

تعويض المضرور بعد اللجوء إلى التحكيم في حالة الشقاق بين الزوجين

Compensation Required after Resorting to Arbitration in the event of Discord between the Spouse

1. Lakhdar DJERADA

Université Ahmed Derayah Adrar Algérie

lakhdrdj@gmail.com

2. Salah HAMLIL

Université Ahmed Derayah Adrar Algérie

sal.hamlil@univ-adrar.edu.dz

1- لخضر جرادة

جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر

lakhdrdj@gmail.com

2- صالح حمليل*

جامعة أحمد دراية أدرار الجزائر

sal.hamlil@univ-adrar.edu.dz

تاريخ القبول: 2020/10/18

تاريخ الاستلام: 2020/05/31

ABSTRACT:

Arbitration is an alternative means that has gained importance important when it comes to family disputes, as it is considered a precautionary means that a judge may use to try to reconcile as a last resort to it if the rivalry and discord between the spouses intensifies and the damage is not proven. Accordingly we will try through this research to clarify the concept of arbitration and the responsibility of legal procedures whether within the Family Law or Law Civil Procedures, dealing with some the ambiguity contained in Article 56 LCP, and the idea of compensation that the legislator introduced with the text of Article 53 bis.

Keywords: Disunity; Arbitration; Compensation; Marital relationship; Article 56 of Q. C; Arbitration procedures.

ملخص باللغة العربية:

التحكيم هو وسيلة بديلة، تزداد أهميته متى تعلق الأمر بالمنازعات الأسرية، كما يعتبر الوسيلة الاحتياطية التي قد يستعملها القاضي لمحاولة إصلاح ذات البين، ويلجأ إليها إذا اشتد الخصام والشقاق بين الزوجين، ولم يثبت الضرر، وعليه سأحاول من خلال هذا البحث تبين التحكيم ومسؤولية الإجراءات القانونية سواء ضمن قانون الأسرة أو قانون الإجراءات المدنية، والتطرق إلى الغموض الوارد في المادة 56 ق.أ، وفكرة التعويض الذي استحدثه المشرع بنص المادة 53 مكرر.

كلمات مفتاحية: الشقاق؛ التحكيم؛ التعويض؛ العلاقة الزوجية؛ المادة 56 من ق. إ. ج؛ إجراءات التحكيم.

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

تعتبر الأسرة هي اللبنة الأساسية في المجتمع، ومعلوم أنّ حمايتها والمحافظة عليها وتحقيق سعادتها تعدّ من مقاصد وأهداف الشريعة الإسلامية، لذلك تعدّدت الأدلة والاجتهادات التي تضمن سير الحياة الأسرية بانضباط ونظام، وقد يطرأ الشقاق والنزاع بين الزوجين، وتقعد المودة والرحمة التي كانت بينهما بحيث تصبح الأسرة محلاً للنزاع القائم بين الزوجين قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾¹، فقد يكون للحكمين دور بارز في حل النزاع بين الزوجين إنّ وفقهما الله تعالى لذلك. وذلك من خلال آليات تسوية النزاعات الأسرية بالصلح والتحكيم وحفاظاً على العلاقة الزوجية وعدم انحلالها وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية، وقد اهتم المشرع الجزائري اهتماماً كبيراً بهذه الآليات حيث تعرّض لها في المادة 56 من قانون الأسرة ونظّمها قانون الإجراءات المدنية والإدارية من المواد 446 إلى 449، وإذا كانت هذه المجالات خصبة لقيام النزاعات تتطلب أعمال هذه البدائل، فإنّ اللجوء للوسائل البديلة يزداد أهمية متى تعلّق الأمر بالنزاعات الأسرية.

حدّد المشرع الجزائري الأوضاع التي تلجأ فيها المرأة إلى القاضي لطلب التّطليق، وذلك في نصّ المادة 53 من قانون الأسرة، وبغير توقّر هذه الحالات المحدّدة على سبيل الحصر، لا يحقّ للزوجة طلب التّطليق، ثمّ مع التعرض لحالة الشقاق المستمرّ بين الزوجين. مع إمكانية حصولها على التعويض الذي خول المشرع بموجبها للقاضي سلطة تقديرية في بحث مدى استحقاقه وكذا تقديره، فما مدى نجاح التحكيم في حلّ النزاعات في ظلّ الصّعوبات التي تعترضه؟ وما هي آليات تفعيله مع إمكانية تعويض الضرر عن الشقاق في حالة فشل الحكمين؟ وقد كان تصوّري للإجابة على إشكالية البحث تقتضي الاعتماد على منهجي التحليل والمقارنة.

1 سورة النساء، الآية 35.

وقد قسّمت الموضوع إلى مبحثين: المبحث الأول إجراءات التّحكيم في الشّقاق والنّزاع بين الزّوجين، مُبيّنا في المطلب الأول مفهوم التّحكيم ومشروعيّته وحكمه، أمّا المطلب الثاني فلإجراءات اللّجوء إلى التّحكيم في الشّقاق، والمبحث الثاني فخصّصته لمدى التزام القاضي في الحكم باعتبار التّطليق مسألة موجبة للتّعويض عن الضرر. تعرّضت في المطلب الأوّل للسلطة التقديرية المطلقة للقاضي في إثبات الضرر، وفي المطلب الثاني تطرّقت للسلطة التقديرية للقاضي قصد الحكم بالتّعويض في الشّقاق.

المبحث الأول: إجراءات التّحكيم في الشّقاق والنّزاع بين الزّوجين.

خصّص المشرّع الجزائريّ حكمين للإصلاح بين الزّوجين في حالة تفاقم الخصام بينهما، ما لم يثبت الضرر، طبقاً للقاعدة العامّة للشّقاق بين الزّوجين، والتي أخذت من الفقه الإسلامي، فاللّجوء إلى إجراءات التّحكيم لا يتمّ إلّا إذا ثبت الشّقاق حسب المادّة 53 فقرة 8 من قانون الأسرة الجزائريّ، والدّعوى لا تُكيّف على أنّها دعوى شّقاق ما لم يثبت الضرر من طرف الزّوجة، فهنا القاضي لا يحكم بالطلاق مباشرة وإنما يلجأ إلى الحكمين، وعليه من خلال هذا المبحث سنتطرّق إلى مفهوم التّحكيم ومشروعيّته وحكمه (المطلب الأوّل)، وإجراءات اللّجوء إلى التّحكيم في الشّقاق بين الزّوجين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التّحكيم ومشروعيّته وحكمه.

إنّ التّعريض لموضوع التّحكيم الذي يتعلّق بالشّقاق بين الزّوجين، يتطلب تحديد تعريف التّحكيم ومشروعيّته، وكذا حكم العمل بالتّحكيم.

الفرع الأوّل: تعريف التّحكيم لغة واصطلاحاً.

أولاً: التّحكيم في اللّغة: له عدة معان منه المخاصمة، المنع والصّبط، التّقويض، القضاء، الاتّقان، الإحكام، الصّبط¹.

1 ابن منظور، لسان العرب، ج12، ص 140-145؛ أحمد رضا، معجم متن، ج2، ص 140.

ثانياً: **التحكيم اصطلاحاً:** هو "توليّة الخصمين¹ حاكماً يحكم بينهما"، فيكون الحكم بين الخصمين كالقاضي في حقّ الناس كافّة وفي حق غيرهما بمنزلة المصلح².

ثالثاً: **التحكيم قانوناً:** عرّف فقهاء القانون التّحكيم بمجموعة من التعاريف، إلا أنّها ذات معنى واحد منها (اتفاق لفض المنازعات أو إحالة هذه المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين الأفراد أو بين أطراف نزاع معيّن بالفصل على واحد أو أكثر من الأفراد، يسمّون مُحكِّمين يتّمس اختيارهم بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها، بدلا من أن يفصل فيها القضاء المختص)³.

في حين أنّ المشرع المصري عرّف اتفاق التّحكيم بأنّه (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التّحكيم لتسوية كلّ أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معيّنة عقدية أو غير عقدية ...) ⁴.

رابعاً: تعريف قانون الأسرة الجزائريّ للتّحكيم:

عندما ننظر إلى صياغة نصوص قانون الأسرة، نجد أنّ المشرع الجزائريّ لم يعرف التّحكيم ولو تعريفاً بسيطاً كطريق لحلّ النزاع بين الزوجين المتخاصمين، وكذا في القوانين الأخرى كالقانون المدنيّ باعتباره الشريعة العامة، ولا في قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة كونه القانون الإجرائيّ، على عكس ما قام به في تعريف الصّلاح، وما قام به هو النّصّ على ضرورة تعيين حَكَمَيْن في حالة اشتداد الخصام

1 أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكثير، المطبعة الأميرية، الطبعة الثالثة 1912م، الخصم يقع على الذكر والأنثى والمفرد وغيره بلفظ واحد.
* الحاكم: هو الشخص الذي نصب وعين من قبل السلطان أو المختصين لفصل الدعوى الواقعة بين أطراف النزاع، مجلة الاحكام العدلية 1875م، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية، ص 247.

