

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أحوال شخصية

بعنوان:

# التعويض عن حل الرابطة الزوجية

المشرف الرئيسي: أ، د/منصور رحماني  
المشرف المساعد: أ / قروف جمال

إعداد الطالبة:  
قدوري عائشة

لجنة المناقشة:

- 1- الدكتور : عبد الرحيم مقدم .....رئيسا
- 2- الدكتور: منصور رحماني.....مشرفا و مقورا
- 3.الأستاذ: جمال قروف .....مشرف مساعد
- 4- الأستاذ: لكحل مخلوف.....مناقش

دورة جوان 2013



بسم الله الرحمن الرحيم

"فبما رحمت من الله لنت لهم و لو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك"

ال عمران/159

# إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى أمي و أبي اللذان كانا لي الدعم المعنوي والمادي في إكمال دراستي، وأسأل الله أن يطيل في عمرهما و أن أوفق في رد جميلهما.

إلى أختي سهام..

إلى أخواتي و أزواجهن، و إخوتي و زوجاتهم و إلى أولادهم.

إلى أولاد عمي و الأهل عامة ...

و إلى صديقاتي الرائعات ...

## شكر و عرفان

أشكر الله أولاً... الذي أعانني على إتمام هذا العمل و سخرني و استعملني لخدمة هذا العلم و وفقني للعمل من أجله و نصرته ، ليبقى حكم الله هو الرائد... و العمل به هو السائد...

و في هذا المقام أتقدم بشكر خاص جداً إلى اللذين تحملاني و شاركاني وقتهما الثمين بالرغم من كثرة التزاماتهم:

الأستاذ المشرف: رحمان منصور

الأستاذ المساعد: قروف جمال

و أتقدم كذلك بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بمناقشتها.

و لا أنسى أن أتقدم في هذا المقام بالشكر الموصول إلى كل من ساعدني و وقف بجانبني و أرشدني خلال كتابتي لهذا البحث و أخص منهم:

- الأستاذ علي بودفع

- الأستاذ عبادة سيف الإسلام

- الأستاذ غربي أحسن

- العم محفوظ الذي ساعدني في كتابة هذا البحث.

و كل من له صلة في إنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد.

- أسأل الله أن يبارك فيهم جميعاً و يجزيهم خير الجزاء إنه سميع مجيب الدعوات

# مقدمة

## مقدمة

إن من نعم الله سبحانه و تعالى على عباده أن يسر لهم أسباب العيش ضمن نطاق أسري يتلاءم مع تركيبته الاجتماعية و يؤثر في تكوين الفرد بأسسه و وظائف.

و لقد حظيت الأسرة في الإسلام بعناية متكاملة أسس دعائمها القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة ، حرصا منها على تحقيق الجانب الايجابي من هذا النطاق الاجتماعي .

و تمتد هذه العناية منذ تفكير الإنسان في بناء أسرته - أي ابتداء من مرحلة الخطبة و ذلك ببيان شرائط و خصال المرأة الصالحة ، ثم اهتمت بالزواج و ما ينتج عنه من آثار ، كما لم تهمل هذه الأحكام الزوجين عند استحالة عسرتهم و ابتغائهما الانفصال عن بعضهما ، إذ بينت مالها و ما عليهما و غيرها من الأحكام التي يزخر بها التراث الفقهي الإسلامي.

و لما كان الإسلام دين الرحمة و الرأفة ، وكانت تعاليمه مبنية في أسسها على ذلك ، و يصدق عليها قوله تعالى في وصف نبيه الكريم : " و ما أرسلناك إلا كافة للعالمين " الأنبياء/ 107 . و تشريعاته قائمة على جبر خاطر ، وإيناس الوحشة سواء من الجانب الوقائي أو الجانب العلاجي ، وتبرز هذه الميزة خصوصا في مجال العلاقات المتولدة بين أفراد المجتمع سواء كانت داخل الأسرة أم خارجها ، وكذا بناء هذه العلاقات غالبا على رابط الود الإنساني ، و لعل أهم هذه العلاقات هي رابطة الزواج و التي تعد إحدى المؤثرات الأساسية في الأحوال الشخصية .

فقد شرع المولى عز وجل الزواج و ذلك لتحقيق غايات و مقاصد جمة أساسها المحافظة على النسل البشري و إحسان الزوجين إلى جانب تدعيم و تقوية الروابط بين أفراد المجتمع مصداقا لقوله تعالى : "و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا" الحجرات/13

لكن قد يعرف الزواج الفشل و يعجز عن تحقيق الهدف المتوخى و قد لا تنفع الطرق الشرعية في إيجاد حل له إلا بانفصال الزوجين عن بعضهما رغم أنه أبغض الحلال إلى الله ، إذ فلنتصور ما قد يخلفه هذا الانفصال من أضرار و خيمة على كلا الصعيدين المادي و المعنوي و سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة .

و عليه فإن إهمال هذه الأضرار و عدم الأخذ بها في الحساب عند الحكم بحل الرابطة الزوجية من طرف القاضي يضاعف حجم الضرر الواقع في الأصل لذا الزوجين نتيجة فعل الآخر و هو ما يدفعنا إلى البحث في هذا الموضوع - التعويض عن حل الرابطة الزوجية- و مختلف المعالجات الممكنة له في قانون الأسرة .

## الإشكالية :

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية الوفاء بالحقوق لمستحقيها ، وهذا المقصد تسنده جملة من المبادئ التشريعية كمبدأ تعويض الضرر إذ أن الأصل في المعاملات الالتزام بالضمان على كل من تسبب بفعله في الإضرار بغيره و القواعد الفقهية التي تنص على هذا المبدأ كثيرة نذكر منها قاعدتي: " لا ضرر و لا ضرار " و " الضرر يزال " .

و لقد حظيت القوانين الوضعية المعاصرة على التعويض عن الضرر المادي و المعنوي و منها القانون الجزائري في جميع فروعته المختلفة، أذكر منها مجال الدراسة و هو قانون الأسرة الجزائري الذي نص في مادته 5 على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة ، كما نص في مادته 52 من نفس القانون علة تعويض المطلقة تعسفيا .

و جاء التعديل الأخير لهذا القانون يصب في صالح إقرار التعويض من خلال نص المادة 53 مكرر لصالح الزوجة المتضررة من عشرة زوجها بعد أن يطلقها القاضي منه ، و أبقى التعديل على حق الزوج في المقابل المالي إذا ما استعملت الزوجة حقها في المخالعة.

إن التمعن في المواد السابقة ينبئ لنا عن اتجاه تشريعي لقانون الأسرة في صالح إقرار التعويض عن الضرر الناتج من حل الرابطة الزوجية و هذا ما حظي بعناية شديدة من طرف الشريعة الإسلامية ،

و على هذا أطرح إشكالية البحث كما يلي :

ما مدى تطبيق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لمبدأ التعويض الضرر الناتج عن حل الرابطة الزوجية ؟ و ما هي القواعد التي يعتمدها القاضي في تقدير هذا التعويض و أثره على القضاء؟

و للإجابة عما سبق قمت باختيار ثلاثة نماذج تطبيقية لصور حل الرابطة الزوجية أين يظهر جليا التعويض عن الضرر فيها وهي الطلاق التعسفي و التطلق والخلع و استبعدت النشوز المنصوص عليه بالمادة 55 لأنها لا تمثل سوى حالة من أسباب الطلاق أو التطلق عموما .

## أسباب اختيار الموضوع:

- الميول الشخصي للموضوعات التي تمس الأسرة ككل و تمس المرأة بصفة خاصة .
- كثرة قضايا التعويض المطروحة أمام المحاكم و قد لا يبالي فيها الأزواج إطلاقاً بأن تصرفاتهم قد ألحقت ضرراً بالطرف الآخر و ذلك لاعتقادهم بأنها تمت تحت حقهم المشروع .
- التعويض في مسائل الطلاق تحيطه مجموعة من الاعتبارات التي تجعله ذو طبيعة متميزة ، و سبب ذلك أن التعويض في هذا المجال لا ينبغي أن يكون سبباً يقيد حرية اختيار الإنسان بمن يرغب في الزواج منها و ذلك احتراماً لحرية.
- مصطلح التعويض في حد ذاته قد يجعل الشخص يعيش مع زوجه ملزماً في نفرة منه مع هشاشة رباط المحبة و الألفة و هذا يتنافى مع قوله " فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان" البقرة: 229

## أهمية الموضوع:

يمكن إجمال أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

- 1- إن الحياة بأكملها و خاصة الزوجية عرضة في جل مراحلها للنقاشات و الخلافات ، تتضمن دائماً شكوى تضرر أحد الطرفين من الآخر ، مما يدفع به إلى المطالبة بالتعويض ممن كان مسؤولاً عن الضرر ، و التعويض في حد ذاته يقدر بحسب الضرر المصاحب للحالة المرفوعة بشأنها الدعوى ، فالموضوع يبرز الحق في التعويض و أساسه وكيفية تقديره.
- 2- للموضوع أهمية في كونه يبرز حق طرفي العلاقة الزوجية في استيفاء حقهما من المسؤول عن الضرر ، فإن هذا الحق خاضع لمحض السلطة التقديرية لقاضي الموضوع .
- 3- تبرز أهمية هذا الموضوع كذلك في بيان أن الشرع لم يغفل و لا جانباً من جوانب الحياة الإنسانية ، خاصة التعاملات بين الأفراد و من هذه الأخيرة التعاملات الأسرية إذ أولها برعاية خاصة لمكانة الأسرة في المجتمع ، و هو الذي رسم مسارها من بدء التفكير في تأسيسها إلى كيفية التعامل عند قيامها ، إلى توضيح طرق التخلص منها بفكها إن تبين عدم القدرة على الإستمرار فيها و ذلك بمنع الإضرار في كل مرحلة من مراحلها و إن حصل فلا بد من جبره .

4- مساهمته في توطيد استقرار الأسرة إذا علم أطرافها أن التشريع لم يهمل الطرف المتضرر مما قد يصيبه فيكونون على بينة من أمرهم و يحرسون على التزام المعاملة الشرعية.

5 - ما يكسب الموضوع أهمية هو اعتباره محلا للتعويض تلك الأضرار الناتجة عن استعمال الحقوق ، متى تعسف أصحابها في أحقية استعمالها ، لذلك لم يقبل لا الشرع ولا القانون لمبدأ استعمال الحقوق إن تضرر الغير منها و ثبت ذلك.

### أهداف الموضوع:

- 1- إيضاح أن الشريعة والقانون أولوا اهتماما بالغاً لجبر الأضرار المعنوية ، والتي لا أثر مادي لها في الواقع ، وقدروها تقديراً خاصاً و أغلب الأضرار الحاصلة عن حل الرابطة الزوجية هي من تلك الطبيعة.
- 2- محاولة لتأصيل التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري.
- 3- تأكيد مقصد الشرع من ترتيب الجزاء و تقريره عن الأضرار ، إذ يرمي إلى جبرها و التقليل من كثرة وقوعها في كل حين.
- 4- محاولة جلب الاهتمام أكثر إلى الضرر المعنوي و تعويضه انطلاقاً من تعاليم ديننا الحنيف.

### الدراسات السابقة:

لقد عثرت في حدود بحثي المتواضع على ثلاث دراسات خاصة بالموضوع:

1- رسالة دكتورا للأستاذة مسعودة نعيمة الياس بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة تلمسان ، سنة 2010، بعنوان " التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق " - دراسة مقارنة- و لم يتسنى لي إلا بعد إتمام المذكرة من الحصول عليها .

2- رسالة ماجستير قدمها الطالب صلاح الدين زيدان ، بكلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر ، بقسنطينة ، سنة 2006، بعنوان " حقوق المطلقة المالية"- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري - و ركزت هذه الدراسة على التعويض من ناحية فرضه على الزوج دون الزوجة او الأطراف الأخرى المتضررة

3- رسالة ماجستير قدمتها الطالبة سامية حباطي بكلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر ، بقسنطينة ، سنة 2011 ، بعنوان "تقدير التعويض في الفرقة الزوجية" - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون - و قد أمت بجوانب الموضوع من حيث الشريعة والقانون و ازدانت بالأمثلة والاجتهادات القضائية لكن دراستها كانت مركزة أكثر على الجانب الشرعي لذلك اعتمدها كأصل في هذا الجانب .

### **المنهج المتبع:**

ان تصوري للإجابة يقتضي اعتماد منهجين رئيسين هما الاستقراء و التحليل .  
فالمنهج الاستقرائي أخصه لتتبع الجزئيات ، و الأحكام الفقهية و كذا النصوص القانونية و الأحكام القضائية من أجل مدى إمكانية التعويض عن الضرر في الحالات التطبيقية تحليلاً و استخراجاً للنتائج و معتمدة في ذلك على المنهج التحليلي.  
و تخلل بحثي المنهج المقارن عندما يستلزم الأمر ذلك .

### **خطة البحث:**

لدراسة الإشكالية السابقة الذكر حاولت إتباع الخطة التالية:

- مقدمة

- فصل تمهيدي: مبدأ تعويض الضرر في الشريعة والقانون

المبحث الأول: ماهية الضرر

المطلب الأول: مفهوم الضرر

المطلب الثاني: شروطه الموجبة للتعويض

المبحث الثاني: التعويض بشكل عام

المطلب الأول: ماهية التعويض

المطلب الثاني: حكم التعويض عن حل الرابطة الزوجية

الفصل الأول: تعويض الضرر الناتج عن الرابطة الزوجية وأساسه

المبحث الأول: صور حل الرابطة الموجبة للتعويض

المطلب الأول: حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج المنفردة

المطلب الثاني: حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة

المبحث الثاني: اساس التعويض عن حل الرابطة الزوجية

المطلب الأول: نفقة المتعة

المطلب الثاني: التعسف في استعمال الحق

الفصل الثاني:تقدير التعويض و مدى خضوعه للرقابة

المبحث الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض و الحكم به

المطلب الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض

المطلب الثاني: الحكم بالتعويض و كيفية استيفائه

المبحث الثاني: خضوع التعويض للرقابة

المطلب الأول: الطعن في تقدير التعويض

المطلب الثاني: إجراءات و مواعيد الطعن

الخاتمة

فصل تمهيدي :

مبدأ تعويض

الضرر في التشريعة

والقانون

إن القاعدة العامة في المعاملات تقتضي أن كل من سبب ضرراً للغير يلتزم بالتعويض، ولا تثير هذه القاعدة أية إشكالية إذا تعلق بالضرر المادي، أما إذا كان الضرر الحاصل ضرراً معنوياً فإن ثمة عوائق كثيرة إذ يثار التساؤل أولاً حول استيعاب مبدأ المسؤولية عن العمل الشخصي للضرر المعنوي أسوة بالضرر المادي، كما أن المجتمعات البشرية الأولى لم تعهد بقبول الترضية في جانب الشرف والاعتبار الشخصي، وبفرض الاتفاق على التعويض فإن تقديره يشكل عقبة كبرى لعدم إمكانية معاينة الضرر المعنوي ناهيك عن الاختلاف الفقهي حول طبيعة التعويض ونطاقه التشريعي.

هذا وإن الضرر بصفة بات من الأهمية بمكان حتى لا يمكن إغفاله أو تجاهله في العلاقات، ولعل التنازلي عن مثل هذه المسائل بحجة أن الزواج عقد أبدي أو أن الطلاق ملك للزوج غير معقول ويعد إهمالاً. ولقد اكتسب الضرر حتى المعنوي منه أهمية بالغة انطلاقاً مما وصل إليه مبدأ تعويض الضرر بعد مسيرة طويلة، ولهذا سألنا هذا المبدأ من منطلق عام لأبين موقعه من حل الرابطة الزوجية.

ولقد ضمنت هذا الفصل في بحثين إذ الأول خصصته لماهية الضرر وخصائصه (تعريفه، أنواعه، خصائصه الموجبة للتعويض) أما البحث الثاني فخصصت للتعويض بشكل عام (تعريفه، مشروعيته، أشكاله، أنواعه).

## المبحث الأول:

### ماهية الضرر و خصائصه

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية في القانون على مختلف أنواعها عقدية أم تقصيرية ، و يعد عند الفقهاء المسلمين من موجبات الضمان كذلك . و أهمية هذا الركن تكمن في أن المسؤولية المدنية وجدت من أجل إصلاح و جبر الأضرار التي تتسبب للغير ، إذ لا مسؤولية مدنية ما لم يوجد ضرر ، و على العموم فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية<sup>(1)</sup> ، و لقد نصت المادة 124 من القانون المدني<sup>(2)</sup> على ما يلي "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا بالتعويض".

هذا في ما يخص الضرر بصفة عامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، أما الضرر الذي موضوع بحثنا هو الضرر الناتج عن حل الرابطة الزوجية، و بهذا نحاول من خلال هذا المبحث معرفة ماهية الضرر و خصائصه و سوف نقسمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول: ماهية الضرر و في المطلب الثاني : خصائصه الموجبة للتعويض.

---

1- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص243  
2-القانون رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007

## المطلب الأول:

### مفهوم الضرر

يتخذ الضرر أشكالاً متعددة و تتطور صورته مع تطور الحياة ، و فيما يأتي أحاول تحديد مفهوم الضرر في فرعين ، نتناول في الفرع الأول تعريفه و في الفرع الثاني أنواعه.ذ

### الفرع الأول: تعريف الضرر

إن استعمال مصطلح الضرر شاسع، و هذا الاستعمال يظهر في مختلف التقسيمات، فكان للفقه الإسلامي استخدامه في مجالات كثيرة كالعبادات و المعاملات، مما يوحي بأن لفظ الضرر يكون ثرياً بدلالاته و هو ما سنبحثه في النقاط التالية حيث:

نعرض أولاً تعريفه اللغوي مع بيان بعض ما ذكره في هذا المقام كل من القرآن و السنة، ثم بيان تعريفه في الاصطلاح الشرعي و القانوني.

أولاً: تعريف الضرر لغة:

لقد ورد مفهوم الضرر لغة في معجم لسان العرب المحيط فيقال:

ضرر في أسماء الله الحسنى، النافع الضار و هو الذي ينفع من يشاء و يضره، و هو خالق الأشياء كلها خيراً و شراً ، و نفعها و ضررها.

الضر و الضر: لغتان ضد النفع و الضر: المصدر و الضر: الاسم.

الضر بالضم هو الهزال و سوء الحال.<sup>(1)</sup>

و جاء في المصباح المنير أن الضرر بمعنى الفاقة و الفقر و الاسم الضرر هنا يطلق على نقص يدخل الأعيان كالأموال و الأنفس.<sup>(2)</sup>

كما ورد المفهوم اللغوي للضرر في القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً ، فيقال الضرر: الضيق، العلة تأخذ من جهاد و نحوه<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، (د، ت)، م 2، ص 524-525.

<sup>2</sup>- الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت، ج 2، ص 6.

<sup>3</sup>- سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة و اصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، 1988، ص 233.

و من خلال عرض هذه المعاني يتبين أن الضرر إجمالاً يشمل الشدة التي تصيب الإنسان في جسمه وماله، من مرض وفاقة و غير ذلك. وما يفهم منه كتعريف لغوي أن هناك نوعين للضرر الأول مادي و الثاني معنوي.

و نلمس الضرر في النصوص الشرعية في عدة مواضع نذكر منها:

~ قول الله تعالى: "و إذا مسَّ الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعداً أو قائماً... " يونس-12، و كذا في قوله سبحانه و تعالى " لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضَّرر " النساء-95. فالضرر في الآية الأولى معناه الشدة أو المرض، أما في الثانية فمعناها العاهة من عمى أو زمانه و نحوها<sup>(1)</sup>.

~ كما يستفاد كذلك من قوله تعالى: " لن يضرركم إلا أذى " آل عمران - 111 . إن الضرر قد يقصد به مجرد الأذى كالكذب و التحريف و غيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي<sup>(2)</sup>.  
و لعل الضرر السابق في استعمالاته يتوافق مع ما جاء في الحديث الشريف، لقول رسول الله صلى الله عليه و سلم [ لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لا بد متمنياً فليقل اللهم أحييني ما كانت الحياة خيراً لي و توفيي إذا كانت الوفاة خيراً لي ]<sup>(3)</sup>.

### ثانياً : التعريف الاصطلاحي للضرر

للوصل إلى تعريف اصطلاحى دقيق يجب استعراض ما جاء في الاصطلاحين الشرعي و القانوني فيما يلي:

#### 1 - الضرر في الاصطلاح الشرعي

لقد اختلفت تعاريف الفقهاء القدامى للضرر، إذ لم يتفقوا على تعبير واحد له و نذكر من بينها :  
الضرر هو كل أذى يصيب الإنسان سواء في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته فيسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال هذه الأوصاف<sup>(4)</sup>. وجاء أيضاً بمعنى الإتلاف، الإفساد، الاستهلاك<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup>- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر ،

(د - ت)، ص 17

<sup>2</sup>- بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه ، ص18.

<sup>3</sup>- صحيح مسلم، كتاب الذكر و الدعاء و الاستغفار، باب كراهية تمنى الموت لضر نزل به، ج2، ص 467

<sup>4</sup>- أسامة السيد عبد السمیع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي و القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 66

<sup>5</sup> - أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر و لا ضرار، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 55

وعرف كذلك الضرر بأنه: " كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون"<sup>(1)</sup>، و يؤخذ على هذا التعريف أنه أخرج الضرر الذي يقع على العاطفة.

و بالنظر إلى هذه المعاني الواردة سواء في اللغة أو الاصطلاح عند الفقهاء القدامى يتبين أنها غير مقصودة لذات التعريف بل هي وصف فقط للأفعال الموجبة للضمان، فضلا عن ذلك فالمقصود منها الضرر المادي فقط، أي ما يصيب الإنسان في نفسه أو ماله ، أو ما يصيبه في شرفه و سمعته.<sup>(2)</sup>

و الضرر عند الفقهاء المحدثين يحمل عدة تعريفات من بينها:

- "إتلاف جزئي أو كلي مادي ، و المقصود بالإتلاف أن تفقد الشيء منفعة كلياً أو جزئياً".<sup>(3)</sup>

- الضرر هو: " الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه، و هو نقيض النفع"<sup>(4)</sup>

- كذلك عرف الضرر بأنه: " ما لا يجوز شرعاً".<sup>(5)</sup>

## 2- الضرر في الفقه القانوني

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه الركن الثاني من أركانها، و تتجلى أهميته في أنه لا دعوى للمطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر وإلا سيكون مصيرها تلك الدعوى الرفض.

ومن بين تعريفات شراح القانون للضرر نذكر:

- تعريف الدكتور عبد الرزاق السنهوري للضرر أنه: "ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو كرامته أو عواطفه"<sup>(6)</sup>.

<sup>1</sup>-ساجدة عفيف، الطلاق التعسفي و التعويض عنه.

[http://scholarnajah.edu/ar/\(content\)](http://scholarnajah.edu/ar/(content))

<sup>2</sup>أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 67-

<sup>3</sup>أسامة السيد عبد السميع، المرجع نفسه ، ص 67-2-

<sup>4</sup>-ابن العربي، أحكام القران، دار الفكر، القاهرة، ط3، 1972، م1، ص 54

<sup>5</sup>-نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و قضاء، دار الهدى، 2006، ص 186

<sup>6</sup>-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1988، م2، ص. 969.

و عرفه الأستاذ علي فيلالي بأنه "الخسارة المالية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه". (1)

أما تعريف الأستاذ صبري السعدي للضرر فهو يتمثل في الأذى الذي يصيب الإنسان نتيجة المساس بمصلحة مشروعة أو بحق من حقوقه. (2)

و التعريف الأول (تعريف السنهوري) نراه الأقرب إلى الصواب لأنه أشمل لمعنى الضرر و أنواعه.

و باعتبار الضرر الذي هو موضوع بحثنا هو الضرر الموجب للتعويض ، فيمكن تعريفه على أنه كل مل يصدر من قول أو فعل أو ترك أو مظهر يضر بالزوجة و يصدر عن الزوج بقصد و تعمد و بدون وجه حق أي بدون موجب شرعي لهذا الإضرار (3).

بعد بيان كل من تعريف الضرر لغة واصطلاحاً و قانوناً يتضح لنا أنه لا يوجد خلاف من حيث المبدأ فكل منهم يؤسس الضرر على إلحاق الأذى بالغير أو انتقاص حق من حقوقه. غير أن فقهاء القانون يعتبرون الضرر أحد أركان المسؤولية التقصيرية شأنه شأن الخطأ و العلاقة السببية ، في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية يتعرضون له باعتباره أساس المسؤولية و هو الحق و الركن الأساسي في ترتيب التعويض أو الضمان على وقوعه. (4)

## الفرع الثاني: أنواع الضرر

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة المعتدى عليها التي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية، و بالتالي فينقسم إلى قسمين: ضرر مادي و ضرر معنوي و يظهر أن غالب الفقه الوضعي اعتمد هذا التقسيم و هذا على أغلب آراء الفقهاء.

1- علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 244

2- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004، ج 2، ص 75

3- نبيل صقر ، مرجع سابق، ص 186

4- مسيخ زينة، تعويض الضرر الناتج عن الجريمة، دراسة مقارنة، إشراف: د/منصور رحمانى، مذكرة ماجستير، جامعة سكيكدة، 2010، ص 52

في مقابل ذلك و بالرجوع إلى نص المادة 5 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup>، المتعلقة بضرر العدول عن الخطبة، فإن المشرع الجزائري في هذه المادة ذكر نوعين من الضرر مادي وضرر معنوي، وهذا ما يتضح من فقرتها الثالثة: (إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو ضرر معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ) و على هذا الأساس سنتطرق أولا إلى الضرر المادي و ثانيا إلى الضرر المعنوي.

### أولاً: الضرر المادي

الضرر المادي هو الإخلال بمصلحة للمضرور 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، كذلك يمكن أن يكون الضرر المادي هو الخسارة المالية الناتجة عن المساس بحق أو بمصلحة سواء كان هذا الحق مادي أو غير مادي فمثال الحق المادي حق الملكية فالتعدي على هذا الأخير يعتبر ضررا كأن يحرق شخص منزل شخص آخر، أما الحق غير المادي فمثاله المساس بسلامة الجسم إذا نتج عنه خسارة مالية كإصابة شخص تؤدي به إلى العجز عن الكسب.<sup>(2)</sup>

و على العموم يمكن القول بأن الضرر المادي هو تلك الخسارة المالية بمعنى الاقتصادية المحضة التي تلحق الشخص نتيجة تعدي على حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة و بمعنى أوضح الضرر المادي هو انتقاص في الذمة المالية للشخص المضرور كإتلاف المحصولات الزراعية أو حرق منقولات أو عقارات..... الخ.<sup>(3)</sup>

هذا فيما يخص الضرر المادي بصفة عامة في القانون المدني ، أما في ما يتعلق بالضرر المادي الموجب للتعويض عن حل الرابطة الزوجية والذي هو موضوع بحثنا فيقول في ذلك الأستاذ نبيل صقر "إن الضرر المادي هو كل ما يلحق الأذى ببدن المرأة ومنه ضربها باليد أو بألة أو بإحداث أثر في بدنها أو كدمة أو كسر أو نحو ذلك مما لا يجوز شرعا و يلحق الأذى ببدن المرأة".<sup>(4)</sup>

### ثانياً: الضرر المعنوي

- 1 - القانون رقم 11-84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 22 يونيو 2005
- 2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 76
- 3 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 248
- 4 - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 186

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 النفس و الأحران و من تم ينبعث بالجانب للذمة المعنوية ليقوم وحده غير مصحوب بأضرار مادية (1).

كذلك يمكن القول بأن الضرر المعنوي هو ما يصيب الإنسان في شرفه أو اعتباره أو عاطفته أو في حق من الحقوق الأدبية التي تقوم بمال، أو بعبارة أخرى هو ما يقتصر على اتصاله بشخصية المرء و حقوقه العائلية و يتأتى في الشعور و الأحاسيس و بما يمس العرض أو السمعة أو يصيب العاطفة من حزن أو حرمان. (2)

أو هو ذلك الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية فهو يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في عاطفته. (3)

لذلك يمكن إجمال الضرر المعنوي في أنه ما يصيب الإنسان في جانبه النفسي الداخلي من أذى سواء كان هذا الأخير يتمثل في إصابة الشرف و العرض أو العاطفة و ما يختلجها من شعور و حرية. أما باعتباره موجب للتعويض عن حل الرابطة الزوجية فيمس الجانب النفسي و العاطفي للزوجة و ذلك بإصابتها باضطرابات نفسية و شعورها بالآلام الوحدة و الكآبة ، ويحدث نفس الشيء بالنسبة للزوج.

## المطلب الثاني:

### شروط الضرر الموجبة للتعويض

حتى يمكن الاعتراف بالضرر للتعويض عنه يجب توافر جملة من الشروط تميزه عن غيره ومن خلال هذه الشروط يمكن استنتاج خصائصه و تناول الشروط كما يلي :

### الفرع الأول: أن يكون الضرر محققا.

1 - علي فيلالي، مرجع سابق، ص 249  
2- أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 65  
3- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 72.

يشترط فقهاء القانون في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض أن يكون محققا أي وقوع الضرر حالا أو مستقبلا، بمعنى وقوع الضرر فعلا أو سيقع حتما<sup>(1)</sup>. أما الضرر الاحتمالي فلا يجوز التعويض عنه.

والضرر الذي وقع فعلا هو الذي حصل فعلا و تجسدت أثاره على الواقع ، أما الضرر المستقبلي هو الذي تحقق فعلا و تراخت أثاره إلى المستقبل ، و إذا ما استطاع القاضي أن يقدر الضرر حكم بالتعويض الواجب كله في الحال<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: يجب أن يكون الضرر شخويا

يجب أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض شخويا، معنى ذلك أن الضرر 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، إذ المضرور هو الذي له حق المطالبة بالتعويض، و خلاف ذلك نكون أمام رفض للدعوى إن لم تكن له مصلحة من ورائها.<sup>(3)</sup> و هذا الشرط يثار في حالتي الضرر المرتد والضرر الجماعي .

فالضرر المرتد هو الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير ، كالأضرار التي تلحق الخلف بسبب قتل السلف ، فقد يكون الخلف يعيش على نفقة السلف، ومن تم فإن وفاة السلف تلحق به خسارة مالية إضافة إلى أضرار معنوية لا اعتبار المشاعر والعواطف التي يكنها الخلف للسلف.

كذلك الطابع الشخصي للضرر يثير بعض الصعوبات إذا كان التعدي يمس حقوق فئة معينة من الناس، أو مصالح جماعية كالأضرار المادية التي تلحق الأجزاء المشتركة للعقارات المبنية، أو المساس بحقوق العمال.<sup>(4)</sup>

لذا يجب عدم الخلط بين ما هو ضرر شخصي والضرر الجماعي والضرر المرتد.

### الفرع الثالث: يجب أن ينصب الضرر على حق أو مصلحة يحميها القانون

1- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 974

2- أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 122.

3- أسامة السيد عبد السميع، المرجع نفسه، ص 138

4- علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 257.

يشترط في الضرر حتى يصح أساسا للمطالبة بالتعويض أن ينصب على حق أو مصلحة للمضرور، وحتى تقبل دعوى التعويض يجب أن تكون المصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.

و مثال الضرر الذي يصيب حق المضرور التعدي على حقوقه كسلامة حياته أو جسمه أو عقله ، كذلك إتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب ، بالإضافة إلى التعدي على الملكية الثابتة لصاحب الحق<sup>(1)</sup>.

كذلك قد يصيب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخص آخر، فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته و عن طريق هذا الضرر يصاب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل ، و الحق الذي يعتبر الإخلال به ضررا أصاب الأولاد تبعا هو حقهم في النفقة قبل أبيهم<sup>(2)</sup>.

أما مثال الضرر الذي يصيب مصلحة مشروعة فيقوم الضمان له، قتل شخص يقوم بالإنفاق على شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك قانونا أو اتفاقا، فهذا القتل يصيب مصلحة لليتيم لا ترقى إلى منزلة الحق القانوني ، و لكن هذه المصلحة تكون مشروعة و مقومة رغم ذلك ، و يقوم الضمان عن الضرر اللاحق بها ، و مثال ذلك : قتل الخطيب يصيب الخطيبة بضرر يتمثل في ضياع فرصتها في الزواج منه، إضافة إلى ما كبدها الخطبة من نفقات<sup>(3)</sup>.

وقد يصيب الضرر كذلك مصلحة غير مشروعة لا يقوم الضمان عنها، إذ الخليفة لا يجوز لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابها من فقد خليلها لأن العلاقة بينهما كانت غير مشروعة، أما الولد الطبيعي و الأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك لأن العلاقة فيما بينهم و إن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة هي ذاتها مشروعة<sup>(4)</sup>.

و باعتبار محور دراستنا يتعلق بالضرر الناتج عن حل الرابطة الزوجية سأذكر فيما يلي بعض الأمثلة من الأضرار التي تصيب الزوجين من حل الرابطة الزوجية.

### المطلب الثالث:

1- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1 971

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 971

3- حفيظة فضلة ، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في ق أج - دراسة مقارنة، اشراف د/ منصور رحمانى، مذكرة ماجستير، سكيكة ، 2012، ص 18

4- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 973 974

## أمثلة للضرر الناتج عن حل الرابطة الزوجية

لقد شرع الطلاق لحل النزاعات الدائمة بين الزوجين، و إيجاد حل حاسم للخلافات المستعصية بينهما و التي تعذر علاجها و اکتوى بناها كل من الزوج والزوجة و الأبناء، مما يترتب على بقائها مفاسد جمّة و أضرار عظيمة ، وهذا هو المقصد من تشريع الطلاق وقوله تعالى في ذلك: " و الله لا يحب الفساد" البقرة -

205

لكن قد يحدث في بعض الأحيان أين تحل الرابطة الزوجية بدون سبب مما ينتج عنها أضرار سواء مادية أو معنوية، إذ يقول في ذلك أحد فقهاء القانون: " إن الطلاق أيا كان سببه الظاهر من قبل الزوج أو من قبل الزوجة يورث وحشة و أسى لا ينجو منه أحدهما ،و ليس أحدهما أحق و لا أحوج للمواساة و جبر خاطر و الإيناس من وحشة الفراق."<sup>(1)</sup> لقوله تعالى: "الله يعلم وأنتم لا تعلمون" - البقرة: 216 /النور: 19 .

