحر الرائق، المرجع السابق، ج 07، ص 41.

⁶ ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، دار عالم الكتب الرياض، 2003، ص 326.

أما عند الشافعية: نجد أن الماوردي جاء في كتابه أدب القضاء بأنه " اتخذ الخصمين رجلا من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا⁷."

أما الحنابلة: فقد عرفوا التحكيم كما يلي " إذا تحاكم رجلان إلى رجل حكما بينهما، ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما⁸."

هذه جملة ما توصلنا إليه من خلال بحثنا عن تعريف التحكيم لدى الفقهاء في المذاهب الأربعة.

يظهر من خلال استعمال الفقهاء لمصطلح لفظ التحكيم، إذا ورد مطلقا يريدون به المعنى السابق ذكره وهو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما، وإذا أرادوا به التحكيم في الشقاق بين الزوجين، ينصون على تقييده بكونه بين الزوجين، وحينئذ يكون له معنى يخصه⁹.

يعرف التحكيم بين الزوجين أيضا بأنه: "تفويض طرفي العقد الزوجي، لشخصين مناسبين من أهلها أو غيرهما ليفصلا في موضوع نزاعهما دون القاضي المولى¹⁰".

الفرع الثالث: التعريف القانوني

أما فيما يخص تعريف التحكيم بين الزوجين قانونا نجد أن المشرع الجزائري، لم يعرفه ولو تعريفا بسيطا لكون أن التعريفات القانونية، من شأن فقهاء القانون وشراحه، غير أنه اكتفى بضرورة تعيين حكمين اثنين، عند

⁷ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، أدب القاضي، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971، ص 320.

⁸ موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص 266.

⁹ محمد سليمان النور، "التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي"، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 09، عدد 02، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، 2012، ص 164.

¹⁰ محمد حسين الشيعاني، "بعث الحكمين ودورهما في الإصلاح بين الزوجين (دراسة وصفية تحليلية)"، مجلة كلية الدراسات الإسلامية بجامعة الأميرسونكلا، تايلند، بتاريخ 10 جويلية 2014، العدد 1/211، ص 06.

اشتداد الخصام بين الزوجين للتوفيق بينهما، وهذا ما جاء في محتوى المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري¹¹ التي تنص على ما يلي "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

فمن خلال هذه المادة يمكن تعريف التحكيم على أنه إجراء يبادر به قاضي شؤون الأسرة في حالة اشتداد الخصام بين الزوجين وعدم ثبوت أي ضرر ببعث حكمين اثنين من أهلها ليتوليا مهمة النظر في أمرهما في مدة معينة.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عما يشابهه من مصطلحات

الفرع الأول: التحكيم عن القضاء

هناك تشابه كبير بين المصطلحين، بحيث كلاهما يفضي إلى فض النزاع عن عرض أي مسألة عليهما بحيث يفصلان في القضية وفق ما تم التوصل إليه من معطيات ويصدران أحكاما في نهاية المطاف. إلا أنهما يختلفان عن بعضهما، بحيث أن حكم القاضي يخضع لسلطته التقديرية، في حين أن حكم الحكمين يخضع لسلطة القاضي ما يثبت بأن القضاء أعلى درجة من التحكيم.

الفرع الثاني: التحكيم عن الصلح

يعتبر الصلح والتحكيم من العقود الرضائية، التي تهدف أساسا إلى عملية التصالح بين المتخاصمين وتسوية النزاع الحاصل بينهما، كما أنهما إجراء يأمر به القاضي بمناسبة رفع دعوى الطلاق. إلا أن التحكيم يختلف عن الصلح بحيث أن هذا الأخير يقوم به القاضي بعد استدعاء الزوجين عن طريق مكتب أمانة الضبط في جلسة خاصة، أين يبذل جهده للاصطلاح بينهما ويحسسهما بأهمية ذلك وبالمنفعة التي تعود عليهما كزوجين من جهة وعلى أولادهما من جهة أخرى. أما التحكيم فهو إجراء يأمر به القاضي في حالة عدم ثبوت الضرر في دعوى الطلاق أو حصول شقاق مستمر وعدم استطاعة الطرف المتضرر إثباته بحيث يبعث حكمين للتحري عن الأسباب المؤدية إلى ذلك وتقديم تقرير مفصل عن الحالة.

¹¹ قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

الصلح إجراء إلزامي للقاضي وفق المادة 49 من قانون الأسرة، أما التحكيم فهناك تناقض فيه إذ نجد أنه ملزم بموجب المادة 56 من القانون سالف الذكر، في حين أنه جوازي وفق ما جاءت به مواد الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 446 منه.