2 عبد الباقي الأفغاني، جامع الضروريات "مخطوط"، مكتبة الجامعة الإسلامية، 1429هـ، ص 24.
3 أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط2، 1974، ص 17.
4 المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المنشور، في ج. ر، العدد 16، 1994/04/26.

بين الزوجين وهذا ضمن المادة 56 منه¹ إلا أنه بالرجوع إلى المادة 222 من نفس القانون نجد أن هذه الأخيرة تُحيلنا إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في هذا القانون.

الفرع الثاني: مشروعية التحكيم وحكمه.

أولاً: مشروعية التحكيم في قانون الأسرة الجزائري: إن المشرع الجزائري قد إستمد مسألة التحكيم من الشريعة الإسلامية، ومن خلال المادة 56 والتي جاء فيها: "إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما..."، كما تبين لنا أن المشرع الجزائري نصّ هو الآخر على جواز ومشروعية التحكيم بين الزوجين في حالة إشتداد النزاع بينهما بسبب الشقاق المستمر، كما أضافت المادة 1006 من ق.إ.م.إ.ج ما يلي: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، كما منح للقاضي أيضا سلطة تعيين حكّمين لمحاولة الإصلاح في حالة ما إذا لم يثبت ضرر أثناء الخصومة وذلك حسب مقتضيات قانون الأسرة وهذا ما نصّت عليه المادة 446 من ق.إ.م.إ.ج²، إن مشروعية وجواز العمل بالتحكيم في قضايا الطلاق تؤكدتها النصوص القانونية الواردة في كل من قانون الأسرة الجزائري وكذا قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنها تؤكد على مشروعية وجواز العمل بالتحكيم في قضايا الطلاق.

ثانياً: حكم العمل بالتحكيم.

إن حكم اللجوء إلى التحكيم يحتم القول بوجوب التحكيم لظاهر الأمر في الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا

- 1 قانون رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، (ج. ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005)، الموافق بقانون رقم 05/09، المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج. ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005)، يعدل ويتم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 20 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الاسرة (ج ر ج ج، العدد 15، السنة 42، الصادر في 27 فبراير 2005).
- 2 القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ج. ر، العدد 21، لسنة 2008.

يُؤَقِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا¹، ومراعاة مصلحة الحفاظ على الأسرة، التي تقتضي، بذل كل الوسائل والجهود في سبيل الإصلاح بين الزوجين والمحافظة على الكيان الأسري، أما حكم العمل بالتحكيم في قانون الأسرة الجزائري يعدّ إجراءً إلزامياً، فالتحكيم له جانب موضوعي مما يستلزم أن هناك قاعدة موضوعية تحكم مبدأ التحكيم نفسه وهي قاعدة تعيين الحكّمين عند انعدام الصّلاح، وهذا ما نصّت عليه المادّة 56 من ق.أ.ج.²، وذلك في كلّ حالة يشتدّ فيها الخصام ويتفاقم بين الزوجين ولا يثبت وجود أي ضرر يمكن أن يلحق أحدهما جرّاء ذلك، فإذا توفّر هذان الشرطان فإنه يجب على القاضي قبل الشّروع في موضوع النزاع ومباشرة الفصل فيه أن يعمل على إصلاح ذات البين بطريق التّحكيم³.

ويتربّط على كون التّحكيم إجراءً وجوبياً في قانون الأسرة، بإغفال القاضي له يجعل حكمه مخالفاً للقانون، وبالتالي عرضة للإبطال بمجرّد الطّعن وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها⁴، رغم أنّ المادّة 446⁵ من ق.إ.م.إ.ج. جاءت مخالفة للمادّة 56 ق.أ.ج. حيث اعتبرت اللجوء إلى التحكيم جوازياً وهو ما يُعاب على هذا النّصّ، ممّا يفتح المجال أمام القاضي إلى التّغاضي عن إجراءاته لذات السبب (الجواز)، فإيراد النّصّ على هذا النحو قد لا يؤدّي الغرض الذي أنشئ من أجله التّحكيم⁶.

1 سورة النساء، الآية 35.

2 عبد الفتاح تقيّة، الزواج والطلاق في قانون الأسرة مدعماً بأحداث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص 161.

3 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، ص 347.

4 قرار غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 25/02/1982 ملف رقم 57812.

5 المادّة 446 ق.أ.ج، إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعين حكّمين اثنين لمحاولة الصّلاح بينهما حسب مقتضيات قانون الاسرة.

6 سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (نصاً، شرحاً، تعليقا، تطبيقاً)، ج 1، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2011، ص 214.

نلاحظ من خلال المواد السابقة الذكر أنّ هناك تناقضا بين القانون الموضوعي والقانون الإجرائي ممّا قد لا يسمح أو بالأحرى قد يؤدي إلى عدم تطبيق إجراء التّحكيم في حالة عدم نجاح الصّلاح بين الزوّجين.

المطلب الثاني: إجراءات اللجوء إلى التّحكيم في الشّقاق بين الزوّجين.

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى التّحكيم وإجراءاته إلا في المادة 56 فقرة 2¹، وهذا عكس ما ذهب إليه الفقهاء باختلاف مذاهبهم وما ذهب إليه قوانين الأحوال الشخصية العربية، حيث فصلوا في حالات اللّجوء إلى التّحكيم وإجراءاته وفي شروط الحكمين ومهمتها ومن له صلاحية الحكم بالتطّيق بعد فشل محاولات الصّلاح، والأثار المادية له والتي تختلف باختلاف المتسبب في الشّقاق². أما ما جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إضافة إلى المادة 446 إلى 449³ هذه المواد التي بيّنت إجراءات التّحكيم في القانون الجزائري مقارنة مع المشرع المصري.

الفرع الأول: طبيعة النّزاع وشروط اللجوء إلى التّحكيم.

أولا: طبيعة النّزاع للجوء إلى التّحكيم.

لقد بينت الشريعة الإسلامية صفة النّزاع الذي يلجأ فيه إلى التّحكيم، كما جاء نصّ المادة 56 من فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري مطابقا لما تضمنته الشريعة، ذلك أنه متى وصل الزّوجان إلى هذه الحال وجب اللّجوء في سبيل إصلاحه إلى

1 نصت المادة 56 فقرة 2 من قانون الأسرة على ما يلي: "يعين القاضي الحكمين، حكما من اهل الزوج، وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين ان يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".
2 آيت شاولش أمينة، انتهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص254.

3 المادة 447 : "يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة".
- المادة 448 : "إذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن".

- المادة 449 : "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة".

التحكيم، فقال سبحانه: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾¹. إذا وقع النزاع الموصوف بالشقاق لجأ حينئذ إلى التحكيم.

أ. الشقاق لغة واصطلاحاً: وقيل الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشقّ، وهو الجانب فكأن كل واحد من الزوجين في شقّ غير شقّ صاحبه².

ليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء القدامى وعندما يتطرقون له فإنهم يأخذونه نصاً، ويعنون به العداوة والخلاف³.

ب. تعريف الشقاق في قانون الأسرة الجزائري.

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري الشقاق بل اكتفى بالنص عليه في المادتين 53 و 56 ق.أ.ج الشقاق يأخذ مظهرين إما أن يكون نزاعاً متبادلاً بين الزوجين، ويسمى حينئذ نشوزاً وذلك بعد اكتشافه من طرف الحكّمين وكلاهما له أحكام خاصة، إذ كان من الأجدر على المشرع أن يعرف الشقاق في المادة 53 وشروطه حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 ق.أ.ج.

حيث نلاحظ أنها قد عرّفت الشقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر، ويظهر كذلك أنّ الأمر المتعلق بالشقاق الذي يقع بين الزوجين ولا يثبت فيه ضرر. ولقد فوجئنا بإضافة المشرع للمادة 03/58 سببا من أسباب التطليق وهو الشقاق المستمر بين الزوجين وذلك بموجب التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري بالأمر رقم 02/05.

ج. موقف المشرع الجزائري.

1. من التطبيق للشقاق قبل التعديل 2005 يظهر من خلال نص المادة 56 أنّ المشرع الجزائري أخذ بفكرة الشقاق، حيث ساوى بين الزوجة والزوج في حق طلب

1 سورة النساء، الآية 35.

2 أبو الحسن علي بن محمد بن حسن الماوردي، الجامع الكبير، فقه مذهب الأحكام للشافعي، دار الكتاب العلمية، لبنان، د. ط، 1994/1414، ص 245.

3 نبخوشي إبراهيم، التطليق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومذونة الأسرة المغربية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء، جامعة المدينة العالمية، كلية العلوم الإسلامية، ماليزيا، 1433هـ/2012م، ص 58.

التطليق للضرر والخضوع لإجراءات التحكيم في حالة عدم ثبوت الضرر وتواصل الخصام، والدليل على ذلك هو أن المشرع الجزائري جاء بعبارة "إذا اشتد الخصام بين الزوجين"، ولأن هذه المادة جاءت بعد المادة 55 والتي أشارت إلى حق كل من الزوجين في طلب التفريق عند نشوز أحدهما، والمادتان جاءتا منفصلتين عن المادة 53 الخاصة بطلب التطليق من قبل الزوجة فقط¹.

