

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



دور قاضي شؤون الأسرة في الحكم بالتعويض

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف:

أستاذ محمد لمين مسيخ

من تقديم الطالبتين:

• شيماء بوالسيوف

• مريم موات

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
كريمة سيليني	أستاذة مساعدة	رئيسا
محمد لمين مسيخ	أستاذ مساعد	مشرفا ومقرا
مايا دقايشية	أستاذة مساعدة	مناقشا

السنة الجامعية : 2019 - 2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

لَا مَرَضَ فِي مَرَضٍ وَلَا مَرَضٌ

سنن ابن ماجه

شكر و تقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والسلام على نبيه محمد صلى الله عليه وسلم.
أما بعد فإنه ليشرفنا أن نتقدم بخالص عبارات الشكر والتقدير للأستاذ محمد لمين
مسيخ على ما قدمه لنا من توجيه وتصويب خلال مراحل إعداد هذه المذكرة، جزاه
الله عنا وعن ينتقع بعلمه خير الجزاء. كما نوجه جزيل الشكر لكل من قدم لنا يد
العون من قريب أو بعيد.

الإهداء

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه سبحانه لا نحصي ثناء

عليك أنت كما أثنت على نفسك خلقت فأبدعت، وأعطيت فأفضت،
فلا حصر لنعمك ولا حدود لفضلك،

وصلى الله وسلم على أشرف عبادك وأكمل خلقك خاتم المرسلين ومعلم المعلمين
ورسولنا محمد بن عبد الله الأمين، خير من علم وأفضل من نصح.

إلى ينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى
والدتي العزيزة.

إلى الذي أعطاني الكثير... ومازلت أعيش في فيض عطائه الذي أنار دربي بجهده
والذي العزيز.

إلى من شاركوني الأفراح والأحزان

إخواني وأخواتي الأعزاء.

إلى من سرتنا سويا ونحن نشق الطريق معانحو النجاح والإبداع

صديقاتي وزميلاتي.

شيماء

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين عرفانا لهما أطل الله وبارك في عمرهما، وأدام عافيتهما،

ورزقتي برهما.

إلى إخوتي وكل أفراد العائلة والأقارب.

إلى الذين يذبيون أنفسهم لينيروا لنا الدرب، كشمعة في ظلمات الليل،

إلى كل من علمني حرفاً، أساتذتي الكرام.

إلى زملائي و زميلاتي بقسم الحقوق - تخصص قانون الأسرة.-.

إلى كل مهتم بالأسرة و حريص على بقائها حصناً منيعاً يبقي المجتمع سليماً
و متماسكاً.

مريم

مقدمة

المقدمة

حظيت الأسرة في الإسلام بعناية شديدة ومتكاملة أساسها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، واعتبرها القانون الخلية والنواة الأساسية في بناء المجتمع، فمصدر قوة الأسرة وتراصها يكمن في تلاحم أفرادها وتفاهمهم. ولقد عالج المشرع الجزائري كل المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق في قانون الأسرة رقم 84-11 الصادر بتاريخ 09 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، وقد استمد جل أحكامه من الشريعة الإسلامية مراعيًا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع.

وقد جاءت معظم قواعد قانون الأسرة مرنة تاركة مجالًا خصبا لتدخل القاضي من خلال ما يتمتع به من سلطة تقديرية حسب كل قضية معروضة عليه، فقد وسع قانون الأسرة الجزائري من تدخل القاضي لإيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي فرضها تطور الزمن، وهذا باستعمال سلطته التقديرية، ومن بين القضايا المعروضة أمام القضاء مسائل العدول عن الخطبة من أحد الطرفين دون سبب شرعي أو قانوني يقضي بذلك، أو دعاوى انحلال الرابطة الزوجية سواء بالتراضي بين الزوجين أو بطلب من أحد الزوجين لاستحالة استمرار العشرة الزوجية، وهذا قد يلحق الضرر لأحد الأطراف ما يستوجب التعويض شرعا وقانونا. وحتى لا يتفاقم الضرر فقد سعى المشرع لجبره بإعطاء قاضي شؤون الأسرة سلطة لتحديد الضرر وتعويضه سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " ويختلف نوع الضرر باختلاف الأشخاص والموضوع.

أهمية الموضوع :

1 – تكمن أهمية الموضوع في كون ما يبرزه لطرفي العلاقة الزوجية من حق في استفتاء حقوقها من المسؤول عن الضرر، فإن هذا الحق خاضع لمحض السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

2 – أهمية عملية تطبيقية منبثقة من دور قاضي شؤون الأسرة وماله من سلطة تطبيق القانون وتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

3 – كذلك تبرز أهمية هذا الموضوع في بيان أن الشرع لم يغفل ولا جانبًا من جوانب الحياة الإنسانية خاصة التعاملات بين الأفراد.

أسباب إختيار هذا البحث :

1 – كثرة قضايا التعويض المطروحة أمام المحاكم .

2 – وجود غموض في النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض عن الضرر، فالواقع العملي المعاش يبين أن هناك الكثير من الإجحاف في حق المتضررين في تقدير التعويض.

الهدف من إنجاز الموضوع :

1 – معرفة الأساليب والمعايير التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الضرر في قضايا شؤون الأسرة.

2 – معرفة ما إذا كان قاضي شؤون الأسرة يخضع إلي قيود خلال ممارسته لسلطته التقديرية.

3 – محاولة جلب اهتمام أكثر إلى الضرر وتعويضه انطلاقا من تعاليم الدين الحنيف.

أما إشكالية البحث فيمكن سردها في الشكل التالي :

عالج المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة فكرة التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي غير أنه لم ينص على الضوابط التي يعتمد عليها في تقديره، حيث ترك المجال واسعا أمام قاضي شؤون الأسرة في بحث ذلك وعليه فإن إشكالية بحثنا تتمحور حول ما مدى تدخل قاضي شؤون الأسرة في الحكم بالتعويض ؟

المنهج المتبع :

المنهج المتبع في إعداد بحثنا هو المنهج التحليلي، أي بتحليل النصوص ذات الصلة بالتعويض، وإلى جانبه كذلك إتبعنا المنهج الإستقرائي الذي خصصناه لتتبع الجزئيات، والأحكام الفقهية وكذا الأحكام القضائية من أجل معرفة مدى إمكانية التعويض عن الضرر في الحالات التطبيقية.

أما الخطة المتبعة لمعالجة هذا الموضوع فهي خطة ثنائية، مقسمة إلى فصلين، الفصل الأول يتعلق بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر وتم تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وفكرة التعويض عن الضرر، أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى مصادر النشاط التقديري وكيفية ممارسته في مجال التعويض عن الضرر.

أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى تطبيقات سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر، وتم تقسيمه إلى مبحثين حيث تناولنا في المبحث الأول سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق، والمبحث الثاني تناولنا فيه الرقابة القضائية على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر، وأخيرا أدرجنا مجموعة من النتائج والتوصيات في خاتمة البحث.

**الفصل الأول: المقصود بالسلطة
التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في
مجال التعويض عن الضرر.**

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

إن مصطلح السلطة التقديرية هو ذات معنى واسع في مختلف فروع القانون. يقوم على أساس التحليل الذهني أو الفكري للقاضي فهو نشاط ذهني وعقلي يضطلع به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط عناصر هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية يعتقد أنها تحكم النزاع المعروض، ويقوم بها وفقا لعدة مراحل تنتهي به إلى إصدار الحكم الذي يعبر عن نتيجة القياس القضائية الذي قام به، فهدفها يكمن في تحقيق الغاية الموضوعية للقانون، يمارسها القاضي بحكم وظيفته القضائية وهي ملازمة له، وذات طبيعة واحدة أيا كانت المنازعة، وهي بذلك تتألف من عنصرين شخصي وهو القاضي وموضوعي وهو القانون.

وعليه سوف نحاول في هذا الفصل بيان المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، وكيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

لذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة و فكرة التعويض عن الضرر.

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديرية وكيفية ممارسته في مجال التعويض عن الضرر.

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وفكرة التعويض عن الضرر.

إن السلطة التقديرية للقاضي هي مكنة قانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون وقوامها نشاط ذهني يقوم به القاضي وفقا لعدة مراحل تنتهي بإصدار الحكم الذي يعبر عن نتيجة القياس القضائي الذي يقوم به. فهدفها يكمن في تحقيق الغاية الموضوعية للقانون ويمارسها بحكم وظيفته القضائية وهي ملازمة له.

وفي هذا الصدد سنتناول المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر حيث نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

المطلب الثاني: المقصود بالتعويض عن الضرر.

المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

مما لا شك فيه أن أي بحث علمي لا يمكن الإلمام والإحاطة به ما لم يقف الباحث على مفهومه الذي يتوصل إليه من خلال التعريف به وذكر خصائصه وتمييزه عن باقي المصطلحات المشابهة له. وهو الأمر الذي سنحاول بيانه في هذا المطلب المقسم إلى أربع فروع كالتالي :

الفرع الأول: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثالث: خصائص وأهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الرابع: تمييز السلطة التقديرية عن غيرها من المصطلحات المشابهة لها.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

إن مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة مركب من عدة ألفاظ لذلك سوف نعرف كل لفظ على حدة:

السلطة لغة: من سلط، سلاطة، القهر، وقد سلطه الله فتسلط عليهم والاسم سلطة بالضم و سلطة تعني الحجة¹، والسلطة: السهم الدقيق الطويل²، والسلطة التسلط والسيطرة والتحكم³.

التقديرية لغة: من قدر، قدرا، نظر إليه ودبره وقايسه، واقتدر الشيء، بين مقداره وجعله بقدر وجمعه وأمسكه، وقد تمهل وفكر في تسوية الأمر وتهينته⁴، والقدرة الطاقة والقوة على الشيء والتمكن منه⁵.

القاضي لغة: من قضى، يقضي قضيا، وقضاء. حكم وفصل ويقال قضى بين الخصمين وقضى له وقضى لفلان على فلان فهو قاضي والجمع قضاة، والقاضي من يقضي بين الناس بحكم الشرع⁶.

شؤون لغة: جمع شأن الخطب أي ما عظم من الأحوال والأمور ويقال من شأنه كذا من طبعه وخلقه والقدر والمنزلة⁷.

الأسرة لغة: الدرع الحصينة، رهط الرجل وأهل بيته أو هي جماعة يربطها أمر مشترك، جمعها أسر⁸. كما تعني القوة والإمساك.

¹ ابن المنظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2004، مادة سلط.

² محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2007، ص 791.

³ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، د. ط، مصدر وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994، ص 506.

⁴ محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، المرجع نفسه، ص 1293.

⁵ ابن المنظور، المرجع نفسه، مادة قدر.

⁶ مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 506.

⁷ الفيروز أبادي، المرجع السابق، ص 832.

⁸ ابن المنظور، المرجع السابق، ص 60.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

نستنتج مما سبق أن تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لغويا هو صلاحية تمنح لمن يتولى الفصل بين جماعة من الناس يربطهم أمر مشترك وذلك ما ينشأ بينهم من منازعات وخصومات بعد النظر مليا في صلب إدعائهم.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

إن المشرع الجزائري عند إصداره تقنين الأسرة أو غيره من التقنينات الأخرى لم يورد النص على مصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ، ولم يضع لها تعريفا محددًا، بل ترك الأمر لأهل الاختصاص من الفقهاء وشرّاح القانون لبحث وإيجاد المدلول المتوافق مع إرادته، لذلك فقد أورد بعض الكتاب عدة تعريفات حيث عرفها:

عرفها الدكتور نبيل إسماعيل عمر: إن 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 عليه¹.

عرفها الدكتور محمد ناصر بركات: بقوله هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقاييس لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة 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⁽²⁾.

عرفها شواربي عبد الحميد: بقوله " نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع، مع المقدمات المنصوص عليها في القانون فإذا ما تم كشف هذا التطابق فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه"³.

نستخلص مما سبق تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة: بأنها مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة أعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة على النزاع المطروح.

الفرع الثالث: خصائص وأهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

أولا : خصائصها.

إن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بالرغم من اشتراكها في التعريف أو المعنى من السلطة التقديرية للقاضي في سائر الفروع الأخرى إلا أنها لها مميزات تنفرد بها ولعل أهمها كالتالي:

¹ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديد، مصر، 2008، ص98.

² محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2008، ص 81.

³ عبد الحميد شواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه و القانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 213.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

1 : منح المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة أثناء ممارسته لسلطته القضائية التي لا تقتصر على الفصل في الخصومات والنزاعات فقط، وإنما تمتد حتى للعمل الإصلاحي وكذا الولائي.

2 : أنها سلطة قانونية تستمد أساسها من نص قانوني سواء كان هذا النص صريحا أو ضمنيا.

3 : أنها سلطة ملزمة للقاضي فلا يجوز له التحلل منها بحجة عدم وجود نص قانوني أو كون هذا النص غامض، باعتبار السلطة التقديرية ليست سلطة شخصية يمارسها القاضي متى يشاء.

4 : إن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي المكنة القانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون، قوامها النشاط الذهني، وهي ملازمة لسلطة القاضي وجوهر العمل القضائي وبذلك فهي تجعل من دوره فعالا وإيجابيا.¹

ثانيا: أهميتها.

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 ملائمة القواعد القانونية الواقعة والمستجدات، ومن هذا فإن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكتسي أهمية بالغة لأنها تضيف على قانون الأسرة طابعه العملي الحي فهي من تحدد أبعاده ومداه وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفعالية خاصة.²

الفرع الرابع: تمييز السلطة التقديرية عن غيرها من المصطلحات المشابهة.

على الرغم من تشابه السلطة التقديرية مع بعض السلطات الأخرى إلا أنها تمتاز عنها في كثير من الأمور وهي:

أولاً: التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي والتقدير القضائي.

يقصد بالتقدير القضائي 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

¹ راضية مقران، مناقشة حول السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة، مداخلة بعنوان حدود أعمال القاضي لسلطته التقديرية في شؤون الأسرة، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2015.

² اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أم البواقي، 2010، ص58.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 23.

ثانياً: تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة التحكيمية.

تتميز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة التحكيمية في أنها نظام قانوني أقره القانون حيث تمارس بموجبه وفي إطاره أما السلطة التحكيمية لا تستند لمبدأ الشرعية ولا رقابة عليها من القانون.¹

ثالثاً: تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة المقيدة.

تتميز السلطة التقديرية عن المقيدة في أن هذه الأخيرة تتحقق عندما يحدد المشرع للقاضي مسبقاً سلوكاً معيناً يجب عليه العمل في إطاره وحدوده، أما السلطة التقديرية فتتحقق عندما يترك هامشاً من الحرية للقاضي في الاختيار بين عدة أمور طرحها المشرع، وتقدير متى يتم تطبيق القاعدة القانونية وترتيب أثرها القانوني.²

رابعاً: تمييز السلطة التقديرية والحق الشخصي.

إن الحق الشخصي هو سلطة مقررة لشخص اتجاه شخص آخر تخول لصاحبها حرية ممارستها من عدمه مما يعني أن الحق الشخصي يمكن التنازل عنه³، أما السلطة التقديرية للقاضي فيمارسها بحكم وظيفته القضائية ولا يمكن التنازل عنها لأنها تجعل القاضي طرفاً في النزاع.

المطلب الثاني: المقصود بالتعويض عن الضرر.

إن الضرر هو الصورة الملموسة التي تتمثل في نتائج الخطأ العمدي من الغير، وهو كل ما يلحق الشخص من خسائر مالية وتفويت للفرص مما يلزم التعويض عنه، ويعد التعويض عن الضرر مجال دراستنا هذه، لذلك سنحاول الإحاطة بمختلف جوانبه، ولهذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب كالتالي:

الفرع الأول: مفهوم الضرر وأنواعه.

الفرع الثاني: مفهوم التعويض ودليل مشروعيته.

الفرع الثالث: أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه.

الفرع الأول: تعريف الضرر وأنواعه.

يعد الضرر في القانون أساساً لقيام المسؤولية المدنية⁴، وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان⁵، وبيان مفهومه يتطلب بداية التعريف به، ثم بيان أنواعه وكذا شروطه.

¹ محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007، ص7.

² نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص95.

³ أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط1، دار السلام، القاهرة، مصر، 2003، ص110.

⁴ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، ج2، د، ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص81.

⁵ عبد الهادي بن زبيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق. أ.ج.، ط1، دار الخلدونية، 2007، ص16.

أولاً: تعريف الضرر.

وسنقوم بتعريفه لغة واصطلاحاً.

1 : الضرر لغة: الضرر ضد النفع، والضرر بالضم معناه الهزال، وسوء الحال، قيل الضر ما تضر به صاحبك وتنتفع أنت به¹، والاسم من ضر يضر ويقال نزل بمرور أي ضيق وهو كذلك الشدة.

ونلمس الضرر في النصوص الشرعية في عدة مواضع نذكر منها:
قول الله تعالى: "و إذا مسَّ الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً" يونس12، وكذا في قوله سبحانه وتعالى " لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضّرر " النساء95 ، فالضرر في الآية الأولى معناه الشدة أو المرض، أما في الثانية فمعناها العاهة من عمى أو زمانه ونحوها².

كما يستفاد كذلك من قوله تعالى: "لن يضرركم إلا أذى" آل عمران111، إن الضرر قد يقصد به مجرد الأذى كالكذب والتحريف وغيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي³. ولعل الضرر السابق في استعمالاته يتوافق مع ما جاء في الحديث الشريف، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لا بد متمنياً فليقل اللهم أحييني ما كانت الحياة خيراً لي وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي⁴.

2 : الضرر اصطلاحاً : بالرغم من ورود مصطلح الضرر في كثير من مواضع التقنين الجزائري وارتباطه بفكرة المسؤولية المدنية إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً له تاركاً بذلك المجال للفقهاء الذين تعددت تعاريفهم كالآتي:

الضرر بمعناه العام هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه⁵.