الفرع الثالث: التحكيم عن الوساطة

يعتبر التحكيم بين الزوجين في قضايا الطلاق، من نوع خاص وهو أقرب للوساطة ذلك أن القاضي هو من يبادر به¹²، تلتقي الوساطة مع التحكيم في أن كليهما يسعى إلى بذل الجهد الجهد والسداد القويم للتوفيق بين الزوجين.

في حين يختلف التحكيم بين الزوجين عن الوساطة الأسرية، بحيث في حالة التحكيم لابد من بعث حكمين اثنين وفق ما جاءت به المادة 56 من قانون الأسرة، أما في حالة الوساطة يمكن أن يكتفي بشخص واحد يعمل كوسيط بين الزوجين لتسوية النزاع بينهما.

المطلب الثالث: مشروعية التحكيم بين الزوجين

في هذا المطلب سنتطرق إلى مشروعية التحكيم بين الزوجين، استنادا إلى الفقه الإسلامي متطرقين إلى الدليل الشرعي الذي يثبت جوازه ومشروعيته، في الفرع الأول، منتقلين إلى السند القانوني في الفرع الثاني الذي يثبت أن التحكيم جائز قانونا، ذلك من خلال البحث عن دليل ذلك في النصوص القانونية سواء في قانون الأسرة وكذا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: السند الشرعي

إن أصل التحكيم بين الزوجين هو القرآن الكريم، بحيث نجد قوله تعالى في محكم تنزيله "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"¹³. لقد شرع الله تعالى مسألة الزواج، وحث على استمراره، عن طريق المعاشرة بالمعروف بين الزوجين وذلك لتحقيق الاستقرار النفسي والاجتماعي لهما ولأولادهما، ولكن قد يحدث وأن تتعثر الحياة الزوجية في المشكلات والمنغصات التي قد تجعل حياة الشريكين معا غير مطابقة، إلا أن الله في محكم تنزيله قد جعل حلا لهما باللجوء إلى التحكيم في حال ظهور الشقاق الذي يهدد علاقتهما بحيث يتم بعث حكمين اثنين من أهل الزوجين لأجل التوفيق بينهما، إذ جعل الشرع الإلهي منهاجا ومسلكا للمسلمين من أجل الاستقامة في حياتهم ولأجل شيوع

¹² عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 298.

¹³ الآية 35 من سورة النساء.

الأمن والعدل والإخاء بينهم¹⁴. والآية الكريمة التي تم ذكرها أعلاه دليل قاطع على مشروعية التحكيم بين الزوجين.

الفرع الثاني: السند القانوني

عند اطلاعنا على نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع قد نص على موضوع التحكيم بين الزوجين في مادة واحدة ووحيدة ألا وهي المادة 56، التي تنص على ما يلي "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

إن هذه المادة مأخوذة في روحها، وهدفها وفائدتها بل وحتى في صياغتها من الآية رقم 35 من سورة النساء سالفة الذكر وفي هذه المادة تم النص بصريح العبارة، على مشروعية التحكيم بين الزوجين في القانون، وما يؤكد على ذلك نصه على التحكيم بين الزوجين، في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في أربع مواد من المادة 446 إلى المادة 449¹⁵.

المبحث الثاني: إجراءات التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

في حالة اشتداد الخلاف بين الزوجين، وعدم ثبوت الضرر، كان بعث الحكمين للتحري في أمرهما ومحاولة الإصلاح بينهما أمرا محتملا لا بد منه، والغاية من ذلك معرفة الظالم من المظلوم، ومحاولة التوفيق بينهما على قدر الاستطاعة، وفي هذا المبحث سنتناول موضوع إجراءات التحكيم، من حيث المكلف ببعث الحكمين في المطلب الأول، انتقالا إلى مهامهما في المطلب الثاني، وأخيرا ندرس أثر عمل الحكمين على الخصومة الزوجية في المطلب الثالث.

المطلب الأول: المكلف ببعث الحكمين

في هذا المطلب سنتناول موضوع المكلف ببعث الحكمين بين الزوجين، سواء كان ذلك في الفقه الإسلامي أو القانون الجزائري.

¹⁴ قدري محمد محمود، التحكيم في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، دار الصميعة للنشر والتوزيع، السعودية، 2009، ص 47.

¹⁵ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول: سلطة بيعت الحكمين في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء حول مسألة الشخص الملزم ببيع الحكمين ولمن وجه الخطاب الوارد في الآية الكريمة ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعُوهَا﴾ أما المخاطب ببيع الحكمين في الآية فمحل خلاف بين الفقهاء، منهم من قال هو الحاكم، ومنهم من قال بأنهما الزوجان، وقيل أولياء الأمور¹⁶.