2. موقف المشرع الجزائري من التطليق للشقاق بعد تعديل 2005:

ثم جاء تعديل المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ليضيف بموجب الفقرة 8 منها سببا آخر من أسباب التطليق التي تجيز للزوجة أن تطلب على أساسها التطليق بحيث نصت هذه الفقرة على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: "الشقاق المستمر بين الزوجين"². دون أن يلغي أو حتى يعدل المادة 56، فهل هذا يعني أن اشتداد الخصام لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتطليق سواء بالنسبة للزوج الذي يملك حق الطلاق أو بالنسبة للزوجة التي يملك القاضي في حقها سلطة تقدير الضرر لتطبيقها من زوجها، وبالتالي أكد المشرع حق الزوجة في الحكم لها بالتطليق إذا طال الخصام واشتد وعجز الحكمان عن الصلح³، ويبدو أن إضافة الفقرة الثامنة المتضمنة الشقاق كسبب من الأسباب التي يحق بموجبها للمرأة طلب التطليق كانت مجرد إظهار نية المشرع الجزائري في تكريس حق الزوجة في فك الزابطة الزوجية بإرادتها، حيث إن هناك مرونة كبيرة في إثبات الشقاق⁴.

إن مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 كان الاجتهاد القضائي لا سيما المحكمة العليا وتجسيد ذلك فعليا في بعض القرارات منها

1 آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 250.

2 عبدو احمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، مقال مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، د.س، ص 152.

3 آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 250.

4 وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة الدراسية 2018/2019، ص 229.

القرار المؤرخ في 15/06/1999¹. حظي هذا الاجتهاد بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية، إذ خصّصت له المادة 53 المعدلة الفقرة الثامنة وأضحت مستقلة عن فقرة الضرر المعتبر شرعاً². وبناء على ذلك نجد أنفسنا أمام إشكالية هامة تطرح بموجب هذا التعديل والمتمثلة في مفهوم الشقاق المستمر؟ وهل هو الشقاق الذي نصّت عليه المادة 56؟ أم هو شقاق من نوع خاص؟

ثانياً: شروط اللجوء إلى التحكيم.

النزاع الذي تتحقق فيه شروط التحكيم حسب المادة 1/56 الذي بين فيه المشرع الجزائري النزاع الذي يلجأ فيه إلى التحكيم، وتحديد مذلول هذه المادة على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، حسب الباحثين في شؤون الأسرة وهو تحديد النزاع الذي يسمح أن يعمل فيه بالتحكيم، وهو النزاع الذي تتحقق فيه الشروط التالية:

1. إن اشتد الخصام بين الزوجين.

نقصد تفاقم النزاع والخلاف بين الزوجين سواء كان بسبب أحدهما أو بسببهما معاً، أو بسبب أمر خارج عنهما، وهذا لا يعني أنّ اشتداد الخصام لا يؤدي بالضرورة إلى الحكم بالتطليق سواء بالنسبة للزوج الذي يملك حق الطلاق أو بالنسبة للزوجة التي يملك القاضي في حقها سلطة تقدير الضرر لتطليقها من زوجها، وهذا تأكيد من المشرع على تدخل القاضي بسلطته والحكم للتفريق بين الزوجين، وذلك بطلب من الزوجة، إذا طال الخصام واشتد وعجز الحكمان عن الصلح³، ممّا ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما، ولم يثبت الضرر، اختارت المحكمة حكمين⁴.

1 ملف رقم 224655 قرار بتاريخ 15/06/1999 المجلة القضائية، ص 128.

2 ديباي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، 2007، ص 50-51.

3 دلاند يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية والموارث، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، د.ط، 2003، ص 74.

4 العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007، ص 359.

2. عدم ثبوت الضرر:

مقتضى هذا الشرط أنه لا يمكن أن يعمل فيه بالتحكيم إلا إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها، وعجزت عن إثبات الضرر، فقد سمح المشرع السوري لكل من الزوجين طلب التفریق للضرر المؤدي إلى استحالة استمرار العشرة الزوجية، ويفسر الضرر بأنه إيذاء الزوجة بالقول أو الفعل¹، كما أعطى لكل من الزوجين حق طلب التفریق للشقاق والضرر خلافا للقانون المصري والجزائري لأنهما أعطيا هذا الحق للزوجة دون الزوج لأنه يملك حق الطلاق، وحسنا ما فعل القانون السوري لئلا يتخذ الزوجان العناد والشقاق وسيلة للفرار²، إذن لا يجوز أن يكون أبسط ضرر سبباً لإيقاع الطلاق، ومصدر هاته المواد هو المذهب المالكي.

3. تعيين الحكيم.

سلطة تعيين الحكيم تعود إلى القاضي التي تعرض عليه الخصومة أو النزاع، وقد دلّ على ذلك ما جاءت به المادة 1/56 "تعيين القاضي الحكيم"، وعلى هذا وافق المشرع ما ذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة، وهذا ما قرره كل من عبد المؤمن بلباقي³ وعبد العزيز سعد بقولهما: "تعيين الحكيم ... لا يكون عادة إلا عندما ترفع الزوجة دعوى تجاه زوجها وتزعم أنه قد أتى من التصرفات والأعمال ما يضر بها، ويجيز لها طلب التّطليق أو التّفریق للضرر ولم تتمكن من إثبات ذلك بالوسائل القانونية..."⁴، وبموجب هذا الشرط لا يتعين على القاضي تعيين حكيم إلا إذا رفعت عليه دعوى تطليق للضرر، بخلاف الأمر في الشريعة الإسلامية التي تجيز التحكيم في جميع مسائل فكّ الرابطة الزوجية. تعيين القاضي حكيم للتوفيق والإصلاح بين الزوجين. والقاضي عند تعيينه الحكيم إما أن يعينهما بناءً على

1 محمد فهد شفق، شرح احكام الأحوال الشخصية، مؤسسة الثوري، د. ط، 1994، ص 490.

2 عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، منشورات دمشق، ط2، 2006، ص 88.

3 عبد المؤمن بلباقي، التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2002، ص 144.

4 عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ط3، 1996، ص 345.

اعتباره الخاص أو بناءً على اختيار الزوجين، ويفضل جعل تعيين الحكّمين بناءً على اقتراح الزوجين لأنّهما الأدرى بالأصلح من أهلّهما للتّحكيم.

خاصة وأنّ الحكّمين من أهل الزوجين والأهل أكثر قدرة على معرفة أسباب النزاع، ويمكن أن يفضي الرّجل والمرأة لأقاربهما إذا وثقا فيهما أكثر من غيرهما، هذا إذا علمنا أنّ للبيوت أسراراً، وأنّ كثيراً من الناس لا يحبّون أن تخرج أسرار بيوتهم إلى الغريباء¹، ولكن إذا لم يتوفّر أحد من أقارب الزوجين ممّن تتوفّر فيهما شروط الحكّمين من صلاح وعدالة وإسلام وثقة الزوجين بهما، وإنّ كان هنالك من غير أهلّهما من هو أصلح للقيام بهذه المهمة وأقدر بحكم خبرته، فلا يوجد ما يمنع من الاستعانة بهم، خاصة أنّ الهدف من كل ذلك هو إزالة الخلاف والنزاع²، كما يكون للحكّمين وقت أوسع من القاضي للبحث عن أسباب الشقاق ومحاولة التوفيق والإصلاح بين الزوجين، أفضل من أنّ يقوم بذلك القاضي المختصّ، نظراً لكثرة القضايا المكلف بالفصل فيها³.

كما أنّ المشرع الجزائري لم يوضّح بجلاء لا من خلال قانون الأسرة بإعتباره القانون الموضوعي ولا من خلال القانون الإجرائي فيما إذا كان تعيين الحكّمين يتمّ كتابة أو شفاهة. لكن في الغالب وحسب ما جرى العمل به في القضاء فإنّ تعيين الحكّمين يتمّ كتابة عن طريق "أمر شبه قضائي يصدره القاضي، يحدّد فيه مهمتهما ويعيّن تاريخ تقديم تقريرهما"⁴، وبصدور هذا الأمر يتعين الحكمان فإنّهما يشرّعان في مهمتهما.

1 عبد الكريم زيدان، الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج 8، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط 1، 1993، ص 420.

2 جمال خشاش، مقال التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، المجلد 28(7)، 2014، ص 1749.

3 علي بن عوالي، ضمانات حماية الأسرة عند حدوث الخلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2017/2018، ص 348.

4 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 347.

الفرع الثاني: مهمة الحكمين في الإصلاح بين الزوجين ودورهما.

أولاً: مهمة الحكمين في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة.

إنَّ مهمّة الحكمين يكون لتحقيق أحد الغرضين، أولاً الإصلاح بين الزوجين، أو التّفريق بينهما ثانياً.

1. الإصلاح بين الزوجين.

جمع المعلومات العامة واللازمة عن الزوجين: حيث يبحث الحكماء عن خصائصهما الاجتماعية، والاقتصادية، والنفسية، والأخلاقية وأساليب التواصل بينهما، وعلاقتهم ببعضهما، ومع أولادهما وأسرتهما وجيرانهما، وعاداتهما، وأفكارهما عن الزواج والأسرة، وآرائهما حول الأطفال والمال، والقوامة¹.

