مختبر الدراسات القانونية والاجتماعية
ⵓⵙⵜⵔ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⴰⵙⵏⵜⵉⵜ ⴷ ⵜⵓⵙⵙⵏⵉⵡⵉⵏ
Laboratoire des études juridiques et sociales

مركز الأفق للأبحاث والدراسات
CENTRE ALOFOUK POUR DES RECHERCHE ET DES ÉTUDES
ⵓⵔⵔⵉ ⵏ ⵓⵎⴰⵏ ⵏ ⵜⵓⵙⵙⵏⵉⵡⵉⵏ ⴷ ⵜⵓⵙⵙⵏⵉⵡⵉⵏ

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - أيت ملول
ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⵓⵙⵙⵏⵉⵡⵉⵏ ⴷ ⵜⵓⵙⵙⵏⵉⵡⵉⵏ ⴷ ⵜⵓⵙⵙⵏⵉⵡⵉⵏ - ⴰⵢⵜ ⵎⵍⵍⵓⵍ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET SOCIALES - AÏT MELLOUL

الوساطة والتحكيم في الشريعة والقانون

مؤلف جماعي
لأشغال المؤتمر الدولي
حول الوساطة والتحكيم في الشريعة والقانون
أيام 21 و22 فبراير 2023

من تنظيم مختبر الدراسات القانونية والاجتماعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بايت ملول ومختبر القانون والمجتمع بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بأكادير وبشراكة مع مؤسسة منارات الفكر الدولية ومدرسة القانون بالجامعة الدولية باكادير، وهيئة المحامين بأكادير

تنسيق
ذ عبلا بن أعرمو – ذ احمدناه بوكنين - ذ إسماعيل أبو ياسين

1 سلسلة منشورات مختبر الدراسات القانونية والاجتماعية العدد

الطبعة الأولى 2023

مؤلف جماعي

الوساطة والتحكيم في الشريعة والقانون

سلسلة منشورات مختبر الدراسات القانونية والاجتماعية
العدد1

DAR ELIRFAN
العرفان

سلسلة منشورات مختبر الدراسات القانونية والاجتماعية رقم 1

مؤلف جماعي في موضوع:

الوساطة والتحكيم في الشريعة والقانون

تنسيق:

ذ عبلا بن أعرمو – ذ احمدناه بوكنين- ذ إسماعيل أبو ياسين

الإيداع القانوني: 2023MO4604

الترقيم الدولي: 978-9920-618-47-2

الطباعة والنشر

دار العرفان للطباعة والنشر
رقم 97 شارع عبد الله كنون حي السلام أكادير
Té: 05.28.23.51.13
Email: daralirfane@gmail.com

كلية العلوم
القانونية والاقتصادية والاجتماعية أيت ملول
الطريق الوطنية رقم 10 حي أزرو أيت ملول
Té: +212 5 28 24 24 23
Email: fsjes-cuam@uiz.ac.ma

محفوظة جميع الحقوق

المحتوى:

تقديم 5

الطعن بإعادة النظر في الأحكام التحكيمية 7

د. أحماد ايت المهاوض/د عبلا بن أعرمو

الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي في القانون المغربي 19

الدكتور اسماعيل أبوياسين

تأملات حول المنازعات التجارية للمغرب أمام منظمة التجارة العالمية: الخصائص والتحديات؟ 47

د. سعيد هماموني/ذ. محمد نبيه

العدالة الجنائية التصالحية جزء من السياسة الجنائية المغربية 71

د. ادريس الحياني/ذ. خالد التومي

قراءة في مستجدات التحكيم الداخلي على ضوء القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية 85

الدكتور محمد أطويف

مسطرة الصلح في قانون الأسرة المغربي 107

الدكتور إدريس كركين

ضوابط تقديم الطلبات العارضة أمام الهيئة التحكيمية 119

د. العسري ابراهيم/د. أحمدناه بوكنين

شكليات الوساطة البنكية في منازعات عقود المالية التشاركية وتحدياتها -عقد المرابحة للآمر بالشراء أنموذجا- 129

ذ. أحمد اموزاي

تنفيذ الحكم التحكيمي في القانون المغربي وأحكام الفقه المالكي 149

الدكتور محمد لشقار

الموقف التشريعي من التحكيم الإداري - دراسة مقارنة- 177

إدريس العرعاري

التنفيذ الجبري للحكم التحكيمي وبعض إشكالات التنفيذ 195
د.هشام زريوح
من أجل مأسسة الوساطة الأسرية بالمغرب دراسة استشرافية لفعالية الوساطة في حل النزاعات الأسرية 219
د. كمال بلحركة – د سعيد العيطوني
تمديد شرط التحكيم في مجموعة الشركات 235
د. حكيم كرم
دور الوساطة في ضمان سياسة جنائية 249
الدكتور محمد بن التاجر
التحكيم في القضايا المستعجلة 257
د/عبد الهادي الحرفاوي
الآليات الجديدة لتدبير الأزمات الدولية: الدبلوماسية القنصلية نموذجا 295
د. حكيم التوزاني
التحكيم في العقود الإدارية 323
د. محمد بكشوا/ذ. الهاشمي السعيدي
القضايا الضريبية بين الوساطة والتحكيم 339
د. ابراهيم أحطاب