هناك من يرى بأن القاضي (الحاكم) والإمام هما المكلفان ببيع الحكمين وأراءهما سوف نتطرق إليها كالاتي: يرى فخر الدين محمد الرازي في تفسيره بأن القاضي الذي يترافع الزوجين إليه، الناظر بين الخصمين، والمنع من التعدي¹⁷، هو المكلف ببيع الحكمين نظرا للسلطة التي يتمتع بها عند عرض الخصومة أمامه وبالإضافة أنه الذي يمنع التعدي ويرد لكل ذي حق حقه، وهو قول جمهور الفقهاء¹⁸ الحنفية والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، وأكثر الإمامية، ونقل الطبري الإجماع عليه¹⁹ وحجتهم على ذلك تكمن فيما يلي:

إذا ورد الخطاب مطلقا في الآية رقم 35 من سورة النساء، فيما طريقه الأحكام كان منصرفا إلى الأئمة والقضاة في حكم السرقة²⁰ وكذا في تطبيق حد الزنا²¹ وكذلك الحال هنا.

وهو نظير العنين والمجبوب والإيلاء، في باب أن الحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما بما يوجبه حكم الله²².

إن الضمير في قوله " فَابْعُوهَا " عائد إلى الحكام العائد إليهم ضمير، فإن خفتهم، ولأن الحكم عندنا إنما يصلح فقط، وليس له إيقاع الطلاق فهو وكيل" وقيل كل واحد من صالحى الأمة²³.

¹⁶ شيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الرابع، دار المعرفة، بيروت، ص 345.

¹⁷ فخر الدين محمد الرازي، تفسير الفخر الرازي، الجزء العاشر، دار الفكر، 1981، ص 95.

¹⁸ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبو بكر القرطبي، تفسير القرطبي، الجزء الثالث، مؤسسة الرسالة، مصر، ص 1745.

¹⁹ فخر الدين محمد الرازي، المرجع السابق، ص 133.

²⁰ سورة المائدة الآية 37.

²¹ سورة النور الآية 02.

²² أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ص 231.

²³ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس، محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، دار الكتب المصرية، القاهرة، ص 178.

-فيه تكليف الحكام ملاحظة أحوال العامة، والاجتهاد في إصلاح أحوالهم.

هناك رأي آخر يرى بأن الزوجين هما المكلفان ببعث الحكمين وهو قول الإمام علي رضي الله عنه، فقد روي محمد بن سيرين عن عبيدة السلماني قال: جاء رجل وامرأة إلى علي رضي الله عنه، مع كل واحد منهما فتام من الناس، فأمرهما فبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها، وقال للحكمين هل تدریان ما عليكما؟ إن عليكما إن رأيتهما أن تفرقا أن تفرقا، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله بما علي فيه ولي، وقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه، كذبت والله (لا تبرح) حتى تقر بمثل الذي أقرت به²⁴.

هناك قول بأن أهل الزوجين هما المكلفين ببعث الحكمين وهو قول عن السدي، وبعض الإمامية، وبعض الشافعية²⁵، وبعض المالكية، وأحد أقوال الإباضية، وحجتهم على ذلك ما يلي:

-أن الخطاب في الآية يجوز أن يكون للزوجين أو لأوليائهما، أو للحاكم وظاهرها لا ينافي ذلك وعليه يجوز البعث من كل هؤلاء.

- قول صاحب الجواهر: نعم لو تعذر الحاكم قام عدول المسلمين مقامه في ذلك، ولو تعذر الجميع فبعث الزوجان، وكان المبعوث وكيلًا محضًا لا حكامًا، فيفعل ما تقتضيه الوكالة من عموم أو خصوص.

الفرع الثاني: سلطة تعيين الحكمين في القانون الجزائري

فصل المشرع الجزائري في مسألة بعث الحكمين في المادة 56 من ق أ بأن القاضي هو المخول الوحيد لبعث الحكمين في حال الشقاق بين الزوجين وعدم تبين له أي ضرر بحيث لم يترك أي مجال لأي تأويل آخر غير الوارد في المادة سالفة الذكر وجزم على أن القاضي هو الوحيد المخول بالعملية، وجاءت المواد الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتشرح لنا الإجراءات الواجب إتباعها في هذه الحالة، ونلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بأن السلطان أي القاضي أو من ينوبه هو المخاطب ببعث الحكمين في حال حصول خلاف بين الزوجين ولم يتبين الضرر لأنه هو المكلف بشؤون وأمور الناس.

²⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، المرجع السابق، ص 1747.

²⁵ مغنى المحتاج الجزء الثالث، ص 261، وقيل للأولياء.

