وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي صالحي أحمد – النعامة-
معهد الحقوق
قسم القانون خاص أو عام

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر -ل.م.د-
الشعبة: حقوق
التخصص :قانون أسرة
تحت عنوان

التعويض في المسائل الأسرية في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي

من إعداد الطالبة:
- حوشاشات بلعيد حكيمة هوارية

تحت إشراف الدكتور:
- بوفلجة عبد الرحمن

المناقشة من طرف اللجنة المكونة من:

الاسم و اللقب	الرتبة	الصفة
صحراوي خلواتي	أستاذ	رئيسا
بوفلجة عبد الرحمن	أستاذ محاضر أ	مشرفا مقررا
حادي شفيق	أستاذ محاضر أ	مناقشا

السنة الجامعية:2024/2023

المركز الجامعي صالحي أحمد بالنعامة

معهد الحقوق

النعامة في: 2024/06/03

قسم القانون..... قانون الأسرة .....

إذن بالطبع خاص بمذكرة الماستر-تحرر على دعامة CD-DVD

أنا الموقع أدناه الأستاذ:..... بوفلجة عبد الرحمان .....

تخصص:..... القانون الخاص .....

الرتبة العلمية:..... أستاذ محاضر "أ" .....

أرخص للطالبين

1..... حوشاشات يلعيد حكيمة مواريه

2.....

تخصص:..... قانون الأسرة .....

تحرير المذكرة الموسومة ب..... النفقة في المسائل الأسرية في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي .

لحساب السنة الجامعية :..... 2023 2024 .....

توقيع الأستاذ المشرف

د.بوفلجة عبد الرحمان

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك... ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك... ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك يا الله

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة ... ونصح الأمة إلى النبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى كل من قال فيهما الله تعالى وقضى ربك ألا تعبدو إلا إياه وبالوالدين إحسانا إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهم وخاصة أمي التي لم تبخل علي من حنانها ولا بعطفها التي تخطت الصعوبات من أجلي والتي بوجودها وجودي وبظلها هنائي وبدعائها نجاحي هي البدر الذي أنار حياتي وإلى حبيبة قلبي وأنيسة حياتي إلى روح قلبي أختي فريدة فريدة من نوعها و اخي ريان بسمت حياتي حفضهم الله لي و رعاهم

أهدي هذا العمل المتواضع إلى روح المرحومين أبي وأخي أسأل رب العرش العظيم أن يغفر لهم وينير قبرهم ويدخلهم جنات عرضها السموات و الارض كما أهديه إلى الإنسانة الغالية أمي الغالية والقربية من الفؤادي بوقوفها مرشدة وداعمة طوال حياتي بدون كلل أو ملل ليبارك الله لي في عمرها ويحفظها لي من كل ضرر أو سوء

التشكر والعرفان

نشكر الله العلي القدير الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل المتواضع كما أتقدم بشكري
استادي المشرف بوفلجة الذي أفادني بنصائحه القيمة وتوجيهاته وأتشكره على صبره
معي ما كان لي أن أضع هذا العمل بين أيديكم ... فله مني كل الإحترام والتقدير
وجزاه الله كل الخير

كما اتقدم بالشكر والامتنان والتقدير لجميع أساتذة قسم الحقوق لجهودهم
المتواصلة معنا طوال المسار الدراسي الجامعي بنصائحهم وتوجيهاتهم القيمة فلهم
كل الشكر والإحترام والتقدير بعد المولى سبحانه وتعالى

مقدمة

مقدمة

الحمد لله حمد عبد مقر ينعم مولاه شاكر لفضله وعطاياه والصلاة والسلام على من أكرمه الله برسالته وخصه بعظيم مزاياه وأشهد أن لا إلله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمد عبده ورسوله شهادة تنفع صاحبها يوم لقاء الله أما بعد .