إذن فالضرر سواء كان ماديا أو معنويا كما سبق تعريفهما، سوف يصيب الطرفين من جراء حل الرابطة الزوجية بدون سبب شرعي و تتمثل هذه الأضرار فيما يلي:

### الفرع الأول: نماذج للضرر المادي

الواقع يثبت أن الرجل أكثر من المرأة يلحقه الضرر المادي من حل الرابطة الزوجية، و يشمل ذلك الخسارة الكاملة لجميع الأموال التي أنفقها سابقا لإتمام الخطوبة و الزواج، وما يتبع ذلك من هدايا و مصاريف جانبية ضف إلى ذلك دفعه للمهر المؤجل و نفقة العدة و نفقة الأولاد و أجره الرضاع و الحضانة تم يكلف فيما بعد بدفع المهر للزوجة الجديدة مع نفقات الزواج.<sup>(2)</sup> و هذا لا يعني أن الزوجة لا تتضرر ماديا من الطلاق بل العكس و يتمثل هذا الضرر في الخسارة المالية التي أنفقتها من أجل الجهاز (اللباس) و مصاريف إتمام العرس.

### الفرع الثاني: نماذج للضرر المعنوي

في هذه الحالة نجد أن كلا الطرفين يلحقهما ضرر معنوي يمكن إجماله فيما يلي:

<sup>1</sup> - صلاح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية، مذكرة ماجستير، إشراف د/ بلقاسم شتوان، قسنطينة ، 2006، ص 182

<sup>2</sup> - محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط1، 1998، ص 51.

## أولاً: بالنسبة للزوج:

قد يصاب الزوج بعد الطلاق باضطرابات نفسية من جراء فشله في بناء حياة زوجية مستقرة ، مما ينتج عنه عدم التكيف اجتماعيا بعد الطلاق ، كذلك إحساسه بفقدانه دوره كأب بالإضافة إلى أنه قد يفاجئ الزوج بصاعقة الطلاق خصوصا عن طريق إجراء الزوجة الخلع له بمقابل مالي.

## ثانياً: بالنسبة للزوجة

الواقع يثبت أن المرأة تتضرر كثيرا من حل الرابطة الزوجية فتصاب باضطرابات نفسية، بالإضافة الى ذلك آلام الوحدة والكآبة، ويمكن أن تمثل هذه الأضرار فيما يلي:

- نظرة المجتمع لها على أساس أنها مطلقة، و بالتالي سوف يقل احترام المجتمع لها عن طريق تلقيها الإهانات و المعاكسات وحتى الاعتداء في بعض الأحيان.

- إيجاد المرأة نفسها مرمية في الشارع خصوصا إذا لم يقبلها أهلها.

- تصبح فرصة الزوجة ضئيلة في الزواج مرة أخرى.

- عدم قدرة الزوجة على التكيف اجتماعيا خصوصا أنها امرأة ذات ماض.

- تفويت فرصة عيش حياة هادئة ومستقرة.

- تفويت فرصة الإنجاب و الإستمتاع بالأمومة.

- تفويت فرصة العمل خصوصا إذا اضطرت الزوجة إلى ترك عملها من أجل الزواج الأول ( شرط ترك

العمل من بنود عقد الزواج).

## المبحث الثاني :

### التعويض عن الضرر بشكل عام

إن التعويض أمر مقرر شرعا و عقلا و قانونا و عرفا و ذلك جبرا للضرر و رعاية للحقوق و زجرا للمعتدين و توفيراً للاستقرار و تحقيق للعدل. و لكن التعويض لا يفرض جزافاً أولاً يطلب عشوائياً و لا يؤخذ ظلماً و إنما يجب أن يقوم على أركان و شروط بالإضافة إلى اعتماده على مبادئ و أسس فهل هذه الأركان و الشروط تتوفر في التعويض على الإطلاق؟

وفي هذا المبحث نحاول أن نتطرق إلى ماهية التعويض كمطلب أول لتخصيص المطلب الثاني حكم التعويض عن حل الرابطة الزوجية.

### المطلب الأول:

#### ماهية التعويض

إذا كان الضرر هو الركن الثاني للمسؤولية فإن التعويض هو أثر من آثارها و هو بمثابة الجزاء المترتب عن الضرر ، لهذا لا بد من معرفة المقصود منه و مشروعيته كفضله كجزاء ، كذلك معرفة فيما إذا حكم بالتعويض ما هي الأشكال أو الحالات التي يتم بها و هذا ما سأتناوله في هذا المطلب مبتدئين في الفرع الأول بتعريف التعويض و مستنده أما الفرع الثاني فيكون لأشكال التعويض.

#### الفرع الأول : تعريف التعويض و مشروعيته

##### أولاً :تعريف التعويض

– لغة

التعويض مأخوذ من العوض أي البدل و العوض اسم مفرد و الجمع أعواض و العوض مصدر منقول  
عاض يعوض عوضاً و عياضو معوضه و عوضاً و أعضاه و الاسم العوض، و المستقبل التعويض (1)

<sup>1</sup> – ابن منظور، مرجع سابق، ص 928.

## 2 - 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 المدني<sup>(1)</sup>.

و عرفه الإمام الغزالي هو " واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة"<sup>(2)</sup>.

عرفه كذلك أحمد سراج بأنه " منقل الذمة لحق مالي أوجب 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 مآلا"<sup>(3)</sup>.

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 و بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف"<sup>(4)</sup>.

من هذه التعاريف يمكن إعطاء التعويض مصطلح شامل و أدق و هو عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع<sup>(5)</sup>.

## 3 - قانونا

لم يتعرض القانون إلى تعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين التعويض و إنما تعرضوا مباشرة لبيان طبيعته و تقديره عند تعرضه للحديث عن جزاء المسؤولية و ذلك نتيجة لوضوح فكرته و عناصره و هو التزام بشيء في ذمة المسؤول عن الضرر اتجاه من أصابه فهو إذن جزاء للمسؤولية<sup>(6)</sup>.

1- أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 216.

2- أسامة السيد عبد السميع، المرجع نفسه، ص 216.

3- سامية حباطي، تقدير التعويض في الفرقة الزوجية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، إشراف د/ محمد الأخضر مالكي، فسنطينة، 2001، ص 57.

4- محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 18.

5- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار حامد، ط 1، 2009، ص 208.

6- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1040.

و يظهر ذلك في القانون المدني الجزائري إذ جاء في نص المادة 124 منه (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرار للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض).

لذلك جاءت المادة 132 منه بالقول ( يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف.....و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بفعل غير مشروع).

و يمكن إعطاء تعريف له على أنه: التزام بإصلاح الضرر المادي و الضرر الأدبي الذي يجب في ذمة المتسبب به بأداءات مالية أو عينية .

#### 4 – مناقشة المفاهيم.

بالنظر إلى التعاريف السابقة نجد أن الجميع اتفقوا على ماهية التعويض إذ الأصل منه هو جبر النقص أو التلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الواقع عليه.

و الفعل الموجب للتعويض له ركنان أساسيان لا بد من وجودهما و هما ركن الاعتداء و ركن الضرر و يضيف علماء القانون ركن ثالث و هو وجود علاقة سببية بين الاعتداء و الضرر.(1)

و لقد أضاف العلماء شروط حتى يوجب التعويض عن الضرر و هي :

- 1 – أن يكون الشيء المتلف مالا .
- 2 – أن يكون المال متقوما مملوكا .
- 3 – أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم .
- 4 – أن يكون المتلف أهلا لإيجاب التعويض عليه.
- 5 – أن يكون في إيجاب الضمان أو التعويض فائدة(2).

---

<sup>1</sup> – محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 49  
<sup>2</sup> – محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص 49.

و إذا ما أسقطنا الأركان و الشروط السابقة على التعويض عن حل الرابطة الزوجية نجدها غير متوفرة أو على الأقل يصعب تطبيق الكثير منها إما لاعتبار الطلاق ليس اعتداء و إما لصعوبة إثباته أمام القضاء لذلك نجد أن تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من نص المادة 124 من القانون المدني و إنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية و هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها: " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبق القواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يمسه التعويض عن الطلاق"(1) .

كذلك يمكن استنتاج الشروط الواجب توافرها للتعويض عن حل الرابطة الزوجية و هي: 1 - أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين فعلا أي يجب أن يكون عقد بدون دخول ، بل يجب أن يتم الدخول و المعاشرة الزوجية لأنه تعويض عن حل الرابطة في هذه الحالة إلا تمام الدخول و أن ما يحكم به من تعويض من طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي و ليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي أو غيره.(2)

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها و التي جاء فيها " من مقرر قانوننا أن تقرير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع.

ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة و أن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنف. و عليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول و الحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن(3).

2 - يجب أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق فيما إذا كنا لصدد حالة الطلاق التعسفي و التعويض منه بينما في حالة المحاكمة فالزوجة هي صاحبة المبادرة و رفع أمرها إلى القاضي.

- يجب أن يكون حل الرابطة الزوجية بدون مبرر شرعي أو ضرر لحق بالزوجة أثناء طلاقها أو حكمها التطبيق(4) .

1- ملف رقم 235367، قرار بتاريخ 2000/02/22، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 155.

2- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2000، ص 8،9.

3- ملف رقم 135435 قرار بتاريخ 1996/04/23، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 162.

4- ملف رقم 39731، قرار بتاريخ 1986/01/27، نبيل صقر، المرجع نفسه، ص 162 .

## ثانياً: مشروعية التعويض

لقد أرسى قواعد الشريعة الإسلامية قواعد لضمان التعويض كوسيلة لحفظ الحقوق و الأدلة على ذلك كثيرة و تضافرت عليها النصوص الشرعية إذ تدل مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية تعويض الأضرار و تؤكد ذلك الآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن .

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 الواجب<sup>(1)</sup> .

**قوله عز و جل أيضا " و جزاء سيئة سيئة مثلها..."** الشورى/40 فهذه الآية تدل على أن الإنسان فيما إذا أراد أن ينتصر من ظلمه فلا ينبغي أن يتعد أو يتجاوز ما وقع عليه لأنه في بعض الأحيان تستحيل المماثلة في بعض صور العقاب لأنه قد تكون الوسيلة التي استخدمها المعتدى محرمة في حد ذاتها<sup>(2)</sup> .

كذلك **قوله تعالى: " و 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 و الإنصاف<sup>(3)</sup>

### أما من السنة النبوية فالدليل على التعويض نذكر:

ما رواه أبو بكر بن الحارث رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قد خطب في الناس يوم النحر في حجة الوداع و قال " إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا " <sup>(4)</sup> .

و في الحديث دلالة على تحريم الأموال و الدماء و الأعراض و التحدير من ذلك بالإضافة إلى التأكيد عليه.

<sup>1</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الفكر العربي، القاهرة دار الكتب المصرية، ط2، 1996، ج1، ص841  
<sup>2</sup> - القرطبي، المرجع نفسه، ج7، ص609.  
<sup>3</sup> - القرطبي، المرجع نفسه، ج3، ص981.  
<sup>4</sup> - البخاري، صحيح البخاري، كتاب العلم، باب قول النبي صلى الله عليه و سلم رب مبلغ أو على من سامع، ج1، ص158.

كذلك ما روى أن بعض زوجات النبي صلى الله عليه و سلم أهدت إليه طعاما في قصعة فضربت الزوجة التي كان النبي عليه الصلاة و السلام عندها القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال " طعام بطعام و إناء بإناء " (1) و يظهر من هذا النص أن النبي صلى الله عليه و سلم فرض تعويض لذلك الطعام و الإناء التالف بمثلتهما على أم المؤمنين أي حملها مسؤولية ما حدث و بالمثل.

كذلك روي عن عبد الله بن عباس و عبادة بن الصامت رضي الله عنهما قال الرسول صلى اله عليه و سلم " لا ضرر و لا ضرار " (2).

و في هذا الحديث منع لوقوع الضرر أصلا و معالجته إذا وقع لتعويضه فالحديث أريد به التنبيه إلى إتخاذ الأسباب لمنعه من الإضرار بالغير و إيجاب الضمان على من أوقعه.

فمشروعية التعويض عن الضرر من أسرار عظمة هذا التشريع الرباني و رحمته بهذه الأمة حيث جعل هذا المبدأ جامعا لكل خير دافعا لكل شر فهو يصون الأموال من الضياع و النقص و يحفظ الملكية حتى لا تستباح أو تهدر و يعم الفساد، فإن حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة الأنفس بل هي من لوازم المحافظة على الإنسان لذا اقتضت الحكمة أن تكون صيانة الأموال بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو القيمة جبرا للضرر و النقص الذي يلحق المضرور بإتلاف ماله لأنه أخذه نظير ما أتلف له بجعله كمن لم يفلت عليه شيء فيتمتع بما يأخذ و في نفس الوقت يكون ذلك قمعا للعدوان و زجرا للمعتدين و رعاية للحقوق و سدا للثغرات و هذا أصلح طريقة لحماية الأموال و جبر للضرر معا (3).

## ثانيا: أشكال التعويض

إن الواجب في الضمان هو التعويض الذي هو جبر للضرر الحاصل بالغير و هذا التعويض له أشكال متفق عليها في العموم على المستوى الفقهي و القانوني و تتمثل فيما يلي:

### 1 – التعويض العيني.

و هو ما يصطلح عليه في الفقه الإسلامي برد عين الشيء إذ من الأصول الفقهية المقررة في الشريعة الإسلامية و التي لا خلاف عليها أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان حيث أن الفقه الإسلامي لا تمنع أدلته

1- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الأحلام، باب من كسر شيئا، ج2، ص 181  
2- سنن ابن ماجة، المرجع نفسه، باب من بنى في حق ما يضر بجاره، ص 784  
3- ساجدة عفيف، مرجع سابق، ص 99

التفصيلية و قواعده العامة من إزالة عين الضرر عن طريق التعويض العيني الذي شكل إزالة عين الضرر ذاته أو نفي ما أثبتته المعتدي.

و من الأدلة قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل" النساء: 29 ، كذلك قوله عز وجل "يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد و أنتم حرم و من قتل منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم..." المائدة: 95.

و من السنة النبوية قول رسول الله صلى الله عليه و سلم " إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا "(1).

و قوله أيضا صلى الله عليه و سلم " كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه "(2).

و مما سبق نجد من مقاصد الشريعة الإسلامية من ضمان الضرر هو صون مال الأمة و المسلم و عرضه ، فضلا عن ذلك إزالة آثار الضرر من نفس المضرور و تخفيف ألمه من نفسه و هذا المعنى يكون سواء في الضرر المادي أو الضرر المعنوي(3).

هناك صورة أخرى للتعويض العيني و هي للتعويض بالمماثلة أي أن يفعل مثل ما فعل(4) و هذا ثابت بموجب الكتاب و السنة.

من الكتاب قوله تعالى " ...فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " البقرة : 194 ، كذلك قوله عز وجل " و إن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به... " النحل: 126

من السنة ما روي عن السيدة عائشة رضي الله عنها لما أهدت إحدى زوجات رسول صلى الله عليه و سلم إليه طعاما فألقت ما فيه فقال النبي عليه الصلاة و السلام " طعام بطعام و إناء بإناء "(5)

فهذا الحديث يقرر مبدأ الضمان بالمثل و ليس إتلاف النظير لأنه لو كان هذا الأخير لكان في ذلك زيادة في إضاعة المال توسعا للضرر بلا فائدة(6).

1- سبق تخريجه.

2- مسلم، صحيح مسلم، كتاب البر و الصلة ، باب تحريم ظلم المسلم و خذله و احتقاره، ج2، ص 424.

3- بن زبينة عبد الهادي، مرجع سابق ص 38.

4- أساسه السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص 262

5- سبق تخريجه.

6- إسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص.264

و يذهب الفقه القانوني في هذا نفس المعنى إذ التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينا فهذا النوع من التعويض يقع كثيرا في الالتزامات العقدية على عكس المسؤولية التقصيرية في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني"<sup>(1)</sup>.

التعويض العيني هو خير وسيلة لجبر الضرر إلا أنه في أحيان كثيرة يتعذر كما في حالة الضرر الأدبي و القاضي غير ملزم بأن يحكم به و لكن يتعين عليه أن يقضي به بشروط و ضوابط تتمثل في :  
إمكانية الحكم بالتعويض و مطالبة من وقع عليه الضرر بالتعويض العيني.

- عند المطالبة بالتعويض العيني يجب أن لا يكون فيه إرهاب للمدين بنحو يتجاوز فيه الضرر الذي يلحق ذلك الضرر الذي يصاب به الدائن و بالتالي لا يكون هناك محل لإجبار المدين على التنفيذ العيني .

- أن يكون التعويض العيني ملائما لما تفرضه الظروف إذ أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليها أو يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع و ذلك على سبيل التعويض<sup>(2)</sup>.

و كما ذكر سابقا فإن التنفيذ العيني في الفقه الإسلامي هو المعتمد عليه أولا أي قبل أي تنفيذ آخر بخلاف الفقه القانوني فإنه يؤتية في مرتبة لاحقة و هذا ما يلاحظ من نص المادة 132 من القانون المدني الجزائري " يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتمثل بفعل غير مشروع "

فالمادة تصرح بأن التعويض في الجانب القانوني يأخذ صورة النقد أولا ثم في صورة ثانية يجوز للقاضي أن يأذن بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر و ذلك بناء على طلب المضرور و هذا ما يتجسد في صورة التعويض العيني ، هذا الأخير قد يأخذ صورة رد عين الشيء كما هو الحال في الفقه الإسلامي أو إعادة الحال إلى ما كان عليه ما يقارب مفهوم التعويض بالمماثلة، هناك أيضا وجه آخر للتعويض و هو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة السابقة الذكر المادة 132 إذ يدخل في نطاق التعويض غير النقدي و يكون هذا التعويض خاصة في دعاوي النسب، و القذف إذ يجوز للقاضي في هذه

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1092 - 1093

<sup>2</sup> - أسامة سيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 269-270.

الحالة أن يأمر بنشر الحكم القضائي بإدانة المدعى عليه في الصحف و هذا ما يعتبر تعويضا عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه<sup>(1)</sup>.

## 2 - التعويض بمقابل.

كقاعدة عامة في الفقه الإسلامي فإن التعويض العيني هو الأصل لكن استثناء إذا تعذر ذلك فلا يكون مناصا من الهروب من تقدير التعويض الملائم عن الضرر الذي أحدثه المعتدي بفعله و التعويض بمقابل هو نوع من العقوبة متروكة لتقدير القاضي و يكون هذا التعويض صعبا نوعا ما في الضرر الأدبي لذلك نجد تنوع في أساليب التقدير لتكون أكثر ملائمة في مجال الواقع<sup>(2)</sup>.

ويتسم التعويض بمقابل بأنه يقوم على العدل أي التوازن بين المصلحة التي اعتدى عليها و بين التعويض على نحو يحقق العدالة في أحسن حالة يمكن أن تتحقق فيها، و قد قرر ذلك المالكية بقولهم " إن التعزير عقوبة مقدرة تختلف باختلاف الأزمنة و الأمكنة و اشترطوا لذلك أن تكون بالقدر الذي يكفي لزرع الجاني دون زيادة<sup>(3)</sup>.

على عكس من ذلك ذهب الفقه القانوني إلى اعتبار التعويض بمقابل هو الأصل أو ما يصطلح عليه التعويض النقدي هذا الأخير في الغالب يحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية بما في ذلك حتى الضرر الأدبي فيمكن تقويمه بالنقد و ذلك في جميع الحالات التي يتعذر فيها التنفيذ العيني و لا يرى القاضي فيها سبيلا إلى تعويض غير نقدي و هذا خلافا للمسؤولية العقدية التي يكون فيها التنفيذ العيني هو الأصل<sup>(4)</sup>. و هذا ما حداه المشرع الجزائري في نص المادة 132 الفقرة الثانية السالفة الذكر.

أما في ما يخص دفع التعويض فيدفع دفعة واحدة هذا الأصل لكن استثناء ليس ثمة ما يمنع القاضي من حكم تبعا للظروف بتعويض نقدي مقسط أو إيراد مرتب مدى الحياة و للقاضي السلطة في تقرير

الطريقة المناسبة بالإضافة إلى أنه ليس هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم على المسؤول عن الضرر

<sup>1</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1092.

<sup>2</sup> - اسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 286.

<sup>3</sup> - اسامة السيد عبد السميع، المرجع نفسه، ص 287.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1094.

بدفع مبلغ من المال إلى شركة التأمين و هذا ما نستشفه من نص المادة السابق الذكر .كذلك يمكن الإشارة إلى أن شكل التعويض عن حل الرابطة الزوجية مهما كانت طريقة حلها و ثبت أن هناك ضرر فإنه يحكم بالتعويض لأحد الطرفين تعويضا نقديا و هذا ما نلمسه من كل القرارات التي أصدرتها بالمحكمة العليا

## المطلب الثاني :

### حكم التعويض عن حل الرابطة الزوجية

لقد أخذ الفقهاء القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق سواء كان بإرادة الزوج المنفردة أو بإرادة الزوجة عن طريق القضاء و ذلك بإقرارهم المتمتع الطلاق أما الفقهاء المعاصرين فنجدهم مختلفون في شأن حكم تعويض الضرر الناتج عن حل الرابطة الزوجية.

و هذا ما سنعالجه في هذا المطلب حيث نتطرق في الفرع الأول إلى حكم التعويض في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني إلى حكمه في القانون مع مناقشة كل من الأدلة التي اعتمدوا عليها للمحاولة في الأخير إبراز الرأي الراجح.

### الفرع الأول : التعويض عن حل الرابطة في الفقه الإسلامي.

هناك من الفقهاء المعاصرين من أيد الأخذ بمبدأ التعويض عن حل الرابطة الزوجية و هناك من لم

يأخذ به.

#### أولا: القائلون بالتعويض عن حل الرابطة

ذهب فريق من الفقهاء المعاصرين و منهم وهبة الزحيلي<sup>(1)</sup>، عبد الرحمان الصابوني<sup>(2)</sup> و غيرهم أنه إذا وقع الزوج الطلاق دون سبب معقول و مجرد تعنت منه كان متعسفا في استعمال حقه و كجزاء للتعسف هنا هو التعويض المالي إذ يقول في ذلك مصطفى السباعي " و هذا حكم جديد لم يكن معمولا به من قبل و هو حكم عادل.<sup>(3)</sup> و قد استدلوا على ذلك بالحجج التالية:

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1989،3، ج7، ص 401.  
2- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دار الفكر ( د- ط )، (د-ت)، ج1 ص116.  
3- جميل فخري محمد جالم، التدابير الشرعية للحد عن الطلاق التعسفي، دار حامد للنشر، عمان، ط1، 2009، ص 272.

العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة و الحرمان بسبب تهاون الزوج و ظلمه في إيقاع الطلاق و تبيح لولي الأمر أن يقيد المباح و أن يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء (1).

2 - إن صيانة الأسرة يقتضي الردع و الزجر فكان التعويض زجرا للمطلق بغير سبب و رادعا لمن يفكر فيه خاصة مع كثرة حوادث الطلاق(2).

3 - قياس التعويض على المتعة المعطاة و التي أوجبها بعض الفقهاء و استحباها بعضهم و رغب فيها القرآن وجعلها بالمعروف و يخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الدعوى(3).

4 - أن الطلاق التعسفي ضياع المستقبل الزوجة و تقويت الفرص لها قد لا تعود و القاضي منوط به إنصاف المظلومين فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواء أكان ذلك في ماله أم طلاقه فمن طلق زوجته و أصابها ضرر من جراء ذلك و لم يكن هناك سبب شرعي إليه يوجب في هذه الحالة التعويض(4).

5 - إن الحياة الاجتماعية قد تغيرت ظروفها و أحوالها عن ذي قبل فعلى المشرع أن يراعي هذا التغير الهائل في حياتنا الاجتماعية و ألا يتقيد بما قيدنا به الفقهاء من الأحكام التي كانت تلائم بينهم و ظروفهم و على القضاء أن يتدخل بآثار الطلاق لأن هذا الأخير و إن كان حق للرجل فإنه حق مقيد بما شرع له فإذا أساء الزوج استعمال حقه كان على القضاء أن يحكم بالتعويض للمطلقة(5).

6 - قياس التعويض على الخلع حيث يحوز للزوج أن يأخذ من زوجته ما يتفقان عليه من مال إذا خالعه ولم يكن راضيا بفراقها مختارا له و كذلك يجوز له أن يطلب التعويض إذا طلقها بغير رضاه(6).

---

1 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 402.  
2 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة، دار النهضة العربية، (د-ط)، (د-ت)، ج1، ص 256.  
3 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 403  
4 - عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص 119  
5 - عبد الرحمان الصابوني، المرجع نفسه، ص 120 -  
6 - أحمد حسام النجار، الخلع و مشكلاته العملية، و المنازعات المتعلقة به، دار الكتب القانونية، مصر (د-ط) 2004، ص 62

7 - التعسف في الطلاق هو أن يطلق الزوج زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي و يكون آثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده و على هذا وجب التعويض لما يوقعه من ضرر يصيب الزوجة من جراء طلاقه التعسفي.(1)

8 - قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على الطلاق المريض مرض الموت و هو صورة من صور التعسف في الطلاق حيث أن المريض إذا طلق زوجته بقصد حرمانها من ميراث فإنه يعامل بنقيض قصده و ترث منه زوجته بالإضافة إلى إلزامه بالتعويض و كذلك نفس الشيء بالنسبة للمطلق بغير سبب فيما إذا خالعه زوجته(2).

9 - إن التعسف إذا وقع وسبب ضررا يستوجب المسؤولية و يرتب جزاء دنيويا يوقع عن طريق القضاء و ذلك بإزالة الضرر عينا عن طريق الضمان أي التعويض هذا الأخير يعد زجرا للمطلق بغير سبب و يؤثر ايجابيا بحيث يمنع كل من الزوجين أن يقدموا على الطلاق إلا بعد الكثير من التأمل و التروي(3).

#### ثانيا : القائلون بعدم التعويض عن حل الرابطة

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن حل الرابطة الزوجية و من بينهم أبو زهرة فقال " و قد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق و لو كان ثمة شرط يوجب التعويض إذ يكون شرطا فاسدا يلغى.(4) و غيرهم من الفقهاء و قد استدلوا بالكثير من الأدلة و البراهين نذكر منها :

1- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية (فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع )، دار الميسرة، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص62

3- نور الدين عتر، أبغض الحلال، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1983، ص152

4- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة ، ط3، (د-ت)، ص333

1- إن الطلاق حق مباح في الشريعة الإسلامية لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعو إليه فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي و لو لم تكن منه إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق(1).

2 – إن الطلاق و إن كان الأصل فيه الحظر و المنع و لا يباح إيقاعه إلا للحاجة لكن هذه الأخيرة قد تكون نفسية لا تجرى عليها وسائل الإثبات و قد تكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان ذلك تشهير بكرامة الزوجين و كشف للأسرار الحياة الزوجية علاوة على العداوة التي تنشأ بين العائلات و هذا ما يتضاعل بجانبه أي اعتبار مادي(2).

3 – إن القول بإلزام الزوج بالتعويض يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته و هو كاره لها و هذا يتعارض مع الأهداف العليا من الزواج و يبعده عن مقاصده و يجعله إرادة مفروضة على علاقة الزوجين لذلك في بعض الأحيان يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق الذي أظلم فيه فقد يكون الدافع إلى الطلاق رغبة أحاطت بالزوجة فطلقها الزوج خشية العار و سترها عليها و هذا ليس من العدل أو تعويض(3).

4 – لا دليل على التعويض المالي للمطلقة لا من الكتاب أو السنة أو الإجماع و لا قول فقيه أو فتوى مفتي من العلماء القدامى على التعويض المالي و لا حجة لمن قال بأنه ينبغي أن يراعى هذا التغيير الشامل في حياتنا الاجتماعية و ألا نتقيد بما قيدنا به الفقهاء من الأحكام التي كانت تلائم بيئتهم و ظروفهم لأن الطلاق دون سبب كان موجودا في زمنهم كما في زمننا هذا(4).

5 – ما يترتب على الطلاق من التبعات المالية كدفع مؤخر الصداق ،ونفقة العدة و المتعة لمن تجب لها من المطلقات يعد تعويضا عن الضرر الذي لحق الزوجة بسبب الطلاق(5).

1- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 311

2- أبو زهرة محمد، مرجع سابق، ص 272

3- نور الدين عتر، مرجع سابق، ص 160

4- صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص 183.

5- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص 101

## 6 – أضرار التعويض المالي للمطقة

إذا كان التعويض يحقق منفعة للمرأة غير أنه ينتج آثار و مفسد عديدة و قد قال العلماء " درء المفساد أولى من جلب المنافع "(1).

و نذكر من أضرار و من مفسد الحكم بالتعويض ما يلي:

أ – عزوف الشباب عن الزواج فيبدأ بالتطلع إلى خارجه لتحقيق سعادتهم و تأمين راحتهم و قضاء تسليتهم و أوقاتهم(2).

ب – لجوء الزوج للإضرار بزوجه و الاعتداء عليها و إيقاع الأذى عليها و لو كان ذلك أدبيا أو نفسيا لينفرها من الحياة الزوجية و يدفعها إلى طلب الطلاق منه أو الموافقة على التفريق ليصل إلى غاية ألا و هي التهرب من التعويض(3)

هذا و يمكن أن ينجح في دفعها إلى الخلع ليأخذ هو البديل عوض الطلاق الذي يكلفه و في مقابل كل هذا قد تلجأ الزوجة متعمدة للأضرار بزوجه احتيالا ليطلقها و تأخذ منه العوض .

ج - بعض الأزواج و هروبا من التعويض يلتجئون إلى التشهير بزوجاتهم ظلما و قذفهم بتهم باطلة فالزوجة تريد إثبات التعسف و الزوج ينفيه و هذا ما يؤدي دائما إلى التنافر بين العائلات (4) .

**و يقول في ذلك الدكتور محمد الزحيلي:**

" فلا يستبعد أن يفترى على زوجته الأباطيل ليفتح القاضي بغدره في الطلاق بمعقول و ينفى عن نفسه تهمة التعسف و هذا ما حدث فعلا في أوروبا عندما كانت تمنع الطلاق إلا لأسباب معينة كالزنا فتدفع الزوجة أو الزوج إلى ذلك أو يفترى الرجل على زوجته و يتهمها بذلك حتى يتخلص منها و هذا مالا نريد

1-فخري جميل محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص69

2-محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 52

3محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص 52.

4-صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص 185

الوصول إليه بل إن العرب المسيحي قد أدرك خطورة ذلك و تخلى عن هذه الأساليب و خالف ديانته و عقيدته و أباح الطلاق الاجتناب هذه المضار....." (1)

د - إذا كان الطلاق رجعيا و حكمت المحكمة على الرجل بالتعسف في استعمال الطلاق و فرضت عليه التعويض فإن هذا الحكم يسمع الزوج في الغالب من التفكير من مراجعة زوجته في العدة أو العقد عليها بعد ذلك لأن القضاء يورث الضغائن بين الخصمين و هذا أمر غير محمود للطرفين (12)

### ثالثا : مناقشة و ترجيح

#### أ- مناقشة أدلة القائلين بمشروعية التعويض

- إن اعتمادهم على مبدأ السياسة الشرعية يرد عليه : أن الضرر المادي أو المعنوي في الطلاق يقع على كلا الزوجين و هل من العدل أن يحكم بالتعويض على الرجل دون المرأة ؟ ثم إن القول بوجوب تعويض الرجل لمطلقاته إضافة إلى مؤخر الصداق و نفقة العدة فيه عمل بمبادئ التضامن الاجتماعي قول قاصر: لأن القول بتعويض المطلقة تأمينا لنفقتها و معيشتها لما يصيبها من فقر و بؤس قد غفل عن الحكم الشرعي الآخر من باب النفقات بمختلف أنواعها و حالاتها و للنفقة باب مستقل في كل كتاب فقهي و بهذا لا يصح تجاهلها أو إغفالها. (3)

و هذا الرد في غير محله لأنه لم يذكر أحد أن التعويض هنا من قبيل النفقة و إنما هو مقابل ما أوقعه بها من ضرر سواء كان مادي أو معنوي و مع هذا فإنه و مهما بلغ التعويض من قيمة إلا و أنه مبلغ محدد لن يحل مشكلة الفقر و الحرمان حلا نهائيا و كذلك الإسلام لم يترك المرأة بلا معيل ففي حالة زواجها فإن نفقتها على زوجها و في حالة عدم زوجها (مطلقة) فإن نفقتها على وليها و إذا لم يستطيع الإنفاق عليها فنفقتها على بيت المال. (4)

- قياس التعويض على المتعة يرد عليه : إن المتعة التي قررتها الشريعة للمطلقة هي لكل مطلقة سواء كانت غنية أم فقيرة كما أنها جبر لوحشتها و هي من باب الفضل و الإحسان من الزوج لمطلقاته.

1-محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 53 - 54.

2-محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص 54.

3- محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص 58.