هو كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص تحدد بحسب النظام العام المطبق في الدول وتشمل مختلف المجالات⁶.

الضرر هو الأذى الذي يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته⁷.

ثانياً: أنواع الضرر.

إن الضرر يعد الأذى الذي يلحق بالمضرور نتيجة خطأ الغير، وهذا الأذى قد يلحق الشخص في جسمه أو ماله، وهنا يكون الضرر مادياً، وقد يصيب هذا الأذى الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته، وهنا يكون الضرر معنوياً.

¹ ابن المنصور، المرجع السابق، ص 32.

² عبد الهادي بن زبينة، المرجع السابق، ص 14.

³ المرجع نفسه، ص 18.

⁴ صحيح مسلم، كتاب الذكر والدعاء والاستغفار، باب كراهية تمني الموت لضر نزل به، ج 2، ص 46

⁵ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 81.

⁶ عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د.ط، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 78.

⁷ علي فيلال، الفعل المستحق للتعويض ط2، موقم للنشر، الجزائر، 2010، ص 283.

نستنتج من التعريف أن الضرر نوعان وهما:

1: الضرر المادي:

وهو الإخلال بمصلحة المضرور ذات قيمة مالية هذه الأخيرة قد تكون حقا أو مجرد مصلحة مالية، فضلا عن ذلك يجب أن يكون الضرر محققا فلا يكفي أن يكون محتملا. وعلى العموم يمكن القول أن الضرر المادي هو انتقاص في الذمة المالية للشخص المضرور¹.

أما فيما يتعلق بالضرر المادي الموجب للتعويض في قضايا شؤون الأسرة فيقول في ذلك الأستاذ نبيل صقر: " إن الضرر المادي هو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة ومنه ضربها باليد أو بآلة أو بإحداث أثر في بدنها أو كدمة أو كسر أو نحو ذلك مما لا يجوز شرعا ويلحق الأذى بها"².

2 : الضرر المعنوي :

وهو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته وشرفه أو عاطفته فهو لا يمس مصلحة مالية³.

يحدث الضرر المعنوي عند التعدي على حقوق أو مصالح غير مالية، بمعنى هذا الضرر يمس بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية ليكون في العادة مقترنا بأضرار معنوية أو يلحق بالعاطفة والشعور بالآلام التي يحدثها في النفس⁴، أما باعتباره موجب للتعويض عن حل الرابطة الزوجية فيمس الجانب النفسي والعاطفي للزوجة وذلك بإصابتها باضطرابات نفسية وشعورها بالآلام الوحدة والكآبة، ويحدث نفس الشيء بالنسبة للزوج.

ثالثا: شروط الضرر الموجبة للتعويض.

حتى يمكن الاعتداد بالضرر للتعويض عنه يجب توافر جملة من الشروط تميزه عن غيره ومن خلال هذه الشروط يمكن استنتاج خصائصه وتتجلى هته الشروط فيما يلي:

1 : المساس بحق أو مصلحة مشروعة: يجب أن يكون الضرر الذي ألحقه المعتدي يمس بمصلحة أو بحق يحميه القانون⁵.

2 : أن يكون الضرر محققا: يكون الضرر محققا إذا كان بطبيعة الحال قد حصل فعلا أو أنتج آثاره على الواقع. والضرر المحقق لا يقتصر على ذلك الذي وقع فقط بل يشمل كذلك الضرر المستقبلي⁶.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 248.

² نبيل صقر، قانون الأسرة نسا وفقها وقضاء، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2006، ص 186.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 87.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 249.

⁵ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في ق م ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د س ن، ص 157.

⁶ علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 293-294.

3 : أن يكون الضرر شخصيا: والمراد بالضرر الشخصي أنه وقع على المدعي بالذات ولا فرق فيما إذا وقع الضرر على شخص المدعي أو ماله، أو أي مصلحة يحميها له القانون، إذ ليس لأي إنسان أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه إلا إذا كان خلفا للمصاب، فيجب أن يكون الضرر شخصيا وإلا كانت الدعوى غير مقبولة¹.

4 : أن يكون الضرر مباشرا: يتعين في الضرر أن يكون مباشرا وهذا ما يتحقق بالنسبة للأضرار التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالخطأ العمدي، أما الضرر غير المباشر فإن الإجماع حاصل في ميدان الفقه والقضاء على عدم استحقاق التعويض عنه².

الفرع الثاني: تعريف التعويض ومشروعيته وأنواعه.

أولا : تعريف التعويض.

1: التعويض لغة:

العوض، عوض العين و الواو والضاد كلمة صحيحة والعوض هو الخلق أو البذل، ونقول تعويضا إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والمستعمل منه التعويض، الجمع منه أعواض³.

2: التعويض شرعا:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون مصطلح الضمان أو التضامن فالضمان عندهم يحمل في طبيعته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني⁴. وعرفه الإمام الغزالي هو " واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة"⁵.

عرفه كذلك أحمد سراج بأنه " منقل الذمة لحق مالي أو جب الشارع أداءه جبرا للضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع قائما أو مآلا⁶.

هناك أيضا تعريف للتعويض بأنه : "المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره هذا الأخير هو إلحاق مسنده بالآخرين أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أم عاطفته وقد سبب له خسارة مالية بالنقص أو التلف المادي وبنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف⁷.

من هذه التعاريف يمكن إعطاء التعويض مصطلح شامل وأدق وهو عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع⁸.

¹ المرجع نفسه، ص 293.

² عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام المسؤولية المدنية، مدونة المنير القانوني، الرباط، 2011، ص 44.

³ ابن المنصور، المرجع السابق، ص 336-337.

⁴ أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 216

⁵ المرجع نفسه، ص 216.

⁶ سامية حياطي، تقدير التعويض في الفرقة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قسنطينة، 2001، ص 5.

⁷ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط 1، دار المكتبي، سوريا، 1998، ص 18.

⁸ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط 1، دار حامد،

3: التعويض قانونا:

المشرع الجزائري لم يعرف التعويض في القانون المدني بل ترك هذا الأمر للفقهاء، وذلك كون التعويض معناه واضحا لا يحتاج للزيادة. طبقا لما جاء في نص المادة 124 منه "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"¹.

عرفه بعض الفقهاء بأنه: هو الإلتزام بإصلاح الضرر المادي والمعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية². ويلاحظ من هذا التعريف أنه أحاط بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكر عناصره وكذا وظيفته وطرق تقديره ونوع الضرر الذي يعوض عنه.

ثانيا : مشروعية التعويض.

بالرجوع إلى النصوص الشرعية نجد أن القرآن الكريم والسنة الشريفة حثت على حفظ الحقوق وعدم الإعتداء عليها بغير وجه حق، لذلك دلت على مشروعية التعويض عن الضرر حيث:

أول ما يذكر من هذه الأدلة ما ذكر في كتاب الله: قوله تعالى "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " البقرة 194 فقد دلت هذه الآية على أنه من قتل بشيء يقتل بمثله معنى ذلك أن القصاص يكون بالمثل أي بمثل ما وقع لا يتعدى قدر الواجب³.

قوله عز وجل أيضا " وجزاء سيئة سيئة مثلها" الشورى 40 فهذه الآية تدل على أن الإنسان فيما إذا أراد أن ينتصر من ظلمه فلا ينبغي أن يتعدى أو يتجاوز ما وقع عليه لأنه في بعض الأحيان تستحيل المماثلة في بعض صور العقاب لأنه قد تكون الوسيلة التي استخدمها المعتدي محرمة في حد ذاتها⁴.

كذلك قوله تعالى: " إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به" النحل 126، فهذه الآية تدل على أنه للمعتدي عليه إذ أراد أن يعاقب فلا بد أن يكون العقاب بالمثل أي أن هذه الآية تكرر مبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة والإنصاف⁵.

ومن السنة الشريفة : روي عن إحدى زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم أهدت إليه طعاما في قصعة، فضربت الزوجة التي كان عندها النبي القصعة بيديها فألقت ما فيها، فقال عليه الصلاة والسلام "طعام بطعام وإناء بإناء"⁶. يستنتج من هذا الحديث أنه قرار لتعويض الطعام والإناء التالف، وهذا دليل على مشروعية التعويض.

2009، ص20.

¹ الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن ق.م المعدل والمتمم.

² عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 35.

³ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة دار الكتب المصرية، 1996، ص 841.

⁴ القرطبي، المرجع السابق، ص609.

⁵ المرجع نفسه، ص 981.

⁶ أخرجه الباز القطني في السنن، كتاب الحدود والديانات رقم 285، ج3، ص 179.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

و قوله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " ¹ يستدل من هذا الحديث على منع الإضرار بالغير وفي حالة وقوعه لا بد من جبره بالتعويض.

ثالثا : أنواع التعويض.

القاضي هو المسؤول عن تقدير التعويض وذلك تبعا للظروف وقد يكون هذا التعويض عينيا أو بمقابل.

1 : التعويض العيني.

هو خير وسيلة لجبر الضرر، ويصطلح عليه في الفقه الإسلامي برد عين الشيء إذ من الأصول الفقهية المقررة في الشريعة الإسلامية والتي لا خلاف عليها أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، إلا أنه في كثير من الأحيان يتعذر التعويض العيني والقاضي غير ملزم بأن يحكم به².

¹ سبق تخريجه.

² محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه والقانون المدني، ط2، دار الجامعة، إسكندرية، 2002 ص43.

2 : التعويض بمقابل.

كقاعدة عامة في الفقه الإسلامي فإن التعويض العيني هو الأصل لكن استثناء إذا تعذر ذلك فلا يكون مناصاً من الهروب من تقدير التعويض الملائم عن الضرر الذي أحدثه المعتدي بفعله، والتعويض بمقابل هو نوع من العقوبة متروكة لتقدير القاضي ويكون هذا التعويض صعباً نوعاً ما في الضرر الأدبي، لذلك نجد تنوع في أساليب التقدير لتكون أكثر ملائمة في مجال الواقع¹.

الفرع الثالث: أساس التعويض ودور القاضي.

لقد أصبح التعويض عن الضرر أمراً مسلماً به فقها وقانوناً وقضاء، لكن من جانب آخر ثار نقاش حول الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الضرر وكذا دور القاضي فيما يتعلق بذلك.

أولاً : أساس التعويض عن الضرر.

بالرغم من أنه تم إقرار مبدأ عام يقضي في أن كل من تسبب في الضرر يلزم بالتعويض إلا أنه هناك إشكال حول أساس التعويض هل هو فكرة العقوبة الخاصة أم فكرة الترضية؟

1 : فكرة العقوبة الخاصة.

ظهر في القدم ما يسمى بالثأر ويعود سببه إلى الاعتداء على حق الغير وتكون العقوبة المقررة سواء من طرف المتضرر أو من عائلته إذا أذى الضرر إلى وفاة المضرور، ثم حل محله فكرة الانتقام وهذه الفكرة سادت مختلف الشرائع القديمة وحتى في ظل قانون الألواح الإثني عشر، وكذا الشريعة الإسلامية التي قضت صراحة به². لكن مع التطور ظهرت فكرة آلية هي تقديم مبلغ مالي للمتضرر من أجل الترضية وجبر الخواطر³.

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

2 : فكرة الترضية أو إصلاح الضرر.

مع أواسط القرن (19) تم القول أن الخطأ المدني يترتب عليه التعويض وهو جزاء مدني لا يحمل أي صفة للعقوبة وأن الهدف منه هو جبر الضرر وإزالته⁴.

ومن ثم أصبح التعويض عن الضرر يحمل فكرة ترضية المضرور وإصلاح الضرر الواقع عليه دون الارتكاز على عنصر الخطأ، وهو الأمر الذي أقره المشرع الجزائري وأسس عليه فكرة التعويض¹.

¹ أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق، ص 287.

² سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي. د. ط. الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1992، ص 87.

³ طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء الحديث، د. ط. مصر، دار الكتب

القانونية، 2002، ص 31.

⁴ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 94

ثانياً: دور القاضي.

كما تم توضيحه سابقاً فإن الضرر هو كل أذى يصيب الشخص في ماله وجسمه وعاطفته، أما التعويض فهو المبلغ الذي يدفع للمضرور لجبر الضرر سواء كان مادياً أو معنوياً حيث يقوم القاضي بتقديره الذي له دور فعال في تحقيق العدالة من جبر المضرور وردع المتسبب في الضرر. ومن واجبات القاضي أن يستعمل سلطته التقديرية لإزالة الضرر بإعادة الحقوق إلى أصحابها، أيضاً فهو مكلف برفع الضرر بحسب استطاعته وإزالته من المجتمع بوسائل مشروعة و حماية الحقوق².

¹ اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 80.

² محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 161.

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري وكيفية ممارسته في مجال التعويض عن الضرر.

إن بيان الحالات التي يمارس القاضي سلطته التقديرية في ظلها، يقتضي منا الحديث عن كيفية ممارسة القاضي لهذه السلطة، ومعرفة المنهج الذي يسلكه القاضي والقيود الواردة على النشاط التقديري، وعليه قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الثاني: كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاط التقديري في التعويض عن الضرر.

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر.

سبق القول أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية لإعمال النشاط الذهني وهي من طبيعة واحدة في كل الفروع، إلا أنها تختلف بحسب حالات ومجالات إعمالها وهذا الاختلاف لا يتعلق بها وإنما بالحالات التي تمارس في ظلها، وعليه قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: مصادر النشاط التقديري للقاضي.

الفرع الثاني: حالات إعمال النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

الفرع الأول: مصادر النشاط التقديري للقاضي.

إن السلطة التقديرية هي جوهر العمل القضائي للقاضي ومصادر أحكامها هي نفس مصادر الأحكام القضائية الشرعية، وهذه المصادر لها دور فعال وأساسي بكونها المادة الأولية التي يستعين بها القاضي أثناء إعمال نشاطه الذهني في حل النزاع. وعليه سوف نقوم بدراسة مصادر النشاط التقديري للقاضي بشكل عام أولاً، ونختص بالحديث عن مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة ثانياً.

أولاً: مصادر النشاط التقديري للقاضي بشكل عام.

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من (ق.م.ج) نجد أن: القانون يسري على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه، وفي حالة غياب نص يحكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد يتطرق إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹.

¹ أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

وعليه نستنتج مصادر النشاط التقديري للقاضي المتمثلة في المادة الأساسية وهي القاعدة القانونية، والشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وعناصر النزاع، ومصدر آخر وهي الوسائل الاستدلالية التي يستعين بها القاضي في تقرير حكمه.

1- القاعدة القانونية.

أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تطبيق أحكام القانون، حيث جعل هذه الأحكام تتماشى مع مقتضيات الظروف وأداة طبيعية في يد القاضي¹، وباعتبارها نصوص مكتوبة، الأمر الذي يعطيها وضوح وسهولة الرجوع إليها فهي قاعدة عامة ومجردة²، كمثال على ذلك إذا نص القانون صراحة على حساب تعويض ما فالقاضي ملزم بتطبيق هذه القاعدة ولا مجال لإعمال سلطته التقديرية ويبقى في الإطار المحدد قانوناً³، كإستثناء على هذه القاعدة يمكن لقاضي الموضوع في حالة عدم تمكنه من إستخراج الحل الوارد في القاعدة القانونية بسبب غموضها أن يقوم بعملية ذهنية لتفسير هذا النص.

¹ زرقون نور الدين، "سلطة القاضي في إختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع"، دفاثير السياسية والقانون، العدد الثامن، 1 جانفي 2013 ، ص 2 .

² نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1999 ، ص 130 .

³ زرقون نور الدين، المرجع نفسه، ص 3.

2- الشريعة الإسلامية.

إن القاضي في حالة عدم وجود نص قانوني صريح يطبقه على وقائع النزاع يلجأ إلى الشريعة الإسلامية، والبحث عن حكم المسألة في القرآن الكريم أو السنة النبوية، فعليه أن يكون عارفا بأصول الاعتقاد، وعالما بالناسخ والمنسوخ بالآيات المتعلقة بالأحكام ولا يشترط في غيرها من الأحكام، وعالم بالخاص والعام، والمطلق والمقيد، والأمر والنهي¹.

3- العرف.

يلجأ القاضي إلى العرف في حالة عدم وجود نص قانوني، فالعرف هو إعتياد الناس على سلوك معين من ناحية معينة من حياتهم الإجتماعية. فهو مصدر تلقائي نابع من سلوك الناس وإعتيادتهم على نمط معين في ناحية من نواحي حياتهم الإجتماعية، ولذلك كان العرف المصدر الذي توحى به الفطرة في المجتمع حيث تسيطر العادات والتقاليد، ولا توجد هيئة مختصة تتدخل لتنظيم العلاقات الإجتماعية في صورة قواعد قانونية وضعية².

4- مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

إذا لم يوجد في القوانين نص صريح أو كان غير كاف أو يشوبه غموض، تحكم المحاكم بما تقتضيه أصول القانون الطبيعي وقواعد العدالة، بإعتبار أن القاضي ملزم بالحكم في النزاع فلا يجوز له الإمتناع عن القضاء بحجة عدم وجود قاعدة قانونية، فإن إمتناعه يعد مجحفا عن تحقيق العدالة، فيقوم القاضي باستخلاص الأفكار من خلال النصوص القانونية ويرسخها في القرارات القضائية، أما قواعد العدالة هو إيتاء كل ذي حق حقه أي تحقيق المساواة بين الحالات المتماثلة مع مراعاة ظروفها وملابساتها³.

5- عناصر النزاع.