ان الزواج رباط مقدس وغليظ جعله الله سنة في خلقه باعتباره الطريقة الشرعية الوحيدة للتكاثر واستمرار الحياة للإنسان ولكل أنواع الانام .

وقد وضع الشرع نظام لهذا الزواج بما يحفظ كرامة وشرف الزوجين باعتباره رابطة انسانية تسودها الألفة والرحمة يفترض فيها الدوام غير أنه وبالرغم من هذه القداسة إلا أنها هذه الرابطة قد تنفك لأسباب عديدة و ان كان الموضوع يتميز في بدايته أنه حرية شخصية إلا أن هذا الفعل قد يسبب ضرر للطرف الآخر مما يطرح مسألة التعويض عن هذا الأخير.

ان مبدأ التعويض بشكل عام ظهر في الحضارات والقوانين القديمة وقد عرف التعويض على مر هذه العصور عدة تطورات ارتبطت عموما بفكرة الفعل الجنائي والفعل الضار.

أما بشكل خاص أن التعويض كان له حيز مهم في قانون الأسرة والفقه الإسلامي حيث وضع له عدة مصطلحات وشروطه وموضوعاته ومما يعني أن للتعويض أصل تاريخي حضاري ومما لا شك فيه أن التعويض في مادة الأسرة هو تعويض خاص بطبيعته قد نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المسائل الأسرية في نصوص جزئية تاركا مسألة التعويض للسلطة التقديرية للقضاء والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الذي أخد بها ولهذا ارتأينا أن نختار موضوع التعويض في المسائل الأسرية في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي لأهميته البالغة تتجلى في ان التعويض من المسائل التي يجب حمايتها من حيث القانون او الفقه لدا وجب النظر لقيمة التعويض التي ترضي المضرور.

وقد واجهت في بحثي القليل من المصاعب منها :

قلة الدراسات العلمية التي عالجت هذا الموضوع بطريقة متكاملة تصل بالنظري دون التطبيقي

غزارة المادة العلمية في موضوع البحث مما يعقد السيطرة عليها وانتقاء القالب المنهجي الفعال الذي لا يخل بمنهجية المقارنة ويعكس أهمية الدراسة و أصالة النتائج التي يمكن أن تقود إليها

لقد عالجت هذا الموضوع وفق الإشكالية التالية

كيف عالج المشرع الجزائري والفقه الإسلامي مسألة التعويض في المسائل الأسرية ؟ والتي تفرعت عنها التساؤلات التالية :

وما هي أهم هذه الصور ؟

وماهو الأساس المعتمد وفق ما جاؤو به ؟

ولإجابة عن الإشكالية المتبعة اتبعنا المنهج التحليلي والمقارن حيث قمت بتحليل أهم الصور للتعويض التي تم خطة البحث :

لإجابة على هذه التساؤلات قمت بتقسيم هذا البحث إلى فصلين أساسيين وإضافة مبحث تمهيدي حيث تناولت في الفصل الأول صور التعويض في المسائل الأسرية و يتضمن مبحثين جاء الأول بعنوان التعويض عن العدول عن الخطبة والمبحث الثاني بعنوان التعويض عن فك الرابطة الزوجية

أما الفصل الثاني بعنوان تقدير القاضي شؤون الأسرة للتعويض والرقابة عليه ويتضمن مبحثين جاء الأول بعنوان تقدير القاضي أسرة للتعويض والثاني بعنوان رقابة المحكمة العليا على تقديره للتعويض من الأسرة ومقارنة ما جاء به القانون الجزائري والفقه الإسلامي

أسباب اختيار الموضوع :

تنوعت الأسباب لاختيار لهذا الموضوع

- تعلق الموضوع بنظام الأسرة أهم كيان شرعي وقانوني في النسيج الاجتماعي تضافرت الجهود الفقهية الإسلامية فيه والقواعد القانونية
- رغبتي في الإطلاع أكثر على الموضوع حول مسألة التعويض عن المسائل الأسرية ما جاء به الفقه الإسلامي عن قانون الأسرة الجزائري

