جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت

كلية الحقوق

القسم: الحقوق

النظام التعويضي في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق –تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالب:

بلمشري نبيل

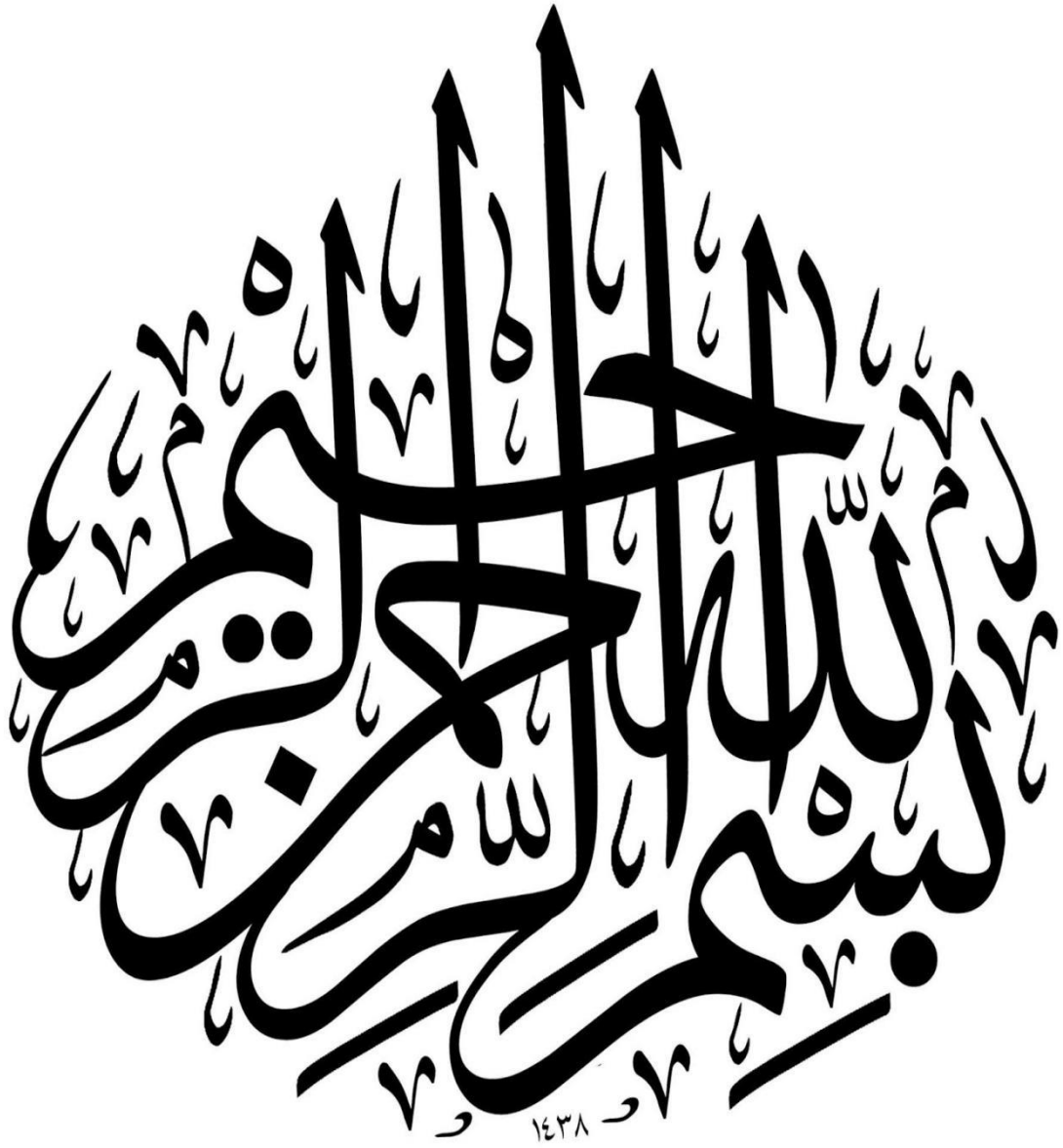
تحت إشراف الاستاذة:

بردان صفية

لجنة المناقشة:

الرئيس	بوجاني عبد الحكيم	أستاذ محاضر أ	جامعة عين تموشنت
المشرف	بردان صفية	أستاذ مساعد أ	جامعة عين تموشنت
الممتحن	رويس عبد القادر	أستاذ مساعد ب	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية:2023-2024


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير

نحمد الله العلي القدير، ونشكر فضله وآلاءه، أن وفقنا إلى سبيل البحث والمعرفة ويسرهما لنا ، وألهمنا الطموح وسدد خطانا..

نتقدم بخالص الشكر وجزيل الامتنان للأستاذة بردان صفية

التي شرفتنا بقبول الإشراف على هذه المذكرة، ولم تدخر جهدا أو تبخل بنصيحة فلها منا فائق الاحترام والتقدير والعرفان...

ولا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بجزيل الشكر وفائق التقدير إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل ومد يد العون من أجل إتمامه..

إهداء

قال الله تعالى: "قل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون."

الحمد الله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الجامعية

أهدي ثمرة جهدي إلى صاحب السيرة العطرة، والفكر المستنير إلى من شجعني على المثابرة طوال عمري

إلى داعمي الأول "أبي الغالي"

إلى من أفضلها على نفسي، إلى من وضعتني على طريق الحياة موطن الحنان والحب

امي الغالية اطال الله في عمرها واعانني الله على رد جميلها.

الى جسر المحبة والعطاء والصدق والوفاء "زوجتي"

إلى من كانت الأولى دوما في مساندتي وتشجيعي "أختي الغالية بشرى"

إلى من عشت معهم أجمل لحظات حياتي

إبني "هشام" و إبنتي "فرح" و"بشرى"

إلى شموع دربي شهدوا معي متاعب الدراسة وسهر الليالي "أصدقائي"

إلى أسرتي وكل معارفي الذين شجعوني وكل أساتذة كلية الحقوق

إلى أستاذتي المشرفة على بحثي الأستاذة " بردان صفية " التي لم تقصر في مد العون لي.

نبيل

قائمة أهم المختصرات :

-ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية

-ج: الجزء.

-د.ب.ن، دون بلد النشر.

-د.س.ن : دون سنة النشر.

-د.ع: دون عدد.

-د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

-ص: الصفحة.

-ط: الطبعة.

-ع: العدد.

-ف: الفقرة.

-ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

-ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-ق.م: قانون المدني.

-م: المادة.

مقدمة

مقدمة:

خلق الله سبحانه وتعالى الذكر والأنثى وجعل كل منهما يميل للآخر ليتم الزواج بينهما، فالهدف من الزواج استمرار العنصر البشري لتعمير الأرض، لذلك أكرمهم الله عن سائر المخلوقات برابطة قدسية وهي الزواج، وهذا الأخير أولاها بأحكام ومبادئ لبناء النظام الاجتماعي غايته تحقيق المودة والرحمة بين الأفراد والأمان والسكينة، وقد شرع الزواج لتحصين النفس وتكوين الأسر وحفظ الأنساب والانسلال مع تحديد حقوق وواجبات كل من الزوج إلى الآخر وحفظ شرف المرأة وتحصينها، كما حرص الإسلام على أن تكون العلاقة بين الزوجين قائمة على أسس من المودة والرحمة والسكينة، غير أنه قد تعترض الحياة الزوجية عوائق تحول دون مواصلتها وتجعل استمرارها محال، فتسوء العشرة بين الزوجين وتزول المودة، وينقطع حبل الوصال بينهما، حينئذ لابد من مخرج للخلاص من هذا الضيق والجحيم الذي أصبح يحتم على علاقتهما الزوجية، ومن تمام رحمته سبحانه وتعالى أن وضع العلاج المناسب للخلافات والخصومات رغم بغضه له، لما فيه من تشتت وتصدع للأسرة، وهذا الطلاق يكون إمّا بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي بين الزوجين، أو عن طريق الخلع بطلب من الزوجة أو بطلب التطليق.

فقد عرف المشرع الجزائري الطلاق بموجب المادة 48 من قانون الأسرة على أنه "حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 45 و53 من هذا القانون"، كما أن الأصل في الطلاق أن يقع بيد الزوج باعتباره صاحب العصمة الزوجية، فإذا طالب بالطلاق وأصر عليه رغم محاولات الصلح، وعدم تقييده بالسبب الشرعي أو المبرر الذي أدى إلى الطلاق والتصرف دون الحاجة له والاستمرار في إستعمال حقه الإداري دون سبب سينبثق عنه واقعة قانونية جديدة، يترتب عنها الأثر القانوني، فمن خلال تصرفه هذا يعتبر خروجًا عن الحدود الشرعية لإستعمال الحق، فيصبح من خلاله واقعا تحت طائلة التعسف في إستعمال الحق الذي سينبثق عنه، والذي رتبت الشريعة الإسلامية عليه أثر يهدف إلى تحقيق هذا الضرر عن المطلقة وذلك بالتعويض الذي تفرضه على الزوج.

فالضرر هو مسألة شخصية تختلف باختلاف الأشخاص وتتنوع بحكم الظروف لذلك يصعب على المشرع الإحاطة بكل جوانبه من تحديد لعناصره وبيان لشروط قيامه وتحديد لمقدار التعويض عنه، كما أنه مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فإنه سيظل عاجزا عن إيجاد حلول لكل النزاعات المعروضة على القضاء، لهذا فقد خول المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في شأن ذلك، فكانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي بأن يواجه ظروف تطبيق القانون بموجب هذه السلطة، حيث لم يشترط الفقه الإسلامي لكي يترتب التعويض على الضرر أن يكون قد نشأ من اعتداء أو ارتكاب فعل محظور، بل يلتزم بالضمان مطلقا

سواء نشأ الضرر عن اعتداء أو لم يكن كذلك، ومن ثم فإن الضمان أو التعويض واجب عن الضرر سواء كان الضرر ناشئا من اعتداء أو غيره.

ومن هنا يمكن القول بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، هي صلاحية قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل في إطار قاعدة قانونية معينة، تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية.

فالمشرع الجزائري فتح لقاضي شؤون الأسرة بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته عمله القضائي، وهو الأمر الذي نلمسه باستقرائنا لمختلف نصوص قانون الأسرة، حيث نجده خوله سلطة تقديرية فيما يتعلق بالتعويض عن العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع والتطليق، فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، ويسبب ضررا للزوجة، وقد تتعسف الزوجة في مخالعة زوجها دون رضاه، ففي هاتين الحالتين يجوز للقاضي التدخل وإعمالا لسلطته التقديرية يحكم بالتعويض للزوجة في حالة تضررها من الطلاق التعسفي، وكذلك يجوز للقاضي تقدير بدل الخلع في حالة عدم الاتفاق بين الزوجين على ذلك.

أهمية الموضوع:

تكتسي دراسة هذا الموضوع أهمية بالغة لأن عقد الزواج من أجل العقود وأعظمها وأن إنحلال هذا العقد لابد أن يكون وفق إجراءات معينة، كما أنها تصب في واقع المجتمع، فقضية التعويض هي قضية العصر، لذلك انصبت جهود الفقه والقضاء على إيجاد كيفية ملائمة لهذا التعويض من خلالها جبر هذه الاضرار، وذلك وفق أسس حديثة تتلاءم مع نوع الضرر، كما تتجلى أهميته في كونه موضوع كل أسرة وما ينشأ فيها من خلافات يومية قد تنتهي بالتفريق أو الصلح.

طرح الإشكالية:

بناء على ما سنطرح الإشكالية التالية:

-إلى أي مدى يتم إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض الناجم عن فك الرابطة الزوجية؟

الدراسات السابقة:

-دراسة جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2021/2020.

حيث تمثلت هذه الدراسة في أن إن الضرر هو مسألة شخصية تختلف باختلاف الأشخاص وتتنوع بحكم الظروف لذلك يصعب على المشرع الإحاطة بكل جوانبه من تحديد لعناصره وبيان لشروط قيامه وتحديد لمقدار التعويض عنه، كما أنه مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فإنه سيظل عاجزا عن إيجاد حلول لكل النزاعات المعروضة على القضاء، لهذا فقد خول المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في شأن ذلك، فكانت جل النصوص مرنة تسمح للقاضي بأن يواجه اروف تطبيق القانون بموجب هذه السلطة.

–دراسة حياة خطاب، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014–2015.

حيث لخصت هذه الدراسة إلى أن الطلاق وان كان حقا للرجل يمارسه وقتما يشاء وذلك بموجب العصمة المقررة له شرعا إلا أن هذا الحق مقيد بقيود من شأنها أن تقلل منه، وبالرغم من ذلك قد يوقعه الزوج بدون سببا متعسفا فيه كان يوقعه في مرض موته أو أن يوقعه بدون حاجة تدعو إليه، إلا أن الشرع والقانون بإقرارهما هذا الحق للزوج لم يقفا عاجزين عن المحافظة عن حقوق المرأة، وذلك بإقرار التعويض وكذا نفقة المتعة عن كل ضرر يلحق بالزوجة عند إساءة استعمال هذا الحق، فالحكم بالتعويض عن الضرر الذي يلحق من شأنه أن يحد من إقدام كثير الأزواج من على الطلاق و يزجرهم عن إيقاعه إلا إذا دعت الضرورة إليه وبوجود مبرر شرعي، وذلك بغرض الحفاظ على الحياة الزوجية وإستمرارها.

أهداف الدراسة:

تتمثل أهداف هذه الدراسة في إرتباط مشكلة الطلاق بالأسرة والتي هي كيان مقدس لأنها هي الخلية الأولى للمجتمعات البشرية و تنجر عن هذه المشكلة عدة نتائج سلبية تهدد سلامة و استقرار المجتمع وتشتت الأسرة، وأيضا في التعرف على مكانة المرأة في الطلاق بإعتبارها المحل المقصود في الطلاق ومدى دور القضاء في التشريع الجزائري في معاقبة كل من يسئ إستعمال حق الطلاق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق، و التعرف على الأسس التي تراعى في تحديد التعويض عن الطلاق.

الصعوبات:

عرفت المرحلة التي أعددنا أثناءها هذه المذكرة بعض الصعوبات فعلى الرغم من الأهمية التي يكتسيها موضوع التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق إلا أنني لم أجد فيما إطلعت عليه مراجع جزائرية متخصصة تتناول هذا الموضوع بجميع جوانبه.

المنهج المتبع:

للوصول إلى أهداف البحث والإجابة على الإشكالية إعتمدنا على المنهج الوصفي حيث تطرقنا إلى المفاهيم والتعاريف المتعلقة بالموضوع، كما إعتمدنا على المنهج الإستقرائي التحليلي حيث قمنا باستقراء النصوص القانونية الجزائرية الخاصة وتحليلها تحليلا علميا مبنيا على دراسات علمية.

الإعلان عن العناوين الرئيسية:

تقتضي الإجابة عن هذه الإشكالية دراسة التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري، وذلك بتقسيم هذه المذكرة إلى فصلين كالأتي:

الفصل الأول: التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية

الفصل الثاني: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر المترتب على الطلاق

الفصل الأول

التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية

تمهيد:

يعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤذي إلى وقوع التنازع بين الافراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم، والضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق يعتبر واحدا من تلك الاضرار ذات التأثير الكبير في الحياة، لأنه كما يمكن أن يكون ماديا يكون معنويا لطالبه ولأن مدعي المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه، كما أن مبدأ التعويض عن الأضرار يجد لدى القضاء مجالا واسعاً لتطبيقه حتى أن المحاكم أصبحت تستجيب لكافة طلبات التعويض، دون التقيد بحال معينة.

وهنا يأتي الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة، فهو يختلف نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا التجارية أو الإجتماعية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل، لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والإجتماعية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب اجتماعي كبير، باعتبار أن إصلاح الأسرة هو إصلاح للمجتمع بأكمله، لأن الأسرة هي أصغر وحدة في النظام الاجتماعي.

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم التعويض كمبحث أول، وإلى السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض عن الضرر كمبحث ثاني.

المبحث الأول

مفهوم التعويض

إن الشريعة الإسلامية حرصت على صيانة حقوق الانسان، وحمايتها، فحرمت إلحاق الضرر بها، في أي صورة من الصور أو شكل من الاشكال، كما حذرت من الإهمال، وتر الاحتياط المفضي إلى إلحاق الضرر بالآخرين، كما تعد المسؤولية المدنية انعكاسا حقيقيا لقيم المجتمع وتطورها، تعكس نضج الوعي الاجتماعي والأخلاقي والقانوني فيه، ولقد جرت العادة في كتب المدني على تقسيم المسؤولية إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، وتقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية ومسؤولية تقصيرية، وهو التقسيم الذي استقر عليه الفقه والتشريع، وتهدف المسؤولية المدنية إلى جبر الضرر الناتج عن الإخلال بإلتزام قانوني، ويعد الضرر الركن الأساس في المسؤولية المدنية، فمن التشريعات من أقامت المسؤولية المدنية على ركن الخطأ، وتشريعات أخرى أقامتها على ركن الضرر كالشريعة الإسلامية[1].

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التعويض ودليل مشروعيته كمطلب أول، وصور التعويض كمطلب ثاني.

المطلب الأول:

مفهوم التعويض ودليل مشروعيته

إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وعقلا، وقانونًا وعرفا، جبرا للضرر، ورعاية للحقوق وزجرًا للمعتدين، وتوفيرا للإستقرار، وتحقيقا للعدل وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض عن الأضرار، ورغم أهمية هذه المسألة لم يرد مفهوم التعويض عن الطلاق في كتب الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح جديد أخذت به قوانين الأحوال الشخصية العربية تبعا للنظريات الفقهية ولرأي بعض الفقهاء بأن الأصل في الطلاق هو الحظر، ومن ثم تستحق المطلقة تعويضا إذا كان طلاقها بدون سبب مشروع للأضرار العديدة التي تلحق بالمرأة نتيجة الطلاق، حيث ضياع مستقبلها وفقدان المأوى وقلة الرغبة بها زوجة في أسرة جديدة[2].

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الضرر كفرع أول، و تعريف التعويض كفرع ثاني.

---

[1] جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020––2021، ص.02.

[2] عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ج.01، ط.02، دار الفكر، د.ب.ن، 1968، ص.116.

الفرع الأول:

مفهوم الضرر

إن الزوج قد لا يلتزم بشروط الطلاق فيوقع الطلاق على زوجته بغير حق ودون سبب معقول مسببا لها ضرر كبيرا، وعليه سنحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على الضرر الناتج عن هذه الممارسة المعيبة.

أولا: تعريف الضرر

1-تعريف الضرر لغة: الضر والضرر دلالتان عن الهزال وسوء الحال والضرر ضد النفع وضره يضره وضر به و أضر والاسم الضرر والضرار الجزاء عن الفعل والضرر ما نضر صاحبك به وتنتفع به، والضرار أن تضره من غير أن ينتفع والضر سوء الحال والضراء نقيض السراء وقبل النقص في الأموال و الأنفس والضرر النقصان الذي يدخل في الشيء[1].

2-تعريف الضرر إصطلاحا: عرف الفقهاء الضرر بتعريفات عديدة فقد عرفه ابن العربي بأنه : " الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربى عليه وهو نقيض النفع، وجاء في المنتقى الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، وقد استعمله الفقهاء بمعنى إلحاق الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، ويعرف الضرر في الفقه الإسلامي بأنه إلحاق مفسدة بالآخرين وكل إيذاء يلحق الشخص سواء في ماله أو جسمه أو عاطفته أو عرضه فيسبب له خسارة[2].

وهناك من عرفه بمعنى الإتلاف، والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا أيرأن يكون الإتلاف كليا أو جزئيا، وعلى العموم فان الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[3].

ويرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه هو الركن الثاني من أركانها و تتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عن وجود خطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيره الرفض، وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع و الفقه القانوني إلا أنه من الصعب تعريف محدد له، ولقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 124 منه وما يليها بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذا المادة 176 وما يليها و التي خصصها لبيان كيفية تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام

[1] ابن منظور جمال الدين لسان العرب، م.4، د.ط، دار بيروت للطباعة، بيروت، د.س.ن،، ص.482.

[2] بن زيطة الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007، ص.20.

[3] علي فيلالي، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، د.ط، موقع للنشر، الجزائر، 2002، ص.244.

حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر، ومن كل ما سبق يمكن تعريف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو مصلحة يستوي أن تكون مالية أو أدبية[1].

ثانيا: أنواع الضرر

إن الضرر نوعان مادي أو أدبي "معنوي"، وكلاهما يوجب التعويض عنه ولا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليستحق المتضرر التعويض

1-الضرر المادي: الضرر المادي هو الذي يصيب الإنسان في جسمه وماله أو يفوت عليه مصلحة مشروعة أو يلحق به خسارة، ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كان يقع بالفعل أو يتوقع حصوله حتما، وبالتالي فإن الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق[2].

ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي أيا كان نوعه سواءا كان حقا عينيا تبعيا أو حقا شخصيا وبهذا يتضح أن للضرر وجهان أحدهما يصيب الإنسان في جسده وحياته ويعرف بالضرر الجسدي و الآخر يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص مما ينعكس سلبا على ذمة المالية فيكون الضرر ماليا، أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فقد يتمثل في ترك الزوجة لوظيفتها من أجل الاهتمام بزوجها وأولادها ثم يطلقها زوجها بدون سبب مما يسبب لها ضرر ماديا[3].

2-الضرر المعنوي: يرد هذا النوع من الضرر على الجانب المتعلق بالمشاعر وعلى هذا الأساس يسمى هذا الضرر بالضرر المعنوي أو الأدبي، فالضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية وهذه المصلحة محمية قانونا، ولقد عرفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الزوجية من الشتم والتحقير وترك الجماع[4].

فالضرر المعنوي يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته هذا ينطبق على الطلاق التعسفي فقد يوقع الزوج الطلاق متعسفا دون أن سبب مشروع ويسبب ضرر للزوجة بأن يلقى عليها تهما زائفة تمس بشعورها وشرفها تجنبا للتهرب من التعويض المقرر عليه من جراء طلاقه، ولقد أشار قانون الأسرة الجزائري لمسألة الضرر فيما يتعلق بالخطبة في المادة 5 منه و أوجب التعويض عن العدول عن الخطبة للطرف

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة، ط.04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.285.

[2] بن زيطة الهادي، المرجع السابق، ص.27.

[3] بن زيطة الهادي، المرجع نفسه، ص.27.

[4] مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مذكرة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008-2009، ص.258.

المتضرر، كما نص على مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك بموجب المادة 52 قانون الأسرة منه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[1].

ما يلاحظ على هذا النص أنه جاء عاما دون أن يبين أي ضرر يحق بمقتضاه للزوجة المطالبة بالتعويض عنه، والحال أن الضرر المعنوي مفترض بل هو فهو ثابت في حقها فهو يصيبها في نفسها وفي سمعتها وقد لا تتمكن من إعادة الزواج لتمضي بقية حياتها بغير زوج يعيلها و يعينها على جوانب الدهر و غير ذلك من جوانب الضرر المعنوي ذات الأثر الشديد على المرأة، لكن ما يؤخذ على المشرع أنه أغفل النص عن الضرر المعنوي في القانون المدني بنص مستقل بحيث أن المادة 124 منه جاءت عامة إلا انه نص عليه في قوانين خاصة[2].

ثالثا: شروط الضرر واثباته

سنتطرق في هذا العنصر إلى شروط الضرر (1)، ثم كيفية إثبات الضرر (2).

1-شروط الضرر: لكي يكون الضرر موجبا للتعويض يشترط عدة شروط:

أ-أن يمس الضرر بحق أو مصلحة مشروعة: سواء كان هذا الحق ماديا أو معنويا فيجب المساءلة المعتدي أن يمس هذا الاعتداء بمصلحة أو حق يحميه القانون، فكل ضرر يلحق بالزوجة من جراء تعسف الزوج بتطليقه لها لتحقيق مصلحة مالية أو نفسية وجب مساءلة الزوج[3].

ب-أن يكون الضرر محقق الوقوع: يشترط في الضرر أن يكون محققا، ولا يعني ذلك بالضرورة تحقق الضرر فعلا وقت حصول التعدي بل يكفي أن يكون وقوعه محتما ولو تراخى إلى وقت لاحق فيعتد إذن بالضرر المستقبل دون الضرر المحتمل حيث لا صعوبة في التعويض عن الضرر الذي تحقق فعلا بأن اتضحت معالمه حدوده بصورة نهائية مما يسهل تحديده والحكم **بالتعويض** الذي يجبره[4].

ويكون الضرر في الطلاق التعسفي محققا إذا وقع فعلا ومثال ذلك أن تصاب المطلقة تعسفا بصدمة نفسية من جراء طلاقها الذي هو بدون أسباب، أما الضرر المستقبلي فيتمثل في الأثر الناجم عن الصدمة النفسية الناجمة عن الإنفصال وما سينجر عن ذلك من تبعات، أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر لم يتحقق

---

[1] المادة 52 من الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، ع.24، الصادر في 12 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ر.ج.ج ع.15، الصادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.01، منشورات الحلبي، لبنان، 1998، ص.864.