إن عناصر النزاع تجسد دورا فعالا في توجيه عمل القاضي وتحديد نمط اجتهاده، لأن النزاع المطروح أمام القاضي هو عبارة عن مركز قانوني يطلب فيه الخصوم من القاضي الفصل فيه وقطع النزاع وفقا للشريعة⁴. بإعتبار أن لهم حرية اللجوء إلى القضاء حتى تتحقق لهم الحماية القضائية، وخاصة عندما يتعلق الأمر بنزاع من صميم قانون الأسرة فتخضع أصلا لقاضي شؤون الأسرة⁵، بذلك تعد عناصر النزاع المادة الأساسية التي توجه العمل القضائي حتى يزيل العوارض التي تعيق تطبيق القانون في المجتمع، ويعد المصدر الأول والأساسي لمعرفة المعلومات المتعلقة بالدعوى ومدى صحة العمل التقديرى للقاضي⁶.

6- الوسائل التي يستعين بها القاضي.

تقتضي في بعض الحالات أمام القاضي اللجوء إلى مصادر قانونية أخرى يستنبط منها حلا للنزاع المعروف أمامه في حالة عدم وجود نص قانوني أو يسوده غموض مما يدفع القاضي إلى ترسخ قناعته في إقامة العدل، عن طريق البحث عن طرق الإثبات للوصول إلى الحقيقة بالإستعانة بمجموعة من وسائل القانونية.

¹ محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص110 .

² نزيه محمد الصادق، المرجع السابق، ص 150.

³ المرجع نفسه، ص153 .

⁴ محمود محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص98.

⁵ بوشيبان خديجة، صلاحية القاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية، 08 - 09، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، 2007-2010، ص1.

⁶ محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 98.

- أ- **الدليل الكتابي:** هو الدليل المحرر كتابة بقصد إثبات التصرف القانوني أو الواقعة القانونية، سواء كانت محررات رسمية أو عرفية¹.
- ب- **الشهادة:** إقامة الدليل أمام القضاء بأقوال الشهود وبعد تحليفهم اليمين، وتقوم الشهادة في الإخبار بواقعة عاينها الشاهد أو سمعها بنفسه أو أدركها بحواسه².
- ج- **القرائن:** هي نتائج تستخلص بحكم القانون أو تقدير القاضي، من واقعة معروفة للإستدلال على واقعة غير معروفة، وهذه القرائن تصنف إلى قرائن قضائية هي القرينة التي لم ينص عليها القانون، ويستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى، فترتكز القرينة القضائية على ركنين أساسيين، أحدهما مادي والآخر معنوي، وقرائن قانونية وهي التي ينص عليها القانون وكلها تشكل للقاضي مصدر إيجاد الحل لكل ما يطرح عليه من نزاع³.
- د- **المعاينة والخبرة:** المعاينة هي مشاهدة أعضاء المحكمة بأنفسهم محل النزاع من الأوصاف التي يدعيها ذو الشأن، والخبرة هي الحصول على المعلومات الضرورية المساعدة لحل النزاع بواسطة أصحاب الإختصاص⁴.
- هـ- **الإقرار:** يعد طريق من طرق الإثبات وهو إقرار الخصم أو من ينوب عنه إذا كان مآذونا له بالإقرار بواقعة ادعى بها عليه، وذلك أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة⁵.

و- **اليمين:** اليمين بوجه عام قول يتخذ فيه الحالف ما يعتقد في ضميره شاهدا على صدق ما يقول، واليمين لا يعتبر أداؤها إلا أمام القاضي فلا ينعف توجيها خارج المحكمة⁶.

ثانيا : مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.

يمكن تصنيف مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة إلى ثلاث مصادر والمتمثلة في المادة الأساسية التي قادته إلى أعمال هذا النشاط وهي عناصر النزاع، ومصدر شكلي يتمثل في القاعدة القانونية، ومصدر مساعد يتمثل في الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي.

1-عناصر النزاع.

تعد عناصر النزاع المادة الأساسية والأولية التي توجه عمل القاضي وتحدد مناط اجتهاده، ذلك أن النزاع يطرح في شكل مركز قانوني متنازع عليه، ويقوم القاضي بحسم هذا النزاع بناء على طلب أصحابه، و من خلال عناصر النزاع يستشف ما إذا كان مختصا بنظر الدعوى وقبول سماعها واختيار الصالح منها أم لا، كما أنه مقيد بما طرح أمامه⁷. إن الخصوم أحرار في تقديم ما يشاءون من وقائع أمام القضاء وإبعاد ما يريدون منها⁸، كما أنهم

¹ عباس الصرف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص23.

² عبده جميل غصوب، الوجيز في ق.إ.م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2010، ص309.

³ المرجع نفسه322.

⁴ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص326.

⁵ عباس الصراف، جورج حزبون، المرجع السابق، ص2.

⁶ المرجع نفسه262.

⁷ محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص97.

⁸ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص126.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

غير مجبرين بمنح الوصف القانوني لها لأن هذه المهمة تعد من اختصاص القاضي¹ الذي يجتهد في تحليل الوقائع المعروضة أمامه ثم إعطاءها الوصف القانوني الذي ينطبق عليها من خلال تفسير القانون وتطبيقه².

2- القاعدة القانونية.

والقاعدة القانونية لا ينطبق فقط على النص القانوني المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية وإنما يتضمن كذلك القواعد القانونية غير المكتوبة³ والمتمثلة في الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة 222 من (ق.أ.ج)، حيث أن القاضي يستند في أحكامه إلى التشريع وفي حالة انعدام النص القانوني الذي يفصل في النزاع وغموضه يتوجب على القاضي في هذه الحالة الاجتهاد والبحث عن حل موضوعي في أحكام الشريعة الإسلامية⁴.

3- الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي.

بالإضافة إلى المصادر السابقة يمكن للقاضي الاعتماد على مبدأ قانوني أو مفاهيم قانونية معينة بغية الاسترشاد إلى الحل الموضوعي وذلك في حالة غموض النص أو انعدامه.

أ- **المبادئ القانونية العامة:** هي مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها ويكون لها جمود نسبي⁵، وتختلف على القاعدة القانونية في كونها لا تقدم حلولاً قانونية محددة للقاضي وإنما تقدم له فكرة عامة مشتركة بين مجموعة من القواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطوق واحد⁶.

ويساهم القاضي بشكل كبير في اكتشاف هذه المبادئ وترسيخها في إطار القرارات القضائية، كما قد يدرجها المشرع في العديد من الحالات ضمن قواعد موضوعية كمبدأ التعويض عن الضرر⁷.

ب- **المفاهيم القانونية:** ويقصد بها التأسيس القانوني لمجموعات القواعد والمبادئ القانونية التي تتصل بنفس الأفكار، أي تكون أفكارها واحدة⁸.

ج- **المعايير القانونية:** ويقصد بها العملية التي ترشد القاضي إلى الأخذ في الاعتبار النمط

المتوسط للسلوك الإجتماعي الصحيح¹، يتميز المعيار القانوني في كونه شديد المرونة من حيث الصياغة ولا يعطي حلاً لقضية بعينها وإنما يعطي للقاضي فكرة عامة عن السلوك النمذجي الواجب إتخاذه والظروف التي قد تحيط به وبالتالي يرشده إلى الحل².

¹ الغوتي بن ملح، "أفكار حول الاجتهاد القضائي"، المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، العدد 1، ص 51.

² إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1994-1995، ص 21.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 142.

⁴ عيسات اليزيد، التطلق بطلب من الزوجة في ق.أ.ج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2003/2002، ص 17.

⁵ إبراهيم بن حديد، المرجع نفسه، ص 28.

⁶ نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 117.

⁷ إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص 29.

⁸ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 148.

د- **القرائن:** وتصنف إلى قرائن قضائية وقرائن موضوعية فالأولى يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، والثانية يستنتجها القاضي بذكائه من موضوع الدعوى وظروفها، على عكس القرائن القانونية التي هي من وضع القانون³.

الفرع الثاني : حالات أعمال النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر.
بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع نص على الحالات الموجبة للتعويض عن الضرر وهو ما سنقوم بدراسته في هذا الفرع كالتالي :

أولاً: حالة العدول عن الخطبة.

استقر الفقه والقانون والقضاء على أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج وليست عقداً⁴، وعليه فإن العدول عن الخطبة جائز، والقول بغير ذلك من شأنه حمل أحدهما على الاستمرار في علاقة هو كاره لها، وهو الأمر الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة بقوله أنه يحق لكلا الطرفين العدول عن الخطبة، وهو ما يقضي به القضاء الجزائري⁵. إلا أنه قد يترتب عن هذا العدول ضرراً للطرف الآخر وقد يكون هذا الضرر مادياً أو معنوياً، وفي هذا الشأن أثير نقاش حول إمكانية التعويض عن الضرر.

فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء لم يتعرضوا لهذه المسألة ذلك لأن الخطبة كانت تمتاز بالبساطة وقصر المدة على عكس ما عليه الوقت الحالي من تقليد للمجتمع العربي⁶.

أما المشرع الجزائري فقد ذهب إلى إقرار مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي الناجم عن الخطبة⁷، كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث شروط استحقاقه وتقديره.

ثانياً: حالة الطلاق التعسفي.

يعرف الطلاق التعسفي على أنه كل طلاق تم بالإرادة المنفردة للزوج وتأذت منه الزوجة⁸، أو هو طلاق الزوج لزوجته دون مسوغ شرعي أو من غير حاجة تقتضي ذلك ويكون آثماً عند الله لإساءة استعمال الحق الذي منحه إياه⁹.

¹ المرجع نفسه ، ص150.

² المرجع نفسه، ص151.

³ مسعود زيدة، "القرائن القضائية"، د، ط، الجزائر : نوفمبر للنشر، 2001، ص138.

⁴ عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ط1، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2005، ص24.

⁵ نبيل صقر، المرجع السابق، ص12.

⁶ عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د، ط، دار النفائس، الأردن، 1997، ص78.

⁷ الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة للطباعة والنشر، 2002، ص37.

⁸ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الفكر، 1989، ص222.

⁹ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط1، ، دار المكتبي، دمشق سوريا، 2008، ص8.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

ذهب عدد من الفقهاء إلى إنكار حق المرأة في التعويض عن الطلاق التعسفي بحجة أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى تقييد إرادة الزوج، وأن دفعه للتعويض هو إرهاب له وهذا فيه منافاة للقواعد الشرعية،¹ بينما ذهب أغلبهم إلى الاعتراف لها بالحق في التعويض أو المتعة.²

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 52 (ق.أ.ج) وهذا أسوة بالشريعة الإسلامية.

ثالثا : حالة التطلق.

عرف التطلق بأنه الطلب الذي تتقدم به الزوجة إلى القاضي معلنة عن رغبتها في فك الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من (ق.أ.ج)، والتي جاء فيها: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

1_ عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن علامة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد (78 و79 و80) من هذا القانون،

2_ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3_ الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4_ الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية،

5_ الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6_ مخالفة الأحكام الواردة في المادة (8) أعلاه،

7_ ارتكاب فاحشة مبينة،

8_ الشقاق المستمر بين الزوجين،

9_ مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10_ كل ضرر معتبر شرعا.

تعد الفقرة العاشرة القاعدة العامة وهذا لشمولها فلم تنقيد بضرر معين مما يخول القاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير هذه القاعدة وتقدير ما يمكن أن يشكل ضررا للزوجة والحكم لها بالتطلق من زوجها.³

كما نجد أن المشرع أقر مبدأ التعويض عن الضرر في حالة الحكم بالتطلق دون أن يحدد الحالات القابلة للتعويض وجعل هذا الأمر خاضعا لسلطة القاضي التقديرية في بحث مدى استحقاق التعويض وكذا تقديره.

¹ محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص51.

² جابر أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، د.ط مصر، دار ابن حزم ومكتبة العلوم والحكم، 2008، ص379.

³ فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، د.ط الجزائر : مطبعة الطالب، 2007/2008، ص37.

رابعاً : حالة النشوز.

يعرف بعض شراح القانون النشوز بأنه امتناع أحد الزوجين على الامتثال لأحكام عقد الزواج وما تتضمنه من حقوق و واجبات، وعدم تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك.¹

كما جاء النص عليه في المادة 55 من (ق.أ.ج) على أنه: عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر. وبناء على هذه المادة نلاحظ أن المشرع أقر مبدأ التعويض عن الضرر الناجم من النشوز وترك المجال للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في البحث عن شروط استحقاقه وتقدير قيمة التعويض.²

خامساً: الخلع.

يعرف الخلع على حسب اتفاق الجمهور على أنه طلاق على مال تقدمه الزوجة لزوجها مقابل تخليصها من عقد الزواج الذي بينهما.³

أما قانوننا فلم يرد أي تعريف للخلع في قانون الأسرة إذ نظم المشرع مسألة الخلع في المادة 54 بقوله: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي،

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

وعرفه الأستاذ بن شويخ الرشيد بأنه: اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها.⁴

المطلب الثاني : كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في التعويض عن الضرر.

إن القاضي خليفة الله في الأرض في إحقاق الحق وإبطال الباطل، وإيصال الحقوق إلى أصحابها، مما جعل المشرع يضع قيود ضابطة لاستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج عن مقاصد وضعها الشرع، وفي هذا المطلب سنبين المنهج الذي يعتمد عليه القاضي في حل النزاع المعروض عليه و القيود الواردة على نشاطه التقديري. ونقسم هذا المطلب كالتالي :

الفرع الأول: المنهجية التي يسلكها قاضي شؤون الأسرة في حل النزاع.

الفرع الثاني: القيود الواردة على النشاط التقديري للقاضي.

الفرع الأول: المنهجية التي يسلكها قاضي شؤون الأسرة في حل النزاع.

إن المشرع الجزائري قد منح للقاضي شؤون الأسرة صلاحية واسعة لأداء عمله الذهني لإيجاد الحل القانوني للنزاع المعروض عليه.

¹ عبد العزيز سعد، ق.أ.ج في ثوبه الجديد، دار هومة 2005، ص126.

² أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، 2004، ص131.

³ عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص391.

⁴ بن شويخ الرشيد، شرح ق.أ.ج المعدل و المتمم، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص208.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

بحيث يتبع القاضي في فصله النزاع المعروض منهجية معينة وفقا لمنطق يعتمد عند تقدير الوقائع، وعند البحث عن القانون الملئم لحكمها بالإضافة إلى الوسائل القانونية التي يستعملها في البناء المنطقي.

ونتناول في هذا الفرع الجوانب التالية:

أولاً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع.

ثانياً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون.

ثالثاً: الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون.

رابعاً: إعمال التقدير الموضوعي والشخصي في مجال التعويض عن الضرر.

أولاً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع.

إن عملية طرح الوقائع على القاضي عتب يقع على عاتق أطراف الخصومة ودور القاضي في هذا المجال هو تقدير هذه الوقائع،¹ حيث يلتزم القاضي بما تم عرضه أمامه دون تجاوز ذلك وإلا عد متجاوزاً لسلطته، وإنما يحكم في إطار ما تم تحديده من قبل الأطراف، كمطالبة الزوجة مثلاً بالتطبيق استناداً لأحد أسباب المذكورة في قانون الأسرة²، إضافة إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، فالقاضي في هذه الحالة يجب أن يسمع إلى كلا الطرفين ويمكن أن يقبل أو يرفض الطلبات، والقاضي ملزم بمناقشة كل ما عرض عليه دون أي إستثناء.

ثانياً: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون.

باعتبار القانون هو المرجع الأول والأساسي للقاضي لحل النزاع القانوني المعروض أمامه، بحيث يستمد سلطته التقديرية من الإجازات التي أعطاه لها القانون وذلك بهدف مطابقتها النشاط الذهني الخاص به لغاية العدالة والإنصاف التي رسمها له القانون.⁽³⁾

يقوم القاضي بمعالجة الوقائع الموجودة أمامه يقوم بذلك وقد تواجدت في ذهنه القواعد القانونية التي يمكن أن يطبقها على النزاع وهذا كتمهيد لإعطاء التكييف القانوني وذلك بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض عن الضرر ويستلزم القاضي إعمال نشاطه الذهني بغرض تفسيرها لكن لا بد من رجوعه وإستعانته بالقانون.⁽⁴⁾ والقواعد القانونية تعتبر كمرجع للإجابة على الإشكالات المعروضة أمام القاضي لكي يخلق حلاً قانونياً مناسباً.

ثالثاً: الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون.

¹ راضية مقران، المرجع السابق، ص8.

² قانون رقم 84-11، مؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص126، 127.

⁴ فوضيل نادية، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص119.

إن القاضي في رحلة بحثه عن الحل القانوني للنزاع المعروض عليه، ولكي يصل إلى حكم قضائي يعتمد على مجموعة من الوسائل المنطقية عند استدلاله بحيث لا يكون هذا الأخير مبنياً على إقتراحات وتخمينات .

يكون هذا الاستدلال مبنياً على مقدمتين مقدمة صغرى تتمثل في الوقائع التي قام بتحليلها وضبط عناصرها، ومقدمة كبرى تتمثل في القاعدة القانونية التي قام القاضي باختيارها ثم حلل أفكارها المركبة إلى عناصر وبعد إنزال الفروض النموذجية الواردة بها على الواقع بغرض التأكد من تطابق القانون الواقع وعند ثبوت ذلك⁽¹⁾ فإن النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية للحكم في النزاع المعروض أمامه.⁽²⁾

رابعاً: إعمال التقدير الموضوعي والشخصي في مجال التعويض عن الضرر.

من أنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر التقدير الموضوعي والشخصي بحيث يعدان من أدوات الاستدلال القانوني والمنطقي، والغاية من إعمالهما هو تحديد مضمون الأفكار القانونية المختلفة، لذلك يحق لنا التساؤل حول هل يقوم القاضي بالتقدير الشخصي على أساس المعيار الذاتي؟ أم يقوم على تقدير موضوعي على أساس الاعتبار المعنوي؟ لذلك سنقوم بتبيان المقصود بالتقدير الموضوعي والتقدير الشخصي كما يلي:

1: المقصود بالتقدير الموضوعي.