المطلب الثاني: مهام الحكمين المبعوثين بين الزوجين

في هذا المطلب سنتطرق إلى مهام الحكمين من الجانب الفقهي، ومن الجانب القانوني ونرى موقف المشرع الجزائري من هذا الموضوع.

الفرع الأول: من الناحية الفقهية

اتفق الفقهاء بكل مذاهبهم على أن الغاية الأساسية من بعث الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، وأن أول ما يجب عليهما البدء به، هو التقصي على سبب الشقاق بين الزوجين، وتحري موطن الخل للوصول إلى السبب الأساسي للخصومة القائمة بينهما، ومما لا شك فيه أن الشقاق لا يظهر من فراغ ولا يأتي من غير سبب بغض النظر عن قيمة هذا السبب، وكونه تافها لا يبرر حصوله من الأساس، أو كان جديرا بالشقاق في حد ذاته²⁶.

إن معرفة أسباب الشقاق بين الزوجين مهمة جدا، وهي مفتاح الحل والخطوة الأولى للوصول إلى الإصلاح ويتوصل الحكمان إلى معرفتها كما يلي:

- انفراد الحكمين بالزوجين كل على حدة للتعرف على أسباب الشقاق كل حسب وجهة نظره.
- إشعار الحكمين للطرفين بأهمية الحياة الزوجية، وأن الحفاظ على لحيتهما تحتاج أن يتنازل كل منهما عن بعض حقوقه من أجل مصلحة الأسرة لاسيما مع وجود الأبناء.
- تذكير الزوجين بحسنات الطرف الآخر، قال الله تعالى: "وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ"²⁷ وأن الإرادة الصادقة من أكبر أسباب الإصلاح، وتوفيق الله لهما وتأليفه بينهما كما قال تعالى: "إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا".

بعد أن عرف الحكمان أسباب الشقاق في نظر وتقدير كلا من الزوجين، يجتمعان ويتدارسان هذه الأسباب، وما يدعيه كلا من طرفي النزاع، ثم يقدران قيمة هذه الأسباب، والادعاءات والمسبب وطرق رفع الشقاق، وإزالة أسبابها.

بحيث نجد أن من السبل النافعة للإصلاح هو إثارة معاني²⁸ الإيمان في نفسي الزوجين، وإثارة معاني الشهامة والرجولة في نفس الزوج، بأن يترفع عن هضم حقوق زوجته مما يحملها على الشقاق معه، فليس من

²⁶ ياسر صائب خورشيد، "حكم التحكيم في إصلاح نشوز الزوجين في الفقه الإسلامي"، مجلة كلية الأدب، العدد 103، كلية التربية للعلوم الإنسانية، جامعة ديالى، ص 09.

²⁷ سورة البقرة الآية 237.

المروءة ولا الشهامة ولا الشجاعة، ولا مما تقتضيه معاني الإيمان ظلم الزوجة، مما يحملها على الخلاف والشقاق، وأن المرجو والمأمول من الزوج أن يعامل زوجته بالفضل، لأن أهلها استودعوها عنده، ووثقوا به من أنه سيسعدها ولا يسبب لهم المتاعب بسببها، وأنها أم أولاده أو ستكون كذلك مستقبلاً، وأن الزوج الكريم هو الذي لا يستغل مركزه في العائلة، ولا يتعسف في استعمال سلطته على زوجته بنحو يلحق بها الضرر فيحملها على الخلاف والشقاق، فهذه المعاني، إذا قدمها الحكماء للزوج بأسلوب لطيف وقول لين، فالغالب أنها ستؤثر في نفس الزوج وسيقلع عما أدى إلى الشقاق.

إذا نسب كل زوج إلى الآخر التعدي، ولم يعرف الحاكم المتعدي منهما، يبعث الحكمين مباشرة بمجرد ادعاء كل من الزوجين ظلم الآخر له، قال مالك: الأمر الذي يكون فيه الحكماء إنما ذلك إذا فتح ما بين الرجل وامرأته، حتى لا تثبت بينة، ولا يستطيع أن يتخلص إلى أمرهما، فإذا بلغ ذلك بعث الوالي، رجلاً من أهلها ورجلاً من أهله²⁹، وهذا الذي عليه أكثر المالكية، وإنما اشترطوا لبعث الحكمين، تكرار الشكوى، فإذا اشتكى أحدهما ضرر صاحبه ولا بينة له رفض القاضي دعواه، فإذا عاد ثانية، كشف القاضي عن حالهما، فإذا لم يتيسر له، وخاف الشقاق بينهما، بعث حكماً من أهله، وحكماً من أهلها.