4- ساجدة عفيف، مرجع سابق، ص 101

أما التعويض فإنه عقوبة و ليس من باب الفضل و الإحسان بين الزوجين فلا يصبح قياسه عليها<sup>(1)</sup> إذن ما دام التعويض جاء قياسا على المتعة فلما لا نوجب المتعة بأحكامها بدلا من القياس عليها؟

- أما الاستدلال بأن الطلاق بلا سبب أو مسوغ شرعي هو إساءة لاستعمال الحق لذلك يوجب التعويض هذا الأخير أيضا زجرا للأزواج فيرد عليه : إن الطلاق حق مشروع و منوط بالرجل و استعمال الإنسان لحقه المشروع لا يوجب التعويض ، كذلك فرض التعويض لغاية الزجر و الردع فإن هذا الأخير لا يتحقق إلا بالتربية و التوجيه و غرس العقيدة في النفوس<sup>(2)</sup>.

- الاستدلال على التعويض بأن الطلاق يؤدي إلى ضياع مستقبل الزوجة و تفويت فرص لها يرد عليه الدكتور محمد الزحيلي بأن هذا الضرر يشترك فيه كل من الزوجين ، بل إن الضرر يتعدى الزوجين فيصيب الأولاد و الأهل و الأقارب و بالتالي لا تنفرد به المرأة حتى تستحق تعويضا عنه دون بقية المتضررين و إن كان الطلاق قد مس البقية السابقة.

فما معنى أن يفرض التعويض للمرأة فقط دون بقية العناصر المتضررة و المتأثرة بالطلاق ، أليس ذلك على الأقل معالجة للقضية و المشكلة من جانب واحد و في إطار ضيق مع ترك بقية الجوانب التي القضايا يجب دراستها؟

- قياس التعويض على الخلع:

يرد عليه بأنه لا يجوز حيث أن البديل في الخلع هو تعويض الزوج عما أنفقه عليها من مهر و بدل التكاليف الزواج و الزفاف أما تعويض الزوجة فلا مقابل له من جهتها و الخلع هو ثمن للحرية و التعويض تقبيد للحرية<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup>-جميل فخري محمد جاتم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 217

<sup>2</sup>-جميل فخري محمد جاتم، المرجع نفسه، ص 218

<sup>3</sup>-سامح السيد محمد، الخلع بين المذاهب الفقهية الأربعة، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، ط2، 2005، ص355

أما فيما يخص قياس التعويض عن الطلاق دونه سبب أو على خلاف المريض مرض الموت يرد عليه أن الميراث للزوجة هو حق ثابت من جهة الشرع و لما أراد الزوج حرمانها عوقب بنقيض قصده فتوريثها ليس من باب تعويضها و لكنه حق لها فلا يمكن قياس الميراث على أساس التعويض<sup>(1)</sup> .

#### ب - مناقشة أدلة القائلين بعدم التعويض

- إن القول بأن الطلاق حق مباح لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو اليه فيرد عليه أن الطلاق ليس حق مطلق للزوج لأن الأصل فيه الحظر فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته أي بحكمة تشريعه و ما لأجله شرع فإذا ما أساء الزوج في استعمال حقه و طلق من غير سبب ، كان على القضاء أن يحكم بالتعويض و إلا لم يكن للحظر معنى<sup>(2)</sup>.

- القول بأن التعويض إلزام الزوج بالعيش مع من يكره و هذا صحيح ، فلما نحرّم الطلاق على الزوج حتى نجبره بالعيش مع من لا يحب ، بل نقول له من المصلحة أيضا بل من الواجب أن لا يترك الزوج زوجته عرضة للبوّس و الفقر فإذا ما أراد الطلاق و كانت الزوجة بحاجة إلى معونة و مساعدة فيجب عليه أن يعوضها عن ذلك إن لم يكن الطلاق بسببها<sup>(3)</sup> .

- القول بأنه لا دليل على التعويض المالي للمطلقة فيرد عليه ليس الضرورة أن يكون كل شيء منصوص عليه و إلا لأغلقتنا باب الاجتهاد<sup>(4)</sup> .

- كذلك القول بأن تبعات المالية نفقة العدة و مؤخر الصداق يعد تعويضا للزوجة فلا تستحق تعويضا فيرد عليه بأن المطلقة تأخذ هذه الحقوق سواء كان الطلاق مخطئا أم غير مخطئ و ليس هناك أدنى ارتباط بين الاستحقاق إذ المطلقة تستحق هذه الحقوق بمقتضى الزواج و ليس نتيجة خطأ ارتكبه المطلق و على هذا يبقى جدير بالرعاية أمر المطلقة خطأ هذا الأخير يستدعي إلزام من ارتكبه بالتعويض<sup>(5)</sup> .

---

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات، الجزائر، ط5، 2007، ج1، ص 263  
2- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ج 1، ص 100-101.  
3- عبد الرحمان الصابوني، المرجع نفسه، ج 1، ص 102  
4- فخري جميل محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 222.  
5- ساجدة عفيف، مرجع سابق، ص 108

- إن الأضرار الناتجة عن التعويض السابقة الذكر مجرد احتمالات و أكثرها نظرية قد توجد في قضايا فردية خاصة لا يمكن بحال من الأحوال تعميمها ، كذلك القول بأن الحكم بالتعويض هو عبارة عن نشر للأسرار العائلية فغير صحيح لأن الحكم بالتعويض تسبقه مراحل عديدة كوعظ الرجل لامرأته وهجرها و ضربها عند الضرورة و الصلح عن طريق المجلس القضائي فإذا لم تنجح هذه الوسائل جاز للمرأة رفع أمرها للقاضي حتى يعطيها حقها إذا رفض الزوج ذلك و هذا ليس نشر للأسرار و إنما طريق للحصول على الحق(1) .

### ج - الترجيح بين الأدلة و المناقشة.

من خلال ما سبق بيانه من الأدلة و المناقشات يتضح قوة الفريق الثاني الفائلين بعدم التعويض و سلامة أكثرها من الاعتراض لأنه بالفعل تترتب على التعويض أضرار تمس الرجل كما تمس المرأة و المجتمع ككل ، و بهذا فإنني أرى بأن نفقة المتعة تغني عن التعويض بل هي تعويض لما أصاب المرأة من ضرر مادي و معنوي و هذا ما أشار إليه و هبة الزحيلي بقوله : " و مما سبق يظهر أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية و العلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق و التخفيف عما أصابها من أضرار مادية و معنوية و أن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة و خاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع(2) .

كذلك نجد أن الشريعة الغراء وضعت الحلول المناسبة و العلاج لمشكلة حل الرابطة الزوجية و ما ينجم عنها من أضرار و هي حلول عادلة و شاملة لا ينشأ عنها أي ضرر أو مفسدة و هي كفيلة بمعالجة المشكلة من جميع جوانبها و أطرافها .

فالمتعة مفروضة في كل حالات الطلاق و يقول في ذلك ابن حزم " المتعة فرض على كل مطلق و مطلقة أو اثنتين أو ثلاثاً أو آخر ثبت و طئها أو لم يطأها، فرض لها صداقها او لم يفرض لها شيئاً ... و يجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره"(3) .

1-صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص188

2- محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص87.

3- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص106 .

## الفرع الثاني : حكم التعويض عن حل الرابطة في القانون.

فيما يخص قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم فقد أخذ بالتعويض تأسيسا بسائر القوانين العربية فقد ورد في المادة 52 منه " إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " وكذلك ما جاء به التعديل الجديد 02 /05 في نص المادة 53 مكرر " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

و جاء في قرار المحكمة العليا انه يحق للقاضي الحكم على الزوج بتعويض المطلقة إذا أساء إستعمال حقه في الطلاق بأن كان متعسفا في ذلك و جاء كما يلي:

" من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق "(1).

و حتى يعتبر الطلاق تعسفيا لا بد من توافر شرطين و هما:

- الأول : تعسف الزوج في الطلاق بأن يطلق الزوجة دون سبب أو بسبب غير معقول و لا مصلحة أو فائدة مشروعة.

- الثاني : ثبوت ضرر حقيقي مادي كان أو معنوي (2) .و مثال الضرر المادي بأن كانت الزوجة موظفة او عاملة و تزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها ،و بعد أن تركت العمل طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها (3) .

إلى جانب ذلك نجد أن القانون لم يحدد مقدار التعويض و تركه للسلطة التقديرية للقاضي ،إذ نظر الى ذلك الدكتور بلحاج العربي إلى أنه عمل حسن و الواجب أن يترك للقاضي الحكم بالتعويض الذي يراه كفيلا بدفع الفقر و الحرمان عن الزوجة المطلقة بنسبة التعسف و درجته و الحالة المالية للزوج (4) . غير أن المعيار في ذلك يقوم على أساسين:

<sup>1</sup>-ملف رقم 210451، قرار بتاريخ: 1998/11/17، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001 ص 252-253.

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق ا ج، مرجع سابق، ص 233

<sup>3</sup>- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه، الجزائر، ط3، 1996، ص 306

<sup>4</sup>-بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق ا ج، مرجع سابق، ص 235

أحدهما شخصي أو ذاتي: و يتمثل في النية أو الباعث .

و ثانيهما موضوعي : و هو الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت باستعمال الحق فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية لا ضرر و لا ضرار<sup>(1)</sup>،<sup>(2)</sup> و هذا ما يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و هو ملزم بذكر أسباب تحديد مبلغ التعويض و عليه فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>(3)</sup>.

و يرى بعضهم أن الأفضل لو أورد القانون نصا صريحا يجيز للقاضي أن يحكم للمطلقة بمبلغ من المال يدفع لها شهريا لمدة سنة أو أكثر كلما طلبت ذلك و كلما تبين له أن الطلاق غير مسبب تسببيا عقلانيا أو شرعيا<sup>(4)</sup>.

و سلك بعضهم مسلكا آخر و اعتبر هذا التعويض تافها و اعترضوا على اعتبار حال الزوج عن الحكم بالتعويض فقال " من خلال قراره القضاء المتوفرة يتضح أن القاضي يراعي أحوال الزوج و هذا ليس صواب لأنه عند تقرير التعويض يجب أن تكون العبرة بجسامة الضرر وحده و الحال أن القضاء يعامل الزوج على انه يمارس حق مشروع و لو كان متعسفا و هذا اجحاف و ظلم في حق المطلقة<sup>(5)</sup> .

و يمكن إعطاء أمثلة مختلفة لبعض أحكام التعويض المالي للأضرار التي تصيب الزوجة و ذلك على مستوى محاكم الجزائر.

---

1- سبق تخريجه  
2- هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ : 1998/07/21 ، ملف رقم 192665 " من المقرر قانون أنه يجوز تطبيق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا بين اذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر يلاحق بها " الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 ، ص 116 .  
3- ملف رقم 32719 ، قرار بتاريخ 1984/4/2 ، نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وقضاء، مرجع سابق، ص 161.  
4- إذ القائلين بهذا يظهر تأثرهم بما ورد في بعض القوانين العربية مثال ما نصت عليه م 134 قانون الأحوال الشخصية الأردني، و المادة 117 قانون الأحوال الشخصية السوري / عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 310 .  
5- صلاح الدين زيدان، مرجع سابق، ص 190

- القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 1999/03/20 القاضي بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة الضلعة بتاريخ 1998/11/04 نهائيا بالطلاق بين الطرفين و ابتدائيا بتحميل المدعي عليه مسؤولية الطلاق و الزامه بدفع الى مطلقة مبلغ 40000 دج مقابل الطلاق التعسفي

و 6000 دج نفقة العدة و 800 دج نفقة إهمال شهريا (1)

- الحكم المطعون فيه الصادر بتاريخ 1997/06/29 الذي قضى ابتدائيا بالتطليق ،لسبب العيب مع الزامه بدفع لها مبلغ 30000 دج عن المتعة و 8000 دج نفقة عدة .(2)

- القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1997/12/08 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة باب الواد بتاريخ 1997/12/02 و القاضي برجوع الزوجة إلى منزل الزوجية و من جديد القضاء بتطليق المستأنفة من المستأنف عليه و الزامه بان يدفع مبلغ 40000 دج تعويضا مقابل الطلاق ، و 15000 نفقة عدة و مسكن و 2000 نفقة إهمال.(3)

---

<sup>1</sup>-ملف رقم 235367، قرار بتاريخ 2000/02/22، سبق ذكره  
<sup>2</sup>-ملف رقم 213571، قرار بتاريخ 1999/02/16، باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص 105  
<sup>3</sup>- ملف رقم 224655، قرار بتاريخ 1999/06/15، باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 11

# الفصل الأول:

## تعويض الضرر الناتج عن حل الرابطة الزوجية

### وأساسه

تعتبر الحياة الزوجية ذات قدسية عظيمة كون القرآن الكريم وصفها بالميثاق الغليظ لقوله تعالى: "وأخذن منكم ميثاقا غليظا" النساء/21 و هدمها له ينجم عنه من الآثار الوخيمة ما يهدد المجتمع برمته وفوق كل ذلك فهو يهز عرش الرحمان ورغم هذا شرع الطلاق لتفادي أكبر ضرر لأنه بمثابة البلم الشافي لعلاج تلك التوترات والخلافات بين الزوجين ولكن ورغم ذلك قد يخلف حل الرابطة الزوجية آثار وخيمة خاصة على الجانب النفسي لأحد الزوجين والقاعدة العامة أنه كل من أحدث ضررا يلزم بالتعويض لذا نتساءل عن الضرر الموجب للتعويض في انحلال الرابطة الزوجية ونشوء تلك الأضرار عن ذلك وبالأخص عن موقف قانون الأسرة الجزائري من فرض التعويض عن ذلك الضرر وها هو الأساس المعتمد في ذلك؟

وهذا ما سنعالجه في هذا الفصل والذي ضمنناه في مبحثين أساسيين إذ الأول خصصناه لصور حل الرابطة الزوجية التي يوجب على أساسها التعويض، أما المبحث الثاني فتركناه لبيان حكم التعويض في قانون الأسرة الجزائري و الأساس الذي اعتمد عليه المشرع في فرض التعويض.

## المبحث الأول:

### صور حل الرابطة الزوجية الموجبة للتعويض.

الزوجية سنة من سنن الله في خلقه وهي قاعدة عامة لا تشد عنها العوالم المختلفة وذلك منوه في القرآن الكريم ومؤكد بقوله تعالى: "ومن كل شيء خلقنا زوجين لعلكم تذكرون" الداريات/ 49

فهي طريقة وكيفية اصطفاها العلي القدير للتكاثر والتوالد وعماراة الأرض بعد أن هيا كلاً الزوجين لأداء دورهما في بلورة الهدف المرجو ولقد خص تعالى الزواج برعاية وبين شروطه، وأركانه فذلك من أجل العديد من الفوائد والقيم البشرية جمعاء.

لكن الزواج لم يترك على إطلاقه أبدياً، فقد يعرف الفشل ويعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه، ولذلك رخص الله تعالى في كتابه العزيز الطلاق وحرص بالمقابل على عدم نسيان الفضل بين الزوجين ومنح لكل واحد منهما حقوقاً والتزامات ورتب آثاراً بالشكل الذي يبقى المجتمع محصناً، نقياً بلا دنس ولا شتات.

إذن كما نص عليه الشارع الكريم وشرحته السنة النبوية الشريفة يعد البديل الأقوم والعدل الطلاق والمنصف لإنهاء أية رابطة زوجية وبمثابة الجواب الشافي والكافي لتوترات الرابطة الزوجية.

والطلاق أو ما يسمى بفك الرابطة الزوجية يحمل من حيث الشرع والقانون العديد من الصور وفيما يأتي سنحاول شرحها بإيجاز وبالأخص الموجبة للتعويض عن الضرر الناتج عنها وذلك في مطلبين

المطلب الأول خصصناه للطلاق بإرادة الزوج المنفردة والمطلب الثاني حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة.

## المطلب الأول:

### حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج.

حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج وهذا هو الأصل إذ أن العصمة التي وضعت في يد الزوج تمنع له الحق في حل عقدة النكاح متى شاء وهذا ما بينته المادة 48 ق أج لكن قد ينفذ صبر الزوج على

زوجته ولا ترضى الاستقامة و الاعتدال فيستعمل حقه في فك الرابطة الزوجية وهذا حق مشروع، ومع ذلك قد يحدث وأن لا يلتزم الزوج في ممارسة حقه بما ورد في الشرع فيتسبب في إحداث أضرار تصيب الطرف الآخر (الزوجة)، وتتمثل هذه الممارسة المعيبة في الحق في إيقاع الزوج للطلاق بدون سبب معقول أو مشروع، وما يطلق عليه اسم الطلاق التعسفي وهذه الحالة الأخيرة هي الحالة التي يوجب على أساسها التعويض حسب نص المادة 52 ق أ ج وعليه سأبحث في الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بصفة عامة لأخصص الفرع الثاني لـ: فعل التعسف عن حل الرابطة الزوجية.

### الفرع الأول: حل الرابطة بإرادة الزوج بصفة عامة.

أولاً: تعريفه.

الطلاق لغة: مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والترك بعد الإمساك، يقال طلقت المرأة .

و بضم اللام وفتحها فهي طالق وطاقه.(1)

وفي الاصطلاح معناه رفع قيد النكاح وذلك بلفظ مخصوص صرفه أو كتابة أو إشارة (2)

كذلك يمكن تعريفه بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته.(3)

وبصفة عامة الطلاق متلخص في حل الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية و هدفه رفع أحكام الزواج وإيقاف

استمراره(4)

والمشرع الجزائري كان متذبذباً بين التطرق للتعريف و غرض النظر عنه قبل التعريف الذي جاء به بالأمر

02-05 نص صراحة في المادة 48 على أن "الطلاق هو حل عقدة الزواج" ليتراجع بعد التعديل وعزف عن

تعريف الطلاق بالقول "مع مراعاة أقدم المادة 49 أدناه يحل عن الزواج بالطلاق..." وترك ذلك للقاضي

على غرار المسائل الفقهية الأخرى وذلك لما تضمنته المادة 222 منه.

ثانياً: أساسه

1- ابن منظور، مرجع سابق، ص 569.

2- أبو زهرة، مرجع سابق، ص 279.

3- مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بيروت، ط2، 1977، ص 491.

4- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 7.

العصمة الزوجية كفلها الشارع الكريم للزوج وحدة كونه الأحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال ما يحتاج إلى إنفاق مثله أو أكثر منه إذا طلق وأراد الزواج مرة أخرى، وبمقتضى عقله ومزاجه يكون أصبر على ما يكره من المرأة فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها أو سيئة يصعب عليه تحملها في حين تظل المرأة أسرع منه غضبا وأقل احتمالا وصبرا، وليس عليها من تبعات الطلاق مثل ما عليها فهي الأجدر بالطلاق لأدنى الأسباب.(1).

لكن الواقع الذي نحن فيه يثبت عكس ذلك إذ نجد أن هؤلاء شباب يتلاعبون بكلمة الطلاق إذ لأول وهلة ولأول غضبة ينطق كلمة الطلاق و لا ينوي على أساس هذا الأخير حصول شيء ما أو عدمه مما نجد أن نسبة الطلاق مرتفعة جدا في الجزائر.

ومع ذلك فإن الزواج بيد الرجل وكذلك الطلاق بيده وهذا ما يستنبط من النصوص الشرعية في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن... الأحزاب/49، وقوله أيضا تعالى: " لا جناح عليكم إن طلقتم النساء "البقرة/ 236.

فهذه الآيات تدل على أن الطلاق حق أصيل للزوج دون غيره ولم يخرج قانون الأسرة من هذه القاعدة وجعل الطلاق حق أصيل للزوج وهذا ما يثبت من نص المادة 48 ق ا ج " يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج"

ومبرر هذه المكنة للزوج يرجع إلى:

- اتصاف الرجل بالهدوء مما يجعله يتأني قبل إيقاع الطلاق أما المرأة فحيالتها مفروضة على العاطفة وسرعة الانفعال والتأثر فلو جعل الطلاق إليها لسارعت إلى فسخ العلاقة الزوجية لأول مشكلة.(2)

- يحمل الزوج تبعات الزواج مما يحمله على التأني والتفكير قبل أن يطلق حتى لا يخسر ما أنفقه على زوجته والإسلام منح الزوجة رفع الضرر عن نفسها بالعصمة (الخلع) عن طريق القضاء أو اللجوء إلى التطليق كذلك.(3)

1- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية ، مرجع سابق ، ص 12.

2- أحمد المومني ، إسماعيل أمين نواهضه، مرجع سابق، ص 12

3- احمد محمد المومني، اسماعيل أمين نواهضه، مرجع سابق، 13

ثالثا: طبيعة الإرادة المنفردة للزوج في إيقاع الطلاق.

تم التأكيد فيما سبق أن فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج تعد أوضح صورة وأكثرها انتشارا واقعا وهناك اجتماع على أن الطلاق ينبع من إرادة الزوج المنفردة فهو حق أصيل يستعمله دون اعتماد إرادة الزوجة في إحداث هذا الأثر فأرادته وحدها محل اعتبار دون سواها.

غير أن السؤال الذي يطرح هنا إلى أي مدى يمكن اعتبار حق الزوج حق أصيل؟ معنى ذلك هل حق الزوج في إيقاع الطلاق مطلق أم مقيد؟

بالعودة إلى نظرية الحق في القانون المدني نجد أن الحق معناه مكنة يمنحها القانون للشخص تخوله سلطة الاستثناء والتسلط على شيء ما<sup>(1)</sup>، معنى ذلك إذا ما اعترف بحق ما للشخص في إحداث أثر قانوني فالأصل أن يمارس حقه بطلاقة ولا يلام على استعماله إلا إذا تجاوز الحالات المنصوص عليها بالمادة 124 مكرر قم ج وعلى المتضرر في هذه الحالة إثبات ذلك التعسف.<sup>(2)</sup>

و من ذلك نجد الاختلاف فحق الزوج في حل الرابطة الزوجية ، ورغم أنه مسموح القيام به إلا أن الزوج يعد بصفة آلية متعسفا في استعمال الحق اتجاه الزوجة إلا إذا أثبت هو عكس ذلك و في مقابل ذلك إذا كنا أمام نظرية الحق المعروفة قانونا فلا يمكن أن نحمل الزوج مسؤولية استعماله لحقه الأصيل في إيقاع الطلاق والإثبات يقع في هذه الحالة على الزوجة.<sup>(3)</sup>

كخلاصة يمكن القول بأن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني الجزائري إذ أنه من طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية وأن التعويض المقرر للزوجة في حال الطلاق مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية شرعا وهذا ما نوه إليه قرار المحكمة "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"<sup>(4)</sup>

وهذا ما سوف أحاول بيانه في الفرع الثاني من فعل التعسف وجزاءه.

1- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 33

2- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 21

3- باديس ذيابي، المرجع نفسه، ص 22

4- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 23 - 24

## الفرع الثاني: فعل التعسف في حل الرابطة الزوجية

إن التعسف في استعمال الحقوق لا يقتصر على روابط القانون الخاص المتصل بالأموال بل يمتد إلى روابط أخرى تشمل كافة فروع القانون كون التعسف نظرية لها من العموم ما يجعلها تبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع فهي تسرى على كافة الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية وهي لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام فنظرية التعسف في استعمال الحق تهيمن على الروابط المالية كما تخضع لها روابط الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>، ومنها حل الرابطة الزوجية المتجسدة في كافة طرقها تقريبا والأوضح في حاله حل الرابطة الزوجية من طرف الزوج بإرادته المنفردة.

ولهذا سنتناول هذه الحالة بيان أولا ماهية طلاق التعسفي ونتطرق ثانيا إلى الجزاء المترتب عنه في ضوء قأج.

### أولا: ماهية الطلاق التعسفي

#### 1/ تعريفه:

التعسف في اللغة هو الأخذ على غير الطريق أو سلوكها مع غير قصد<sup>(2)</sup>

أما في الاصطلاح فنجد تعاريف فقهية حديثة على عكس الفقهاء القدامى.

فعرفه وهبة الزحيلي: "التعسف هو إساءة استعمال الحق حيث يؤدي إلى ضرر بالغير"<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - نزيه نعيم شلالة، دعاوي التعسف وإساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006، ص 121

<sup>1</sup> - الفيومي، مرجع سابق، ص 427

وذهب فقهاء القانون إلى تعريفه بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.(2)

ويمكن إسقاط هذا التعريف على الشق الثاني وهو حل الرابطة إذ نجد أن الطلاق حق للرجل يوقعه بكامل إرادته المنفردة ويعد متعسفا في ذلك إذا ما جاوز حدود الحق بأن أوقعه مناقضة لقصد الشارع في الطلاق وقصد الشارع في الطلاق متمثل في تجنب الزوجين نشوء أضرار عن حل الرابطة الزوجية.

وعلى هذا يمكن القول بأن الطلاق التعسفي هو كل طلاق يناقض قصد الشارع في تشريع الطلاق إذ أنه شرع لدفع الضرر فكل طلاق يخالف هذا المقصد تعسفا.

وأغلب الدول العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري لم يتطرقوا إلى تعريف الطلاق التعسفي.

## 2- أسبابه:

يمكن إجمال الأسباب التي تؤدي الزوج إلى التعسف في استعمال حق الطلاق إلى:

### أ/ الجهل بالأحكام الشرعية:

حيث كثيرا من الناس لا يعرفون الأحكام المتعلقة بالطلاق من حيث كونه سنيا أو بدعيا ولا يعرفون الفرق بين الطلاق والظهار والإيلاء والخلع وحتى هناك بعض العبارات التي يتلفظ بها البعض لا يفقه معناها بل ويردد كثيرا من الكلمات وهو لا يعي ما سيؤول إليه الأمر عن تلفظه بها.(3)

### ب/ ضعف الوازع الديني:

---

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص538  
<sup>2</sup>- جميل فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص47  
<sup>3</sup>- ساجدة عفيف، مرجع سابق، ص41.

إن ضعف الصلة بالله تعالى وعدم مراقبة الله تعالى في السر و العلن يؤدي في الإنسان إلى غياب الرادع الذاتي والتوجيه السليم للأحاسيس والتصرفات مما يجعله ليس له من الإسلام نصيب إلا الاسم أما أفعاله وتصرفاته فتخالف تعاليم الإسلام ومبادئه.

ويتمثل ضعف الوازع الديني في كثير من الأحيان في طلاق حرمانها من الميراث لاسيما إذا كانت

الثانية لم تلد له حتى لا تشارك أبناءه الميراث وهذا كبير. (1)

ج/ عدم فهم الزوج لطبيعة حق القوامة المخول له بمقتضى لشرع:

القوامة تعني المسؤولية عن رعاية شؤون الزوجة والإنفاق عليها إذ الشريعة الإسلامية تعطي الرجل حق القوامة على الأسرة وراعت طبيعة كل من الرجل والمرأة و المهام المنوطة بكل واحد منهما في هذه الحياة، فالمرأة جعلت للعمل والولادة والرضاع وتربية الأولاد والعناية بشؤون البيت والرجل بطبيعة تكوينه ذو قدرة على تحمل المشاق يسعى بجلب القوت للإنفاق على عائلته لذلك أعطته الشريعة الإسلامية حق القوامة ليكون المسؤول عن الأسرة ومستلزماتها قال تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم" النساء/34.

لكن الفهم الخاطئ لحق القوامة يتمثل في أن الرجل يعتبرها مصدر سلطة و قوة له لا لحماية البيت و تدبير شؤونه و إنما لفرض تجبره و غطرسته فيستعمل هذه السلطة في ما يضر ولا ينفع مما يؤدي إلى مشاكل كثيرة تؤدي إلى إيقاع الطلاق. (2)

### 3- صورته:

و هي أنواع كثيرة تطرق إليها الفقه الإسلامي على عكس قانون الأسرة الجزائري فلم يذكر ذلك و ترك المجال للشريعة الإسلامية و من بين هذه الصور نذكر:

أ- طلاق المريض مرض الموت (3): و هو ما اصطلح عليه الفقهاء بطلاق الفار و هو إذا ما طلق

1- ساجدة عفيف، المرجع نفسه، ص 41

2- ساجدة عفيف، مرجع سابق، ص 42

3- مرض الموت هو مرض الذي اتصل به الموت و كان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة و لا تزيد عن سنة أو هو المرض الذي يعجز الإنسان عن القيام بمصالحه خارج البيت و يحول دون قيامه بواجباته و يترتب عليه شرعا تغيير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته.

الزوج زوجته طلاقاً بائناً في مرض موته أو ما في حكمه كإشراف سفيهه على الغرق و سمي طلاق الفار لفرار الزوج من إرث زوجته (1).

لا خلاف في أن طلاق المريض مرض الموت يقع كما يقع الطلاق من الصحيح مادام المرض لم يؤثر على قواه العقلية و يجعله ملحقاً بالمجنون و يترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على طلاق الصحيح (2).

و يمكن القول بأن الزوج إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبر هذا فراراً من ميراث زوجته فرد عليه قصده بثورتها (3). و لقد ألقى الفقهاء المرتد بحكم المريض مرض الموت و اعتبروه في حالة ارتداده من ميراث زوجته فيرد عليه قصده لأنه من شروط الميراث اتحاد الدين بين الوارث و الموروث (4).

و يعتبر ما أقدم عليه الزوج منافياً لقصد الشارع و يعتبر عدواناً و ظلماً على الزوجة، كذلك يكون الطلاق بهذه الوضعية من قبل الزوجة فقد تعدد هذه الأخيرة إلى الخلع من زوجها في مرض موتها لفرارها من إرث زوجها و لاخلاف في وقوع الخلع من قبل الزوجة المريضة مرض الموت فهو كخلع الزوجة الصحيحة و عولمت هي الأخرى بنقيض قصدها لأنه من مقاصد الشريعة عدم الإضرار بالغير (5).

## ب/ الطلاق في الحيض:

وهو طلاق بدعي وذلك لمخالفته الطلاق السني و يعتبر الطلاق في الحيض أحد أقسام الطلاق البدعي ويقول في ذلك القرضاوي بأن الطلاق في حالة الحيض طلاق للسنة وهو طلاق بدعي محرم (6) ويكون الطلاق البدعي ثلاث أقسام وهو ما خالف السنة من حيث الصيغة أو من حيث العدد أو من حيث الوقت.

- انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 531 / بلحاج العربي، في شرح ق ا ج، مرجع سابق، ص 244

1- وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ج7، ص 531.

2- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، (د-ط)، 1998، ص 124

3- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ج1، ص 116

4- عبد الرحمان الصابوني، المرجع نفسه، ص 117.

5- ابن قدامة، المغني و بليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي بيروت لبنان طبعة جديدة، 1972، ج 7، ص 88

6- يوسف القرضاوي، فتاوي معاصرة في شؤون المرأة والأسرة، مكتب رحاب، الجزائر، ط1، (د.ت)، ص 142

ويلحق بالطلاق في حالة الحيض ما يوقعه الزوج في حالة طهر جامعها فيه والطلاق بهذه الصفة يقع وذلك بأن يطلقها حائضا أو في طهر مسها فيه وهو آثم ويقع طلاقه في قول عامة أهل العلم<sup>(1)</sup>

والحكمة من تحريم التطليق في الحيض أو في طهر لامسها فيه فلأنه يلحق الضرر بالزوجة بإطالة فترة العدة بالنسبة لها لعدم حساب الحيضة التي طلقها فيها وإن طلقها في طهر جامعها فيه فربما حملت فتطول بذلك عدتها وهذا هو وجه التعسف بلا خلاف.<sup>(2)</sup>

### ج/ طلاق الثلاث بلفظ واحد:

وهو الآخر طلاق بدعي كونه خالف طلاق السنة من جهة العدد وأكد جمهور الفقهاء على وقوعه وبينونة الزوجة به ولا تحل حتى تنكح زوجا غيره وتنتهي عدتها منه بالموت أو الطلاق.<sup>(3)</sup>

والفقه المعاصر يذهب إلى اعتباره طلقة واحدة تيسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية ومراعاة لمصلحة الأولاد وخصوصا وأنه في هذا الوقت قل لدا الناس الورع والاحتياط مما يؤدي إلى تهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة عند الطلاق وهم غالبا ما يقصدون التهديد والزجر.<sup>(4)</sup>

ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلقات الثلاث ومناقضته لقصد الشارع في ذلك فإنها شرعت ليتدارك الرجل فرصة المراجعة وإتاحة الفرصة كذلك للندم<sup>(5)</sup>

### د/ طلاق السكران:

يفرق عامة الفقهاء بين السكران بطريق محظور وسكران بطريق غير محظور فمن سكر بطريق غير محظور<sup>(6)</sup> وطلق امرأته لا يقع طلاقه باتفاق العلماء<sup>(1)</sup>

1- ابن قدامه، مرجع سابق، ج7، ص102  
2- أحمد المومني، إسماعيل أمين نواهضه، مرجع سابق، ص 44  
3- ابن قدامه، مرجع سابق، ج8، ص 240  
4- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 413  
5- أحمد المومني، إسماعيل أمين نواهضه، مرجع سابق، ص 44  
6- السكر غير المحظور كمن تناول دواء فغير عقله أو تناول مسكر أنه مسكر فأسكره

أما السكر بطريق محذور بأن تناول المسكر مع علمه به وطلق امرأته اختلف في هذا الأمر الفقهاء فذهب جمهورهم من حنفية، مالكية شافعية وغيرهم بصحة طلاق من سكر بطريقة محذور<sup>(2)</sup> وذهب الظاهرية إلى أن طلاقه غير ملزم<sup>(3)</sup>.

وفيما يخص طلاق الهازل وهو الذي يتكلم من غير قصد لموجبه وإرادة لحقيقة معناه، بل وجه اللعب فإن طلاقه يقع عن عامة جمهور الفقهاء<sup>(4)</sup>

ويتجلى وجه التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخفاف الزوج بقضية عقد الزواج ومن مقصد الشارع منه.