إن التقدير الموضوعي يعتمد على أساس المعيار المعنوي وهو المعيار الذي تنشأ به القاعدة القانونية، وهو النموذج الذي يقتدي به القاضي عند البحث في النزاع، والتقدير الموضوعي يفترض وجود قاعدة قانونية تتضمن معايير تشريعية، ويتعين على القاضي أن يقدر مختلف الظروف التي تحيط بها من خلال تقريب الأفكار القانونية بكل حالة تعرض عليه.³

ويلجأ القاضي للتقدير الموضوعي متى تعلق النزاع بحماية المصلحة العامة أو تحميل الشخص بالالتزام حيث يعتمد في هذا التقدير على السلوك المألوف للشخص دون ظروفه الخاصة، كمسألة عدم مشروعية سبب أو محل العقد وفيها يحكم القاضي ببطلان العقد بطلاناً مطلقاً دون النظر إلى علم المتعاقدين بذلك من عدمه، والمشرع تبنى المعيار الموضوعي والذي يهدف لتحقيق قدر من الثبات والاستقرار.⁴

2: المقصود بالتقدير الشخصي.

إضافة لمعيار الموضوعي هناك المعيار الشخصي الذي يعتمد فيه القاضي على المعيار الذاتي وهو أخذ القاضي بعين الاعتبار الظروف الشخصية والذاتية اللصيقة بالشخص ويكون هذا المعيار أكثر في قانون العقوبات على عكس الموضوعي الذي يعتمد على السلوك المألوف لشخص دون ظروفه الخاصة.

¹ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 204.

² المرجع نفسه، ص 213 .

³ راضية مقران، المرجع السابق، ص 6.

⁴ حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في التقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، دار الجماهيرية، ليبيا، 1998، ص 14 .

لذلك وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد أنه أخذ بكلى المعيارين عند البحث في مسألة التعويض عن الضرر⁽¹⁾ وبالأخص في مجال قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع بين للقاضي حالات التعويض عن الضرر وترك مسألة التقدير متى تتوفر هذه الحالات لذلك يقوم القاضي بإعمال المعيار الموضوعي وكذا الشخصي. حيث يعتمد في الأول إلى المعيار المعنوي المجرد وهذا حتى يصل إلى التكييف القانوني للموضوع، ويستند في الثاني إلى المعيار الذاتي والشخصي وهذا في الأحوال التي يراد فيها منح حماية قانونية للشخص من خلال منح التعويض عن الضرر، وهنا يأخذ بالعناصر الذاتية اللصيقة بشخص الخصم.²

الفرع الثاني: القيود الواردة على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.

للقاضي حرية استخدام نشاطه الذهني فقد خول له المشرع سلطة تقديرية واسعة النطاق في التعويض عن الضرر، لكن هذه السلطة يجب إخضاعها إلى ضوابط وحدود على القاضي الالتزام بها، ونظرا لكثرة هذه القيود سنحاول الحديث عن أهمها وهذا من خلال الجوانب التالية:

أولاً: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.

ثانياً: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

ثالثاً: الإلتزام بتسبب عمل القاضي.

أولاً: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.

لقد أعطى القانون للقاضي جانباً من الحرية لممارسة نشاطه الذهني في البحث في النزاع بحيث يرمي هذا النشاط إلى تحقيق العمل القضائي وهي العدل والإنصاف وحماية حقوق الأفراد والمحافظة عليها⁽³⁾ إلا أن عمله مقيد فعليه أن يسلك منهجا رسمه له القانون وعدم الانحراف عنه.

فإذا عرض عليه نزاع حول أحد المراكز القانونية لكي يصل إلى الحكم الملائم يجب أن يقوم بالبحث والاجتهاد ويكون على دراية كافية بالقانون، فإذا واجهته بعض التعقيدات حالت دون توصله إلى الحكم المنصف قام بالاستعانة بدوي الخبرة، ذلك من أجل تحديد بعض المسائل القانونية واجبة التطبيق.⁽⁴⁾

¹ بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري يتضح من نص المادة (124 و124) مكرر منه نجد أنها أخذت بالمعيار الموضوعي إلى جانب المعيار الشخصي حيث يتم بحث ركن الخطأ بصفة موضوعية من طرف القاضي إستناداً إلى معيار الرجل العادي في تقرير مدى قيام الخطأ، ثم يدخل التقدير الشخصي عند بحثه مسألة قيام الضرر لأنه مسألة تختلف من شخص لآخر وكذا عند تقدير التعويض عن ذلك وهذا إستناداً للمادة (131 و132 معدلتين) التي تقول: "مع مراعاة الظروف والملابسة" وهذا معيار شخصي لتفصيل أكثر في هذه المسألة: إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها.

² إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 111.

³ شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و إنحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة، 2008 ص 89.

⁴ الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، د س ن، ص 52.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

فالقاضي يسعى دائما إلى تحقيق العدل وعدم الميل عنه فكل نشاط ذهني يقوم به يجب أن يصدر منه بصفة موضوعية يأخذ فيها بعين الاعتبار المصلحة العامة للمجتمع، فإذا وضع هذه القاعدة أمامه عند ممارسته نشاطه التقديري تمكن من إحقاق الحق وبسط الأمن والإستقرار⁽¹⁾ فإن ثبت عكس ذلك كان نشاطه معيبا بالانحراف عن القانون.

ثانيا: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

من بين القيود التي ترد على نشاط القاضي التقديري يمنع بأن يقضي في حكمه بعلمه الشخصي لذلك علينا التعرف على المقصود من هذا القيد؟ والأسس التي تركز عليها؟ والإستثناءات الواردة عليه؟

1: المقصود بعلم القاضي الشخصي.

لم يتطرق القانون إلى قيد عدم علم القاضي الشخصي إنما خصه بالذكر الفقهاء، فبالإستناد إلى مبدأ "مشروعية وسيلة الإثبات"⁽²⁾ ذهب جماعة من الفقهاء إلى جعل تلك الأدلة التي تتعلق بالنزاع المطروح أمام القاضي وقدمها وأثبتها أطراف الخصومة، أي لا يجوز للقاضي أن يقوم ببناء إقتناعه على حيثيات خارجة عن أوراق الدعوى، وذلك من علمه الشخصي فهذا العمل يعد باطلا ومن شأنه الإخلال بمبدأ حياده .

فوفقا لنص المادة 451 (ق إ م إ) "يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطبيق طبقا لأحكام قانون الأسرة ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الإعتبار الظروف التي قدم فيها"⁽³⁾.

فيجب على القاضي ألا يضيف أي إدعاء من طرفه فعليه التمسك والبحث في حدود ما أعطاه أطرافه من أدلة تتعلق بالقضية، وإلا اعتبر مساس بالقاعدة التي تنص على جواز الإحتجاج أمام الخصم بأي واقعة لم تطرح في المحكمة ولم تحدث بين أطراف الخصومة عملا بنص مادة 26 (ق إ م إ) "لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات"⁽⁴⁾ لأن إدعاءات الخصوم هي دائما مرتبطة بإثباتها في حالة إدخالها.⁽⁵⁾

ولكنه من جانب آخر يمكن الأخذ بعين الإعتبار الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم بالرجوع للفقهاء الإسلاميين انقسم إلى قسمين:

بالنسبة للمالكية والحنابلة والشافعية إستندوا إلى قول صلى الله عليه وسلم "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي بنحو ما أسمع فمن قضيت

¹ روسكو باوند، مدخل الى فلسفة القانون، ط1، ترجمة صلاح الدباغ، المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر،بيروت1967، ص 61.

² نبيل إسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن علمه الشخصي، دار الجامعة الجديد، مصر، 2004 ، ص 9 .

³ أمر رقم 09_08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ أمر رقم 09_08 مؤرخ في 25 فيفري 2008، المرجع السابق.

⁵ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص10

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

له من حق أخيه وإنما أقطع له قطعة من نار"⁽¹⁾، فذهبوا للقول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

أما بالنسبة للحنفية وابن حزم الظاهري ذهبوا للقول بجواز القاضي الحكم بعلمه الشخصي وذلك جائز فقط في الأمور المتعلقة بحقوق الطلاق والقصاص والقدف والعتاق وحد القدف بينما لا يجوز أن تكون خارج نطاق هذه الحدود فهو غير جائز وذلك استناداً إلى عدة نصوص شرعية من الكتاب والسنة⁽²⁾.

لذلك وعليه إستناداً إلى قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي فإنه يجب على القاضي عند ممارسته لسلطة التقديرية⁽³⁾:

الحكم بموجب طلبات دون تجاوز ذلك.

استخلاص العناصر المنتجة في الدعوى من ضمن الوقائع والأدلة المقدمة.

الاحتفاظ بالوقائع التي قدمها الخصوم دون تجاوزها وخلق وقائع جديدة خارجة عن الوقائع المقدمة.

2: منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي.

أي تجريد القاضي من أي مصلحة شخصية في النزاع، فيكون للقاضي دوراً إيجابياً في سعيه لحماية المتخاصمين⁴، غير أن هناك من يرى أن له دوراً سلبياً عند وقوفه في النزاع. هذا المفهوم يقودنا إلى مبدأ حياد القاضي في المذهب التقليدي الذي يجعل منه عنصراً غير فعال في القضية.

وذلك بعكس المذهب الحديث الذي يجعله عنصراً فعالاً في القضية لأنه يساعد على إيجاد الحل للنزاع.

فطبقاً لنص المادة 49 (ق.أ.ج) القول بأنه " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولات صلح يجريها القاضي"⁽⁵⁾.

كذلك منحه سلطة تقرير إجراء تحقيق وهذا عند عدم كفاية الأدلة المقدمة من طرف الخصوم كما منحه سلطة تقرير إجراء الخبرة⁽⁶⁾ وغيرها من الأمور التي تساهم في تكوين إقتناعه الشخصي".

3: الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

1 أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، تحقيق وتخريج، لبنان، دار الوفاء، 2005، ص 492.
2 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لبنان، دار الكتاب العربي، 1982، ص 14.
3 نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 130.
4 عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 61.
5 قانون رقم 84_ 11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، المرجع السابق.
6 بوشيبان خديجة، المرجع السابق، ص 17.

الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

عند بحث القاضي في النزاع المطروح عليه فيإمكانه القيام ببناء حكمه وفقا لمعرفة الشخصية، وإمكانه إعلام الأطراف، فالقاضي بعد معرفته الوقائع يطبق عليها النص الملائم بعد دراسته.

ثالثا: إلتزام بتسبيب عمل القاضي.

يقصد بتسبيب الحكم بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاض حكمه.¹

يقصد بهذا المفهوم هو سرد الوقائع التي تشكل موضوع النزاع وبيان الأدلة التي إستند إليها الخصوم في تنفيذ إدعاءهم وذكر كافة الحجج القانونية من نصوص قانونية بالاعتماد عليها في إعطاء هذه الوقائع وصفا قانونيا.

إن تسبيب الحكم يعد بيان للأدلة والحجج القانونية التي أسس عليها القاضي حكمه وإستند إليها في إصدار حكمه²، والتسبيب الذي يجريه القاضي هو التسبيب القانوني، يعرضه فيه الأسباب القانونية التي أوصلته إلى تقرير نتيجة معينة، لأن هذا التسبيب يظهر القرار الذي إتخذه القاضي بإعتباره القرار الوحيد الذي يجب إتخاذه، وذلك ببيان الدعامات التي يستند إليها الحكم، لأن القاضي على خلاف الفقيه لا يجب أن يستمر في الإحتمالات بل يجب أن يتيقن من القرارات التي يتخذها ويكشف عن نتيجة إستدلاله في النزاع المعروض أمامه³. أعطى المشرع الجزائري أهمية لتسبيب أحكام القضائية وذلك إنطلاقا من نص المادة 11 من قانون (ق إ م إ) على أن تكون "الأحكام والقرارات القضائية مسببة"⁴، فعلى القاضي بيان الوقائع ومناقشة الطلبات والدفع المقدمة من طرف الخصوم، والحرص على تناسق الحكم مع الأسباب وما تم طرحه من طرف الخصوم.

وأخيرا نستنتج أن تسبيب الحكم قيد يرد على حرية ممارسة السلطة التقديرية للقاضي وهو يشكل ضمانا من تعسف القاضي في ممارسة نشاطه وخضوعه لميوله الشخصية.

¹ فاطمة الزهراء تبوت، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص88.

¹ شواربي عبد الحميد، المرجع السابق، ص2.

³ فاطمة الزهراء تبوت، المرجع نفسه، ص89.

⁴ أمر رقم 08_09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن ق.إ.م.إ. المرجع السابق.

**الفصل الثاني : تطبيقات السلطة
التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في
مجال التعويض عن الضرر**

بعد تطرقنا إلى الجانب النظري للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، ننتقل في هذا الفصل إلى الحديث عن الجانب التطبيقي الذي يمارس فيه القاضي تقدير التعويض عن الضرر، وكيفية لجوء المضرور للقضاء لحماية حقه المقرر قانوناً، بإعتبار أن المشرع أعطى له الحرية في التقدير للقضايا المعروضة عليه.

وعليه قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في مسائل الزواج والطلاق.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر.

نتناول في هذا المبحث الحالات التي يفصل فيها القاضي في مجال التعويض عن الضرر، والتي ذكرها المشرع والمتمثلة في حالة العدول عن الخطبة وحالات انحلال الرابطة الزوجية من طلاق تعسفي أو تطليق ونشوز أو خلع، وعليه فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: تقدير التعويض في حالة فك الرابطة الزوجية.

المطلب الأول: تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة.

سار المشرع الجزائري على خطى الفقه الإسلامي بأن العدول عن الخطبة الذي يترتب ضرراً يستوجب التعويض عنه، وذلك بشقيه المادي والمعنوي حسب ما نصت عليه المادة 05 من (ق.أ.ج)، والتي تنص على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض"¹.

ويتبين من خلالها أن المشرع لم يبين كيفية التعويض عن الضرر، وترك تقديرها للقاضي وعليه فإن تقدير القاضي لمبلغ التعويض لجبر الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة يستلزم إجراء نشاط ذهني يهدف القاضي من خلاله إلى منح تعويض عادل للطرف المضرور، فعند ممارسة نشاطه التقديري لا بد من الأخذ بعين الاعتبار عناصر الضرر التي من خلالها يستطيع حساب التعويض، كما يتوجب عليه بيان عناصر التقدير وكذا تحديد الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض.

وفي هذا المطلب سنحاول بيان مدى سلطة ودور القاضي في ذلك من خلال تقسيمه إلى أربعة فروع كالتالي :

الفرع الأول: شروط إستحقاق التعويض عن العدول عن الخطبة.

1 قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984، المرجع السابق.

الفرع الثاني: الأساس القانوني الذي يقوم عليه الحكم بإستحقاق التعويض.

الفرع الثالث : مقدار وطريقة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

الفرع الرابع: وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

الفرع الأول: شروط إستحقاق التعويض عن العدول عن الخطبة.

حسب المادة الخامسة المذكورة أعلاه فإنه إذا ترتب ضرر بسبب العدول جاز لأي طرف طلب أو رفع دعوى التعويض وهذا سواء كان ماديا أو أدبيا وبالتالي القاضي بعد أن يتضح لديه نوع الضرر يلجأ إلى معرفة ما إذا كان متوفر لشروط التعويض عن الضرر وتتمثل في:

أولا: إثبات واقعة الخطبة.

بعد تأكد القاضي من توفر الشروط الموضوعية والشكلية لأطراف القضية المعروضة عليه وذلك وفقا (ق. إ.م.إ)، يلجأ إلى التحقق من واقعة الخطبة ومدى صحتها، ويكون عبء إثباتها على من يدعي وفقا للقاعدة العامة "البينة لمن ادعى" مدعيا كان أو مدعى عليه،¹ و يكون إثبات العلاقات التي تحدث بين أفراد الأسرة بما فيها الخطبة بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود وغيرها.²

ثانيا: توفر شروط عناصر الضرر.

يستند القاضي في ذلك على الشريعة الإسلامية التي اعتبرها المشرع الجزائري المصدر الأول الذي يرجع إليه للبحث عن حلول للقضايا المعروضة عليه في حالة عدم وجود نص في أحكام (ق.أ.ج)، بالتالي نجد الفقهاء قاموا بوضع شروط معينة لعناصر الضرر وتتمثل هذه الشروط في:

1- إنعدام السبب الشرعي أو القانوني للعدول عن الخطبة.

إذا إنعدم الدافع الشرعي أو القانوني للعدول عن الخطبة يستوجب على العادل التعويض عن الضرر الذي ألحقه بالطرف الآخر، وفيما يتعلق بتقدير هذا المبرر يعود للسلطة التقديرية للقاضي، وحتى قواعد الشريعة تفرض على صاحب الحق عدم استعماله في العدول بدون مبرر.³

2- أن يصاحب فعل العدول أفعال تلحق بالمعدول عنه أضرار.

إن كلا من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري إتفقوا على أن الخطبة أنها عقد غير ملزم، ومسألة التعويض عن ضرر العدول إختلف فيها الفقهاء فمنهم من أجاز الحق في التعويض عن الضرر الناجم عن العدول ومنهم من نفى التعويض عن العدول.⁴

أ-الرأي الأول: عدم التعويض

¹ السيد سعدانة، "عبء إثبات في القانون الوضعي الجزائري"، مجلة المفكر، العدد11، ص191.

² صالح براهيم، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص127.

³ فاروق خلف، "أحكام الخطبة وأثار العدول عنها بين مفهوم القانوني والإجتهد القضائي"، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية، العدد2، 2016، ص88.

⁴ المرجع نفسه، ص88.