من أجل مأسسة الوساطة الأسرية بالمغرب
دراسة استشرافية لفعالية الوساطة في حل النزاعات الأسرية

د. كمال بلحركة – د سعيد العيطوني
جامعة ابن زهر

نشأت العدالة من فكرة الوساطة التي تولاها وسيط مختار حكيم، يرتضيه الخصوم، تطوع لفك النزاع لما له من قرابة، وتدخل بما له من مكانة، فيعرض الصلح على الأطراف، ويستأصل دابر الخلاف، ويسوي النزاعات، بما له من غنى القريحة من حلول يقبل بها المتخاصمون، قبولهم يكون إما خجلا من المغالاة في الخصومة، أو إكبارا للوسيط، وتقديرا لهيبته، ثم إن تنظيم العدالة استمد وجوده من سلب الأطراف بعض ما لديهم من صلاحيات، فترك لهم اختيار الحكم، فألزمهم بقبول حكمه، فكان التحكيم منزلة وسطى بين الوساطة والقضاء[1].

وتمييزا للوساطة عن التحكيم نشير إلى أن الوساطة الأسرية، والتحكيم كلاهما وسيلة بديلة لفض المنازعات الأسرية، لكن لكل منهما أوجه الشبه، وأوجه الاختلاف. حيث تلتقيان في أن كلاهما يهدف إلى بذل أقصى الجهود بغية التوفيق بين المتخاصمين، وخاصة الزوجين؛ في حين تختلفان لاسيما حينما يفشل الحكمين في مسعى الصلح، وجب تضمين ذلك من كليهما في محضر مع بيان مسؤولية كل واحد من الزوجين في ما وقع من شقاق وخصام بينهما. مع تحميل المسؤوليات، على العكس من جلسات الوساطة تجرى في سرية تامة. يلتزم الأطراف بذلك. غير أن الطرفان في التحكيم يرتضيا إلى الحكمين للفصل في النزاع الواقع بينهما. في حين أن التجائهما للوساطة دليل على انتظارهما لحل توفيقي وليس حكمي، حيث لا يلتزم الأطراف برأي الوسيط.

[1]- أحمد حمدان، شريف النجيحي، المدخل لدراسة الوساطة في تسوية المنازعات، الدار المصرية اللبنانية، سنة 2017، ص7.

وبالعودة للقانون المغربي فإنه عرف الوساطة بأنها "عقد يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو ينشأ فيما بعد"[1]، ما يفيد أن المشرع ميز بين عقد الوساطة وشرط الوساطة بحسب نشوء نزاع من عدمه[2]. وهو نفس التعريف الذي تبناه التشريع الفرنسي[3] وأصلته قضاء النقض[4].

استحدثت وزارة العدل المغربية سنة 2010 مؤسسة القاضي الوسيط ضمن هياكل المحاكم؛ تتكون من قاضي حكم، وقاضي من النيابة العامة، وكاتب للضبط، غير أن هذه المؤسسة لا تقوم بدور الوساطة الأسرية أو الوساطة عموما بل ينحصر دورها في تيسير الولوج لمرفق العدالة، من خلال تبسيط الإجراءات للمتقاضين، والدفاع في حدود ما هو مسطري دون المساس بما هو قضائي، حيث ينحصر دور الوسيط في الاستشارة، والإرشاد، والتوجيه[5]، وعليه نلحظ أن وظيفة هذه المؤسسة لا تتعلق بالوساطة وفق ما نحن بصدد دراسته، بقدر ما يتعلق الآمر بمهمة تسهيل الولوج للمحكمة لا غير.

---

[1] المادة 56- 327 من قانون المسطرة المدنية.

[2] تنص المادة 57- 327 من قانون المسطرة المدنية على أنه " يمكن إبرام اتفاق الوساطة بعد نشوء النزاع ويسمى حينئذ عقد الوساطة أو التنصيص عليه في الاتفاق الاصلي ويسمى حينئذ شرط الوساطة".

[3] Article L.213-1 du Code de la justice administrative française : la médiation « s'entend de tout processus structuré, qu'elle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction ».

[4] définition selon la Cour de cassation : « la médiation consiste à confier à un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision sur le fond, « le médiateur », la mission d'entendre les parties en conflit et de confronter leurs points de vue au cours d'entretiens, contradictoires ou non, afin de les aider à rétablir une communication et à trouver elles-mêmes des accords mutuellement acceptables. »

Bulletin d'information de la Cour de cassation,hors-série:

https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/media tion_8925.html#haut

[5]- كنزة حرشي، سميرة خزرون، أي دور مؤسساتي في إعمال الوساطة الأسرية في التجربة المغربية؟ قراءة في الواقع والأفق، مجلة القانون المدني والاقتصادي والمقارن، الجزء الثاني العدد 1 سنة 2021، ص 116.

نسجل أن المشرع المغربي وفر ترسانة قانونية مختلفة للوسائل البديلة لتسوية النزاعات الأسرية بغية الحفاظ على الاستقرار المجتمعي، حيث ألزم المشرع القضاء على ضرورة إجراء الصلح والتحكيم بين الطرفين المتخاصمين.