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ج.02، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.158.

[4] أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية والغير إرادية دراسة فقهية و قضائية، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.260.

بعد فقد يقع في المستقبل وقد لا يقع وطالما أن وقوعه في المستقبل أمر غير أكيد، فلا يمكن المطالبة بالتعويض عنه عكس الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فهو يوجب التعويض، ومثال ذلك تفويت الفرصة على المطلقة تعسفا الزواج بسبب كبر سنها كأن يطلقها زوجها بعد عشرين سنة من الزواج فضلا عن ذلك من نكران للعشرة الزوجية الطويلة، وعلى كل فإن في تقدير الضرر المعنوي في مثل هذه الحالات والحكم باستحقاق التعويض وعدمه أمر نسبي وينبغي أن تعالج كل حالة على حدا، إلا أن هذا لايمنع من وضع ضوابط عامة لذلك لتكون مرجعا و أساسا يبنى عليها ويحتج بها[1].

ج-أن يكون الضرر مباشرا: الضرر المباشر هو الذي ينشأ عن الفعل الضار، بحيث أن وقوع هذا الفعل يؤدي حتما إلى ترتيب هذا الضرر ويكون كافيا لحدوثه، أما الضرر الغير مباشر فهو الذي يحدث نتيجة للفعل الضار الأصلي دون أن يتصل مباشرة فيكون الفعل الأصلي عاما لازما لحصول الضرر، ولكن لايكون وحده كافيا لإحداثه وإنما تدخل أسباب أخرى وفقا لنص المادة 182 ق.م.ج التي أكدت أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر الذي يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام و أن يكون متصلا اتصالا واضحا بالفعل الضار[2].

وفي نص المادة 182 ق.م.ج إشارة إلى أن الضرر الذي يوجب التعويض هو ذلك الذي يمكن توقعه عادة، ورغم أنها تحدثت عن الخطأ العقدي إلا أنه يمكن تعميم الحكم والحكم بالتعويض عن أي ضرر أيا كان سببه، والضرر المباشر في الطلاق التعسفي هو الذي ينجر عن التعسف في استعمال حق الطلاق، كأن يطلق الزوج زوجته بعد وقت قصير من الزواج دون سبب فيسبب لها ضرر ماديا ومعنويا من جراء الطلاق فهذا يعد ضررا مباشرا[3].

د-أن يكون الضرر شخصيا: الضرر كما سبق تعريفه هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة متعلقة به شخصيا، وهذا ما يبرز الطابع الشخصي للضرر سواءا كان معنويا أو ماديا فيجب أن يكون الضرر الذي يصيب الشخص المطالب بالتعويض شخصيا عن الفعل الضار فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة وينصرف القصد في الضرر الشخصي إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه من أضرار[4].

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.288.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.260.

[3] الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، ع.78، الصادر في 24، رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج، ع.15، لسنة 2005.

[4] حياة خطاب، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال الشخصية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص.50.

2-إثبات الضرر الموجب للتعويض : وفقا للقاعدة العامة فإن البيئة على من ادعى فيقع إثبات الضرر على المضرور، ويجوز إثباته بجميع طرق الإثبات وغالبا ما يثبت الضرر بالمعاينة المادية أو شهادة طبية أو تقدير الخبراء، وإثبات حصول الضرر ونفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع، ولا رقابة المحكمة العليا فيها كما أن تقدير مبالغ التعويض يرجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولايخضعون في ذلك الرقابة المحكمة العليا، فالضرر الموجب للتعويض هو الذي بسببه يطلب الطرف المتضرر التعويض ويمكن إثباته باعتباره واقعة مادية بجميع وسائل الإثبات المعتمدة قانونا و بالنسبة للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي فإنه مفترض ولذلك فإن المطلوب من المرأة التي تدعي أنها طلقت تعسفا أن تثبت وجود التعسف في طلاق زوجها لها، وبإعتبار ذلك واقعة مادية فانه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير ذلك[1].

الفرع الثاني:

تعريف التعويض

إذا كان الضرر ركنا أساسيا في المسؤولية المدنية والفرض الذي تتكون منه القاعدة القانونية، فإن التعويض هو الجزاء أو الحكم القانوني المترتب عنه وسنحاول فيما يلي الإحاطة بمفهومه من خلال تعريفه أولا، وبيان دليل مشروعيته ثانيا، وما مرت به فكرة التعويض عن الضرر عبر الشرائع ثالثا.

أولا: تعريف التعويض

إن تنوع الاستعمالات اللغوية والاصطلاحية للتعويض يقودنا إلى البحث في تلك الاستعمالات من الجانب اللغوي والاصطلاحي ثم الخروج بمدلول متوافق مع موضوع البحث.

1-التعريف اللغوي: التعويض لغة من عوض يعوض تعويضا وعوضا، وعوضني الله منه تعويضا أي بدلني خيرا فالعوض أو العوض هو البدل، أو كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا، وقيل بين العوض والبدل فرق، والعوض هو الاسم، والمستعمل التعويض وهو ما يعطى بدل الخسارة أو الضرر، ومنه عوضته من هبته خيرا، وأعطيته بدل ما ذهب منه[2].

يتضح من المعاني السابقة أن التعويض لغة يعني ما يعطى للشخص بدل الخسارة أو الضرر أو ما ذهب منه.

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص.289.

[2] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، م.03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص.255.

2-التعريف الاصطلاحي: الشائع لدى الفقه الإسلامي استعمال مصطلح الضمان بدل التعويض مع أن هناك من الفقهاء من يستعمل أيضا التعويض الذي هو مصطلح قانوني، وعليه نعرف أولا التعويض بأنه "الضمان" في الاصطلاح الشرعي ثم تعرفه في الاصطلاح القانوني[1]:

أ-تعريف التعويض بمعنى الضمان في الاصطلاح الشرعي: يمكن تعريف التعويض من الناحية الشرعية بأنه رد مثل ما هلك أو قيمته أو يعني الحكم بإلزام شخص لتعديه على حق غيره أو تقرير مسؤوليته عن الضرر الواقع على غيره، وتحميله مسؤولية التعويض عن ما أوقعه من الضرر بجبره والعمل على التوقف عن الاستمرار فيه، أو هو المال الذي يحكم به على المعتدي نتيجة إحداثه ضررا للغير[2].

وهناك من عرفه بقوله أن التعويض هو المبادلة بنفس القيمة ولا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بإثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع من عملية التعويض، ويلاحظ على هذا التعريف استعانة صاحبه بشروط التعويض من أجل تعريفه[3].

ب-تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني: لم يهتم المشرع الجزائري بوضع تعريف للتعويض عن الضرر بقدر التركيز على عناصره وطريقة تنفيذه، كما لم يهتم كذلك فقهاء القانون بإدراج تعريف محدد للتعويض الوضوح فكرته وعناصره في مختلف التشريعات الوضعية، ومع ذلك فإن هناك من الباحثين من عرف التعويض بأنه هو الالتزام بإصلاح الضرر المادي والمعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية، ويلاحظ على هذا التعريف الإحاطة بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكر عناصر التعويض وكذا وظيفته وطرق تقديره، ونوع الضرر الذي يعوض عنه[4].

ثانيا: مشروعية التعويض

بالرجوع إلى النصوص الشرعية نجد أن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة حثت على حفظ الحقوق وعدم الاعتداء عليها بغير وجه حق، لذلك دلت على مشروعية التعويض عن الضرر حيث من القرآن الكريم قوله تعالى "ولا تزر وازرة وزر أخرى" سورة الأنعام، فدل هذا على أن كل إنسان يتحمل مسؤولية شخصية على أفعاله[5].

---

[1] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط.01، دار النفائس، الأردن، 2007، ص.327.

[2] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط.1، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 2008، ص.48.

[3] إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2010-2011، ص.74.

[4] بن زيطة الهادي، المرجع السابق، ص.35.

[5] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.75.

من السنة الشريفة روي أن إحدى زوجات النبي صلى الله عليه وسلم أهدت إليه طعاما في قصعة، فضربت الزوجة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم عندها القصعة بيديها فألقت ما فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "طعام بطعام وإناء بإناء"، وقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار" يستدل من هذا الحديث على منع الإضرار بالغير وفي حالة وقوعه لابد من جبره بالتعويض، كما يستنتج من هذا الحديث قواعد فقهية كلية يستعان بها على نفي الضرر ومشروعية التعويض ومن بينها قاعدة الضرر يزال، الضرر لايزال بضرر، الضرر واجب الدفع ما أمكن[1].

وهو ما انتهجه المشرع الجزائري من خلال إلزام المتسبب في الضرر بالتعويض، كما أرسى قواعدا وأحكاما وذلك في مختلف فروع القانون خاصة وأن الشريعة الإسلامية كما أشرنا إليه سابقا إضافة إلى كونها مصدرا رسميا احتياطيا للقانون، فإنها تعد مصدرا تاريخيا له؛ وقانون الأسرة بشكل خاص يتميز بأن جل نصوصه هي شريعة إسلامية مقننة وعليه فإن مشروعية التعويض والحكم به تستند إلى أدلة شرعية تقضى بقيام المسؤولية في حق كل من اعتدى على حق الغير أو تعسف في استعمال حقه وأضر بحقوق الغير[2].

ثالثا: فكرة التعويض عن الضرر عبر الشرائع

بالرجوع إلى التطور التاريخي لفكرة التعويض عن الضرر نجد أن التشريعات القديمة كان يسودها فكرة الانتقام، كما كانت تقضي بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمضرور في ذمته المالية أو جسمه، أما فكرة التعويض عن الضرر المعنوي فكانت مستهجنة ومنبوذة لدى التشريعات القديمة، وظلت كذلك حتى وقت قريب في التشريع الروماني؛ حيث ساد في بدايات هذا التشريع عدم التعويض عن الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام، غير أنه لاحقا تم إقرار التعويض على هذا النوع من الضرر من قبل التشريع الروماني خاصة بعدما توسعت الدولة الرومانية وتطورت على الصعيد القانوني، فقد خول القانون الروماني للمتضرر أو عائلته في حالة الحرمان من ملذة شيء ما أو مساس كرامته وشرفه ومعتقده الديني الحق في رفع دعوى قضائية والحصول على التعويض[3].

ومن هنا يمكن القول أن القانون الروماني أصبح يعترف بقابلية التعويض عن الضرر المعنوي ولو في وقت متقدم من عمر هذه الحضارة، كما يلاحظ على دعاوى التعويض التي كانت ترفع أنداك أنها كانت تتميز بطابع الترضية للمضرور ومعاقبة المسؤول، كما اعترف بهذا النوع من التعويض في كلا المسؤوليتين العقدية

[1] محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص.160.

[2] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.76.

[3] سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص.158.

والتقصيرية، أما في القانون الفرنسي فقد اعتقد الفقيهان دوما وبوتييه خطأ أن القانون الروماني لم يعترف بفكرة التعويض عن الضرر المعنوي في المجال التعاقدي، وعلى ذلك تجاهل القانون الفرنسي القديم ذلك ولم يعترف بقابلية هذا النوع من الضرر للتعويض، إلا إذا تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية، غير أنه سرعان ما بدأ التراجع عن هذه الفكرة، حيث صدر سنة 1538 أمر يقضي في المادة (88) منه بضرورة الأخذ بعين الاعتبار العنصر المعنوي عند تقدير مبلغ التعويض، إلا أن رأي الفقيهان دوما و"بوتييه أثر على واضعي القانون الفرنسي لسنة 1804[1].

هذا وقد رفض العديد من الفقهاء التعويض عن الضرر المعنوي بحجة أنه لا يمكن للضرر المعنوي أن يقوم بمال كما أن تقديره أمر صعب لكن الفقه الحديث الفرنسي اعترف بالتعويض عن الضرر بكل صوره، وسايره في ذلك القضاء الذي كان يحكم للزوجة المتوفى عنها زوجها بخطأ الغير، حيث يفترض وجود الألم في حالة الإنهاء الطبيعي وغير الطبيعي للروابط الزوجية مما يستلزم التعويض عن ذلك رغم أن هذه العلاقات ليس لها طابع مالي[2].

أما في التشريع الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري اعترف بالتعويض عن الضرر المعنوي وأقر ذلك في مختلف فروع القانون، حيث نص في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على جواز الحكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي إضافة إلى نصوص تشريعية في مختلف فروع القانون تقضي بذلك، ومن ذلك نص المادة 182 مكرر الجديدة من القانون المدني التي تقول يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[3].

ويجدر التذكير أن هناك بعض شراح القانون الجزائري قبل إضافة المادة السابقة في القانون المدني من رأى أن المشرع وانطلاقا من نص المادة 124[4]، من القانون المدني ذهب إلى إقرار التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي مسايرا بذلك منهج القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بهذا النوع من الأضرار، غير أنه تم الرد على ذلك من خلال القول أن المشرع وبذكره مصطلح الضرر بشكل عام فإنه يعني ضمنيا

[1] علي سليمان علي، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1984، ص.233.

[2] سعدي مقدم، المرجع السابق، ص.62.

[3] القانون 05-10، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[4] تنص المادة 124 من القانون 05-10، المتضمن القانون المدني، المرجع نفسه، على كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض.

نوعي الضرر دون تمييز، كما أن هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من يقول بالتعويض عن الضرر المعنوي وذلك عن طريق التعزير بالمال واعتباره كضمان[1].

المطلب الثاني:

صور التعويض

إذا ما ثبتت المسؤولية العقدية في حق مرتكب الخطأ ينفى الحكم بالتعويض الذي يأخذ إحدى الصورتين، الأولى هي الحكم برد الحالة لما كانت عليه، أي أن يتم تقرير الإجراءات التي من شأنها رد المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقترف الخطأ أو الإخلال بالتنفيذ، وبالتالي يتم رد العين المغصوبة إلى صاحبها، أو إبدال العين التالفة أو المعيبة بأخرى سالمة أو سليمة أو صحيحة، وهكذا لايبقى من الإخلال بالتنفيذ أو إرتكاب الخطأ سوى الذكرى، أما آثار هذا الإخلال فقد إندثرت بالتعويض، وهذا ما يسمى بالتعويض العيني أو كما يسميه الفقهاء بالتنفيذ العيني، إن قيم الحكم بجبر الضرر وبتعويض المضرور عنه بمقابل تقديري غالبا وغير نقدي أحيانا، بمعنى يتم توفير منفعة للمضرر وتساوي مقدار ما لحق به من ضرر، فتتناقض هذه المنفعة مع الضرر وبذلك تعود حالة المضرور حكما لا حقيقة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وهذا هو التعويض بمقابل أو التنفيذ بمقابل[2].

وسنتطرق فيما يلي إلى شرح كل طريقة أو نوع من هاذين النوعين على حدى:

الفرع الأول:

التعويض العيني

يعتبر التعويض العيني بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر[3].

والتعويض العيني بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر وإزالته بدلا من بقاء الضرر على حاله، وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه كما هو الحال في التعويض النقدي، فلا يبقى من الإخلال أو العمل غير المشروع سوى الذكرى، بعبارة أخرى يحقق المتضرر ترضية أخرى من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة، أي غير الحكم له مبلغ من نقود، وهذا من أجل إزالة

[1] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.78.

[2] أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص.24.

[3] نصير صبار لفتة الجبوري، التعويض العيني، دراسة مقارنة، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص.19.

الضرر عينا، فالتعويض العيني هو طريقة ناجحة بالنسبة للمضرور إذ يهدف إلى محو ما لحقه من ضرر، طالما كان ذلك ممكنا، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وهو الأصل في الشريعة الإسلامية التي تقضي أنه إذا كان الشيء الذي أتلف أو أعدم مثليا وجب تعويضه بمثله، وإن كان قيميا فبثمنه[1].

وهذا وقد خاض الفقه جدالا حادا حول مفهوم التعويض العيني من الناحية القانونية وإنقسموا في هذا المجال إلى مؤيد لفكرة التعويض العيني ورافض لها وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: الإتجاه الرافض للتعويض العيني

كما سبق بيانه فإن التعويض العيني هو محو الضرر، بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالإلتزام، إلا أن هذا التعريف قوبل بإنتقادات كثيرة إلى حد رفض وجوده، فإنقسم أصحاب هذا الإتجاه إلى فريقين، الأول رافض للمصطلح والثاني رافض للمضمون، وذلك كالآتي:

1-الإتجاه الرافض للمصطلح

إذا كان التعويض كجزاء للمسؤولية المدنية بوجهيها العقدية والتقصيرية، يمثل منفعة بإزالة الضرر إلا أن بعض الآراء إعتمدت على إزالة الضرر تعويض عيني، إذ يري الأستاذ سافاتيه أن إزالة المخالفة تعويض عيني، وإنما هو إصلاح للشيء التالف لأن القاضي لا يعوض وإنما يهتم بإزالة المخالفة. ويري روبيه أنه: إذا كان الغرض من الحكم هو إنهاء حالة التصرف غير المشروع فلسنا بصدد مسؤولية، بمعنى آخر إن ذلك ليس تعويضيا عينيا.[2]

وبناء على ما تقدم فإن الأصل في هذا الإتجاه، هو أن المضمون واحد بوجود إجراء آخر لإزالة الضرر إلى جانب الحكم بمبلغ من النقود، لكن الإختلاف هو المصطلح في عدم تسمية هذا الإجراء تعويضا عينيا، ونحن لا نتفق مع أصحاب هذا الرأي بالقول بأن جزاء حماية الحق الشخصي المنتهك غريب عن المسؤولية، ولا يمكن القول بأن حمايته من خلال إجراءات أخرى، وليس من خلال المسؤولية، وهذا ما سنبينه من خلال هذه الدراسة، وفضلا عن هذا الإتجاه الرافض للمصطلح، ثمة إتجاه آخر رافض للتعويض العيني من حيث المضمون[3].

[1] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.02، دار النشر أريني للطباعة، د.ب.ن، 1988، ص.602.

[2] نصير صبار لفتة الجبوري، المرجع السابق، ص.22.

[3] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص.26.

2-الإتجاه الرافض للمضمون:

إن أهم من رفض التعويض العيني من حيث مضمونه و أنكر وجوده هي لوسيا تربير، وأهم مادعمت به فكرتها هو أنه إذا دققنا النظر في تعريف التعويض العيني يفيد أن محوره التعويض، لذا في رأيها من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل في محو الضرر عندما تتم إعادة الحال إلى ماكانت عليه، وإن الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بملغ نقدي، وكل ما يمكن الحكم به فضلا عن التعويض النقدي هي الحيلولة دون وقوع الضرر وليس محوه، ببين أن الإجراءات اللازمة للحيلولة من دون وقوع الضرر لا يمكن إعتبارها تعويضا عينيا، لأن التعويض يفترض وقوع الضرر في حين أن الضرر هذا غير محقق و إنما محتمل أما إذا وقع الضرر فإنه لا يمكن محوه أبدا، وفي هذه الحالة فإننا لا تستطيع سوى منع إستمرار الضرر في المستقبل، ومن هنا يجب التمييز بين ما يتضمنه الحكم بالتعويض النقدي من الضرر الماضي وبين التدابير المخصصة لتجنب الضرر في المستقبل[1].

في حين ذهب رأي ثاني إلى إستحالة التعويض العيني، لأنه لا يمكن محو الضرر المفاجئ، كما أن أخذ كلمة "محو" حرفيا من تعريف التعويض العيني فهذا يعني أن التعويض النقدي لا يمحو الضرر لذلك لا يمكن إعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث الضرر، وعليه يحكم بالتعويض النقدي عن الضرر المحقق، وهناك رأي آخر يذهب إلى تسمية التعويض العيني بالتنفيذ العيني الجبري تميزا له عن إمتناع المدين عن القيام بالعمل الذي التزم بالإمتناع عن القيام به، والذي هو التنفيذ العيني الإختياري، إذ يرى أصحاب هذا الرأي أن التعويض إنما يلجأ إليه عند عدم إمكان إجبار المدين على التنفيذ العيني ويكون التعويض دائما بمبلغ من النقود[2].

غير أن الكثير من الفقهاء الذين كانو يدافعون على هذا الطرح تراجعوا عنه في آخر المطاف، ومنهم الأستاذ السنهوري، الذي يرى أن هناك ترادفا بين لفظي التعويض العيني والتنفيذي العيني، وهو الوفاء بالإلتزام عينا، ويقع هذا كثيرا في الإلتزامات العقدية إلا أنه تراجع عن هذا الرأي قائلا بعدم وجود مثل هذا الترادف حيث يقول والفرق بين التنفيذ العيني والتعويض العيني أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالإلتزام فيكون هناك تنفيذ

[1] قردي سمية، بن تومي سامية، التعويض عن الضرر المعنوي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2018-2019، ص.38.

[2] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص.27.

عيني للإلتزام عن طريق عدم الإخلال به والثاني يكون بعد وقوع الإخلال بالإلتزام فإزالة المخالفة تكون هي التعويض العيني[1].

ثانيا: الإتجاه المؤيد لفكرة التعويض العيني

ورد في المادة 1142 من القانون المدني الفرنسي: " كل التزام بالقيام بعمل أو الإمتناع عن عمل يؤدي إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الإلتزام من المدين"، فحسب نص المادة يتضح أن المشرع الفرنسي تبنى فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي، و هذا ما أكده القضاء الفرنسي في نطاق المسؤولية العقدية للحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكون هذا التعويض متفقا ومقتضيات العدالة إذا تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه بقرارها الآتي "يجب أن ينقض القرار الذي حكم على إحدى شركات النقل للقطار دون أن تأخذ محكمة الموضوع بعين الإعتبار ما عرضته الشركة من نوع التعويض بأن تعمل بنفسها على تعويض الأضرار بإصلاح الأثاث المتضررة من خلال عملية النقل[2].

وكذلك ما جاء في قرار محكمة ريوم إذ يقضي بأنه: "مع أن الحكم بالتعويض النقدي أكثر شيوعا، إلا أن نصوص المواد 1142 و1382 و المواد التي تليها من القانون نفسه لا تستبعد أو تناقض الحكم بالتعويض مع الأشكال الأخرى غير النقود[3].

ويرى بعض أنصار هذا الإتجاه أيضا بأن للقاضي سلطة تقديرية في إختيار طريقة التعويض فله أن يحكم بالتعويض العيني عن الضرر المادي بأن يرتب على المدين الإلتزام بالقيام بعمل وهو الإصلاح و إزالة الضرر إلا أن هذا الإلتزام عند عدم تنفيذه يؤدي أيضا إلى اللجوء إلى التعويض عن عدم التنفيذ كما أن للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني، وأن يؤدي المدين نفقات هذا التعويض ويستبعد الحكم بالتعويض العيني، إذا كان للمتضرر قد أصيب بأضرار جسيمة أو كانت الأضرار معنوية، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنجده أخذ بالتعويض العيني على غرار المشرع الفرنسي ومن أمثلته حصول الدائن على شيء من النوع ذاته الذي التزم به المدين على نفقته و هذا ما يعد إستئذان القاضي وهذا ما جاء في المادة 166 من قانون مدني إذ ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإقرار هذا الشيء، فإذا لم يقم

[1] منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية الإلتزام، ج.02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص.25.

[2] نصير صبار لفتة الجبوري، المرجع السابق، ص.35.

[3] حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية والتقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، العراق، 1968، ص.248.

المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضي كما يجوز له أن يطالبه بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض[1].

ويتضح نص المادة السابق الذكر تجسيدا في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16 فيفري 2000 الذي جاء: "أن تسليم كمية البطاطس المخصصة للإستهلاك بدلا من بذور البطاطس المعدة للزراعة حسب مقتضيات العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين و ثبوت فساد البضاعة المسلمة يجعل مسؤولية الطاعنة قائمة في إطار المسؤولية العقدية مما يستتبع معه أن قضاة الموضوع لم يرتكبوا أية مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات مما يتعين رفض الطعن.. ، ومثال التعويض العيني أيضا إذا امتنع المقاول عن البناء فلا يستطيع رب العمل القيام بالبناء على نفقته طبقا للمادة 170 قانون مدني "في الإلتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا[2].

كما أن نص هذه المادة تم التأكيد عليه في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16 فبراير 2000 الذي تضمن : حيث أن بمراجعة أوراق الملف يتبين أن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما دون إرتكاب أي تجاوز كان في ممارسة سلطتهم، وأنهم لم يقتصروا في تعليل قضائهم، إذ أن الطاعنة خالفت أحكام المادة 170 من القانون المدني لأنها لجأت إلى مقاول آخر الذي قام بتنفيذ التزام المطعون ضدها و المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها نظرا لإمتناعهما عن ذلك، و هذا من دون أن تطلب صاحبة الطعن من القضاة ترخيصا لهذا الغرض مع الإشارة أن من شأن هذه الطريقة المنصوص عليها في المادة السابقة الذكر 170 من قانون مدني: حسم الإدعاءات والمنازعات التي جاء بها المطعون عندهما في وقتها والمتعلقة بمحل العقد ذاته، فيستنتج من ذلك أن الوسائل المشارة غير سديدة برمتها وينبغي رفض الطعن و عليه فإن المشرع الجزائري قد أخذ على غرار غيره من التشريعات بالتعويض العيني ذلك أن هذا النوع من التعويض هو أقرب لتحقيق العدالة، وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري كما تمت الإشارة إليه[3].