ومن الجانب القانوني لم يبين المشرع في القانون الأسرة الجزائري متى يعتبر الطلاق تعسفياً كما لم ينص على أي من الحالات التي اعتبرها الفقهاء تعسفاً في الطلاق<sup>(5)</sup>. إلا فيما تعلق بالحكم بالتعويض عن تعسف الزوج في الطلاق وترك مهمة كشف هذا التعسف على عاتق مسؤولية القاضي إذ يخضع لسلطته التقديرية وذلك بحيث نص م 52 ق أ ج.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري بهذا قد ألحق بفعل التعسف جزاء وهو التعويض و هذا إقرار منه على أن هذا الفعل يستحق تعويض خلافاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء المسلمين في أصل نظرية التعسف إلى أنه لا يجوز تحميل صاحبه تبعة التعويض.

وذهب أبو حنيفة وجانب من الفقه القانوني إلى الدعوة بأن الطلاق من حقوق المطلقة الموضوعية بيد الرجل ومسايرة لما لجأ إليه جمهور الفقهاء المسلمين إلى جواز التعويض جراء التعسف في استعمال الحق من مالكية ومتأخري حنيفة وما بحث إليه جل التشريعات القانونية<sup>(6)</sup>.

## ثانياً: جزاء الطلاق التعسفي

- 
- 1- ابن قدامه، مرجع سابق، ج، 7، ص 114-115
  - 2- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج 2، ص 77-78
  - زكريا الأنصاري، الجمل على شرح المنهج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، م 4، ص 332
  - الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتهى الأخبار، مصطفى البابي الحلبي، بيروت، لبنان، ج 6، ص 267
  - 3- ابن حزم الظاهري، المحلى، دار إحياء التراث العربي، دار الأفق الجديدة، بيروت، لبنان، ج 10، ص 208
  - 4- ابن يتيمة، الفتاوى الكبرى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1978، ج 3، ص 144
  - 5- ذكر فقط المشرع ج - المريض مرض الموت في المادة 408 ق.م.ج.البيع في مرض الموت إذ غير القانون من بعض أحكام من يصاب به حماية للغير حسن النية من تصرفاته.
  - 6- سامية حباطي، مرجع سابق، ص 53

للقاضي في القانون الجزائري معاقبة من يسيء استعمال حق الطلاق بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من جراء الطلاق التعسفي الواقع بغير سبب معقول ويكون الحكم بالتعويض بنسبة التعسف ودرجته وهذا طبقاً للمادة 52 ق أ ج " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" .

هذا حكم جديد وعادل سنده من السياسة الشرعية والمبادئ الاجتماعية لأن فقهاء الإسلام حين قرروا أحكام الطلاق إنما قرروها لمن يستعمل حقه استعمالاً شرعياً لا يترتب عليه ضرر ظاهر بالمرأة والأولاد ، كما أن الشريعة الإسلامية تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفقر والحرمان بسبب تعنت الزوج وظلمه وتعسفه في استعمال حق الطلاق<sup>(1)</sup>

كما أنه يبقى فعل التعسف في فرقة الأزواج والتعويض عنه محل أخذ ورد في الفقه الإسلامي الحديث إذ لا يكتفي بتوافر معايير وأسس التعسف في الفعل حتى يترتب عنه التعويض، وإنما يشترط لهذا الأخير تحقق شروطه من أنه يكون ضرراً حادثاً بالفعل<sup>(2)</sup>

ويرى أحد فقهاء القانون بأن طلاق جائز والجواز ينافي الضمان وإن كانت هناك مسؤولية على الزوج في إساءة استعماله حق الطلاق فهي مسؤولية دينية لا تدخل سلطان القضاء ، كما أن جواز هذا الأمر بتعويض المطلقة على وجه التعسف سيلزم تبيين الأسباب التي دعت إليه لينظر فيها القاضي وهذا ليس في مصلحة الزوج قطعاً ولا من مصلحة أهلها ومن له صلة بها ومصلحة أولى من مصلحة السعي لكسب التعويض المادي.<sup>(3)</sup>

## المطلب الثاني:

### حل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة

إذا كان الأصل في الطلاق أنه بيد الرجل بناء على مبدئي العصمة والقوامة ، و المرأة إذا تزوجت فهي بنية العيش حياة الفضيلة المبنية على الود والرحمة و الطمأنينة فميثاق الزواج يشكل في أساسه عقدا قائما

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، مرجع سابق ، ص 237

2- سامية حباطي، مرجع سابق ، ص 55

3- سامية حباطي، المرجع نفسه، ص 55

على المعاشرة بالمعروف بين الزوجين و احترام الحقوق المتبادلة وهذا ما يمثل الغاية المقاصدية له ، وما كان لهذا العقد أن يدوم أو يبقى إذا ما انتفت هذه الغاية ، ولهذا كان للزوجة في التشريع الإسلامي أن تدفع عنها الضرر اللاحق بها من زوجها بلجوتها إلى القضاء من أجل حصولها على فك عرى الزوجية وبهذا يكون وقوع الضرر الذي تدعيه الزوجة مناط ذلك في حل الرابطة الزوجية، والذي يعد مكنة عادلة لإزالة ما نتج عن العلاقة الزوجية من ضرر سواء أكان هذا الضرر محدد السبب فقها و قانون كضرر عدم الإنفاق أو ضرر الغيبة أما غير المحدد السبب كالنقاش المستمر بين الزوجين ، بالإضافة إلى هذه المكنة لحل الرابطة الزوجية أعطيت صلاحية أخرى للمرأة في حل الرابطة وذلك عن طريق الخلع إذا ما أحست بالضرر غير المحتمل وأرادت أن تفتدي نفسها من زوجها على قدر معين من المال ذلك على شرط أن لا يكون الضرر الناتج للزوج يد فيه.

وفي هذا المطلب نحاول شرح هذين الطريقتين لحل الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة مع إبراز التعويض المقرر لهما في حالة إصابة أحد الطرفين بضرر وذلك ضمن فرعين، الفرع الأول خصصناه لحل الرابطة بإجراء التطلق والفرع الثاني لحل الرابطة عن طريق الخلع.

### الفرع الأول: حل الرابطة بطريقة التطلق.

سأتناول في هذا الفرع ماهية التطلق و الأسباب التي تخول للزوجة الحق في المطالبة بفك الرابطة الزوجية عن طريق القضاء (التطلق)، مع بيان حالته المقترنة بالتعويض.

#### أولاً: ماهية التطلق وأسبابه:

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة التطلق وإنما اكتفى فقط بذكر أسبابه وذلك من خلال نص بمادة 53 منه لكن يمكن تعريف التطلق على أنه طريق لفك الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة طالما أنها متضررة من الحياة الزوجية بمعنى آخر لجوء الزوجة للقضاء لفك الرابطة بإرادتها وذلك فيما إذا أثبتت سبب مشروعاً يجعل الحياة مستحيلة مع تضررها سواء مادياً أو معنوياً والأساس في ذلك تجنب الحرج والتماشي مع روح الإسلام السمحاء.<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup> - باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية، مرجع سابق، ص 30

ويتم التطلاق بحكم قضائي فيما إذا ثبت وقوع الضرر رغم معارضة الزوج والقاضي له صلاحية التفريق بينهما طبقا لقواعد العدالة والإنصاف<sup>(1)</sup> وله من الأدلة الشرعية في قوله تعالى "وإن يفرقا يغني الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما" النساء - 130.

هذا ورغم الاختلاف الفقهي بين فقهاء الشريعة حول الأسباب المبررة لطلب التطلاق، فإن ق ا ج حددها في المادة 53 منه وهي حالات للوهلة الأولى يفهم أنها محددة على سبيل الحصر، لكن المشرع يتراجع عن ذلك في فقرتها الأخيرة ليفتح المجال أمام الزوجة لطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا أي إتاحة الفرصة لها في حل رابطة الزواج متى أصبحت الحياة الزوجية صعبة الاستمرار.

وتنص المادة 53 ق ا ج على ما يلي:

" يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:

- 1- عدم الاتفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عامة باعتباره وفت الزواج مع مراعاة المواد 87.79.80 من هذا القانون.
- 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
- 3- الهجر فوق أربعة أشهر.
- 4- الحكم على الزواج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل مهما مواصلة العشرة والحياة 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.

---

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، مرجع سابق، ص 273

## 10- كل ضرر معتبر شرعا".

وعند تحليل هذه المادة يمكننا القول أن المشرع الجزائري يسعى إلى حماية المرأة بل أكثر من ذلك أعطاها المجال الواسع لتقدير حالة فك الرابطة الزوجية متى اقتنعت بضرورة ذلك.

إلا أن هذه المادة جاءت لتقرر حق المرأة مقابل حق الزوج في حل عقد الزواج بإرادته المنفردة ووجهت لها عدة انتقادات سواء في محتواها ككل أو بعض عناصرها فمن الانتقادات التي وجهت لهذه المادة بدون تفصيل لعناصرها كونها جاءت بمجالات وردت على سبيل الحصر مما اكتست طابع مقيد يؤثر على استخدام وسائل إثبات ويصعب على المرأة تقديم الدليل فيما تدعيه.<sup>(1)</sup>

وهذا ما يؤكد الاجتهاد القضائي في قرار للمحكمة العليا، إذ جاء في حيثياته ما يلي:

"من المقرر شرعا أن تطليق المرأة من زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها ومن غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعا يعد خرقا للقواعد الشرعية.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل فإن قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بتطليقها خرقتا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل"<sup>(2)</sup>

وفي اجتهاد آخر صادر عن المحكمة العليا وهو ما جاء فيه:

" من المقرر شرعا وقانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ مخالف للقواعد الشرعية والقانونية

لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية.

<sup>1</sup> - لو عيل محمد أمين، المركز القانوني للمرأة في ق.أ.ج، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، ط 2، 2006، ص 97.  
<sup>2</sup> - ملف رقم 43864 قرار مؤرخ في 1987/01/12، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 189-190.

ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار دون إحالة<sup>(1)</sup>

كذلك من بين الانتقادات في وجهت بخصوص الفقرة الأولى المتعلقة بدفع النفقة فإنه حسب الأستاذ بلحاج العربي المشرع الجزائري لم يميز بين حالة امتناع الزوج عن الانفاق مع قدرته وحالة امتناعه عن الانفاق مع عدم قدرته وإعساره، كما أنه لم يميز بين الزوجة الغنية والفقيرة في التفريق للإعسار ، ولم يحدد مقدار النفقة التي أعسر الزوج بها أو امتنع عنها كما أنه لم ينص على أي أجل ليتعين مرور بين تاريخ الحكم بوجود النفقة وتاريخ إقامة الدعوى أو طلب التطليق ومما ينعكس سلبا على المرأة الملتجئة للقضاء لطلب حمايتها.<sup>(2)</sup>

كذلك هناك انتقاد وجه للمادة 53 إذ أنه حسب رأي الأستاذة حفيظة فضلة أنه كان على الأجدر بالمشرع الجزائري أن يكتفي فقط بذكر الفقرة العاشرة "لكل ضرر معتبر شرعا "بدل من ذكر الأسباب على سبيل الحصر في الأول ثم التراجع عن ذلك وفتح المجال لسبيل المثال عل عكس ما يأخذ على هذه الفقرة أنها فتحت حماية واسعة للمرأة. فهذه الفقرة تشمل كل فعل أو تصرف يضر بالمرأة كالعنف الجسدي الذي يمكن أن تتعرض له بحجة التأديب.<sup>(3)</sup>

## ثانيا: التطليق المقترن بالتعويض:

قد يرتبط التطليق بالتعويض عن النتيجة الضرورية الحاصلة في أحوال كثيرة كالضرب المؤدي والمؤلم الذي يحدث عاهة أو بكسر عظاما أو بترك أثرا ويكون ذلك بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية مفهومه مسؤولية للمرء على كل ما يترتب عن فعله غير المأذون فيه شرعا على اعتبار أن الرضا بالشئ رضا بالتولد عنه وإطلاقا لمبدأ مسؤولية المرء عما ارتكبه<sup>(4)</sup>

وعلى الزوجة فيما إذا أرادت التعويض عن الضرر اللاحق بها المطالبة به في دعوى التطليق مع ضرورة إثباته وذلك بجميع طرق الإثبات وهذا ما كرسته المادة 53 ق.أ، ج " يجوز للقاضي في حالة حكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

1- ملف رقم 54721 قرار مؤرخ في 1989/01/02، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا للإحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د-ط)، 2004، ص 34.

2- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، مرجع سابق، ص 279.

3- حفيظة فضلة، مرجع سابق، ص 189

4- أحمد بولقصيات، افتراض النتيجة الضرورية في دعاوي التفريق القضائي، شهادة ماجستير، إشراف د/عبد الحفيظ طاشور، قسنطينة، 2007، ص 53.

وجاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

"من المستقر عليه أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا.

ومن الثابت في قضية الحال أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، أن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض<sup>(1)</sup>.

و من المفيد الإشارة إليه أنه وقبل التعديل الجديد لقانون الأسرة بالأمر 05-02 فإن المحكمة العليا قررت أنه في حالة الحكم بالتطليق لا تستحق المطلقة التعويض واعتبارها للتطليق في حد ذاته عبارة عن تعويض لها. إذ جاء في قرار لها:

"من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفيا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقتها فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، من تم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاء المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع ، فإنهم بقضائهم كما فهموا المادة 52ف - أ.ج فهما خاطئا.

متى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال"<sup>(2)</sup>

واستمد قضاء المحكمة العليا قرارهم السابق أعلاه على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من أن المتعة تقرر للزوجة التي طلقها زوجها و ليست هي من طلبت التطليق. و جاء في القرار ما يلي :

" من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المتعة شرعت شرعا للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليست للمرأة التي تختار فراق زوجها"<sup>(3)</sup> ، متجاهلين بذلك مبادئ المسؤولية التقصيرية التي تقضي بأن المرء

1 - ملف رقم 245159، قرار مؤرخ 06-20-2000/ الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص259.

<sup>2</sup> - رقم 53017 قرار مؤرخ في 989/03/27 ، عمر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 34-35.

<sup>3</sup> - ملف رقم 51614 قرار مؤرخ في 1988/11/21 ، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون ، دار العلوم ، الحجار ، عنابة ، 2001 ، ص 120.

مسؤول عن كل ضرر أرتكب بخطأ منه ومبدأ مسؤولية كل فرد من عمله الذي أرسته قواعد الشريعة الإسلامية بنصوص القرآن والسنة.

والسؤال الذي يمكن طرحه في مسألة التعويض باعتبار المشرع الجزائري لم يوضح لنا من خلال نصوصه متى يستحق أحد الطرفين المتضررين من الطلاق التعويض: فهل يستحق التعويض بعد ما يصبح الطلاق نهائياً و لا يمكن الرجوع فيه؟ أ و أي طلاق باننا بينونة كبرى مع انتهاء العدة؟ لأنه من غير المعقول أن يراجع زوجته ومع ذلك يبقى ملزماً بمنح التعويضات لها وبهذا كان لا بد من تحديد تاريخ استحقاق التعويض حتي يمكن للقاضي تحديده في منطوق حكمه. (1)

## الفرع الثاني : حل الرابطة بطريقة الخلع.

نحاول في هذا الفرع بيان مفهوم الخلع، و دليل مشروعيته من الكتاب والسنة، بالإضافة الى التعويض المقرر فيه ( بدل الخلع).

### أولاً: مفهوم الخلع

#### 1 - تعريفه:

يعرف الخلع لغة:بالفتح بأنه النزاع والإزالة فيقال خلع النعل ، والاسم (الخلع) بالضم هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس الآخر فإذا فعلا ذلك فكأن كل واحد نزع لباسه عنه .

وفي الدعاء "ونخلع ونهجر من يكفر ك" أي نبغض و نتبرأ " (2)

كذلك جاء في معناه لغة النزاع والإزالة الحسية فقط ثم شبه فراق الزوجين بإزالة الثوب والعلاقة أن كل منهما لباس الآخر، كما قال تعالى: "هن لباس لكم وانتم لباس لهن" البقرة - 187.

وعلى هذا يكون خلع الرجل لزوجته إذا أزال زوجيتها، ومخالعة المرأة زوجها إذا افتدت منه بمال وبذلت له ما لها ليطلقها فإذا فعل ذلك فهو الخلع (1).

1-عبد الفتاح تقيية ، قضايا الشؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات في ثالثة، الأبيار الجزائر، (د.ط)، 2011، ص63.

2-الفيومي، مرجع سابق، ص191.

ويعرف الخلع اصطلاحاً على حسب اتفاق الجمهور على أنه " طلاق على مال تقدمه الزوجة لزوجها مقابل تخليصها من عقدة الزواج التي بينهما".<sup>(2)</sup>

و يعرف كذلك على أنه طلاق على مال تقدمه الزوجة لزوجها مقابل تخليصها من عقد الزواج الذي بينهما أو بمعنى آخر هو طلاق على مال بلفظ الخلع أو ما في معنى الخلع كالمباراة مثلاً.<sup>(3)</sup>

أما من الناحية القانونية فلم يرد أي تعريف للخلع في قانون الأسرة الجزائري إذ نظم مسألة الخلع في مادة وحيدة وهي المادة 54 منه، رغم جوهرته في إنهاء العلاقة الزوجية و التي تنص على ما يلي : " 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."

ومن بين تعريفات الفقهاء القانونيين للخلع تعريف الأستاذ عبد العزيز سعد بقوله : " الخلع عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرع المصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر لرغبة الزوجة مقابل مال مقوم شرعاً تدفعه الزوجة فيتنفان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدده القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم".<sup>(4)</sup>

كذلك عرف الأستاذ بن شويخ الرشيد الخلع بأنه: " اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها".<sup>(5)</sup>

والمنوه بالذكر أن القضاء كذلك كان له جانب في تعريفه للخلع وذلك من خلال بعض قرارات المحكمة العليا إذ جاء في إحدى قراراتها : "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لهدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه..."<sup>(1)</sup>

<sup>1</sup>-ابن منظور، مرجع سابق، ص 881.

<sup>2</sup>- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، 1969، ج4، ص 391 وما بعدها.

<sup>3</sup>-محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 329.

<sup>4</sup>- عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 248.

<sup>5</sup>-بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل والمتمم، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008، ص 208.

## 2- أدلة مشروعيته:

وردت أحكام الخلع في الكتاب والسنة وانعقد الإجماع على ذلك.

- فمن الكتاب قوله تعالى: " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا إن يخافا أن لا يقيما حدود الله فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون " البقرة:229.

فالله عز وجل في هذه الآية ذكر بأن الطلاق مرتان وعقب كل مرة يحث علي الإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان، كذلك ذكر الله عز وجل أن أخذ الزوج للمال الذي أعطاها إياه محرم وأستثنى من هذا المال حالة واحدة حينما يخشى الزوجان عدم إقامة حدود الله فإنه يجوز للزوج حينئذ أن يأخذ منها مالا مقابل مخالعتها(2)

وقوله تعالى أيضا: " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً " النساء- 20

- من السنة النبوية عن ابن عباس قال جاءت امرأة ثابت بن قيس عن شماس أبي رسول الله (ص) فقالت: يا رسول الله إنني ما أعتب عليه فيخلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام: فقال رسول الله صلى اله عليه و سلم: أتردين عليه حديقته؟

قالت: نعم . فقال رسول الله (ص): اقبل الحديقة وطلقها تطليقه (3).

كما استندوا في جواز الخلع إلى الإجماع إذ جاء في نيل الأوطار " واجمع العلماء على مشروعيته (الخلع)... " (4)

## ثانيا: التعويض المقرر لحل الرابطة خلعاً.

1- ملف رقم 216239، قرار مؤرخ 1999/03/16 ، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص ، 2001 ص 138.

2- عبد الرحمان الصابوني ، مرجع سابق ، ج2، ص 497

3- البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب الخلع، ج3، ص 273.

4- الشوكاني، مرجع سابق ، ج5، ص 247.

إن الخلع وكما سبق بيانه هو إزالة ملك النكاح في مقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها ، فالعوض جزء أساسي في مفهوم الخلع و بدونه لا يتحقق فإذا قال الزوج لزوجته "خالعك" وسكت لم يكن ذلك خلعا وإن نوي الطلاق كان الطلاق رجعيا وإن لم ينوي شيئا لم يقع به شيء لأنه من ألفاظ الكناية التي تفتقر إلى النية.

إذن إن بدل الخلع هو العوض الذي تلتزم به الزوجة اتجاه زوجها في مقابل طلاقها والتخلص من الزوجية عندما تشتد كراهيتها له وهو في نفس الوقت بمثابة تعويض للزوج.

## 1-حكم أخذ الزوج لبذل الخلع.

اختلف الفقهاء في حكم أخذ الزوج بدل الخلع وذلك تبعا للحالة المؤدية للخلع وذلك في ثلاث اتجاهات هي:

- إذا كانت الكراهية من جانب الزوجة لزوجها الذي لم يحدث من إضرار أو إيذاء بزوجه ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يأخذ مالا مساويا لما أعطاه أو أكثر منه وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.(1)

وهذا لقوله تعالى: "لا يحل لكم أن تأخذوا ما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليكم فيما افترت به" البقرة- 229.

- إذا كانت الكراهية من جانب الزوج وحده رغم قيام الزوجة بواجباتها وعدم تقصيرها في حقه وذلك بالتضييق عليها في المعاملة أو معاشرتها بقسوة ليضطرها إلى دفع الفدية للتخلص منه وفي هذه الحالة يؤثم الزوج بأخذ المال قليلا منه أم كثيرا لقوله سبحانه تعالى: "ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة" النساء-19، وقوله سبحانه تعالى أيضا: "ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن" الطلاق - 6 وهذا على أغلب رأي الفقهاء.(2)

- إذا كانت الكراهية مشتركة بين الزوجين لإنعدام الألفة بينهما وخشية التقصير في القيام بحقوق الزوجية في هذه الحالة يجوز للزوجة أن تعطي الزوج مالا للتخلص من حياتها الزوجية في مقابل ذلك يجوز له أن يأخذ هذا المال في مقابل الخلع والأولى عدم أخذ ما زاد عن مهرها في هذه الحالة.(3) والأساس في ذلك قوله تعالى: "فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افترت به" البقرة-229

1-محمد السيد سامح، مرجع سابق، ص 163

2- محمد السيد سامح، المرجع نفسه، ص 172

3-محمد السيد سامح، مرجع سابق، ص 179.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه نص في المادة 54 ق أ ج على أن الخلع صلاحية للزوجة لحل الرابطة مقابل مبلغ مالي ويكون بناء على عرض الزوجة وقبول الطرف الآخر لرغبة الزوجة وعلى الزوجين أن يتفقا على مقدار الخلع في جلسة الحكم و إلا جاز للقاضي أن يحكم به على أن لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت صدور الحكم.<sup>(1)</sup>

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة : هل يجوز التنازل عن مبلغ الخلع ؟

فما دام المشروع نص على أنه يجوز للزوجين الاتفاق على مبلغ الخلع و بالتالي فإنه يجوز للزوج والزوجة الاتفاق على أن يكون مبلغ الخلع مبلغ رمزي ، أو أن يتنازل الزوج عن حقه في المقابل المالي ما دام أنه لم ينص على عدم جواز ذلك إذن التنازل عن المبلغ المالي يبقى مسموحا به.

## 2- ما يصح أن يكون بدلا للخلع

كل ما يصح أن يكون مهرا صح أن يكون بدلا ولا تقدير فيه ، فيصح أن يكون ديناً في ذمة الزوج أو منفعة تقوم بالمال كما يصح أن يكون الخلع على إرضاع الأم لولدها مدة معينة أو على حضائته للمدة المقررة دون أن تأخذ منه نفقة عليها أو أن تقوم بالإنفاق عليه مدة معينة وعليها الوفاء بذلك فإن امتنعت عن القيام بما التزمت أو عجزت عن الوفاء به كان لمن خالعه الرجوع عليها بما يقابل المدة الباقية<sup>(2)</sup> كما أن له حق الرجوع على الورثة لو ماتت قبل الوفاء بما التزمت به أثناء المدة المتفق عليها.

كذلك يشترط في البديل أن يكون حلالا فلا يصح الخلع على خمر أو مال مغصوب فإذا خالعه على ذلك من الأشياء وقع الطلاق بائنا و يبطل العوض.<sup>(3)</sup>

أما في ما يخص بدل الخلع فحسب المادة 54 ق.أ.ج فهو مالا هذا الأخير يجب أن يخضع للقواعد العامة في القانون المدني الذي يقضي بأنه يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلياً ومحققاً آن ذاك ، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون ممكناً ليس مستحيلاً في حد ذاته وإلا كان العقد باطلاً. كذلك من شروط محل الالتزام أن يكون معيناً بذاته أو بنوعه ومقداره على أن يكون مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً وهذا ما نصت عليه المواد من (92-96) ق م ج.

<sup>1</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق أ ج، مرجع سابق، ص 269.

<sup>2</sup>- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 545-546.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 490

وإذا ما توافرت الشروط السابقة الذكر يتعين على المحكمة أن تقضي بالخلع ولا يجوز للمحكمة أن تعلق حكمها على رد الزوجة مقدم الصداق.

وفيما ذكر سابقاً أن كل من تسبب بالضرر يلزم بالتعويض وفي حالة الخلع هذه يمكن طرح السؤال ما مدى جواز التعويض عن الحكم الصادر بالخلع دون مقتضى؟ بمعنى آخر ما مدى جواز إقامة الزوج دعوى تعويض عما سببه له الحكم الصادر بالخلع من أضرار مادية أو أدبية من عدمه؟ خاصة إذا كان الزوج لم يصدر منه و لا أي إضرار بالزوجة؟

أجاب البعض عن هذا على هذا التساؤل بالإيجاب وذلك بأنه يجوز للزوج الذي لم يرتكب خطأ من جانبه وأصابه ضرر من طلب زوجته التطليق بالخلع الحق في التعويض عما أصابه من أضرار مادية و أدبية بالغة مترتبة على الحكم بالخلع.<sup>(1)</sup>

أما البعض الآخر فخرج عن هذه الحالة وذلك بالقول بعدم استحقاق الزواج للتعويض عما أصابه من ضرر بالغ سواء كان مادي أو معنوي والأساس في ذلك أن الزوج أخذ مقدم الصداق وتنازل الزوجة عن باقي حقوقها المالية الشرعية بما يكفي.<sup>(2)</sup>

فلقد تعددت الآراء والانتقادات كل حسب رأيه إلا أنهم يخلصون إلى القول بأن مجرد الخلع ولجوء الزوجة له لا يكون سبباً موجباً للتعويض، أما إذا اقترن بالخلع أفعال ألحقت ضرراً بالزوج جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ...

## المبحث الثاني:

### أساس تعويض الضرر عن حل الرابطة الزوجية

إن فرض التعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي و التطليق والماس بالزوجة يستند إلى أساس تبرر إيجابه بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وهذه الأسس تكون نتيجة لنظرية فقهية أو اتجاه تشريعي معين.

من خلال نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " بالإضافة إلى المادة 53 مكرر و التي جاء فيها:

1- أحمد حسام النجار، مرجع سابق، ص 344

2- أحمد حسام النجار، المرجع نفسه، ص 345

" يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها " وهتين المادتين بصياغتها العامة تحملان بعض الغموض فقد كثرت التأويلات بشأنهما وحول أساسهما خاصة. والسؤال الذي يحتاج إلى الإجابة عنه بدقة ما هو مصدر التعويض عن الضرر؟ - هل هو المتعة التي شرعها الله سبحانه وتعالى أم هو التعويض الذي يستند لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون؟ سنحاول في هذا المبحث التطرق في المطلب الأول لأحكام المتعة. وفي المطلب الثاني نتطرق إلى نظرية التعسف في استعمال الحق مع محاولة إبراز أي النظريتين كانت أقرب للتعويض المنصوص عليه في ما سبق.

## المطلب الأول:

### نفقة المتعة

يرى الباحثون المعاصرون أن التعويض عن حل الرابطة الزوجية و بالأخص الطلاق التعسفي الذي تنص عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية بصفة عامة مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق وسأتناول مفهومها ومشروعيتها والحكمة من ذلك مع إبراز علاقتها بالتعويض القانوني عن الطلاق التعسفي.

#### الفرع الأول: مفهوم متعة المطلقة:

نحاول التطرق في هذا الفرع أولاً إلى المقصود من المتعة لغة واصطلاحاً ثم بيان مشروعيتها والحكمة منها.  
أولاً : تعريف المتعة:

#### 1- لغة:

المتعة مشتقة من متع أي متع النبيذ تمتع، متوعاً، استدتت جمرته. ونبيذاً متاع أي شديد الحمرة و متع الحبل: استد وحبل متاع: عبید الفتل

ومتع الرجل تمتع: جاد وظرف وقيل كل ما جاء فقد متع وهو ماتع والماتع من كل شيء البالغ من الجودة الغاية من بابه.

وقد ذكر الله تعالى المتاع والتمتع والاستمتاع والتمتع في مواضع من كتابه ومعانيها وإن اختلفت راجحة لأصل واحد. (1)

والمتعة بالضم والكسر اسم للتمتع كالماتع وهو ما ينتفع به كالطعام وأثاث البيت وأصل المتاع ما ينتفع به من الزاد وهو اسم من {متعته} بالتقبل إذا أعطته والجمع {أمتعة}، و {متعة الطلاق} من ذلك و {متعت المطلقة بكثير} إذا أعطتها إياه لأنها تنتفع به وتمتع به و [المتعة] اسم التمتع. و منه متعة الحج، متعة النكاح، متعة الطلاق. (2)

## 2- اصطلاحاً:

عرفها المالكية فقالوا بأنها ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفاً للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها ويعطيه المكلف على قدر حاله حسب يسره وعسره، أما الشافعية فقد عرفوها بأنها مال يجب على الزوج دفعه لإمرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط. (3)

كذلك يمكن تعريفها على أنها ما تمتع به الزوجة و تعطاء تعويضها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب إلي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض، ولذا قال الفقهاء المتعة الثياب التي تكسي بها المرأة عند الخروج حسب العرف وقد تكون المبيعة بقيمة ذلك أو ما يعادلها (1)

## ثانياً: مشروعية متعة الطلاق والحكمة منها

متعة الطلاق مشروعية بالكتاب والسنة ولذلك حكمة كبيرة أرسلها الله عز وجل وراء ذلك وهذا ما فصله فيما يلي مبتدئين: بالمشروعية ثم بيان مجال الحكمة من ذلك.

## 1- مشروعيتها:

1- الفيومي، مرجع سابق، ص 226.

2- ابن منظور، مرجع سابق. م 3. ص 432.

3- جميل فخري محمد جانم، متعة التعويض و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 64

1- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 158

لقد دلت آيات كثيرة على مشروعية نفقة المتعة نذكر منها:

- قوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين" البقرة: 236  
ووجه الدلالة من هذه الآية أنها تضمنت الأمر "ومتعهن" والأمر دلالة على الوجوب وبحرف  
"على" بقوله تعالى "وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره" وهذه الأحرف من أحرف الإلزام والإثبات التي  
تفيد الوجوب<sup>(2)</sup>.

كذلك نفس الأمر بالنسبة لقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن  
تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا" الأحزاب -49.

أما من السنة النبوية نذكر:

عن عباس بن سهل عن أبيه وأبي أسيد قالا: " تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أميمة

بنت شراحيل فلما أدخلت عليه بسط يده إليها فكأنما كرهت ذلك فأمرها أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين  
رازقين".<sup>(1)</sup>

كذلك حديث عن أبي أسيد رضي الله عنه قال: خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط  
يقال له الشوط، حتى انتهينا إلى حائطين جلسنا بينهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " اجلسوا هاهنا،  
ودخل وقد أوتي بالجونية، فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل، ومعها دايتها  
حاضنة لها. فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال: "هبي نفسك لي"، قالت: وهل تهب الملكة  
نفسها للسوقة؟ قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن، فقالت: أعوذ بالله منك. فقال: " قد عدت بمعاذ "  
ثم خرج علينا فقال: يا أبا أسيد اكسها رازقين وأحلقها بأهلها"<sup>(2)</sup>

<sup>2</sup>- القرطبي، مرجع سابق، ج3، ص 208

<sup>1</sup>- البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب من طلق، ج9، ص 356.  
<sup>2</sup>- البخاري، المرجع نفسه، كتاب الطلاق، باب من طلق، ج9، ص 356.

## 2- الحكمة من مشروعيتها:

\_ إن الله سبحانه وتعالى اشترط في عقد الزواج أن يكون عل نية التأييد لا التأقبت ودعا كلا الزوجين للمحافظة على هذا الميثاق الغليظ وحرص على بقاء الحياة الزوجية بينهما ما دام على قيد الحياة لذلك شرع الله سبحانه وتعالى المتعة لتكون رادعا وزاجرا لمن يرتدع بالإيمان والتقوى والخوف من عقاب الله فتجعله يفكر كثيرا قبل أن يقدم على الطلاق فلا يوقعه إلا بعد ترو وأناة و استنفاد وسائل الإصلاح الممكنة ، لذلك فإن المتعة تعتبر تدبيراً شرعياً للحد من الطلاق خاصة إذا أضيفت إلى التبعات المالية الأخرى من مهر ونفقة فإنها تكون أدعى الى التروي والتفكير وبالتالي عدم إيقاع الطلاق<sup>(3)</sup>

\_ قد تمر المرأة بحالة صعبة بعد الطلاق حيث كانت تعتمد على النفقة قبل الطلاق على الزوج وقد أصبحت في حالة تحتاج فيها إلى المال لتسد حاجياتها خاصة عند عدم وجود المعيل ، لذلك كانت المتعة مساعدة لها من الناحية المالية أكثر ، ويقول في ذلك محمد الزحيلي:

" إن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق والتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية<sup>(4)</sup>

\_ حرصاً على تماسك الأسرة و التي هي اللبنة الأولى في بناء الأسرة ووحدته و الوحدة أمر نذب إليه الشرع لذلك جعل الله سبحانه وتعالى أن يكون التفريق بإحسان لقوله تعالى : "فإمسك بمعروف أو تسريح بإحسان..." البقرة - 229.