نلفت الانتباه إلى أن سعينا إلى إبراز مكانة الوساطة والدفع بفعاليتها بعد أن نسرد مكامن الخلل في باقي الوسائل البديلة لفض المنازعات، لابد من الإشارة إلى أن المشرع المغربي استثنى العديد من المجالات من الوساطة، حيث تنص المادة 87 من القانون 17-95 في فقرتها الثانية على أنه يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء ذاتيين أو اعتباريين، أن يبرموا اتفاق وساطة في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في القانون" ويقصد بها تلك الواردة في الفصل 62 من قانون الالتزامات والعقود، وتلك المستثناة من مجال تطبيق الصلح ولا يجوز إبرامه إلا بالأخذ بعين الاعتبار التحفظات أو الشروط أو الحدود الضامنة لصحة الصلح وفق النصوص 1099 إلى 1104 من ذات الظهير والمتعلقة أصلا بالصلح وفقا للمبدأ القائم على أن الوساطة تجوز فيما يجوز فيه الصلح، ولا تجوز فيما لا يجوز فيه الصلح[1]، وهي قضايا الأهلية، والنفقة والإرث والقضايا التي لا يمكن إبرام الصلح بشأنها والقضايا المتعلقة بالنزاعات والرهون العقارية، والقضايا المتعلقة بالجنسية والنظام العام.

المطلب الأول: حدود الصلح والتحكيم في احتواء المنازعات الأسرية

ورث المشرع المغربي وسيلتين أساسيتين لفض النزاعات القائمة بين المتنازعين عن الفقه الإسلامي، حيث أخذت التشريعات الوطنية سواء الموضوعية أو الإجرائية بمؤسستي الصلح، والتحكيم في قطع دابر الخلاف بين المتنازعين، فطبقتها في مختلف الحقول القانونية مدنية كانت أم تجارية، غير أن تقييم مدى فعالية هذه المؤسسات يختلف بدوره باختلاف تطبيقاته، حيث نجح إلى حد كبير في تأطير المنازعات التجارية

[1]- محمد عشبوش، رايس محمد، مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والسياسية، المجلد السادس، العدد الثاني دجنبر 2021، ص 2053.

في اختصار المساطر ولو أن الطعن في النتائج يهدم في غالب الأحوال تلك المجهودات بالرجوع إلى المحكمة الأصل، إلا أن تطبيقاتهما في المنازعات الأسرية أكثر تشاؤما مقارنة بغيرها حيث تؤكد الإحصائيات محدودية ذلك.

الفقرة الأولى: محدودية الصلح سبب وجيه للاعتماد الوساطة

عهدت مدونة الأسرة للقاضي بمهمة القيام بمحاولة القيام بين الزوجين المتخاصمين، حيث اعتمدت مسطرة الصلح المشار اليه من خلال الفصول 81 و82 و83 من ذات المدونة، وهو إجراء يسعى من خلاله المشرع إلى إصلاح ذات البين بين الزوجين المتنازعين بطريقة ودية. بغية تحقيق الهدف الاسمى من الزواج المتمثل في دوام الاستقرار، والاستمرار للعلاقة الزوجية. حيث يجري القاضي محاولة الصلح بغرفة المشورة بحضور كل من ترى المحكمة فائدة في الإنصات اليه، ويكون كفئا في إصلاح ما يمكن إصلاحه؛ كالحكمين، ومجلس العائلة.

يعد الصلح جوهر الفلسفة التشريعية الذي ورثته مدونة الأسرة عن الفقه الإسلامي، حيث يعتبر من بين المستجدات التي تنص على إلزاميته، قبل الحسم في النزاعات المتعلقة بانحلال ميثاق الزوجية، ويهدف المشرع من وراء ذلك الحفاظ على الاستقرار الأسري[1] وصون قيم الألفة، والإخلاص والمودة، والاحترام التي ينبني عليها الزواج[2]، الأمر الذي أكده العمل القضائي من خلال اعتباره الصلح من النظام العام.

نعلم أن أغلب المنازعات الأسرية تستوجب المرور بمسطرة الصلح، تماشيا مع فلسفة المشرع المغربي في سعيه إلى الحفاظ على الاستقرار الأسري، من خلال احتوائه للضرر، وإيجاد مساحة متفق عليها تجعل طرفي العلاقة الزوجية يعودان إلى الوجه

[1] محمد سلام، أهمية الصلح في النظام القضائي المغربي والمقارن، مجلة المحاكم المغربية، عدد 93 مارس/ابريل 2002 ص 13.

[2] سعيد العيطوني، سلطة القاضي في تقدير الضرر الواقع بين طرفي الزوجة، أطروحة الدكتوراة في العلوم القانونية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير، الموسم الجامعي 2019-2020، ص 67.