إذا يقول النووي وإذا اشتد شقاقهما ودأب على السباب الفاحش والتضارب، بعث الحكماء حكماً من أهله وحكماً من أهلها، فينظران في أمرهما، ويصلحا بينهما، أو يفرقا إن عسر الإصلاح، وبعث الحكمين هو واجب³⁰ يقول ابن قدامة "وإن خرج الزوجان إلى الشقاق والعداوة، بعث الحاكم حكمين حرين عدليين، مسلمين فيكشفان عن حالهما³¹."

إذا تعد قضية تدخل الإمام أوجب ببعث الحكمين، حينما ترفع القضية من قبل الزوجين أو أحدهما على الآخر بدعوى الشقاق والنزاع، وفي ذلك يقول الشافعي "فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم، فحق عليه أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها"³².

²⁸ ياسر صائب خورشيد، المرجع السابق، ص 13.

²⁹ مالك بن أنس، المرجع السابق، ص 49.

³⁰ الإمام النووي، إشراف زهير الشاويش، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، 1991 ص 193.

³¹ المغني، ابن قدامة، المرجع السابق، ص 320.

³² الشافعي، كتاب الأم، الجزء الخامس، ص 208.

الفرع الثاني: من الناحية القانونية

سار المشرع الجزائري على قول فقهاء الشريعة بكل مذاهبهم، بوجوب بعث الحكمين في حالة اشتداد الخصام وذلك في نص المادة 56 المذكورة سالفاً، ونفس الشيء قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها "وحيث أنه كان على المحكمة الفصل في الطلب الأصلي، مادام الطاعن ضدها قد استعمل حقه في مطالبة زوجته بالرجوع، وليس الاستناد إلى الأحكام السابقة بين الطرفين، لأنه إذا استمر الخصام بين الزوجين، ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق والتعيين بينهما كما تنص المادة 56 من قانون الأسرة، وحيث أنه ما دام الطاعن قد رفع دعواه طالبا رجوع زوجته إلى بيت الزوجية، وتمسك بذلك في جميع مراحل الدعوى، وبالتالي لم يتبقى من النزاع ما يتطلب فيه فإن تصالح الزوجان فهو خير، وإلا فلن له مصلحة من الزوجين الالتجاء إلى القضاء للمطالبة بما يراه مناسباً مما يتعين معه أن يكون نقض الحكم بدون إحالة"³³.

وجاء أيضاً في أحد قراراتها بأنه من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعند نشوز أحد الزوجين، يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين الحكمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية 49، 55، 56 من قانون الأسرة يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه³⁴.

ومن المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعاً، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابته بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة، لهذا السبب كاف للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون³⁵.

³³ انظر: المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، قرار رقم 0991493، مؤرخ في 2014/11/13، غير منشور.

³⁴ انظر م ع غ أ ش ملف رقم 57812، قرار بتاريخ 1982/12/25، م ق 1991، ع 3، ص 71.

³⁵ المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية قرار بتاريخ 1996/09/24 ملف رقم 139353 المجلة القضائية، 1992 عدد خاص ص 96، مشار إليه في مؤلفات بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقاً عليه بمبادئ اجتهاد المحكمة العليا، خلال أربعين سنة، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 280.

ونلاحظ من خلال قراءتنا لهذا القرار أن المحكمة العليا قد أخذت بسبب لم يكن منصوصا عليه في المادة 53 قبل تعديل 2005، وهذا هو الخصام الشديد والطويل الذي يسبب ضررا للزوجة، بحيث تصبح العشرة الزوجية مستحيلة بين الزوجين وبالتالي يمكن القول أن المحكمة العليا وفق هذا القرار قد عرفت الشقاق المستمر بين الزوجين بذلك الخصام المستفحل بين الزوجين والذي دام لمدة طويلة ترتب عليه ضرر شرعي جعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة، لاستفحال الخصام بينها وبين زوجها وطول مدته باعتباره ضررا شرعيا، ومتى تبين في قضية الحال، أن الزوجة تضررت لمدة الخصام مع الزوج وأن هذا الأخير هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد لها، مما يجعلها متضررة ومحقة في طلبها التعويض.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام، وبتظلم الزوج طبقوا صحيح القانون³⁶ وبقرائتنا لهذا القرار فإننا نلاحظ أنه تأكيد لقرار المحكمة العليا السابق ذكره بحيث اعتبرت المحكمة العليا أن مجرد استفحال الخصام بين الزوجين وطول مدته هو ضرر يصيب الزوجة ويجعل طلبها للتفريق لاشتداد الخصام مؤسسا قانونا.