و لتحقيق ذلك جعل للزوج إعطاء متعة للزوجة و بين أنها علاقة التقوى و أنها صفة من صفات المحسنين لذلك تعتبر المتعة دفعا لما يمكن أن يحوم حول الزوجة المطلقة من ريبة في أسباب طلاقها لعذر يختص به لا من قبلها كل هذا لأن الله سبحانه وتعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر المستطاع و بهذا جعل المتعة كالدواء للجرح<sup>(1)</sup>.

## 3- حكم المتعة:

<sup>3</sup>- جميل فجري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 73

<sup>4</sup>- محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 87.

<sup>1</sup>- أحمد محمد المومني، إسماعيل أمين نواهضة ، مرجع سابق، ص 63

كان الفقه الإسلامي السابق إلى بيان حكم متعة الطلاق لكن كان هناك اختلاف بين الفقهاء بين الاستحباب و الوجوب كل على حسب ذي حالة، و في ذلك أدلة معتمدة لبناء موقفهم على عكس من ذلك لم ينص ق ا ج على المتعة و إنما ورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي و هو ما دفع بعض الشراح للاعتبار التعويض من قبيل المتعة و أنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي.(2)

و قد ذهبت المحكمة العليا في هذا الخصوص بأنه لما كانت الشريعة الإسلامية تفرض للزوجة المطلقة متعة تعطى لها لتخفيف الضرر الماس بها و تعتبر المتعة في حد ذاتها تعويضا، و بهذا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.(3)

أما في ما يخص مقدار المتعة فالمتفق عليه أنه مبلغ من المال يعطى للزوجة و يخضع في ذلك للسلطة التقديرية للقاضي (1) على عكس من ذلك فإن التشريعات العربية قد أوردت تقدير للمتعة و ضمنته في قوانينها الوضعية للأحوال الشخصية.(2)

---

<sup>2</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق ا ج، مرجع سابق، ص 233.  
<sup>3</sup>ملف رقم 35912، قرار مؤرخ بتاريخ 1985/04/08، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 116.

<sup>1</sup>- ملف رقم 75029، قرار بتاريخ، 1991/06/18، نبيل صقر، قمر اوعزا لدين، قانون الأسرة نسا و فقها، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، (د، ط)، 2008، ص 71.

<sup>2</sup>-نذكر من بين هذه القوانين:  
- القانون السوري نص في مادته 62 على أن المتعة هي الكسوة مثل المرأة عند الخروج من بيتها و يعتبر فيها حال الزوج على ان لا يزيد عن نصف مهر المثل .  
- القانون المصري للأحوال الشخصية نص في مادته 18 مكرر " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها و لا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها تقدر بنفقة سنتين على الأقل و يجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط"  
- قانون الأحوال الشخصية الأردني نص في مادته 55 " المتعة تعين حسب العرف و العادة بحسب حال الزوج على إلا لا تزيد عن نصف مهر المثل"  
- أم قانون الأحوال الشخصية السوداني فنص في مادته 29 على أن المطلقة قبل الدخول تستحق نصف المهر إن كان مسمى و إلا فتستحق متعة لا تزيد على نصف مثلها على عكس المطلقة بعد الدخول تستحق المتعة سوى نفقة العدة حسب يسر المطلق لما لا يتجاوز 6 أشهر

## الفرع الثاني: العلاقة بين نفقة المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي.

يرى كثيرا من الباحثين المعاصرين أن نفقة المتعة فيالشرعية الإسلامية تقابل نظام التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي و لعل ما يؤيدهم في ذلك هو الاتجاه التشريعي لقوانين الأحوال الشخصية العربية واجتهادات محاكم النقض في مجال الطلاق التعسفي ومن هؤلاء الباحثين و هبة الزحيلي<sup>(1)</sup> و الدكتور الصابوني عبد الرحمان<sup>(2)</sup> هذا الأخير اعتبر أن المتعة طبقا للمادة 117 من القانون السوري هو ما ورد من إيجاب لها على اعتبار أن التعويض مستمد من مبدأ السياسة الشرعية العادلة المانعة لظلم المرأة و تعريضها للفقر بسبب تعنت الزوج.

---

انظر :- أنور العمروسي، موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي، (د،ط) 2005، ج3، ص 381-383 / احمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، (د، ط) ، 1997، ص 218 و ما بعدها / جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق، مرجع سابق، ص 131 وما بعدها.

<sup>1</sup>-وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 320.

<sup>2</sup>-عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ج1، ص 116

أما الدكتور بلحاج فقد اعتبر كذلك أن المتعة تعويض عن الطلاق التعسفي مستدلا بما ورد في الفقه الإسلامي بالإضافة إلى تأكيده على أن ما جاء في المادة 60 من قانون الأحوال الشخصية المغربية يتفق مع ما ذهب إليه الفقه المالكي من أن المتعة مندوب إليها ولا يجبر المطلق عليها.<sup>(3)</sup>

وبالنسبة للقانون الجزائري لم يذكر المتعة واكتفى بالنص على التعويض، وهذا كما سبق بيانه و لكن يمكن الإشارة إلى أن القضاء الجزائري قبل الاستقلال كان يفرض للمطلقة تعويض تحت اسم المتعة و يؤسس قراره في ذلك على ما ورد من أحكام في الشريعة الإسلامية في إطار المتعة<sup>(4)</sup>.

من خلال ما سبق بيانه نجد أن هناك رابطا واضحا بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي إذ أن كلاهما يكونان بعد الطلاق الذي لا رجعة فيه ، بالإضافة الى أن كل منهما لم ينص المشرع أو القانون على تقديره بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي و له معايير و أسس في ذلك و سوف يأتي بيانها لاحقا. فضلا عن ذلك كل من المتعة و التعويض يوجبان على الزوج لزوجته المطلقة جبرا لخاطرها و تعويضها لها عما يلحق بها من أضرار ، بالإضافة إلى أنهما لا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى كالمهر والنفقة.<sup>(5)</sup>

لكن يتجاوز الأمر أن تكون هناك بعض الفروقات تتمثل أساسا في أن المتعة موجبة بنصوص شرعية صريحة على عكس التعويض فهو أمر اجتهادي ، كذلك المتعة تجب بمجرد الطلاق بينما التعويض لا يكون إلا إذا كان الطلاق تعسفيا.

ومن الآراء كذلك التي تميز المتعة عن التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي رأي الأستاذ بن داوود عبد القادر إذ استشهد باجتهاد المحكمة العليا الذي يعتبر المتعة تعويض في حد ذاته.<sup>(1)</sup>

و يقول في ذلك الشأن بأن التعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمر استحدثه المشرع الجزائري إنه حكما مدنيا مقتبسا من حكم المادة 124 من القانون المدني من القانون المدني المعدل و المتمم بل هو موجود في الشريعة الإسلامية و تاريخ القضاء الإسلامي ، و يحكم به القضاء في الجزائر مع بعض الخلل في التطبيق و

<sup>3</sup>- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق أ ج ، مرجع سابق ، ص 233

<sup>4</sup>- بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 261.

<sup>5</sup>جميل فخري ، محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي ، مرجع سابق ، ص 354 وما بعدها

<sup>1</sup>ملف رقم 35912، قرار بتاريخ 1985/04/08. سبق ذكره

مرجع ذلك هو إغفال الاجتهاد القضائي للأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية في حل المنازعات أمام القضاء مثل ضوابط الاعتبار الشرعي و حكم التقليد و التفليق (2)

يضيف كذلك الأستاذ بن داود: " رغم التناقضات الموجودة بين القول بأن المتعة و التعويض شيء واحد و القول بأن التعويض يختلف عن المتعة فإن الصحيح هو أن المتعة تختلف عن التعويض ذلك أن المتعة تستحق للزوجة شرعا دائما حسب وسع الزوج أما التعويض فمصدره القانون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق". (3)

## المطلب الثاني:

### نظرية التعسف في استعمال الحق

يثار التساؤل حول استيعاب نظرية التعسف في استعمال الحق لبعض جوانب الطلاق التطبيقية خاصة و أن هذه النظرية تتجلى تطبيقاتها في تشريع الأسرة و من ذلك التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة و كذا استعمال حق التأديب الشرعي بالضرب عند النشوز و في توريث المطلقة في مرض الموت، وغيرها من المسائل التي تتجلى فيها بعمق قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق

و قبل تبيان ارتباط التعويض بالطلاق التعسفي المقرر في قانون الأسرة نحاول إعطاء فكرة موجزة حول هذه النظرية.

<sup>2</sup>عبد القادر بن داود ، الأثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في ق ا ج، مجلة المعيار، قسنطينة، 2004، عدد 9، ص255.

<sup>3</sup> - عبد القادر بن داود، المرجع نفسه، ص256.

## الفرع الأول: مدخل لنظرية التعسف في استعمال الحق:

نحاول في هذا المدخل التعريف بنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون و الفقه الإسلامي و مستندهما فيها مع إبراز المعايير المعتمدة في التعويض.

### أولاً: نظرية التعسف في الفقه والقانون.

لقد كانت الشريعة الإسلامية السبابة إلى وضع نظرية التعسف في استعمال الحق ففي بادئ الأمر كان فقهاء الشريعة يرون أن الجواز الشرعي ينافي الضمان ، أي أنه لا يعتبر العمل غير مشروع إذا كان استعمالاً لحق يجيز الشرع، و نجد أن هذه النظرية استوت أصولها في التشريع الإسلامي منذ القديم و في فقهه أيضاً تفسيراً و تطبيقاً في شتى مذاهبه الجماعية و الفردية على السواء فوضعت بذلك معايير و أسس تأصيلاً و تفرعاً وضبطاً.<sup>(1)</sup>

ولهذه النظرية أدلة منها قوله تعالى: "...لا تضار والدة بولدها ولا مولودة له بولده..." البقرة 233 و التعسف في هذه الحالة يؤدي إلى ضرر معنوي و الآية هنا تمنع الأم من التعسف استعمال حق الرضاع فواجب عليها إرضاعه مجاناً دون أن تطلب مقابل لذلك كما أنه تفسيراً لهذه الآية هناك

وجوب حماية كل من الأب و الأم من أن يضر أحدهما بالآخر بسبب الولد باستعمال ما منح لهما من حقوق.<sup>(1)</sup>

كذلك نجد أن أصل هذه النظرية في النظر في المآلات و فيها يلتزم المجتهد بالنظر إلى هذه المآلات و النتائج و يمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء ما جرى على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام.<sup>(2)</sup>

ويتفرع من هذا الأصل كذلك قواعد تتمثل في قاعدة سد الذرائع والإستحسان و قاعدة الحيل<sup>(3)</sup> هذه القواعد تؤيد أصل النظر في مآلات الأفعال و هي بذلك تقوم بدور عظيم في حفظ مقاصد الشارع و يمنع وقوع ما

1- بن زينة عبد الهادي ، مرجع سابق، ص 162.

<sup>1</sup> - القرطبي، مرجع سابق، ج3 ص 165.

<sup>2</sup> - الشاطبي، موافقات، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ج 4، ص 194

<sup>3</sup> - جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 64-65.

يخالفها إلا أن قاعدة سدّ الذرائع أهم هذه القواعد لأن أحكامها تطبق على الأفعال المباحة التي تؤدي إلى المال الممنوع سواء كان ذلك بقصد من المكلف أو بغير قصد منه<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي فكان لها الوجود منذ القانون الروماني وقيد استعماله بما يحافظ على الأخلاق و يحقق العدالة ومن ذلك ما قرره الفقيه ايلبيان (Ulpian) أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق التابعة في غير بحاره لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط جاره<sup>(5)</sup>.

وانتقلت هذه النظرية إلى القانون الفرنسي بعد إحياء دراسات القانون الروماني إذ ذهب دوما (DOMAT) إلى أن الشخص يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة في استعماله<sup>(6)</sup>.

كذلك أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف في استعمال الحق وجعلتها صورة من صور الخطأ التصريحي ولقد تبناها في المادة 124 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم والتي تنص "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

وهذا هو المكان الأنسب ليه خلافاً لما كان عليه قبل التعديل.

والمشرع الجزائري لم يشأ أن يوسع في هاته النظرية كما توسع فيها الفقهاء المسلمون ولا أن يضيقها كما حصرتها النظرية التقليدية بل كان موقفه وسط بين الاثنين بالإضافة إلى أن صياغة هذه المادة جاءت عامة تتسع لكل الحقوق وتضمن جميع نواحي القانون<sup>(1)</sup>.

ولقد وردت نصوص تشريعية وتطبيقات قضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري فمن التطبيقات التشريعية نذكر منها:

<sup>4</sup>-- بن زيطة عبد الهادي ، مرجع سابق، ص 165

<sup>5</sup>- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 2008، ص 211.

<sup>6</sup>- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 949.

<sup>1</sup>- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 223-224.

- المادة 343 قانون مدني جزائري والتي تنص في مجملها على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجها اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي أن يمنح توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها والجزاء على التعسف في هذا المثال هو منع الضرر قبل وقوعه<sup>(1)</sup>.
- كذلك بخصوص المادة 73 من العمل<sup>(2)</sup> التي تلحق البطالان بالتسريح التعسفي للعامل والذي يقع من غير مراعاة ميعاد الإخطار ويترتب عليه إعادة العامل لمنصبه بأمر قضائي مع ثبوت حقه في التعويض<sup>(3)</sup>.
- المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها انه يجوز للطرفين الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة وفي حالة ما اذا ترتب عن هذا العدول ضرر سواء مادي أو معنوي يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض.
- و بالنسبة للقضاء الجزائري فكان لنظرية التعسف في استعمال الحق نصيب من خلال قرارات المحكمة العليا ومثال ذلكإساءة استعمال حق الدعوى بنية الإضرار بالغير أو عرقلة سير تنفيذ الحكم سابقا ، و في هذه الحالة يكون مخطئا خطأ تقصيريا مما يستوجب التعويض<sup>(4)</sup>.

### ثانيا: معايير نظرية التعسف في استعمال الحق

لقد وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط استعمال الحق وتسري على جميع الحقوق، وتقيد استعمال صاحب الحق عند استعماله لحقه وذلك حتى يكون ذلك استعمال منطبقا مع المقصد الشرعي الذي أقام عليه الشارع قاعدة المصالح وتعرف المعايير بأنها الضوابط التي يعرف بواسطتها توفر الوصف التعسفي عند استعمال الحق والتي تفصح بمجموعها عن حقيقة النظرية<sup>(5)</sup>، ولهذه المعايير أهمية في ضبط و تحديد ماهية التصرف وتساعد على ترتيب الجزاء المناسب بالإضافة إلى ذلك فهي المعول عليه قضاء في إثبات الحكم في الواقع ذات الظروف والملايسات المتشابهة مما يؤدي إلى استقرار القضاء.

هناك نوعين من المعايير: معايير ذاتية ومعايير موضوعية وسيتم دراستهما كما يلي:

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 119.  
2- القانون (91-29) المؤرخ في: 1991/12/21 المعدل والمتمم للقانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية رقم 68 ، مؤرخة في 1991 / 12 / 25.  
4- بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 167.  
5- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 123.  
5- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق، ص 123.

## 1- المعايير الذاتية أو الموضوعية

ويقصد بهذه المعايير النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه بقصد إضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة<sup>(1)</sup> وتنقسم هذه المعايير إلى:

- **معيار قصد الإضرار:** ويقصد به توجه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار أو يكون الإضرار غاية راجحة قياساً بنية نفع النفس التافهة والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى مما يدل أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها<sup>(2)</sup>.

كما هو الشأن في قضية في الطلاق قصد الإضرار بالزوجة و جاء في قوله تعالى:

" وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضارراً لتعتدوا" البقرة /231،

فالآية تدل صراحة على إباحة استعمال حق الرجعة بقصد إعادة بناء الحياة الزوجية الكريمة لكن إذا ما استعمل حق الرجعة بقصد الإضرار بالزوجة فهنا محرم ذلك ويقول ابن تيمية في ذلك: (فإن ذلك نص في أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الإصلاح دون الإضرار"<sup>(3)</sup>).

ولتحقيق هذا المعيار لا بد من توافر شرطين أساسيين هما:

- إن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمداً.

- أن يتحتمض قصده لذلك بحيث لا يصحبه قصد شيء آخر كالتقصدي إلى تحقيق منفعة ولو كانت ضئيلة.

1- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص74.

2- جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 75.

3- ابن تيمية، مرجع سابق، ص 142.

ولما كان الكشف عن الأضرار والقصد منه له من الصعوبة بما كان ،لذا وجب الاستعانة بالأمر المادية الظاهرة للكشف عن نية صاحب الحق<sup>(1)</sup>.

## - معيار المصلحة غير المشروعــــــــــــــــة

ويقصد به استعمال الحق على الوجه غير المشروع بأن يكون الباعث من استعمال الحق مناقضا لقصد الشارع من تشريع الحق ويتحقق في استعمال الحق من غير المصلحة التي شرع من أجلها ويقول في ذلك الشاطبي: " قصد الشارع أن يكون قصده في العمل موافقا لقصده في التشريع والدليل على ذلك أن الشريعة موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والدوام من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله ولا يقصد خلاف ما قصد الشارع<sup>(2)</sup>.

ويقول أيضا " كل من ابتغى من تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد نقض قصد الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل<sup>(3)</sup>.

ومثال ذلك سلطة الزوج على زوجته في ولاية تأديبها عند استعماله حق التأديب في حالة النشوز كما هو محدد لدى الشارع فإذا ما تجاوز حدود التأديب كان فعله تعسفا غير مشروع وذلك لانحرافه عن الغاية التي شرع من أجله<sup>(4)</sup>.

## 2- المعايير الموضوعية أو الماديةــــــــــــــــة

ويقصد بهذه المعايير عدم التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة ووسيلته في ذلك الموازنة<sup>(5)</sup>، وينطوي هذا المعيار على تطبيقات نذكر منها:

✓ معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير وذلك بان تكون المصلحة الرامي إلى تحقيقها قليلة الأهمية أو تؤدي إلي ضرر فاحش يلحق بالغير ولهذا يكون التفاوت كبيرا وظاهرا مما يؤدي

1- جميل فقري، محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 77.

3- الشاطبي، مرجع سابق، ج2، ص 331.

3- الشاطبي، المرجع نفسه، ص 333

4- جميل فقري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 82.

5- جميل فقري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطاق التعسفي، مرجع سابق، ص 87

لنا إلى القول بان الاستعمال من أصله غير مشروع لأن ميزان العدالة لا يستقيم معها بالمقارنة مع المصلحة التفاهة المرجوة وما يلحق الغير من ضرر بين<sup>(1)</sup>.

كذلك إذا كان التعارض بين مصالح الأفراد شاسعا حيث يستحيل معه التوفيق هنا ولا بد من ترجيح المصلحة على المفسدة وهذا الضابط المعهود في الشرع ومن ثم يكون علة في تحقيق التعسف أو مناقضة الشارع لذلك يمنع منه سد الذرائع طبقا للقاعدة المشهورة " لا ضرر ولا ضرار"<sup>(2)</sup>.

✓ معيار الضرر الفاحش : إذ أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تقيد الحق وهو يرمي إلى أعراض غير مشروعة فحسب بل تقيد حتى وهو يرمي إلى مصلحة مشروعة في حد ذاتها إذا كانت هذه الأخيرة على قدر من التفاهة والضآلة بحيث لا تناسب مطلقا مع ما ينتج عنها من أضرار فاحشة بالغير<sup>(3)</sup> والضرر الفاحش يكون ماديا كما قد يكون معنويا فالأول يكون بتعطيل منافع الأملاك تعطيل ماديا يصعب معه الاستفادة من الملك أما الضرر المعنوي فيكون بإيذاء الجار وتعطيل منافع الملك المألوفة من تصرف الإنسان بحرية في ملكه<sup>(4)</sup>.

و معيار التعسف في القانون الجزائري لا يخرج عن المعيار المتخذ في الخطأ التقصيري كونه صورة من صورته ويكون التعسف في الحالات التي ذكرت سابقا في المادة 124 مكرر قانون مدني جزائري.

والملاحظ على الصورة الأولى: قصد الإضرار بالغير ماهي إلا المعيار الذاتي الذي استقر عليه الفقه والقضاء غير أنه يقاس بالمعيار للخطأ أي المعيار الموضوعي لأنه لا يكفي قصد صاحب الحق في استعمال حقه الإضرار بالغير بل لا بد أن يكون في الإستعمال منحرفا عن السلوك المألوف للرجل العادي إذ لا يعتبر تعسفا من أضر بالغير قصد تحقيق مصلحة مشروعة تفوق كثيرا الضرر الذي يلحق الغير من استعمال حقه

---

1- سامية حباطي، مرجع سابق، ص 42.  
2- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج4، ص 33.  
3- سامية حباطي، مرجع سابق، ص 42.  
4- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص 97.

لأنه لم ينحرف عن السلوك المعتاد على عكس من ذلك يعتبر تعسفا إذا قصد الإضرار بالغير حتى لو كان القصد مصحوبا بنية جلب منفعة كعامل ثانوي<sup>(1)</sup>.

بينما الصورة الثانية: تفاوت الضرر على المصلحة المرجوة تفاوت كبير، فتندرج ضمن المعيار الموضوعي لأنه محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ ألا و هو معيار السلوك المؤلف للرجل العادي فإذا كانت المصالح التي يرمي إليها الشخص لتحقيقها قليلة الأهمية أي لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها فهنا يكون وجه التعسف وبهذا يكون قد انحرف عن سلوك المعتاد للرجل العادي مما يستوجب مسؤوليته<sup>(2)</sup>.

ونفس الشيء بالنسبة للصورة الثالثة، الحصول على مصلحة غير مشروعة فالمعيار في هذه الحالة موضوعي بالرغم من أن الوصول إليه بعامل ذاتيا هو نية صاحب الحق<sup>(3)</sup>.

#### الفرع الثاني: التعسف ومعاييره في استعمال حق الطلاق.

الأصل في الطلاق الإباحة أي انه منح للزوج شرعا وقانونا فمن حقه أن يمارسه ولكن ممارسته ليست ممارسة مطلقة وهذا انطلاقا من الرأي القائل بأن الزوج مقيد في استعمال حقه في إيقاع الطلاق على عكس من ذلك يرى البعض الآخر أن حق الطلاق يعد من الحقوق المطلقة التي لا تشملها نظرية التعسف وبالتالي للزوج أن يطلق زوجته بمجرد الرغبة في الخلاص منها<sup>(4)</sup>.

#### والسؤال الذي سي طرح نفسه أي الرأيين أخذ المشرع الجزائري هل اعتبر حق الطلاق مطلق أم مقيد؟.

لقد حسم المشرع الخلاف في هذه الجزئية وأراح القضاء من ترجيح أحد الرأيين ليصدر أحكامه بناء على ما رجح وهذا ما تضمنته المادة 52 من قانون الأسرة وبناء على ذلك فان الزوج الذي يطلق زوجته ويتمادى في استعمال ذلك الحق مما ينتج عنه أضرار يوجب عليه التعويض ضمن إطار الطلاق التعسفي الذي لا يستند إلى مبرر شرعي إذفأساس التعويض عن الطلاق في هذه الحالة هو التعسف في استعمال الحق.

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 56.

2- عبد الرازي السنهوري، مرجع سابق، ص 957-958.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 957.

4- فروي الصادق، طرق الطلاق في قانون الاسرة الجزائري، رسالة دكتورا دولة، الجزائر، 1995، ص 157

ولما كان الطلاق حق شرعياً للزوج فهو انفرادي ونظراً لما يترتب على سوء استعماله من أضرار قيده الشارع للمحافظة على حق الجماعة وحتى لا يضر الرجل بزوجه وأولاده فكان المناسب في معالجة آثاره هو قواعد التعسف في استعمال الحق وليس قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(1)</sup>.

ولقد بينت المادة 124 مكرر السابقة المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للخطأ وهي حالات عامة وباعتبار الدراسة تدور في فلك الطلاق وبناء على معايير التعسف يمكن القول بأنه على الرجل الراشد أن لا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة، يعني ذلك أن لا يلحق أضراراً بالزوجة ويجب أن يكون هناك تناسب بين المصلحة التي يرجوها من طلاقه وإلا عد متعسفاً إضافةً لأنه على الزوج أن لا يطلق زوجته ابتغاء مصلحة غير مشروعة تخالف حكماً أو مقصداً شرعياً ومثاله الطلاق في مرض الموت.

وكخلاصة يمكن القول أن التعسف يتوافر إذا جاوز الرجل النية الحسنة والقصد المخصوص للاستئثار بالطلاق<sup>(2)</sup>، كما أن أساس التعويض المفروض على الطلاق بهذا التعسف يقوم على عنصرين هامين:

#### - وجود التعسف في الطلاق.

- **إحاق الضرر بالمطلقة** سواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي والرجوع إلى المادة 52 قانون الأسرة فإن حكم التعويض المنصوص عليه مستمد أساسه من نظرية التعسف في استعمال حق الطلاق وليس المتعة كما ذهب إليها العديد من الباحثين.

ويقول في هذا الصدد الشيخ شمس الدين بأن قانون الأسرة المعدل والمتمم اقترح بديل لا يهدف إلى القضاء على التعسف، وإنما نقله من موقع إلى موقع أخرى من يد الرجل إلى يد المرأة فيها إذا تعسفت

هي الأخرى في استعمال حق الطلاق وهو أمر متوقفاً جداً<sup>(3)</sup>.

#### و على هذا الأخير نطرح سؤال ما مدى مسؤوليته المختلعة عن إساءة استعمال حقها في الخلع؟

كما ذكرنا سابقاً أن الخلع هو حق للمرأة مرجعه إرادتها المنفردة يقابل حق الرجل في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة أيضاً وليس للقاضي في هذه الحالة الخيار في إيقاعها إذا ما استوفت دعواها شرائطه.

<sup>1</sup> - بن ربيعة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 169.

<sup>2</sup> - بن ربيعة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 171.

<sup>3</sup> - شمس الدين، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار هومة، ط1، 2003، ص 143.

وفيما سبق ذكرنا كذلك بان الرجل يمكن له أن يتعسف في استعماله لحق الطلاق وذلك وفقا لمسؤوليته في استعمال حقه أو التعسف في ذلك. وإذا ما وقع منه هذا الأخير فعليه بتعويض زوجته عن الأضرار التي لحقت بها وهنا يمكن طرح السؤال العكسي :

**في حالة المخالعة: أليس من المتصور أن تتعسف الزوجة في استعمال حق الطلاق وإذا ما توافرت عناصر هذا التعسف ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل الزوج بتعويضه عن الأضرار المعنوية والمادية التي أصابته؟**

بالنسبة للشق الأول من السؤال فغاية ذلك انه من الطبيعي والمنطقي أن المرأة شأنها شأن غيرها يمكن أن تتعسف في استعمال حق الطلاق ( الخلع) كما لو كان الزوج رجلا قويا ناجحا صالحا قائم بواجباته الزوجية والأسرية على الوجه الأكمل ثم تعمد الزوجة إلى استعمال حقها في الخلع فتوقعه رغم تمسكه بها وحبها لها وامتناله للصلح معها رغم تعنتها لأسباب ودوافع ذاتية لا ترجح إليه، إذن أنه تعتبر في هذه الحالة الزوجة قد أساءت في استعمال حقها المقرر وانحرفت على عن غايته المرجوة، ومن ثم ألا يرتب ذلك مسؤوليتها قبل زوجها؟ وبالنظر إلى الشرع والمنطق فانه لا يوجد أي تعارض معهما فيما إذا فرض على الزوجة واجب التعويض فيما إذا تعسفت في استعمال حقها في الخلع وهذا لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير المتناهية لبسط هذه القاعدة فيما تتضمن من رقابة أخلاقية وقانونية، وإذا ما اثبت الزوج الضرر الحاصل له من جراء تعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع فيجوز له أن يطالب أمام المحكمة بالتعويض طالما لا يوجد إخلال بالواجب أو الحق ومن ثم توجب المسؤولية<sup>(2)</sup>

---

<sup>2</sup>احمد حسام النجار، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها

# الفصل الثاني:

## تقدير التعويض و مدى خضوعه

### للرقابة

متى توافرت الأركان المستوجبة من خطأ و ضرر و علاقة سببية بين هذا الخطأ و ذلك الضرر فقد أصبح المخطئ مسؤولاً عن تعويض الضرر المترتب عن فعله الضار ، و بذلك يكون التعويض حقا للمتضرر ، وهذا ما أقره كل من الشرع و القانون لجبر الضرر .

للمتضرر الحق في المطالبة بالتعويض عن طريق القضاء و لهذا الأخير أن يستجيب لدعواه كل ما استوفت عناصرها و شروطها بالإضافة إلى إثبات المتضرر عنصر الضرر بكل الوسائل المتاحة .

في هذه الحالة ما على القضاء إلا أن يحكم له بالتعويض ، هذا الأخير يتطلب تقديرا يختص به شخص القاضي ، وكون ما يحكم به القاضي له أثره على مستوى درجات التقاضي و ذلك ما بين الإيجاب والقبول .

و هذا ما سنعالجه بإذن الله و بقليل من التفصيل في مبحثين : إذ خصصنا المبحث الأول لسلطة القاضي في تقدير التعويض و الحكم به ، و تركنا الحديث عن أثره في القضاء كمبحث ثاني محاولين شرح ما يتعلق بدعاوى حل الرابطة الزوجية و فيما له علاقة بتقدير التعويض و أثره في القضاء.

## **المبحث الأول:**

### **سلطة القاضي في تقدير التعويض و الحكم به**

التعويض يحتاج الى تقدير هذا الأخير يحتاج الى سلطة القاضي يحملها للوصول إلى التقدير الأنسب للتعويض الملائم ، و هذه السلطة لم يحدث بشأنها إقرار شرعي و قانوني ، إذ تأثرت باختلاف وجهات النظر بين المستويين و على الرغم من الاختلاف بين السماح بها و عدم ذلك فان العمل القضائي لا يخلو من تقدير لذلك أحاول في **المطلب الأول** : بيان سلطة القاضي في تقدير التعويض، أما **المطلب الثاني**: فأحاول فيه بيان سلطة القاضي في الحكم بالتعويض في دعاوى حل الرابطة الزوجية

## **المطلب الأول :**

### **سلطة القاضي في تقدير التعويض**

السلطة التقديرية على هذا حتمية تمخضت بصفة تلقائية عن العمل القضائي ، لإدراك مفهومها و مشروعيتها العمل بها ، كما ان عملية تقدير التعويض تعتمد طرقا و ضوابط على حسب كل من

الفقه و القانون . لذلك ارتأيت التطرق كفرع الأول إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، لنترك المجال في الفرع الثاني للحديث عن عملية تقدير القاضي للتعويض .

### **الفرع الأول : مفهوم السلطة التقديرية للقاضي و ضوابطها**

السلطة التقديرية مفهوم مركب من جزئيين الشرط الأول : **سلطة** و الشرط الثاني **التقديرية** و سوف نحاول بيان مفهوم السلطة التقديرية عن طريق تسمية هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث تخصص الفرع الأول لمفهوم السلطة التقديرية لغة و الفرع الثاني نتناول مفهوم السلطة التقديرية في الاصطلاح القانوني ، و أخيرا في الفرع الثالث نتطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية من الناحية الشرعية.

#### **أولا : مفهوم السلطة التقديرية**

##### **1- من الناحية اللغوية**

السلطة التقديرية مفهوم مركب من شطرين كما ذكرنا سابقا ، الشرط الأول :**السلطة** و الشرط الثاني **التقديرية** .

**السلطة في اللغة** : من سلط ، تسلط ، سلاطة ، و تسلط و السلاطة :**القهر و الحدة و تسليط إطلاق سلطان** و قد سلطه الله عليه فتسلط و الاسم سلطة .

**و السلطة** : تسلط و السيطرة و التحكم<sup>(1)</sup> .

و في الاصطلاح تعني المرجع الأعلى لمسلم به بالنقود و الهيئة الاجتماعية القادرة من فرض إرادتها على الإجراءات الأخرى و هي المعترف بها بالقيادة و الفصل و الاحترام و الالتزام بقراراتها<sup>(2)</sup> .

<sup>1</sup> - ابن منظور، مرجع سابق، ص 307.

<sup>2</sup> - سامية حباطي، مرجع سابق، ص 211 .

فهي لا تخرج عن القوة و التمكن من إصدار و تنفيذ الأحكام على وجه لإلزام و منح السلطة مثلا لشخص القاضي بغية منح القاضي ما تفيد مائة كلمة سلطة من القوة و الصلاحية و تمكن من استعمالها على الشكل الصحيح و أن ينجد تمراتها و لو بالقوة و أن تكون أحكامه الصادرة عن هذه السلطة لها من الحجية و النفاذ ما يجعلها مقيدة و مستقلة<sup>(3)</sup>

**التقدير لغة :** من قدر يقدر بابه نصر و ضرب و القدر و القدرة و المقدار : القوة و القدرة الغنى و اليسار ، وهو من ذلك لان كله قوة قادر كل شيء و مقداره : مقياسه ، و قدر الشيء بالشيء و قدره قاسه ، و التقدير على وجوه من المعاني :

**أولها :** التروي و التفكير في هيئة الأمر و تسويته

**الثاني :** تقديره بعلامات يقطعها عليها

**الثالث :** أن تنوي أمر بعقدك تقول قدرات أمر كذا أي نويته و عقدت عليه<sup>(4)</sup> .

و في الاصطلاح هو من المقدرات التي تعني مقاديرها بالكيل و الوزن أو العدد أو الذراع و هي شاملة للمكبلات و الموزونات و العدديات .