[1] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص.29.

[2] قرار رقم 691–213 المؤرخ في 16 فيفري 2000، المجلة القضائية، سنة 2001، العدد 01، ص.122.

[3] عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص.13.

الفرع الثاني:

التعويض بمقابل

إن التعويض العيني يتم اللجوء إليه من طرف القاضي متى ما كان ممكنا، وهذا ما أكدته المادة 164 من القانون المدني الجزائري يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"[1].

كما يعتبر التنفيذ العيني هو الطريق الأصلح من طرق التعويض لجبر الضرر الذي أصاب الدائن، إلا أنه في حالات عديدة ترتبط أشد الارتباط بنوع الضرر، فقد يرى القاضي أن التعويض العيني غير ممكن أو غير ملائم لجبر الضرر خاصة بالنسبة للضرر المعنوي، فعندئذ لا يبقى أمامه سوى اللجوء للتعويض بمقابل سواء كان تعويضا نقديا أو غير نقدي، و هذا ما نبينه في النقاط التالية[2]:

أولا: التعويض النقدي

يكون التعويض نقديا متى تضمن الحكم الصادر به إلزام مدين بدفع مبلغ من النقود للدائن كمقابل، وفي الوقت الراهن يعتبر التعويض النقدي أهم أنواع التعويض، وهو الطريق الطبيعي لمحو للضرر الذي أصابه نتيجة لإخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدي[3].

وفي الوقت الراهن يعتبر التعويض النقدي أهم أنوع التعويض وهو الطريق الطبيعي لمحو الضرر وإصلاحه، و لعل السبب في ذلك يعود إلى أن النقود تمثل إضافة إلى أنها وسيلة للتبادل ووسيلة للتقويم، لذا وفي كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض عينا ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض غير نقدي، تعين على المحكمة أن تحكم بالتعويض نقدا، والحكم بالتعويض النقدي يعني إدخال قيمة مالية جديدة موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر في ذمته نتيجة لإخلال مدنية بتنفيذ التزامه، وقد نصت العديد من التشريعات على التعويض النقدي نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر القانون المدني العراقي في المادة 255 منه نصت على أنه "ينفذ الإلتزام بطريقة التعويض في الأحوال وطبقا للأحكام التي نصت عليها القانون".[4]

ثانيا: التعويض غير النقدي

قد يكون التعويض الذي يحكم به القاضي جبر الضرر تعويض غير نقدي، فهو ليس بالتعويض النقدي، لأنه لا يتضمن التزام المدين المخل بتنفيذ التزامه أداء مبلغ من النقود للدائن، كما أنه ليس بالتعويض

---

[1] القانون 05-10، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] قردي سمية، بن تومي سامية، المرجع السابق، ص.41.

[3] حسن خنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص.528.

[4] سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981، ص.153.

العيني على إعتبار لا يتضمن أيضا التزام المدين بأن يؤدي للدائن ذات ما التزم به فالتعويض غير نقدي يمكن أن يعتبر تعويضا من نوع خاص تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، فيغلب الحكم به في الضرر المعنوي دون الضرر المادي، ويتخذ شكل الحكم بمصروفات الدعوى أو نشر الحكم الصادر في الجرائد إظهار حق المدعي تجاه المدعى عليه[1].

واللجوء إلى هذا الطريق من طرق التعويض يعد من الأمور التي تدخل في سلطة القاضي عند نظر الدعوى فكلما رأينا أن نص المادة 255 مدني عراقي لم تشترط في التعويض أن يكون نقديا، وقد يتخذ هذا النوع من طرق التعويض قصور الحكم بمصروفات الدعوى، فقد يطالب من أصابه ضرر معنوي مثلا بإلزام المدعى عليه بمصروفات الدعوى وذلك يشكل ترضية كافية له، و فيه ما يكفي لجبر الضرر أو يتخذ الحكم بمبلغ رمزي ليس فيه معنى مقابل الضرر وإنما إقرار من القضاء بحقه فمنح المضرور المبلغ الرمزي لا يعني أن التعويض قد أصبح نقديا، بل يعني إستنكار القضاء لما صدر من المدين من إخلال بتنفيذ التزامه، وإقرار في الوقت نفسه يحق المتضرر الذي يستطيع بواسطته تلاقي ما قد يتعرض له من أذى في سمعته خاصة إذا كان المتضرر ذا سمعة تجارية و لا يسعى إلى الربح عند المطالبة بالتعويض[2].

أما الصورة الأخرى التي قد يتخذها التعويض بمقابل غير نقدي، هي صورة نشر الحكم الصادر في الصحف المحلية فليس من المستبعد أن يكون الدائن المتضرر شركة صناعية أو زراعية أو تجارية ولا شك أن ما تتمتع به هذه الشركات من سمعة تجارية له دور كبير في تحديد مدى نجاحها في ممارستها للنشاط الإقتصادي، وفي مدة تعامل الأفراد والشركات الأخرى معها، لذا فإنها ستكون حريصة على سمعتها التجارية وعلى ضرورة تنفيذ المتعاقد معها لإلتزاماته بكل دقة حماية لما تتمتع به من سمعة وثقة في التعامل، فلو حصل إخلال من جانب المتعاقد معها في تنفيذ التزامه، فيكون كافيا أن تتم نشر الحكم الصادر بإدانته من أجل تنفيذ الزامه، وفي هذه الحالة لا يكون الحصول على مبالغ من النقود الدافع الأول لرفع دعوى التعويض[3].

وإذا بحثنا في موقف المشرع الجزائري من التعويض بمقابل، فنجد أنه أخذ به مثله مثل التعويض العيني، فالمشرع الجزائري ترك للقاضي السلطة التقديرية في إختيار نوع التعويض وهذا حسب طبيعة الإلتزام، وهذا ما أكدته المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها : يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين التزام

[1] قردي سمية، بن تومي سامية، المرجع السابق، ص.42.

[2] أشواق دهيمي، المرجع السابق، ص.32.

[3] سليمان مرقس، المرجع السابق، ص.528.

المدين أن يقدر تأمينا، ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع[1].

وإذا كان التنفيذ العيني هو الأصل، فمن المقرر أنه لا يجوز للدائن أن يطلب بمقابل إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل، و لم يكن التنفيذ العيني مرهقا للمدين، فللقاضي أن يحكم بالتنفيذ العيني ويصرف النظر عن طلب الدائن، أما إذا استحال التنفيذ العيني فهنا تدعو الضرورة إلى اللجوء إلى التعويض بمقابل، والأصل في التعويض بمقابل أن يكون مبلغا من المال يدفع دفعة واحدة للمضرور ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره، فيجوز أن تكون إيرادا مرتبا مدى الحياة، كما يجوز للقاضي أن يلزم المدين تقديم تأمين، وهذا ما جاء في المادة 132 قانون مدني التي سبق الإشارة إليها[2].

المبحث الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض عن الضرر

إن السلطة التقديرية للقاضي هي مكانة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون، قوامها نشاط دهني يقوم به القاضي وفقا لعدة مراحل تنتهي به إلى إصدار الحكم الذي يعبر عن نتيجة القياس القضائي الذي قام به، فهدفها يكمن في تحقيق الغاية الموضوعية للقانون، يمارسها القاضي بحكم وظيفته القضائية وهي ملازمة لها، وذات طبيعة واحدة أيا كانت المنازعة، لذلك تعد من صميم العمل القضائي، فأينما وجدت السلطة القضائية أمكن الحديث عن السلطة التقديرية.

وعلى ضوء ما سبق سنتطرق لنشاط قاضي شؤون الأسرة التقديري بتخصيص الحديث عن مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة كمطلب أول، وأساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه كمطلب ثاني.

المطلب الأول:

مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

إن التعويض عن الضرر هو مسألة شخصية تختلف باختلاف الأشخاص وتتنوع بحكم الظروف، لذلك يصعب على المشرع الإحاطة بكل جوانبه من تحديد لعناصره وبيان أهميته وشروطه وتحديد مقدار التعويض

[1] سناء خميس، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتوجات المعيبة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014-2015، ص.129.

[2] علي سليمان علي، المرجع السابق، ص.205.

عنه، كما أنه مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته فإنه سيظل عاجزا عن إيجاد حلول لكل النزاعات المعروضة على القضاء، لهذا فقد خول المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في شأن ذلك، وقد كانت جل النصوص مرنة وتسمح للقاضي بأن يواجه ظروف تطبيق القانون بموجب هذه السلطة[1].

وعلى هذا سنتطرق في هذا المطلب إلى التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة كفرع أول، وشرح تعريفات السلطة التقديرية للقاضي ومناقشتها كفرع ثاني، وخصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتميزها عما يشابهها كفرع ثالث.

الفرع الأول:

التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

يقصد بالتعريف الاصطلاحي المدلول الإستعمالي للفظ من الألفاظ في عرف أهل فن من الفنون، فهو يجعل للألفاظ مدلولات جديدة غير مدلولاتها اللغوية الأصلية[2].

لذلك سنحاول بيان مدلول السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة من الناحية الشرعية والقانونية.

أولا: السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح الشرعي

سبق القول أن مصطلح السلطة التقديرية للقاضي هو مصطلح قانوني، وأن وجوده في الفقه الإسلامي كان تحت مسميات أخرى إلا أن هذا لم يمنع الباحثين المعاصرين كالدكتور محمود محمد ناصر بركات الذي أفرد بحثا في السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي من تعريف السلطة التقديرية للقاضي التي قال أنها: صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي[3].

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح القانوني

إن المشرع الجزائري عند إصداره تقنين الأسرة وغيره من التقنينات الأخرى لم يورد النص على مصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ، ولم يضع لها تعريفا محددا مبل ترك الأمر لأهل الاختصاص من الفقهاء وشراح القانون لبحث وإيجاد المدلول المتوافق مع إرادته التي ضمنتها كثير من النصوص القانونية، لذلك تنوعت

[1] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.09.

[2] إبراهيم السامرائي، المصطلح الإسلامي، دار الحداثة، بيروت، لبنان، 1990، ص.8.

[3] محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص.81.

تعريفات هذه السلطة حيث عرفت أنها نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون، فإذا ما تم كشف هذا التطابق، فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه[1].

كما أن السلطة التقديرية للقاضي المدني هي النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه، وهناك من يقول أنها عملية يعمل فيها القاضي فكره وعقله، وتخضع لترجيحه وملاءمته، بحيث قد تختلف من قاض لآخر بالنسبة للواقعة الواحدة[2].

ويرى آخر أنها نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع، مادته الواقع والقانون معا ويخضع بصدده لرقابة المحكمة العليا، دون تمييز بتقديره للواقع وتقديره للقانون على اعتبار أن الخطأ في تقدير أيهما هو خطأ في القانون بمعناه الواسع، تختص بتصحيحه محكمة النقض، وهناك من قال أنها مكنة قانونية تخول صاحب الاختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاص إذا توافرت الشروط القانونية لذلك[3].

الفرع الثاني:

شرح تعريفات السلطة التقديرية للقاضي ومناقشتها

إن الناظر في هذه التعريفات يرى أن هناك اتفاقا بينها في ثلاثة نقاط وهي أن السلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب القانون أو الشرع، وأن قوامها نشاط ذهني وعقلي يقوم به القاضي أثناء ممارسته السلطة القضائية، وأن مادة هذا النشاط الذهني هي الواقع والقانون معاً، غير أنه من جانب آخر يوجد بعض الاختلاف في هذه التعريفات من حيث العبارات المستعملة والجوانب المرتكز عليها.

فعند النظر في التعريف الشرعي للسلطة التقديرية للقاضي نجد صاحبه يرى أن هذه السلطة هي صلاحية ملازمة للسلطة القضائية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به عن طريق المقايسة التي تعني عند أهل الفقه لتسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد نص يحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة الحكم، بهدف إقامة شرع الله، ويكون ذلك من بداية رفع الدعوى إلى غاية تنفيذ الحكم مع الأخذ بالاعتبارات

[1] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.48.

[2] عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، مصر، 1970، ص.23.

[3] بالضياف خزاني، مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2007–2008 ص.46.

الفردية للمتقاضين في مختلف هذه المراحل، ويلاحظ على هذا التعريف رغم إحاطته بمختلف الجوانب المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي، إغفاله ما إذا كانت هذه السلطة محل رقابة قضائية أم لا[1].

أما التعريفات القانونية فنجد أن كلا من الأول والثاني ركزا على بيان الغاية من إعمال النشاط الذهني والمتمثل في الوصول إلى تطابق الواقع مع القانون من خلال الاستعانة بالمنطق القانوني من جهة والمنطق القضائي من جهة أخرى من خلال فحص الوقائع المطروحة وتكييفها قانونيا ثم اختيار النص القانوني واجب التطبيق لحل النزاع المطروح[2].

في حين اكتنف التعريف الثالث غموض مصطلحاته، ذلك أن تقدير الملاءمة يناسب بشكل أكبر أعمال الإدارة التي منح لها المشرع جزءا من الحرية الاختصاص المقيد في ممارسة نشاطها، لكون رجل الإدارة ملزما دائما في كل تصرف إداري بالبحث عن الحلول والإجراءات الأكثر ملاءمة بحكم طبيعة وظيفته، بينما ترتكز سلطة القاضي الإداري في مراقبة مدى مشروعية هذا النشاط دون البحث في مدى الملاءمة، كما ركز على تحديد أوجه الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي والذي يرى أنها تنصب على مادة النشاط التقديري الواقع والقانون معا و أن الجهة المخولة بذلك هي محكمة النقض. أما التعريف الأخير فيتصف بالعموم لأنه تطرق لتعريف السلطة التقديرية بشكل عام دون تحديد القائم بها، ذلك أنه يرى أن هذه السلطة هي من طبيعة واحدة، وأن هذا النشاط التقديري مخول بموجب القانون، ويمارس دائما في إطاره[3].

كما يمكن القول إجمالا أنه على الرغم من وجود بعض الاختلافات بين هذه التعريفات إلا أنها لا تؤثر بشكل عام على جوهر تعريف السلطة التقديرية للقاضي ذلك أنه لكل تعريف أهمية في فهم المعنى والمقصود بهذه السلطة التي من الصعب إعطاؤها تعريفا منضبطا يشمل كل جوانبها، ولذلك يمكن استخلاص مما سبق تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بأنها مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية[4].

كما أن له مكنة قانونية أي صلاحية واستطاعة منحت للقاضي بموجب القانون، لأنها تمارس بموجب القانون وفي إطاره، كما قد سبق تعريف قاضي شؤون الأسرة من الناحية اللغوية وسنحاول هنا توضيح المقصود

---

[1] عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه، د.ط، دار الفكر، د.د.ن، 1993، ص.19.

[2] الغوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي المجلة القضائية، ع.01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص.48.

[3] فهد عبد الكريم أبو العلم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005، ص.88.

[4] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.50.

منه من الناحية القانونية فالقاضي قانونا هو الشخص المخول بالفصل في الخصومات وقطع النزاعات بموجب القانون يساهم في تسيير مرفق القضاء حتى يؤدي المهام المنوط بها، أما تعيينه فيتم من طرف المجلس الأعلى للقضاء، بعد أن يكون قد استوفى الشروط الوارد ذكرها في القانون وأمضى بعد نجاحه في المسابقة التوظيف في فترة تربص مدتها ثلاث سنوات في المدرسة العليا للقضاء[1].

والأسرة من الناحية القانونية تعني طبقا للمادة الثانية من قانون الأسرة: الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة، ومن ذلك قاضي الأسرة هو الشخص الذي يتولى الفصل في الدعاوى المتعلقة بالروابط الأسرية من خطبة وزواج وانحلال الزواج، وما ينجر عن ذلك من تعويض في حالة الضرر والنفقة الزوجية والحضانة ونسب وكذا مسائل الكفالة والولاية والوصاية والميراث والتبرعات[2].

الفرع الثالث:

خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتميزها عما يشابهها

سبق القول أن من مشتملات تحديد ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بيان خصائصها أو صفاتها وكذا تميزها عن غيرها من الأفكار المشابهة ثم بيان أهمية وجودها ومنحها للقاضي وهو الأمر الذي سنحاول التطرق إليه في هذا المطلب المقسم إلى ثلاثة عناصر كالأتي[3]:

أولا: خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

1-خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: الخاصية هي جمع خصائص وتعني عند أهل اللغة انفراد اللفظ أو الفكرة بصفات والتميز عن المشترك معه في المعنى، والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بالرغم من اشتراكها في التعريف أو المعنى من السلطة التقديرية للقاضي في سائر الفروع الأخرى إلا أن لها مميزات تنفرد بها ولعل أهمها الآتي:

أ-من حيث مجال استعمالها: منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة أثناء ممارسته لوظيفته القضائية التي لا تقتصر على الفصل في الخصومات وقطع النزاعات فقط وإنما تمتد حتى للعمل الإصلاحي وكذا العمل الولائي.

-**في مجال العمل القضائي:** وهو العمل الأبرز للقاضي والمتمثل في بحث النزاعات والفصل في كل ما ينشأ من خصومات من خلال تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع، نجد القاضي ملزما بتطبيق النص القانوني،

---

[1] القانون رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجزائري، ج.ر.ج.ج، ع.57، لسنة 2004.

[2] فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د.ط، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص.ص22.21.

[3] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.53.

وفي حالة انعدام النص أو غموضه خول له القانون سلطة تقديرية واسعة لإيجاد الحل القانوني من خلال بذل الجهد والوسع في الفهم وتفسير النصوص لاستنباط الأحكام القانونية وتقرير الحماية القضائية.

-**المجال الإصلاحي:** ألزم القانون القاضي في بعض المنازعات الأسرية بإجراء محاولة الصلح خاصة في حالة الشقاق بين الزوجين والإقدام على الطلاق، غير انه من جانب آخر خول له سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالصلح بينهما من خلال بذله الجهد في التوفيق بينهما[1].

- **المجال الولائي:** حيث أن للقاضي الأسري ولاية واسعة في كل ما يتعلق بالأسرة فهو المخول بتقدير مدى توفر المصلحة في كل الطلبات المقدمة إليه فيما يتعلق بالوصاية[2]، والكفالة[3]، وزواج القصر مثلا كما انه المخول بالبحث في الدوافع الرامية لحصول الزوج على ترخيص الزواج وهو من يكفل حماية مصالح القصر ... الخ.

2-الدور الايجابي الذي يمارسه القاضي الأسري: من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في نطاق قانون الأسرة والذي يقضي دائما بالاجتهاد في إيجاد الحلول الموضوعية لكل ما يطرح أمامه خاصة، والمتصفح لهذا القانون يجد انه يحتوي على نصوص قانونية قصيرة مقارنة بقوانين الدول العربية التي سبقت المشرع الجزائري في تقنين هذا المجال، فالناظر في هذه القوانين العربية يلاحظ أنها ضيقت من نطاق ممارسة السلطة التقديرية للقاضي لأنها تولت تنظيم معظم المسائل حتى في أبسط جزئياتها، وحتى عند مقارنة تقنين الأسرة الجزائري بباقي الفروع القانونية الأخرى نجده لا يتضمن حلولا للعديد من القضايا الأمر الذي يستلزم من القاضي الممارس لهذا المجال دائما إعمال نشاطه الذهني في ابتداع الحلول القانونية، ففي ميدان انعقاد الزواج هو من يتدخل في حالة عضل الولي لمن هي في ولايته من الزواج وكان أصلح لها، وهو من يتدخل في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة حدوثه عند انحلال الرابطة الزوجية طبقا للمواد 25 و 5 و53 مكرر و55 من قانون الأسرة الجزائري[4].

وحتى في العمل الإصلاحي نجد أن قاضي شؤون الأسرة خصه المشرع دون سائر القضاة بمهمة الصلح بين الخصمين من خلال بذل الجهد للتوفيق بينهما، حيث يذكرهما بتقوى الله وما يتصف به الزواج بأنه ميثاق غليظ، وكذا العواقب الوخيمة التي تنجر عنه من هدم للأسرة وضياع للمستقبل ناهيك عن تشرد وضياع الأطفال، فشخصية القاضي ودوره له تأثير كبير في منع الفرقة الزوجية[5].

---

[1] الحمد محمود أبو هشيش الصلح وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية، ط.01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص.216.

[2] المادة 471 من الأمر 66-154، المؤرخ في 09 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، ع.47، لسنة 1966، المعدل والمتمم بالأمر 08-09 المؤرخ في 24 فبراير 2008، ج.ر.ج.ج، ع.21، لسنة 2008.

[3] لمادة 394 من من الأمر 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع نفسه.

[4] غوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص.64.

[5] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط.02، دار هومة، الجزائر، 2009 ص.119.

أما فيما يتعلق بالعمل الولائي نجد أن لقاضي شؤون الأسرة دور ايجابي من خلال السلطة التقديرية الواسعة المخولة له بموجب القانون الموضوعي، وكذا الإجرائي الذي لم يجعل منه عنصر محايدا في القضية بل جعل منه عنصر فعال فيها يبحث في مدى توفر المصلحة ويبحث في الدوافع ويحمي المصالح من خلال اتخاذ التدابير الملائمة لذلك[1].

3-من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة: قلنا فيما سبق أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وهي عماده وأساس صلاحه، لذلك فممارسة القاضي سلطة تقديرية في هذا المجال ليس بالأمر الهين وهذا لعظم شأن هذا الفرع من فروع القانون واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع ، فهذا القانون يتعلق بجوهر الحياة الخاصة لان موضوعه يتعلق بأمور شخصية تمس الجوانب النفسية والاجتماعية والدينية وهذا يترتب عنه الاختلاف في القضايا المنظورة لأنها وان اتفقت في الظاهر إلا أن لكل قضية خصوصية وميزة تختلف باختلاف الظروف و الأشخاص الأمر الذي يجعل القاضي أمام اختبار حقيقي لقدراته وملكاته الذهنية التي تختلف من قاض خر، لذا يتعين عليه أن تكون له ثقافة قانونية خاصة وأن يكون مطلعا بالمسائل الفقهية والعلوم النفسية والاجتماعية وهذا ما يستدعي المناداة بضرورة تخصيص القضاة في مجال شؤون الأسرة وكذا تولية هذا الفرع الأهمية اللازمة من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة والكفاءة[2].

4-إن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي ذات طابع مركب: فهي في الوقت ذاته التزام وواجب، فالقاضي عند إعماله لنشاطه الذهني يهدف إلى كشف المراكز القانونية ومنح الحماية القضائية، وبذلك هو مرتبط بالغاية التي حددها له القانون، كما انه ملزم بالنظر في الظروف والملابسات والمواءمة بين الواقع والقانون.

وعليه يستنتج مما سبق أن السلطة التقديرية للقاضي وان كانت من طبيعة واحدة في كل الفروع القانونية إلا أنها تختلف باختلاف المواضيع التي يتناولها كل فرع ولهذا تتميز هذه السلطة التقديرية بخصوصية المسائل التي يفصل فيها القاضي فهي تجعل من دوره فعالا وايجابيا.

ثانيا: تمييز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن غيرها من الأفكار المشابهة

بعد بيان مميزات وخصائص السلطة التقديرية للقاضي الأسري سنحاول الآن عرض بعض الأفكار المشابهة لسلطة التقديرية ونقاط تميزها عنها.

[1] عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط.01، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009، ص.344.

[2] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.56.

1-تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة التعسفية: تتميز السلطة التقديرية للقاضي عن التحكمية في أن هذه الأخيرة لا تستند لمبدأ الشرعية ولا رقابة عليها من القانون وهي سادت في القديم نظرا لتسلط الحكام وانعدام الفصل بين السلطات بينما الأولى نظام قانوني اقره القانون حيث تمارس بموجبه وفي إطاره[1].

2-ميز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة المقيدة: تتحقق السلطة المقيدة عندما يحدد المشرع للقاضي مسبقا سلوكا معين يجب عليه العمل في إطاره وحدوده ولا يملك الخروج عنه كما في تحديده السقف الأدنى والأعلى للشيء، ونكون أمام سلطة تقديرية عندما يترك هامشا من الحرية للقاضي في الاختيار بين عدة أمور طرحها المشرع، وتقدير متى يتم تطبيق القاعدة القانونية وترتيب أثرها القانوني، والأكيد أن صياغة عبارات النص الذي يخول للقاضي سلطة التقدير هي من تبين ما إذا كانت هذه السلطة مطلقة أم مقيدة[2].

3-التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي والتقدير القضائي: إذا كانت هاتان الفكرتان قانونيتان ومتشابهتان فهذا لا يعني أنهما متطابقتان، فالتقدير هو النشاط الذهني الذي يمارسه القاضي في شأن المسائل المطروحة أمامه في حين أن السلطة التقديرية هي الصلاحية التي تخول للقاضي مباشرة هذا النشاط في نطاق مبدأ الشرعية[3].