المبحث التمهيدي

المبحث التمهيدي : مفهوم التعويض أو ماهيته

مما لا جدال فيه أن أي مشروع علمي لا يمكن التطرق إلى جميع عناصره مالم يقف الباحث على مفهومه وماهيته التي تساعد في الوصول إلى نظرة عامة للموضوع ومعرفته وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال هذا المبحث التمهيدي المقسم إلى مطلبين الاول تعريف التعويض وتطوره التاريخي و المطلب الثاني طرق التعويض .

المطلب الأول : تعريف التعويض و تطوره التاريخي

انه ومثلما هو متعارف عليه عند أي تعريف يجب أن يتناول الباحث الدلالات اللغوية والاصطلاحية وهو ما يتماشى مع موضوع البحث و تاريخه من خلال الفرع الاول تعريف التعويض و الفرع الثاني تطوره التاريخي لهدا التعويض .

الفرع الأول : تعريف التعويض

سنبين من خلال الفرع التعريف اللغوي واصطلاحي (أولا)و التعريف القانوني (ثانيا) و التعريف الفقهي(ثالثا)

لغة : يقصد بالتعويض البدل والخلف [1] والعوض هو الاسم ما يعطي بدل خسارة أو ضرر ومنه عوضته من هبته خيرا وأعطيته بدل ما ذهب منه

اصطلاحا : خاصة عند فقهاء الشريعة هو الضمان وهدا الأخير هو رد مثل ما هلك او قيمته أي رفع الضرر يجبره و العمل عن الاستمرار فيه [2]

ثانيا : التعريف القانوني.

التعريف القانوني : فإن المشرع الجزائري سلك نهج فقهاء القانون بعدم إدراج أي تعريف للتعويض بل وضع المشرع عناصر التعويض وطرقه إذا رتبت المادة 24 من القانون المدني التعويض في ذمه كل من يتسبب بضرر للغير بأفعاله[1] .

[1]- تاج العروسة من جواهر القاموس الزبيدي جزء 18 ص 240

[2]- محمد الزحيلي . التعويض المالي عن الطلاق . دار المكتبي دمشق سوريا الطبعة الأولى 2008 ص 48

وخلاصة التعويض هو ما يحقق الضمان عند وجود الخطأ أو الضرر وهناك من عرفه – التعويض هو المبادلة القيمة لا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بأثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع من عملية التعويض ويلاحظ من هذا التعريف استعانة صاحبه بشروط التعويض من أجل تعريفه .

ثالثا :التعريف الفقهي.

التعريف الفقهي : ورد الضمان بهذا المعنى على لسان الفقهاء ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي من أن الضمان هو واجب رد الشيء أو بدله المثل أو القيمة وعرفه الشوكاني بأنه عبارة عن غرامة التالف [2].

تعريف المالكية : بأنه شغل في ذمة أخرى بالحق [3] وهذا التعريف ينصرف إلى ترتيب التزام في ذمة شخص آخر .

وهو يتفق مع التعريف السابق بناء على انتقال الدين الضمان عند المالكية واتفاق الجمهور مع الشافعية أن ذمة الأصيل مطالبة بالحق .

وعرفت مجلة الأحكام العدلية : الضمان بأنه : اعطاء مثل الشيء أن كان من المثليات وقيمته أن كان من القيميات [4] .

- وذكر الإمام محمود شلتون : أن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويض الضرر الذي أصاب الغير من جهته .
- وعرف الاستناد مصطفى الزرقاء الضمان بأنه التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير [5] .

الفرع الثاني : التطور التاريخي للتعويض

يستلزم في الدراسات الحديثة لدراسة أي موضوع البحث عن التأصيل التاريخي وذلك لإدراك التطورات والمستجدات التي طرأت على هذا الموضوع ليخلص أي باحث لإحداه مقاربة بشأن هذه التطورات.