الصحيح للهدف من الزواج، حيث بينا أن تدخل القضاء من خلال المسطرة تفيد استقرار الأسرة بكل مكوناتها. لكنها غير ملزمة في كل القضايا؛ كما هو الحال بالنسبة للتطليق للعيب، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي المغربي من خلال قرار للمجلس الأعلى سابقا عندما قضى بأن التطليق للغيبة لا حاجة فيه لإجراء المصالحة [1]، وهو ما سارت عليه مدونة الأسرة عند إعفاء الزوجة من مسطرة الصلح خلال دعوى التطليق للغيبة التي تتضرر من خلالها الزوجة من ممارسة حقوقها الزوجية وفقا للمادة 113 من ذات المدونة، غير أن مرد ذلك ليس هو عدم قدرة الصلح على احتواء ضرر الغيبة، وعودة استمرار الحياة بين الطرفين، بل لكون الطرف الثاني لا يستطيع حضور جلسة الصلح. ويشار أيضا إلى أن تضرر احد طرفي العلاقة الزوجية من العيب الذي يعاني منه الآخر، لا يعفي هو أيضا من إجراء محاولة الصلح، غير أن منطق الأشياء، ومبادئ الإنصاف لا تستقيم مع ذلك، إذ كيف يعقل أن يطلب من متضرر من عيب مستحكم ثابت، صلح ما لا يمكن إصلاحه، كما هو الحال بالنسبة لعيب العقم [2] الطبيعي الذي لا يمكن البرء منه، والذي تضرر من خلاله أحد الأطراف بعد حرمانه من نعمة النسل، وهو متمسك بحقه في الإنجاب. لذا نسجل أن العمل القضائي حسم العديد من محاولات الصلح، وخرج بنتيجة عدم قدرة هذا السبيل في احتواء الضرر [3]، لاسيما

---

[1] - قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا تحت عدد 881 بتاريخ 21-7-92. منشور بمجلة القصر. العدد 2. ص 18.

[2] - يعد العقم ضررا وفق العمل والاجتهاد القضائي سواء المغربي أم المقارن، غير أن القضاء ميز بين العقم الذي فيه تدخل بشري قصد إلحاق الضرر بالطرف الآخر من العلاقة الزوجية، والعقم الطبيعي الذي لا دخل فيه للعقيم أو العاقر، غير أن ذلك لا ينفي إيقاع الطلاق أو التطليق في كليهما، غير أنه يسقط التعويض عن الضرر في الحالة الأولى ويوجبه في الحالة الثانية.

[3] - بالنظر إلى إحصائيات وزارة العدل لسنة 2011، المتعلقة بالمجهودات التي تقوم بها المحكمة للقيام بمحاولة الصلح ، نلاحظ أن النسب التي تمكنت المحكمة من الإشهاد على تصالحها جد ضئيلة، إذ لا تتجاوز 16.26 % من أصل 9679حالة في التطليق للشقاق، انظر بالتفصيل مساطر القضاء الأسري، نشر وزارة العدل المغربية، بتعاون مع هيئة الأمم المتحدة للمرأة أكتوبر 2012 مطبعة البيضاوي، ص17، لكن بالرجوع إلى إحصائيات سنة 2013 بلغ عدد المحاولات التي تم فيها الإشهاد على الصلح في الطلاق 8702 من مجموع الطلبات المحكومة بنسبة 27,81 % ، منها 4324 محاولة لأزواج لهم أولاد، و 4378 لأزواج بدون أولاد، أما بالنسبة للتطليق فقد بلغت عدد محاولات

عندما يكون الشقاق حادا، ولا أمل في حله بعقد جلسات أخرى وفق ما يتطلبه القانون، كما هو الحال في قرار للمحكمة العليا الجزائرية عندما رأت أن " قاضي الموضوع الذي أجرى محاولة صلح بين الزوجين، وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30 نونبر 2009 تمسك فيها الزوجان بمطالبهما، وبالتالي فإن الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة[1] تم استنفاذه، ويعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أن القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى، مما يجعل الوجه غير سديد، ومستوجب الرفض"[2].

الملاحظ من خلال العمل القضائي وكذا بعض الفقه المغربي[3]، أنه لم يورد الاتجاه الصحيح لمؤسسة في غاية الأهمية كما هو الحال بالنسبة لمؤسسة الصلح؛ التي يعتمد عليها القضاء في إثبات أحكامه، بل جعل ما يدور بالجلسة من نقاش محددا لتحميل المسؤولية، في حين كان من الأجدر أن ينحصر دورها في إصلاح ذات البين. حيث لا يمكن الاعتماد عليها للاستخلاص ذلك، إذ لا يستقيم أن يؤسس قضاءه وفق الخصام الذي دار أمامه، وهو ما ذهب إليه القضاء المقارن في العديد من قراراته وذلك بتأكيده على أنه "لا يكفي ما يدور في جلسة الصلح من نقاش وخلاف بين الطاعن وبين المطعون ضدها، للحكم على ذلك بأنه شقاق مستمر لأن الشقاق المستمر يجب أن يظهر من خلال الحياة الزوجية بين الطرفين والخصومات القضائية

الصلح الناجحة 10339 بنسبة 14,67% من مجموع طلبات التطليق البالغ عددها 70833، القضاء الأسري: الواقع والآفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة ، ص 65 وما بعدها.

[1] تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر رقم 02-05 المؤرخ بتاريخ 27 فبراير 2005 على " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

[2] قرار للمحكمة العليا الجزائرية تحت رقم 6284 الصادر بتاريخ 14 ابريل 2011، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول سنة 2012 ص299.

[3] انظر على سبيل المثال لا الحصر، ادريس فاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة، مجلة الحقوق العدد المزدوج 16و17 السنة التاسعة، فبراير- دجنبر 2014 ص 42.