1- معرفة أسباب الشقاق وخلوة الحكم بصاحبه.

إنَّ الأصل في بعث الحكمين أن يقوموا ببذل جهدهما لإصلاح ما بين الزوجين، بعد أن يعرف كلّ منهما سبب النزاع والشقاق من صاحبه، ويمكنهم معرفة السبب عن طريق الخلوة، وهي الخطوة الأولى في حلّ النزاع.

في حالة الشقاق بين الزوجين وعدم ثبوت الضرر وجب على القاضي تعيين حكمين وتكون مهمتهما معرفة أسباب الخلاف والإصلاح بينهما، ويمكن معرفة السبب عن طريق الخلوة وهي الخطوة الأولى² حيث يخلو حكم الزوجة بالزوجة، وحكم الزوج بالزوج، ويتحريان عن سبب النزاع والخلاف حتى يتسنى لهما تسويته، وهذا بالمحادثات مع الزوج والزوجة، إنَّ كان الزوجان يريدان الصّلاح والإصلاح فيما بينهما³، لقوله تعالى: "أن يريدوا إصلاح يوفق الله بينهما"⁴.

وهذا في مهلة شهرين تبدأ من يوم تبليغهما بالحكم، وعليهما أن يعدّا تقريراً إلى القاضي المعين لهما خلال تلك المهلة يذكران فيه مساعيهم وهذا بالتّوصّل إلى الإصلاح أو عدم التّوصل إليه.

1 كمال إبراهيم مرسى، العلاقات الزوجية والصحة النفسية في الإسلام وعلم النفس، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط2، 1415هـ، 1995م، ص 264.

2 ندخوشي إبراهيم، المرجع السابق، ص 107.

3 عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 443.

4 سورة النساء، الآية 35.

وقد أحسن المشرع الجزائري حين وضع قيوداً زمنياً على عمل الحكّامين، حيث أوجب عليهما أن يسعيا لتحقيق الصّلاح خلال مدّة قانونيّة محدودة بشهرين من تاريخ تعيينهما، حتى لا يتراخى الحكّمان في عملهما فتطول مدة النّزاع، والزّوجان على ما هما عليه من الخلاف والشّقاق، وأن يرفعا تقريراً بذلك إلى القاضي¹.

حصر ممكن النّزاع أو الشّقاق: فبعد سماع الطّرفين ومعرفة أسباب الشّقاق، يحاول الحكّمان تحرير محضر النّزاع وهو تصفية الأسباب الرئيسيّة من غيرها من الأسباب العرضيّة أو الثّانويّة التي لها أثر بسيط في المشكلة حيث كانت نتيجة الأسباب الرئيسيّة، ومن ثمّ فهي تزول بزوال الأسباب الرئيسيّة. حيث إنّّه إذا لم يتحقّق الحكّمان من الأسباب الرئيسيّة التي أدّت إلى الشّقاق قد يعالجان أسباباً ثانويّة، ومن ثمّ لا يمكن تحقيق الهدف المرجو من الصّلاح الذي يتطلب إنهاء الشّقاق بمعالجة أسبابه الرئيسيّة، وذلك لكون معرفة الأسباب الرئيسيّة وعزلها عن الأسباب الثّانويّة، تضيق الخلاف بين الزّوجين².

2- اجتماع الحكّامين وحدهما.

ثمّ يجتمع الحكّمان ويتدارسان أسباب النّزاع والشّقاق في نظر وتقدير كلّ من الزّوجين، ويقدران قيمة هذه الأسباب والادعاءات³، يقرّران فيما بينهما ما يجب اتخاذه لتسوية النّزاع بين الزّوجين. ويبقى للحكّامين الطّريقة والوسيلة التي يراها مناسبة بين الزّوجين.

- تخفيف شحنة التّوتّر والقلق والعداوة التي تثير الزّوجين.
- محاولة قلب ردود أفعالها السّلبية المشحونة بالعدائيّة إلى ردود أفعال إيجابيّة تساهم في التّفاعل الزّواجي الإيجابيّ.

1 المادة 1/56 ق.أ.ج.

2 حاتم آدم، العلاقات الزوجية فنون واسرار، مؤسسة إقرأ، مصر، ط1، 2007، ص 332-334، علي بن عوالي، الصّلاح ودوره في الاستقرار مذكرة لنيل ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2012، ص 344.

3 عبد الكريم زيدان المرجع السابق، ص 425.

- إرشادهما إلى كيفية حلّ مشاكلهما وخلافاتهما بالسماع لبعضهما، وكيفية توفيق آرائهما المختلفة بالنظر إلى الزاوية الإيجابية، لا السلبية، وتقديم مصلحة الأسرة والعائلة والمجتمع على مصلحتهما الخاصة.
 - مساعدتهما على كيفية تعديل مفهوم الذات، وكيفية فهم كلّ منهما للطرف الآخر، ممّا يجعله يحسن الظنّ بصاحبه، ويتفاعل معه تفاعلا إيجابيا ويتوافق معه توافقا حسنا¹.
- يتّضح من خلال ما سبق أن الإصلاح بين الزوجين يكون بالتعرّف على أسباب الشقاق والنزاع بينهما، باتّباع طرق ووسائل معيّنة ومحاولة الإصلاح بينهما وتسوية النزاع القائم.

3. إشكالات تنفيذ مهمة الحكمان.

وقد جاء في المادة 447 من ق.أ.م.إ.ج "يطلع الحكمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة"، على الحكّمين أن يقدّما تقريرا عن تنفيذ المهمة الموكلة إليهما وإعادة القضية إلى الجلسة لمتابعة إجراءات الخصومة بصفة عادية وهذا حسب مهمّتهما في أجل شهرين، كما يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكّمين تلقائيا إذا تبيّن له صعوبة واستحالة المادة 449 ق.أ.م.إ.ج، أما إذا تمّ الصلح ووفق الحكّمين في أداء المهمة وتسوية النزاع بين الزوجين، فإنّه يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأيّ طعن²، وهذا حسب المادة 448 من هذا القانون، إذا تمّ الصلح من طرف الحكّمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن"، أي أنه إذا وُقّق الحكمان ونجحا في الإصلاح بين الزوجين فإنه يحرر ذلك في محضر ويصادق عليه القاضي.

حيث تطرّق المشرع الجزائريّ إلى إطلاع القاضي على ما توصّل إليه الحكمان دون تفصيل في نتيجة التّحكيم وفي حالة الفشل في الإصلاح وما إذا كان سبب الشقاق يعود إلى الزوج أو الزوجة أو أنّهما لم يستطيعا معرفة المتسبّب فيه، وهذا عكس ما ذهب إليه آراء الفقهاء وبعض تشريعات الدّول العربيّة والتي تحكّم

1 كمال إبراهيم مرسى، المرجع السابق، ص 265-266.

2 قانون رقم 08-09 يتضمن ق.أ.م.إ.ج.

بالتطبيق لكن باختلاف التبعات المادية فيما إذا كان المتسبب في الشقاق الزوج أو الزوجة¹. نلاحظ أنّ محضر الصلح الذي يعدّه الحكمان ليس له ذات الحجية والقوة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يتم أمام القاضي وفقاً للمادتين 443 و993 من ق.أ.إ.م.ج² والذي يشرف عليه القاضي، لأنّه يخضع لمصادقة القاضي بموجب أمر مثله مثل المحضر الذي يحرره الوسيط عملاً بالمادة 1004 من نفس القانون، بينما المحضر الثاني لا يحتاج إلى مصادقة ليصبح سنداً تنفيذياً³.

ب. التفريق بين الزوجين.

إذا وصل الحكمان بعد محاولة الإصلاح بين الزوجين إلى أن استمرار الحياة الزوجية بينهما أصبحت مستحيلة، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلا أنّ المشرع الجزائري اتجه -على خلاف مذهب مالك- إلى أنه ليس للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين، وإنما يرفعان تقريرهما إلى القاضي ويعتبر رأيهما مجرد اقتراح غير ملزم للقاضي الذي يصدر حكمه في القضية فما مدى قوة هذا التقرير في توجيه حكم القاضي؟

1- إختلاف الحكمين:

في حال إختلاف الحكمين فإنّ الأمر يحال إلى القاضي، يعين حكمين آخرين أو يعين حكماً ثالثاً ويأخذ برأي الأكثرية وهو المرجح⁴. لم يتطرق المشرع

1 آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 255.

2 المادة 443: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي.

يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط يعد المحضر الصلح سنداً تنفيذياً.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

المادة 993: "يعد محضر الصلح سنداً تنفيذياً بمجرد إيداعه بأمانة الضبط".

3 بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائري، الطبعة 2، 2009، ص 339.

4 زكرياء أسعد حسن درواشة، التحكيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي بجامعة الخليل، 2008، ص 33.

الجزائري في المادة 56 ق.أ.ج لحالة اختلاف الحكمين الأمر الذي يثير إشكالا أمام القاضي في حالة ما إذا واجهته هذه الحالة، وعليه يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة فيما لم يرد عليه نص.