---

[1]- المادة 24 من القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتم رقم 58/75 والمتضمن القانوني المدني الجزائري . الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005

[2]- أبي حامد الغزالي الملقب حجة السلام . الوجيز في الفقه مذهب الإمام الشافعي طبعة دار المعرفة بيروت لبنان 1399 هـ / 1979 ج1ص208

[3]- محمد بن علي الشوكاني , نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار – مكتبة الكليات الأرضية ج7 ص 71

[4]- مجلة الأحكام العدلية طبعة مطبعة شعاركم بيروت لبنان

[5]- مصطفى أحمد الزرقاء : الفقه الإسلامي في توبه الجديد المدخل الفقهي للعام مطبعة طربين دمشق سوريا طبعة للعاشرة 1387هـ 1968هـ فقرة 648 ص 1032

ويرجع أصل فكرة التعويض عند الإنسان البدائي في جريمة القتل التي ينظر اليها المجتمع أنذاك إلى جريمة تقتضي التعويض أو الدي كما هو مصطلح عليها في الشرع رغم ان الإنسان البدائي كانت غايتة الأولى اشباع رغبته في الإنتقام إلا أنه مع مرور الوقت خلص الانسان أنها لا تحقق له أي نتيجة .

ومع تحظر الإنسان البدائي ظهرت النواة الأولى للتعويض في عدد من الحضارات القديمة مثل الحضارة السومارية والبابلية وقد تم الإشارة إلى التعويض في بعض الألواح السومارية الموجودة بمتحف الشرف القديم اسطنبول ورغم تأكلها بفعل الزمن وعدم تواجدها في مجموعة واحدة إلا أنها نصت على مبدأ هام في التعويض وهوا الدية بدل من القصاص [1].

ولعل أهم الحضارات التي شرعت التعويض بموجب قانون هي الحضارة البابلية التي عرفت القانون الشهير حمورابي الذي نص على أهم المبادئ المقررة للتعويض كمبدأ (لعين بالعين والسن بالسن) إضافة إلى بعض التعويضات في الجروح المعتمدة التي يتسب فيها رجل عبد .

ومن أمثلة التعويض في قانون حمورابي وهو عدول المؤجر في عقد الإيجار بإخراج المستأجر قبل نهاية العقد وذلك بالتزام المؤجر بتعويض المنتفع بثلثي المحصول في حالة الإثمار الكامل [2].

وبعد أن استعرضنا بإيجاز تطور فكرة التعويض عبر العصور القديمة نجد كذلك الفقه الإسلامي قد وضع قواعد كثيرة لأنواع الجزاء مخلف الجرائم و الأفعال الضارة وأساس التعويض فيها هو ما أن كان الفعل الآثم واقع على حق الله عز وجل أو على حق العبد فإن الفاعل يلزم الضمان ويختلف توقيع العقاب هنا بين التعزير والقصاص وما يسمى الدية والإرشاد وحكومة العدل ولقد عرفة أيضا فكرة التعويض أو ما يعبر عنها مبدأ التعويض ازدهار في القوانين الحديثة إذ نتج في هذه الحقبة استقلال المسؤولية المدنية عن الجناية ويرجع منطلق المسؤولية المدنية والجنائية إلى أواخر حقبة القانون الفرنسي القديم ولم يظهر إلا في سنة1804 وهذا القانون لا يزال يعتمد عليه إلى غاية العصر الحالي [3]

[1]- محمد نصر الدين أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري العراقي رسالة دكتواره جامعة القاهرة كلية الحقوق 1983 ص42

[2]- محرم كمال بلاد النهر بين الحضارتين البابلية والأشورية ترجمة عن ديلابورت ص 119 120

[3]- المادة 1383.1382 من القانون المدني الفرنسي

وبطبيعة الحال فإن المشرع الجزائري قد ساير ذات الفكرة في التعويض من المواد 124 إلى 133 متأثر المشرع الفرنسي لعديد الأسباب .