بينهما ولا يظهر في جلسة الصلح التي بنت عليها المحكمة قرارها"[1]. لهذا تشير الدراسات[2] إلى محدودية نجاعة مسطرة الصلح في المحاكم، خاصة من حيث الوقت القصير الذي يخصص لجلسات غرفة المشورة، وعدم فصل القضاة بين المسطرتين، وتكليف قضاه الحكم بذلك، إضافة إلى عدم قدرة القضاء على استيعاب الكم الهائل من الملفات لدواع بشرية ولوجستية، وتدبيرية.

ومرد ضعف مؤسسة الصلح وعدم قدرتها على احتواء الأضرار أمر ثابت من خلال أسباب مرتبطة بالمنطق التشريعي، الذي أسند الأمر إلى قاضي الحكم، ما يجعل الأطراف لا يبوحون بما يمكن القاضي من استجلاء الشقاق المؤدي إلى وقوع الضرر المسبب للخصومة؛ مخافة انعكاس تصريحاتهم على مراكزهم أثناء المحاكمة. كما أن مانعا آخر، يتجلى في ضعف الموارد البشرية، وإجراء التصالح أمام العلن بقاعة الجلسات أحيانا[3]. لبعض الأسباب التي تؤكد عدم قدرة المشرع، والعمل القضائي من احتواء الضرر بين طرفي العلاقة الزوجية في غالب الأحيان[4].

الفقرة الثانية: عدم فعالية التحكيم سبب وجيه لتبني الوساطة

يعتبر التحكيم نظام ذو بعد اجتماعي وإنساني أخذ به الشارع الإسلامي، واعتمدته القوانين الوضعية الحديثة، قصد حل النزاعات التي تنشأ بين الأفراد والجماعات، حيث يضطلع بدور أساس في تخفيف الضغط على مؤسسة القضاء ويختصر الحلول البديلة لنزع فتيل النزاع.

---

[1] قرار للمحكمة العليا، ملف رقم 624622 بتاريخ 14 يوليوز 2011 مجلة المحكمة العليا لسنة 2012 العدد الثاني، ص 229.

[2] 10 سنوات على تطبيق مدونة الأسرة:أي تغيرات في تمثلات ومواقف وممارسات المواطنين والمواطنات؟ دراسة ميدانية 2016، وزارة التضامن والمرأة والأسرة والتنمية الاجتماعية، مطبعة AZ- Editions الرباط 2016، ص 120

[3] هجيرة بن عزي، إكراهات العمل القضائي في إنهاء الرابطة الزوجية، مجلة المنبر القانوني، العدد 6، أبريل 2014، ص 206.

[4] انظر الإحصائيات المتعلقة بنسب نجاح المحكمة في الصلح بين طرفي العلاقة الزوجية مقارنة مع نسب فشلها، وهي نسب مدعاة لاهتمام خاص في ظل أهمية هذه المؤسسة من رأب الصدع بين الطرفين وقطع دابر الخلاف لانتفاء الضرر وسله من جذره.

ومن القضايا التي أكد فيها الدين الإسلامي على اللجوء إلى التحكيم مجرد الخوف من حدوث الشقاق بين طرفي العلاقة الزوجية؛ وفقا لقوله تعالى: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها**﴾. لهذا اعتمدت جل القوانين العربية هذا المنهاج؛ فنصت على بعث الحكمين في نزاعات الشقاق، والضرر من خلال السعي نحو الإصلاح بين الزوجين المتنازعين.

تنحصر مهمة الحكمين في الإصلاح وحده، وتنتهي بانتهاء إصلاح ذات البين، وإذا لم يتمكنا من ذلك فلا يمكنهما التفريق بين الزوجين المتنازعين. غير أن هذه الفكرة تنازعها رأيين مختلفين، أولهما يتزعمه ابن حزم الظاهري[1]، الذي يمنع التفريق مطلقا لقوله: "إن الحكمين شاهدان ينهيان إلى الحاكم ما وقفا عليه من أمر الزوجين ليأخذ الحق ممن هو قبله، ويأخذ على يد الظالم، فلا يمكن حتى للقاضي التفريق بين الزوجين ولكن يمكنه فسخ الزواج". في حين يمنع الاتجاه على الحكمين التفريق إلا إذا ما وكلهما الزوجان في ذلك، فإذا امتنعا الزوجان عن التوكيل فإن التفريق لا يلزمهما[2]. لكن إذا عينهما القاضي للجمع والتفريق، فإن قرار الحكمين بالتفريق آنذاك يكون ساريا على الزوجين[3].غير أن هذه المهمة لا تأخذ بها كل المذاهب حيث يرى بعض الفقهاء أن الحكمين لهما أن يفرقا سواء وكلهما الزوجان أم لا[4]، في الوقت ذاته يرون بأن للزوجة الخيار بين الإقامة مع الزوج أو مفارقته إذا ما أثبتت إساءته لها، أما إذا أرادت الإقامة مع الزوج ألزمه القاضي بحسن معاشرتها، وإن خالف ذلك طلقها منه،

---

[1]- علي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، الجزء الثامن، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، ص:245.

[2]- محمد جواد مغنية، التفسير الكاشف، المجلد الثاني، دار العلم للملايين الطبعة الرابعة 1990، ص:319.

[3]- شرف الدين موسى بن احمد بن موسى بن سالم أبو النجا المقدسي، الإقناع لطالب الانتفاع، الجزء الثالث، دار عالم الكتب السورية الطبعة الثانية 1999، ص:438.