يرى أصحاب هذا الرأي و على رأسهم محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية سابقا أنه لا تعويض عن العدول عن الخطبة مطلقا لأن الخطبة ليست بعقد بل وعد بالتعاقد ولا إلزام في هذا الوعد، فمن عدل عن خطوبته إنما يمارس حقا من حقوقه الشرعية. فالخاطب مارس حقا و باشر تصرفا مآدونا له فيه فلا يجب التعويض وذلك لأن الإذن الشرعي ينافي الضمان.¹

ب-الرأي الثاني : وجوب التعويض.

ذهب فريق آخر من الفقهاء المعاصرين إلى إقرار وجوب التعويض عن العدول عن الخطبة إذا نجم عن ذلك ضرر مادي أو معنوي وإن كان للطرف العادل دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، ففي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل، لأنه لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يزال، أما إذا لم يكن للعادل عن الخطبة دخل في الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة فلا مجال للتعويض ولا يلزم به إذ لم يكن متسببا في وقوعه.²

ثالثا : أن يكون الضرر قابل للتعويض.

وكأصل فإن العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض، لأنه حق مباح لكلا الطرفين³، ولكن في حالة ما إذا تعسف الطرفين في استعمال هذا الحق وسبب ضرر سواء كان ماديا أو معنويا يصبح في هذه الحالة قابلا للتعويض.

الفرع الثاني: الأساس القانوني الذي يقوم عليه الحكم بإستحقاق التعويض.

لم يبين المشرع الجزائري الأساس القانوني الذي استند إليه في تقرير الحكم بالتعويض حيث جاءت المادة غامضة إذ المشرع اكتفى فيها بالقول إذا ترتب عن العدول ضرر لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، هذا الغموض كان سببا في اختلاف شراح القانون حول الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بإستحقاق التعويض⁴، حيث يرى الدكتور بلحاج العربي أن الحكم بالتعويض عن الضرر المترتب عن العدول يقوم على المسؤولية التقصيرية التي أساسها القانون المدني مستندا في ذلك إلى القرار الصادر بتاريخ 1966/11/03 عن مجلس قضاء مستغانم الذي كيف الحصول على التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، لكنه ربط الحكم بالإطار الزمني لصدور هذا القرار والذي جاء أثناء صدور قرار يقضي بمواصلة العمل بالقانون الفرنسي⁵، بخلاف هذا الرأي نجد الأستاذ عبد العزيز سعد الذي يرى أن الأساس القانوني الذي يستند إليه الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وليست المسؤولية التقصيرية، فالعدول عن الخطبة هو حق مقرر شرعا وقانونا يجوز لصاحبه استعماله متى شاء ولا يجوز إلزامه ومطالبته بالتعويض عن استعماله، وكإستثناء فإن طلب الحكم بالتعويض عن الضرر سيصبح مشروعا إذا رافق العدول أو الرجوع عن الخطبة ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر، وهذه

¹ شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، "تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، ص341.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في ق.أ.ج، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، 2015، ص168.

³ بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص57.

⁴ اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص147.

⁵ الطيب شتوح، محمد بن زعيمة، المرجع السابق، ص342.

الأفعال موجبة للضمان باعتبار أن كل وعد كان سببا في تصرف الموعود بما ألحق به ضررا فيه معنى التغيرير بالموعود له يوجب الضمان، وهو المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري.¹

الفرع الثالث: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

لم ينص المشرع الجزائري عن مقدار وطريقة التعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة، وإنما ترك المجال لقاضي شؤون الأسرة في أعمال سلطته التقديرية في تقدير تعويض ما تم إثباته من ضرر.

أولا : نوع التعويض الذي يقرره القاضي.

1: التعويض عن الضرر المادي الناجم عن العدول عن الخطبة.

فيما يتعلق بطريقة التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة فلم ينص المشرع الجزائري على كيفية تقدير هذا التعويض، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المادة 132 من (ق.م.ج) التي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا". كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "يجوز للقاضي تبعا للظروف، وبناءا على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".²

ففي مجال العدول عن الخطبة، فإن العادل إذا كان قد استولى على مال من الطرف الآخر بسبب الخطبة، فإن التعويض في هذه الحالة يكون عينيا، وذلك برد الحالة إلى ما كانت عليه، وإرجاع ما استولى عليه الطرف الآخر.³

أما في حالة استحالة التعويض العيني، قضى القاضي بمقابل نقدي وهو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوي التعويض عن العدول عن الخطبة، فإن قامت المخطوبة بإعداد جهاز معين، أو كراء قاعة الحفلات ودفعت في مقابل ذلك مالا، فهنا يتعذر التنفيذ العيني، ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلا التعويض النقدي وهو ما أقره المشرع في المادة 132 (ق.م.ج).⁴

ـ قيمة التعويض عن الضرر المادي.

يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني في هذا المجال بأن: "يكون تقدير التعويض مقيدا بنصف المهر، لأنه لا يجوز الحكم بالتعويض عن فسخ الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لم يتم العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدخول، لأن الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص21.

² الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم.

³ عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون، دار النهضة العربية، 2002، ص105.

⁴ عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005-2008، ص38.

يترتب عليه دفع نصف المهر لها، وضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر هو خشية التعسف في تقدير هذا التعويض¹.

2: التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة.

إن الضرر المعنوي هو الذي يصيب مصلحة غير مالية، كالتشهير وتشويه السمعة وهذا ما يجعل القاضي يجد صعوبة في تقديره والتعويض عنه، لأن التقدير فيه يقوم على أساس إعتبارات أدبية تجعل طريقة تقديره مختلفة من شخص لآخر، والتعويض عن الضرر الأدبي يأخذ شكلين وهما:

أ_ التعويض العيني:

من تطبيقات التعويض العيني للضرر الأدبي حق الرد، أو التصحيح لما تم نشره في الصحف متضمنا ما ينطوي من مساس بحق من الحقوق الأدبية، كأن يكون العادل عن الخطبة قد صرح عن ذلك لوسيلة الإعلام، كأن يكون قد صرح أنه عدل عن الخطبة لأنه إكتشف أن سلوكات المخطوبة غير مسؤولة أو أن بها عيوب مما قد يمس بسمعتها وكرامتها، فيكون تعويض ذلك الضرر بنشر مقال أو تصريح يكذب الأول².

ب_ التعويض بمقابل:

إن التعويض النقدي هو أكثر طرق التعويض الملائمة لإصلاح الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، والأصل أن التعويض النقدي أن يكون مبلغ معين من المال يعطى للمضرور، لذلك فإن التعويض النقدي أحد نوعي التعويض التي يجب أن يحكم القاضي بها للمضرور من العدول، ذلك أن الضرر إذا لم يمكن جبره بما يزيل آثاره السيئة من نفوس الناس بالتعويض العيني، فإن التعويض بمقابل لهذا الضرر، خاصة إذا كان المقابل نقديا، يمكن أن يجبره ويمسح من نفس المعتدي عليه أثر الألم الذي حل به³.

_ قيمة التعويض عن الضرر المعنوي:

إن الغرض من التعويض هو جبر الضرر كله، والأضرار الأدبية يصعب تقدير التعويض عنها وهو ما جعل التعويض المساوي على نحو كامل في مجال التطبيق العملي أمرا فوق

¹ عيد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1986، ص53.

² سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، دورية المعيار، العدد التاسع، 2009، ص03.

³ عبد الله مبروك النجار، المرجع السابق، ص144.

طاقة القاضي، إذ يصعب على القاضي أن يصل إلى تقويم عادل للآلام النفسية التي حدثت نتيجة العدول عن الخطبة¹. فيجب عليه أن يقدر التعويض تقديرا يكفي لجبر خاطر الطرف المضرور، لما مسه في شرفه وإعتباره من الأم، كما آلت إليه وقت الحكم بحسب ما إذا كان قد تفاقم أو تناقص، وبحسب ما يتكلف جبره في ذلك الوقت².

ثانيا : طريقة التعويض.

لم يحدد المشرع الجزائري للقاضي طريقة منح التعويض، وما إذا كان يحكم على المسؤول بدفعه إجمالا أو بالتفصيل، كما لم يحدد سقفا معيناً للتعويض ليلتزم به القاضي، وإنما ترك هذا الأمر لمطلق سلطة القاضي التقديرية واجتهاده تبعا لظروف وملابسات كل قضية³.

وعليه فإن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن أحكامها توجب على القاضي الدمج بين التقدير الموضوعي والشخصي. لذلك يقول الفقه الإسلامي بضرورة تقدير مبلغ التعويض عن طريق النظر في الظروف والملابسة والمتعلقة بكل قضية على حدة، إذ يتوجب على القاضي البحث دائما والاجتهاد⁴، وذلك نظرا لتغير ظروف الدعوى تبعا لموضوعها وكذا أطرافها، حيث يرفع الضرر عن المضرور بطريقة شبيهة موضوعية ويحدد مسؤولية مرتكب الفعل الضار على أساس موضوعي مجرد⁵.

إن القاضي عند تقديره للضرر المصاحب للعدول عن الخطبة لا يمكنه الفصل بين شعوره الشخصي وشعور المضرور اتجاه المسؤول، وهذا يلزمه برفع أو خفض مبلغ التعويض تبعا لجسامة الخطأ وإذا كان لا يفصح عن ذلك وإنما يقوم به وهو بصدد ممارسته النشاط الذهني لتقدير وتحديد مبلغ التعويض في ذهنه طبقا لمبدأ لا ضرر ولا ضرار⁶.

ثالثا: عناصر تقدير التعويض.

يستند القاضي عند تقديره لمبلغ التعويض إلى جملة من الاعتبارات المتعلقة بظروف الملابسة وكذا الضرر الواقع وحجمه.

1 : مراعاة الظروف الملابسة : أثير خلاف فقهي حول المقصود بالظروف الملابسة وما إذا كان المقصود بها الإعتداد بظروف أحد طرفي العلاقة في التعويض أو الإعتداد بظروف كلا الطرفين، فذهب جانب من الفقه إلى القول بوجود مراعاة ظروف الطرف المضرور وما لحقه من أضرار مادية أو معنوية ولا ينظر إلى المسؤول، بينما ذهب جانب آخر إلى القول أنه لا بد من الإعتداد بظروف الطرف المسؤول وما صاحب أفعاله من نية إيقاع الضرر، في حين ظهر موقف آخر يقضي بضرورة مراعاة ظروف كلا الطرفين شريطة أن لا يؤدي ذلك للمغالاة في تقدير التعويض أو جعله غير عادل لجبر الضرر الحاصل⁷.

1 عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 09.

2 سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج2، دار الكتب القانونية، 1998، ص 98.

3 محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 329.

4 المرجع نفسه، ص 329.

5 محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، ط1، دار الفكر العربي، 1998، ص 77.

6 نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 324.

7 حكيمة بعبوش، "تعويض الضرر المعنوي"، وزارة العدل، المحكمة العليا، الجزائر، العدد 17، 1995، ص 103.

و بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة نجد أن المشرع ألزمه بالبحث في أحكام الشريعة الإسلامية، و التي تحيله في بعض المسائل إلى العرف بإعتباره المصدر الثاني بعد الشريعة الإسلامية¹.

2 : نوعية الضرر : إن القاضي يأخذ بعين الاعتبار عند التقدير الضرر المباشر والمتوقع من جراء هذا العدول، أما الضرر غير المتوقع فلا تعويض عنه كما يشمل تقدير التعويض عن الضرر في هذه الحالة ما فات المعدول عنه عن تقويت فرصة الزواج².

الفرع الرابع: وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

لم ينص المشرع الجزائري عن وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة، وكذلك بالرجوع إلى التطبيقات القضائية فنجدها لم تجيبنا في خصوص هذه المسألة، ولكن بالرجوع إلى الآراء الفقهية نجد اختلاف بين الفقهاء حول الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض.

حيث ذهب رأي إلى القول أن الحق ينشأ من يوم حصول الضرر في حين ذهب رأي آخر للقول أن نشوء الحق في التعويض يكون من يوم الحكم. فالحكم يعد مقررًا للحقوق، وهو المبدأ الذي قضت به محكمة استئناف مصر في 1913/04/17 . ومن الجدير بالذكر أن هناك رأياً وسطاً قالت به الأستاذة لوسين ربيير في رسالتها لسنة 1933، حيث رأت أن الالتزام بالتعويض نشأ من يوم حدوث الضرر وهو حق يخلف الورثة في مورثهم بعد موته، و لكن تعويض هذا الضرر يتحول إلى التزام بدفع تعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الاعتداد بهذا الوقت في تقدير مبلغ التعويض، فيجب إذن أن يعتد بالتطورات التي تكون قد حدثت منذ وقت الضرر³.

المطلب الثاني : تقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية.

نظرا لإستحالة إستمرار العلاقة بين الزوجين فإن الشرع والقانون منح لهما الحق في المطالبة بالطلاق وإنهاء الرابطة الزوجية، ولو كان الطلاق أبغض الحلال عند الله، ولكن إذا سد الطريق ولم تبقى العشرة بينهما فالأفضل أن تنحل الرابطة الموجودة بينهما، فيحق لكلا الزوجين إيقاع الطلاق بإرادتيهما والقاضي يستجيب لرغبتهما بتوقيعه سواء كان طلاقاً أو تطليقاً أو خلعاً، وينجر عنهم أضرار تلحق كلا الطرفين فيستعين القاضي وفقاً للسلطة المخولة له في تقرير التعويض عنها ولذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع كالتالي:

الفرع الأول: تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي.

الفرع الثاني: تقدير التعويض في حالة التطليق.

الفرع الثالث : تقدير التعويض في حالة النشوز.

الفرع الرابع: تقدير التعويض في حالة الخلع.

¹ المرجع نفسه ، ص 103.

² إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 187.

³ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 210-211.

الفرع الأول : تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي.

يقصد بالطلاق التعسفي هو ذلك الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولقد أعطى المشرع للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض إذا تبين له أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق¹.

و من خلال هذا الفرع سنحاول أن نسلط الضوء على الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لإستحقاق التعويض ومن ثم نبين كيفية تحديد القاضي لمقدار التعويض.

أولاً : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لإستحقاق التعويض.

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه "من المقرر شرعاً وقضاً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزءاً من المسؤولية فيه". ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان ذلك إستوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة². فالقضاء بالتعويض وفقاً لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض فالضرر وفقاً لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق. وتطبيقاً لنص المادة 52 من (ق.أ.ج)، فإن الحكم بالتعويض مقيد بشرطين³ :

1- أن يثبت القاضي أن الطلاق لم يكن لسبب جاد ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها، وعندئذ يكون الطلاق تعسفياً، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1998/11/17 بقولها من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق.

ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من 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 جزئياً⁴. ومن هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لإستحقاق المطلقة التعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم إنعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلياً على مسؤوليتها يجعلها تفقد الحق في التعويض.

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 187.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1986/01/27، ملف رقم 39731، م ق، عدد 04، 1993، ص 61.

³ تنص المادة 52 من ق.أ.ج، بقولها إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

⁴ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17، ملف رقم 210451، إ، ق عدد خاص، 2001، ص 252.

2 - أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق، فإن كان الضرر الأدبي غالبا ما يصاحب الطلاق، فإن الضرر المادي يحتاج إلى إثبات، كأن يكون أوقفها على وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سبب، وفوت عليها فرصة الرجوع إلى الوظيفة أو إكمال الدراسة، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه، وبين ما يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال¹، وما دام أن الطلاق بيد الزوج، فدور القاضي هنا يكون الكشف عن إرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة أو الإرادة، وذلك لإعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أو في حالة عدم قدرته على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والترجيح، فالقاضي هنا ملزم بأن يحكم للمطلقة بالتعويض المناسب.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس لإستحقاق المطلقة التعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 بأنه "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق وذلك لأن التعويض على المسؤولية التقصيرية يقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق"².

ثانيا : تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي.

بالنسبة لتقدير وتحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري لم يتطرق لذلك من خلال أحكام (ق.أ.ج)، إذ إستقر المشرع على مبدأ التعويض على الطلاق التعسفي ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض.

أمام هذا النقص المتعلق بجانب تقدير قيمة التعويض، فقد أجاز المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون الأسرة لتحديد قيمة التعويض، ولم يحدد له لا حد أقصى ولا حد أدنى، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1991/06/18 بأنه "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"³. فالقاضي عندما يحكم بالتعويض عن الضرر المترتب على الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع أو خفض قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد دامت لفترة طويلة⁴، أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ماله من سلطة تقديرية هو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

¹ فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ، ص 282.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 2000/02/22 ، ملف رقم 335656 ، م.ق ، عدد 01، 2000 ، ص 282.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 1991/06/18 ، ملف رقم 75099 ، م.ق ، عدد 01، 1991 ، ص 65.

⁴ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

ثالثا : وقت التعويض عن الضرر.

إن مسألة توقيت تقدير التعويض عن الضرر مختلف فيها إذ كان يتقرر في وقت حدوث الضرر أو وقت الحكم به¹. فهناك من يرى أن يقدر التعويض وقت وقوع الضرر على أساس وقت نشوء الحق في التعويض، كما هو الحال يوم إيقاع الطلاق دون أي مبرر أو سبب، وآخرون يرون أن تقديره يتم في وقت الحكم نهائيا بالتعويض للمضرور، على أساس أن الحكم الذي يحدد مقدار التعويض.

وهناك رأي راجح الذي أخذ به المشرع الجزائري بأن الحق في التعويض ينشأ وقت وقوع الضرر، أي وقت إيقاع الزوج للطلاق التعسفي على زوجته دون أي مبرر، ويدفع التعويض عند صدور الحكم القضائي في الدعوى الذي يلزم الزوج بأن يدفع التعويض الذي تستحق الزوجة². وللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره ويراعي في ذلك حال الطرفين.

رابعا : علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

1 : تعريف المتعة ودليل مشروعيتها.

تعرف المتعة على أنها ما يقدمه الرجل لمطلقاته بعد الفرقة بينهما من نقود أو ثياب أو غيرها، وسميت متعة لأنها تنتفع بها، وقد يدفع لها بدلها نقودا.