وما يهمنا في هذا الموضوع أن المشرع الجزائري نص على تعويض أيضا في قانون الأسرة في مسائل متعلقة الزواج والطلاق خلافا على المشرع الفرنسي نص عليه في القانون المدني .

المطلب الثاني : طرق التعويض

حسب ما نصت عليه المادة 132 من القانون المدني الجزائري فإنه " يعين القاضي طريقة التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا وبقدر التعويض بالنقد على أن يجوز للقاضي تبعا لظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال على ما كانت عليه و أن يحكم على سبيل التعويض لأداءات تتصل بالفعل غير المشروع .

يتضح لنا من خلال ما نصت المادة قصد أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تعيين طريقة التعويض المناسبة قصد جبر الضرر حسب الظروف والملاحظ أن كلمة التعويض في هذه المادة وردت بصفة عامة ومفهومها واسع لذلك يمكن أن يكون هذا التعويض عينيا أو بمقابل .وهذا ما سوف ندرسه خلال التعويض العيني (كفرع أول) والتعويض بمقابل (كفرع ثاني).

الفرع الأول : التعويض العيني

فالتعويض العيني يقوم على أساس إرجاع وإعادة الحال إلى ما كانت عليه حيث يعتبر هذا التعويض الطريقة الأفضل للمضرور لكونه يهدف إلى محو الضرر الذي لحق المضرور[1] ويعد التعويض العيني شائعا في المسؤولية العقدية أما المسؤولية التقصيرية فلا يكون له إلا منزله الاستثناء لأنه في هذه الأخيرة الالتزام مقابل هو الأصل [2].

كما نشير إلى أن هناك من الفقهاء من يخلط بين التنفيذ العيني والتعويض العيني فالتنقيد العيني مرحلة تسبق المسؤولية فإذا استحال التنفيذ العيني أو امتنع المدين عن ذلك قامت مسؤوليته

[1]- عيساوي زاهية المسؤولية للصيدلي – مذكرة ماجستر – كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو 2012 ص 156

[2]- مقدم سعيد – نظرية التعويض عن الضرر المعنوي المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري 1992 ص 178

ان التعويض العيني هو الأصل في الشريعة الإسلامية التي تقضي أنه إذا كان الشيء الذي تلف أو عدم مثليا وجب تعويضه بمثله وإذا كان قيميا فبمثله لذا يعد التعويض الذي يمكن أن يحقق للمضرور ترضيه كما أصابه بطريقة مباشرة من غير تقويم ذلك النقود وهو شائع الوقوع في إطار المسؤولية العقد به [1] وقد نص المشرع الجزائري على التنفيذ العيني بموجب المادة 164 من القانون المدني على أنه : يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيد التزامه تنقيدا عينيا متى كان ذلك ممكنا كما نص في المادة 174 من القانون المدني على أنه : " اذا كان تنفيد الالتزام عينيا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم الزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إذا امتنع عن ذلك .... " لذلك فالأصل في تنفيد أن يكون عينيا [2] وعليه لا يجوز للمضرور من خطأ المتسبب في الضرر أن يطلب التنفيذ بمقابل اذا كان الأخير مستعد للتنفيذ العيني كأن يقوم المتسبب في الضرر الذي يبيع الآلات الكهرومنزلية لبيع الآلة بتعويض ذلك المستهلك عيني من أجل استعمالها لغرض معين يتبين أن تلك الآلة لا تؤدي وضيفتها التي صنعت من أجلها بشكل جيد لأنها مقلدة وليست أصلية فيقوم البائع بتعويض ذلك المستهلك عينيا بإعطاء الآلة الأصلية وإذا طلب المستهلك التنفيذ بمقابل يقضي بتنفيذ العيني إذا كان البائع مستعدا التنفيذ عينيا