[4]- خالد عبد الرحمن العك، موسوعة الفقه المالكي،المجلد الأول، دار الحكمة، دمشق الطبعة الأولى 1993، ص:527./ عبد الرحمن الغرياني، الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثاني، مؤسسة الريان بيروت، الطبعة الأولى 2002، ص:659.

وإذا اختلف الحكمان فيما بينهما فلا قرار فصل في قول كلمنهما حتى يجتمعا ويحكم بذلك الحاكم أو السلطان[1].

وبالعودة إلى دور التحكيم في فض المنازعات الواقعة بين طرفي الزوجية، نجد النصوص القانونية قد اسهبت في ضرورة السعي إلى رأب الصدع بين المتخاصمين، لكن واقع الحال يؤكد أن هذه المسطرة لم تودي وظيفتها المثلى، إذ أن مدونة الأسرة لم توضح شروط الحكمين أو ضوابط اختيارهما، وهل يشترط فيهما أن يكونا من أقرباء الزوجين؟ وهل تشترط فيهما الخبرة بأحوال الزوجين؟ فالمشرع المغربي لم يورد أي شرط من هذه الشروط، بل ترك تقدير ذلك لسلطة القاضي، وإن كان الفقه المالكي واضحا في تحديد شروط الحكمين، من عدالة وذكورة وتفقه وعلم[2].

نسجل أن غالبا ما يستدعى الحكمين من الأقارب الأمر الذي ينعكس على نجاعة وفعالية المهمة الموكولة اليهما. فبسبب حضور الحكمين من عائلة كل من الزوج والزوجة الذين غالبا ما يكون لهما دور سلبي؛ بل مصعدا للنزاع حسب بعض المحاكم[3]. لذلك بدا جديا تغيير مسطرة التحكيم بوسيلة أكثر نجاعة وفعالية تتمثل في الوساطة والمساعدة الاجتماعية.

كما أن تقريرهما يطرح إشكالية مدى حجيته أمام القاضي الذي يعود له العدل في تقيمه، والقضاء بينهما. في واقع حال التشريع المغربي، خاصة وأن التقرير قد يقف على مكامن الضرر ومن المتسبب فيه، بل يمكن أن يحدد المسؤوليات، مادام يحتمل

---

[1] أبو الوفاء إبراهيم بن شمس الدين بن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ص:105./محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، المكتبة العصرية بيروت، الطبعة الأولى 2003، ص:77.

[2]- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك، المجلد الأول، مطبعة دار الفكر بيروت، ص 328.

[3]- أنظر مثلا الدراسات التالية:

- مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المطبعة الوطنية مراكش، 2009 ص 56.
- مدونة الأسرة: التمثلات والممارسات القضائية مطبعة أمبريم إليت الرباط 2007 ص 198 وما بعدها.

أن شروط العودة إلى الاستقرار في حالة نجاحهما قائم، وهو قرينة على كشف الحكمين لكل ما يعري الحياة الزوجية بينهما. غير أن أغلب القضاء المغربي يذهب في تلخيص كل ذلك الجهد في أن "الحكمان لم يوفقا في الصلح بينهما"، ويقضي القاضي بالتطليق، دون الركون إلى تفاصيل التقرير.

وعليه يمكن القول أن تقرير الحكمين يبقى حجة هشة وناذرة في القضاء المغربي، وإن اخذ به فقد يكون على سبيل ترجيح رأي على أخر، وليس باعتباره وسيلة شرعية أخذ بها الفقه الإسلامي ورسخها القضاء المقارن، لذا نزلهما جزء من القضاء المغربي منزلة الشهود، وقضى على أنه "بالرجوع إلى وقائع الملف لاسيما كما هي واردة على لسان الحكمين، من جهة واعتبارا للأحقية المدعية الأصلية في مقاضاة المدعى عليه من أجل النفقة المستحقة لمدة سنة كاملة؛ كما جاءت به الحيثيات أعلاه من جهة أخرى، فإن المحكمة لم تقف على أي معطى يمكن اعتباره مبررا للقول بتعسف المدعية"[1]، لهذا نجد أن أغلب القضاء المغربي يذهب في تلخيص كل ذلك الجهد في أن "الحكمان لم يوفقا في الصلح بينهما"، ويقضي القاضي بالتطليق، دون الركون إلى تفاصيل التقرير[2].

نخلص إلى أن الوسائل البديلة التي أوردها المشرع المغربي أعلاه، لن تؤدي الوظيفة المتوخاة منها، فهي كل الأحوال إجراءات فرضها الواقع القضائي بغية التخفيف عليه ليس إلا. سيما وأن هذه الوسائل تفتح مسطرتها فقط بعد وصول النزاع إلى المحكمة، في الوقت الذي يفترض أن يحل في مهده وليس بتوصية من القضاء.

---

[1]- حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 5274، في الملف عدد2007/02/44، أورد جزءا كبيرا منه خالد مومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة هامش ص 284.

[2]- سعيد العيطوني، م س، ص 195.

المطلب الثاني: فعالية مؤسسة الوساطة في فض المنازعات الأسرية.

سلفت الإشارة إلى عجز القضاء على الاستجابة الفعالة للضغط المتزايد من القضايا، والنزاعات المعروضة أمامه، ليس لكونه عاجز عن تحقيق العدالة، بل لعدم قدرته في القيام بمهمة الصلح، وتذليل الصعوبات التي تواجه الأطراف في العودة إلى السير العادي للعلاقة التعاقدية، لهذا أمسى ضروريا إنشاء مؤسسات وسيطة للقيام بهذا الدور المحوري.