4-التمييز بين السلطة التقديرية والحق الشخصي: أن الحق الشخصي هو سلطة مقررة لشخص تجاه آخر تخول لصاحبها حرية ممارستها من عدمه مما يعني أن الحق الشخصي يمكن التنازل عنه، أما السلطة التقديرية للقاضي فيمارسها بحكم وظيفته القضائية، ولا يستطيع التنازل عنها ولا تعد حقا شخصيا، لأن ذلك يجعل القاضي طرفا في النزاع[4].

يتضح مما سبق أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة إضافة لتميزها عن السلطة التقديرية للقاضي في مختلف فروع القانون فإنها تتميز أيضا عن بعض الأفكار القانونية المشابهة لها.

ثالثا: أهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

إن المشرع مهما حرص على وضع القواعد القانونية فإنه لا يمكنه مواجهة سلوك الأفراد ومتغيرات المجتمع، وهو الأمر الذي تتصدى له فكرة السلطة التقديرية للقاضي من خلال سد الثغرات القانونية وتفادي القصور التشريعي وكذا ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات ومن هنا فالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكتسي أهمية بالغة لأنها تضفي على قانون الأسرة طابعه العملي الحي فهي من تحدد أبعاده ومداه

[1] محمد على الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص7.

[2] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.57.

[3] نبيل إسماعيل عمر، التقدير القضائي المستقبلي، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999، ص.23.

[4] احمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.01، دار السلام، القاهرة، مصر، 2003، ص.110.

وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفعالية خاصة، وأن الأمور التي يعالجها هذا القانون هي ذات طبيعة شخصية وتمس الركن الأساسي في المجتمع وهو الأسرة كما سبق ذكره أنفا، وكثيرة هي القواعد التشريعية التي يعود الفضل في وجودها للسلطة التقديرية للقاضي[1].

يستنتج مما سبق أن السلطة التقديرية للقاضي هي جوهر العمل القضائي، وهي من تكفل تطبيق القانون وتجعل من القاضي الأسري عنصرا ايجابيا وليس مجرد آلة خالية من الإرادة والنشاط الذهني، كما نخلص مما تقدم إلى نتيجة مفادها أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي وهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون، لكن لها مميزات خاصة في قانون الأسرة بحكم طبيعة المسائل التي يتناولها قانون الأسرة والقضايا التي يفصل فيها قاضي شؤون الأسرة وهذه السلطة هي جوهر الوظيفة القضائية لذلك تكتسي أهمية بالغة في تحقيق الاستقرار العادل[2].

المطلب الثاني:

أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه

لقد أصبح التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي أمرا مسلما به فقها وقانونا وقضاء، لكن من جانب أخر ثار نقاش حول الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الضرر وكذا دور القاضي في ما يتعلق بذلك.

وعليه سنتطرق في هذال المطلب إلى أساس التعويض عن الضرر كفرع أول، ودور القاضي فيه كفرع ثاني.

الفرع الأول:

أساس التعويض عن الضرر

مع أنه تم إقرار مبدأ عام يقضي في أن كل من تسبب للغير في ضرر يلزم بالتعويض، إلا انه طرح تساؤلا عن أساس التعويض هل هو فكرة العقوبة الخاصة أم فكرة الترضية.

أولا: فكرة العقوبة الخاصة

لقد ساد ومنذ العصور البدائية فكرة الانتقام في حالة الاعتداء على الحق أو الجسم كما كانت العقوبة تحدد من الشخص المضرور وتنفذ من قبله وأفراد عائلته، ثم حل محل فكرة الانتقام الفردي من المسؤول فكرة

[1] كمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.139.

[2] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.57.

القصاص في حالة المساس بسلامة الجسم وهذه الفكرة سادت مختلف الشرائع القديمة وحتى في ظل قانون الألواح الإثني عشر وكذا الشريعة الإسلامية التي قضت صراحة به، غير أنه مع التطور التاريخي ظهرت فكرة الدية الاختيارية التي هي مبلغ من المال يدفع للضحية من قبل المعتدي أو قبيلته وهذا من أجل الترضية وجبر الخواطر[1].

وقد عمل بنظام الدية التشريع الروماني والشريعة الإسلامية، ولكن نظرا للمغالاة في تقديرها تم تحديدها مسبقا بجعلها إجبارية يقبلها كلا الطرفين، وبذلك أصبحت العقوبة الخاصة مقررة في صورة مبلغ من المال يضعه التشريع سلفا[2].

وقد ظلت فكرة العقوبة الخاصة للتعويض ردحا من الزمن حيث يرتكز في تقدير التعويض على جسامة الخطأ وليس الضرر مع عدم التمييز بين المسؤولية المدنية والجزائية.

ثانيا: فكرة الترضية أو إصلاح الضرر

مع أواسط القرن 19 أصبح هناك فصل بين هاتين المسؤوليتين وتم القول بأن الخطأ المدني يترتب عليه التعويض وهو جزاء مدني لا يحمل أي صفة للعقوبة وأن الهدف منه هو جبر الضرر وإزالته، ومن ذلك أصبح التعويض عن الضرر يحمل فكرة ترضية المضرور وإصلاح الضرر الواقع عليه دون الارتكاز على عنصر الخطأ[3].

وهو الأمر الذي أقره المشرع الجزائري وأسس عليه فكرة التعويض في قانون الأسرة من خلال المواد التي تبين حالات التعويض عن الضرر كما سيأتي بيانه فيما بعد، وهذا بالنص على عنصر الضرر دون عنصر الخطأ، وعليه بعد التعويض جزاء مدنيا أساسه هو جبر الضرر وترضية المضرور، فلا يمكن إجبار الملتزم به على التنفيذ إلا بالطرق المدنية لأنه لا يكتسي صفة العقوبة، وبالرجوع إلى النصوص الشرعية نجد أنها تنص على الخضوع للمبادئ الشرعية فيما يتعلق بالالتزام؛ حيث تقضي بوجوب أن يكون التكليف من حجم العمل وأن لا يحمل الشخص بما لايطاق وأن لا يكون إثراء أو إفقارا لشخص على حساب آخر[4].

---

[1] مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص.87.

[2] طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتاب القانونية، مصر، 2002، ص.31.

[3] الأمر رقم 74–15 المؤرخ في 6 محرم 1394 الموافق ل 30 يناير 1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، ج.ر.ج.ج، ع.15، لسنة 1974، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88–31 المؤرخ في ذو الحجة 1408 الموافق ل 19 جويلية 1988، ج.ر.ج.ج، ع.29، لسنة 1988 حيث نصت المادة 08 منه على المنهج الحديث فيما يتعلق بالمسؤولية الشخصية، وهذا باشتراط شرطين أساسيين في المسؤولية وهما الضرر والعلاقة السببية فيما يتعلق بإصلاح الضرر الناشئ عن حوادث المرور، وهو ما نص علية المشرع في قانون الأسرة.

[4] عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص.41.

كما يستند التعويض إلى قاعدة جوهرية تتمثل في حرمة أكل المال بغير حق ويعني بذلك أنه لابد من تحقق قيام المسؤولية ووقوع الاعتداء لكي يتم التعويض؛ وهذا ما يفيد وجود مبرر شرعي للتعويض كالتعسف في استعمال الحق أو وقوع ضرر للغير جراء عمل غير مشروع من طرف شخص معين، وعليه تقضى الشريعة الإسلامية بضرورة جبر الضرر في حالة وقوعه استنادا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر ولا ضرار"، فأساس التعويض إذا من الجانب القانوني والشرعي هو جبر النقص أو التلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الواقع عليه بحيث ينظر فيه إلى الضرر الحاصل وليس إلى جسامة الخطأ، فهذا هو مفهوم التعويض في الوقت الحاضر إذ هو أداة لمحو الضرر أو تخفيفه ويسري على الضرر بشقيه المادي والمعنوي[1].

الفرع الثاني:

دور القاضي في تعويض الضرر

كرس المشرع الجزائري مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي ومنح لقاضي شؤون الأسرة بموجب نصوص القانون دورا بالغ الأهمية فيه، وهذا راجع كما سبق الإشارة إليه إلى طبيعة العلاقة التي ينظمها هذا الفرع من القانون وكذا ما تتميز به القضايا التي يعالجها، إضافة إلى قلة نصوصه وغموضها خاصة في هذا المجال فكل هذه الأسباب جعلت لقاضي شؤون الأسرة دورا ايجابيا في مسألة التعويض عن الضرر حيث لا يتوقف دوره عند تقدير مبلغ التعويض وإنما يتعدى ذلك إلى تخويله سلطة تقديرية واسعة في بحث مدى استحقاق التعويض ، فالمشرع بين له حالات التعويض عن الضرر ولم يبين له شروط استحقاق هذا التعويض كما لم يحدد له طريقة التعويض أو صوره حيث اكتفى فقط بالقول أنه إذا ترتب ضرر ... حكم بالتعويض، أو جاز الحكم بالتعويض. تاركا المجال واسعا للقاضي لإعمال نشاطه الذهني للبحث في مدى توفر هذا الضرر وقيامه[2].

كما خوله مهمة أخرى تتمثل في ضرورة إزالة هذا الضرر من خلال تقرير تعويض كامل يشمل معالجة الضرر وجبره وهنا يصادف القاضي عند تقديره لهذا التعويض مشكلة عملية تتمثل في هل يلتفت إلى عنصر الخطأ ومدى جسامته عند التقدير أم يرتكز على عنصري الضرر والرابطة السببية فقط، وفي هذا يمكن القول أنه بالرجوع إلى قواعد القانون المدني الجزائري نجد أن هذه المسالة فصلت فيها المادة 182 من القانون المدني حيث مؤداها جبر ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وبالتالي لايتأثر بدرجة خطأ

[1] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.81.

[2] إسمهان عفيف، المرجع نفسه، ص.81.

المسؤول، بينما يستخلص في مجال قانون الأسرة ومن نصوصه التي تقضي بالتعويض في حالة حدوث الضرر وقيامه، أن القاضي يعتد بمدى وجود وجسامة الضرر وبلاغته وليس بجسامة الخطأ، وعليه يحاول انطلاقا من هذا النشاط الذهني الذي يقوم به تقرير تعويض ملائم للمضرور من خلال الاعتدال في التعويض الذي هو الاتجاه الحديث للمسؤولية المدنية[1].

وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية التي تقضي بوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد ما أمكن، وعليه فان ترك السلطة التقديرية في هذا الأمر لقاضي الموضوع فيه ارتياح لدى المضرور في الحصول على تعويض عادل؛ رغم أن هناك صعوبة تعترض القاضي في هذا الأمر وتتعلق بتقدير التعويض عن الضرر المعنوي الذي مهما حاول فانه يستحيل إقامة التوازن الحقيقي بينه وبين التعويض، هذا وهناك اتجاه حديث ينكر على القاضي هذا الدور ويخرج من نطاق السلطة التقديرية للقاضي تقدير التعويض بقولهم أن القاضي في جميع هذه الحالات ليس حرا في التقدير وفقا لمعايير العدالة والملاءمة، وإنما يلتزم بالمعايير الاقتصادية التي يحددها له القانون[2].

ومع ذلك فإن أغلب الفقه لم ولا ينكر على القاضي هذه السلطة والدور الذي يلعبه خاصة في سبيل تحقيق الوظيفة الإصلاحية للتعويض انطلاقا مما يقوم به عند تقدير التعويض حيث ينظر في طرفي العلاقة المتسبب في الضرر والمضرور، فيحاول إصلاح الضرر الذي لحق بالمضرور بمنحه مبلغ مالي يلائم ما حدث له من أذى مادي ومعنوي[3].

وعليه يمكن القول في الأخير أن دور قاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر يأتي من باب سد الذرائع، وكذا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، ذلك أن التعويض يحكم به لجبر ضرر من جهة ومنع الإضرار بالغير أو الاعتداء بغير وجه حق من جهة أخرى، فالطلاق في أصله جعل لإنهاء علاقة فاشلة مليئة بالمشاكل ولكن اتخاذه كسبب للإضرار بالزوجة يعد شيئا غير جائز ومنهي عنه شرعا لذلك قرر المشرع تعويض الزوجة ومنح القاضي سلطة تقديرية في تقرير ذلك وهذا لسد الطريق أمام الرجل لكي لا يوقع طلاقا لا يدرك ما يخلفه من آثار وخيمة على طرفي العلاقة والأولاد والمجتمع ككل، لذلك فالقاضي له دور مهم في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال حفظ العلاقات الأسرية بإقرار الحقوق وإزالة الضرر وجبر الخواطر ودرء المفاسد[4].

---

[1] سعيد مقدم، المرجع السابق، ص.101.

[2] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص.109.

[3] إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.83.

[4] إسمهان عفيف، المرجع نفسه، ص.83.

يستنتج مما سبق أن التعويض هدفه إصلاح الضرر وترضية المضرور، فأساسه جبر التلف والضرر الذي حصل بتعويض كامل، وهذا التعويض يحمل في طياته ردعا للمتسبب في الضرر وترضية للمضرور، ومن يحقق هذا الأمر هو القاضي الذي له دور مهم في هذا المجال، كما أن الضرر هو كل أذى يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو سمعته وشرفه، أما التعويض فهو المبلغ المالي الذي يدفع للمضرور لإصلاح هذا الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وجبر خاطره المنكسر بقدر، حيث يتم تقديره من قبل القاضي الذي خول له القانون من باب سد الذرائع وكذا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فجعل دوره إيجابيا يتجلى في محاولة تحقيق العدالة من جبر للمضرور وردع للمتسبب في الضرر.

خلاصة الفصل:

نلخص مما سبق أن الضرر هو كل أذى يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو سمعته أو شرفه، والتعويض هو المبلغ المالي الذي يدفع للمضرور لإصلاح هذال الضرر المادي أو المعنوي الذي أصابه وجبر خاطره المنكسر جراء ذلك، أما أساس التعويض فهو إصلاح الضرر وترضية المضرور دون الإعتداد بالخطأ ومدى جسامته.

ولجبر هذا الضرر أعطى المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في البحث في شروط إستحقاق التعويض وتقديره، وهذا نظرا لغموض نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالتعويض عن الضرر، وقيد هذه السلطة من جانب أخر بتحديده لحالات إعمالها، كما تكمن الغاية من منح القاضي سلطة تقديرية في التعويض عن الضرر لسد الذرائع، وكدا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ للعلاقات الأسرية، ودرء المفاسد وتحقيق العدالة من جبر للمضرور وردع المتسبب في الضرر.

الفصل الثانـي

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر المترتب على الطلاق

تمهيد:

إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وقانونا وعرفا، وذلك جبرا للضرر ورعاية للحقوق وردع للمعتدين، فالزوجة المطلقة تصاب بضرر مادي أو معنوي من جراء هذا الطلاق، فالضرر المادي يتمثل غالبا في أن تفقد الزوجة معيلها خاصة إذا كانت ربة بيت، أو تركت وظيفتها لإدارة شؤون الأسرة وتربية الأطفال وغير ذلك من الواجبات الملقاة على عاتقها، وأما جانب الضرر المعنوي فيتمثل في تدهور الحالة النفسية للمطلقة من جراء نظرة المجتمع لها، فالتعويض هنا يستهدف إصلاح الضرر النازل بالمتضرر وإعادة التوازن الذي اختل بفعله، فالأصل أن يكون التعويض بشكل مبلغ من النقود يعادل قيمة الضرر، وهذا النوع من التعويض هو الأكثر شيوعا في التعامل القضائي، والأدق تكييفا مع تنوع الضرر، كما أن المشرع الجزائري أعطى السلطة للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق محددا له في ذلك المعايير التي يجب اتخاذها لضبط التعسف في استعمال حق الطلاق والأساس الذي يعتمده في الحكم بالتعويض دون أن يبين في ذلك مقدار وكيفية التعويض، تاركا هذه المسالة لقاضي شؤون الأسرة[1].

وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل حيث قسمناه إلى مبحثين، تمثل المبحث الأول في سلطة للقاضي في تقدير التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة والخلع، أما المبحث الثاني في تقدير القاضي للتعويض في حالة التطليق والطلاق التعسفي.

[1] بن عمارة صورية رانيا، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019–2020، ص.92.

المبحث الأول:

سلطة للقاضي في تقدير التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة والخلع

إن عقد الزواج لطالما كان أهم العقود التي يبرمها أي إنسان في الحياة باعتبار أن الزواج نصف الدين، ولما كان أهمية هذا العقد في نتائجه المستقبلية فانه تسبقه مرحلة تفوقه أهمية، والطريق إلى ذلك يكون بالخطبة، كما إن عقد الزواج كغيره من العقود عند إبرامه أو انتهائه يرتب عدة أثار سواء مالية كانت أو غير مالية، فالمشرع الجزائري خصص عدة مواد في قانون الأسرة نص فيها عن هذه الأثار، كما منح السلطة الكاملة للقاضي لتقديرها حسب الحالات المعروضة أمامه، كما أن الزواج قد يقع وأن لاتتوافق إرادة الزوجين ويقعان في حالة الانسداد، وهو ما يؤدي إلى فك الرابطة الزوجية وإن كان هذا الأخير حقا فإنه قد يسوء استعماله، ويترتب عليه ضرر ولأن الطلاق يكون بثلاث طرق فإن لكل طريق آثار مالية تتمثل أساسا في التعويض.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة كمطلب أول، وسلطة القاضي في تقدير التعويض الناجم عن الخلع كمطلب ثاني.

المطلب الأول:

سلطة القاضي في تقدير التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة

يعتبر العدول عن الخطبة حق لكل الطرفين وهذا ما أجازه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 5 من ق.أ.ج، أين أجاز للمخطوبين العدول عن الخطبة متى شاء ذلك باعتبار العدول حق لهما دون أي قيد أو شرط قانوني[1]، وبالتالي يجب تعريف العدول والتطرق إلى صوره في الفرع الأول، وسلطة القاضي في التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة عن كفرع ثاني.

الفرع الأول:

مفهوم العدول عن الخطبة

إن الخطبة ليست بعقد بين الرجل والمرأة، ولكنها مجرد وعد بينهما، ولذلك يجوز لكل من الخاطبين العدول عنها في أي وقت قبل إتمام عقد الزواج، وقد جرى العرف على تسمية هذا العدول عن الخطبة بالفسخ، بالرغم من أن الفسخ في حقيقة الأمر يقع على العقود لا الوعود ومنه يجب تبيان تعريف العدول (أولا)، وصوره (ثانيا)، وإستحقاق التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول (ثالثا).

[1] الأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة، المرجع السابق.

أولا: تعريف العدول

سنطرق في هذا العنصر إلى معنى العدول في اللغة (1)، والاصطلاح (2)، والقانون (3).

1-تعريف العدول لغة: لفظ "العدول" مشتق من الفعل "عدل" عدلا وعدولا، وجاء في استعمال العرب بعدة معاني منها الاستواء والاعوجاج والرجوع، فيقال عدل إليه عدولا بمعنى رجع التنحي، فيقال انعدل عنه بمعنى تنحى، وتقول العرب عدل الفحل عن الإبل إذ ترك الضراب وعدل الجمال الفحل عن الضراب بمعنى: نحاه، الميل يقال عدل عن الطريق أي مال[1].

2-تعريف العدول اصطلاحا: والمقصود بالعدول اصطلاحا هو أن يتراجع الخاطبان أو احدهما عن الخطبة ويفسخانها، بعد تمامها وحصول الرضا والقبول، وهو أيضا أن يتخلى الخاطبان عن مشروع الزواج والتوقف عن تمام السير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد، كما كان مخططا له في أول الأمر بعد إتمام الخطبة[2].

3-تعريف العدول قانونا: إن العدول عن الخطبة هو الرجوع فيها سواء من الخاطب أو المخطوبة أو منهما معا، فإذا وقع التراجع للأسباب المشروعة يكون الوعد بالزواج قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة، وبمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته ودون إرادته، مع العلم أن عقد الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، وان المحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة وإجباره على متابعة إتمام إجراءات العقد فإنها تكون دمرت أهم ركن، وعليه فالخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى درجة العقد الرسمي، فإنه يمكن الرجوع عنها في أي وقت ولا يترتب على العدول عن الخطبة ما يمكن أن يترتب على فسخ عقد الزواج، وهذا المعنى الذي تضمنته المادة 5 في فقرتها 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر 05-02، حيث نصت على أن الخطبة مجرد وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنها[3].

من خلال نص المادة المذكورة سابقا يلاحظ أن المشرع الجزائري نص صراحة بأن الخطبة هي وعد بالزواج ويحق لكل الطرافين العدول عن هذا الوعد في أي مرحلة كانت شرطا أن يكون قبل إبرام عقد الزواج.

---

[1] ابن منظور أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، د.ط، دار صادر، بيروت، لبنان، ص.449.

[2] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص.25.

[3] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوب جديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.02، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص.18.

ثانيا: صور العدول

إن الخطبة وعد بالزواج ولكلا الطرفين حق العدول عنها، وهذا ما تضمنه ق.أ.ج في المادة 05 منه أين أجاز للمخطوبين الرجوع عن الخطبة متى شاءا ذلك باعتبار العدول حق لهما دون أي قيد أو شرط قانوني، فالقول بخلاف ذلك ينتج عنه عقد زواج دون رضا أحد الخطيبين وذلك ليس من مقتضيات عقد الزواج، الذي يفترض فيه أن يكون الرضا ركن أساسي يترتب عن مخالفته البطلان[1].

وقد أجمع الفقهاء على أن الخطبة وعد بالزواج يحق للطرفين العدول عنها لأن ذلك يتفق مع الحكمة منها فإلزام أحد الطرفين بإجراء العقد يتضمن إكراه وهو ما لا يجوز في عقد الزواج إذ أنه عقد أبدي يستوجب على أن تكون الجدية في إنشائه أكثر من غيره من العقود، وصور العدول تنقسم إلى العدول بالإرادة المنفردة (1)، والعدول بالإرادة المشتركة (2)[2].

1-العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة: يتمثل العدول بالإرادة المنفردة بتعبير انفرادي صادر من الخاطب إلى خطيبته أو العكس، مستعملا حقه المكرس قانونا سواء بوجود سبب جدي، أو بانعدامه ويتم توجيهه من طرف الخاطب إلى خطيبته، أما في الآونة الأخيرة فقد أصبح العدول بالإرادة المنفردة يصدر من الخطيبة، ولعل ذلك راجع إلى ما وفره القانون والشرع من حماية المرأة، وعادة ما يلجأ أحد المخطوبين إلى إبداء رغبته في إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة دون أن يصل إلى علم الطرف الثاني، ولكن يفهم ضمنيا من خلال تصرفات الخاطب أو المخطوبة كأن يقوم الخاطب مثلا بخطبة فتاة أخرى ثم تعلم خطيبته بذلك أو عزوف الخاطب عن زيارة المخطوبة في الأعياد والمناسبات، والتخلي عن كل الواجبات التي تقع على الخاطب بعد إتمام الخطبة[3].

2-العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة: لم ينظم المشرع الجزائري العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة ال قبل التعديل القديم 2005 ولا بعده وهذا ال يمنع من استنتاجه من خلال ما نعيشه اليوم في مجتمعنا إذ كثرت في الحقبة الأخيرة حالات العدول عن الخطبة ومن بينها العدول بالإرادة المشتركة، للمخطوبين، وذلك يتحقق بمحض إرادتهما على إنهاء الخطبة القائمة بينهما، بعد مناقشة أو قيام نزاع، مما يؤدي إلى اتخاذ قرار الرجوع عن الخطبة.

كما قد يلجأ أحد المخطوبين أنه يقوم إلى إبداء رغبته صراحة في إنهاء الخطبة، لأسباب معينة يقوم بشرحها للطرف الثاني بعد مناقشتها واقتناع هذا الأخير بجدية السبب كأن يطلب الخاطب من مخطوبته بتقديم

---

[1] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2020-2021، ص.12.

[2] عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوب جديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، المرجع السابق، ص.85.

[3] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.13.

استقالتها من وظيفتها بعد إبرام عقد الزواج ورفضها دون إقناع أحدهما للآخر برأيه، فيتم الاتفاق بمحض إرادتهما على العدول ليتم الإعلان عن ذلك بحضور ولي المخطوبة وأقارب الخاطب بانقضاء الخطبة، كما إن المادة الخامسة من قانون الأسرة نصت على العدول الذي يتم بالإرادة المنفردة لأحد المخطوبين، باعتباره حقا يجوز اللجوء إليه دون تبيان أسباب، وبواعث هذا العدول نظرا لكونه حق شخصي يخضع لاعتبارات خاصة لكل من طرفي الخطبة ولا سلطة للقضاء عليه بحيث تركت الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزواج إذ أن الشخص هو الأدرى بشؤونه والأعرف بمصالحه الخاصة في هذا العقد[1].