وعرفها المالكية بأنها ما يعطيه الزوج لمطلقاته تخفيا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره.

وعرفها الشافعية بأنها ما يجب على الزوج دفعه لإمرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط.

و وجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضا للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق، و هذا ما يتفق مع تعريف المالكية والشافعية لأن الغرض منها جبر إباحش المطلقة³.

ورد النص على كلمة متعة في أكثر من موضع في القرآن الكريم، فجاءت في قوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تقرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين"⁴

وقوله أيضا " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"⁵.

ووجه الدلالة أن الله تعالى أوجب المتعة لجميع المطلقات المدخول بهن وغير المدخول بهن سواء سمي لها مهرا أو لم يسم لهن مهرا.

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، 1993، ص487.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص488.

³ بن عيشوش فاطمة، "حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس/العدد01، 2018.

⁴ البقرة: 236.

⁵ البقرة: 241.

2 : إمكانية القضاء بالمتعة والتعويض في آن واحد.

جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/04/07 بأن: " من الأحكام الشرعية أن الزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي".¹

وبهذا القرار فقد جمعت المتعة والتعويض في آن واحد وأخذت المطلقة تعويضاً عن نفس الضرر مرتين.

ونقضا للقرار السابق جاء قرار آخر للمجلس الأعلى يقضي بأنه: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر الزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض".²

وعليه فإن هذا القرار وضع الحد بين الجمع بين المتعة والتعويض، فالضرر الناجم عن الطلاق يستحق تعويضاً واحداً وهو نفسه المتعة. فالتعويض أساسه جبر الضرر الذي ألحق بالمطلقة نتيجة تعسف الزوج في استعمال حقه وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله.

الفرع الثاني : تقدير التعويض في حالة التطلق.

نص المشرع الجزائري على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطلق، غير أنه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين له سقفاً أدنى أو أعلى للتعويض تاركاً ذلك للإجتهاد القضائي، وسنتناول في هذا الفرع سلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر في حالة التطلق وكيفية التعويض عنه.

أولاً : سلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر في حالة التطلق.

نصت المادة 53 مكرر المعدلة بموجب الأمر رقم 02-05 على أن الزوجة يحق لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بها، حيث جاء فيها يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها³،

1 : تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلق.

نص المشرع في المادة 48 من (ق.أ.ج)، أن الزوجة يحق لها في حال حكم لها بالتطلق أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بها وهذا قائم على مدى توافر أسباب التطلق، وعلى القاضي قبل أن يحكم بالتعويض أن يتأكد من جملة الشروط :

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1986/04/07، ملف رقم 41560، م-ق 1989، عدد 2، ص 69.
² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1985/04/08، ملف رقم 35912، م-ق 1989، عدد 1، ص 89.
³ ق رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن ق الأسرة المعدل و المتمم، المرجع السابق.

- إثبات قيام العلاقة الزوجية.

- أن يلتزم القاضي بالسلطة التقديرية الممنوحة له فهناك حالات على القاضي أن يلتزم ببعض القيود التي ترد على سلطته المطلقة.

❖ السلطة المقيدة للقاضي في إثبات الضرر:

إن القاضي ملزم بالأخذ بأسباب التطلاق التي جاءت على سبيل الحصر في المادة 52 من (ق.أ.ج) ويكون فيها الضرر ثابت بموجب قرارات قضائية، فإذا تم إثباتها يتعين على القاضي الحكم بالتعويض للزوجة وهي :

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بموجبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج والغيبة لسنة دون عذر ولا نفقة بالإضافة إلى حالة الضرب والجرح.

والقاضي في هذه الحالة لا يحكم بالطلاق للزوجة إلا إذا صدر حكم من المحكمة تلزم الزوج بدفع النفقة ويمتنع عن أدائها قصدا ويفترض أن تكون الزوجة عالمة بإعساره أثناء الزواج¹. وهذا ما جاء في القرار القضائي ومن المقرر قانونا وفقها وقضاء في الشريعة الإسلامية عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلاق عن زوجها، والقضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

وكذلك يمنح الحق للزوجة في طلب التطلاق والتعويض عن الضرر اللاحق في حال صدور حكم يدين الزوج بجريمة الضرب أو الجرح، كما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/05/18 "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة متضررة من الضرب وعدم الإنفاق الذي تعرضت له من طرف الزوج"².

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه ويقصد بها مخالفة الزوج الشروط المتفق عليها في المادة 08 (ق.أ.ج) والتي بدورها تنص على يسمح بالزواج بأكثر من زوجة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. فيجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها³، ولكن في حال قيام الزوج بالتدليس على الزوجة وخالف شرط عدم تعدد الزوجات الذي تم الاتفاق عليه في عقد الزواج أجاز القانون لكل زوجة أن تطالب التطلاق في حالة عدم رضا إحدى الزوجتين ويستطعن المطالبة بالتعويض كذلك لتضررهن⁴.

¹ نسرين شريفي، كمال بوفورورة، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص 85.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 22213 بتاريخ 1999/05/18، عدد خاص، 2001، ص 126.

³ ق رقم 84-11، المرجع السابق.

⁴ جميلة حفيظ، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، 2006/2009، ص 63.

الفصل الثاني : تطبيقات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر

- الحكم على الزوج بجريمة مساس بشرف الأسرة وارتكابه لفاحشة مبينة يستحيل مواصلة العشرة الزوجية معه.

إذا قام الزوج بجريمة تمس بشرف الأسرة وكرامتها وسمعتها وقيمتها الاجتماعية وحكم عليها القانون أجاز للزوجة أن تطلب التطليق وتستحق الزوجة تعويضا عن تضررها¹.

❖ السلطة المطلقة للقاضي في الاثبات :

- الشقاق المستمر بين الزوجين.

إذا اشتد الخصام بين الزوجين واستحالت العشرة الزوجية، يحق للزوجة أن تطلب التطليق بسبب تضررها من هذا الوضع الذي تعيشه مع الزوج فيطلقها القاضي بعد عدة محاولات صلح ويلزم الزوج بالتعويض إذا طلبت ذلك². وهذا ما قضت به قرار المحكمة العليا "متى تبين في قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج لو يوفر مسكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة لطول الخصام وبتظلم الزوجة وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون"³.

- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

نص المشرع الجزائري وفقا للمبادئ الفقهية على أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق عندما يهجرها زوجها على ما يزيد من أربعة أشهر، وذلك بعد أن تثبت ويتأكد القاضي من أن واقعة الهجر كانت بدون سبب لمدة أربعة أشهر وكان الزوج يقصد الإضرار بالزوجة، ثم يحكم لها بالتطليق مع التعويض الملائم لها⁴.

- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

في حالة ما تبين أن هناك عيب في الزوج كان للزوجة الحق أن ترفع أمرها إلى القاضي للتطليق، وهذا ما تبين في قضية الحال أن العشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة، مما أدى بالزوجة إلى طلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب، وبالتالي قاضي الموضوع حكم لها بالتطليق بسبب العيب الذي حال دون تحقيق الهدف من الزواج⁵. وعليه فيمكن للقاضي أن يقدر لها التعويض إذا كان الزوج أخفي حقيقة عقمه عنها وفوت عليها فرص الإنجاب.

- الضرر المعتبر شرعا.

أعطى الشرع للزوج حق تأديب زوجته بمقتضى ولايته في الأسرة بالمقابل فعليه أن يحسن المعاشرة و ينفق على زوجته، والزوج في استعمال حقه قد يضر بالزوجة مما يؤدي بها إلى

¹ نسرين شريفي، المرجع السابق، ص 87.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 302-303.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 224655 مؤرخ في 15/06/1999، عدد خاص عن قسم الوثائق، الجزائر، 2011.

⁴ نسرين شريفي، المرجع السابق، ص 87.

⁵ الشافعي عبيدي، قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2008، ص

طلب التطلق، والأضرار المعتبرة شرعا كثيرة، وعلى الزوجة إثبات ما تدعيه وعلى القاضي الإصلاح بينهما فإن عجز حكم لها بالتطلق مع التعويض¹.

2 : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض عن الضرر.

من خلال المادة 53 مكرر من (ق.أ.ج)، يتبين أن المشرع أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر طبقا لما جاء في الشريعة الإسلامية على أساس القاعدة الشهيرة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال².

3 : عبء إثبات الضرر في التطلق.

لم يبين المشرع الجزائري طرق إثبات الضرر، لكن بالرجوع للشريعة الإسلامية نجد إثبات الضرر الموجب للتطلق يشمل جميع وسائل الإثبات من بينة وإقرار وشهادة الشهود³ ومثاله أن تثبت الزوجة تضررها من الضرب المبرح الذي يترك آثارا بشهادة طبية.

ثانيا : كيفية التعويض عن الضرر.

1 : مقدار و طريقة التعويض عن الضرر.

لم ينص المشرع الجزائري عن مسألة مبلغ التعويض، وهذا ما ألزم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لتحديده، حيث يكون التقدير مبني على أسس ثابتة بأوراق الدعوى المعروضة عليه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت المضرور، ذلك أن التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما⁴.

2 : وقت تقدير التعويض.

إن التاريخ الذي يقرر فيه منح التعويض الناتج عن التطلق من يوم الحكم به باعتبار أن الحكم القضائي ليس هو مصدر الحق في التعويض، فالحكم بالتعويض يعد مقر للحقوق وليس منشأ لها، وبالتالي يدخل في الحساب عند حساب التعويض كل ما لحق بالمضرور، ومعنى ذلك أن القاضي يعتد في تقدير التعويض بتاريخ الحكم به وليس وقت حصول الضرر⁵.

الفرع الثالث: تقدير التعويض في حالة النشوز.

من الحالات التي يستند إليها القاضي في إصدار حكم الطلاق، الحالة المنصوص عليها في المادة 55 من (ق.أ.ج)، وهي حالة نشوز الزوجين والتي تنص: " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر" غير أنه لم يبين الأساس الذي يعتمد

¹ دليلة براف، "التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، 214.

² أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، السعودية، بيت الأفكار الدولية، حديث رقم 2340، ص 252.

³ دليلة براف، الرجوع السابق، ص 217.

⁴ إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 209.

⁵ المرجع نفسه، ص 210-211.

عليه القاضي في تقدير هذا التعويض، وعليه سنتناول في هذا الفرع سلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر في حالة التظليق وكيفية التعويض عنه.

أولاً: سلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر في حالة النشوز.

إن لقاضي شؤون الأسرة من الناحية القانونية سلطة مطلقة فيما يتعلق في تقدير عناصر ومكونات النشوز، على أن يعتمد على أمور مستساغة اجتماعياً ومقبولة أخلاقاً وقانونياً،¹ أما من الناحية القضائية نحد أن القاضي مقيد بضرورة إثبات وجود حكم قضائي نهائي حائز الحجية يقضي برجع الزوجة إلى منزل الزوجية ويتم تبليغها هذا الحكم عن طريق المحضر القضائي للرجوع وتمتتع عن الرجوع ويحرر محضر بامتناعها عن ذلك، فهذه الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القضاء وتعد قرينة على إثبات نشوز الزوجة، أما الزوج فإن نشوزه كذلك يثبت بموجب حكم قضائي صادر ضده بالإهمال العائلي وعدم الإنفاق أو الامتناع عن توفير سكن منفرد للزوجة.²

ثانياً: عبء إثبات النشوز.

يسعى الطرفين إلى إثبات حالة النشوز أحدهما إتجاه الآخر كما جاء قرار المحكمة العليا بأن " الضرر نشأ من النشوز بينهما وفي قضية الحال نشوز الزوجة ثابت من خلال أحكام قضائية و محاضر محررة من طرف المنفذ ... فالأحكام والمحاضر هي دلائل للإثبات، بذلك يوجب تعويض الزوج لنشوز زوجته".³

ثالثاً: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر.

لم ينص المشرع الجزائري على مقدار التعويض عن الضرر في حالة النشوز وترك المجال للسلطة التقديرية للقاضي مما يدفعه إلى أعمال نشاطه الذهني لتحديده ويختلف من شخص إلى آخر وحسب حالات النشوز، فنجد أن الأحكام القضائية لا تستند كلها إلى ما تكبده المضرور من مصاريف الزواج وإنما تمنح تعويضا إجماليا نقديا لا يختلف في مجمله عن مقدار التعويض في حالة الطلاق التعسفي وبالتالي التعويضات الممنوحة نتيجة نشوز أحد الزوجية هي زهيدة جدا مقارنة بحجم الضرر اللاحق بالطرف المضرور.⁴

الفرع الرابع: تقدير التعويض في حالة الخلع.

تنص المادة 54 من (ق.أ.ج) على أنه : "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".⁵

أجاز المشرع الجزائري للزوجة مخالعة نفسها من زوجها بمقابل مالي تعرضه عليه كتعويض عن الضرر الذي ألحقته بالزوج، ويعد الخلع بمثابة رخصة تمكن الزوجة من طلب

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص126.

² إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص206.

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 90947 المؤرخ في 27/04/1993 م-ق العدد 02.

⁴ إسمهان عفيف، المرجع السابق، ص210.

⁵ قانون رقم 84-11، المرجع السابق.

التطليق أو الطلاق من الزوج الذي لم تتحمل العيش معه، ومنحه لها القانون كحق من حقوقها مقابل حق الزواج في الطلاق بالإرادة المنفردة.¹

أولا : شروط إستحقاق الخلع.

لم يتعرض المشرع الجزائري إلى الشروط التي يجب توفرها لصحة الخلع، وبالرجوع إلى نص المادة 222 من (ق.أ.ج)، والتي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، ولهذا يشترط لصحة الخلع توفر الأهلية القانونية لكل من الزوجين وأن تكون هناك علاقة زوجية قائمة بينهما بالإضافة إلى أن يكون الخلع مقابل مال.²

1 : بالنسبة للزوج :

فيجب أن يكون راشدا عاقلا وأهلا للتصرف في ماله بحيث لا يمكن للصغير والمجنون أن يخالع زوجته لأنه في حكم فاقد الأهلية بحيث يشترط فيه أن يكون بالغا 21 سنة، إلا أنه يمكن للقاضي أن يجيز الخلع قبل بلوغ هذا السن إذا وجدت مصلحة في ذلك وهذا ما أخذ به المذهب المالكي القائل من لا يملك الزواج إلا بإذن لا يملك الطلاق إلا بإذن.

2 : بالنسبة للزوجة :

فيشترط فيها أن تكون متمتعة بأهلية التبرع،³ بحيث إذا لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في المادة 40 من (ق.م.ج)، فلا يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك لأن الخلع بالنسبة لها هو في حكم المعوضة الشبيهة بالتبرع. ومن ثم فلا يصح للصغيرة أو المجنونة أو السفهية أن تخالع زوجها بمال.

3 : قيام الرابطة الزوجية :

حسب المادة 54 من (ق.أ.ج)، فإنه يشترط القانون لكي تخالع الزوجة زوجها لابد أن يكون هناك زواج شرعي وقانوني صحيح سواء أكان قد سجل في سجلات الحالة المدنية أم لم يسجل، ولكن لا يقبل الحكم بالخلع إلا بعد تسجيل عقد الزواج.

4 : بدل الخلع :

مقابل الخلع هو ما تقدمه الزوجة إلى زوجها مقابل طلاقها ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكل ما صح أن يكون صدقا من نقود أو غيرها، المهم أن يكون مباحا شرعا طبقا للمادة 14 (ق.أ.ج)، وهذا المقابل يمكن أن يكون من النقود والأوراق المالية المتداولة خارج الوطن.⁴

وقد يكون أشياء مقومة بمال كالذهب بشرط أن يكون الشيء وقت عرضه للإيجاب وقد يكون شيء مستقبلي المادة 92 (ق.م.ج)، ويجب أن يكون الشيء مقابل الخلع معينا أو قابل للتعيين

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 129.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 265.

³ الغوتي بن ملح، المرجع السابق، ص 185.

⁴ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 217.

المادة 94 (ق.م.ج)، وأن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والأداب العامة المادة 96 (ق.م.ج).

ثانياً : كيفية تقدير مقابل الخلع.

حسب ما جاء في المادة 54 (ق.أ.ج)، فإن بدل الخلع يتم تحديده باتفاق الطرفين أي بناء على إيجاب وقبول من الطرفين، وذلك في جلسة الحكم بالفرقة الزوجية، أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم¹، وذلك في حالة عدم الإتفاق بين الزوجين.

ثالثاً : طريقة التعويض.

إن مقابل الخلع الذي تقدمه الزوجة إلى زوجها يكون مبلغ من المال، وهذا الأخير حسب (ق.أ.ج) فيمكن أن يكون أوراق مالية أو أشياء يمكن تقويمها بالمال شرعاً. ومثاله أن يكون بالدينار الجزائري أو أي عملة أخرى، كما يمكن أن يكون سيارة أو بيتاً أو أي شيء آخر.²

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.

إن القول بأن قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتقدير مدى استحقاق التعويض وكذا تقدير قيمته يقودنا إلى بحث ما إذا كانت هذه السلطة تمارس بشكل مطلق أم هي محل رقابة، وفي حالة القول بوجود الرقابة على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر نتساءل في هذه الحالة عن نوع هذه الرقابة وما هو نطاقها ووسائلها؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر.

المطلب الثاني: نطاق رقابة المحكمة العليا على أعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الأول : طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر وطرق الطعن فيه.

يتمتع قاضي شؤون الأسرة بسلطة واسعة في مجال تقدير استحقاق التعويض، مقابل ذلك منح للشخص المضروب حق اللجوء إلى القضاء من أجل طلب الحماية من خلال رفع دعوى التعويض التي يراعي فيها مجموعة من الإجراءات، أو أن يطعن في الحكم الصادر في حقه أمام جهة قضائية أخرى. وعليه سنحاول في هذا المطلب بيان ما يلي:

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر.

الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر عن دعوى التعويض عن الضرر.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 251.

² المرجع نفسه، ص 249.

الفرع الثالث: طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر.

الفرع الأول : إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر.

أعطى القانون للأشخاص الحق باللجوء إلى القضاء من أجل حماية حقوقهم، ومتى تعدي على حق أحد أطراف الخطبة نتيجة العدول أو فك الرابطة الزوجية أن يرفعوا دعوى للمطالبة بالتعويض.

أولاً : حالة العدول عن الخطبة.

إن العدول عن الخطبة وإن كان حق مشروعاً لكلا الطرفين، إلا أن هذا الحق مشروط بعدم إلحاق الضرر بالآخرين، فإذا أصابه ضرر بسبب العدول حكم عليه بالتعويض العادل،¹ ولكل مضرور من العدول الحق في أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عن الضرر، وذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في (ق، إ، م، إ) طبقاً لنص المادتين 423، 426 حيث تنص المادة 1/423 : "ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الآتية:

الدعاوي المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة".

وتنص المادة 426: "تكون المحكمة المختصة إقليمياً في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه".

وعليه فإن رفع دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة تكون أمام قسم شؤون الأسرة التابع للمحكمة الواقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

ثانياً: حالة الطلاق التعسفي.

نص المشرع الجزائري في نص المادة 52 من قانون الأسرة على أنه في حالة ثبوت التعسف في الطلاق قضى القاضي بالتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة لأن في الطلاق ضياع لمستقبل الزوجة وتفويت لفرص قد لا تعود.²

يجب على القاضي أن يجري عدة جلسات صلح لإقناع الزوج بالتراجع عن قراره وذلك كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء فيه : "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون".³

فإذا كان الطلاق غير مؤسس على تبريرات مقبولة حكم به القاضي مع تقرير التعويض المادي والمعنوي لصالح الزوجة المطلقة.

تنص المادة 03/426 "في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما".

¹ عبير ربيجي شاكور القدومي، التعسف في استعمال الحق، دار الفكر، ط1، عمان، 2007، ص81.

² عبير ربيجي شاكور القدومي، المرجع السابق، ص 192.

³ المحكمة العليا، غ، أ، ش، ملف رقم 75141 مؤرخ في 18/06/1991، م- ق، العدد الأول 1999، ص65..

وترفع دعوى الطلاق من أحد الزوجين أمام قسم شؤون الأسرة، وذلك بتقديم عريضة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى طبقا للمادة 436 (ق.إ.م.إ.)، وعند رفع دعوى الطلاق يجب أن يبلغ المدعى عليه والنيابة العامة عن طريق أمانة الضبط وفق نص المادة 438 من نفس القانون، والتي تنص : "يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسميا المدعى عليه والنيابة العامة عن طريق أمانة الضبط".

ثالثا : حالة التطلق والنشوز.

على الزوج أن يحسن المعاشرة وينفق على زوجته حسب وسعه، وقد يحدث ويسيء إستعمال حقه فيؤدي زوجته بالقول أو الفعل، وهنا يحق للزوجة في أن ترفع الأمر إلى القاضي وتطلب التطلق طبقا لنص المادة 53 (ق،أ،ج) حسب الأسباب المذكورة فيها أي كل ضرر معتبر شرعا⁽¹⁾.

كما نص في المادة 55 من نفس القانون عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر، يلاحظ من خلال هاتين المادتين أن المطالبة بالتعويض تكون في صلب دعوى التطلق أو الطلاق لنشوز أحد الزوجين، كما يمكن أن يكون هذا الطلب مستقلا عنها حيث ترفع أمام قسم شؤون الأسرة ويتبع في ذلك إجراءات رفع الدعوى.

الفرع الثاني : طبيعة الحكم الصادر عن دعوى التعويض عن الضرر.

يتضح من خلال نص المادة 05 والمادة 57 من قانون الأسرة أن الأحكام الصادرة عن دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة أحكامها ابتدائية قابلة لكل طرق الطعن على عكس أحكام الطلاق والتطلق والخلع لا يمكن أن تستأنف إلا فيما يتعلق بالجوانب المادية، والطلاق الذي تقضي به المحكمة هو طلاق بائن يجعل من الزوجة أجنبية عن زوجها، فلا يمكنه مراجعتها إلا بموجب عقد ومهر جديدين طبقا لما نصت عليه المادة 50 من (ق.أ.ج)².

نلاحظ من خلال استقراء نص المادة 57 أن المشرع جعل من الأحكام الصادرة في دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق والتطلق والنشوز أحكاما ابتدائية يجوز الطعن فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية ويتضح ذلك من خلال تقسيم المشرع المادة إلى شقين حيث نص في الشق الأول منها على أن الأحكام القضائية التي تقضي بفك الرابطة الزوجية هي أحكام صادرة بصفة نهائية وقطعية تصدر عن المحكمة كدرجة أولى وأخيرة، وهذا لكونها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام بحيث لا يجوز للأفراد أو القانون مخالفتها وأن يقضوا بغيرها³.

¹ بلحاج العربي، شرح ق.أ.ج، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 300.

² المرجع نفسه، ص 302.

³ غوتي بن ملحمة، المرجع السابق، ص 119.

أما الشق الثاني منها فنص على الأحكام القضائية الصادرة في الجوانب المادية أحكام غير نهائية حيث تحكم فيها المحكمة بصفة ابتدائية قابلة للطعن، ويقصد بالجوانب المادية المسائل المتعلقة بنفقة العدة ونفقة الأولاد والتعويض عن الضرر يدخل ضمن هذه الجوانب المادية¹.

الفرع الثالث : طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر.

إن الحكم المتعلق بالتعويض عن الضرر هو من الجوانب المادية التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة بموجب حكم ابتدائي قابل للطعن فيه بالطرق العادية وغير العادية.

أولاً : الطعن في الحكم بالتعويض عن الضرر بالطرق العادية.

1: الطعن في الحكم بالتعويض عن طريق المعارضة.

يعرف الطعن بالمعارضة بأنه طريق طعن عادي في الأحكام الغيابية بمقتضاه يتقدم من صدر عليه الحكم في غيبته إلى ذات المحكمة التي أصدرته طالبا منها سحبه أو إعادة النظر في الدعوى وذلك بتقديم دفوعه وطلباته التي لم يبدها وقت صدور الحكم الغيابي²، ولذلك نصت المادة 327 من (ق.إ.م.إ.) على أنه : "تهدف المعارضة المرفوعة من قبل الخصم المتغيب إلى مراجعة الحكم أو القرار الغيابي ليفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون ويصبح الحكم أو القرار المعارض فيه كأن لم يكن ما لم يكن هذا الحكم مشمولاً بالنفاذ المعجل".

ويكون أجل الطعن بالمعارضة شهرا واحدا يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي وهو ما نصت عليه المادة 329 من (ق.إ.م.إ.).

2 : الطعن في الحكم بالتعويض عن طريق الاستئناف.

يعتبر الطعن بالاستئناف الترجمة الفعلية والعملية لمبدأ التقاضي على درجتين، أين يعاد بواسطته طرح ذات النزاع من طرف قاضي أعلى درجة ممن فصل فيه لأول مرة، وذلك من خلال النظر فيه من حيث الوقائع والقانون، وهذا كله يسمح بتدارك أخطاء قضاة الدرجة الأولى وبالتالي إتاحة الفرصة للخصوم لتقديم ما فاتهم من أدلة ودفوع في الدعوى³، فالأحكام الصادرة في التعويض عن الضرر هي أحكام صادرة بناء على السلطة التقديرية للقاضي وبالتالي هي أحكام تحتل الصواب في التقدير كما تحتل الخطأ، ولذلك كان دور قضاة الاستئناف مراجعة هذا الحكم شكلا وموضوعا، والتدقيق فيه حتى يتم التأكد من مدى جدية الاستئناف المرفوع من طرف المتضرر من الحكم الابتدائي.

أما بخصوص مواعيد الاستئناف فإنها محددة قانونا وهي عامة لا تتعلق فقط بقانون الأسرة، وإنما تخص كل فروع القانون الخاص، وهي شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للشخص ذاته ويمدد إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي للشخص في موطنه الحقيقي أو المختار⁴،

¹ عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، الجزائر، منشورات بغدادية، ص 341.

² المرجع نفسه، ص 254.

³ بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم و المجالس القضائية، د ، ط قسنطينة دار البعث، 2000، ص 68.

⁴ فضيل العيش، المرجع السابق، ص 166.

وتحتسب الأجل كاملة غير أن يوم البداية والنهاية لا يعد ضمن الأجل، فهذا المبدأ الذي قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1988/11/21.¹

ثانيا : الطعن في الحكم بالتعويض عن الضرر بالطرق غير العادية. 1 : الطعن بالنقض :

الطعن بالنقض طريق من طرق الطعن غير العادية، مفتوح الأطراف وفي بعض الحالات للنيابة العامة، ويرمي إلى النظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة منها، ولا يشكل الطعن بطريق النقض امتداد للخصومة الأولى ولا درجة من درجات التقاضي.²

ولقد أجاز القانون الجزائي الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات الصادرة في آخر درجة من المحاكم والمجالس القضائية، ويرفع الطعن بالنقض خلال شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه ويمدد أجل شهرين إلى 3 أشهر إذا تم في موطنه فيما يتعلق بالنقض في الأحكام والقرارات الغيابية بعد انقضاء الأجل المقررة للمعارضة.³

2 : الطعن بالتماس إعادة النظر:

يتضمن طلب إلتماس إعادة النظر مراجعة الحكم القضائي المطعون فيه من أجل الفصل فيه من جديد حسب الوقائع والقانون، و يرفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم بعريضة تودع بكتابة الضبط و يجب أن تشتمل العريضة على بيان الحكم الملتمس فيه وتاريخه وأسباب الإلتماس بعد إستدعاء كل الخصوم.⁴

المطلب الثاني : نطاق رقابة المحكمة العليا على أعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

تعتبر المحكمة العليا محكمة قانون ومحكمة اجتهاد، فمحكمة قانون لأنها تراقب تطبيق القانون، أما أنها محكمة اجتهاد فلأنها تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي الذي يتوصل إليه القضاة من خلال ممارستهم لنشاط تقديري بصدد أعمال القانون وتطبيقه على النزاع المطروح.

وعليه فالتساؤل المطروح في صدد نطاق رقابة المحكمة العليا على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر هل هي منصفة على نشاطه التقديري الذي يمارسه بصدد استخلاص الوقائع المنتجة في الدعوى أم أن هذه الرقابة تقتصر على الجانب القانوني من خلال مراقبة مدى تطبيق القانون؟

وللإجابة على هذا التساؤل قمنا بتقسيم المطلب إلى ثلاث فروع كالتالي:

¹ المحكمة العليا، غ ، أ ، ش، ملف رقم 51751، مجلة قضائية، العدد الرابع، 1989، ص75.

² عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق، ص 267.

³ حسين فريجة ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، مسيلة، 2010، ص 139.

⁴ محمود محمد الكيلاني ، المرجع السابق، ص 156.

الفصل الثاني : تطبيقات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر

الفرع الأول: نطاق الرقابة على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

الفرع الثاني: وسائل رقابة المحكمة العليا.

الفرع الثالث: أهمية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي.

الفرع الأول: نطاق الرقابة على النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.

لتحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على نشاط قاضي شؤون الأسرة التقديري في مجال التعويض عن الضرر يتعين علينا البحث عن مدى قيام هذه الرقابة عند تقدير القاضي لإستحقاق التعويض عن الضرر وكذا عند تقديره للتعويض.

أولاً: رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي لاستحقاق التعويض.

لقاضي الموضوع السلطة التقديرية لفهم الوقائع والتأكد من قيامها، فهو من يقدر مدى قيام الضرر من عدمه، وهو ما أثبتته جملة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1970/11/18 " من المقرر قانوناً بأن الوقائع يرجع الأمر في تقديرها إلى سلطة قضاة الموضوع لا غير، فليس للمجلس الأعلى رقابة عليهم في ذلك "1.

فالمحكمة العليا تراقب التطبيق القانوني لهذه الوقائع من خلال رقابتها على مدى كفاية هذه الوقائع في تكوين الضرر وطبيعة الضرر الواقع هل هو ضرر قائم ومحقق أم هو مستقبلي². ونوع الضرر الذي اعتمده القاضي في التكييف أكان ضرراً مادياً أم معنوياً، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/11/27 أن: " من المقرر شرعاً وقانوناً أنه عند الحكم بالتطبيق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر القاضي بشهادة الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط، وكذلك لعدم مراعاته القواعد الشرعية في التطبيق "3.

كذلك بالنسبة لضرورة بيان عناصر الضرر فقد جاء قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/11/27 أن: " من المقرر قانوناً أنه يجوز الزوجة طلب التظليق مع التعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً وما ثبت من قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها يبرر التعويض الممنوح لها "4.

1 المحكمة العليا، غ.ق.خ، نشرة القضاء، العدد الأول 1972، ص 67. نقلاً عن بلحاج العربي، ق، أ، ج مع تعديلات الأمر 02-05، المرجع السابق، ص 303.

2 محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 160.

3 المحكمة العليا غ، أ، ش، ملف رقم 56490، نقلاً عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 276.

4 المحكمة العليا، غ، أ، ش، ملف رقم 56249، م-ق، العدد الأول 1992، ص 51.

يستقل قاضي الموضوع ببيان عناصر الضرر الموجب للتعويض وهو ملزم ببيانها في الحكم لأنها تعد من المسائل القانونية التي يتم فحصها من قبل المحكمة العليا.

ثانيا : رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أن تقدير التعويض المستحق لجبر الضرر المتحقق إنما هو من سلطة محكمة الموضوع تجريه على أساس ما يقدم إليها من أسانيد تبين حقيقة الأضرار المادية والأدبية التي تكون قد لحقت بالمضرور وكل ذلك على نحو ما تبينه هي في ظروف الدعوى، ولا تقبل المنازعة في سلامة هذا التقدير ما دامت العناصر القانونية للحكم بالتعويض قد اكتملت وكان بذلك جابرا لكافة الأضرار المادية والأدبية¹.

فالأصل أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعويض طالما كان تقديره مبنيا على أسس ثابتة بالأوراق ولا يجوز التعقيب على قضائه من طرف المحكمة العليا لأن ذلك يدخل في صميم اختصاصه، فيكون على دراية بحجم الضرر ومبلغ التعويض الذي يكفل جبر الضرر وترضية المضرور، غير أنه من جانب آخر نجد أن هذا الإطلاق ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة ذكر القاضي العناصر التي استند إليها في تقدير التعويض فبيان هذه العناصر هو من مسائل القانون التي تبسط المحكمة العليا رقابتها عليه².

لذلك نجد أن القاضي وإن كان من الناحية القانونية يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض إلا أنه من الناحية العملية والتطبيقية يكون محل رقابة قضائية ولذلك فإنه ليس حرا تماما في تقدير مبلغ التعويض وإنما هو مرتبط بضرورة تسبيب ما قام بمنحه من تعويض انطلاقا من بيان القاعدة القانونية أو الشرعية التي استند إليها في تقدير التعويض، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1984/04/02 أنه: " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه وبيان حال الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية"³.

الفرع الثاني : وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

تخضع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لجملة من القيود التي فرضها القانون ومن ذلك التقيد بالغاية التي رسمها القانون إضافة إلى التقيد بالحياد وعدم القضاء بعمله الشخصي وكذا ضرورة تسبيب الأحكام القضائية، وهذا القيد الأخير يعد الوسيلة التي تقوم بواسطتها المحكمة العليا بمراقبة مدى صحة تطبيق القانون على الأحكام القضائية الصادرة، وذلك من

¹ المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم 39689، قرار بتاريخ 1986/02/24، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 246.

² اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 237.

³ المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم 32779، م-ق 1984، العدد 02، ص 61.

الفصل الثاني : تطبيقات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر

خلال مراقبة الأسباب سواء الواقعية أو القانونية، وهذا بغية التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع¹.

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/12/22 أنه : " من المقرر قانونا أن كل منطوق وجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وأن يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني بتبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبب ومخالفة للقانون استنادا للقانون الإجرائي"².

فرقابة المحكمة العليا لا تقوم بفحص واقع الدعوى وإنما تقوم بالتأكد من وجود الأسباب الواقعية ومن صلاحيتها لإعمال القانون الذي طبقته محكمة الموضوع، ويرجع هذا الأمر إلى أن الأسباب الواقعية تسمح بالتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا، لأن الحكم إذا كان لا يحتوي على أدلة وشواهد توضح وتبين ظروف وقائع الدعوى فلا يمكن حينها استخلاص الوقائع الأساسية التي ساعدت على إعمال القانون. وهذا ما يؤدي بالمحكمة العليا صعوبة التحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا وبالتالي لا يمكن التحقق من النتيجة التي وصل إليها القاضي³.

الفرع الثالث: أهمية الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.
تتجلى أهمية الرقابة القضائية للمحكمة العليا على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في كونها توحد تفسير القانون وتطبيقه على امتداد إقليم الدولة، فهي تقوم برقابة وتصحيح أخطاء قضاة الموضوع حيث تبطل الحكم المشوب بالخطأ، وتكفل سلامة العمل القضائي ودقته، وذلك أن علم القاضي باحتمال أن تبطل المحكمة العليا عمله يجعلها يتحرى الدقة في عمله والالتزام الدقيق بحكم القانون فيما يصدره من أحكام⁴.

وعليه فكل حكم خال من الأسباب يستوجب نقضه، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا أنه : " أن إهمال الجواب على دفوع الخصوم يساوي إنعدام التسبب "

ومنه نستنتج أن أهمية رقابة المحكمة العليا على نشاط القاضي الذي يمارسه بشأن منح التعويض عن الضرر تمكن في منعه من الخضوع لميولاته الشخصية حتى لا ينحرف بسلطته التقديرية وينجر عن ذلك عدم تحقيق الغاية الموضوعية التي يصبو إليها القانون.