من المقرر فقها وقانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بطرق أحكام الشريعة الإسلامية غير صحيح. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين وثبتت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن³⁷.

وبقرائتنا لهذه القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا نلاحظ أنها كرست اجتهادا قضائيا مفاده أن الزوجة التي يطول ويستمر خلافها وخصامها مع زوجها، لها الحق في طلب التطليق على هذا الأساس وهو الشقاق المستمر، الناشئ عن لجوء الزوجة للقضاء لحل نزاع أسري، صدر فيه حكم ضد الزوج ورفض هذا

³⁶ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 15/06/1999 ملف رقم 224655، مشار إليه في مؤلف بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 283.

³⁷ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وقضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 189.

الأخير تنفيذه، ولم تلجأ المحكمة العليا من خلال هذه القرارات إلى تعيين حكمين للإصلاح والتوفيق بين الزوجين ومن ثم نقول أن المحكمة العليا لا تشترط للتطبيق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون الأسرة، ويعتبر ذلك مخالفا لما يقضي به الفقه الإسلامي في اشتراطه اللجوء إلى التحكيم كلما نشأ شقاق بين الزوجين.

إن أول ما ينبغي على الحكمين معرفته عند طرح النزاع أمامهم، هو معرفة أسباب الشقاق والوقوف عند حقيقته إذ ينبغي على الحكمين، دراسة الحالة بتعرفهما على مواطن الخلاف الزوجي، وأسبابه وملاساته وتحديد مسؤولية كل واحد منهما في النزاع، عن طريق سماع الزوجين وسماع توضيحات الجيران والأقارب أو من كل من يرى الحكمان ضرورة في سماعه، لإصلاح ذات البين أو لتقصي الحقائق، ولتبيان الأمر عن حقيقته³⁸ وعند ذلك حتما ستتبلور لديهما فكرة عن كيفية علاجه، فيبذلان جهدهما في استئصال هذا الخصام، بالنصح للزوجين وحسن المعاشرة والتزام المعروف، وإحكام شرع الله في علاقتهما، فيعرفانهما بحسن الألفة والمحبة ومواصلة درب الزوجية، ولأجل ذلك عليهما أن يلطفا القول ويسعيا جهدهما في الإصلاح، ورفع الخلاف والشقاق بكل صدق وأمانة وفي ذلك توفيق من الله تعالى وإعانتة لقوله تعالى "إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا"³⁹.

فينبغي على الحكمين حمل ذلك محمل الجد، لأن في التفريق خراب البيوت، وفي التوفيق الألفة والمحبة والمودة والرحمة، كما أن غرض الإسلام جمع القلوب على المحبة والوئام خصوصا ما يمس الجانب الأسري⁴⁰.

إن مهمة الحكمين القيام بإجراء الصلح بين الزوجين، وإليه يسعيان لأن الصلح هو المهمة الوحيدة الواضحة في القانون الجزائري، من خلال استعمال المشرع عبارة "وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما" في المادة 56 سابقة الذكر، مما يفيد الإصلاح بلم الشمل لا غير.

بحيث يوجد من الفقهاء من قال بأن الإصلاح في هذا الموضوع هو فعل الأصلح للزوجين، وقد تكون الفرقة أصلح لهما من البقاء على الزوجية والعكس صحيح⁴¹.

³⁸ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 1996، ص 348.

³⁹ الآية 35 من سورة النساء.

⁴⁰ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مدعمة بنصوص من قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 131.

فلا نعتقد بأن المشرع كان يقصد هذا المعنى، لأن مسألة الفرقة بين الزوجين لا تقع إلا أمام القاضي في الطلاق، أو في التطليق والخلع، وكذا عند النشوز تطبيقاً لنصوص المواد 49، 53، 54، 55 من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أنه محاولة لم شمل الزوجين بالصلح بين الزوجين⁴²، هي المهمة الأولى والرئيسية للحكمين بحيث يبذلان الجهد الجهد للوصول إلى الغاية المرجوة، وهي الإصلاح بين الزوجين المتخاصمين وفي سبيل ذلك عليهما عقد المزيد من مجالس التحكيم، وأن يستغرقا مدة الشهرين التي منحها إياهما المشرع الجزائري، إلا أنه وعند عدم إمكانية ذلك رغم كل المساعي المبذولة من الحكمين، وعدم ادخارهما جهداً في ذلك لا يبقى على الحكمين إلا اقتراح الفرقة بين هذين الزوجين وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في ذلك.