الفقرة الأولى: دور مؤسسة الوسيط في فهم النزاع وقطع دابره.

للوساطة دور في غاية الأهمية، سواء تعلق الأمر بفهم النزاع، من خلال فهم حيثياته، وتفاصيله، من خلال الاستماع إلى كل الأطراف، خاصة عند الوقوف على التباين الحاصل في الرؤى والأفكار والمواقف، ومن خلاله يمكن استجلاء المنطقي من غيره، في الوقت ذاته يمكن لمؤسسة الوسيط إنهاء الخلاف وقطع دابره، سيما عند تقريب وجهات النظر المتباينة، ومن خلال ذلك يمكن التأكيد على أهمية الانتقال من المساعدة الاجتماعية إلى الوساطة لضمان استقرار العلاقة الزوجية

تبلورت فكرة تطبيق المساعدة الاجتماعية في قضايا الأسرة داخل خمس أقسام لقضاء الأسرة في كل من البيضاء وسلا وابن سليمان، وطنجة، وانزكان. حيث تعددت المهام الموكولة لهذا الجهاز سواء تعلق الأمر بزواج القاصر، وسكن المحضون، وصلة الأرحام وكفالة الأطفال، وكان لها دور محوري في مجال الصلح بين الزوجين أحيانا، وبين أفراد الأسرة أحيانا أخرى. ما دفع وزارة العدل إلى تغيير سياستها التوظيف من خلال انتقاء وتكوين 24 فردا في أول فوج سنة 2011[1].

[1]- لايزة دولته، حميد فضلي، عملا لمين، نادية لمزاوير، عبد الله جوشوى صبيح، مدخل إلى الوساطة التسهيلية في مجال الأسرة، منشورات المعهد العالي للقضاء 2015، ص 91

الفقرة الثانية: فعالية تقنين مؤسسة الوسط سبيل لاحتواء النزاعات الأسرية

قصد الوقوف عند مدى فعالية النصوص القانونية المرتبطة بالوساطة خاصة منها في المجال الأسري، لابد من توسيعا لتكون قادرة على الإجابة على كل الإشكاليات التي تؤرق الأسرة (أ)، خاصة بتحريرها الصيغة التقليدية المتجاوزة في أفق تقديم بديل ناجع في مقاربة الخصوصيات المستجدة (ب).

أ) التوسع في الوساطة أسلوب ناجع لضمان الاستقرار الأسري

يجب أن يحظى القانون المغربي المنظم للوساطة بتميز عن باقي القوانين المنظم لها في باقي بلدان العالم بمسحة سوسيو اجتماعية تراعي قيم المغاربة وخصوصيات المجتمع المغربي العريق حضارة وقيما وعمرانا وتضامنا وتعاونا.

وأقترح في هذا المجال ان يتوسع المشرع المغربي في تقنين الوساطة بالاستفادة من عمل فقهاء المغرب وقضاته بالوساطة الأسرية في المادة الأسرية والعقارية والتجارية في كل ما يقع بين الزوجين وكذا بين ذوي الأرحام من نزاع. ومستندنا التراث القضائي والفقهي وماجرى عليه وبه عمل القضاة، من رد كل خصومة بين الأزواج والأقارب إلى الصلح والوساطة والتراضي والتوافق بين المتخاصمين. عملا بقولة عمر بن الخطاب ﷺ: "رددوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا فإن فصل القاضي يورث الضغائن"[1]. وذلك مراعاة منهم وحفظا لاستقرار العلائق الأسرية التي يقطعها سيف القضاء.

الأمهات غير المتزوجات "الأمهات العازبات": يجب أن تهتم الوساطة بهذا المجال بمحاولة التوسط بين الأم غير المتزوجة وبين أب طفلها، ومحاولة إقحام الخبرة الجينية في المجال للم شمل الطفل والمرأة مع الأب البيولوجي للطفل.

[1]- معين الحكام على القضايا والأحكام، لابن عبد الرفيع: 613/2) ط، دار الغرب الإسلامي 1989.

تتبع الملفات الناجحة وغير الناجحة: لا تنتهي مهمة الويط بمجرد الصلح واتفاق الزوجين على حفظ الأسرة واستقرارها، بله على الوسيط تتبع الزوجين والتواصل معهما لتمثين الصلات وعدم النكوص على المكتسبات.

كما أن عدم نجاح الوساطة في منع الطلاق لا يجب أن ينهي مهمة الوسيط: بل على مؤسسة الوساطة التتبع والاهتمام بالزوجين بعد الطلاق وأن تسعى بعد مدة منه لإقناع الطرفين بإعادة المحاولة ولم الشمل مجددا خصوصا عند وجود الأبناء، لأن بعد حين من الطلاق يستشعر الطرفان ويحسون بألم الفرقة وأثرها عليهما وعلى الأبناء، ولكن كلا منهما لا يقدر على المبادرة، بل يحتاجون طرفا خارجيا يعلمهم الجرأة على الاعتراف بخطئه ويؤهله لاتخاذ الموقف الحازم الحاسم بالصلح مع الذات والزوجة والأبناء.