و التقدير يقال لتسوية بين أمر بأخر أي إعطاء المعدوم حكم الموجود، أو الموجود حكم المعدوم<sup>(1)</sup> .

و بهذا يكون المفهوم كمركب إضافي لسلطة و التقدير يحمل معنى القوة و معنى الصلاحية فبإضافتها إلى شخص يعني منحه قوة و صلاحية القيام لتقدير أمر ما ، بالتفكير فيه و تهيئة و التدبير فيه بحسب نظر الفعل و مقاساته على أمور أخرى<sup>(2)</sup> .

<sup>3</sup> - محمد محمود ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان، الأردن، ط1 007 ، ص 78.

<sup>4</sup> - حفيظة فضلة ، مرجع سابق ص 165 .

<sup>1</sup> - سامية حباطي ، مرجع سابق ، ص 212 .

<sup>2</sup> - محمد محمود ناصر بركات ، مرجع سابق ص 80 .

كذلك بالسلطة التقديرية هي القدرة على التفكير و التدبر و التسلط في تسوية الأمور وقتها للعقل ،  
و أو بمعنى آخر هي التحكم و السيطرة على الأمور بحسب العقل و التفكير .

## 2- من الناحية القانونية

السلطة قانونا تعني إخضاع إرادة شخص لإرادة شخص قانوني آخر فهي إذن علاقة قانونية بين  
إرادتين إحداها خاضعة للأخر التي تتفوق و تنمو عليها(1) .

فمفهومها في الفقه القانوني لا يختلف و مفهومه في الفقه الإسلامي فالسلطة هي عمل يقوم به  
القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية من القانون ينصرف مدلول هذا العمل إلى النشاط الدماغي الذي يقوم  
به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء أيا كان مجال هذا العمل القضائي و نوعه(2) .

و السلطة التقديرية هي صلاحية ممنوحة لشخص القاضي و يركز إليها للقيام بعمله و التفكير و  
التدبير بحسب النظر و المقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحل الدعوى  
ابتداء من قبول سماعها إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو جذبها إلى غاية الحكم عليها و اعتبار الطريقة المناسبة  
 لتنفيذ الحكم مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته و أثره في الحكم القضائي (3) .

مهما تعددت التعاريف للسلطة التقديرية فهي تدور في فلك واحد و هي صلاحية يتمتع بها القاضي  
للقيام بعمله لإقامة شرع الله و تطبيق أعمال القانون في القضايا المعروضة أمامه فالتقدير من صميم عمل  
القاضي فأينما وحدت السلطة القضائية ترتيب عنها وجود لسلطة التقديرية إنما يمارسها القاضي من خلالها  
لولاية القضاء (4) .

و لقد نص على مشروعية أعمال القاضي للسلطة التقديرية القانون المدني و مختلف القوانين  
الأخرى كقانون الأسرة الجزائري الذي هو محل الدراسة .

1- حفيظة فضلة ، مرجع سابق ص 166 .

2- محمد محمود ناصر بركات ، مرجع سابق ص 82 .

3- محمود ناصر بركات، المرجع نفسه ، ص 80 .

4- محمود ناصر بركات، المرجع نفسه، ص 81-82 .

و جاء في المادة 131 ق.م.ج

(يقدر القاضي التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب .....مع مراعاة الظروف الملائمة).

و القانون لم يحدد أضرار معينة و لا جزاءات معينة بمنحه سلطة التقدير إنما ترك للقاضي حرية استعمال سلطة في تمييز هذا و ذلك و تكيف هذا و ذلك و الحكم بما يلائم الظروف الملائمة و أعمال السلطة التقديرية لا تتعلق بتقدير التعويض على نحو المادة القانونية سابقة الذكر فحسب بل يتعداه إذا سبقت قبل هذا بتقدير الأضرار من جهة و تقدير الأدلة من جهة أخرى .

و يلاحظ في جل القوانين و الإجراءات ، أن المشرع منح أعمال هذه السلطة للقاضي أوسع المجالات القضائية في بعض مسائل الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup> .

وباعتبار نقطة بحثنا في هذا الفصل السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في تقدير التعويض و الحكم به، فإنه يمكن تعريفها بأنها الصلاحيات المخولة لقاضي شؤون الأسرة في تقدير وقائع الدعوى و وسائل الإثبات مع إصدار حكم يتلاءم مع ذلك، و من خلال هذا التعريف نستنتج ما يلي :

- أنها صلاحية بمعنى أنها مكنة قانونية منحها المشرع لقاضي شؤون الأسرة لا سيما في دعاوى التطلاق أو فك الرابطة الزوجية للضرر، مخولة لقاضي شؤون الأسرة ، أي أن المشرع جعل دور القاضي ايجابيا في دعاوى حل الرابطة الزوجية، حيث يقع عليه تمحيص الادعاء ووسائل الإثبات و حتى تقدير التعويض المناسب.

- كذلك تقدير الوقائع حيث يقع على عاتق القاضي معاينة و تكييف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لحل الرابطة مهما كانت الصورة المنحلة بها و ذلك حسب ق ا ج .

- تقدير وسائل الإثبات: و يتجلى ذلك من خلال تلك السلطة التقديرية في موازنة أدلة الإثبات و كذا التحقق من وقوع الضرر و كذا حجية الأدلة المقدمة<sup>(2)</sup>

### 3- من الناحية الشرعية

1 - سامية حباطي، مرجع سابق، ص 220-221.  
2 - حفيظة فضلة ، مرجع سابق، ص166

لم يستخدم الفقهاء في القديم مصطلح السلطة التقديرية للقاضي رغم انتشاره الكبير عند القانونيين و رغم هذا قالوا به تحت مصطلحات أخرى و بما استخدموه:

رأي القاضي، حكم القاضي، نظر القاضي، واجتهاد القاضي و هذه المصطلحات لما بينهما من تداخلات كبيرة فإنها تعد وجه لشيء واحد تسمى السلطة التقديرية<sup>(1)</sup>

أما عند الفقهاء و المسلمين بصفة خاصة فان المصطلح يستعمل بعينه إلا أن السلطة عندهم كانت تعني القوة التمكن من تنفيذ أحكام الله و وجه الإلزام<sup>(2)</sup> .

كما يشهد بذلك القرآن الكريم في قوله تعالى " فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت و يسلموا تسليما" النساء 65، و كذلك قوله عز و جل " و لو شاء الله سلطهم عليكم " النساء- 90 .

و قوله كذلك تعالى " و داوود و سليمان إذ يحكمان إذ نفرث فيه غنم القوم و كنا لحكمهم شاهدين (78) ففهمنا سليمان و كلا أتينا حكما و علما " الأنبياء : 78 – 79 .

و الأدلة على مشروعية أعمال السلطة التقديرية من كتاب الله على و فر ة، فإسقاط معاني الآيات و إن لم تشر صراحة للقضاء و الحكم على مدلوله و مضمونه ، فيه ما يؤكد مشروعية سلطة التقدير للقضاة. كذلك جاء في السنة النبوية ما يفيد في معناه السلطة التقديرية على أساس أنها نشاط يقوم به القاضي للوصول إلى الحكم ( و ذلك طبقا لقوله صلى الله عليه و سلم ) فعن أم سلمة رضي الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " إنما أنا بشر ، و إنكم تختصمون إلي ، و لعل بعضكم أن يكون ألحق بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع منه ، فمن قطعت له من حق أخيه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار"<sup>(3)</sup>

و في هذا دليل أن رسول الله صلى الله عليه و سلم كان يقضي بالاجتهاد فيما لم ينزل عليه فيه شيء<sup>(4)</sup>

1 - محمد محمود ناصر بركات ، مرجع سابق ، ص 95

2 - محمد محمود ناصر - المرجع نفسه - ص 97

3 - مسلم ، مرجع سابق ، كتاب الاقضية ، باب الحكم بالظاهر و اللحن بالحجية، ج3 ، ص 1337/ البخاري، صحيح

البخاري، كتاب الأحلام، باب موعظة الإمام للخصوم، ج6، ص 2622

2- الشوكاني، مرجع سابق، ج 2، ص 320 و ما بعدها

و قول رسول الله صلى الله عليه و سلم أيضا " إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران و إذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر" (1) و فيه دعوة للإجتهد و بالرأي، والمجتهد مأجور و لو أخطأ. (2)

## ثانيا : ضوابط سلطة القاضي

الواجب على القاضي استعمال سلطته التقديرية لإزالة الضرر عن الناس بحفظ حقوقهم و إزالة الضرر عنهم بإعادتها إن هي سلبت منهم و استعماله لسلطة التقديرية في هذا الأمر كونه مكلف برفع الضرر حسب استطاعته و هو في هذا محكوم بضابطين عليه مراعاتها عند استعماله للسلطة التقديرية(1) .

---

<sup>1</sup> - مسلم ، مرجع سابق، كتاب الاقضية ، باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ .ج3 ، ص 1342 البخاري، مرجع سابق ، كتاب الاعتصام بالكتاب و السنة باب أجر الحاكم إذ اجتهد فأصاب أو أخطأ ، ج6، ص 2676.  
<sup>2</sup> - الشافعي ، كتاب الأم، ج7، ص 93.

- **الأول مفاده :** أن الضرر يزال هو ضابط يندرج من الأصل العام و هو " لا ضرر و لا ضرار " و عليه الضرر يجب إزالته و يتحقق ذلك بوقف استمراره و منع تكراره و تجدد هذا بإزالته و بترميم آثاره بعد وقوعه من طريق آخر .

- فالطريق الأول يدفع الضرر بإزالته عينا سواء كان عاما أو خاصا و يؤمر فاعله بإزالته ثانية منعا لاستمراره و تحقيقا لدفعه عن الغير - المضرور -

- الطريق الثاني ترميم آثار الضرر بعد وقوعه كما هو الحال في التعويض المالي جبرا هو ترميم كما خلقه الضرر من تبعات فتعذر فهنا نفي الضرر صورة تعين نفيه بمعنى الضمان (2) .

إذن هذان الطريقان يوصلان بأعمالهما إلى إزالة الضرر ففي الأول إزالة الضرر عينا و في الثاني إزالة الضرر لكن بترميم مخالفاته.

- **الثاني مفاده :** ان " الضرر لا يزال بضرر " معنى ذلك أن الضرر لا يقابله ضرر عند محاولة تنحيه و هذا الضابط يعتبر قيد للأول ( الضرر يزال ) ، شأنه في ذلك شأن الاخص على الاعم ، لأنه لو أزيل بضرر لما صدق الضرر يزال (3)

## الفرع الثاني : عملية تقدير التعويض

ممارسة تقدير التعويض من طرف القاضي تستند على طرق و معايير اعتمدها الفقه الاسلامي و القانوني على حد السواء على اختلاف فيما انفرد باصطلاحه أحد الفقهاء عن الآخر من جهة و ما اتفق الأخذ

1- محمود ناصر بركات- مرجع سابق- ص 160.

2- سامية حباطي ، مرجع سابق، ص 245.

3 بن زيطة عبد الهادي ، مرجع سابق، ص 177.

به من جهة أخرى بالإضافة إلى ذلك نجد أن التعويض عن الضرر و المطالبة به يكون بتوافر جملة من الشروط و ذلك طبقا لما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (1)

لذلك حاولت في هذا الفرع عرض و بيان سلطة القاضي في تقدير التعويض بصفة عامة مع إبراز سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن حل الرابطة الزوجية ، و هذا ما ضمنته في حالتين اثنتين حيث نعرض أولا : تقدير التعويض بصفة عامة ، اما كمرحلة ثانية فنخص بالذكر تقدير التعويض في دعاوى حل الرابطة الزوجية

### أولا : تقدير التعويض بصفة عامة

يعتبر التعويض جزاء المسؤولية المدنية و الأصل أن القاضي هو الذي يتولى أمر تقديره و مع ذلك فلا مانع يمنع الطرفين أن يتوليا تقدير التعويض دون اللجوء إلى القضاء و ذلك في ظروف ضئيلة جدا و قد يتدخل لمشرع أحيانا لتولي بنفسه أمر تقدير التعويض مقدما .

هذا و قد كان الفقه الإسلامي قد قرر قيمة التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة جراء حل الرابطة الزوجية و سايره في ذلك المشرع الجزائري لهذا نحاول أولا بين طرق تقدير القاضي للتعويض و ثانيا بيان المعايير التي يعتمد عليها في هذا التقدير بالإضافة إلى ثالثا إبراز العوامل المؤثرة في تقدير التعويض .

### 1- مصادر تقدير التعويض

و هي ثلاثة : التقدير الاتفاقي ، التقدير القانوني ، التقدير القضائي

#### أ- التقدير الاتفاقي :

إما أن يتفق فيه الطرفان مقدما قبل وقوع الضرر و ذلك هو الشرط الجزائي و يكون أكثر في المسؤولية العقدية ، و إما أن يتم بعد وقوع الضرر و هذه الحالة تأخذ إما صورة عقد الصلح أو صورة التحكم

---

<sup>1</sup> - المعدل و المتمم الصادر بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

و في حالة ما إذا اتفق الطرفان على تحديد مقدار الصلح أصبح ملزما لهما و لا تمكنهما التراجع عنه و في مقابل ذلك يجوز إحالة أمر تقدير التعويض على محكم و الاتفاق في هذه الحالة على التحكم يكون بدليل كتابي مع مصادفة المحكمة المختصة في النزاع بناء على طلب الأطراف<sup>(1)</sup> .

## ب - التقدير القانوني

في هذه الحالة القانون هو الذي يتولى بنفسه عملية التعويض فلا يترك مجالاً للأطراف المتنازعة و لا القاضي الموضوع و يكون هذا واضح في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الجريمة<sup>(2)</sup> .

## ج - التقدير القضائي

إذا لم يكن التعويض محدد بنص قانوني أو لم يتفق عليه الطرفان هنا في هذه الحالة يتولى تقدير التعويض القاضي و ذلك طبق لما تقتضيه الظروف المحيطة بوقوع الضرر .

و قد نصت المادة 182 ق.م.ج بقولها " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو القانون فالقاضي هو الذي يقدره "

كما لا تخلو قواعد الشريعة من هذه المصادر في تقدير التعويض حيث فتح باب الاجتهاد واسعاً و منه ما يطلق عليه حكومة العدل، إذا نجد هناك حالات أو اضرار يتم تقدير التعويض عنها من خلال حكومة العدل حيث لا دخل لإرادة المضرور أو المعتدي في التقدير و العكس وجود اضرار يتم التعويض عنها بترك تقديرها لإرادة الإنسان<sup>(3)</sup> .

<sup>1</sup> - حسن على الذنون المبسوط في شرح القانون المدني - الضرر-، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط 1، 2006، ص 346 و ما بعده .

<sup>2</sup> - مسيخ زينة، مرجع، سابق، ص 118 .

<sup>3</sup> - أسامة السيد عبد السمیع، مرجع سابق، ص 312 .

## 2 - معايير تقدير التعويض

من المعايير الأساسية التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض نذكر :-

## أ- معيار التقدير الموضوعي

يقوم التقدير الموضوعي على التعويض الاعتراف فقط بالضرر الذي يلحق بالمتضرر فيقدر بقدره و لا يعتد بأية أمور و عناصر أخرى تلابس هذا الضرر وبالتالي تكون لدرجة جسامه الخطأ الذي ارتكبه هذا الأخير و لا الطرق الخاصة كتذكره و حالته المالية و الاجتماعية أي تقدير في تقدير التعويض .  
و الواضح ان التقدير يجب تطبيقه النموذجي في نظام الضمان في الفقه الإسلامي و فيه لا يعتد بالظروف الخاصة بالمسؤول من حيث الثراء أو المركز الاجتماعي فيعقل كل تأثير بهذه الظروف<sup>(1)</sup> .

## ب – معيار التقدير الواقعي ( الشخصي )

يتجه الشخص إلى أقول بأنه يجب ضرورة تقدير التعويض تقديرا ذاتيا واقعيًا بالرغم من بعض الصعوبات التي يثيرها هذا المعيار مردها السلطة الواسعة هذا و يرد هذا الاتجاه إلى أن السلطة التقديرية الواسعة ليست سلطة مطلقة من كل قيد و إنما تخضع لرقابة المحكمة العليا في الكثير من المسائل<sup>(2)</sup> .  
و طبق لمادة 131 ق.م فيما إذا طبقنا هذا المعيار فإن القاضي يقدر الضرر بالنظر إلى الشخصية المضرورة

## ج- معيار التعويض الكامل

من الواجب على القاضي ان يقدر التعويض كاملا بصرف النظر عن الظروف بالتالي ان يجبر الضرر الذي لحق بالمصاب مهما كان بسيطًا و ليس هناك ما يمنع القاضي من الاعتراف بالمصروفات و النفقات التي يتكبدها المضروور لإقامة دعوى التعويض.

---

1 - مسيخ زينة، مرجع سابق، ص 123 .  
2 - مسيخ زينة، المرجع نفسه، ص 124 .

و في هذا المعيار يجب على القاضي مراعاة بعض القواعد التي تمكنه من الوصول إلى التعويض الكامل لضرورة تقدير التعويض وقت الحكم ، و مراعاة التقدير الموضوعي و التقدير الواقعي إذا يجب ألا يترتب عليه كسب المضروور و لا خسارة له يجب أن يقدر بقدر الضرر لا أكثر و لا اقل<sup>(1)</sup> .

## د – معيار التعويض العادل

في هذا المعيار يقدر القاضي التعويض تقديراً عادلاً و ذلك عملاً بالظروف لوقوع الضرر و حالة الطرفين و كذلك جسامه الخطأ خاصة في الضرر المعنوي .

### 3 : العوامل المؤثرة في تقدير التعويض

إن مسألة تقدير التعويض على أساس ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب يثير كثير من الصعوبات فقد تسلسل الأضرار و يأخذ بعضها رحاب بعض يضاف إلى ذلك ظروف المضرور المتعلقة لحالته الصحية و الاقتصادية أو الاجتماعية لها تأثير و من دون شك على طبيعة الضرر الذي يتغير بعد حدوث الفعل الضار .

و لهذا أحاول أولاً: بيان عامل الضرر المباشر و ثانياً الظروف الملازمة

#### 1- الاعتراف بالضرر المباشر

إن التعويض في أية صورة كان تعويضاً عينياً أو المقابل تعويضاً نقدياً أو غير نقدي أو تعويضاً مقسطاً أو مرد مرتباً يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أنتجه الخطأ و سواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام الضرر محققاً<sup>(2)</sup> و هذا ما تم بيانه فيما سبق كذلك نجد أن الضرر المباشر يشمل على عنصرين جوهريين هما ما لحق المضرور من خسارة و ما فاتته من كسب و هذان العنصران اللذان يقومهما القاضي بالمال<sup>(3)</sup> .

- 
- 1 - مسيخ زينة، مرجع سابق، ص 125
  - 2- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 109
  - 3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 1098

ما يلتفت الانتباه هو أن القاضي قبل أن يقدر التعويض يكلف المدعى بإثبات البينة على المدعي و اليمين على من أنكر و كون الضرر واقعة مادية فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات من بينة و قرائن<sup>(1)</sup> .

و حسب المادة 131 ق.م.ج التي تنص يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182-182 مكرر مع مراعاة الظروف الملايسة فان لم يتيسر له وقت الحكم أن الحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقرير طبقا لهذه المادة.

و بالرجوع إلى المادتين 182 – 182 مكرر نجد أن المشرع الجزائري وافق ما ذهب إليه الفقه القانوني فجعل تقدير التعويض منوط بالضرر الواقع و ترك المجال مفتوح لكل أنواع الضرر و حالاته إذن أن الضرر المعتبر للتعويض عنه هو الضرر الذي أنتجه الخطأ اي تحقيق الضرر سواء كان هذا الأخير مادي أو معنوي.

## ب - الظروف الملايسة

هي تلك الوضعيات التي شاكلتة زامنت الفعل الضار و أثرت في التقدير الذي يتولاه القاضي ، و اعمالا لسلطته يدرس تلك الظروف و يقرر بشأنها ما له علاقة في زيادة مقدار التعويض، او الانقاص منه و ذلك تبعا لتأثير تلك الظروف في مقدار ، و ذلك تشديدا او تخفيفا.

و الشريعة الاسلامية و فقهاها موجب للتعويض فيهما فتقديره ينصب على الضرر كعنصر أساسي ، كونها تخضع للإتجاه الموضوعي الذي يتقيد بدقة بمدى الضرر ، و لا يضع في إعتباره مدى جسامة الفعل الضار. فهي تقوم على فكرة موضوعية قوامها تعويض الضرر بعوض يساويه لا أكثر و لا أقل . (2)

---

1 - سامية حباطي، مرجع سابق، ص 237 .  
2- عرف السنهوري الظروف بأنها "هي التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسؤول ، فالظروف الشخصية التي تحيط ما قد أفاده بسبب التعويض، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض " / عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 1098.

و لا بد من التنويه الى أنه هناك خلاف فقهي حول هذه الظروف ، اد هناك من يقول هي ظروف المضرور دون المسؤول ، و من هؤلاء عبد الرزاق السنهوري ' لان التعويض في نظره يقاس على اساس ذاتي لا اساس موضوعي ، فعلى سبيل المثال من كان عصبيا فان الضرر الذي تولاه من جراء حاث يكون

أثره أكبر من الضرر الذي يصيب شخص سليم الاعصاب ، ومن كان بجرح كانت خطورة مصاب بمرض السكري و يصاب بجرح كانت خطورة هذا الجرح أشد من الجرح الذي يصيب السليم ...الخ<sup>(1)</sup>

و من الظروف الشخصية الملازمة للمضور والتي يمكن ان يعتد بها القاضي في تقديره التعويض ما يلي:

– الحالة الصحية و الجسمانية للمضور: معنى ذلك الأخذ بالفارق الحاصل بين حالة المضور قبل وقوع الطلاق و بعده<sup>(2)</sup> .

المركز المالي و العائلي للمضور و هذه الحالة دون شك لا تأثير لها على مقدار التعويض فلا يمكن للقاضي ان يمنح الفقير و الغني تقديرين مختلفين إذا الثراء و الفقر لا يمكن الاعتداد بهما في تقدير التعويض<sup>(3)</sup> .

– الضرر المتغير و الوقت الذي يقدر فيه : جرى القضاء في الجزائر على ان انه كلما كان الضرر متغيرا تعين على القاضي النظر فيه ليس كما كان عندما وقع بل كما صار اليه عند الحكم<sup>(4)</sup>

كذلك يمكن القول بان هناك ظروف يعتد بها القضاة في تقديرهم التعويض عن حل الرابطة الزوجية و تتمثل في الاعتداد بسنوات الزواج ، و كذلك عدد الابناء و يؤثر ذلك بالزيادة او بنقصان قيمة جبر الضرر - التعويض -

---

1- عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 1098

2- مسيخ زينة ، مرجع سابق، ص129

3- عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق، ص 1099

4- حسن علي دنون، مرجع سابق، ص 415

ثانيا : مباشرة التقدير في دعاوي حل الرابطة الزوجية

التقدير فعل يتولاه ذو خبرة و حنكة أهل دراية بالشرع الاسلامي و القانوني ، و الاطلاع بأحوال الناس و معرفتهم للزمان و المكان الذي هو فيه .

### 1: مباشر التقدير

من مباشر التقدير عادة في كل الدعاوى هو الشخص الذي تعرض عليه النزاعات ألا و هو شخص القاضي هذا الموكل فهذه المهمة يتعين تحصنه بصفات ، تميزه عن غيره كونه الشخص الذي يلتجأ إليه لفض النزاعات و العودة إلى الاستقرار و الطمأنينة بنتيجة حكم الشرع أو القانون على وجه الإلزام .

هذه الصفات هي التي يشترك فيها كل من تولى مهمة القضاء و تعد بمثابة الشروط كونها واجبة لتوافر شخص القاضي على اختلاف بعضها عند الفقهاء هذه الشروط أو هذه الصفات لها اثر في السلطة التقديرية التي يملكها القاضي من بين هذه الشروط<sup>(1)</sup> .

- **العقل** : القضاء في أصلها ، و المهام المنوطة بالقاضي تحتاج أن يكون صاحب عقل مدرك ، صحيح الفكر و جيد الفطنة بعيدا عن السهو الغفلة و بذكائه يتوصل إلى وضوح الشكل و حل المفضل و إذا ما لم يتحقق هذا الشرط لا يتحقق سلطة القاضي التقديرية و هذا سواء تعلق الأمر بالأحوال الشخصية أو غيرها<sup>(2)</sup>

- **البلوغ**: يعتبر غير مكلف و غير بالغ لا يكون على علم ببعض ما تعلق بالأسرة لان السلطة التقديرية تتطلب خبرة كافية تتفق معها بتمام العقل بعد البلوغ .

- **الحرية**: يجب أن يكون القاضي مستقل التفكير، حر الحرية و التنقل و هذا الشرط نظري في أيامنا هذه<sup>(3)</sup> .

---

1 - محمد محمود ناصر بركات ، مرجع سابق، ص 144- 148

2- سامية حباطي ، مرجع سابق، ص 258

3- محمد محمود ناصر بركات، مرجع سابق، ص 127

- **الإسلام**: عدم اتصاف القاضي بالإسلام له إثره المباشر في صفات أخرى كالعدالة و الاجتهاد وكل ذلك له أثره في السلطة التقديرية و تولي قاض غير مسلم النظر في أمور الأسر غير مقبول مطلقا ، لأنه غير

مؤتمن على أسرار الناس و أعراضهم ، كما انه لا يعلم مقاصد الشرع من النكاح و ما قد يتبعها من لعان و ظاهر أو طلاق و توليته فيها عدم تحقيق المقاصد التي شرعها الله أو التي سن الأحكام لأجلها<sup>(1)</sup> .

- **العدالة:** العدل هو الشخص الموثوق بدينه كونه الممتنع عن الكبائر و عدم اتیان الصغائر ، يؤتمن أعراض الناس و أموالهم و نفوسهم<sup>(2)</sup>.

- **العلم بالأحكام الشرعية:** يشترط في القاضي أن يكون مجتهدا لا مقلدا<sup>(3)</sup> .

و يكون القاضي مجتهدا في الأحوال الشخصية يعني ذلك علمه بالأحكام الشرعية المتعلقة بما ينظر فيه لبيان ما يحل وما يحرم من الأنكحة و انتهائها و العدة

- **الذكورة :** عند الفقهاء يشترط أن يكون القاضي ذكر<sup>(4)</sup> و لا يجوز عندهم توليه المرأة القضاء ، لكن عند الحنفية يجوز أن تكون المرأة قاضية في غير الحدود و القصاص و ذهب آخرون إلى أن الذكور ليست بشرط يتولى القضاء كونه كالافتداء و الافتداء لا يشترط له الذكور و على هذا يجوز للمرأة تولي القضاء في الأموال و غيرها<sup>(5)</sup> منها القضاء في الأحوال الشخصية إذا كانت المرأة مستكملة لشروط القضاء و كان جميع أطراف الدعوى من الإثبات و يخصص لهذا النوع من الدعاوى زمن معين أو محكمة خاصة بالنظر فيها، لان لقاضي المرأة في مثل هذه الحالات يمكنها أن تتمتع بسلطة تقديرية كاملة.

---

1- ابن رشد ، مرجع سابق، ج 2 ، ص 383 / ابن حزم ، مرجع سابق، ج 9 ، ص 363 .  
2 - السر خسي ، المبسوط ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1982، ج 16 ، ص 109 / ابن قدامة ، مرجع سابق، ج 9 ، ص 40 .  
3 - ابن قدامة، المرجع نفسه، ج 9 ، ص 40  
4- ابن قدامة، المرجع نفسه ، ج 9 ، ص 39-40 .  
5- ابن حزم، مرجع سابق، ج3، ص 429-430 / ابن رشد ، مرجع سابق، ج 2 ، ص 384 ..

## 2- مباشرة تقدير التعويض

نشاط القاضي التقديرية يعتمد في الأساس على القاعدة القانونية كون لكل نزاع مطروح أمام القضاء بطلب أصحابه حسمه بتطبيق الحكم القانوني الوارد في القاعدة بشأنه و ذلك بعد التحقيق من وجود الوقائع التي يدعونها كون الحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس أو استدلال قضائي معين مقدمته الكبرى الواقعة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع مقدمته الصغرى الوقائع الثابتة و التكيف القانوني لها و بتطبيق المقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى تتحصل على النتيجة أي التطبيق القانوني على الوقائع (1)

و هذا هو مضمون النشاط التقديري إذا تعلق الأمر بتطبيق الأثر القانوني على النزاع المفروض في هذا المجال لعمل القاضي نشاطه الذهني و ما تجدر الإشارة إليه هو أن القرارات العقلية و الذهنية تختلف من قاضي إلى قاضي كونها تتأثر بالفكر الثقافي له و هذا ما يؤثر على الحكم القضائي مما ينتج عنه اختلاف في الحكم المشتمل على نفس الوقائع و ذلك من قاضي إلى آخر.

أما في ما يخص عمل القاضي في ما يعرف عليه في دعاوي حل الرابطة الزوجية سواء من جانب الزوج أو من جانب الزوجة فيرجع القاضي إلى النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع المفروض أمامه سواء تعلق الأمر بالطلاق التعسفي أو التطلق أو الخلع و بعد أن يتحقق القاضي من الوقائع المعروضة أمامه و ما تكفل الخصوم من تقديمه في طلباته ، يقوم بالتحقيق من الإثباتات المقدمة له و يعمل سلطته المخولة له كقاضي بنفيه تلك الإثباتات و الوقائع و هذا ما يعتبر من صميم عمله التقديري و عليه حتى يقدر القاضي الضرر يلزم ابتداء المدعي بإثباته بكل الوسائل المشرعة قانونا بالإثبات و هذا ما تؤكد جمل القرارات القضائية الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية . و من بينها

" و متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق بالتعويض نشوز احد الزوجين و من تم فان عدم وجود أي سبب يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجأ إلى طلب التطلق ، بعد نشوزها ، فان ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق.... (2) .

---

1 - سامية حياطي، مرجع سابق، ص 263.  
2 - ملف رقم 181648، قرار مؤرخ: 1997/12/23، الزواج و الطلاق، مرجع سابق، ص 122.

و في قرار آخر لها " من المقرر قانونا انه يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا و من المقرر أيضا انه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر و لما كان ثابتا أن الضرر

اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج فان تطليق الزوجة كان مبالغاً فيه متعسفاً من طرف الزوج فان تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر طبقوا القانون" (1)

و إثبات الضرر يقع على عاتق المدعى و يجوز كما سبق الذكر استعمال كل الوسائل و هذا ما أقره قرار المحكمة العليا حيث استند القضاة فيه عند طلب الزوجة التطليق المؤسس على عدم إمكانية إنجاب الأولاد الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزوج ، و ذلك باعتمادها على نتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج (2) .

و كذلك لا يحق لأي طرف مطالب للحكم لصالحه أن يترك دعواه دون إثبات هذا الأخير ، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و قرارات العليا تؤكد كذلك هذا الأمر :

" من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة ان تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع .

و متى تبين من قضية الحال – أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق و الضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فان تقديرهم سليماً ."(3)

كذلك هناك مسألة الاقتناع التي تدخل في إطار سلطة القاضي و على هذا الأخير الاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة المقدمة إليه و عليه أن لا يفترض وجود وقائع أخرى كالنظر إلى نية الخصم و إن فعل ذلك كان حكمه غير شرعي ، و إذا قضى في حكمه على هذا الأساس فانه يعد انتهاكاً صريحاً للقانون (4) .

---

1 - ملف رقم 191648 ، قرار مؤرخ : 1997/12/23 ، نبيل صقر، محمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007 ص 61.

2 – ملف رقم 873301 ، قرار مؤرخ 1992/12/22 ، نبيل صقر، محمد لعور، المرجع نفسه، ص 61 .

3- ملف رقم 222134، قرار بتاريخ 1999/05/18، يوسف دلاندة، قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05، ص 64

4- ملف رقم 51906، قرار بتاريخ 1989/01/02، يوسف دلاندة، المرجع نفسه، ص 60 و على هذا ينبغي أن ينحصر النشاط التقديري للقاضي في مجال الإثبات في التحقيق من صحة

الوسائل المقدمة للإثبات و إمكان قبولها في مورد النزاع بوزن أدلة كل طرف كون القاضي شرعاً من أهل الاجتهاد و كما سبق ذكره من شروط في مثول التقدير و إن لم يكن كذلك فعليه أن يقلد غيره من المجتهدين)

1. ، كأن يستعين بخبرات سابقة من باب الاستئناس، و في وقتنا الحالي للقاضي الاستعانة بما سبق إليه زملاءه من أحكام في الدعاوى المشابهة و بما أقرته المحكمة العليا بشأن هذه الأحكام من قرارات و له كذلك أن يستعين بالقرائن كونها مجال خصب لنشاط القاضي التقديري و لما لها من مساهمة فعالة في تكوين قناعاته الشخصية أو توضيح دليل على آخر (2).