إذ يقوم الحكمان وجوباً استناداً إلى المادة 56 من ق.أ، برفع تقرير إلى هيئة المحكمة التي عينتهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما، يوضحان من خلاله ما أفضت إليه مساعيهم للإصلاح بين الزوجين المتخاصمين في حين لا يعد تحرير ذلك المحضر وجوباً بمقتضى المادة 446 ق.إ.م.⁴³ إلا في حالة نجاح الحكمين في مساعيهم الإصلاحية بين الزوجين فقط، وكما نصت المادة 447 ق.إ.م.إ على ضرورة قيام الحكمين باطلاع القاضي على كل ما يعترضهما، من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة الموكلة لهما⁴⁴.

⁴¹ الماوردي، المرجع السابق، ص 606.

⁴² فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 172.

⁴³ المادة 446 "إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة".

وتضيف المادة 447 "يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".

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

المادة 449 "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً، إذا تبينت صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

⁴⁴ محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي، 2012، ص 243-244.

إذ يجوز للقاضي إنهاء مهامهما تلقائياً استناداً إلى المادة 449 ق.إ.م.إ، إذا تبين له صعوبة تنفيذ تلك المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة.

من خلال دراسة مهمة الحكّمين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، نستنتج أن المهمة الأساسية للحكّمين هو التحري عن سبب الخلاف بين الزوجين، والسعي للإصلاح بينهما بقدر الإمكان، وهو غاية الآية الكريمة التي ذكرها المولى عزّ وجلّ في موضوع الشقاق.

المطلب الثالث: أثر عمل الحكّمين على الخصومة الزوجية

في هذا المطلب سنتناول أثر عمل الحكّمين على الخصام بين الزوجين، ولنرى إمكانية إلزامية قراراتهما على الزوجين من عدمه.

الفرع الأول: الأثر الفقهي

انقسم رأي الفقهاء إلى قسمين، فهناك من يرى بأن للحكّمين حق التفريق بين الزوجين، في حالة عدم جدوى الإصلاح بينهما، سواء رضياً بذلك أم لا باعتبارهما حاكّمين بينهما، وهناك من يرى بأن سلطة الحكّمين تكمن في الإصلاح لا غير لكون الحكّمين هما مجرد وكيلين.
الرأي الأول: للحكّمين سلطة قضائية

يرى بعض الفقهاء أن للحكّمين سلطة التفريق بين الزوجين، إذا تبين لهما أن المصلحة في ذلك، وأن لا جدوى للإصلاح بينهما، ولا يحتاجان في ذلك إلى موافقة أو إذن من أي من الزوجين، فللحكّمين التفريق دون رضا الزوجين، وهذا ما ذهب إليه مالك⁴⁵، والأوزاعي وسعيد بن جبيرة، وإحدى الروايتين عن أحمد، وأحد القولين عن الشافعية، واستدلوا في ذلك على الحكّمين حاكّمان، وليس وكيلين عن الزوجين، والحاكم لا يحتاج لإذن من الخصم حتى يصدر حكمه وكذا الحكّمين⁴⁶.

الرأي الثاني: الحكمان مجرد وكيلين عن الزوجين

أما البعض الآخر فيرى أن الحكّمين ليس لهما التفريق بين الزوجين بعوض، أو بغير عوض إلا بإذنها (فيأذن الزوج بالطلاق، وتأذن الزوجة بقبول التطلق، أو ببذل العوض للخلع)، وهذا ما ذهب إليه الحنفية

⁴⁵ مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، المجلد الأول، الجزء الخامس، دار النوادر، بيروت، ص 367-368.

⁴⁶ الشربيني الخطيب، المرجع السابق، ص 429.

والظاهرية، والقول الراجح عند الشافعية، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد⁴⁷، واستندوا في قولهم هذا على أن كل حكم من الحكمين يعتبر وكيلًا عن أحد الزوجين، والوكيل لا يتصرف إلا بما أذن له الموكل وبناءً على ذلك إذا تعذر الإصلاح بين الزوجين ورأى الحكمان أن الأنسب هو التفريق بينهما فليس لهما القيام بذلك إلا بإذن ورضا الزوجين⁴⁸.

واستدلوا بالآية الكريمة " إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا " إذ تدل الآية على الإصلاح فقط، ولم يذكر الفرقة فيه وإنما يوجه الحاكم الحكمان ليعظا الظالم منهما، وينكرا عليه ظلمه، وإعلام الحاكم بذلك ليأخذ هو على يده، بحيث لما ذكر الله الحكمين في محكم تنزيله نسب إليهما الإصلاح فقط، وهذا يقتضي أن يكون ما وراء ذلك غير مفوض إليهما.