2. الآثار المترتبة على فشل الصلح. غالباً الآثار المترتبة على فشل الصلح هي أن المشرع أعطى سلطة محدّدة للحكمين، وهي محاولة الإصلاح فقط، ليس من اختصاصهما إطلاقاً الحكم بالتطليق لأنّ هذا من مهمة القاضي، إنّ المشرع الجزائري الأخذ برأي المالكية ومن وافقهم من أن مهمة الحكمين في الإصلاح بين الزوجين والفرقة¹، كما أنّه لا توجد أية إشارة إلى أنّ القاضي في حالة فشل الحكمين يحكم بالتطليق وهذا الأمر لم تأت به المادة 56 من قانون الأسرة ولا مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أنّ هذا كان واضحاً وجلياً في آراء الفقهاء كما أنّ المشرع الجزائري، وبما أنّه لم يتحدّث عن الحكم بالتطليق في هذه النقطة بالذات فإنّه كذلك لم يحدّد ضمن مهمة الحكمين محاولة معرفة من المتسبّب في الشقاق لكي يتمكن القاضي من الأخذ به أثناء حكمه بالتطليق أو حتى أثناء رفضه لدعوى التطليق².

المبحث الثاني: مدى التزام القاضي في الحكم إعتبار التطليق مسألة موجبة لتطليق عن ضرر الزوجة.

إن سلطة القاضي في الحكم بالتعويض متعلّق بحق الزوجة في التطليق للشقاق حسب المادة 8/53 قانون الأسرة شمل حكمه بتقرير هذا التعويض لصالح الزوجة المتضررة زيادة على التطليق عليه، لم يتّعرض المشرع الجزائري صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلّا بصدور الأمر 05-02، ولم يكن في قانون الأسرة سابقاً أي نصّ يجيز إمكانية التعويض عن التطليق بل حدّد المشرع حالات التطليق فقط، وسكت عن مسألة التعويض. ولأجل ذلك تضاربت الأحكام القضائية بين ما يجيز التعويض ومن لا يجيزه في حالة التطليق.

1 المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الاسرة الجزائري، د.ط، 2010، ص 263.

2 براهيم العبد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين ق.أ.ج رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية، الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2017/2018، ص 256.

المطلب الأول: السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في إثبات الضرر.

لقد جعل القانون الحكم بالتعويض من قبل القاضي في حالة الحكم بالتطليق أمراً جوازياً ولم يلزم القاضي به وهذا يعد تكريساً للاجتهادات القضائية، فقد كان هناك اختلاف كبير بين القضاة في مدى استحقاق الزوجة للتعويض عن التطليق في حالة قيام الضرر وإمكانية الحكم به لها، يظهر من ذلك أن قضاء المحكمة العليا كان يعتبر التعويض أثراً من آثار الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة فقط، وأن الزوجة لو تضررت من استمرار الحياة الزوجية فبإمكانها أن تطلب التطليق، وهذا التطليق في حد ذاته هو تعويض لها، وقد أكدته في قرارها الصادر في 1991/10/1¹. وذلك أن قضاء المحكمة العليا ربط التعويض بطلب الزوج للطلاق فقط، ولا يمكن لطالبة التطليق الحصول عليه وذلك ما قضت به في قرارها الصادر في 1993/2/23 حيث قضت بأنه: "إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق، فلا يجوز لقضاء الموضوع القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبيه التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي²، إلا أن قضاء المحكمة العليا بعد ذلك تحول عن هذا المبدأ إذ تراجع واعتبر أنه يمكن القضاء بالتعويض في حالة الحكم بالتطليق وذلك ما قضت به في قرارها الصادر في 1996/4/23 حين قضت بأنه من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً³.

سار جانب آخر من القضاة إلى القول بالتعويض للزوجة، وهو ما تؤكدته جملة التطبيقات القضائية فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 أن الزوجة إلى جانب تطليقها من زوجها تستحق تعويضاً عن الضرر المعتبر شرعاً، وأنه أيضاً في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر⁴، ويلاحظ أن جل الأحكام القضائية الراضية للحكم بالتعويض امتدت تاريخها من صدور قانون الأسرة 1984 إلى غاية سنة 1995، لكن بعد ذلك ذهب

1 انظر، م ع، غ أ ش، 22-12-1992، ملف رقم 87310، م ق 1995، ص 130.

2 انظر، م ع، غ أ ش، 23/2/1993، ملف رقم 92674، ن ق 48، ص 171.

3 انظر، م ع، غ أ ش، 23-4-1996، ملف رقم 135435، م ق 1998، عدد 1، ص 130.

4 المحكمة العليا غ.أ.ش، قرار رقم (181648)، مجلة قضائية، العدد الأول، 1997، ص 49.

جلّ المحاكم إلى إقرار استحقاق التعويض إلى غاية صدور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا سنة 2001، تمّ تكريس هذا الاجتهاد في نصّ المادّة 53 مكرّر¹. فالمادّة تركت السلطة التقديرية للقاضي، ولم تحسم الاختلاف بل كرّسته، إذ رأى القاضي أنّ التّطبيق وحده غير كاف لجبر الضرر فله أن يحكم بالتّعويض المناسب². وجاء هذا النصّ ليجيز للقاضي في حالة الحكم بالتّطبيق بصفة عامّة، أن يحكم للمطلّقة بتعويض عن ضرر لاحق، فإنّه بذلك فتح الباب أمام إثراء المرأة على حساب زوجها مرّتين، إمّا لك عصمتها رغما عنه والحصول على ماله تحت مسمّى التعويض عن ضرر تدّعيه رغم خلاصها من علاقة زوجية أقدمت عليها بإرادتها ورضاها³. ولا يجوز استعماله في إلحاق الضرر بالزوج الذي يجمع بين ألم تطليق زوجته منه دون رضاه وضياع المال بمنحها التعويض. ولم يشرع المشرّع المصريّ ولا السوريّ إلى اعتبار التّطبيق موجبا للتعويض، ولم تعرف تطبيقات القضاء كذلك إمكانية منح الرّوجة التعويض في حالة التّطبيق.

الفرع الأول: تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني والفقهّي والقضائي.

أولاً: التعريف القانوني للتعويض:

لم يهتمّ المشرّع الجزائريّ بوضع تعريف للتعويض عن الضرر بقدر التّركيز على عناصره وطريقة تنفيذه، كما لم يهتمّ كذلك فقهاء القانون بإدراج تعريف محدّد للتعويض لوضوح الفكرة وعناصره في مختلف التشريعات الوضعيّة. ومع ذلك فإنّ هناك من الباحثين من عرّف التعويض بأنّه: "هو الالتزام بإصلاح الضرر الماديّ والمعنويّ الذي يجب في ذمة المتسبب فيه، بأداءات ماليّة أو عينية"، وكما يظهر من

1 المحكمة العليا غ.أ.ش قرار رقم (192665)، قرار بتاريخ 21-7-1998، اجتهاد القاضي، عدد خاص، 2001، ص 254.

2 حكم صادر عن محكمة عنابة، مجلس قضاء عنابة، بتاريخ 2008/02/19، رقم الفهرس 08/928، الحكم الصادر عن محكمة الدرعان، مجلس قضاء عنابة، في 2008/08/16، رقم الفهرس 135/08؛ انظر: لحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هما للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر، 2006، ص 395-397.

3 أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتاب القانونية، مصر، (د ط)، 2009،

القانون المدنيّ الجزائري¹ الذي جاء في المادة 132 (... بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع)²، كما رتبت المادة 124 الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضرراً للغير بأفعاله³. كما جاء المشرع الجزائري بنص عام ومطلق لم يميز فيه بين الضرر المادي والضرر المعنوي، ويمكن القول إن القانون المدني رغم حداثة إلا أنه لم يأت بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي⁴. رغم أن تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي واضح في القانون المدني وغيره، وإذا كان الأمر كذلك فلما لا نوجه التشريع الجزائري لصالح إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بناء على القانون الفرنسي يجيز التعويض وإنطلاقاً من فرضية التأثير⁵.

ثانياً: التعريف الفقهي والقضائي للتعويض:

هناك من الفقهاء من ربط بين التعويض وبين أركان المسؤولية بقوله إن التعويض جزاء توافر فيه أركان المسؤولية أن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي إختل بسبب الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر، فالتعويض هو " كل ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه الضرر⁶. فذهب رأي في الفقه إلى عدم وجود نصّ على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري

1 الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر العدد 170، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج.ر، العدد 44 لسنة 2005.

2 المادة 132 المعدلة بالمادة (38 من قانون "10-05" معدل و المتمم بالأمر 58-75)

3 بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، د.ط، 2004، ص 34-35.

4 خارف محمد، التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية جامعة وهران 2013/2014، ص 25

5 بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 47.

6 بيطار صبرينا، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص الإنساني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أدرار، 2015، ص 11.

لا يسوغ أن يستنتج منه انتفاء التعويض عن هذا الضرر، إذ إن الأصل في الأشياء الإباحة. أما بالنسبة للمادة (142) ووفقا للمبدأ العام للتفسير القانوني القاضي بعدم التمييز طالما أن القانون لم يميز، فإنه من المقرر أن النص العام لا يخصص بدون نص لا سيما إذا كان هذا التخصيص من شأنه أن يفلت الجاني من المسؤولية¹.