## المطلب الثاني :

### الحكم بالتعويض و كيفية استيفائه

إن حل الرابطة الزوجية وكما سبق بيانه إذا ما انجر عنه ضررا لأحد الزوجين فإنه يلزم الطرف الآخر بالتعويض ، و للقاضي سلطة تقديرية في الحكم به ، وهذا ما نصت عليه المواد 52، 53 مكرر ، 54 ، بالإضافة الى ذلك فإن التعويض لا يطلب هباء وإنما لابد من توافر شروط لتمكن المضرور للمطالبة بالتعويض ، وهذا تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية لذلك نحاول في هذا المطلب بيان واقع السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض عن حل الرابطة الزوجية، و ذلك قبل تعديل ق ا ج و بعد تعديله، مع قليل من الشرح ، وفي الفرع الثاني نبين كيفية استيفاء التعويض و الشروط الواجب توافرها للمطالبة بالتعويض.

### الفرع الاول: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض قبل و بعد التعديل

#### بموجب القانون 05-02

إن العقوبة المالية لم يشرعها الإسلام مقابل الأمور المعنوية إلا في أمور منصوص عليها والتعويض عن الضرر المادي الملحق بالغير ، ودية القتل ، فمثل هذه الأمور وردت لها نصوص وما عدا ذلك فإن العقوبة في الإسلام بدنية لا مالية ، و العقوبة المالية عن الأمور المعنوية هي من آثار الأنظمة الغربية .

1 - محمد محمود ناصر بركات ، مرجع سابق ، ص 234 .

2 - محمد محمود ناصر بركات، المرجع نفسه ، ص 243 .

انطلاقاً من نص المادة 124 ق.م.ج فإن كل من أحدث ضرر للغير بخطئه يلزم بالتعويض هذا الأخير

عبارة عن وسيلة يلجأ إليها القضاء بهدف جبر الضرر الذي أصاب الزوجة المتضررة من العلاقة الزوجية .

و عليه سنتناول اولاً السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض قبل صدور التعديل التشريعي بموجب القانون 02-05 ، و ثانياً نحاول بيان سلطته التقديرية بعد صدور التعديل.

### أولاً: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض قبل صدور التعديل

و نتناول هذه السلطة على مختلف صور حل الرابطة الزوجية و تقدير التعويض المقرر لها فيما إذا ثبت وجود الضرر، فنتناول السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، تم نتناول سلطته في التعويض عن التطلق و بعدها بيان السلطة التقديرية للقاضي في الحكم ببديل الخلع و ذلك من خلال قرارات المحكمة العليا.

#### 1- حالة الطلاق التعسفي

لقد كانت السلطة التقديرية للقاضي في ظل قانون الأسرة سنة 1984 و قبل التعديل التشريعي بموجب القانون 02/05 متضاربة فيما بينها حول فرض التعويض في حالة تعسف الزوج أو فرض المتعة المقررة شرعاً أو كلاهما معا و لقد كانت قرار في المحكمة العليا متذبذبة و إختارت مسار مختلف و منعرج . جاء في قراراتها : " من المقرر شرعاً و قضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير المبرر و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية .

و لما كان ثابتاً في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما و منح المتعة للزوجة و متى كان كذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة(1) .

---

1 – ملف رقم 39731 ، قرار مؤرخ 1986/01/27 نبيل صقر، قمرأوي عز الدين، مرجع سابق، ص 68 كذلك جاء في قرار آخر :

" من المستقر عليه قضاء وأن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر الأسباب و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل .

و لما كان الثالث – في قضية الحال – أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة و النفقة بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابو إقرارهم بالقصور في التعليل و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " (1) .

و لقد ذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها :

" اذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها ، و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

لذلك يستوجب النقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة و يدفع مبلغ آخر كتعويض " (2) .

و في القرار المؤرخ في : 1986/04/07 و الذي جاء فيه ما يلي :

" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة العدة ، نفقة إهمال ، نفقة متعة و كذلك ، التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في أي إطار تدخل و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي " (3)

- 
- 1 – ملف رقم 75029 ، قرار مؤرخ 1991/06/18 ، نبيل صقر، قمراري عزالين، مرجع سابق ، ص 71 .
  - 2 – ملف رقم 35912 ، قرار مؤرخ 1985/04/08 ، نبيل صقر، عزالدين قمراري، المرجع نفسه ، ص 67 .
  - 3 – ملف رقم 41560، قرار مؤرخ 1986/04/07/ الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون، مرجع سابق، ص 117 و يتضح من خلال هذه المضامين لقرارات المحكمة العليا أن موقف هذه الأخيرة كان غير مستقر في اعتماد المتعة و التعويض شيئان منفصلان أو هما شيء واحد لكنها تتفق في أن كل طلاق غير مبرر يلزم من كان سببا في إحداثه بالتعويض للطرف المتضرر .

## 2- فيما يخص التطلاق

لقد تراوحت السلطة التقديرية للقاضي قبل صدور التعديل التشريعي لقانون الأسرة 02 / 05 بين قبول التعويض و رفضه و هذا ما أكدته قرارات المحكمة العليا .

حيث جاء في قرار لها :

" كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها ليس لها الحق في المطالبة بالتعويض فعلى فرض أن زوجها أضر بها ، و طلبت تطليقها منه من أجل هذا الاضرار و طلقت ، فهذا الإضرار هو الذي أتاح فرصة التطلاق و لا تأخذ شيء غيره لا تستفيد مرتين ، و لقد حددت المادة 52 ق.أ.ج أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق زوجته و تعسف في طلاقه فينتج عن ذلك ضرر بمطلقة و ليس هناك كذلك فالزوجة هي التي طلبت التطلاق<sup>(1)</sup> .

و جاء في قرار آخر لها :

" من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا و من المقرر أيضا انه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للضرر المتضرر .

و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا متعسفا من طرف الزوج ، فإن تطليق الزوجة و حده لا يكفي لجبر الضرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها ، فإن القضاء بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 قد طبقوا صحيح القانون " <sup>(2)</sup> .

---

1 – ملف رقم 53017 ، قرار مؤرخ 1989/03/27 الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون ، مرجع سابق ، ص 117  
2 – ملف رقم 181648 ، قرار مؤرخ 1997/12/23 ، نبيل صقر ، قمرأوي عز الدين ، مرجع سابق ، ص 95

و لقد ذهبت المحكمة العليا في قراراتها أيضا:

" تطليق قبل البناء – تضررت الزوجة ماديا و معنويا - الحكم بتطليقها بالتعويض تطبيق صحيح القانون للمادة 53 ق.أ.ج " <sup>(1)</sup> .

و في القرار المؤرخ في : 1999/06/15 و الذي جاء فيه :

" من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام و طول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا .

و متى تبين من قضية الحال أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام أ و الزوج و أن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمتثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة و محقة في طلبها التعويض .

و عليه فان قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظلم الزوج و تعويض الزوجة طبقوا صحيح لقانون و متى كان ذلك استوجب رفض الطعن "(2).

و من خلال هذه المضامين لقرارات المحكمة العليا نجدها غير مستقرة كذلك على اتجاه واحد فقراراتها متذبذبة حول مسألة جواز مطالبة الزوجة رافعة دعوى التطليق في حقها بالتعويض أم لا ،حيث نجدها تقرر التعويض في قرارات و تلغيه في قرارات أخرى

---

1- ملف رقم 217179، قرار مؤرخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 122.

2 - ملف رقم 224655، قرار مؤرخ 1999/06/15، الاجتهاد القضائي، المرجع نفسه، ص 129.

### 3 - فيما يخص الخلع

و وضع الخلع كعلاج و مخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معايشة زوجها و هي لا تملك المبرر الشرعي للفراق و قد ثبت ذلك بالكتاب و السنة ، و سلطة القاضي واجبة في تقدير التعويض إذا لم يتفق عليه الزوجان . لكن الجدير بالذكر أن قرارات المحكمة العليا كانت متذبذبة في مسألة موافقة الزوج

للخلع هل يعتبر شرط أساسي لطلب الزوجة الخلع أم لا، إذ نجد أن قراراتها قبل تعديل 02 /05 غير مستقرة على مبدأ واحد حول رضا الزوج للخلع .

إذ جاء في قرار لها:

" من المقرر شرعا و قانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع و خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قاضي الموضوع فرض على الزوج الطاعن الخلع و قضى به بالرغم من أنه لا يتدخل إلا في حالة عدم الاتفاق على مبلغ الخلع يكون بقضائه كما فعل خطأ في تطبيق القانون"(1).

كذلك جاء في قرار آخر لها:

" من القرار قانونا و شرعا أن الخلع خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء و ليس عقد رضائيا.

و من تم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا و حفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم لقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية و لم يخالفوا أحكام المادة 54 ق.أ.ج " (2).

---

1 – ملف رقم 73885 ، قرار مؤرخ 1991/04/23 ، نبيل صقر ، قمرأوي عز الدين، مرجع سابق ، ص 99

2 – ملف رقم 141262 ، قرار مؤرخ 1996/07/30 ، نبيل صقر ، قمرأوي عز الدين، المرجع نفسه، ص 99

وذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها :

" من المقرر فقها أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي ، أن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج ، من ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف لأحكام الفقه و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطلق ، لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت باستعدادها لمخالعة زوجها دون

أن يجد ذلك قبولاً من هذا الأخير ، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع "(1).

من خلال ما سبق حول سلطة القاضي في مدى اعتبار موافقة الزوج بمبدأ الخلع شرطاً أساسياً أو لا كان سائداً عليه الرأي القائل بضرورة اشتراط اتفاق الزوجين على مبدأ المخالعة و تبقى له سلطة تقديرية مقابل الخلع فيما إذا لم يتفق عليه .

## ثانياً. السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض بعد صدور التعديل

جاء الإصحاح التشريعي لقانون الأسرة لجزائري بموجب القانون 02 /05 و الذي أضاف المادة 53 مكرر و عدل من المادتين 52 و 54 منه و فيما سيأتي سأحاول من قرارات المحكمة العليا الصادرة بعد التعديل إبراز مدى سلطة القاضي في الحكم بالتعويض و ذلك تبعا لكل صورة من صور حل الرابطة الزوجية الموجبة للتعويض .

### 1- حالة الطلاق التعسفي

بمجيء التعديل التشريعي 02 /05 استقرت قرارات المحكمة العليا على مبدأ و هو التعويض لمطلقة إذا تعسف الزوج في طلاقه بإرادته المنفردة و للقاضي سلطة تقديرية في تقرير التعويض و الحكم به و ذلك تبعا للضرر الناتج عن حل الرابطة ز الماس بالزوجة و لقد صدرت عدة قرارات في هذا الشأن نذكر منها:

---

1 – ملف رقم 51728 ، قرار مؤرخ 1988/11/21، نبيل صقر، فمراوي عز الدين، مرجع سابق، ص 101

جاء في قرار للمحكمة العليا:

" للمطلقة في حالة وجود حكيمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين ، الحق في التعويض عن كل طلاق واقع بإرادة الزوج المنفردة "(1).

و جاء في قرار آخر لها:

" المبدأ لا يعد التعويض المحكوم به لصالح المطلقة بموجب الحكم الجزائي عن ترك الأسرة و التعويض المحكوم به لصالحها بعد الطلاق تعويضين عن واقعة واحدة ، .

حيث متى اكتشف قضاة المجلس غياب قائمة الأثاث المؤشر عليها من طرف محكمة أول درجة و أعادوا مناقشة القائمة المقدمة على مستواهم أين اعترفت المطعون ضدها بملكية الطاعن لبعض من الأثاث و تنازل هذا الأخير عن البعض منه و أثناء المناقشة للقائمة اتضح لهيئة المجلس بأن بعض الأثاث هو متاع للزوجة بالفراش و البعض خاص بالأولاد فإن بتعديله للحكم المستأنف قد طبق صحيح لقانون و أن قراراهم كان يتماشى و قانون الأسرة.

و حيث من جهة أخرى فإن التعويض المحكوم به لصالح المطلقة المطعون ضدها يدخل ضمن تقديرات قضاة الموضوع و أن الخط الذي أثاره الطاعن بشأن التعويض المحكوم به لصالح المطعون ضدها بموجب الحكم الجزائي عن جرم الإهمال العائلي و التعويض المحكوم به لصالحها بعد الحكم بالطلاق لا يمكن اعتباره تعويضين عن واقعة واحدة لا يمكن المزج بينهما باعتبار أن الدعوى الجزائية مستقلة عن دعوى الطلاق التي ينجر عنها التعويض للمطلقة ثم إذ التعويض قد يمنح عن فك الرابطة الزوجية حتى و لو كانت الزوجة هي التي طالبت بالتطبيق إذا تبين هناك ضرر مما يستوجب رفض الوجهين لعدم تأسيسها و تبعا لذلك رفض الطعن " (2).

---

1 – ملف رقم 345709 ، قرار مؤرخ 2005/10/12 ، نبيل صقر ، قمر اوي عز الدين ، مرجع سابق، ص 70  
2 – ملف رقم 356896 ، قرار مؤرخ 2006/07/12 ، نبيل صقر ، قمر اوي عز الدين ، المرجع نفسه، ص 77  
و من خلال ما تضمنه هذين القرارين نجد أن المحكمة استقرت على مبدأ تعويض الزوجة عن كل طلاق بدون مبرر شرعي و للقاضي سلطة تقريرية في ذلك، فضلا عن ذلك فإن التعويض عن الطلاق التعسفي لا يدخل معه أي تعويض آخر فهو مستقل بذاته.

## 2 - حالة التطبيق

جاء الإصلاح التشريعي بموجب القانون 02 /05 الذي أضاف لمادة 53 مكرر و التي جاء فيها " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن الحكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

ففي الإطار الجديد يجوز للزوجة طالبة التطبيق أن تطلب التعويض و للقاضي أن يحكم بذلك لان الزوجة في إطار المادة 53 ق.أج و هذه الأخيرة هي أساس المادة 53 مكرر لم تختار فراق زوجها دون مسوغ شرعي ، و إنما طلبت التطليق لضرر شرعي أو قانوني من جملة الأضرار المنوه بهم في المادة 53 و بالتالي ليس لها الحق و لا من العدل أن يجمع لها بين ضررين الضرر الذي حملها على طلب التطليق و حرمانها من تعويض ذلك الضرر (1).

و أشرنا فيما سبق أن القاعدة الشرعية تنص على أنه من تسبب في أي ضرر فعليه الضمان و في مقابل ذلك القاعدة القانونية وفق قواعد المسؤولية التقصيرية المقدره بالمادة 124 ق.م.ج أن كل عمل أي كان يرتكبه المرء و يسبب كل ضررا للغير يلزم بالتعويض و هذا ما يتوقف مع التعديل الجديد بموجب القانون 02 /05 فكان حاسما لعدم الاستقرار في القرارات و معلق لكل تناقض موجود في اجتهاد قضائي حيث تم تقرير حق طالبة التطليق للضرر تعويض مناسب عن ذلك الضرر حين الحكم لها بالتطليق بينهما و بين زوجها و لا بعد ذلك مخالفا للشريعة الإسلامية .

و لقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا

" المبدأ عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعا ، طبقا الفقرة 06 من المادة 53 ق.أ.ج يبرر حق الزوجة المتضررة في طلب الطليق (2). و جاء في حيثياته تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها و هو أمر سديد.

1 - حفيظة فضلة ، مرجع سابق ، ص 114.

2 - ملف رقم 356997 ، قرار مؤرخ 2006/07/12 ، نبيل صقر ، قمر اوي عز الدين ، مرجع سابق ص 96

### 3 - حالة الخلع

عدل قانون الأسرة الجزائري مادته 54 بموجب الأمر 02/05 و ذلك بتبنيه لأحقية الزوجة في مخالفة نفسها جلاء للغموض الذي كان سائدا في نفس المادة قبل التعديل حيث نص " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي " .

و بهذه المادة أوضح المشرع جليا بأن الخلع يتم من طرف الزوجة دون موافقة الزوج هذا الشرط عديم الأثر لا يمكن الاعتداد به في رفض طلب الخلع ، كذلك يلاحظ بالنسبة لهذه المادة أنها ليست كافية حول موضوع الخلع لان الأمر مختلف بحق المرأة الإرادي و المنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه .

و بهذا التعديل جعلت سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالخلع و تقدير مقابل الخلع فقط فيما

إذا لم يتفق عليه الزوجان على أن لا يتجاوز قيمة صداق لمثل وقت الحكم بالإضافة إلى مراقبة مدى الشرعية و صحة مقابل الخلع إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابل للخلع في مقابل التنازل عنها للأب لان ذلك يعد باطلا .

### الفرع الثاني: :دعوى استيفاء التعويض

سنحاول في هذا الفرع اعطاء تعريف للدعوى ، مع بيان الشروط الواجب توافرها لرفع دعوى المطالبة بتعويض الضرر عن حل الرابطة الزوجية .

#### اولا: تعريف الدعوى<sup>(1)</sup>

يمكن تعريف الدعوى قانونا على انها: " الوسيلة التي يلجا بها المواطن الى السلطة القضائية للحصول على حقه و المنازعة فالحقوق التي ينظمها القانون المدني لا يكتمل تنظيمها الا بتنظيم وسائل حمايتها"<sup>(2)</sup>.

---

1- الدعوى لغة يقصد بها انتساب ايجاب حق على غيره و تأتي دعوة بفتح الدال و دعوة بكسرها و تجمع الدعوى بالدعوى ، ولقد ورت بعدة معاني اهمها معنى الطلب ، التمني و منه قوله تعالى " لهم فيها فاكهة و لهم ما يدعون " يس:57، وترد بمعنى الدعاء قال تعالى " يدعون ربهم بالغدو و العشي يريدون وجهه " الانعام:52 / الفيومي، مرجع سابق، ص 2- عمارة بلغيث ، الوجيز في الاجراءات المدنية، دار العلوم، عنابة، (د،ط)، 2002، ص 43

و عرفت بانها : " ممارسة لحرية سياسية و أنها السلطة القضائية التي تمكن صاحب الحق من اللجوء الى القضاء للحصول على حقه و حمايته"<sup>(1)</sup>

كذلك عرفت بأنها " حق من الحقوق الاجرائية و الحق الاجرائي هو عبارة عن سلطة او مكنة او قدرة يمنحها القانون بطريق مباشر او غير مباشر لشخص معين لحماية حقه او الحفاظ عليه ، وهذا الحق يجب استعماله في الشكل الذي حدده القانون و هذا الشكل قد يكون بيانات معينة او مناسبة معينة..."(2)

هذا بالنسبة للتعريف الحديث للدعوى على عكس من ذلك نجد التعريف التقليدي للدعوى على أنها السلطة المخولة للشخص للتوجه الى القضاء لكي يحصل على حماية حقه عن طريق تطبيق القانون. و بهذا التعريف فانهم يقرون بان الدعوى هي نفس الحق الذي تحميه ، يبقى في حالة طالما لم يعتد عليه ، فاذا ما اعتدى عليه تحرك في صورة الدعوى ادن هذه الاخيرة هي الحق في حالة حركة(3) .

لكن من حيث التعاريف الحديثة فإننا لا نجد تعريف دقيق للدعوى لذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يذكر أي تعريف لها و اكتفى فقط بذكر الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى ، هذه الأخيرة على حسب ما سبق يمكن أن يقال لها بأنها الحق الإرادي بغية اللجوء الى القضاء و لحماية الحق او المطالبة به عن طريق اجراء قانوني يسمى العريضة الافتتاحية للدعوى ، والدعوى لها طرفان و هما المدعي : وهو الذي يقدم الطلب القضائي ، أما المدعى عليه : هو الذي يقدم في مواجهته الطلب .

## ثانيا - شروط رفع الدعوى :

هناك مجموعة من الشروط يجب توافرها عند رفع دعوى حل الرابطة الزوجية أيا كانت الطريقة ، مع المطالبة أيضا بالتعويض فيما اذا ثبت أن هناك ضرر ، و سوف نحاول معرفة هذه الشروط ضمن ما نص عليه قانون الاجراءات المدنية والادارية.

- 1- عباس العبودي، شرح احكام قانون أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006، 185
- 2- محمد الإبراهيمي، الوجيز في الاجراءات المدنية، ديوان المطبوعات، ط4، 2009، ص 22
- 3- عمارة بلغيث ، مرجع سابق ، ص44

و بالرجوع الى هذا الاخير و خاصة المادة 13 ف1 منه و التي تشترط لقبول الدعوى امام المحكمة ما يلي : " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون ."

و يقابلها قبل التعديل المادة 459 ق ا م د حيث جاء في الفقرة الاولى منها " لا يجوز لاحد أن يرفع دعوى امام القضاء ما لم يكن حائزا لصفة و أهلية التقاضي و له مصلحة في ذلك " .

من هذين النصين يتضح لنا ان التعديل الجديد قد اغفل شرط الاهلية ، الذي يعتبر شرطا اساسيا لقبول الدعوى ، وهو من النظام العام ، كما ان القانون الجديد قد ضيق و حدد شرطا اساسيا لقبول الدعوى ، و هي المصلحة القائمة او المحتملة التي يقرها القانون (1) و سنتطرق لهذه الشروط كما يلي:

## 1 \_ الاهلية :

المقصود بالأهلية بصفة عامة هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات ، اي بيان الحقوق التي يمكن ان يمارسها الشخص و هي نوعان : اهلية الاداء و اهلية الوجوب .

- اهلية الاداء : هي صلاحية الشخص لان يثبت له حقوقه و ان يقرر في دمه التزامات و تثبت للشخص منذ ولادته حيا و قد تبدأ قبل الولادة .

- اهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص لإعمال ارادته اعمالا من شأنه ترتيب الاثر القانوني الذي ينشده (2)

المقصود بالأهلية هنا هي اهلية التقاضي امام المحكمة في موضوع الدعاوى بصفة عامة و حل الرابطة بصفة خاصة ، اذ يجوز للزوج أو الزوجة أن يرفعا دعوى بفك الرابطة الزوجية سواء بإرادة الزوج المنفردة ، أو بطلب من الزوجة ( التطلاق او الخلع ) بشرط أن يكون رافع الدعوى متمتعا بأهلية الاداء الكاملة اي بلوغه 19 سنة حسب نص المادة 40 ق م ج ، لأن القاصر الذي لم يبلغ سن 19

---

1- فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، منشورات الامين ، الجزائر، (د، ط). 2009. ص41  
2- طاهري حسين، الدليل القانوني للمتقاضين ، دار الخلد ونية ، الجزائر ، (د، ط)، (د، ت) ، ص 34  
يجب أن ينوبه شخص طبيعى لديه اهلية الأداء لكي يمثله أمام القضاء للقيام بالإجراءات اللازمة ،  
و الأهلية شرط لصحة الإجراءات و ليست من شروط قبول الدعوى لأنها مرتبطة بالشخص في حد ذاته ، و

نصت عليه المادة 437 ق ا م د المعدل و المتمم ، وعليه فإن أهلية الأداء تعد شرط لصحة الاجراءات و ليس من قبول الدعوى لأنها مرتبطة بالشخص في حد ذاته ، و ان تخلفها يترتب عليه عدم ثبوت الحق في الدعوى .

## 2\_ \_الصفة :

يقصد بالصفة في اقامة الدعوى أن يكون رافعها في الاصل هو صاحب الحق او المركز القانوني المعتدى عليه ، لأنه صاحب الصفة في رفعها ، وقد تكون الصفة في اقامة الدعوى لغير صاحب الحق ، و هو الذي يكون له سلطة التمثيل القانوني امام القضاء فيجوز مثلا للوكيل لن يقيم الدعوى عن موكله و يجوز اللب ان يقيم الدعوى عن ابنه الصغير<sup>(1)</sup> .

و لقد اختلف الفقهاء فيما بينهم فهناك من يرى بان الصفة هي المصلحة الشخصية المباشرة بان يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق او المركز القانوني المراد حمايته<sup>(2)</sup> ومنهم من يرى أن هناك فرقا بين الصفة والمصلحة الشخصية المباشرة و ذلك لوجود حالات ترفع فيها الدعوى ليس من صاحب الحق و إنما يكون رفع الدعوى من ممثله القانوني<sup>(3)</sup>

و الصفة في موضوع دعوى حل الرابطة الزوجية مع المطالبة بالتعويض معناه ان يكون الزوج هو نفسه الذي يتولى رفع الدعوى او احد ممثليه قانونا او الولي او المقدم بحسب الحالة اذا كان الزوج قاصرا ، و كذلك نفس الحال بالنسبة للزوجة.

---

1- عباس العبودي ، مرجع سابق ن ص 197  
2- عباس العبودي ، المرجع نفسه، ص 198  
3- عباس العبودي ، المرجع نفسه، ص 198

## 3\_ \_المصلحة:

وهي الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها و هذا بالالتجاء الى القضاء (1) ، و المقصود كذلك بالمصلحة هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه الى القضاء ، فهي الباعث على رفع الدعوى ، وهي في نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها (2)

و لقد اتفق الفقهاء على أن المصلحة هي الشرط الأساسي لرفع الدعوى القضائية ، و يجب أن تكون المصلحة قانونية و شرعية ، قائمة وحالة ، و أخيرا ايجابية و ملموسة.(3)

و المصلحة المرجوة من وراء حل الرابطة الزوجية سواء من طرف الزوج أو الزوجة ، هو رفع الضرر الواقع عليهما ، و الحصول على حكم يفيد إزالة الرابطة الزوجية بينهما ، و يتضمن حماية مصلحة شرعية لهما و اقرارها عن طريق الحكم بالتعويض للطرف المتضرر أن الضرر اللاحق بهما و ذلك على حسب الصورة المتخذة في حل الرابطة الزوجية .

#### 4 - تقديم نسخة من عقد الزواج

و يعتبر هذا الشرط من الشروط الخاصة التي تطلبها اجراءات رفع دعوى حل الرابطة الزوجية ، لأنها تعتبر الدليل الفعلي على وجود زواج رسمي بين هين الزوجين المتنازعين ، وهذا يعني انه اذا اراد احد المتنازعين ان رفع دعوى لحل الرابطة الزوجية فانه يتعين عليهما ان يقدموا الى المحكمة رفقة عريضة افتتاح الدعوى نسخة من عقد الزواج ، والا حكم له بعم قبول الدعوى ، لان نسخة عقد الزواج تبين صفة الزوجين و تمنح لهما حق اللجوء الى القضاء(4)

1- طاهري حسين ،مرجع سابق، ص 33

2- فضيل العيش، مرجع سابق، ص 48

3- محمد الابراهيمى، مرجع سابق، ص 23

4- حفيظة فضلة، مرجع سابق ، ص 140

#### المبحث الثاني :

## خضوع التعويض للرقابة

الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المعروضة أمام الجهات القضائية و منها دعاوى حل الرابطة الزوجية تخضع لرقابة تعرف بالطعن هذا الأخير تتعرض له أحكام حل الرابطة من جهة و التقديرات المصاحبة لها تقدير التعويض من جهة أخرى.

و للوقوف على الطعن في هذا النوع من الدعاوي سأفصل فيه في مطلبين الأول أتناول فيه الطعن في الحكم بتقدير التعويض المطلب الثاني فخصصته لإجراءات الطعن و مواعيده .

### المطلب الاول:

#### الطعن في تقدير التعويض و الحكم به

إن التعويض يترتب ذمة الشخص نتيجة تحمله مسؤولية خطئه و ما اقتترفه ، إذ أنه في الغالب تكون أشكاله بوجه النقد مما يجعله خاضع للطعن كونه حكم صادر في دعاوى المسؤولية ، هذه الأخيرة احكامها ككل الاحكام تخضع لطرق الطعن كل على حسب.

و بهذا نحاول بيان موقف القانون من الطعن في السلطة التقديرية للقاضي كفرع اول ، لنخصص الفرع الثاني الى موقف التشريع الجزائري من الطعن في حكم تقدير التعويض.

#### الفرع الأول : الطعن في سلطة القاضي التقديرية

سلطة القاضي التقديرية شأنها في التعويض شأن كل التقديرات التي يمارسها القاضي ، إذ الأصل عدم جواز الطعن في سلطة القاضي التقديرية نظرا لما يتمتع به شخص القاضي من مكانة و صلاحيات و كونه بشر تصدر منه تقصيرات تخالف الواقع او النصوص الشرعية او القانونية بطريق الخطأ في غالب الأحيان مما يجعل تقديره يخالف الصواب و يعرضه للنقض.

الفقه القانوني لا يختلف عما ذهب إليه الفقه الإسلامي بشأن السلطة التقديرية للقاضي و خضوعها للرقابة<sup>(1)</sup> .

و سلطة قاضي الموضوع تتحقق في ثلاث مراحل ليست كلها خاضعة للطعن فيما قدره<sup>(2)</sup>

---

1 - للمزيد من المعلومات حول رقابة سلطة التقديرية في الفقه الإسلامي انظر: السرخسي، مرجع سابق، ج 16، ص 42 /الشافعي، مرجع سابق ج6 ، ص 204 / ابن قدامه، مرجع سابق، ج10، ص 103.

2 - محمد محمود ناصر بركات، مرجع سابق ، ص 471 .

- المرحلة الأولى :

الأصل فيها أن أعمال القاضي لنشاطه الذهني فيما تعلق بالتقدير للواقع من تمحيص له و تقدير الأدلة المثبتة منه و استخلاص ثبوت الضرر من عدمه و تقدير حصول الفعل أو الترك أو عدم الحصول و تقدير تلك الوقائع على ضوء ظروف الدعوى و ملابستها و تقدير الواقع المعنوي و الكشف عن نيات الخصوم كله خاضع لسلطة القاضي التقديرية الذي لا تعقيب عليه و الرقابة .

## - المرحلة الثانية :

و هي مرحلة يقوم فيها القاضي نشاط ذهني ينصب على إعطاء الوقائع التي سبق و أن استخلص ثبوتها في المرحلة السابقة أي ما يعرف بمرحلة التكييف لان تقدير القاضي في هذه المرحلة ليس على إطلاقه كونه مقيد برقابة المحكمة العليا على اعتبار أن الخطأ في هذه الحالة غير الخطأ في القانون ، و مهمة محكمة النقض تتعلق و هذا المجال فهم القانون لأجل تطبيق على الواقعة و فيه استعمال النشاط التقديري خاضع للرقابة

## - المرحلة الثالثة :

و هذه المرحلة هي خاتمة النشاط الذهني و المتمثلة في إصدار الأثر الوارد في القاعدة القانونية التي قدر خلال المرحلة الثانية و مرحلة التكييف أنها واجبة التطبيق على النزاع المعروض و نشاط القاضي في هذه المرحلة نشاط مقيد يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا كون الخطأ وقع عند تطبيق القانون و تقرير القانون باعتبارها محكمة قانون تتولى مراقبة قاضي الموضوع فيما ذهب إليه في النشاط للتيقن من أن تقديره يتفق و صحيح القانون (1) .

و عليه فسلطة القاضي التقديرية تتعلق بعنصر الواقعة و ما يستخلص منها و لا رقابة على هذه السلطة في هذا العنصر ، كما تتعلق سلطته بعنصر تكييف القانون و تطبيقه على الواقعة المعروضة

لل قضاء و سلطته حينها معرضة للرقابة ، كون الرقابة تختص بجانب القانون و ما تعلق به في نحو العنصر الثاني ، تكييفه و تطبيقه و كون الهيئة التي تمارس الرقابة هي المحكمة العليا محكمة قانون و ليست محكمة وقائع .

و لم يختلف الفقهاء في مدار الطعن بالنقص<sup>(1)</sup> في الأحكام في نحو ما حصل في عموم كل الدعاوى و مبناه مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو وقوع بطلان في الحكم خلل في الحكم أو وقوع بطلان و خلل في الإجراءات الموصولة للحكم<sup>(2)</sup>.

و مسار الطعن بالنقض في الأحكام ينطبق و الطعن بالنقض في سلطة القاضي التقديرية لكل هذه المراحل ، كون كل مرحلة لا تخل من أعمال سلطة تقديرية ، سواء لفهم الوقائع و استخراج البيانات أو في تكييف النص الشرعي أو القانون و تطبيقه .

### الفرع الثاني : الطعن في حكم تقدير التعويض عن حل الرابطة

نحاول أولاً بيان مدى جواز الطعن في الأحكام الصادرة بشأن حل الرابطة الزوجية، لأترك الحديث ثانية الى مدى جواز الطعن في حكم تقدير التعويض.

#### اولا : الطعن في أحكام حل الرابطة

المشرع الجزائري نص في مادته 57 ق أج إقرار بأن حكم الطلاق يحصل أمام الجهات القضائية الأعلى من جهة مصدره الحكم ، إنما ليس كل الجهات على النحو التالي:

تنص المادة 57 ق أج " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطبيق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية ..... " .

يلاحظ مبدئياً على هذه المادة أنها جمعت بين احكام حل الرابطة الزوجية الموجبة التعويض كما تعرضنا إليها سابقاً في مسألة النقض اذ ان جميعها غير قابلة للطعن بالاستئناف .

إن هذه المادة خصصت الطرق السابقة لحل الرابطة الزوجية بعدم القدرة على الطعن في أحكامهم بالاستئناف و في مقابل ذلك لم تتعرف للطريق الثاني : الطعن بالنقض لا بالقبول و لا بالرفض مما نرجح القبول ما دام لم يوجد نص ينفي ذلك أي انه يمكن لطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن الطلاق و التطبيق و الخلع.

---

1 – الطعن بالنقض هو طريق طعن غير عادي يتم بموجبه الطعن في الأحكام و القرارات المخالفة للقانون بقصد نقض الحكم المطعون فيها و يتم ذلك أمام المحكمة العليا و جاء بالطعن بالنقض في ق إم محددة أما معياره فيكون في ظرف شهرين من تبليغ الحكم المطعون فيه أو من اليوم الذي تصبح فيه المعارضة غير مقبولة بفوات ميعادها / عباس العبودي، مرجع سابق، ص 387

2 – محمد محمود ناصر بركات ، مرجع سابق ، ص 478 .