ثالثا: استحقاق التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول

إذا ارتكب الخاطب خطأ وتسبب في أضرار معنوية للمخطوبة، وتوفرت في هذا الضرر جميع الشروط السالفة الذكر، هذا يعني أنه يمكن رفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن هذا الضرر، لكن من له الحق في رفع الدعوى للمطالبة (1)، وإذا رفع صاحب الحق الدعوى للمطالبة بالتعويض فإنه يكون أمام القاضي مهمة البحث عن الطريقة المناسبة بجبر الضرر المعنوي (2).

1-صاحب الحق في طلب التعويض :إذا سبب خطأ الخاطب ضرر معنوي للمخطوبة، فهل يحق لها وحدها رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابها أم أن يمكن لأشخاص آخرين ممارسة هذا الحق، لهذا يجب تبيان الشخص المستحق التعويض، والتفريق بين الضرر المعنوي الأصلي، والضرر المعنوي المرتد[2].

أ-الشخص المستحق التعويض: يحق لكل من لحقه ضرر معنوي وهي المخطوبة أن تطالب بالتعويض عنه، وعليه فقد يكون صاحب الحق في طلب التعويض هو المضرور نفسه، وهذا هو الضرر المعنوي الأصلي، أو أن يكون من أقارب المخطوبة وهو الضرر المعنوي المرتد.

ب-الضرر المعنوي الأصلي: وهو الضرر الذي يصيب المخطوبة ونفسها، أن المخطوبة هي صاحبة الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابها ما دامت أهلا لرفع الدعوى، فإذا لم تكن أهلا لذلك ناب عنها نائبها القانون، وعليه فالمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي إذا أصاب المخطوبة فقط، فهي صاحبة الحق في المطالبة بالتعويض فقط[3].

[1] فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ط.01، دار تقية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1988، ص.146.

[2] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.52.

[3] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.244.

ج-الضرر المعنوي المرتد: الضرر المرتد هو ضرر مباشر يترتب على الفعل الضار ولكنه يصيب شخص آخر غير المخطوبة الذي وقع عليها ذلك الفعل، وهو ضرر يعطي من أصابه حقا مستقلا بالمطالبة بالتعويض عنه، في التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة هنا لا يوجد أي ضرر مرتد بحيث أن الضرر يصيب المخطوبة فقط دون غيرها[1].

2-انتقال الحق في طلب التعويض عن الضرر المعنوي: يتوقف انتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي إلى الغير على مسالة تحديد طبيعة هذا الحق، لقد اختلف الفقه في هذه المسألة في الفقه يرى بأن الحق بطلب تعويض عن الضرر المعنوي هو حق شخصي مقصور على المخطوبة ولا ينتقل إلى ورثتها، وذلك لأن هذا الحق متصل بالمخطوبة، وثم لا يجوز مباشرته، وإذا توفيت المخطوبة دون أن تطالب بحقها في التعويض، فذلك يعتبر دليلا أنها تنازلت عنه أما البعض الآخر فيرى أن اعتبار الحق في التعويض الضرر المعنوي حقا شخصيا لا ينفي عنه صفته المالية[2].

كما أن وجوده في ذمة المخطوبة أثناء حياته، يعني انتقال هذا الحق للورثة بعد وفاتها، حتى ولو لم تطالب به أثناء حياتها، ذلك لأن عدم المطالبة له لايعني التنازل عنه، لأن التنازل عن الحق لا يفترض افتراضا، كما أن القول بأن الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي لا يدخل في ذمة المخطوبة إلا بعد المطالبة به قول لا يتفق مع المبادئ العامة، إذ من المسلم به أن الحق في التعويض سواء كان عن ضرر مادي أو ضرر معنوي ينشأ من وقت وقوع الضرر، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية 1943، حيث أقرت أن الحق في التعويض عن الضرر المادي، ما دام أن المخطوبة لم تتنازل عنه من قبل وفاته[3].

أما بالنسبة للقانون المصري فقد حددت المادة 222 فقرة 01 ق.م.م، طريقتين يتم بهما انتقال الحق في التعويض، وهما أن يكون هناك اتفاق بين المخطوبة والخاطب المضرور والمسؤول بشأن التعويض من حيث مبدئه ومقداره أن تكون المخطوبة (المضرور) قد رفعت فعلا دعوى أمام القضاء لتطالب بالتعويض، من الواضح أن المشرع المصري متأثر بفكرة أن الحق بطلب التعويض عن الضرر المعنوي قاصر على المخطوبة (المضرور)، وبالتالي لا ينتقل إلى غيرها، إلا إذا تحققت المطالبة به أما بالنسبة للقانون السوري فقد تتبع طريق المشرع المصري، في حين ذهب المشرع الأردني والعراقي إلى التضييق أكثر من المشرعين المصري والسوري، فاشترط أنه لا ينتقل التعويض عن الضرر المعنوي إلا إذا تحددت قيمته، بمقتضى اتفاق أو حكم نهائي بين

[1] عزيز كاظم، جبر الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص.26.

[2] سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998، ص.217.

[3] صالح فواز، التعويض عن الضرر الناجم عن الجرم، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م.02، ع.02، دمشق، سوريا، 2006، ص.291.

الخاطب والمخطوبة، أي أنه لم يكتفي بمجرد المطالبة القضائية لانتقال الحق في التعويض كما فعل المشرع المصري، بل اشترط صدور حكم نهائي قبل موت المخطوبة (المضرور) ولذلك فإذا توفيت المخطوبة في طلب التعويض عن الضرر المعنوي قبل الاتفاق أو صدور حكم نهائي، فلا ينتقل حق المطالبة به إلى الورثة[1].

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد سكت عن هذه المسالة يمكننا القول بان القوانين العربية بالغت في تحديد انتقال الحق في طلب التعويض، لأنه يمكن أن لا يكون هناك وقت من أجل إبرام اتفاق الخاطب والمخطوبة المضرور والمسؤول ولا لرفع دعوى قضائية، وما بالك بصدور حكم نهائي فهل يضيع حق الغير في طلب التعويض.

أما المشرع الجزائري فمن الأفضل أنه لم يحذو حذو التشريعات العربية، لكن كان من الأفضل إضافة فقرة أخرى للمادة 182 مكرر قم، تنص إمكانية الحق في طلب التعويض لكن دون تقيدها باتفاق أو بمطالبة قضائية.[2]

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

لا يخرج عمل القاضي في الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة عن الإطار العام لعمله في الحكم بأي تعويض، بحيث يراقب أولا توافر عناصر المسئولية المدنية (أولا)، في جانب الطرف العادل من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما ثم يجتهد في تقدير التعويض المناسب لترضية الطرف المضرور وإصلاح الضرر الذي أصابه (ثانيا).

أولا: سلطة القاضي في مراقبة توفر عناصر المسئولية المدنية في العدول

يقتصر هذا على التعسف في استعمال حق العدول (1)، وحالة القيام بأعمال تحضيرية ثم مفاجئته بالعدول من الطرف الآخر (2)، وهما الحالتان التي يرجع التعويض فيهما حقيقة إلى العدول عن الخطبة، أما الحالة الثالثة وهي حال الأفعال الجانبية الملازمة للعدول فإن التعويض فيها سيكون تعويض عن قذف أو سب أو إشاعة كاذبة أو ما إليه مما يعد جرائم مستقلة ولا علاقة له بالعدول عن الخطبة.

[1] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.54.

[2] قردي سمية، بن تومي سامية، التعويض عن الضرر المعنوي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2018–2019، ص.79.

1-التعسف في استعمال حق العدول: في حالة التعسف في استعمال حق العدول يراقب القاضي توافر عناصر المسئولية المدنية في التعسف في استعمال حق العدول من خطأ (أ) وضرر (ب) وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر (ج).

أ-**الخطأ: يرى** السنهوري أن معيار الخطأ هنا هو السلوك المألوف للرجل العادي، فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية، فيبحث القاضي في مثل هذه الحالة في عدول الطرف العادل، هل ينطوي على مظهر من مظاهر التعسف في استعمال حق العدول أم لا، ومظاهر التعسف نسبية تختلف من مجتمع لآخر، منها ما يرجع إلى طريقة العدول ومنها ما يرجع إلى توقيته، ومنها ما يرجع إلى دوافعه[1].

ففي طريقة العدول مثلا أن لا يبلغ العادل المعدول عنه بعدوله، إلى أن وجده هذا الأخير بعد الزواج أخر أو تزوج وادعى العادل بأنه كان ينوي إخباره، فيمكن للقاضي أن يعد ذلك تعسفا من العادل سواء كان من الخطيبة أو الخاطب، وإن كانت الخطيبة يستبعد حدوث ذلك منها لعدم جواز الخطبة على الخطبة، أو لا يراعي في طريقة التبليغ بعدوله ما يليق بشخص المعدول عنه أو بظروفه، ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف كولمار في قرارها الصادر في 12 جوان 1970، حيث قضت بالتعويض على الخطيب العادل الذي أعلن خطيبته العدول عن خطبتها بواسطة رسالة خالية من كل ما تقتضيه قواعد المجاملات[2].

وفي توقيت العدول كأن يبلغ العادل الطرف الآخر قبل تاريخ الزواج الذي قد حدداه بمدة وجيزة جدا ولم يكن بعد قد أبرما عقد الزواج، سواء طالت مدة الخطبة أو قصرت، فإن مثل هذا التوقيت للعدول يمكن للقاضي أن يعتبره مظهرا من مظاهر التعسف في استعمال حق العدول، وله أن يعتد في الحكم بالتعويض متى ما ثبت الضرر والعلاقة السببية بينه وبين الخطأ وطالب المتضرر بحقه في التعويض، بشرط أن لا يكون للعادل مبرر قوي في عدوله يصلح لأن يمتص غيظ الطرف المعدول عنه من هذا العدول، وأما في دوافعه فالأصل أن لا يسأل العادل عن سبب عدوله، لأن العدول حق لكل طرف يستعمله ولو من غير سبب، ولكن يمكن للقاضي أن يعتد بعدم وجود المبرر للعدول إذا ما انضم إلى طول مدة الخطبة، أو انضم إلى تفويت فرصة الخاطبين على الفتاة فيشكلان معا مظهرا من مظاهر التعسف في استعمال حق العدول على أن الطول

[1] عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، ص 575.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009-2010، ص.78.

وحده أو تفويت فرصة خطاب آخرين، وكما ذكر سابقا يمكن أن يشكل مظهرا من مظاهر التعسف في استعمال حق العدول[1].

ب-في الضرر: يبحث القاضي عن ثبوت الضرر في جانب الطرف المعدول عنه، هل هو متضرر حقيقة من ذلك الفعل أم لا، إذ يمكن أن يكون العادل قد تعسف فعلا في عدوله ولكن المعدول عنه لم يتضرر من ذلك العدول المتعسف فيه، وإنما رفع دعوى التعويض عن العدول مثلا بهدف الانتقام من العادل فقط وليس عن ضرر، وهنا يصعب على القاضي الفصل نوعا ما، حيث يختلط الضرر المعنوي مع حب الانتقام، ويمكن التمييز هنا بين ثلاث حالات تضرر المعدول عنه مع حبه في الانتقام، وتضرره من غير حب الانتقام وحبه في الانتقام دون تضرر[2].

فالحالتين الأولى والثانية صالحتين لأن يعوض عنهما، أما الثالثة فلا يعوض عنها لفقد أساس التعويض وهو الضرر، ولكن الإشكال في كيفية الاستدلال على هذه الحالات والتمييز بينها في القضية التي تكون مطروحة بين يدي القاضي.

ج-في علاقة السببية: ليس بالضرورة عند وجود ضرر معنوي أن يكون قد حصل بسبب خطأ العادل، فقد يكون هناك ضرر معنوي ولكن بسبب آخر غير العدول رغم التعسف فيه، وهنا على القاضي أن يبحث في توافر عنصر علاقة السببية بين التعسف في العدول وبين الضرر المعنوي المدعى به أمامه، ولا شك أن القاضي هنا سيجتهد في الوصول إلى الواقعة الفعلية التي أنتجت الضرر، مفترضا أن هناك واقعتين : واقعة العدول وواقعة أخرى، بحيث إذا ما ظهر له وجود واقعة أخرى قريبة من زمن العدول تحقق من أنها قد تكون الواقعة التي أنتجت الضرر المعنوي المدعى به لديه، ولا شك أن الطرف العادل هو من سيتحمل إثبات هذه الواقعة والدفع بها ضد دعوى التعويض عن العدول المرفوعة ضده، وقد يدعم قول الطرف العادل لدى القاضي المدة الزمنية بين العدول وبين رفع دعوى التضرر منه، حيث إن طول تلك المدة يوحي بأن في تلك المدة قد وقعت واقعة أخرى هي السبب في رفع الدعوى وليس العدول[3].

ومثال ذلك ما لو أن الخاطب أهدى خطيبته طاقما من الحلي على أساس الهدية وليس المهر، ثم بعد ذلك عدل عن خطبته بشكل متعسف، ولم يطالبها بالطاقم، فرضيت الخطيبة ولم تتضرر من العدول المتعسف فيه مستأنسة بما حازت عليه من حلي، ولكن بعد مدة ليست بالوجيزة اكتشفت أن الحلي ليس ذهبا كما كانت

---

[1] أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.312.

[2] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.57.

[3] أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص.312.

تظنه فتضررت من ذلك تضررا معنويا بليغا، وهاجمت الخاطب بما قد اكتشفته في الحلي، ولم ينكر هو ذلك، لأنه أصلا كانت في تقديره مجرد هدية، وما قال لها حينها بأنها من ذهب ولا من غيره، ولم يكن ينوي خادعها، فسارعت إلى رفع دعوى التضرر من العدول عن الخطبة، فدافع الخطيب بأن حقيقة تضرر خطيبته إنما هو مما اكتشفته من أمر الحلي وليس من العدول الذي رضيت به، ولم تبد أي اعتراض حينها[1].

أو في المثال السابق في مراقبة توفر عنصر الضرر، ما لو أن الخطيبة هي من رفعت دعوى التعويض عن العدول ضد خطيبها الذي ارتبط بأخرى، فإنه يمكن أن يستدل القاضي من خلال المدة الطويلة بين حادثة العدول المتعسف فيه وبين رفع الدعوى على أن هناك واقعة أخرى وهي ارتباط الخطيب بأخرى هي التي أضرت معنويا بالخطيبة الأولى المعدول عنها.

فالضرر هنا موجود ولكن ليس ضرر عن العدول المتعسف فيه وإنما هو ضرر من ارتباط العادل بفتاة أخرى، أضف إلى أنه قد يمتزج بدافع الانتقام، وليس المثال كسابقه، فإن المثال السابق مبني على أن الضرر غير موجود أصلا حيث لم يتضرر الخاطب من ارتباط خطيبته وإنما أراد الانتقام منها فقط.

2-حالة القيام بأعمال تحضيرية ثم المفاجئة بالعدول من الطرف الآخر: لا تختلف هذه الحالة عن سابقتها على مستوى مراقبة توفر عنصر الضرر وعلاقة السببية حيث لا بد من أن يتأكد القاضي من وجود ضرر معنوي أصاب المعدول عنه وعلاقة بين هذا الضرر وبين العدول، أما في مراقبة توفر عنصر الخطأ فإن القاضي يبحث في ظروف قيام المعدول عنه بتلك الأعمال، ولنفرض الكلام في الخطيبة التي تركت دراستها أو عملها، هل قامت بذلك بإيعاز من الطرف العادل أم بمحض اختيارها ورغبتها، ولا بد من التفريق بين الإيعاز والرضا، فلا يمكن أن تؤسس الخطيبة دعواها على أساس أن الخطيب قد علم بما أقدمت عليه ورضي، وإنما المطلوب هو أن يكون هو من حقها أو ربما حتى تعلق زواجه بها على هذا الفعل فيكون من حقها هنا أن ترفع دعوى التعويض عن العدول الذي فوجئت به بعد أن تركت عملها أو دراستها، ويتحمل الخاطب هنا تنفيد أن يكون ذلك بإيعاز منه بل أن يكون من طلبه أو اشتراطه[2].

ثانيا: معايير التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

لم تزد التشريعات الوضعية بما فيها قانون الأسرة الجزائري على أن ذكرت استحقاق الطرف المتضرر في العدول عن الخطبة للتعويض، ولم تحدد مقدار هذا العرض، كما أنه يستبعد أن يتفق الخطيبان على مقدار معين، وإلا لما تم اللجوء إلى القضاء، وعليه فإن تقدير التعويض عن العدول عن الخطبة سيكون قضائيا

[1] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.59.

[2] أسامة عبد السميع، المرجع السابق، ص.313.

بالضرورة، والأمر نفسه بالنسبة للشريعة الإسلامية فلم يتحدث الفقهاء عن مقدار العوض ولا عن الطريقة التي يتم تقديره بها، والضرر المعنوي في الحالات التي يثبت فيها في العدول عن الخطبة كما تم توضيحه لا يخرج عن الإطار العام للتعويض القضائي عن أي ضرر معنوي، يعتمد فيه القاضي على المعيار الموضوعي بشكل أصلي، والمعيار الشخصي بشكل يساعده على تكميل مضمون المعيار الموضوعي[1].

1-المعيار الموضوعي: إن القصد في المعيار الموضوعي بوجه أصلي هو درجة الضرر، حتى يبقى التعويض في طبيعته الإصلاحية ولا ينقلب إلى عقوبة خاصة، وقد يراعي القاضي أيضا درجة جسامة الخطأ من حيث درجة التضرر ليحكم بعوض مناسب لإصلاح ذلك الضرر.

أ-من حيث درجة الضرر: إن التعويض عن الضرر الأدبي تقريبي ولا يمكن أن هناك مساواة حقيقية، تلك المساواة التي تتعذر في بعض أنواع الضرر المادي، فما بالك بالضرر الأدبي فليس في الضرر الأدبي معيار الكسب والخسارة، وفي قضية الحال فإن القاضي سيستحضر عدة عناصر للوقوف على أقرب تقدير لحجم الضرر الذي أصاب الطرف المعدول عنه، سواء ما كان من مدة فترة الخطبة بين طولها وقصرها، وما تعلق بتفويت فرصة الخاطبين على الفتاة، وما إذا كانت قد تركت عملها أو دراستها أو قامت بأعمال أخرى تهيئة لنفسها للزواج بعد خطبتها، وفي هذا العنصر الأخير هل بإمكانها أن ترجع إلى عملها أم لا، وكذلك الشأن في دراستها هل كانت قريبة من إنهاءها أم في بدايتها، وهل يمكنها العودة لإكمالها أم لا[2].

كل هذه العناصر لا بد أن يستحضرها القاضي في ذهنه للوصول إلى أقرب تقدير ممكن لحجم الضرر الذي أصاب الطرف المعدول عنه، والكلام هنا مفروض في الخطيبة لأنه المثال الأكثر حدوثا في الواقع المعيش. أما إذا كان الطرف المعدول عنه هو الخاطب، ورفع دعوى تعويض عن العدول وهو أمر نادر، فإنه سيشترك مع الخطيبة في مدة فترة الخطبة، ولا يمنع هذا من النظر إلى أي عنصر خاص به إن وجد مما له تأثير في زيادة حجم الضرر[3].

ب-من حيث جسامة الخطأ: إن النظر إلى جسامة الخطأ ليس نظرا مقصودا لذاته، وإنما ينظر إلى جسامة الخطأ للاستدلال منه على حجم الضرر، لأن التعويض إصلاح وجبر وليس عقوبة، وفي العدول عن الخطبة وكما ذكرنا أعلاه إما أن يكون العادل متعسفا، وإما أنه يكون قد أمر الخطيبة على القيام بأعمال في فترة

[1] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.60.

[2] أسامة عبد السميع، المرجع السابق، ص.313.

[3] لحمر يوسف، بن عمر الحسين، المرجع السابق، ص.61.

الخطبة من مثل تركها لدراستها أو عملها ثم يفاجئها بعدوله عنها، فإنه لا شك أن تضرر الفتاة المعدول عنها سيزيد إذا كانت طريقة التعسف بشكل أشد، كما لو كان الذي أبلغها بعدول خطيبها عنها هي خطيبته الجديدة.

كما سيكون ضررها أكبر إذا ما تبين لها أن نية العادل الذي قد أمرها على ترك عملها كانت سيئة، وما كان متخذا أمر الزواج بشيء من الجدية على الرغم مما أقدمت عليه من تلك الأعمال، ومن ثم فإن جسامة الخطأ هنا تزيد من حجم الضرر لدى المعدول عنها، وكذلك العكس بالعكس، فإن حجم الضرر سينقص في الغالب لدى الطرف المعدول عنه إذا ما علم أن الشخص قد كان حسن النية رغم تعسفه في عدوله، أو أنه كان يمر بظروف صعبة أجبرته على القيام بما قام به ليترك الأمر بيد القاضي لينظر في كل هذه الأحوال والظروف ليقف دائما على التقدير الأقرب إلى حجم الضرر، ومن ثم الحكم بمبلغ التعويض المناسب[1].

2-المعيار الشخصي: إن القاضي في تقديره للضرر المعنوي في العدول عن الخطبة عن ملاحظة الظروف الشخصية للمعدول عنه وللعادل أيضا ليصل إلى أقرب تحديد ممكن لدرجة تضرر المعدول عنه[2].

أ-ظروف المعدول عنه (المخطوبة): لا يخرج الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة عن الإطار العام للضرر المعنوي من حيث اختلاف الأشخاص فيه بحسب ظروفهم ومكانتهم الاجتماعية، فالخطيبة التي تركت عملها وهي العائل الوحيد لأسرتها غير الخطيبة المستغنية عن العمل، والخطيبة من أسرة وجيهة غير الخطيبة من أسرة وضيعة، والخطيبة التي ربما فوتت عليها فرصة الخطاب في أثناء فترة الخطبة، وفي الزمن اللاحق بسبب هذا العدول غير الجميلة المرغوب فيها من يكثر حظها في الخطبة ولو بعد هذا العدول والعدول عن خاطب وجيه بعد أن سمع الناس بخطبته، إذا رفع دعوى التعويض، والغالب أن هذا النوع أبعد الناس عن فعل ذلك، غير العدول عن الخاطب ليس له تلك الوجاهة[3].

ب- ظروف العادل (الخاطب): الأصل الذي عليه جمهور الفقهاء أن لا ينظر إلى الظروف الشخصية للمتسبب في الضرر، فالعادل هنا قد تعسف في عدوله أو أوعز الخطيبة على القيام بأعمال من مثل ترك عملها أو دراستها ثم فاجأها بعدوله عن الخطبة مما سبب لها ضررا معنويا بليغا، فيقدر العوض عليه بحسب ما يجبر ضرر المخطوبة المعدول عنها ويصلحه، ولا يراعى في ذلك غناه أو فقره، وهل يعول أسرة أم لا، كما لا غير

[1] عابدي عبد الله، حمحامي مختار، محاضرات في التعويض عن الضرر المعنوي عن العدول عن الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، د.س.ن، ص.81.

[2] أسامة عبد السميع، المرجع السابق، ص.101.

[3] عابدي عبد الله حمحامي مختار، المرجع السابق، ص.81.

ذلك من الظروف الشخصية، وليس القصد هنا أن لا يراعي حسن نيته أو عدمها أو تحت أي ظرف قام بفعله أم لا، فإن ذلك يدخل في جسامة الخطأ[1].

المطلب الثاني:

سلطة القاضي في تقدير التعويض الناجم عن الخلع

بالرغم من أن عصمة فك الرابطة الزوجية بيد الرجل إلا أن الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية من بينها المشرع الجزائري أباحث للزوجة أن تفتدي نفسها وتخالع نفسها من زوجها وذلك بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، ورغم أن الشريعة الإسلامية جاءت بأدلة كثيرة حول الخلع في القرآن الكريم والسنة النبوية إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى موضوع الخلع مع جميع جوانبه أو بتفاصيل كبيرة، بل اكتفى بنص المادة 54 المعدل بموجب الأمر 05-02 بقانون الأسرة، وبالتالي وجب عليا الرجوع إلى نص المادة 02 من الدستور الجزائري الإسلام دين دولة والمادة 222 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية كذلك برغم من أن قانون الأسرة عالج مواضيع فك الرابطة الزوجية[2].

وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم الخلع كفرع أول، وسلطة القاضي التقديرية في تحديد التعويض عن الخلع كفرع ثاني.

الفرع الأول:

مفهوم الخلع

تحاول من خلال هذا الفرع تعريف الخلع لغة واصطلاحاً والتعريف التشريعي للخلع عند المذاهب الأربعة وهي كالأتي:

أولا: تعريف الخلع

1-تعريف الخلع لغة: الخلع لغة بفتح الخاء مصدر قياسي "الخلع" ويستعمل في الأمور الحسية فيقال خلعت خلعاً أي نزعته مصداقا، وبمعنى أخر النزع وفي الأمور المعنوية كخلع الرجل امرأته خلعا إذ أزال زوجيتها، وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتقدت منه[3].

---

[1] عابدي عبد الله حمحامي مختار، المرجع نفسه، ص.82.

[2] بولقرون كنزة، أثار الخلع بين الشريعة والقانون، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018-2019، ص.06.

[3] منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص.101.

والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجة أو مجاز باعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس من لباس لكم وأنتم لباس لهن هذا وقد قال الفقهاء: إن العرف خص استعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية وهو إزالة ملك النكاح بأخذ المال[1].