الفرع الثاني: الأثر القانوني

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد جزم بالقول في المواد سالفة الذكر أن عمل الحكمين هو مجرد الإصلاح بين الزوجين، وأن سلطة التفريق بينهما تعود إلى القاضي وحده، إذ يمكن القول بأنه "قد سار على هدي الرأي القائل بأن الحكمين هما وكيلان عن الزوجين وليس حاكمان (قاضيان) فليس لهما سلطة الحكم والقضاء بل مخولان فقط بالإصلاح بين الزوجين لا غير فقد نص المشرع في المادة 56 "للتوفيق بينهما" ومعنى التوفيق هو محاولة إجراء الصلح بأي طريق كان.

فكما قال الأستاذ عبد المؤمن بلباقي "أن المشرع قد نهج في هذه المسألة على رأي أن الحكمين وكيلين أي أن مهمتهما الإصلاح لا غير، وإن ظنا أن الموقف يستدعي التفريق اقترحا ذلك على القاضي في التقرير الذي يعدانه له بمناسبة أدائهما لمهمتهما"⁴⁹.

يضاف إلى ذلك أن الطلاق لا يثبت إلا أمام القاضي، وأنه الوحيد المخول بذلك⁵⁰، فلا يمكن تصور مطلقاً، أن للحكمين اللذين بعثا للتوفيق بين الزوجين، أن يعقد الفرقة بينهما من غير الرجوع إلى القاضي، لأنه عندما

⁴⁷ الجصاص، المرجع السابق، ص 155.

⁴⁸ المرجع نفسه، ص 155.

⁴⁹ عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 131.

⁵⁰ باديس ديابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، الجزء 01، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 54.

يقرران الفرقة إنما يكون ذلك عند استحالة الإصلاح، ويضمنان ذلك في التقرير الذي يعدهان للقاضي عند انتهاء مدة عملهما.

وعليه لا يمكن مطلقا القول بأن الحكّمين المبعوثين في الخصام والشقاق الحاصل بين الزوجين في القانون الجزائري عملهما عمل القاضي الحكم، لكن من الأجدر به أن ينص على ذلك صراحة خصوصا، في ظل وجود نص عام في قانون الأسرة الجزائري (المادة 222 منه) التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيما لم ينص عليه في هذا القانون، وقد علمنا خلاف الفقهي سابقا حول هذه المسألة.

خاتمة

من خلال دراستنا لموضوع دور الحكّمين في التوفيق بين الزوجين، على ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجزائري تبين لنا مدى أهمية وقيمة التحكيم، فتوصلنا من خلال دراستنا له في هذا الإطار أنه إجراء يهدف لحل الخلافات الزوجية فهو يمر بعدة مراحل إجرائية، أولها الاستماع إلى الزوجين، ثم معرفة أسباب الشقاق وكذا تحديد موضوعه وفي النهاية محاولة الإصلاح، فإن تعذر ذلك، يتم رفع تقرير كتابي مفصل للقاضي وهذا الأخير مخير بالأخذ به من عدمه.

وفي الأخير توصلنا إلى النتائج التالية:

- سائر المشرع الجزائري فقهاء المذاهب الأربعة فيما يخص مشروعية التحكيم وهذا ما تثبته الأدلة الشرعية والقانونية المذكورة سابقا.
- نلاحظ أن المشرع قد نهج منهج الفقهاء، الذين قالوا بوجوب بعث الحكّمين في حالة اشتداد الشقاق والخصام بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر وهو بذلك يسائر ما جاء في أية بعث الحكّمين.
- يعتبر القاضي هو الوحيد المخول بمهمة بعث الحكّمين، بشرط أن يكونا من أهل الزوجين لأنهما أعرف ببواطن الأمور وأحرص على الإصلاح بينهما.

- إن اللجوء إلى إجراء التحكيم، يكون في حالة ما إذا استوفى القاضي جلسات الصلح وتبين من خلالها أنه لم يثبت أي ضرر من الخصومة، أو في حالة ما إذا تكررت شكوى الزوجة وعدم تمكنها من إثبات الضرر اللاحق بها.

ولا يفوتنا في الأخير أن نقدم بعض التوصيات للمشرع الجزائري وهي:

- يجب التفصيل في إجراء التحكيم وتخصيص أكثر من مادة له، نظرا لأهميته، كما فعل نظيره المصري في قانون الأحوال الشخصية.
- تعديل نص المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بالنص على إلزامية إجراء التحكيم لتتطابق مع مضمون نص المادة 56 من قانون الأسرة.
- النص على عدم جواز الحكم بالتفريق للضرر، أو الشقاق بدون بعث الحكمين.
- يجب النظر في مهلة الشهرين المقدمة للحكمين، التي قد لا تكون كافية لمعرفة أسباب الشقاق ومحاولة الإصلاح بين الزوجين.