وإذا حاولنا التعرض لبعض المواد المتعلقة بالضرر والتعويض في القانون الجزائري، فإننا نخلص في غير صالح تعويض الضرر المعنوي فالمادة (131 م ج)² المتعلقة بمدى التعويض، تحيلنا إلى المادة (182 م ج) وهذه المادة لم تتناول التعويض عن الضرر المعنوي لا في المسؤولية التقصيرية ولا المسؤولية العقدية، إذ تنص المادة في فقرتيها الأولى والثانية على ما يلي:

(أ) - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره.

(ب) - ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب.

وظاهر من صياغة هاتين الفقرتين المادة 182 مكرر والتي تم تعديلها بموجب قانون 05-10، أن المشرع لم يترك مجالا للشك في أنه استبعد من مجال التعويض، الضرر المعنوي، وهو بذلك يكون قد خالف التشريعات الحديثة، والتطور القضائي والفقه حول هذه المسألة، فالخسارة اللاحقة، أو الكسب الفائت الذان تكلم عنهما المشرع، هما عنصران للضرر المادي فقط، وهو بذلك يكون قد قصر التعويض في المسؤولية على الأضرار المادية دون الأضرار المعنوية³.

إن قضاء المحكمة العليا يرى بأن قضاة الموضوع غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي، باعتبار هذا الأخير يتعلّق بالمشاعر والألم الوجداني، على عكس التعويض عن الضرر المادي الذي لابد من تحديد عناصره⁴.

1 علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، د، م، ج، الجزائر 1984، ص 239-240.

2 عدلت بالقانون رقم 10/05، ج.ر، العدد 44 لسنة 20، ص 23.

3 مقدم السعيد، نظرية التعويض المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 130.

4 بوصيدة أحمد، معايير التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة البحوث والدراسات الإنسانية، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، العدد 12، 2016، ص 145.

ولقد إذ استقر الاجتهاد القضائي على أن التعويض عن الضرر المعنوي يعود لسلطة قاضي الموضوع، و لم يضع القضاء أية معايير يمكنها أن تحدد من سلطته، كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه ليس هناك معايير لحصر أحوال التعويض عن الضرر الأدبي¹، مهما كان الضرر الناتج عن الفعل الضار فإنه يستوجب التعويض عليه سواء من بحرية الشخص أو شرفه أو سمعته أو جسده أو سبب خسارة مالية، لم يأخذ المشرع الجزائري في القانون المدني بالتعويض عن الضرر المعنوي وأخذ به في قانون الأسرة و هو ما جاء في نص المادة 3/5² ق.أ: " إذا ترتبت عن العُدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض .

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر

كرس المشرع الجزائري مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي و المعنوي و منح لقاضي شؤون الأسرة بموجب نصوص القانون دوراً بالغ الأهمية فيه، و هذا راجع إلى طبيعة العلاقة التي ينظمها هذا الفرع من القانون و كذا ما يتميز به من القضايا التي يعالجها، إضافة إلى قلّة نصوصه و غموضها خاصّة في هذا المجال³، حيث أن القاضي ليس له نفس السّلطة الممنوحة لأي قاض آخر عند الفصل في دعوى التعويض المعروضة عليه، فكل هذه الأسباب جعلت لقاضي شؤون الأسرة دوراً إيجابياً في مسألة التعويض عن الضرر، كما حوّله مهمة أخرى تتمثل في ضرورة إزالة هذا الضرر من خلال تقرير تعويض كامل يشمل معالجة الضرر و جبره.

الفرع الثاني: الأساس القانوني في تقدير إستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق.

لقد أصبح التعويض عن الضرر بشقيه المادي و المعنوي أمراً مسلماً به فقها وقانوناً وقضاءً، ولقد أورد نصّ المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري عشر حالات إذا

1 بوسيدة أحمد، المرجع السابق، ص 157.

2 قانون 11/84 ق. إ. ج المعدل والمتمم.

3 اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاجتماعية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي، 2010-2011، ص 81.

تحققت إحداها يمكن للزوجة المطالبة بالتطليق، وإن المشرع الجزائري قد ذكر هذه الحالات دون أن يحدد كيفية إثباتها، كلها تعتبر حالات تتضرر فيها الزوجة من استمرار الحياة الزوجية.

والأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم في التعويض عن الضرر وبالرجوع إلى المادة 53 مكرر، نلاحظ أن المشرع أخذ مبدأ التعويض عن الضرر على أساس القاعدة الشهيرة في الشريعة الإسلامية ألا وهي «لا ضرر ولا ضرار» و"الضرر يزال"¹. كما أن القانون الجزائري يعد الوحيد الذي نص على إمكانية التعويض عن الضرر في حالة التطليق، كما أشرنا إلى أن المشرع ترك لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث مدى استحقاق الطرف المتضرر بموجب هذه الحالات للتعويض. والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية وألم فراق زوجها أم هو تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي، لأن التطليق الذي يوقعه القاضي إنما يوقعه نيابة عن الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف، ولا يعاشر بإحسان².

أولاً: المعيار الذي يعتمد عليه القاضي لتقدير الضرر.

هذا ولم يحدد المشرع المعيار الذي بواسطته يمكننا التمييز بين السلوك الضار والسلوك غير الضار، وإذا إدعت الزوجة إضرار الزوج بها، حينئذ فإنه على القاضي أن يعتمد على معيار الضرر الذي لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجية معيار شخصي ذاتي لأن الضرر يختلف من شخص إلى آخر وهو يختلف باختلاف بيئة وثقافة المستوى الاجتماعي للزوجين³. ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما لم يحدد أنواعا معينة من الضرر، ولا أسبابا للشقاق بين الزوجين مما ينتج عنه استحالة

1 أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، السعودية بيت الأفكار الدولية، (د. س. ن)، (كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، حديث رقم 2340)، ص 252، (حديث حسن).

2 عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 271.

3 عمرو عيسى الفقي الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج 2، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2005، ص 91-92.

استمرار المعيشة المشتركة بينهما¹. وقد حدّدت محكمة النقض المصرية المقصود من عبارة أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر، من أنه لا بد أن يصل الضرر إلى الحدّ الميؤوس منه، لأنّ الحياة الزوجيّة لا تكاد تخلو من زلة يسّيء فيها أحد الزوجين إلى الآخر وأن يكون متعمّدا من جانب الزوج².

المطلب الثاني: سلطة القاضي في الحكم بالتعويض في الشقاق المستمر بين الزوجين.

استحدثت هذه الفقرة الثامنة في قانون 02/05 لم تكن فقرة مستقلة وجاءت نتيجة إجتهد قضائيّ جاء متأخرا بطريقة غامضة، تدعو للإختلاف حوله، ولصعوبة معرفة الشخص المتضرر من الطرفين، إلا أن المشرع الجزائري لم يفرق بين حالة الشقاق التي يكون سببها الزوج، وبين أن تكون الزوجة سببا في حصول هذا الشقاق. ومنه يحسن إعادة صياغة الفقرة على غرار ما جاء في قانون السوري للأحوال الشخصية³ فيما يخص الضرر المشترك بين الزوجين وحالة تغليبه من أحدها. مع تحديد الضرر الناشئ عن غير الزوج كأقربائه عندما يصل إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية ويوصل إلى الشقاق وأن يكون للزوجة حق التّطبيق رفعا للظلم عنها بناءً على قاعدة لا ضرر ولا ضرار.

كما أنّه لم يحدّد معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتّطبيق، ويجب على القاضي التأكد من وجود الإهانات ومن خطورتها أو جسامتها، لذلك فإنّ الضرر

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعي، الطبعة 5، 2007، ص 302

2 انظر، محكمة النقض المصرية، جلسة 1991/5/7، طعن رقم 131 لسنة 59 مقتبس عن عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، ص 75.

3 المادة 114: 1- يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التّطبيق بطلقة بائنة. 2- وإن كانت الإساءة أو أكثرها من الزوجة أو مشتركة بينهما قررا التفريق بين الزوجين على تمام المهر أو على قسم منه يتناسب ومدى الإساءة. المرسوم التشريعي رقم 1953/59 المعدل.

الخفيف لا يعد موجباً للتطليق كما ذهبت إلى ذلك المحكمة العليا¹. في قرارها الصادر 11 جانفي 1982². مما يجعل السلطة التقديرية للقاضي واسعة في إثبات الضرر. كما أنه لم يبين طرق إثبات الضرر الناشئ بسبب الشقاق تاركاً الأمر معلقاً - على ما يبدو - على حرية الإثبات المدني، وقد كان للاجتهاد القضائي السابق في منح الزوجة حق طلب التطليق للشقاق المستمر، الذي جاء به القرار المؤرخ في 24/09/1996، وقد جاء فيه المبدأ: من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقتضي التفريق القضائي شرعاً. ولما كان الثابت، في قضية الحال، أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب الكافي للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون. (جاء في القرار أن الطاعن لم يسع إلى تنفيذ حكم سابق بالرجوع، وإصابة المطعون ضدها بنوبات عصبية ثابتة بشهادات طبية)³. وكذا القرار المؤرخ في 15/6/1999، السابقين عن وجود هذه الفقرة من المادة 53 في تفسيرها ومعرفة شروطها المتمثلة أساساً في استمرار الشقاق واستفحاله وتضرر الزوجة منه.

حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999 م بما يلي: (من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين بإعتباره ضرراً شرعياً، و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة طبقوا صحيح القانون)⁴ فالثابت في هذا الحكم أن الزوج حكم عليه بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، وأن الخصام طالت مدته بين الزوجين فلم يبق سوى الحكم بالطلاق، و حيث إن الطلاق لطول مدة

1 العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 304.

2 م ع، غ أ ش، 11/01/1982، ص 240.

3 أ ش، بتاريخ 24-9-1996، فصلا في الطعن رقم 139353، م ق 1997، ع 2، ص 96

4 المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ: 15/06/1999م، ملف رقم 224655، المجلة القضائية

لسنة 2001، عدد: 01، ص 128.

الخصام بين الرّوّجين يعد ضرراً، وأنّه ثابت أن المسؤول عن ذلك هو الزوج لعدم إمتثاله للقضاء، و توفير مسكن منفرد للزوجة، مما يجعل الضرر لاحقاً بالزوجة مما استحق التعويض.¹ هذا الاجتهاد حضي بعناية المشرّع وارتقى إلى سبب من أسباب التّطليق، ومنح الزوجة حق طلب التّطليق للشقاق المستمر إذ خصّصت له مادة 53 المعدلة بالفقرة الثامنة وأصبحت مستقلة عن فقرة الضرر المعبر شرعا.

وكما يفهم أيضا أنّ الاجتهاد القضائي قد قيد التّطليق للشقاق بقيدتين أساسيتين هما: الاستمرار الذي تصبح معه الحياة مستحيلة، ولا يستطيع معه دوام العشرة، وكذا ثبوت الضرر بسبب الشقاق، وهذا ما لم يوضحه المشرّع الجزائري من خلال نصّ الفقرة الثامنة من المادة 53 من قانون الأسرة.

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض في الشقاق:

ويشترط على الزّوجة حين تقديم دعوى التّطليق إثبات الضرر الواقع عليها، وهذا بكلّ الطرق القانونية الممكنة، حتى يتسنى للقاضي الحكم لها بالتّطليق نتيجة الشقاق المستمر لكن بالرجوع إلى المادة 56 ق.أ تنصّ في حالة اشتداد الخصام بين الرّوّجين ولم يثبت الضرر على وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما وبمفهوم المخالفة لا يلجأ القاضي لتعيين حكمين في حالة عدم اشتداد الخصام وثبوت الضرر، وفي الحالة العكسية فقط يعيّن القاضي الحكمين. نجد أن السلطة التقديرية للقاضي مطلقة للحكم بفك الرّابطة الزّوجية متى اقتنع القاضي بضرر الزوجة من جراء الشقاق المستمر بين الرّوّجين وطبقا للقواعد العامة، فإن من تسبب في الضرر يلزم بالتعويض عنه طبقا للمادة 53 فإن المنطق السليم يجعل التعويض واجبا لجبر الضرر الحاصل للزّوجة سواء أكان ماديا أم معنويا، فلا يكفي الحكم بالتّطليق لأن العشرة الزّوجية غير ممكنة بسبب إضرار الزوج بزوجه ولا يمكن تركها في تلك الوضعية المزريّة حفاظا على كرامتها، وأن الضرر الحاصل يستوجب التعويض. وبالتالي فإن بعض التّطبيقات القضائية جاءت مطابقة للقانون.

ومن القرارات العديدة للمحكمة العليا التي تؤكد أن ضرر الزوجة من الشقاق المستمر ما بين الرّوّجين يعتبر معياراً لفك الرّابطة الزّوجية عن طريق التّطليق منها:

1 ديابي باديس، المرجع السابق، ص 51.

- ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن النزاع بين الطرفين طال أمده وبقي كل منهما مصراً على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليماً وغير مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب وغير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو مبدأ حجّة الشيء المقضي به.¹
- في حين أنه جاء في قرار آخر للمحكمة العليا ما يلي: (إذا كانت الزوجة هي التي طلبت التّطليق وقدمت للقاضي السبب الذي تدعّم به طلبها وإذ ثبت، وكان من الأسباب الشرعيّة، حكم القاضي حكّمين، فإن اقترحا التفريق بين الزوجين سواء بخلع أو بغير خلع، حكم القاضي بنتيجة اقتراحهما)²
- وجاء في قرار آخر "من المقرّر فقها وقانوناً أنه يجوز طلب التّطليق حال استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة عدم الإئتمام ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة صحيح".
- وقد استمر قضاة المحكمة العليا في نفس النهج باستتباط واستخلاص الشقاق من ملف القضية وهذا يتجلى في قرار حديث مفاده: (قد ثبت من الحكم المطعون فيه أنه لم يقتصر في قضائه بالتطليق استناداً فقط إلى عدم تنفيذ الحكم القضائي بتسديد النفقة، وإنما استناداً كذلك إلى الشقاق المستمر بين الطاعن والمطعون ضدها، طبقاً لأحكام الفقرة 08 من المادة 53 من قانون الأسرة الذي تثبته الأحكام والقرارات المدنية والجزائية الصادرة بينهما)³.

الفرع الثاني: الشقاق في المدونة المغربية الجديدة:

ومن أهم مستجدات مدونة الأسرة عند الحكم بالتطليق بسبب الشقاق ترتب التعويض على المتسبب في الفراق وهكذا نصّت المادة 97 من مدونة الأسرة⁴ على ضرورة مراعاة المحكمة عند الحكم بالتطليق للشقاق بعد تعذر الإصلاح بين الزوجين

1 قرار بتاريخ 1985/05/20 ملف رقم 36414 المجلة القضائية العدد 2 سنة 1990.

2 م. ع، قرار رقم 57812، بتاريخ 1989/12/25م.

3 م. ع، غ. ا. ش، ملف رقم 474958، قرار بتاريخ: 2007/01/14

4 مدونة الأسر المغربية، الصادرة بالقانون 70/03 المؤرخ في 10 من ذي الحجة الموافق لـ 3 فبراير

2004، ج. ر، رقم 5001 صادرة بتاريخ 5 فبراير 2004.

واستمرار الشقاق بينهما مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، فمسطرة التطبيق للشقاق يتساوى الطرفان الزوج والزوجة سواء من حيث إنهاء العلاقة الزوجية أو من حيث إمكانية الحصول على تعويض، ولا يشترط لذلك إلا أن تكون مسؤولية المدعى عليه ثابتة بالطرق القانونية. أن الحكم لصالح الزوجة المطلقة للشقاق يجد سنده في المادة 97 من مدونة الأسرة، حيث أوجب المشرع على المحكمة مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق والمحكمة تكون قناعتها من خلال الجلسات التي تعقدها بغرفة المشاورات بحضور الطالب والمطلوب في دعوى الشقاق، وكذلك من خلال كل المحاولات التي تقوم بها المحكمة لإصلاح ذات البين وفق مقتضيات المادة 82 هذا فضلا عن التقرير الذي قد يعده الحكمان حيث يقومان بإقصاء أسباب الخلاف وعند فشل مسعاها يقومان بإطلاع المحكمة على ذلك وعلى الطرف المتسبب في فشل الصلح، والمحكمة من كل ذلك تتولد لديها وجاهة طلب التعويض من عدمه¹.

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة، وبعد تطرقنا إلى التحكيم باعتباره آلية من آليات تسوية النزاعات الأسرية، وقد تبين لنا أهميتها في تسوية الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين الزوجين، وذلك للحفاظ على العلاقة الزوجية وعدم تفككها وانحلالها، وهذه من مقاصد الشريعة الإسلامية والتي كانت السبابة في وضع الوسائل للحفاظ عليها من القوانين الوضعيّة، وإن لم يوافقا بالتوفيق بينهما تبقى السلطة للقاضي للفصل في الخصومة، ومن ثم بإمكانها الحصول على التعويض، مما لحقها من ضرر ودفعها إلى طلب التطبيق.