أما المادة 57 ع أج قبل التعديل نصت على ما يلي " الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية "

فهذه المادة اقتصرت عدم قابلية أحكام الطلاق للاستئناف دون أحكام حل الرابطة الأخرى لان الحكم بحل الرابطة إذا كان كاشفا أي مقرا لواقعة الطلاق<sup>(1)</sup> الصادر عن الزوج فهو مجرد تنفيذ لرغبته التي كانت بناء على إرادته المنفردة على أساس أن الطلاق بيد الزوج ما دام قد طلبه و أصر عليه ، إذ من العبث الطعن فيه بالاستئناف من طرف الزوجة و الحال نفسه إذا كان الطلاق عن تراضي و اتفاق بين الطرفين و استعدت كل أحكام لتطبيق و الخلع من هذه المادة فيها يتعلق بقبولهما الطعن بطريق الاستئناف و هذا ما يتضح من ظاهر نص هذه المادة قبل التعديل 02 / 05.

و ما يلاحظ على نص المادة 57 بعد التعديل بان المشرع فعل الصواب إذ لو امكن استئناف أحكام دعاوى التطليق و الخلع لما زال الضرر عن الزوجة خصوصا فيما إذا أمكن للزوج إعادتها لعصمته بعد استئناف الحكم و نحن نعلم أن كل من طريق حل الرابطة سواء تطليقا أو خلعا هو طريقان اسندا للزوجة و ذلك بهدف إزالة الضرر الحاصل عليها .

و في هذا الخصوص صدرت عدة قرارات قضائية من المحكمة العليا إذ جاء في قرار لها:

" من المقرر قانونا أن الأحكام غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ، و من تم فإن القضاة بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون .

و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة المجلس عدلوا الحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق للخلع إلى الطلاق بتظلم الزوج يكونوا قد تطرقوا إلى موضوع الطلاق الذي لا يجوز لهم مناقشة إلا في جوانبه المادية مخالفين بذلك القانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " (2).

---

1 - الحكم الكاشف او المقرر هو الحكم الذي يصدر مقرا و مؤكدا لحالة او مركز قانوني قبل صدور الحكم و دون أن يضمن إلزام أي من الخصوم بأداء معين فالحكم المقرر يزيل حالة الشك التي تدور حول الحق أو المركز القانوني عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 334 .  
2 - ملف رقم 72858 ، قرار مؤرخ : 1991/03/20 / يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص 76 .

و جاء في قرار آخر لها:

" من كان مقررا قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية فان قضاة المجلس في قضية الحال بالغتهم للحكم المستأنف لديهم القاضي بالطلاق بين الطرفين خالفوا القواعد الجوهرية للإجراءات.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة." (1).

و ما سبق ذكره يؤكد أن أحكام الطلاق بصفة عامة غير قابلة للاستئناف لكن قابلة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا و هذا ما نصت عليه المادة 349 من ق إ م د " تكون قابلة للطعن بالنقض الأحكام و القرارات الفاصلة في موضوع النزاع و الصادرة في آخر درجة عن المحاكم و المجالس القضائية. " و كون أحكام الطلاق تصدر ابتدائية و نهائية فهي قابلة للطعن بالنقض دون استئناف و هذا ما تضمنته المواد ( 433 ، 434 ، 435 ، 452 ) (2) و هو ما يتماشى مع نص المادة 57 ق أ ج.

### ثانيا: الطعن في حكم تقدير التعويض

من خلال نص المادة 57 سابق الذكر نلاحظ بأن المشرع الجزائري ميز بين قابلية الأحكام الصادرة في دعاوى حل الرابطة الزوجية للطعن فيما تعلق بحكم الطلاق أو التطلق أو الخلع فلا سبيل للطعن فيهم بالاستئناف و ما تعلق بالجوانب المادية قابل للطعن فيهم بالاستئناف على حد تغيير المادة. و الحكم بصفة عامة سواء تعلق بحل الرابطة او بالجوانب المادية و إن احتكم القضاة الى نصوص شرعية ففهم هذه النصوص و تكييفها و تطبيق أثرها على الوقائع يحتاج إلى تقدير و التقدير مسألة موضوعية، الأصل فيها عدم خضوعه للرقابة و منها تقدير التعويض عن الضرر، إذ يعد من

---

1 - ملف رقم 79858 ، قرار مؤرخ : 1991/11/26 ، يوسف دلاندة ، مرجع سابق ، ص 76 .  
2 - تنص 433 ق إ م د " أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف ."  
434 " يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم "  
435 " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الحكم "  
453 " لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق المنصوص عليها في المادتين 450 و 451"

مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع إلا أنه تمة عناصر تدخل في حساب التعويض هي مسائل قانونية تخضع للرقابة<sup>(1)</sup>.

هذا المبدأ العام الذي أخذ به الفقه القانوني و الاجتهاد القضائي الجزائري ، إذ إن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق يخضع القضاة الموضوع غير أن تسبب هذا التقدير و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر هي مسائل تدخل في صميم القانون و بالتالي تخضع للرقابة<sup>(2)</sup>.

إن هذا الأساس معمول به في كل فروع القانون التي تحتاج إلى أعمال سلطة تقديرية أين تظهر قناعات القاضي إلى سطح الواقع و المشرع اقر للقاضي حرية تكوين قناعاته في مجال التقدير ، إلا انه ملزم بتسبب قناعاته تلك و ما يلفت الانتباه هو انه هناك فرق بين تسبب القناعة هذه الأخيرة تتطلب بيان تفاصيل تقدير و تقييم القاضي للأدلة و تحديد معنى تأثير كل منها على قناعاته على عكس من ذلك تسبب الحكم يتطلب إثبات الواقعة المراد إسقاط الحكم عليها و نص القانون الذي ينطبق عليها و أدلة الإثبات التي استند إليها في استنتاجاته<sup>(3)</sup>.

إن سلطة القاضي في تقدير التعويض الناتج عن حل الرابطة الزوجية في إثبات انه هناك ضرر ، فان هذه السلطة لا تخضع للرقابة فيما إذا تعلق بالوقائع ، أما تسببها هناك رقابة عليها و جوازها وهذا ما يستكشف من خلال اجتهاد بالمحكمة العليا إذ جاء في قرار لها :

من المستقر عليه قضاء ان تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع إلى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين في ذلك بذكر أسباب تحديدها و من تم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .

---

1 - أسامة السيد عيد السميع ، مرجع سابق ، ص 313  
2 - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح ق . أ.ج ، مرجع سابق ، ص 363 .  
3 - سامية حباطي ، مرجع سابق ، ص 278

و لما كان من الثابت - في قضية - ان قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة و النفقة المحكوم بها في محكمة اول درجة دون ان يبينوا اسباب ذلك شاؤوا قرارهم بالقصور في التعليل و مت كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.(1)

و جاء في قرار آخر للمحكمة العليا:

" من المقرر قانونا انه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و عند نشوز احد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة إثبات الضرر و جب تعيين حكمين للتوظيف بينهما و من تم فان القضاء و بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد

( 55،59،56 ) ق.أ.ج يكون بقضائه كما فعل خالف القانون و تجاوز اختصاصاته و متى كان كذلك

استوجب نقض القرار المطعون فيه " (2)

---

1 – ملف رقم 75029 ، قرار مؤرخ : 1991/06/18، نبيل صقر، مرجع، ص 161  
2 – ملف رقم 57812 ، قرار مؤرخ 1889/12/25 ، الزواج و الطلاق ، مرجع سابق ، ص 114

## المطلب الثاني:

### اجراءات و مواعيد الطعن

الطعن حتى يحقق الاثر المرجو من وراء هذا السلوك يتعين له اجراءات نص عليها القانون ، ولا بد من احترام هذه الاجراءات قانونا لا يتعرض هو ذاته للنقض و كون المجال الاسري و ما يتعلق به من اجراءات يعالج ضمن المجال المدني الاجرائي ، و بالتالي الاجراءات المتعلقة بالحوال الشخصية تطبق بشأنها نفس الاجراءات المنصوص عليها بالمجال المدني بما في ذلك الاجراءات المتبعة للطعن في الاحكام و كذا مواعيدها.

### الفرع الاول : الطعن بالاستئناف

الاستئناف هو الوسيلة التي يطبق فيها مبدأ التقاضي على درجتين و الذي يعد من المبادئ الاساسية التي يستند اليها النظام القضائي ، اذ بمقتضى هذا المبدأ يكون للمحكوم عليه أن يعيد طرح النزاع امام محكمة اعلى درجة من المحكمة التي أصدرت الحكم لتعيد بحث النزاع و الفصل فيه من جديد، و حق المحكوم عليه هذا يطلق عليه بالاستئناف و تسمى المحكمة التي يرفع اليها الاستئناف بمحكمة الدرجة الثانية ، اما المحكمة التي فصلت في الدعوى اولا فيطلق عليها بمحكمة الدرجة الاولى.

و عليه فان أساس الاستئناف هو لتدارك ما قد ينجم من الاخطاء التي تقع فيها المحاكم الابتدائية بالإصلاح سواء أكان هذا الخطأ في الاجراءات او الموضوع، ة لا يجوز الاستئناف الا مرة واحدة و ذلك لوضع حد للمنازعات و تجنباً لإطالة أمد المتقاضي و عليه فان الاستئناف لا تستأنف (1).

### اولا: اجراءاته

للطعن بالاستئناف طريقين و هذا ما نصت عليه المادة 539 ق ا م د مع بيان الاجراءات الواجب إتباعها عند رفع العريضة و يتمثلان فيما يلي:

1- ايداع عريضة الاستئناف لدى أمانة ضبط المجلس القضائي ، و نصت على هذه الطريقة المادة 539 ف1 بقولها : " يرفع الاستئناف بعريضة تودع بأمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر الحكم المستأنف في دائرة اختصاصه "

فالاستئناف يتطلب عريضة نصت على محتواها المادة 540 ق ا م د تحت طائلة عدم القبول شكلا و تتضمن هذه العريضة البيانات الآتية :

- اسم الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.
- اسم ولقب و موطن المستأنف.
- اسم ولقب المستأنف عليه و ان لم يكن له موطن معروف فأخر موطن له .
- عرض موجز للوقائع و الطلبات و الاوجه التي اسس عليها الاستئناف .
- ختم و توقيع المحامي و عنوانه المهني ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.
- دفع الرسوم المطلوبة .

تقيد العريضة بسجل خاص ممسوك لدا امين الضبط ، مرقم ومؤشر عليه رئيس المجلس و تودع العريضة بعدد الخصوم مع تسديد المصاريف هذه الاخيرة تختلف باختلاف الاقسام حسب القانون . و تقيد العريضة وفقا لترتيب ورودها مع بيان الاطراف و رقم القضية و تاريخ الجلسة<sup>(1)</sup> .

2- ايداع عريضة الاستئناف بأمانة الضبط بالمحكمة مصدرة الحكم المطعون فيه . وهذا ما جاء بالمادة 539 ق ا م د (ف2) " و يجوز الطعن بالاستئناف بأمانة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم في سجل الخاص" و يجب مراعاة أحكام المادة 17 من نفس القانون.

و نفس الشيء بالنسبة لكيفية ايداع العريضة فهي تخضع لمضمون المادة 540 ق ا م د ، إلا أن هذه الطريقة أصبح العمل بها نادرا .

ففي كل من الطريقتين السابقتين يجب أن ترفق عريضة الاستئناف تحت طائلة عدم قبولها شكلا نسخة مطابقة لأصل الحكم المستأنف و هذا ما جاء بالمادة 541.

كذلك تنص المواد من 404-416 على ان العريضة المستأنف بها الحكم القضائي يتولى تبليغها المستأنف . مع ضرورة إحضار نسخة من محاضر التبليغ و الوثائق المدعمة للاستئناف و ذلك خلال أول جلسة و عدم القيام بذلك و بعد فوات الأجل دون مبرر مقبول تشطب القضية بأمر غير قابل للطعن، و ذلك ما نصت عليه المادة 542 ق ا م د.

## ثانيا : اثاره وميعاده

القاعدة العامة أن قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف مانعة من تنفيذ الحكم إذ أن رفع الاستئناف بذاته لا يمنع من تنفيذ الحكم ، اذ ان التنفيذ ممنوع قبل رفع الاستئناف لمجرد قابلية الحكم للطعن فيه بالاستئناف الى أن ينتهي ميعاد الطعن ، و انما برفع الاستئناف يستمر المنع من التنفيذ و لو انتهى ميعاد الطعن في أثناء قيام الاستئناف .<sup>(1)</sup>

اما بالنسبة **ميعاد الطعن بالاستئناف** : فهو شهر من تاريخ تبليغ الحكم الرسمي الى الشخص ذاته و يمدد أجل الاستئناف الى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي المختار . و تمدد هذه المدة بالنسبة للأشخاص المقيمين خارج البلاد الى شهرين لإمكانية الطعن في الحكم بالاستئناف ، و هذا المادتين 336 و 404 .

## الفرع الثاني: الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق من طرق الطعن غير العادية يتم بموجبه الطع في الاحكام و القرارات المخالفة للقانون بقصد نقض الحكم المطعون فيها ، و تمثل محكمة النقض أعلى هيئة قضائية في قمة التنظيم القضائي . و تهدف الى توحيد القضاء و تحقيق العدالة ، والطعن بالنقض لا يكون الا في حالات منصوص عليها قانونا و الطعن بالنقض ليس له أثر موقف للحكم المطعون فيه بوصفه قاعدة عامة و ذلك لا اعتبار محكمة النقض محكمة قانون و ليست درجة من درجات التقاضي<sup>(2)</sup> . و لهذا سنحاول بيان كل من اجراءاته اولا ثم بيان ميعاده .

1 - عمارة بلغيث، مرجع سابق، ص 94  
2 - عباس العبودي مرجع سابق، ص 387.

## اولا: اجراءاته

جاء في احكام المادة 560 ق ا م د أن الطعن بالنقض يرفع بطريقتين هما:

1- يرفع بتصريح او بعريضة أمام أمانة ضبط المحكمة العليا :

و يقوم بذلك الطاعن شخصيا أو من طرف محاميه في محضر يعده أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا أو المجلس القضائي ، أو أمين الضبط يفوض لهذا الغرض و يتضمن المحضر المعد من طرف الأشخاص السابق ذكرهم ما يلي:

- اسم ولقب و موطن الطاعن.

- اسم ولقب و موطن المطعون ضده او ضدهم .

- تاريخ و طبيعة القرار المطعون فيه.

و يوقع المحضر من طرف أحد الأشخاص السابقين و تسلم نسخة منه الى القائم بالتصريح بغرض تبليغها الرسمي للمطعون ضده وفق ما جاءت به المادة 562 و 563 ق ا م د.

2- يرفع كذلك بتصريح أو بعريضة أمام أمانة ضبط المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه

الحكم موضوع الطعن ، وهذا طريق جاء بالتعديل الجديد 08 / 09

يجب أن تتضمن هذه العريضة البيانات التالية وإلا كانت غير مقبولة شكلا تلقائيا بنص المادة

565 ق ا م د :

- اسم ولقب و موطن الطاعن.

- اسم ولقب و موطن المطعون ضده أو ضدهم.

- تاريخ وطبيعة القرار المطعون فيه.

- عرض موجز للوقائع و الاجراءات المتبعة.

- عرض موجز عن أوجه الطهن المؤسس عليها الطعن.

يجب أن يتضمن الطعن بهذا الوجه حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة

358 ق ا م د (1)

و يجب ان تستتبع العريضة عند رفعها بالوثائق التالية حسب المادة 566 ق ا م د تحت طائلة عدم

القبول شكلا تلقائيا ما يلي :

- نسخة مطابقة لأصل القرار أو الحكم محل الطعن مرفقة بمحاضر التبليغ الرسمي إن وجدت .

- نسخة من الحكم المؤيد أو الملغي بالقرار محل الطعن .

- الوثائق المشار إليها في مرفقات عريضة الطعن.

- وصل دفع الرسم القضائي لدى أمين الضبط الرئيسي لدى المحكمة العليا او المجلس القضائي.

- نسخة من محاضر التبليغ الرسمي للتصريح او العريضة عند الطعن بالنقض الى المطعون ضده.

- التوقيع الخطي للمحامي المعتمد لدى المحكمة العليا وعنوانه المهني وهذا طبقا للمادة 567 ق ا م د.

كذلك يجب أن تقدم كلا الوسيلتان (التصريح و العريضة) كتابة ، مع الزام تمثيل الخصوم أمام

المحكمة العليا بمحاميين معتمدين لديها طبقا للمادتين 557 - 559.

و يتم تسجيل تصريحات أو عرائض الطعن بالنقض في سجل ممسوك بأمانة ضبط المحكمة العليا

أو المجلس القضائي و ذلك حسب تاريخ وصولها.

## ثانيا: ميعاده

نصت المادة 354 ق ا م د على أنه بالنسبة للأشخاص المقيمين على أرض الوطن يرفع الطعن

بالنقض في أجل شهرين يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا ، وإذا ما تم التبليغ

الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار فانه يمدد ميعاد الطعن الى ثلاثة أشهر، و بهذا يكون المشرع قد ربط

اجل الطعن بمحل التبليغ الرسمي . ( شخصيا أو في الموطن الحقيقي ).

أما بالنسبة لميعاد الطعن بالنسبة للمقيمين خارج الوطن فيضاف الى المواعيد السابقة شهرين لكل

حالة من الحالات السابقة طبقا للمادة 404 ق ا م د.

<sup>1</sup> - أنظر المادتين 565 و 358 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008

# الخاتمة

الحمد لله و الصلاة على من لا نبي بعده ، فبتوفيق من الله أشرفت على نهاية هذا البحث .

و من كل ما تقدم ذكره في هذا البحث نخلص إلى أن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، و أي إخلال بهذا المبدأ و أي عدول من الزوج قد يلحق بالزوجة ضررا أيا كان نوعه ، إذا فعل ذلك لمجرد إلحاق الأذى بها ، فلها الحق في التعويض و للقاضي سلطة تقديرية في ذلك طبقا للمواد 52، 53 مكرر ، في مقابل ذلك إذا كان الإخلال من طرف الزوجة فللزوج الحق في المقابل المالي طبقا للمادة 54 ق أ ج.

و لقد توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

- مبدأ تعويض الضرر عن حل الرابطة الزوجية ثابتا في القانون الجزائري فقها وتشريعا و قضاء حيث يعتبر من أسسه الموضوعية ، و استعمال الضرر بهذا المصطلح ينصرف دائما الى القول بأن قانون الأسرة الجزائري يطبق هذا المبدأ بالنسبة للضرر المادي أو الضرر المعنوي و ذلك بشكل مباشر و عملي و يستنبط ذلك من قرارات المحكمة العليا.

- الطلاق في الحيض و طلاق السكران و الهازل عموما يعد من صور الطلاق التعسفي الذي يتجاوز فيه المطلق حقه، و يناقض قصد الشارع بالإضافة الى ذلك فان اساس التعويض عنه هو نظرية التعسف في استعمال الحق و ليس نفقة المتعة التي ذهب اليها الكثير من الباحثين و الفقهاء و في هذا الشأن نجد قرارات المحكمة العليا متذبذبة.

- اختلاف المفاهيم لذا بعض الازواج فأصبحوا يرون الطلاق حلا حاسما و سهلا لكل المشاكل ، مع أن الطلاق و إن كان حقا من حقوق الزوج فمشروعيته من المولى عز وجل لم تكن إلا اذا استحالت العشرة الزوجية و تنافرت الطباع و إن كان الأمر خلاف ذلك فإن من حق الطرف المتضرر أن يطالب بالتعويض ، و في مقابل ذلك أعطى القانون للزوجة حق المخالعة بشرط دفعا مقابل مالي للزوج كتعويض له.

- اعتراف المشرع صراحة للطرف المتضرر بالحق في التعويض عند فك الرابطة الزوجية إلا أنه لم يضع معايير و لا ضوابط لذلك و لم يجعل لطول الحياة الزوجية و لا لوجود الأطفال و لا لمكانة المتضرر أي اعتبار في تقدير التعويض ، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي بالإضافة إلى ذلك جعل الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف ما عدا جوانبها المادية.

كما لا يفوتني أن أدرج بعض التوصيات التي أراها ضرورية و هي:

- تعديل قانون الأسرة بالنص صراحة على نفقة المتعة مستقلة عن تعويض الطلاق التعسفي، والنص كذلك على التعويض المادي و المعنوي خصوصا في الآثار المترتبة عن حل الرابطة الزوجية دون التفرقة بين الرجل و المرأة ، لان الرجل عرضة أيضا لهذا النوع من الضرر .

- كان ينبغي بالمشرع ان يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض في المسائل المرتبطة بحل الرابطة الزوجية و ذلك لضمان حقوق المتقاضين من جهة و لفتح بابا واسعا لرقابة المحكمة العليا في ذلك من جهة اخرى.

- إدراج قانون ينص على إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لأنه بالرغم من وجود قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلا انه غير كافي لذلك .

و أخيرا أسأل الله العظيم أن أكون قد وفقت لما يحبه و يرضاه و أستغفره عما أبديت من تجاوز أو نقصان ،  
إنه ولي ذلك و القادر عليه و الحمد لله رب العالمين.

## فهرس المراجع:

اولا: المراجع

ثانيا: المراجع الخاصة والرسائل

ثالثا: القوانين

رابعا: المجالات

## اولاً: المراجع العامة

- 1- ابراهيم عبد الرحمان ابراهيم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، ط1، 1999
- 2- ابن العربي ، أحكام القرآن، دار الفكر ، القاهرة، ط3، 1972
- 3- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1978
- 4- ابن حزم الظاهري، المحلى، دار احياء التراث العربي، دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان
- 5- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت ، لبنان، 1982
- 6- ابن قدامة، المغني و يليه الشرح الكبير، دلت الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة جديدة، 1972
- 7- ابن ماجة ،سنن ابن ماجة، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1988
- 8- ابن منظور، لسان العرب المحيط، دار لسان العرب، بيروت، لبنان
- 9- احمد حسام النجار، الخلع و مشكلاته العملية و المنازعات المتعلقة به ، دار الكتب القانونية، مصر، 2004
- 10- احمد فراج حسين، احكام الاسرة في الاسلام، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، 1998
- 11- احمد فراج حسين، احكام الزواج في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، 1997
- 12- احمد محمد المومني ، اسماعيل امين نواهضة، الاحوال الشخصية(فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع)، دار المسيرة، عمان، الاردن، ط1، 2004
- 13- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، 2009
- 14- اسامة عبد العليم الشيخ،قاعة لا ضرر و لا ضرار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2000
- 15- البخاري، صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت
- 16- الرشيد بن شويخ ، قانون الاسرة المعدل و المتمم، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008
- 17- الزواج و الطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم، الحجار، عنابة، 2001
- 18- السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1993
- 19- الشاطبي الموافقات، دار المعرفة، بيروت، لبنان،
- 20- الشافعي، الشافعي الام
- 21- الشوكاني، نيل الاوطار منتقى، شرح الاخبار، مصطفى البابي الحلبي، بيروت، لبنان
- 22- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994

- 23- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2007،5
- 24- الفيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، بيروت
- 25- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن الكريم، دار الفكر العربي، دار الكتب العلمية، القاهرة، ط2، 1996
- 26- أنور العمروسي، موسوعة الاحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الجامعي، 2005
- 27- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000
- 28- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون و القضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007
- 29- بدران ابو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب الأربعة، دار النهضة العربية،
- 30- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، دار حامد للنشر، عمان، ط1، 2009
- 31- حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني - الضرر- دار وائل للنشر، عمان، الاردن، ط1، 2006
- 32- حسين طاهري، الدليل القانوني للمتقاضين، دار الخلدونية، الجزائر
- 33- زكريا الانصاري، الجمل على شرح المنهج، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان
- 34- سعدي ابو حبيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط1988،2
- 35- شمس الدين، قانون الأسرة، و المقترحات البديلة، دار هومه، ط1، 2003
- 36- عباس العبودي، شرح أحكام أصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة، عمان، الاردن، ط1، 2006
- 37- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، دار الفكر، 1969
- 38- عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، دار الفكر،
- 39- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 1988
- 40- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط3، 1996
- 41- عبد الفتاح تقيية، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه و التشريع و القضاء و منشورات ثالة، الأبيار، الجزائر، 2011
- 42- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2006،8
- 43- علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002

- 44- عمارة بلغيت، الوجيز في الاجراءات المدنية، دار العلوم، عنابة، 2002
- 45- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004
- 46- فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، منشورات الأمين، الجزائر، 2009
- 47- محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ، القاهرة، ط3
- 48- محمد الابراهيم، الوجيز في الاجراءات المدنية والادارية، ديوان المطبوعات، ط4، 2009
- 49- محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، ط1، 1998
- 50- محمد السيد سامح، الخلع بين المذاهب الاربعة، دار ابو المجد لطباعة بالهرم، ط2، 2005
- 51- محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، ط2، 2006
- 52- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004
- 53- محمد محمود ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، دار النفائس، عمان ، الاردن، ط1، 2007
- 54- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الاسلام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط2، 1977
- 55- مسلم، صحيح مسلم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،
- 56- نبيل صقر، قانون الأسرة نسا و فقها و قضاء، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2006
- 57- نبيل صقر، قمر اوي عز الدين، قانون الاسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008
- 58- نبيل صقر، محمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 207
- 59- نزيه نعيم شلالة، دعاوى التعسف و اساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2006
- 60- نور الدين عتر، ابغض الحلال ، مؤسسة الرسالة، ط2، 1983
- 61- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط3، 1989
- 62- يوسف القرضاوي، فتاوى معاصرة في شؤون المرأة و الاسرة، مكتبة رحاب، الجزائر، ط1
- 63- يوسف دلاندة، قانون الاسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر 02/05 ، دار هومه، 2007

ثانيا: المراجع الخاصة و الرسائل

### 1- المراجع المتخصصة

- 64- اسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الاسلامي و القانون، دار الجامعة الجديدة، 2007
- 65- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون، دار حامد للنشر، ط1، 2009
- 66- عبد الهادي بن زبيطة، التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر

### 2- الرسائل

- 67- احمد بولقصبيات، افراض النتيجة الضرورية في دعاوى التفريق القضائي ، رسالة ماجستير، قسنطينة، 2007
- 68- حفيظة فضلة، الضرر كسبب من أسباب فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- سكيكدة، 2012
- 69- زينة مسيخ، تعويض الضرر الناتج عن الجريمة، - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، سكيكدة، 2011
- 70- ساجدة عفيف، الطلاق التعسفي و التعويض عنه، رسالة ماجستير منشورة على الموقع :

<http://scholar.najahedu/ar/content>

- 71- سامية حباطي، تقدير التعويض في الفرقة الزوجية بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير، 2011
- 72 - صالح الدين زيدان، حقوق المطلقة المالية،- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و قانون الأسرة الجزائري - رسالة ماجستير، قسنطينة، 2006
- 73- فروي الصادق ، طرق الطلاق في قانون الاسرة الجزائري- رسالة دكتوراه دولة، الجزائر، 1989

### ثالثا: القوانين

- 74- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

75- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم ، بالأمر رقم 02 /05 المؤرخ في 27 فبراير 2005

76- الأمر رقم 58 /75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بم 77- القانون 29 /91 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991 المعدل و المتمم بالقانون رقم 11 /90 المتعلق بعلاقات العمل الفردية

**ثالثا: مجالات**

78- مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، عدد خاص، 2001

79 - مجلة المعيار، قسنطينة، 2004، العدد التاسع.

## فهرست الموضوعات

الموضوعات	الصفحة
آية الاستهلال	
الإهداء	
شكر و عرفان	
مقدمة	أ - و
فصل تمهيدي: مبدأ تعويض الضرر في	
الشريعة والقانون	7
المبحث الاول: ماهية الضرر	8
المطلب الاول: مفهوم الضرر	8
الفرع الاول: تعريفه	9
اولا: لغة	9
ثانيا: اصطلاحا	10
الفرع الثاني: انواعه	12
اولا: مادي	13
ثانيا: معنوي	14
المطلب الثاني: خصائصه الموجبة للتعويض	14
الفرع الاول: ان يكون محققا	15
الفرع الثاني: ان يكون شخصا	15
الفرع الثالث: ان ينصب على حق او مصلحة مالية	16
المطلب الثالث: نماذج للضرر الناتج عن حل الرابطة	
الزوجية	17
المبحث الثاني: التعويض بشكل عام	17

- 18.....المطلب الاول: ماهية التعويض.
- 19.....الفرع الاول: تعريفه ومشروعيته.
- 19.....اولا: تعريفه.
- 19.....ثانيا: مشروعيته.
- 23.....الفرع الثاني : اشكاله.
- 25.....اولا: التعويض العيني.
- 26.....ثانيا: التعويض بمقابل.
- 28.....المطلب الثاني: حكم التعويض عن حل الرابطة.
- الفرع الاول: حكم التعويض عن حل الرابطة في الفقه الاسلامي.
- 29.....اولا: القائلين بمشروعية التعويض عن حل الرابطة.
- 29.....ثانيا: القائلين بعدم مشروعية التعويض عن حل الرابطة.
- 32.....الفرع الثاني: حكم التعويض عن حل الرابطة في قانون الاسرة الجزائري.
- 38.....

#### الفصل الاول: تعويض الضرر الناتج عن حل الرابطة

- 40.....الزوجية و اساسه.
- 42.....المبحث الاول: صور حل الرابطة الزوجية الموجبة للتعويض.
- 43.....المطلب الاول : حل الرابطة بإرادة الزوج المنفردة.
- الفرع الاول: حل الرابطة بإرادة الزوج بصفة عامة.
- 43.....اولا: تعريفه.
- 44.....ثانيا: اسبابه.
- ثالثا: طبيعة الارادة المنفردة للزوج في ايقاع الطلاق.
- 45.....الفرع الثاني: فعل التعسف في حل الرابطة.
- 46.....

46.....	اولا: ماهية الطلاق التعسفي.....
52 .....	ثانيا: جزاء الطلاق التعسفي.....
	المطلب الثاني: حل الرابطة الزوجية بإرادة
53.....	الزوجة.....
53.....	الفرع الاول: حل الرابطة بالتطليق.....
53.....	اولا: ماهية التطليق و أسبابه.....
56.....	ثانيا: التطليق المقترن بالتعويض.....
58.....	الفرع الثاني: حل الرابطة بطريق الخلع.....
58.....	اولا: ماهية الخلع.....
.61.....	ثانيا: التعويض المقرر لحل الرابطة خلعا.....
	المبحث الثاني: اساس التعويض عن حل الرابطة
65.....	الزوجية.....
.65.....	المطلب الاول: نفقة المتعة.....
67.....	الفرع الاول : مفهوم نفقة المتعة.....
67.....	اولا: تعريف نفقة المتعة.....
68.....	ثانيا: مشروعية نفقة المتعة و الحكمة منه.....
	الفرع الثاني: العلاقة بين نفقة المتعة و التعويض عن الطلاق
72.....	التعسفي.....
	المطلب الثاني: التعسف في استعمال
74.....	الحق.....
	الفرع الاول: نظرية التعسف في استعمال
74.....	الحق.....
	اولا: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه و
74.....	القانون.....
	ثانيا: معايير نظرية التعسف في استعمال
78.....	الحق.....
	الفرع الثاني : التعسف و معاييره في استعمال حق
80.....	الطلاق.....

## الفصل الثاني: تقدير التعويض مدى خضوعه

- 83..... للرقابة.
- المبحث الاول: سلطة القاضي في تقدير
- 83..... التعويض و الحكم به.....
- المطلب الاول: سلطة القاضي في تقدير
- 84..... التعويض.....
- الفرع الاول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي و
- 84..... ضوابطه.....
- اولا: مفهومها.....84.....
- 90..... ثانيا: ضوابطها.....
- الفرع الثاني: عملية تقدير
- 84..... التعويض.....
- اولا: تقدير التعويض بصفة
- 91..... عامة.....
- 91..... 1- مصادره.....
- 93..... 2- معايير.....
- 94..... 3-العوامل المؤثرة في تقدير التعويض.....
- ثانيا: مباشرة التقدير في دعاوى حل الرابطة
- 97..... الزوجية.....
- 97..... 1مباشر التقدير.....
- 99..... 2- مباشرة التقدير.....
- المطلب الثاني: الحكم بالتعويض و كيفية
- 101..... استيفائه.....
- الفرع الاول: السلطة التقديرية للقاضي في الحكم
- 101..... بالتعويض قبل و بعد التعديل.....
- 102..... اولا: قبل التعديل.....
- 106..... ثانيا: بعد التعديل.....

الفرع الثاني: دعوى استيفاء

109.....	التعويض.....
109.....	اولا: تعريف الدعوى.....
110.....	ثانيا: شروطها.....
114.....	المبحث الثاني: خضوع التعويض للرقابة.....
114.....	المطلب الاول: الطعن في تقدير التعويض.....
114.....	الفرع الاول: الطعن في السلطة التقديرية.....
	الفرع الثاني: الطعن في حكم تقدير
116.....	التعويض عن حل الرابطة.....
116.....	اولا: الطعن في احكام حل الرابطة.....
118.....	ثانيا: الطعن في حكم التعويض.....
121.....	المطلب الثاني: اجراءات و مواعيد الطعن.....
121.....	الفرع الاول : الطعن بالاستئناف.....
121.....	اولا: اجراءاته.....
123.....	ثانيا: اثاره وميعاده.....
123.....	الفرع الثاني: الطعن بالنقض.....
124.....	اولا: اجراءاته.....
125.....	ثانيا: مياعده.....
126.....	خاتمة.....
128.....	فهرس المراجع.....
133.....	فهرس الموضوعات.....