مما تقدم نستخلص أن التعويض يكون في الأصل تعويضا عينيا بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار مما يتعين على القاضي الحكم به إذا كان ممكنا وبناء على طلب المضرور كأن يأمر القاضي مثلا بعلاج المضرور على تفقد المسؤول ولكن عندما يتعلق بالأضرار جسديه أو بوفاة فإن الحكم بمثل هذا التعويض يكون عسيرا , والغالب في هذه الحال هو الحكم بالتعويض بمقابل لأن كل الأضرار تكون قابلة للتقويم بالنقود

الفرع الثاني : التعويض بمقابل (النقدي)

فإنه ينشأ في حالة ما إذا تعدر التنفيذ العيني واستحال استحالة تامة منه كان يكون محل الالتزام نقل حق معين قد هلك أو إذا كان لم يصبح مستحيلا استحالة تامة ولكن لا يمكن إجبار المدين عليه سواء

[1]- براهيمي زينة – مسؤوليته الصيدلي – مذكرة ماجستار كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر 2012 ص 152

[2]- علي بن سليمان دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري المسؤولية عن فعل الغير الأشياء التعويض .ديوان المطبوعات الجامعية من عكنون الجزائر 1994 ص 205

كان اجبار المدين على الوفاء بالتزامه غير ممكن أو غير مجدي [1] لذلك يلجأ القاضي إلى التعويض بمقابل قصد تغطية الضرر الذي أصاب المضرور لعدم امكانية تعويضه عينيا ويكون التعويض في غالب الأحيان تعويضا نقديا ولكن قد يكون في بعض الاحيان تعويض غير نقدي

والتعويض النقدي يعتبر من أنواع التعويض بمقابل وهذا النوع من التعويض يغلب الحكم به في ألمسؤوليته التقصيرية ويعتبر الأصل فيه ويتصف هذا التعويض بالمرونة والوضوح حيث يرتكز ألمسؤول بالتعويض على الضرر الذي أصاب المضرر جراء فعله الضار ويكون ذلك في شكل مبلغ مالي يقدمه له والمال وسيلة التبادل وكذا وسيلة للتقويم وحيث أن الضرر سواء كان مادي أو ادبي يمكن تقويمه بالنقود وللقاضي سلطة واسعة في تقديره للتعويض النقدي وكيفية دفعه للمضرور اذا في إلامكان ان يدفع مرة واحدة أو مقسط حسب الظروف و إيرادات مرتب مدى الحياة إلا أن هذا الإيراد يلزم المسؤول بدفعه للمضرور إذا كان على قيد الحياة ولاينقطع إلا بموته. ونجد أن المضرور يفضل أحيانا الحصول على التعويض دفعة واحدة لكن المتدخل المسؤول عن وقوع الضرر بفضل أن يكون التعويض على أقساط حتى تسهل عليه عملية الدفع ويشير هنا إلى أن تحديد كيفية الدفع هي سلطة تقديرية في يد القاضي فهو الذي يحدد الطريقة الملائمة حسب الظروف

ويختلف التعويض النقدي المقسد على الإيرادات المرتب مدى الحياة كون الأول يتم دفعه على أقساط تحدد مدتها ويعين عددها ويتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها بينما الإيرادات مدى الحياة فإنه يدفع على أقساط تحدد مدتها ولا يعرف عددها [2]

[1]- زاهية سي يوسف (حوبة) المسؤولين لمدنية للمنتج

[2]- السنهوري عبد الرزاق , الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الأول نظرية الالتزام بوجه عام منشروات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان طبعة 3 1998 ص 1094

الفصل الأول:

صور التعويض في المسائل الأسرية .

الفصل الأول: صور التعويض في المسائل الأسرية .