2-تعريف الخلع اصطلاحا: إزالة ملك النكاح بعوض وبألفاظ مخصوصة، وهو أيضا إلغاء العلاقة الزوجية بتراضي الزوجين مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها، كما يقال أن الخلع فرقة على عوض، راجع إلى الزوج[2].

3-الخلع عند المذاهب الاربعة: الخلع مباح في الشريعة الإسلامية لكن تعددت تعريفات الفقهاء رحمة الله عليهم حول تعريف الخلع من الناحية الشرعية، لذلك ستحاول عرض تعريف كل مذهب إيجازاً.

أ-المالكية: وهو الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره أو هو بلفظ الخلع، وهو يدل على أن الخلع نوعان:

الأول: وهو الغالب ما كان في نظير عوض.

الثاني: ما وقع بلفظ الخلع، ولو لم يكن في نظير شيء، كان يقول لها: خالعتك أو أنت مخالعة، وبعبارة أخرى هو أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالاً على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها، عليه فتقع به طلقة بائنة، فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض[3].

ومقتضى التعريف أن الخلع لا يكون عندهم إلا بعوض، فهو رواية عن أحمد ويفرقون بين الخلع والطلاق على المال[4].

ب-الحنفية: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه، فخرج بكلمة ملك النكاح الخلع في النكاح الفاسد وبعد البينونة والردة فإنه لغو، وخرج بكلمة المتوقفة على قبولها أي المرأة ما إذا قال خالعتك ولم يذكر المال ناويا به الطلاق، فإنه يقع بائناً غير مسقط للحق لعدم توقفه على قبول المرأة، فدل القبول على أن الخلع يكون ببدل، ومتى كان على بدل مالي لزم قبولها وخرج بقوله بلفظ (الخلع) الطلاق على مال، فإنه غير مسقط للحقوق، وأما قوله أو ما في معناه فيدخل فيه لفظ المبارأة ولفظ البيع والشراء فإنه مسقط للحقوق[5].

---

[1] علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، د.ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 1996، ص.89.

[2] منال محمود المثني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه واثاره، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.38.

[3] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط.01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.265.

[4] عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1998، ص.51.

[5] عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.266.

4-تعريف الخلع في القانون الجزائري

تنص المادة 54 معدلة بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل مبلغ مالي، ويفهم من نص المادة أن للزوجة الحق في طلب الخلع للقاضي دون مناقشة الأسباب، وتقتصر دور القاضي في تحديد المقابل المالي للخلع[1].

الفرع الثاني

سلطة القاضي التقديرية في تحديد التعويض عن الخلع

إن مدى الاعتراف للزوج بالحق في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع انطلاقا من كون الخلع بات حقا خالصا وأصيلا للزوجة تستعمله متى شاءت، وانطلاقا أيضا من كون صاحب الحق يلزم بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه بغيره حال تعسفه في استعمال حقه، كان لنا أن نتساءل عن مدى أحقية الزوج المخلوع في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه نتيجة استعمال مخالفته لحقها في الخلع؟، حيث وللإجابة عن هذا السؤال نتعرض أولا، إلى أساس الاستفادة من التعويض بصفة عامة (أولا)، ثم نتعرض إلى بدل الخلع ومدى اعتباره تعويضا عن فك الرابطة الزوجية بالخلع (ثانيا).

أولا: أساس الاستفادة من التعويض عن الضرر

منعت الشريعة الإسلامية الإضرار بالغير، حيث وضعت جزاءات لذلك من بينها الجزاء التعويضي أو ما عرف بالضمان كعقوبة مالية، والذي يُصار إليه إذا أصبح الضرر واقعا، ولم يتمكن صاحبه من إزالته عينا كون الواقع لا يرتفع فيتم تداركه بالتعويض المالي العادل حيث قررت الشريعة الإسلامية نظرية الضمان بصفة عامة، حفاظا على حرمة أموال الآخرين وأنفسهم، وجبرا للضرر، وقمعا للعدوان وزجرا للمعتدين[2].

وإذا جئنا إلى التأسيس للمسألة القانونية محل الدراسة من الناحية الشرعية، نجد أنه صحيح أن الزوجة صاحبة الحق في الخلع باستعمالها إياه تكون قد تصرفت في حقها الشرعي، واستعمالها له ينافي التعويض تماشيا مع القاعدة الفقهية الجواز الشرعي ينافي الضمان، لأن الإنسان إذا ما استعمل حقه بإذن الشارع وإباحته، فإن ذلك الإذن ينافي الجزاء والعقوبة، وحتى لا يكون هناك تناقض بين إعطاء الشخص الحق ومحاسبته عليه[3].

لكن ومن جهة أخرى، فالحق شيء واستعماله شيء آخر، فالإنسان لا يُحاسب على استعماله لحقه المشروع، وإنما يحاسب على الضرر الواقع من جراء استعمال ذلك الحق، لغاية مناقضة لقصد الشارع، فهو

[1] بولقرون كنزة، المرجع السابق، ص.08.

[2] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط.09، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 2012، ص.88.

[3] عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 1998، ص.180.

بهذه المناقضة يكون متعسفا في استعمال حقه، والتعسف يلحق ضررا بالغير، والضرر يزال شرعا، فإن أمكن رفعه وجب ذلك، وإن لم يمكن رفعه فلا يبقى سوى إزالة آثاره بشيء آخر، وهو التعويض للمتضرر عما لحقه من ضرر جراء استعماله للحق لغاية غير مشروع، ليكون ذات الأمر من الناحية القانونية حيث وبمقتضى نظرية الحق في القانون المدني نعني بالحق سلطة الاستئثار بالشيء، ذلك أن الشخص إذا ما اعترف له بحق ما في إحداث أثر قانوني ما. فالأصل أن يمارسه بحرية، دون رقيب ولا حسيب ولا مسؤولية ولا تعويض كونه يمارس حقه الطبيعي والممنوح له قانونا، إلى أن يقع في دائرة التعسف المنصوص عليه في المادة 124 مكرر 54 من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، حيث يعتبر هنا متعسفا متحملا للتعويض، في حين يقع عبء إثبات تعسفه على الطرف المدعي تضرره من ذلك التعسف والراغب في الاستفادة من التعويض، طبقا لقاعدة «البيئة على من ادعى[1].

وبالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تحدثت عن حالات الاستعمال التعسفي للحق، واعتبرته صورة من صور الخطأ التقصيري الموجب للتعويض، فإنها قد حددت تلك الحالات كما يلي: "إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير. إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة لتكون تلك الحالات قابلة للانطباق على أغلب حالات الخلع اليوم التي تبنى في حقيقتها، إما على أسباب كيدية أو وهمية، أو سطحية تخفي وراءها المخالعة مصالح غير شرعية، وإما تلجأ الزوجة للخلع إذا ما عجزت عن إثبات الضرر المادي الواقع عليها في دعاوى التطليق، وبالتالي الابتعاد عن المغزى الحقيقي للخلع والمتمثل في الضرر المعنوي الحقيقي الناتج عن النفور الفعلي للزوجة من زوجها[2].

وعليه فالأساس الذي ينبني عليه الحق في الاستفادة من التعويض هو التعسف في استعمال الحق المولد الضرر الغير، والذي يجد مناخه المناسب في نظرية التعسف في استعمال الحق التي قال بها القانون، وقبله تبنتها الشريعة الإسلامية منذ زمن بعيد، وإن لم تكن تعرف بهذا الاسم، حيث عبر عنها الفقهاء القدامى بمصطلحات أخرى "كالمضارة بالحقوق" عند ابن قيم الجوزية، و"الاستعمال المذموم للحق" عند الشاطبي الذي قال عن التعسف بأنه: «إذا تناول مباحا على غير الجهة المشروعة...»، كما عبر عنه أيضا الفقهاء

[1] باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، د.ط، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن، ص.21.

[2] راضية بشير، محمد لنكاز، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، م.10، ع.03، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر النقل البحري والموانئ في الجزائر، جامعة سكيكدة، الجزائر، ديسمبر 2019، ص.345.

المعاصرون بأنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق والإساءة به، حيث كانت تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق على فكرة منع الضرر اللاحق بالغير وفرض الجزاء عليه[1].

لكن ورغم كل ذلك، فإن المشرع الجزائري لم يمنح للزوج الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في خلعه فكل ما منحه إياه هو الإبقاء له على بدل الخلع. ذلك البدل الذي سنرى في الفرع الموالي مدى رقيه إلى مصاف التعويض الحقيقي عن الضرر أم لا[2].

ثانيا: مدى اعتبار بدل الخلع تعويضا للزوج عن فك الرابطة الزوجية بالخلع

إذا أردنا أن نعرف طبيعة بدل الخلع فيمكننا القول بأنه يجوز أن يكون بكل ما صح أن يكون صداقا، كون الصداق يجوز أن يكون بكل ما صح التزامه شرعا[3].

والمشرع الجزائري قد أقر بدل الخلع في كل طلاق خلعي سواء تعسفت فيه الزوجة أو لم تتعسف، وسواء تضرر منه الزوج أو لم يتضرر، وهذا يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، التي تقتضي إلزام صاحب الحق بتعويض المتضرر إذا ما ألحق به ضررا فقط نتيجة لتعسفه في استعمال حقه، وفقا للمادة 124 مكرر من القانون المدني معتبرة التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري، الموجب للتعويض كما جاءت به المادة 124 من القانون المدني[4].

كما جعل المشرع الأسري بدل الخلع، إما متفقا عليه من طرف الزوجين وإما محددا قانونا، بعدم تجاوزه قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم عند اختلافهما حوله، وفقا للمادة 54 فقرة 2 من قانون الأسرة دون أن يُراعي ما لحق الزوج من ضرر وما فاته من ربح، نتيجة لتخريب أسرته دون سبب منه ولا رغبة وبالتالي تقييد سلطة القاضي في تقديره وحصر قيمته، وهذا يتنافى مع تقدير التعويض الذي وإن كان يخضع إما لاتفاق الطرفين أو لنص القانون، وإلا فلتقدير القاضي، لكن مع مراعاة ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب، وذلك طبقا للمادة 131 مع مراعاة المادتين 182 و 182 مكرر من القانون المدني[5].

حيث جعل المشرع في قانون الأسرة من الضرر وفقا لما سبق مفترضا في جميع حالات الخلع إلا أنه حتى ولو سلمنا بأن الضرر فعلا واقع في جميع حالاته فالذي لا نسلم به هو أن درجة الضرر ليست واحدة

---

[1] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص.144.

[2] راضية بشير، محمد لنكاز، المرجع السابق، ص.345.

[3] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص.267.

[4] تنص المادة 124 من الأمر 05-10 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[5] راضية بشير، محمد لنكاز، المرجع السابق، ص.346.

في جميع الحالات، بل تختلف من حالة إلى أخرى ومن زوج إلى آخر، وهذا ما لا يتفق مع تقنين المشرع لبدل الخلع وحصره بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل عند عدم اتفاق الزوجين حوله كونها الحالة الغالبة إن لم نقل العامة.

لذا فالمشرع الجزائري ورغم انحراف الخلع عن مساره السليم الذي شرع لأجله وأخذه المنحى آخر، وارتفاع نسب استعماله في ظل تحوله من الرخصة إلى الحق الأصيل، وما من شأنه أن يولده من حالات تعسف في استعماله، وبالتالي تضرر الأزواج منه فقد أبقى على بدله محددا بصداق المثل عند الاختلاف في تحديد قيمته كما ذكرنا أنفا والذي بات لا يتناسب إطلاقا مع ما قد يلحق الزوج من ضرر. كما لم يعد أيضا يؤثر على الزوجة، كونه لم يعد يشكل حاجزا لها في طلبه خاصة في ظل تحسن المستوى المادي للمرأة عامة[1].

فالمشرع لم يفرض عليها أي تعويض، بل بالعكس من ذلك، فقد أعفاها من ذكر الدوافع التي أدت بها إلى طلب الخلع، فيكفي أن تؤسس ذلك الطلب على كونها لا تطيق زوجها صدقت في ذلك أم كذبت، وبالتالي إبعادها عن دائرة التعسف مطلقا، مما يترتب عنه حرمان الزوج من إمكانية مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحقه، وكل ما ألزمها به المشرع هو مجرد تقديمها لبدل الخلع الذي حدده مسبقا، وفي كل حالة خلع دون مراعاة اختلاف درجة تضرر كل زوج على حدة بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، عند عدم اتفاق الزوجين حوله كما سبق بيانه[2].

وعليه نستخلص من خلال ما سبق، بأن المشرع الجزائري قد حرم الزوج المخالع من التعويض الحقيقي عن الضرر الذي يلحقه نتيجة لتعسف زوجته في طلب خلعه لكون بدل الخلع وفقا لما سبق لايعتبر تعويضا فعليا للضرر، لذا كان عليه حتى ولو أبقي على الخلع حقا خالصا وأصيلا للزوجة أن ينظر إلى الأزواج بعين حق، وأن ينصفهم خاصة فيما تعلق ببدل الخلع وأن يجعل تقديره غير مرتبط بصداق المثل عند الاختلاف بل يعود إلى تقدير القاضي استنادا إلى حجم الضرر الذي لحق بالزوج إضافة إلى عدة قرائن محددة قانونا من باب السياسية الشرعية، مثلما ذهب إليه المشرع المغربي الذي أقر بأنه في حال اتفاق الزوجين على الخلع واختلافهما حول بدله أن تراعي المحكمة في تقديره بعد تعذر الصلح مبلغ الصداق، فترة الزواج، أسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة"، وذلك بموجب المادة 120 من مدونة الأسرة المغربية[3].

---

[1] راضية بشير، محمد لنكاز، المرجع نفسه، ص.347.

[2] لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2016، ص.147.

[3] ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر في 03 فيفري 2004، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، ج.ر، بتاريخ 05 فيفري 2004، العدد 5184، ص.418.

حيث يجتهد القاضي أولا في محاولة رأب الصدع بينهما، ثم إن تعذر ذلك، فللمحكمة أن تراعي عند تقديرها لبدل الخلع حال الزوجين حتى لا يكون ذلك البدل سببا لإثراء أحدهما على حساب الآخر، ولا سببا لإثقال كاهل أحدهما وإفقاره على حساب الآخر فلعل ذلك يكون سببا في تقليل حالاته أو على الأقل إنصاف الزوج حال وقوعه، وكذا مانعا من التعسف الذي قد يحدث سواء من الزوجة أو من الزوج.

وقد يتساءل البعض عن كيفية إثبات تعسف الزوجة في الخلع، خاصة وأن هذا الأخير مبني على أمور نفسية بحتة، تتمثل في نفور الزوجة من زوجها والإجابة هنا تكون بعدول القانون والقضاء عن عدم مطالبة الزوجة بتسبيب طلبها، بل إلزامها بذلك دون التحجج بكون البغض مسألة نفسية باطنية حيث يمكن تحري ذلك عن طريق الاجتهاد في ربط الخلع بضوابط ومعايير معينة، ومحاصرته بقرائن محددة، دون أن يترك للكره والبغض فقط الذي تخفي وراءه الكثيرات أسبابهن الحقيقية والتعسفية، حيث من شأن تلك المعايير أن تقلل من نسب استعماله، وكذا حالات تعسف الزوجات فيه، سيما أمام ضعف الوازع الديني وقلة الصبر، والتقليد الأعمى في كل شيء، حيث باتت تحكمه الأهواء والغرائز والموضة أكثر منها الحاجة إلى الخلاص من زوجية باتت تخاف معها أن تعصي الله، لكون معصية الزوج من معصية الخالق حيث صار ورقة رابحة وضاغطة في يد الزوجة وقنبلة موقوتة تهدم بمقتضاها الأسرة متى شاءت ليصبح الزوج بموجبه رهين تصرف تلك الأخيرة التي حادت مؤخرا على الحكمة والرزانة، وعلى الصبر والأمانة في صيانة أسرتها في أغلب الأحيان[1].

لنبقى أمام موقف المشرع الجزائري هذا الذي اعتنق مبدأ المساواة بين الزوجين، بمصادقته على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتحفظ والتي كرستها بشدة، نتساءل عن مداها وعن جدواها، طالما أنه يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة من طلاق زوجها لها دون مبرر، ويمنحها تعويضا عليه دون أن يعترف بذات الضرر الذي يلحق الزوج من خلع زوجته له دون مبرر، ودون أن يمنحه تعويضا عليه سوى بدل الخلع الذي لا يحمل معنى التعويض الحقيقي عن الضرر[2].

ولما كان الكره أمرا نفسيا قد يعتري الزوج وقد يعتري الزوجة، فكيف يعترف المشرع للزوجة بالنفور النفسي كسبب شرعي وقانوني بمنحها حق مخالعة زوجها دون تعويضه، بينما يلزم هذا الأخير بأن يبني طلاقه على أسباب مادية حقيقية وجدية غالبا ما تنتهي به إلى عدم إقناع القاضي، وبالتالي تعسفه فإلزامه بالتعويض

[1] راضية بشير، محمد لنكاز، المرجع السابق، ص.347.

[2] جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع.12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص.03.

وكيف يبقي مجال التعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 وعن التطليق في المادة 53 مكرر مفتوحا على مصراعيه خاضعا لتقدير القاضي، في حين يُغلق ويُقين وتحصر بدل الخلع في قيمة صداق المثل عند عدم الاتفاق عليه رغم اعتراف المحكمة العليا بأن الخلع صار يقابل حق العصمة للزوج[1].

ومن ثمة كان على المشرع الجزائري أن يترك تقدير بدل الخلع عند الاختلاف فيه إلى سلطة القاضي التقديرية تبعا للضرر الذي لحق بالزوج المخالع وأن يضبطه بالقرائن التي ذكرناها أنفا اقتداء بالمشرع المغربي حتى تتراجع نسبه، ولا تقدم عليه إلا مقتنعة به، نافرة فعلا من زوجها، بعد صبر ما بعده من صبر حتى يصل به إلى مصاف التعويض الحقيقي عن تخريب عش الزوج بلا سبب منه، بعد أن أفنى في بنائه جهد حياته قاضيا لأجل تأسيسه ردحًا من الزمن كدا وسعيا أملا وطمعا في أن يجد فيه المستودع والمستقر، فالمشرع قد ابتدع فكرة التعويض عن الطلاق التعسفي للزوج من باب السياسية الشرعية حتى يتمهل الزوج في إيقاعه فيكون ذات الهدف في الخلع حتى تتريث الزوجات أكثر في طلبه، وبالتالي التقليل من حالاته، وحتى يكون تعويضا مناسبا للزوج على أسرة تكبد لتأسيسها جهد سنوات من حياته لتذهبها الزوجة في مهب الريح بمقابل زهيد[2].

المبحث الثاني:

تقدير القاضي للتعويض في حالة التطليق والطلاق التعسفي

عن الزواج عقدا أبدي غايته إنشاء أسرة قائمة على المودة والرحمة والسكينة، ولينشأ منها جيل يحمل مهمة عمارة الأرض، إلا أنه في بعض الحالات قد يحدث ما يعكر صفو هذا الزواج فيصل به عن غايته، وينبو عن تحقيق أهدافه، ومع هذه المشاكل تصبح الحياة الزوجية جحيما، كما قد ساير قانون الأسرة الجزائري الأحكام الشرعيّة، وأباح الطلاق مع النظر إليه على أنه ضرورة لابد منيا في بعض الحالات كذلك لما يترتب عنه من أضرار تصيب الأسرة وخاصة الأولاد، فالضرر يكون أكثر إذا أبقي على الحياة الزوجية المضطربة والمبنية على الكره بين الزوجين[3].

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى تقدير قاضي شؤون الاسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز كمطلب أول، وتقدير القاضي للتعويض في حالة الطلاق التعسفي كمطلب ثاني.

---

[1] مسع ودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.189.

[2] راضية بشير، محمد لنكاز، المرجع السابق، ص.348.

[3] بودية نادية، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2020-2021، ص.04.

المطلب الأول:

تقدير قاضي شؤون الاسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز

إن المشرع الجزائري نص على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق، كما ألزم القاضي بالحكم بالتعويض في حالة ثبوت نشوز أحد الزوجين غير أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين سقفا أدنى أو أعلى للتعويض تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بتقدير كل ذلك عن طريق إعمال نشاطه الذهني.

وعليه فقد قسمنا هذا المطلب إلى كيفية إثبات الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطليق كفرع أول، وسلطة القاضي في التعويض عن الضرر في حالة التطليق كفرع ثاني.

الفرع الأول:

كيفية إثبات الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطليق

لقد جعل المشرع الجزائر للمرأة الحق في طلب التطليق وإمكانية استحقاق التعويض إذا أوقع بها الزوج أي نوع من الايذاء سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن عادة لمثيلاتها تحمله ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فقد جعل القانون اثباته بكل الوسائل القانونية والشرعية، وأخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي الموضوع، فقد جاء في اجتهاد قضائي الصادر عن المحكمة العليا قولها "انه من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل من ضرر معتبر شرعا، كما ان تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"[1].

أولا: إثبات الضرر في حالة التطليق

إن مسألة إثبات الضرر واستخلاصه وتقديره من أعقد ما تواجهه الزوجة في حالة رفعها لدعوى التطليق للضرر في التشريع الجزائري، لتعنت الذي كثيرا ما كانت تواجه به من طرف القضاء، فالقاعدة أن على الزوجة التي ادعت الضرر ورفعت دعوى التطليق على زوجها في هذا المجال، يقع عليها عبء الاثبات الضرر الذي يلحقه بها الزوج، والذي يجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية معه، عملا بالمبدأ الشرعي البيئة على من ادعى اليمين وعلى من أنكر، ولها أن تعتمد في ذلك جميع الوسائل الاثبات الشرعية والقانونية لأن الأمر يتعلق بإطار شرعي وبوقائع مادية[2].

[1] جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائر ي –دراسة مقارنة–، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020–2021، ص.514.

[2] جرادة لخضر، المرجع السابق، ص.515

ثانيا: تقدير وسائل اثبات الضرر

لقد جاء في أحد القرارات المحكمة العليا من المقرر شرعا لأنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير والمستمر الذي لحقها من بعلها...، وعليه فإثبات الزوجة للضرر الذي تدعيه وتطلب التطليق على أساسه أمر لازم شرعا وقانونا، وعليها أن تستحضر كل الوسائل التي تمكنها من اثبات هذا الضرر، وهنا يأتي دور القاضي في تقدير تلك الوسائل، وأما إذا عجزت الزوجة عن اثبات ذلك الضرر فإن سلطة القاضي ستتدخل ببعث الحكمين، فقانون الأسرة الجزائري لم ينص على وسائل إثبات تضرر الزوجة، وسلطة القاضي في تقديرها، وبما أن الاثبات الضرر اللاحق بالزوجة لا يخرج عن اثبات أي ضرر في المسؤولية العقدية أو التقصيرية فإنه يمكن الاعتماد على القانون المدني في التعرف على هذه الوسائل، ثم مقارنتها بما هو موجود في الفقه الإسلامي[1].

ويمكن أن تقسم الوسائل التي تعتمد عليها الزوجة في اثبات الضرر بحسب ما يغلب استعماله منها إلى وسائل رئيسية ووسائل ثانوية.

1-الوسائل الرئيسة:

وهي الوسائل التي يغلب استعمالها من قبل الزوجة في اثبات الضرر، بسبب أنها متيسرة بشكل أكبر بالمقارنة مع غيرها، وهي ترجع إلى وسيلتين: الشهادة والقرائن.

أ-الاثبات بالشهادة:

نص المشرع الجزائري في المادة 335 من ق.م على أنه الاثبات بالبيئة، والتي هي شهادة الشهود في مفهوم القانون، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: الضرب الواقع من الزوج على زوجته لا يثبت إلا بشهادة شرعية ...[2].

-**الشهادة العامة:** يحق للزوجة أن تعتمد على شهادة أقارب الزوج أو أصهاره السابقين إن كان له ذلك، ويتعين على القاضي قبول شهادتهم طبقا لما نصت عليه المادة 153 من ق.إ.م، حيث نصت في فقرتها الثالثة على جواز استدعاء هؤلاء للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق[3].

---

[1] عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والحضارة الإسلامية، الجزائر، قسم الشريعة والقانون، الجزائر، 2005-2006، ص.169.

[2] القانون 05-10، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[3] الأمر 66-154، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

والاثبات عن طريق الشهادة له اعتبار كبير في الفقه الإسلامي من حيث أنها الوسيلة الغالبة في الاستعمال، والمطلوبة شرعا في كثير من الأبواب، ومن ذلك مثلا في اثبات اعسار الزوج فقد قرر مال والشافعي أنه لا يثبت إلا بالبيئة أو الإقرار[1].

كما أن الزوجة التي تدعي غياب زوجها، وتطلب التطليق على أساسه يمكنها أن تسلك الاثبات عن طريق الشهادة، حيث يعلن الشهود لدى القاضي صحة هذه الواقعة، فإذا اعتمدت الزوجة على الشهادة في اثبات الضرر الموجب للتطليق، وقدمت هذه الشهادة مستوفية لشروطها كما نص عليها قانون الإجراءات المدنية الجزائري فإن للقاضي الحرية الكاملة والسلطة المطلقة في الأخذ والاعتماد على هذه الشهادة، حسب ما يراه مناسبا أو صالحا للبت في النزاع المطروح عليه[2].