وقد خالصنا من خلال هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات ولعلّ أبرزها ما يلي:

1 إدريس الفاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة مقال منشور يوم 2017/07/06 www.espacedroi.ma

- إن اللجوء للتحكيم تخليصا للمتخاصمين من إجراءات طويلة ومعقدة، فهو يختصر الوقت الذي يستغرقه ببطء التقاضي.
- في التحكيم محافظة على أسرار الخصوم، وخاصة الأمور الحساسة.
- لقد أشار المشرع إلى التحكيم في مادة واحدة ووحيدة وهي المادة 56، أما بالنسبة للفقرة الجديدة التي أضافها المشرع في المادة 53 والتي جاءت بالنص على حق الزوجة في طلب التلطيق للشقاق المستمر بينها وبين زوجها فإنه لا يوجد فيها أي إشارة إلى ضرورة تعيين الحكيم بصفة خاصة.
- أما بالنسبة لتقدير القاضي للضرر فتوصلت إلى أن الضرر هو مسألة شخصية تخضع للسلطة الموضوعية للقاضي، وكبدأ عام في مجال التعويض عن الضرر بسبب التلطيق، وقد حوّل للقاضي سلطة تقديرية واسعة في بحث مدى قيام الضرر واستحقاق التعويض عنه.
- نجد أن المادة 56 قد خلت من النص على حالة اختلاف الحكيم، ناهيك عن اعطاء حكم لها الأمر الذي يثير إشكالاً أمام القاضي في حالة ما إذا واجهته مثل هذه الحالة، وأمام هذا الفراغ التشريعي يجب على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، تطبيقاً للمادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيله عليها في كل ما لم يرد بشأنه نص.
- إن المشرع الجزائري حاول من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظيم إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة، إلا أنه أغفل تنظيم بعض الجوانب من بينها: وجود تناقض بين نص المادة 56 من قانون الأسرة والمادة 446 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أن الأولى جعلت من التحكيم أمراً وجوبياً والثانية أمراً جوازياً.

التوصيات:

- اكتفى المشرع بذكر شرط القرابة أي أن يكونا من أهل الزوجين دون أن يعطي بديلاً في حالة تعذر تحقيق الشرط، ودون ذكر الشروط الأخرى والتي لها أهمية كما فعل المشرع الأردني والمغربي. المشرع لم يبين مدى صلاحيات الحكيم، إن كان ما يتوصلان إليه ملزماً أو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، ولم يحدد كيفية تعيين الحكيم، فهل يتم تعيينهم بأمر كتابي أم شفهي؟ ولم يتطرق إلى ما

إذا ما رفض الزوجان التّحكيم؟ إن المحضر الذي يعده الحكمان ليس له ذات الحجة التي منحها المشرع لمحضر الصلح الذي يشرف عليه القاضي. في ما إذا حالة عجزاً عن الإصّلاح، فإن الرأي الراجح في الشريعة يمكنها من التفريق بين الزوجين، أما في ظلّ قانون الأسرة الجزائريّ فليس للحكمين أن يوقعا التفريق، بل لهما فقط اقتراحه على القاضي، الذي له مطلق السّطة في قبول هذا الاقتراح أو رفضه.

- على المشرع الجزائريّ التفصيل في النصوص القانونية وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائريّ كما هو عليه الحال في القانون المدنيّ الجزائريّ، مع ضرورة توحيد الاجتهاد القضائيّ وكذا ضرورة تخصيص قضاة في مجال شؤون الأسر، إضافة إلى عقد دورات تكوينية للقضاة وذلك بالتعمق في دراسة كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر في مجال قانون الأسرة.

- وبشأن مدى إلزام القانون للقاضي بالحكم عن التّطبيق توصلت أن القاضي له سلطة مطلقة في الحكم بالتعويض عن الضرر من عدمه حتّى في حالة قيام الضرر وثبوته.

- كما لا توجد أيّة إشارة إلى أن القاضي في حالة فشل الحكمين يحكم بالتّطبيق وهذا الأمر لم تأت به المادّة 56 من قانون الأسرة ولا مواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رغم أن هذا كان واضحاً وجلياً في آراء الفقهاء وقوانين الأحوال الشخصية والعربية، كما أن المشرع الجزائريّ، لم يحدّد ضمن مهمة الحكمين محاولة معرفة من المتسبب في الشقاق لكي يتمكن القاضي من الأخذ به أثناء حكمه بالتّطبيق والتعويض الذي يصيب الزوجة من الشقاق حتّى أثناء رفضه لدعوى التّطبيق.

- إن كثير من القضاة الذين يقومون بمحاولة الصلح يفتقرون إلى التكوين في مجال التحكيم والإصلاح بين الأزواج، حيث يكتفون بمحاولة الصلح فقط.

وفي الأخير ندعو الباحثين إلى المزيد من العناية بموضوع التّحكيم وتنقيحها خاصة في الخلافات الزوجية التي تشهد اليوم إرتقاعاً مذهلاً لنسب الطلاق، فللتحكيم

مصالح جمة تحفظ الود، وتبقي العلاقات الطيبة مع التعجيل في إنهاء النزاع وتحقيق العدل، وكلها مصالح شرعية تهدف مقاصد الشريعة لتحقيقها.

قائمة المراجع:

أولاً: القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

ثانياً: القواميس والمعاجم

- ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1994.
- أحمد رضا، معجم متن اللغة، ج2، موسوعة لغوية حديثة، منشورات دار مكتبة الحياة، لبنان، 1955-1377هـ.
- إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، ج1، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولي، مصر، ط4، 2004/142.

ثالثاً: المؤلفات

- أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، السعودية بيت الأفكار الدولية، كتاب الأحكام، باب القضاء بالقرعة، حديث رقم 2340، (د.س.ن).
- إبراهيم بن بوعلي بن يوسف الفيروز بادي، طبقات الفقهاء، تحقيق إحسان عباسي، دار الرائد العربي، بيروت، ط2، 1981/1401.
- أبو الحسن علي بن محمد بن حسن الماوردي، الجامع الكبير، فقه مذهب الأحكام للشافعي، دار الكتاب العلمية، لبنان، د.ط، 1994/1414.
- عبد الباقي الأفغاني، جامع الضروريات "مخطوط"، مكتبة الجامعة الإسلامية، 1429هـ.
- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط2، 1974.
- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائر، دار الهدى، د.ط، 2007/2008م.
- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالشرائع السماوية وقوانين أحوال الشخصية العربية والأجنبية، دار الفكر، ط2، 1968.

- عبد المؤمن بلباقي، التعريف القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 2002.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2007.
- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية المواريث، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، د.ط، 2003.
- محمد فهد شفق، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة الثوري، د.ط، 1994.
- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج2، منشورات دمشق، ط2، 1994.
- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج8، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط1، 1993.
- كمال إبراهيم مرسي، العلاقات الزوجية والصحة النفسية في الإسلام وعلم النفس، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت ط2، 1415هـ، 1995م.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ط3، 1996.
- عبد الفتاح تقيّة، الزواج والطلاق في قانون الأسرة مدعماً بأحداث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012.
- سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ج1، دار الهدى عن مليلة الجزائر، ط1، 2011.
- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، الجزائري، الطبعة 2، 2009.
- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، د.ط، 2010.
- احمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكثير، المطبعة الأميرية، الطبعة الثالثة، 1912م.
- ديابي باديس، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، د.ط، 2007.

- حاتم آدم، العلاقات الزوجية فنون واسرار، مؤسسة إقرأ، مصر ط1، 2007.
- رابعاً: مذكرات ورسائل
- آيت شاوش أمينة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014.
- براهيم العبد، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بين ق.أ.ج رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية، الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2017/2018.
- خالد جمال الدينة، الشقاق بين الزوجين وأثر ذلك على الأبناء، دراسة لمذكرة مشروع التخرج في تخصص التربية الإسلامية، جامعة القدس المفتوحة فلسطين، د.ط، 2010/2009.
- هبة أحمد محمد منصور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية نابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2014.
- ندخوشي إبراهيم، التطبيق للشقاق والضرر بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة المغربية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء، جامعة المدينة العالمية، كلية العلوم الإسلامية، ماليزيا، 1433هـ/2012م.
- علي بن عوالي، ضمانات حماية الأسرة عند حدوث الخلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2018/2017.
- زكرياء أسعد حسن درواشة، التحكيم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في المحاكم الشرعية، رسالة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا والبحث العلمي بجامعة الخليل، 2008.
- وحياني جيلالي، حماية حقوق المرأة في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة الدراسية 2018/2019.

- علي بن عوالي، الصلح ودوره في الاستقرار، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2012.

خامساً: مقالات ودوريات

- عبدو احمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسب للتطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مقال مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة.

- محمد سليمان النور، التحكيم بين الزوجين في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد، 9، عدد 2.

- مجلة الأحكام العدلية 1875م، دار المعرفة للطباعة والنشر، لبنان، الطبعة الثانية.

- عبدو احمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسب للتطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مقال مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، د.س.

- جمال خشاش، مقال التحكيم في النزاع بين الزوجين في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث العلوم الإنسانية، المجلد 28(7)، 2014.

سادساً: نصوص قانونية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضا 1355 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر. العدد 170، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج.ر، العدد 44 لسنة 2005.

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة (ج.ر.ج.ج.ج. 1984، س21، ع24، ص910 وما بعدها) المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005، (ج.ر.ج.ج. 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005)، الموافق عليه بالقانون رقم 05-09، المؤرخ في 25 ربيع الأول عام

- 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج.ر.ج.ج 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005).
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، المنشور، ج.ر، العدد 16، 1994/04/26.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (ج.ر.ج.ج، العدد 21، لسنة 2008).
- مدونة الأسر المغربية، الصادرة بالقانون 70/03 المؤرخ في 10 من ذي الحجة الموافق لـ 3 فبراير 2004، ج.ر، رقم 5001 صادرة بتاريخ 5 فبراير 2004.