إن المشرع الجزائري جعل صورا في مجال التعويض المتعلقة بالمسائل الأسرية و عالج كل واحدة منها على نطاق بين يوضح التعويض فيها يختلف كل صورة عن أخرى وهذا ما سوف نتناوله في هذا الفصل : الخطبة كصورة لتعويض (مبحث أول) وفك الرابطة الزوجية (\مبحث ثاني)

المبحث الأول : التعويض عن العدول عن الخطبة

التعويض كما سبق القول هو جبر الضرر الذي لحق المضرور وتقدير التعويض المستحق له يكون من طرف القاضي وفي العدول عن الخطبة هناك التعويض عن الضرر المادي (مطلب أول) والتعويض عن الضرر المعنوي (مطلب ثاني)

المطلب الأول : التعويض عن الضرر المادي

يثير أمر التعويض من جهة وجوبه صعوبة ما بحيث إقراره ثابت بنص قانوني ولكن ما يحتاج إلى البحث في هذه النقطة هو تقدير التعويض وبيان مقداره في حالتي الضرر المادي والأدبي وذلك لأن المشرع لم يحدد قيمة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة ولا كيفية حسابه مما يتطلب من القاضي الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني من خلال دراسة امكانية التعويض (كفرع أول) و كيفية التعويض (كفرع ثاني)

الفرع الأول : امكانية التعويض عن الضرر المادي

من المعلوم شرعا وقانونا أن الخطبة وعد يعقد في المستقبل وإن هذا الوعد غير ملزم لأحد من الطرفين

ولذلك فإن الخطبة مرحلة سابقة على الزواج تمهد له من خلال التعارف بين الخطيبين بالإضافة إلى توفير الوقت اتفاق على مايتطلبه عقد الزواج [1].

وعلى هذا الأساس وقع تساؤل جانب الفقه حول امكانية رفع الدعوى التعويض من طرف المتضرر من الجانبين في إطار الأحكام العامة المسؤولية المدنية التي تمنع كقاعد الإضرار الغير دون وجه حق

[1]- بلقاسم شتوان المرجع السابق في 119

أن التعويض عن الضرر المادي قد يكون قانونيا أو اتفاقيا أو قضائيا واعتبار الخطبة ليست عقدا وإنما مجرد وعد الزواج فبالتالي لايمكن القول بأن التعويض يكون إتفاقيا كذلك المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الأسرة مايحدد هذا التعويض يكون اتفاقيا كذلك المشرع الجزائري لم يتناول في قانون الأسرة مايحدد هذا التعويض ولاطريقة حسابه مما يخرجه من دائرة التعويض القانوني إذا اكتفى باقراره مبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة ولذلك فإنه يجيز التعويض القضائي الذي يعطي فيه السلطة التقديرية المطلقة للقاضي في تقديره وكيفية دفعه

ولكي يجوز المطالبة بالتعويض لا من توفر الشروط التالية

- أن لا يكون لمن عدل مبرر ينزع أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعتبر أساسا للتعويض كأن يكتشف أحد الخطيبين وجود مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الأقدام على الخطبة

يشترط أن في المخطوبة أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب لأن الخطبة مقدمة للزواج فمن لا يصح زواجها لا تصح خطبتها وعليه فإن يشترط لجواز الخطبة أن تكون المرأة المخطوبة خالية من الموانع الشرعية وغيرها (م04 ق أ , 30 ق أ ح)

والجدير بالذكر أنه كان يستحسن بمناسبته التعديل الجزئي لعام 2005 إدراج فقرة في المادة 5 أن المعدلة في مادة مستقلة توضح شروط المخطوبة تكون صياغتها كالآتي : يمنع خطبة المرأة المحرمة تحريما مؤبدا او مؤقتا غير أنه يجوز التعويض بخطبة معتدة الوفاة

ونلاحظ بأن المعتدة عن طلاق رجعي وكذا المعتدة من طلاق بائن للبينونة صغرى) لا تجوز خطبتها لا تصريحيا ولا تعريضا لأن المطلق له حق إرجاع زوجته أثناء العدة (م50 م 61 ا ق أ) لأن الزوجية ما تزال قائمة بينكما قالى تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك أن أراد إصلاحا[1].