ثانيا: تحرير الوساطة من القضاء التقليدي مقاربة فعالة لأسرة مستقرة

إخراج المنازعات الأسرية[1] مطلقا من مظلة القضاء إلى فضاء إنساني ومجتمعي يلائم نفسيا وجغرافيا وعمرانيا أهداف الوساطة في حفظ الصلات وتعميق وشائج المحبة. وجعل الوساطة الأسرية مرحلة ومحطة إلزامية تعرض عليها جميع القضايا الأسرية. ومنع رفع النزاع للقضاء إلا بعد استنفاذ سبل الوساطة.

وقصد تحقيق ذلك لابد من إشراك المهنيين القانونيين والقضائيين في الوساطة الأسرية: نخص هنا بالذكر العدول، والمحامين فهم مساعدو القضاء ولهم صلة مباشرة بالمنازعات الأسرية. ويمكن أن تشمل المجالس العلمية، والوجهاء، والحكماء

العدول: هم شهود وموثقو عقد الزواج، وعقد تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين، وموثقو الطلاق، وعليه يجب التنصيص في عند تقنين الوساطة على ضرورة إضافة شرط اللجوء للوساطة في عقد الزواج، يتفق بموجبه الزوجان على "عرض كل

[1] المنازعات بين ذوي الأرحام في مختلف المجالات: الأسرية والتجارية والعقارية.

نزاع بين الزوجين على مؤسسة الوساطة وجوبا". كما يجب التنصيص على ذلك في قانون الأسرة وخطة العدالة.

المحامون:

بالرجوع إلى التشريع المغربي خاصة منه المادة 43 من القانون المنظم لمهنة المحاماة[1]، نجده " يحث المحامي موكله على فض النزاع عن طريق الصلح، أو بواسطة الطرق البديلة الأخرى قبل اللجوء إلى القضاء" غير أن هذا المقتضى يبقى توصية من المشرع دون أن تجد تطبيقا في الواقع وفقا للممارسة السائدة في الأوساط المهنية[2] المبنية على الكسب المرتبط بالتقاضي الرسمي، لكن في كل الأحوال يجب إشراك هيئات المحامين بالمغرب في المشروع، وتنظيم دورات وورشات للمحامين المتمرنين، وتحسسهم بأهمية الحرص على الوساطة والسعي لها بالاستثمار في استقرار المجتمع، وأن يلزم المحامون في قضايا الأسرة والنزاعات الأسرية بواجب الإحالة على الوسيط الأسري، وبإشراك هيئات المحامين يتم تأصيل هذا العمل وجعله عرفا مهنيا.

إن سعي المشرع من خلال المادة 82 من مدونة الأسرة[3] إلى تفعيل المسطرة القاضية بالإصلاح بذات البين خاصة في الفقرة الثانية منها، على اختيارا من تراه مؤهلا لذلك، سارعت وزارة العدل المغربية سنة 2010 الى إصدار مذكرة وزارية توجيهية تفسر من خلالها السلطة التنفيذية هذا النص لهذا وجهت بانتقادات لاذعة في تدخل السلطة التنفيذية في السلطة القضائية خاصة في الجانب المرتبط بتقييد

---

[1]- الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 2008 بتنفيذ القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المنظم لمهنة المحاماة والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نونبر 2008، ص 4044.

[2] أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية، ج1 مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2011، ص 308.

[3] تنص الفقرة الثانية من المادة 82 من مدونة الأسرة على أن " للمحكمة أن تقوم بكل الإجراءات بما فيها انتداب حكمين أو مجلس العائلة أو من تراه مؤهلا لإصلاح ذات البين، وفق حالة وجود أطفال تقوم المحكمة بمحاولتين للصلح تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما".

السلطة التقديرية للقاضي[1]، كما إن هناك من يرى أن تكليف المجلس العلمي بهذا العبء ينزع منه التوقير الواجب لهذه المؤسسة، بإشغالها بأمور مرهقة قد تحيدها عن رسالتها الكبرى ومهامها الأصلية في التأطير والتوجيه والإرشاد[2]، غير أن كل ذلك لا يمنع من أن تؤدي هذه المؤسسة دورا معتبر في الوساطة مستغلة هيبتها في المجتمع وحكمة علماءها ووقعهم الديني والاجتماعي.

كما أن تحرر الوساطة الأسرية من المقاربة التقليدية تقتضي ولوجها فضاء نظم المعلوميات، من أجل تدبير معقلن للوساطة الأسرية يجب إعداد منظومة معلوماتية تدبر المعطيات وتحفظها، وتوثق للتجارب اليومية ، وتراكم الممارسة اليومية والعلمية للوساطة. إذ تتيح المنظومة بقاعدة بياناتها الوطنية للمسؤولين وطنيا التتبع المباشر الحثيث لعمل الوسطاء. وتمكن الوسطاء من الإفادة المباشرة والدائمة من تجارب نظرائهم. كما تمكن الوسيط من تتبع ملفات الأسر. وتسهل محليا ووطنيا تتبع كل حالة على حدة، ولو تغير مقر سكناها. كما تمكن من رصد وتقييم أداء الوسطاء.

[1] عادل الحاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، المعارف الجديدة 2016، ص 384.

[2] كنزة حرشي، سميرة خزرون ، م س، ص 112.