¹ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 233.

² المحكمة العليا غ.أ.ش، الملف رقم 54271، المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص296.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص514.

⁴ فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1999. ص 324.

خاتمة

خاتمة:

ما يمكن أن نخلص إليه في هذا الموضوع أن قانون الأسرة فتح مجالا واسعا للقاضي، لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بما له من سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فالحلول القضائية وإن كانت تعبر عن إرادة المشرع أو تهدف إلى ذلك إلا أن للطابع الشخصي وقدرات القاضي نصيب فيها، إضافة إلى مرونة جل نصوصه وعدم أخذه بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة وإنما استنبط أحكامه من أغلب المذاهب وهذا ما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية بالاجتهاد الانتقائي، كما أنه أحال القاضي في حالة عدم وجود النص القانوني إلى الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها أيضا، وهذا وإن كان نقطة إيجابية تسمح للقاضي بإيجاد الحلول المناسبة.

حاولنا في بحثنا هذا إعطاء نظرة ولو بسيطة حول سلطة القاضي التقديرية في مجال التعويض عن الضرر في شؤون الأسرة، مقارنة بالسلطات العديدة التي خولها له القانون في إطار الأحوال الشخصية، ولقد تناولنا في هذا الموضوع جانبين مهمين لوظيفة القاضي، أولهما الجانب النظري الذي يستند فيه القاضي على قواعد قانونية والاجتهادات الفقهية في إتخاذ قراراته وأحكامه، أما الثاني يتمثل في الجانب التطبيقي الذي يمثل المعايير التي يجسد بها القاضي ممارسته القضائية من أحكام وقرارات. وأهم النتائج التي توصلنا إليها هي:

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة أعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية تكون صالحة التطبيق على النزاع.

أساس التعويض عن الضرر في قانون الأسرة هو ترضية للطرف المضرور بمنحه تعويضا عادل يكفل جبر الضرر الذي أصابه.

المصادر التي يستمد منها قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية هي ثلاثة مصادر وتتمثل في عناصر النزاع والقاعدة القانونية بمفهومها العام وجملة الوسائل القانونية والمنطقية التي يستعين بها لإيجاد حل النزاع المعروض عليه.

أن حالات أعمال النشاط التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تتمثل في حالة العدول عن الخطبة وحالة الطلاق التعسفي، التطبيق والنشوز والخلع حيث خولت القاضي سلطة واسعة في بحث مدى قيام الضرر واستحقاق التعويض عنه.

القاضي أثناء ممارسته نشاطه التقديرية يتبع منهجية معينة في مجال التعويض عن الضرر وذلك في حدود القانون.

وبخصوص تقدير التعويض فإن لقاضي شؤون الأسرة الحرية المطلقة في تقديره ما دام يستند إلى أصل ثابت في أوراق الدعوى ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك .

وفيما يتعلق بطبيعة الأحكام القضائية الصادرة عن الضرر فهي أحكام ابتدائية قابلة للطعن فيها بجميع طرق الطعن.

وفي الختام هناك مجموعة من التوصيات نراها ضرورية :
إعادة نظرة شاملة في أحكام قانون الأسرة الجزائري تجعلها أكثر وضوحا وشمولا.
تكوين قضاة من ذوي الخبرة والكفاءة في مجال الأسرة لأنها مسائل حساسة نحتاج إلى التدقيق والفحص قبل تقرير الحكم بشأنها.
إدراج قانون ينص على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لأنه بالرغم من وجود الإجراءات المدنية والإدارية إلا أنه غير كافي لذلك .
على المشرع أن يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع
القرآن الكريم

المعاجم والقواميس:

1. ابن المنظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2004.
2. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، د.ط، مصدر وزارة التربية والتعليم، مصر، 1994.
3. محمد ابن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، 2007.

الكتب العربية.

1. أبو عبد الله محمد بن ادريس الشافعي، تحقيق وتخريج، لبنان، دار الوفاء، 2005.
2. أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، السعودية، بيت الأفكار الدولية.
3. أحمد محمود الخولي، نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ط1، القاهرة، مصر، دار السلام، 2003.
4. أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
5. بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في ق.أ.ج، دار هومة للنشر و الطباعة والتوزيع، ط2015.
6. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في ق م ج، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
7. بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ط4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005 .
8. بن شويخ الرشيد، شرح ق.أ.ج المعدل و المتمم، دار الخلدونية، الجزائر، ط2008، 1.
9. جابر أبو بكر الجزائري، منهاج المسلم، د.ط مصر، دار ابن حزم و مكتبة العلوم والحكم، 2008.
10. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد، ط1 2009.
11. حاتم حسن موسى بكار، سلطة القاضي الجنائي في التقدير العقوبة والتدابير الإحترازية، دار الجماهيرية، ليبيا، 1998.
12. الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية.

13. روسكو باوند، مدخل الى فلسفة القانون، ط1، ترجمة صلاح الدباغ، المؤسسة الوطنية للطباعة و النشر،بيروت1967.
14. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار الكتب القانونية، 1998، ج2.
15. الشافعي عبيدي، قانون الأسرة مدعم بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.
16. صحيح مسلم، كتاب الذكر والدعاء والاستغفار.
17. طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء الحديث، د.ط، مصر، دار الكتب القانونية.
18. عباس الصرف، جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
19. عبد الحميد شواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، 1997.
20. عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر 1989، ج4.
21. عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1986.
22. عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د.ط الجزائر، دار العلوم، 2004.
23. عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام المسؤولية المدنية، مدونة المنير القانوني، الرباط، 2011.
24. عبد الله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون، 2002، دار النهضة العربية.
25. عبد الهادي بن زبيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق. أ.ج ، ط1، دار الخلدونية، 2007.
26. عبده جميل غصوب، الوجيز في ق.إ.م، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2010.
27. عبير ربيجي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق، دار الفكر، ط1، عمان، 2007.
28. علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض ط2، الجزائر، 2010.
29. عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، د.ط الأردن، دار النفائس.
30. عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجامعي الحديث 2005، ط1، الإسكندرية.

31. الغوتي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، د س ن.
32. فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد، دط الجزائر : مطبعة الطالب، 2008/2007.
33. فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 1986. بشير بلعيد، القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، دط قسنطينة دار البعث، 2000.
34. فوزيل نادية، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
35. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الفكر العربي، القاهرة دار الكتب المصرية، ط2، 1996، ج1.
36. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لبنان، دار الكتاب العربي، 1982.
37. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط 1998، 1.
38. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، ط1، دمشق سوريا ، دار المكتبي، 2008.
39. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، د، ط، الجزائر، دار الكتاب الحديث 2003.
40. محمد علي الكيك، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تطبيق العقوبة، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2007.
41. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2008.
42. نبيل إسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن علمه الشخصي، دار الجامعة الجديد، مصر، 2004.
43. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد، مصر، 2008.
44. نبيل صقر، قانون الأسرة نسا و فقها وتطبيقا، دط الجزائر، دار الهدى 2006.
45. نزيه محمد الصادق المهدي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول نظرية القانون، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
46. نسرين شريفي، كمال بوفرورة، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013.

الرسائل والمذكرات.

1. إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية.
2. اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أم البواقي، 2010.
3. سامية حباطي، تقدير التعويض في الفرقة الزوجية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قسنطينة، 2001.
4. عيسات اليزيد، التطلاق بطلب من الزوجة في ق.أ.ج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 2002/2003.
5. فاطمة الزهراء تبوت، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، بن عكنون، الجزائر، 1997.
6. بوشيبان خديجة، صلاحية القاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية، 08-09، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 18، 2007-2010.
7. جميلة حفيظ، الضرر كمعيار لفك الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل إجازة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 17، الجزائر، 2006/2009.
8. شمروك محمد، محمود مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و إنحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة، 2008.
9. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005-2008.

المقالات.

1. بن عيشوش فاطمة، "حق المطلقة في المتعة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس/العدد 01، 2018.
2. حكيمه بعتوش، "تعويض الضرر المعنوي"، وزارة العدل، المحكمة العليا، الجزائر، العدد 17، 1995.
3. دليلة براف، "التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية.
4. سعاد سطحي، "التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة"، دورية المعيار، العدد التاسع، 2009.
5. السعيد سعدانة، "عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري"، مجلة المفكر، العدد 11.

6. شتوح الطيب، محمد بن زعيمة، "تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري"، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية.
7. فاروق خلف، "أحكام الخطبة و آثار العدول عنها بين مفهوم القانوني و الإجتهد القضائي"، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، العدد2، 2016.
8. مسعود زبدة، "القرائن القضائية"، د، ط، الجزائر : نوفمبر للنشر، 2001.

القرارات القضائية.

1. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ 1986/01/27 ، ملف رقم 39731 ، م ق ، عدد04 ، 1993.
2. المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، قرار صادر بتاريخ 1998/11/17 ، ملف رقم 210451 ، إ ، ق عدد خاص ، 2001.
3. المحكمة العليا، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 2000/02/22 ، ملف رقم 335656 ، م.ق ، عدد01، 2000.
4. المحكمة العليا، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 1991/06/18 ، ملف رقم 75099 ، م.ق ، عدد 01، 1991.
5. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ1986/04/07، ملف رقم41560، م-ق عدد1989، 2.
6. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار صادر بتاريخ1985/04/08 ، ملف رقم35912، م-ق عدد1، 1989.
7. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 22213 بتاريخ 1999/05/18، عدد خاص، 2001.
8. المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم224655 مؤرخ في 1999/06/15، عدد خاص عن قسم الوثائق، الجزائر، 2011.
9. المحكمة العليا، غ ، أ ، ش ، ملف رقم 75141 م-ق ، العدد الأول 1999.
10. المحكمة العليا، غ ، أ ، ش ، ملف رقم 51751 ، مجلة قضائية، العدد الرابع، 1989.
11. المحكمة العليا، غ.ق.خ، نشرة القضاء، العدد الأول 1972.
12. المحكمة العليا غ ، أ ، ش ، ملف رقم56490.
13. المحكمة العليا ، غ ، أ ، ش ، ملف رقم 56249، م-ق، العدد الأول 1992.
14. المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم 39689 ، قرار بتاريخ 1986/02/24.
15. المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم 32779 ، م-ق 1984 ، العدد02.
16. المحكمة العليا غ.أ.ش ، الملف رقم 54271 ، المجلة القضائية، العدد 03 ، 1990.

الفهرس

الفهرس

1	المقدمة
	الفصل الأول: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.
5	المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وفكرة التعويض عن الضرر.
6	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.
6	الفرع الأول: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.
7	الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.
7	الفرع الثالث: خصائص وأهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.
7	أولا : خصائصها.
8	ثانيا: أهميتها.
8	الفرع الرابع: تمييز السلطة التقديرية عن غيرها من المصطلحات المشابهة.
8	أولا: التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي والتقدير القضائي.
9	ثانيا: تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة التحكيمية.
9	ثالثا: تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة المقيدة.
9	رابعا: تمييز السلطة التقديرية والحق الشخصي.
9	المطلب الثاني: المقصود بالتعويض عن الضرر.
9	الفرع الأول: تعريف الضرر وأنواعه.
10	أولا: تعريف الضرر.
10	ثانيا: أنواع الضرر.
11	ثالثا: شروط الضرر الموجبة للتعويض.
12	الفرع الثاني: تعريف التعويض ومشروعيته وأنواعه.
12	أولا : تعريف التعويض.
13	ثانيا : مشروعية التعويض.
14	ثالثا : أنواع التعويض.
15	الفرع الثالث: أساس التعويض ودور القاضي.

أولا : أساس التعويض عن الضرر.	15
ثانيا: دور القاضي.	16
المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري وكيفية ممارسته في مجال التعويض عن الضرر.	
.....	17
المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري وحالات إعماله في مجال التعويض عن	
الضرر.	17
الفرع الأول: مصادر النشاط التقديري للقاضي.	17
أولا: مصادر النشاط التقديري للقاضي بشكل عام.	17
ثانيا : مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.	20
الفرع الثاني : حالات إعمال النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر.	22
أولا: حالة العدول عن الخطبة.	22
ثانيا: حالة الطلاق التعسفي.	22
ثالثا : حالة التطليق.	23
رابعا : حالة النشوز.	24
خامسا: الخلع.	24
المطلب الثاني : كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في التعويض عن	
الضرر.	24
الفرع الأول: المنهجية التي يسلكها قاضي شؤون الأسرة في حل النزاع.	24
أولا: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع.	25
ثانيا: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون.	25
الفرع الثاني: القيود الواردة على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.	27
أولا: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.	27
ثانيا: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.	28
ثالثا: إلزام بتسييب عمل القاضي.	31
الفصل الثاني : تطبيقات السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن	
الضرر	
المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر.	40

- المطلب الأول: تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة. 40
- الفرع الأول: شروط إستحقاق التعويض عن العدول عن الخطبة. 41
- أولا :إثبات واقعة الخطبة. 41
- ثالثا : أن يكون الضرر قابل للتعويض. 42
- الفرع الثاني: الأساس القانوني الذي يقوم عليه الحكم بإستحقاق التعويض. 42
- الفرع الثالث: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة. .. 43
- أولا : نوع التعويض الذي يقرره القاضي. 43
- ثانيا : طريقة التعويض. 45
- ثالثا: عناصر تقدير التعويض. 45
- الفرع الرابع: وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة. 46
- المطلب الثاني : تقدير التعويض عن فك الرابطة الزوجية. 46
- الفرع الأول : تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي. 47
- أولا : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي لإستحقاق التعويض. 47
- ثانيا : تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق التعسفي. 48
- ثالثا : وقت التعويض عن الضرر. 49
- رابعا : علاقة المتعة بالتعويض عن الطلاق التعسفي. 49
- الفرع الثاني : تقدير التعويض في حالة التطليق. 50
- أولا : سلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر في حالة التطليق. 50
- ثانيا : كيفية التعويض عن الضرر. 53
- الفرع الثالث: تقدير التعويض في حالة النشوز. 53
- أولا: سلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر في حالة النشوز. 54
- ثانيا: عبء إثبات النشوز. 54
- ثالثا: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر. 54
- الفرع الرابع: تقدير التعويض في حالة الخلع. 54
- أولا : شروط إستحقاق الخلع. 55
- ثانيا : كيفية تقدير مقابل الخلع. 56
- ثالثا : طريقة التعويض. 56

المبحث الثاني : الرقابة القضائية على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.	56
المطلب الأول : طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر وطرق الطعن فيه.	56
الفرع الأول : إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر.	57
أولا : حالة العدول عن الخطبة.	57
ثانيا: حالة الطلاق التعسفي.	57
ثالثا : حالة التطليق والنشوز.	58
الفرع الثاني : طبيعة الحكم الصادر عن دعوى التعويض عن الضرر.	58
الفرع الثالث : طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر.	59
ثانيا : الطعن في الحكم بالتعويض عن الضرر بالطرق غير العادية.	60
المطلب الثاني : نطاق رقابة المحكمة العليا على أعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.	60
الفرع الأول: نطاق الرقابة على النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.	61
أولا: رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي لاستحقاق التعويض.	61
ثانيا : رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي في تقدير التعويض.	62
الفرع الثاني : وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.	62
الفرع الثالث: أهمية الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.	63
خاتمة:	75
قائمة المصادر والمراجع	78
الفهرس	87

ملخص

إن المشرع الجزائري قد منح للقاضي شؤون الأسرة صلاحية واسعة لأداء عمله الذهني لإيجاد الحل القانوني للنزاع المعروض عليه، ويستند في ذلك على عدة مصادر مادية وشكلية، وتقدير التعويض عن الضرر في قانون الأسرة وفقا للشرعية الإسلامية لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وفي القانون المدني إستنادا لنظرية التعسف في إستعمال الحق. وتتجسد أكثر سلطة قاضي شؤون الأسرة في الحالات التي يفصل فيها في مجال التعويض عن الضرر، المذكورة على سبيل الحصر في قانون الأسرة، أولها الخطبة مقدمة الزواج التي أجاز فيها القانون للأطراف العدول عنها، وثاني حالة فك الرابطة الزوجية، إما بطريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وفي حال تعسف في إستعماله يحق للزوجة أن تطلب التعويض، كما يمكن للزوجة في حالة إستحالة مواصلة العشرة الزوجية أن تطلب التطلق أو مخالعة نفسها بمقابل مالي، ويحق لكل متضرر من الحالات السابقة رفع دعوى للمطالبة بالتعويض، سواء كان ضرر ماديا أو معنويا ويعود تقديره لسلطة القاضي، والذي يكون تحت رقابة المحكمة العليا.

Summary

The Algerian legislator has granted the judge in family affairs a broad authority to perform his golden work to find a legal solution to the dispute presented to him, and he is based on this on several material and formal sources, and the estimation of compensation for damage in family law in accordance with Islamic law according to the rule of no harm, And in civil law based on the theory of abuse of the right.

The authority of the Family Affairs Judge is most embodied in the cases in which he determines in the field of compensation for damage, mentioned exclusively in the Family Law, the first being the sermon in which the marriage is submitted in which he authorized to abandon it, and the second is the case of dissolving the marital bond, either by way of divorce by the unilateral will of the husband and in case of abuse Using it, the wife has the right to request compensation, and the wife can also, in the event of the impossibility of continuing the marriage contract, to ask for divorce by leaving herself alone in exchange for money, and each affected by the previous cases has the right to file a lawsuit to claim compensation, whether it is a moral or material harm, and his appreciation is returned to the authority of the judge, who is under supervision Supreme court.