وهذا ما يراه ما أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، حيث جاء في أحدها: "إن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير الحجج المطروحة لديهم بصفة قانونية وقوة اثباتها، ويكون قائما على أساس من القانون ومعللا كافيا الحكم الصادر بالطلاق بناء على شهادات سماع تفيد أن الزوج يتعدى على زوجته بالعنف والضرب المبرح[3].

-الشهادة الخاصة:

تعتبر الشهادة خاصة من النوع الذي تلجأ إليه الزوجة في اثبات أنواع خاصة من الضرر الموجب للتطليق، ومن ذلك مثلا اثبات العيوب الجنسية، فإنه لا مانع قانونا، ولا شرعا من أن يعرض الزوج على الطبيب في حالة إنكاره لهذا العيب، والطبيب لا يعدو أن يكون شاهدا في هذه المسألة، والفرق بين الشهادة العامة وشهادة طبيب في اثبات العيوب هو أن التقرير الذي يعده الطبيب في ذلك بعد تقرير خبرة، له في اثبات قوة كبيرة من حيث أنه لا يمكن نكران ما تضمنه من الوقائع التي أثبتها، وإن كان للقاضي السلطة المطلقة في الأخذ برأي الخبير أو رده مع تسبيب ذلك، أو استبداله، ومن قرارات المحكمة العليا التي تفيد إقرار القضاء للشهادة الطبية كوسيلة إثبات في العيوب الجنسية ما جاء في القرار التالي: حيث أن عجز الطاعن عن مباشرة زوجته المذكورة جسميا ثابت باعترافه وبشهادتين طبيتين ...، إذن فالشهادة بنوعيها العامة والخاصة متاحة للزوجة بشكل واسع في اثبات تضررها وللقاضي سلطة مطلقة في تقدير هذه الشهادة[4].

---

[1] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.03، مطبعة دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1987، ص 352.

[2] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ط.02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000، ص.73.

[3] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.61.

[4] بشير بلعيد، كيفية تعيين الخبير وقيامه بمهمته وسلطة المحكمة في التعامل مع تقرير الخبير القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة الجزائر، 2000، ص.86.

ب-القرائن:

تنقسم القرائن إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية وهذا ما سنوضحه فيمايلي:

-**القرائن القانونية:** اعتماد هذا النوع من القرائن في عملية اثبات تضرر الزوجة، ومن ثم اجابتها للتطليق يظهر في أمرين:

-في الحالات التي تنص المشرع على أنها موجبة للتطليق كعدم الانفاق، والهجر في المضجع، وغيرها مما نص عليه المشرع في كل فقرة خاصة في المادة 53 من ق.أ.ج، فإن هذه الحالات تعد القرائن قانونية على لحوق الضرر بالزوجة، ولا تطالب الزوجة فيها إلا بإثبات الواقعة التي افترض المشرع وجود الضرر فيها، فقد نصت المادة 337 من ق م على أنه: "القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات. في الاعتماد على حجية الشيء المقضي به كأن يصدر ضد الزوج حكم بالإهمال العائلي الزوجة عليه في اثبات عدم الانفاق، أو يصدر ضده حكم إدانة بجريمة تمس شرف الاسرة، أو حكم ادانته بضرب الزوجة، فتعتمد الزوجة هذه الاحكام في اثبات تضررهاK فحجية الشيء المقضي به قرينة قانونية مؤداها 1645 أن الحكم على الزوج قد صدر صحيحا من ناحية الشكل، وعلى حق من ناحية الموضوع، فهو حجة على ما قضى به[1].

وهذا ما يستفاد من قرارات المحكمة العليا في هذه النقطة، حيث جاء في أحدها : .... حيث إذا لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها لها أمام المحكمة العليا الأولى وأمام المجلس القضائي فإنه يوجد ملف حكم جزائي صادر بتاريخ 05 أكتوبر 1984 من محكمة ورقلة قضى غيابيا على المطعون ضده بسنة حبسا منفذة بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو الطاعنة وأولادها منه...، وحيث يعد إثبات هذا الإهمال المادي شرعيا وقانونيا ...[2].

وأيضا ما جاء في قرار المحكمة النقض المصرية .... لما كان كذلك، وكان الثابت من الشهادة الرسمية المقدمة من الطاعنة أمام محكمة الموضوع أن المطعون ضده قدم للمحاكمة بالجنحة رقم 780 لسنة 1985 لأنه أحدث عمدا بالطاعنة الإصابات الموصوفة بالتقرير الطبي والتي تحتاج لعلاج مدة لا تزيد عن عشرين يوما، وحكم عليه بغرامة مقدارها عشرين جنيها وتأييدا استئنافيا ... وهو ما يكفي وحده لثبوت الضرر الذي يجوز للزوجة طلب التطليق بسببه...[3]

[1] الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 105

[2] عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص.207.

[3] جرادة لخضر، المرجع السابق، ص.519.

-**القرائن القضائية:** ويتوافق القانون في اعتبار القرائن من وسائل الاثبات مع ما هو منصوص عليه في الفقه الإسلامي من جواز اثبات تضرر الزوجة بالقرائن، وهذا ويتمتع القاضي بسلطة واسعة في الاثبات بالقرائن القضائية، بشكل لا يوجد في أدلة الاثبات المباشر، إذ يمكنه أن يستمد القرينة ليس فقط من وقائع وظروف النزاع المطروح امامه، بل كذلك من خارج دائرة هذا النزاع، كما أنه لا يتقيد في سلطته هذه بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطريقة القانونية[1].

2-الوسائل الثانوية:

وهي الوسائل التي يمكن للزوجة أن تلجأ إليها إذا لم تستطيع الحصول على إحدى الوسائل الرئيسية، وتتمثل في هذه الوسائل الثانوية في الإقرار، اليمين الكتابة، وهناك النوعين من اليمين المواد 343 و 348 من ق م ج.

أ-الإقرار:

إن إقرار الزوج بالواقع المنطوية على الضرر الذي لحق الزوجة، كاعترافه بعدم الانفاق، أو اعترافه بوجود العيب الموجب للتطليق، أو بهجره لزوجته، أو بضربه لها، أو بشتمه لها، أو بعدم عدله بينها وبين ضرتها، وغيرها من الاضرار، يعفي الزوجة من تقديم أي دليل لإثبات ما تدعيه، ولذلك يذهب كثير من الباحثين إلى عدم اعتبار الإقرار من طرق الاثبات إلا تجوزا وذلك لأن صدور الإقرار من المدعى عليه يعني أن الدعوى لم يبق متنازع فيها، ولا داعي إلى اثباتها[2].

ب-اليمين:

وقد نصت على هذين بالقاعدة التي تفرض عليه ألا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطريقة القانونية، وهناك نوعين من اليمين المواد 343 و348 من ق.م.ج، فيحق للزوجة التي تدعى ضررا ولم تستطع اثباته أن تطلب توجيه اليمين إلى زوجها المنكر، فإذا حلف خسرت الزوجة دعواها، إلا أن تأتي ببيئة بعد ذلك، فإنها تقبل منها على قول جمهور الفقهاء[3].

ج-الكتابة:

الإثبات بالكتابة هو الوسيلة التي يستعملها المتقاضي بواسطة دليل لإثبات حقيقة اتفاق ما أو واقعة قانونية التي هي مصدر الحق المدعى، ويستثنى من ذلك حالة التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد

[1] عبد الله عابدي، المرجع السابق، ص.120.

[2] جرادة لخضر، المرجع السابق، ص.520.

[3] سيد سابق، فقه السنة، ج.03، ط.04، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، 1983، د.ب.ن، ص.346.

الزواج، فإنه قد يستعان بالكتابة إثبات تلك الشروط المتفق عليها، حيث أن الغالب فيها أن تكون مثبتة في ورقة رسمية، ولكنها أن تثبت بها واقعة مخالفتها من طرف الزوج[1].

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في التعويض عن الضرر في حالة التطليق

إن قانون الاسرة لم يحدد للقاضي حدا معينا للتعويض كما لم يبين له الأسس التي يعتمدها في تقدير التعويض وانما جعل ذلك خاضعا لمطلق اجتهاده، وعليه سنحاول بيان كيفية تقدير القاضي للتعويض وما هي الأسس التي يستند عليها في ظل غياب النص القانوني الذي يبين له ذلك.

أولا: أسس تقدير التعويض

1-في حالة التطليق:

لم تتطرق الشريعة الإسلامية لإمكانية تعويض الزوجة في حالة التطليق أو نشوز أحد الزوجين، غير أنها أرست لنا قاعدة من قواعد الدين الكبرى تتجلى في قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار، فهذه القاعدة جاءت عامة دون تخصيص أو تقييد لضرر دون آخر، وبالتأكيد فإنه لا يوجد ضرر أعظم من الضرر الذي قد يلحق بالمرأة نتيجة إيذاء زوجها سواء بالقول أو الفعل ولابد من ازالته عن طريق التطليق ومنح تعويض للزوجة يكون جابرا لما أصابها من ضرر[2].

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير الضرر نجد أنها ترتكز على أساس واحد يتمثل في مدى جسامة الضرر الذي أصاب الزوجة والذي يقدره القاضي بالاعتماد على المعيار الشخصي، لأن ما يشكل ضررا بليغا لزوجة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لزوجة أخرى، وعليه فإن القاضي يقوم بتقدير مبلغ التعويض استنادا إلى حجم الضرر الواقع وهذا من شأنه أن يكفل تعويضا عادلا للزوجة دون ان يكون فيه اثراء لها على حساب زوجها، كما أنه لا يمكن في حالة التطليق الأخذ بظروف الزوج عند التقدير باعتباره المسؤول عن هذا الضرر[3].

2-في حالة النشوز:

إن أعظم ما يهدم الاسرة وينخر جسدها هو الشقاق وفساد ذات البين، لذلك جاء القرار أنه لا يحكم بتعويض الزوج إلا في حالة ثبوت نشوز الزوجة، ومن الثابت في قضية الحال أن القاضي الأول قضى بالتطليق

[1] الغوتي بن ملحة، المرجع السابق، ص.31.

[2] جرادة لخضر، المرجع السابق، ص.526.

[3] اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.207.

للضرر الحاصل للطاعنة بسبب الضرب الذي يجعلها متضرر فعلا ولا يمكن معه اعتبارها في حالة نشوز، وعليه فإن قضاء المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالطلاق لنشوز الطاعنة مع إلزامها بأن تدفع للمطعون ضده تعويضا قدره ثلاث مئة ألف دج عن الاضرار التي تحملها من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة خالفوا القانون خاصة أحكام المادة 57 و 55 من قانون الاسرة الجزائري، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه، وعليه يمكن أن نستخلص من هذا القرار أن من بين الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن النشوز ما تكبده الزوج من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة، دون الاعتداد بظروف الطرف الناشز[1].

أما في حالة نشوز الزوج فإن المشرع خول للمرأة إضافة إلى استحقاقها لكامل الصداق فإنها تستحق التعويض بحجم الضرر الواقع لها من دون النظر إلى ثروتها أو ثروة الزوج الناشز وانما يكون تقدير التعويض شخصيا بحجم الضرر اللاحق بها.

ثانيا: مقدار وطريقة دفع التعويض

بالرجوع إلى القضاء نجد أن المبادئ القانونية التي استقر عليها في ذلك أن تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي الموضوع ما دام لا يوجد نص في القانون يلزم القاضي بمعايير معينة او مبلغ محدد يستند إليها في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبنيا على أسس لها أصل ثابت بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الاضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت المضرور ، ذلك أن التعويض بمقدار الضرر وجودا وعدما، وعليه لا يكون هذا التقدير محل طعن ما دام أنه غير كاف لجبر الاضرار وأدى وظيفته في ترضية المضرور ولا تعقيب على المحكمة إن هي قضت بتعويض اجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر على حدى وبينت وجه أحقية طلب التعويض الذي يدفع مقابل الضرر الناجم عن التطليق أو النشوز فبالنسبة للتطليق نجد أنه في حالة فك الرابطة الزوجية قبل البناء بطلب من الزوجة وهذا لثبوت تضررها فإن هناك من الاحكام القضائية ما منحت للزوجة الحق في نصف الصداق الذي يعد تعويضا لها وجبرا للضرر الذي ألم بها، كما نجد أحكاما أخرى تقضي لها بنصف الصداق إضافة إلى مقدار مالي تعويضا عن الأشرار المادية والمعنوية اللاحقة بها[2].

أما فيما يتعلق بنشوز أحد الزوجين فنجد أن الاحكام القضائية لا تستند كلها إلى ما تكبده المضرور من مصاريف الزواج وانما تمنح تعويضا اجماليا نقدا، لا يختلف في مجمله عن مقدار التعويض في حالة

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف 245209 بتاريخ القرار 2000/06/20، اجتهاد القضائي، عدد خاص، 2000، ص.263.

[2] اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص.210.

الطلاق التعسفي وبالتالي التعويضات الممنوحة نتيجة نشوز أحد الزوجين هي زهيدة جدا مقارنة بحجم الضرر اللاحق بالطرف المضرور.

وعليه يتضح مما سبق أن الأساس الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض هو حجم الضرر الواقع على المضرور ويعتمد القاضي في تقديره على المعيار الشخصي الذاتي، لأن الضرر يختلف من شخص إلى آخر[1].

ثالثا: وقت تقدير التعويض عن الضرر

إن تاريخ تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن حالة التطليق والنشوز يكون من يوم الحكم باعتبار أن الحكم القضائي ليس مصدرا للحق في التعويض، إلا أنه يقوم الحق في التعويض ويقومه، فالحكم بالتعويض هو مقرر للحقوق وليس منشأ لها وعليه يدخل في حساب التعويض كل ما لحق المضرور حتى هذا التاريخ ويصبح التعويض ملزم الدفع بموجب هذا الحكم الذي عزز الحق في التعويض، وعليه نجد الوقت الذي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض هو تاريخ الحكم وليس وقت حصول الضرر[2].

وعليه نستخلص في الأخير إلى نتيجة مفادها أن لقاضي شؤون الاسرة سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز في ظل انعدام نص قانوني يبين له المعايير القانونية التي يستند إليها في التقدير، ونجد أن القاضي يقوم بنشاط ذهني في تقدير ذلك استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة في دمجها عند التقدير.

المطلب الثاني:

تقدير القاضي للتعويض في حالة الطلاق التعسفي

إن أساس العلاقة الزوجيّة الصحبة والاقتران القائمان على الود والتآلف، لكن إذا اشتدّت الخلافات ولم يجد الزوجان الحل لمشاكلهم، وأصبح البقاء تحت السّقف الواحد يسبّب الشقاء والتعب لهما، أباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطّلاق، ولقد أعطت الشريعة الإسلامية للزوج الحق في الطلاق بإرادته المنفردة متى دعت إليه الضرورة، وبعد استنفاذ طرق الإصلاح المشروعة دون الحاجة إلى إرادة الزوجة في ذلك كونه مالكا للعصمة، إلا أن الزوج قد يسئ ممارسة هذا الحق فيكون متعسفا في طلاقه.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، تمثل الفرع الأول في مفهوم الطلاق التعسفي، أما الفرع الثاني فتمثل في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

---

[1] جرادة لخضر، المرجع السابق، ص.528.

[2] جرادة لخضر، المرجع نفسه، ص.528.

الفرع الأول:

مفهوم الطلاق التعسفي

إن اغلب القوانين العربية تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي ويمكن وضع تعريف للطلاق التعسفي هو أن يطلق الزوج زوجته من دون حاجة أو مسوغ شرعي ويكون أثم عند الشارع بيده، فالطلاق التعسفي يجب أن يبرر وبدون سوء تصرف من الزوجة ، وبدون طلبها أو إيقاعها بدون سبب معقول وجدي يعتبر الزوج متعسفا في رضاها وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة وبالتالي يتحمل النتائج المترتبة عليه، كما يعتبر التعسف في استعمال الحق في الطلاق خروج به عن الحكمة التي قضت إباحته كالطلاق في مرض الموت، والطلاق بغير سبب مشروع رغم ذلك يتمادى الزوج في موقفه المتطلب[1].

أولا: تعريف الطلاق التعسفي

يمكن القول انه سمي الطلاق تعسفي لان الزوج صاحب الصلاحية في إيقاع الطلاق، قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع من إيقاع الطلاق وإنهاء الرابطة الزوجية عند وجود سبب يبرر إنهاءها ، فلا يجوز استخدام الطلاق كوسيلة لإيذاء الزوجة، والمقصود من مناقضة قصد الشارع مخالفة ومضادات قصد الشارع في إيقاع الطلاق الذي يقصد به الخلاص من الحياة الزوجية التي يعترضها بعض العوارض التي لا تستقيم معها مصالح الأسرة ، وتستحيل فيها الحياة بين الزوجين وتصبح لا تطاق فكان الطلاق أمرا تحتمه الضرورة مع ما يترتب من إضرار وذلك دفعا لضرر اشد واكبر ، فكل طلاق قصد المكلف فيه غير قصد الشارع أو قصد به مجرد الضرار فهو غير مشروع لمخالفته قصد الشارع [2].

فالطلاق التعسفي هو أن يسيء الزوج استخدام حقه في الطلاق الموكل إليه شرعا وان يقوم بذلك دون سبب أو حاجة تدعوا إليه فيكون مناقضا لقصد الشارع وهو دفع الضرر، ولقد تناول المشرع الجزائري التعسف في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها غير انه لم يعطه تعريفا دقيقا تاركا المجال للفقه الشرعي والقانوني، إلا انه جسد مظاهره في المادة 124 من القانون المدني وبالتالي الطلاق التعسفي ماهو إلا تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق[3].

---

[1] محمد صبري السعيدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص.162.

[2] كباب سميرة، مؤمن الحاج، الطلاق التعسفي في قانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2014–2015، ص.08 .

[3] باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ج.01، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن، ص.94.

وفي الأخير فالزوج أن يبرر ذلك التبرير الشرعي ويثبته قانونا عند استعماله لحق الطلاق وان لجوءه دون عذرا شرعيا يعتبر تعسفا في استعمال حقه مما يلحق الضرر بالزوجة ويتوجب التعويض عندها.

ثانيا: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

للقاضي في القانون الجزائري الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي على الزوج الذي أساء استعمال حق الطلاق لفائدة الزوجة التي لحقها ضرر من جراء هذا الطلاق، ولكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر شروط تقدرها فيما يلي:

1-أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين:

لا يتم تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقدا بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لابد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وان تمكنه من الاستمتاع بها، فإذا تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا، فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول، وان ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي، وليس من طبيعة التعويض عن تعويض عن طلاق من الدخول، وإنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليست من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها ما يلي: من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسالة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومن تبين من قضية الحال أن الأسباب التي عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وان عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن[2].

2-أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة:

إن العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه وسلم، وفكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها، والتي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية وأخرى غير مالية، فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة، أما الغير مالي فيتلخص أساسا في العدل بين الزوجات إذا كان متزوج بأكثر من واحدة، وعدم الإضرار بالزوجة، والأدلة

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص.87.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 216865 بتاريخ 16-03-1999، اجتهاد قضائي، ص.256 .

الشرعية عديدة بهذا الخصوص سواء من القرآن الكريم، أو من السنة أو بإجماع الفقهاء، وعليه فمقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه تجاه زوجته من هذه الواجبات أعطى حق الطلاق بإرادته المنفردة لكونه الأحرص على بقاء الزوجية التي انفق في سبيلها المال الكثير خاصة بعد الطلاق من تبعات تجعله اصبر ما يكره من المرأة[1].

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفيا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فان كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ بعد فهما خاطئا للقانون، ولما كان من ثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فان قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بان الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال[2].

3-أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق:

يعد هذا الشرط من بين الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر، وتقديره يخضع لسلطة المحكمة التقديرية بناء على معايير التعسف، والتي تبين في وقائع الدعوى ما إذا كان لدى الزوج سبب شرعي لإيقاعه الطلاق أم لا حيث يبقى على المحكمة إجراء تحقيقاتها وتسمع البيانات والتفاصيل عن جدية الأسباب التي أدت إلى إيقاع الطلاق، وبناء على ذلك ليست للمحكمة أن تصدر حكمها دون الخوض في أسباب الطلاق وتعتبره تعسفا وتلزم الزوج بالتعويض عنه، وغلا كانت هي الأخرى متعسفه[3].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا أنه "من المقرر قانونا الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فعن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف، أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا، والشائع لدى المحاكم الجزائرية هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه ،

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص.90.

[2] بن عمارة صورية رانيا، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019-2020، ص.78.

[3] خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012 ، ص.132.

لا سيما الطاعة وحسن التدبير ، أو ارتكابها لفعل يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية غير أن الزوج مطالب بتبرير طلاقه وينبغي عليه أن يؤسسه بدليل قاطع وإلا عد متعسفا في إيقاعه الطلاق[1].

4-أن يترتب على الطلاق ضرر:

يعد الضرر الحاصل للمرأة جراء واقعة الطلاق، شرطا ضروريا يجب توافره لاستحقاقها للتعويض وهذا الشرط وقوع الضرر تناولته معظم قوانين الأحوال الشخصية بالنص، أما بخصوص المشرع الجزائري فقد تناول عنصر الضرر اللاحق بالمرأة من جراء الطلاق وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 52 المعدلة بالأمر 05-02 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وعند تحليلنا لهذا النص نجده قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي، إذ تبين له بان الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعته الطلب، تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها و أو لحقها ضرر جراء هذا التعسف، فلا بد من حفظ حقوق المرأة بالكامل من صداق ومتاع، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي، وبهذا يجب توفر شرطين أساسيين هما التعسف، والضرر الناتج عنه[2].

والمعمول في الغالب أن عنصر الضرر مفترض في جميع قضايا الطلاق، من دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج غير جدي، أو منعدم تماما لان انعدام التبرير أو كونه غير كافي يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حق الطلاق، وبالتالي ينتج عنه ضرر واقع ومحقق، وتقدير هذا الضرر مسؤولية قضاة الموضوع ، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا انه من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسالة موضوعية من الاختصاص، وتقدير قضاة الموضوع أن يكون الطلاق بائنا، وأن يستحق التعويض بناءا على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا وفق إجراءات الدعوى، وعليه ان تحققت هاته الضوابط والشروط جاز للزوجة المطلقة الحكم لها بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بها من قبل الزوج[3].

الفرع الثاني:

تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

عند إصرار الزوج على إيقاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته أو تبين للقاضي انه تعسف في ذلك، إذ لا يكون أمام القاضي سوى جبر الضرر المترتب عن فك الرابطة الزوجية بطريقة تعسفية ، وقد أعطى

[1] باديس ديابي، المرجع السابق، ص.187.

[2] بن شيخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.01، دار الخلدونية ، الجزائر، 2008، ص.187.

[3] طارق سعيد، التعسف في فرق الزواج وأثاره دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2012-2013، ص 204 .

المشرع السلطة للقاضي في تقدير التعويض للزوجة المتضررة ، ويعتبر التعويض الأثر الثابت في حال وقوع الضرر من جراء الطلاق التعسفي معتمدا القاضي في ذلك على أسس وكيفية التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة وهذا ما سنبينه في هذا الفرع حيث سنتناول أسس التعويض عن الطلاق التعسفي (أولا)، ومقدار التعويض عن الطلاق التعسفي (ثانيا)، أما (ثالثا) خصصناه لطرق وكيفية التعويض عن الطلاق التعسفي.

أولا: الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي

إن حق الزوج في إحداث اثر الطلاق حق أصيل وله أن يستعمله دون النظر إلى إرادة الزوجة في وقوعه، وبالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على التعويض في الطلاق في نص المادة 52 وجاء فيها :" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[1].

وعليه لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 27-01-1986 انه : من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل إلى تعويض احدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة، فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا، يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية أي أن دوافع الطلاق كانت كاملة من طرفه، فإذا كان جانبا من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض، فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت، إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة لضررها من هذا الطلاق[2].

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق يتحملها الزوج، وجانب آخر تتحمله الزوجة، وهذا ما أخذت به محكمة البيض في حكمها الصادر في 05-05-2001 ، إذا قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منها وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة، ففي هذه الحالة انعدم التعسف، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض، كما قضت المحكمة العليا في قرار لها الصادر في 15-11-2006، والذي نص أنه يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها، حيث يتضح من هذا القرار أن قضاة المجلس حملوا

[1] القانون 05-02 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 27-01-1986، ملف رقم 39731، المجلة القضائية 1993، ع.01، ص.61.

المسؤولية على الزوج والزامه بالتعويض نظرا لتفويت فرصة الزواج عليها ، وقد قضت المحكمة العليا في هذا القرار بقبول الطعن شكلا وموضوعا[1].

وهناك قرار آخر أيضا يوضح الأساس القانوني الذي اعتمده قضاة المحكمة العليا وهذا في القرار الصادر في 17-11-1998 حيث نص أنه من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فان القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحمل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا، وعليه فإن عدم إثبات تعسف الزوج أو نشوزه يعفيه من تعويض المطلقة، فانعدام هذا الأساس يكون الزوج غير مسؤول عن الطلاق ولا يتحمل التعويض، وبالتالي فعلى القاضي عند حكمه بالتعويض للمطلقة أن يعتمد على أساسين هما:

1-إثبات للقاضي تعسف الزوج في طلاقه:

في هذه الحالة إذا ثبت أن الزوج طالب الطلاق لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أو لقصد الإضرار بها، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية كان يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى، أو يطلقها لأنها رفضت أن تفرغ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى وهو ما نفسره بخروج صاحب الحق من الغاية التي لأجلها وضع الحق، وعليه فمسؤولية الزوج وحدها التي ترتب حق التعويض للمطلقة بمعنى أن تعسف الزوج في استعمال الحق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق التعويض للزوجة المطلقة[2].

2-إلحاق الضرر بالزوجة جراء الطلاق:

وهو أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها وان كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها ثم بعد ذلك طلقها دون أن ترتكب أي خطا من جانبها، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما تجنبه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال العصمة بيد الزوج، وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق ودور القاضي هنا هو مجرد شاهد الإرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير

[1] بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص.94.

[2] مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص.284.

مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، إما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح وليس للقاضي هنا إلا أن يحكم للمطلقة بالتعويض الملائم[1].

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فان المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر نفترضه دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم تماما، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق، وقد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15-06-1999 قضت بموجبه انه " من المقرر قانونا انه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ، ومن ثم فان النعي على هذا القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله متى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون[2].

ولهذا فانه ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البيئة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفوعاته يخسر دعواه، إلا انه في مسائل الطلاق خروجا عن القواعد العامة، فان القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقم هذا الأخير البيئة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على أن قرار القاضي بالطلاق في التسبيب لأنه مجرد شاهد الإرادة الزوج، وقد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في 23-05-2000 أين قضت بموجب أن القرار الذي لا يكون مسببا بما فيه الكفاية يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج فان البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض وإقرارهم بالقصور في التسبيب، وعليه فان قام الزوج برفع دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤولياتها يتوجب عليه إثبات ذلك[3].

[1] مسعودة نعيمة الياس، المرجع نفسه، ص.285 .

[2] بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص.96.

[3] مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق، ص.286.

ثانيا: مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض هو نتيجة حتمية لقيام مسؤولية الشخص، حيث أن للمضرور عند قيام هذه المسؤولية سعى إلى الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به، فالقاضي عند تقديره للتعويض في الطلاق لابد أن يراعي في ذلك عناصر واعتبارات يتوجب عليه أخدها بعين الاعتبار.

1-عناصر تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:

وتتمثل في عنصرين وفق ما يلي:

أ-مراعاة ظروف الملابسة

يقصد بظروف الملابسة هي الظروف الشخصية الخاصة بالمضرور، فالتعويض يقاس على الضرر الذي أصاب المضرور بالذات فتقدر على أساس ذاتي لا موضوعي، على أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار حالة المضرور العائلية، وحالة الزوج المالية وبغض النظر عن غنى وفقر الزوجة[1].

ب-مراعاة سوء نية الزوج:

إن مسالة حسن النية هي مسالة موضوعية والتي تستأثر بتقديرها بالحرية المطلقة، فالقاضي يستخلص عنصر النية من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه ومن الوقائع المعروضة في دعوى الطلاق، ولذا تتجلى سوء نية الزوج من خلال استناده في طلب فك الرابطة الزوجية بمبررات وأسباب غير مشروعة ومؤسسة ، فهنا يظهر مدى قصد الزوج بالأضرار[2].

2-أخد القاضي باعتبارات التعويض عن الطلاق التعسفي:

تمثل هذه الاعتبارات أساس في الاعتبارات المتعلقة بمدخول الزوج وظروف معيشته واعتبارات المتعلقة بدرجة تعسف الزوج وبعدد سنوات العشرة.

أ-الاعتبارات المتعلقة بمدخول الزوج وظروف معيشته:

إن التعويض يقدر بحال الزوج يسرا وعسرا أي على اليسار والسعة في المال وما يناسبه وعلى الفقير ما يتلاءم مع حقه فالشريعة الإسلامية تراعي الواقع وتعيش معه لتبني المجتمع الفاضل وتربي أولاده على الوفاء وحسن المعاشرة وظروف المعيشة يقصد بها الظروف الموضوعية وليست الشخصية، وبالتالي فالقاضي

[1] بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص.97.

[2] كباب سميرة، مومن الحاج، المرجع السابق، ص.45.

إذا تبين له من وقائع الدعوى أن الزوج يتقاضى دخل ضئيل أو كبير بحسب الحال فيأخذ بعين الاعتبار في بناء حكمه بتعويض يتناسب مع دخل الزوج[1].

ب-الاعتبارات المتعلقة بدرجة تعسف الزوج وبعدد سنوات العشرة الزوجية:

يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار ظروف الطلاق ومدة الزوجية، فيبدأ القاضي بضبط الضرر والوقوف عند حجمه، فالقاضي عليه أن يراعي جسامة الخطأ في الطلاق، بحيث يستخلص جسامته، وفق مدى تعسف الزوج في استعمال حقه فيرجع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الخطأ الجسيم ويراعي كذلك القاضي عدد سنوات العشرة الزوجية فالزوج من خلال إيقاعه لطلاقه فهذا فيه مضرة وضياع المستقبل الزوجة وتفويت الفرصة لها قد لا تعود[2].

ج-تحديد مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي:

إن المشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة في تحديد وتقدير مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي فلم يبين الحد الأدنى ولا الحد الأقصى للتعويض كما لم يبين كيفية دفعه وإنما ترك ذلك على عاتق القاضي والذي قد يختلف من قاضي لأخر كل حسب وجهة نظره مما ينتجعنه هضم لحقوق الغير فقد جاء في قرار المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فان تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ بعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار الحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غنى احدهما أو فقر الآخر دون اعتبار كذلك المقدار ما يتقضاه الزوج كأجرة شهرية المعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف وإعطاء شئ غير مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة[3].

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض، لا سيما إذا حكم بغير ما هو مألوف كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت

[1] كباب سميرة، مومن الحاج، المرجع السابق، ص.62.

[2] بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص.98.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 02-04-1984، ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989 ع.02، ص.61.

سنين عديدة، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد، فإنه ورغم ماله من سلطة تقديرية، فهو مجبر على تسبيب ذلك ، وإلا كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب[1].

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 12-07-2007 قضت بأن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم، وفي قرار أخر للمحكمة العليا في 18-06-1991 بأنه من المستقر عليه قضاء أن تحديد المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد قصورا في التعليل، كما صدر عن مجلس قضاء بجاية في 07-07-2004 قرار قضى بالمصادقة مبدئيا عن الحكم المستأنف فيه، وتعديله برفع مبلغ التعويض إلى 300000 دج فأقام الطاعن طعنا على أساس القصور في التسبيب، إذا اكتفى بالقول أن العشرة الزوجية دامت طويلا تفوق أربعين سنة[2].

وبالتالي جبرا للضرر اللاحق بالمستأنفة المطعون ضدها حاليا، يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 300000 دج، وأن المبلغ المحكوم به جد مبالغ فيه بالنظر إلى القدرة المالية للطاعن، الذي لا يتقاضى إلا منحة التقاعد لا تكاد تكفيه، ولكن المحكمة العليا قد فصلت في هذا الطعن بعدم قبولها لهذا الادعاء لان الطاعن لم يقدم إلى قضاة الاستئناف وثائق ليتم تجاهلها في قرارهم المنتقد ، كما انه لم يذكر الطلبات التي قدمها ولم يجيبوه عليها، وحيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فان طلاق امرأة بعد زواج دام الربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين، مما يستلزم ردهما وتبعا لذلك رفض الطعن فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا[3].

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الأسعار وتغييرها، وهي مسالة متروكة لتقدير قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار

[1] عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982، ص.282.

[2] بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص.99.

[3] عمار بن احمد، السلطة التقديرية القاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل التخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2005-2008 ، ص 38.

مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق، ومن شانه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة[1].

وما نستخلصه من كل ما سبق أن مسالة التعويض ترجع إلى القاضي في تقدير وتحديد مبلغ التعويض جبرا للضرر اللاحق بالزوجة سواء كان الضرر مادي أو معنوي، وبرأي أن المشرع قد وفق في ذلك باعتبار أن الأسباب والدوافع تختلف باختلاف الأشخاص والظروف المحيطة بهما.

[1] مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2006-2007 ، ص.134.

خلاصة الفصل:

نلخص في هذا الفصل أن المشرع الجزائري كرس مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي ومنح لقاضي شؤون الاسرة بموجب نصوص القانون دورا بالغ الأهمية فيه، إلى طبيعة العلاقة وكذا ما تتميز به القضايا التي يعالجها، إضافة إلى قلة نصوصه وغموضها خاصة في هذا المجال فكل هذه الأسباب جعلت لقاضي شؤون الاسرة دورا إيجابيا في مسألة التعويض عن الضرر، حيث لا يتوقف دوره عند تقدير مبلغ التعويض وانما يتعدى ذلك إلى تخويله سلطة تقديرية واسعة في بحث مدى استحقاق التعويض، كما لم يحدد له طريقة التعويض أو صوره، حيث اكتفى فقط بأنه "إذا ترتب ضرر ... حكم بالتعويض"، تاركا المجال واسعا للقاضي إعمال نشاطه الذهني للبحث في مدى توفر هذا الضرر وقيامه.

كما خول المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة مهمة أخرى تتمثل في ضرورة إزالة هذا الضرر من خلال تقرير تعويض كامل يشمل معالجة الضرر وجبره، فالتعويض هدفه إصلاح الضرر وترضية المضرور، فأساسه جبر التلف والضرر الذي حصل بتعويض كامل، وهذا التعويض يحمل في طياته ردعا للمتسبب في الضرر وترضية للمضرور.

خاتمة

خاتمة:

يعتبر الزواج من أهم المواضيع التي تولاها الشارع الحكيم بالرعاية وأفضى عليه قدسية خاصة، مما جعله أكثر العقود أهمية بين سائر العقود الأخرى وذلك لمل يترتب عليه من أثار لا تقتصر فقط على الزوج أو الزوجة فقط إنما تمتد إلى المجتمع بأكمله فأولى له الإسلام عناية كبيرة، غير أنه ورغم الأهمية التي يحظى بها الزواج إلا أن الحياة الواقعية والعملية تثبت بين الحين والأخر أن هناك حالات ال ميكن معها تحقيق هذه المقاصد السامية للزواج، فيمكن للحياة الزوجية أن تصاب بما لا يستطاع معه دوام العشرة وبالتالي يقع الإنفصال.

فقد باتت حالات الإنفصال بين الزوجين كثيرة حتى صعب علينا إحصائها، ويكون بعضها لأسباب جدية والكثير منها لأسباب واهية وتافهة كما يؤكد الكثير من المختصين، ولا محالة أن الفرقة الزوجية تسبب ضررا لكلى الزوجين، لكن طالبها وموقعها هو من توجب عليه عقلا وشرعا وقانونا بتعويض الضرر الناتج عنها للطرف الآخر، غير أن هذا التعويض لا يكون إلا إذا ثبت التعسف وعدم وجود المبرر الشرعي أو القانوني الذي يدفع إلى إنهاء العلاقة الزوجية، ولأن هذه الفرقة قد تكون من الزوج أو الزوجة فإن صور وأشكال التعويض تتغير بتغير سبب الفراق، كما أن تقدير هذا التعويض تحكمه ضوابط لابد أن يراعيها القاضي دون الإخلال بسلطته التقديرية.

ومن خلال ما سبق توصلنا إلى مجموعة من النتائج تمثلت في:

– إن المشرع الجزائري ورغم اعترافه الصريح للطرف المتضرر بالحق في التعويض إلا انه لم يضع ضوابط ولا معايير لذلك.

–الضرر الناتج عن فك الرابطة الزوجية قد يكون ماديا وقد يكون معنويا وكلاهما يستوجبان التعويض.

– التعويض أساسه التعسف في استعمال الحق في فك الرابطة الزوجية غالبا، سواء كان التعسف من الزوجة أو الزوج.

– إن المشرع الجزائري لم ينص على أساس التعويض لا في الخطبة ولا في الطلاق التعسفي ولا في التطليق، سواء بالاعتماد على النظرية العقدية أو التقصيرية، تاركا الأمر مفتوحا للسلطة التقديرية للقضاء.

– إذا تم العدول عن الخطبة من أحد طرفيها ولحق الطرف الآخر ضرر وجب الحكم له بالتعويض على هذا الضرر شرعا وقانونا.

– القضاء الجزائري جاء مكرسا لما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 05 ق.أ.ج سواء في تحديد الطبيعة القانونية لخطبة، او من حيث العدول والتعويض.

– أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تقدير واسعة في مسألة التعويض عن الضرر الناتج عن التطليق.

وعلى ضوء هذه النتائج نقترح بعض التوصيات:

– توعية أفراد المجتمع على ضرورة الحفاظ على الروابط الأسرية خاصة الزوجية عن طريق والى ضرورة التحلي بالحكمة واليقظة لمواجهة المشاكل وحلها دون اللجوء إلى الطلاق.

– أن يضع المشرع الجزائري بين يدي قاضي شؤون الاسرة، المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في تقدير التعويض، وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة، أو في حالة التعويض عن الطلاق التعسفي.

– إعادة النظر في قانون الأسرة لاسيما تنظيم أحكام الطلاق التعسفي والتعويض عنه ووضع القواعد والضوابط المحددة له ضمن مواد قانونية واضحة ودقيقة لا يسودها نقصان ولا غموض.

– دعوة الباحثين إلى دراسة معمقة تتناول كيفية تنفيذ الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر في مجال قانون الأسرة لأنه موضوع جدير بالدراسة لما يتضمنه من إشكالات عملية.

– ضرورة صياغة نصوص نتناول بعض المواضيع التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأسرة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أ-بخصوص المراجع:

1-المراجع الفقهية:

-إبراهيم السامرائي، المصطلح الإسلامي، دار الحداثة، بيروت، لبنان، 1990.

-ابن منظور أبي الفضل جمال الدين، لسان العرب، د.ط، دار صادر، بيروت، لبنان.

-ابن منظور جمال الدين لسان العرب، م.4، د.ط، دار بيروت للطباعة، بيروت، د.س.ن.

-أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإدارية والغير إرادية دراسة فقهية و قضائية، ط.01، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

-احمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط.01، دار السلام، القاهرة، مصر، 2003.

- أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، ط.01، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ج.01، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن.

- بشير بلعيد، كيفية تعيين الخبير وقيامه بمهمته وسلطة المحكمة في التعامل مع تقرير الخبير القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دار البعث، قسنطينة الجزائر، 2000.

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة، ط.04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

-بن زيطة الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2007.

-بن شيخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط.01، دار الخلدونية ، الجزائر، 2008.

- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي بين الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

-حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية والتقصيرية والتعاقدية، مطبعة حداد، البصرة، العراق، 1968.

-حسن خنتوش الحسناوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

-الحمد محمود أبو هشيش الصلح وتطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية، ط.01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

-خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2012.

-الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، م.03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

-سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، 1981.

-سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1998.

- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.02، دار النشر أريني للطباعة، د.ب.ن، 1988.

-سيد سابق، فقه السنة، ج.03، ط.04، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، 1983، د.ب.ن.

-طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث، دار الكتاب القانونية، مصر، 2002.

-عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1998.

-عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ج.01، ط.02، دار الفكر، د.ب.ن، 1968.

-عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط.01، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009.

-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.01، منشورات الحلبي، لبنان، 1998.

-عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964.

-عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا، دار الفكر العربي، مصر، 1970.

-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.

-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوب جديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.02، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

-عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، دار النفائس، الأردن، 1998.

-عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط.01، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

-عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، د.ط، دار الفكر، د.د.ن، 1993.

عزيز كاظم، جبر الضرر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، ط1 ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

-علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، د.ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، 1996.

--علي سليمان علي، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1984.

-علي فيلالي، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، د.ط، موقع للنشر، الجزائر، 2002.

-عمر بن سعيد، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

-الغوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي المجلة القضائية، ع.01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.

–الغوتي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، ط.02، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2000.

–الغوتي بن ملحة، قواعد وطرق الاثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

–فتحي الدريني، دراسات وبحوث في الفكر الإسلامي المعاصر، ط.01، دار تقية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1988.

–فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د.ط، منشورات أمين، الجزائر، 2009.

–فهد عبد الكريم أبو العلم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2005.

–كمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

–لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2016.

-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.03، مطبعة دار الفكر العربي، د.ب.ن، 1987.

-محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط.1، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 2008.

-محمد صبري السعيدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، 2009.

-محمد على الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007.

-محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط.01، دار النفائس، الأردن، 2007.

-مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.

-منال محمود المثني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه واثاره، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

-منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية الإلتزام، ج.02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

-منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الهدى، الجزائر، 2010.

-نبيل إسماعيل عمر، التقدير القضائي المستقبلي، ط.01، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1999.

-نصير صبار لفتة الجبوري، التعويض العيني، دراسة مقارنة، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

-وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، ط.09، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، 2012.

2-المذكرات والرسائل العلمية:

1-إسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة ماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2010-2011.

2-أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.

3-بالضياف خزاني، مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العام، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2007-2008.

4-بن عمارة صورية رانيا، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019-2020.

5-بودية نادية، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2020-2021.

6-بولقرون كنزة، أثار الخلع بين الشريعة والقانون، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2018-2019.

7-جرادة لخضر، التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2020—2021.

8-حياة خطاب، الطلاق التعسفي وأثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2014-2015.

9-سناء خميس، المسؤولية الموضوعية للمنتج كألية تعويضية لضحايا حوادث المنتوجات المعيبة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014-2015.

10-طارق سعيد، التعسف في فرق الزواج وأثاره دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2012-2013.

11-عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والحضارة الإسلامية، الجزائر، قسم الشريعة والقانون، الجزائر، 2005-2006.

12-عمار بن احمد، السلطة التقديرية القاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة لنيل التخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2007-2008.

13–قردي سمية، بن تومي سامية، التعويض عن الضرر المعنوي، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2018–2019.

14–كباب سميرة، مؤمن الحاج، الطلاق التعسفي في قانون الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2014–2015.

15–لحمر يوسف، بن عمر الحسين، التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة، مذكرة ماستر، تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، الجزائر، 2020–2021.

16–مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مذكرة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008–2009.

17–مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي بشار، الجزائر، 2006–2007.

3–المقالات العلمية:

1–جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق المرأة بين التراجع والتمسك، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع.12، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

2–راضية بشير، محمد لنكاز، حق الزوج في التعويض عن فك الرابطة الزوجية بالخلع، م.10، ع.03، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مخبر النقل البحري والموانئ في الجزائر، جامعة سكيكدة، الجزائر، ديسمبر 2019.

3–صالح فواز، التعويض عن الضرر الناجم عن الجرم، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م.02، ع.02، دمشق، سوريا، 2006.

4–المحاضرات:

1–عابدي عبد الله، حمحامي مختار، محاضرات في التعويض عن الضرر المعنوي عن العدول عن الخطبة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، د.س.ن.

ب-بخصوص القوانين:

1-النصوص التشريعية:

1-الأمر 66-154، المؤرخ في 09 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، ع.47، لسنة 1966، المعدل والمتمم بالأمر 08-09 المؤرخ في 24 فبراير 2008، ج.ر.ج.ج، ع.21، لسنة 2008.

2-الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 6 محرم 1394 الموافق ل 30 يناير 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، ج.ر.ج.ج، ع.15، لسنة 1974، المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في ذو الحجة 1408 الموافق ل 19 جويلية 1988، ج.ر.ج.ج، ع.29، لسنة 1988.

3-الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، ع.78، الصادر في 24، رمضان عام 1395 الموافق 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر.ج.ج، ع.15، لسنة 2005.

4-الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، ع.24، الصادر في 12 يونيو سنة 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، ج.ر.ج.ج ع.15، الصادر في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، المعدل والمتمم.

5-القانون رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب 1425 الموافق 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجزائري، ج.ر.ج.ج، ع.57، لسنة 2004.

الفهرس

الفهرس:

شكر وتقدير:.....أ

إهداء.....ب-ت

قائمة أهم المختصرات :.....ث

مقدمة:..... 1

الفصل الأول

التعويض عن الضرر الناجم عن فك الرابطة الزوجية

تمهيد:..... 6

المبحث الأول: مفهوم التعويض 7

المطلب الأول: مفهوم التعويض ودليل مشروعيته..... 7

الفرع الأول: مفهوم الضرر 8

الفرع الثاني: تعريف التعويض..... 12

المطلب الثاني: صور التعويض..... 16

الفرع الأول: التعويض العيني..... 16

الفرع الثاني: التعويض بمقابل 21

المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض عن الضرر 23

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة..... 23

الفرع الأول: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة..... 24

الفرع الثاني: شرح تعريفات السلطة التقديرية للقاضي ومناقشتها..... 25

الفرع الثالث: خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتميزها عما يشابهها..... 27

المطلب الثاني: أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه..... 31

الفرع الأول: أساس التعويض عن الضرر 31

الفرع الثاني: دور القاضي في تعويض الضرر..... 33

خلاصة الفصل: 36

الفصل الثاني:

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر المترتب على الطلاق

تمهيد: 38
المبحث الأول: سلطة للقاضي في تقدير التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة والخلع 39
المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض الناجم عن العدول عن الخطبة 39
الفرع الأول: مفهوم العدول عن الخطبة 39
الفرع الثاني: سلطة القاضي في التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة 44
المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض الناجم عن الخلع 50
الفرع الأول: مفهوم الخلع 50
الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية في تحديد التعويض عن الخلع 52
المبحث الثاني: تقدير القاضي للتعويض في حالة التطليق والطلاق التعسفي 57
المطلب الأول: تقدير قاضي شؤون الاسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز 58
الفرع الأول: كيفية إثبات الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطليق 58
الفرع الثاني: سلطة القاضي في التعويض عن الضرر في حالة التطليق 63
المطلب الثاني: تقدير القاضي للتعويض في حالة الطلاق التعسفي 65
الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي 66
الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي 69
خلاصة الفصل: 77
خاتمة: 79
قائمة المصادر والمراجع: 82
ملخص: 92

ملخص:

يعتبر الضرر جملة من الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم، ولما كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها كما كان الضرر متنوعا بحسب المصلحة التي ينال منها، سواء كانت تلك المصلحة مادية تتعلق بالكيان المالي للشخص، أو أدبية تتعلق بكرامته وشرفه، باعتبار أن هذه الأنواع من الأضرار تشكل في حد ذاتها أركان للمسؤولية.

فالضرر الناجم عن مسائل الطلاق يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير على إستمرار الحياة الزوجية لذلك شرع الإسلام الحق في الطلاق، إلا أن هذا الحق قد يستعمل في غير ما شرعه الله مما قد يلحق الضرر بأحدهما فوجب التعويض، فالمشرع الجزائري خول لقاضي شؤون الأسرة أن يختار من آراء الفقهاء المتعددة ومن قانون الأسرة الجزائري في وقت تقدير التعويض في حالة الطلاق ما يراه ملائما للمصلحة أكثر، ومحققا لمقاصد الشارع والمشرع من جبر الضرر الواقع، وتدقيق كل حادثة وما يحيط بها من ملابسات وقرائن، وذلك لضمان حقوق الزوجين من الضياع.

الكلمات المفتاحية: الضرر – الطلاق – التعويض – قاضي شؤون الأسرة

summary:

Harm is considered one of the reasons that lead to conflict between individuals and litigation over it in the courts. Harm is the harm that befalls a person regarding one of his rights that he is keen on, and the harm is varied according to the interest that he gains from it, whether that interest is material related. To a person's financial entity, or morally related to his dignity and honor, considering that these types of damages constitute in themselves pillars of responsibility.

The damage resulting from divorce issues is considered one of those damages that have an impact on the continuation of marital life. Therefore, Islam legislated the right to divorce. However, this right may be used in other than what God has legislated, which may cause harm to one of them, so compensation must be made. The Algerian legislator authorized the family affairs judge to choose Among the many opinions of jurists and the Algerian family law at the time of estimating compensation in the event of divorce is what it deems most appropriate to the interest, and achieves the purposes of the law and the legislator in terms of reparation for the harm caused, and examining every incident and the circumstances and evidence surrounding it, in order to guarantee the rights of the spouses from loss.

Keywords: damage - divorce - compensation - family affairs judge.