فإن العدول عن الخطبة حق لكن لا يجب التعسف في استعمال هذا الحق (م124 مكرر ق.م المعدلة الأمر 10/05/ كما أن الخطبة ليست عقد ملزم وان مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض (م2/5 ف أ) غير أذا أنه اقترن العدول عن الخطبة أفعالا خاطئة في ذاتها و مستقلة استقلال تاما أو اقوالا من شأنها أن تلحق الضرر بالطرق الأخر

[1]- سورة البقرة الآية 288 عند الشافعية بجوز خطبة معتدة البائن تعريضا لاتصريحا ومعاها في ذلك عندهم مثل المعددة عن وفاة انظر المرلى نهاية المحتاج ج6 ص 198-199

كا ضرب أو السب أو الشتم أو الإهانة أو التشهير أو تشويه السمعة أو كأن يشترط أحدهما على الآخر أن يشتري تجهيزا معينا ثم يعدل عن الخطبة بلا مبرر مسرع أو كأن يأمر بإجراء تصرف على وجهة معنية وفجأة تتقلب الموازين رأسا على عقب فيحدث ذلك الضرر ماديا للمتصرف وفق ذلك الرأي ومنسوبة لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض [1] .

وهنا يشترط أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة وحالة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطوبة أما إذا كان الضرر ناجما عن فعل المتضرر نفسه هنا في هذه الحالة أما أن تنتهي المسؤولية كليا عن العادل أو توزع المسؤولية بين طرفي الخطبة

وقد ذهب البعض إلى القول بأن الخطبة مجرد وعد الزواج بل هو وعد غير ملزم وأن التعويض فيه اكراه ضمني ولكن يرد على هذا القول بأن التعويض في حالة العدول عن الخطبة للضرر ليس إكراها على إتمام العقد وإنما هو محاولة رفع الظلم عن الطرف المتضرر [2] .

حيث ينال الطرف الآخر الذي لم يعدل فقد ينال المرآة ضرر بسبب عدول الرجل لأنها أعدت الجهاز مثلا فهل يغرم العادل من ماله عوضا لأضرار المالية وغير المالية لقد أجاب عن ذلك بعض رجال الفقه بأنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم به لأن العدول حق للخاطب وللمخطوبة بلا قيد ولا شرط ولأن العادل بحكم الفقه والقانون يسترد هداياه فكيف يغرم مالا .

الفرع الثاني : كيفية التعويض عن الضرر المادي

فيما يتعلق بطريقة التعويض عن الضرر المادي العدول عن الخطبة لم ينص لا المشرع الأسري الجزائري ولا المصري على كيفية تقدير هذا التعويض والرجوع إلى القواعد العامة نجد أن المادة 132 من ق.م.ج التي تنص على أنه يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف يصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا كما نص نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه : يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على سبيل التعويض

[1]- بن شويخ الرشيد شرح الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية دار الخلدونية ط1 ص 2008 ص37

[2]- عبير ربحى شاكر القدومي التعسف في استعمال الحق في أحوال شخصية دار الفكر للنشر والتوزيع الأردن الطبعة الأولى 2007/1428 ص 87

بأداء بعض الإعانات نتصل بالفعل الضار ويقابل هذا النص المادة 171 من ق.م المصري التي تقر نفس المبدأ في شأن كيفية تقديم التعويض

ويتضح من هذه النصوص أن القاضي يعين طريقة التعويض والأصل أن التعويض يكون نقديا والتعويض بالمعنى الواسع أما أن يكون تعويضا عينيا وهو التنفيد العيني وأما أن يكون تعويضا يتقابل وهذا التعويض قد يكون تعويضا غير نقدي أو تعويضا نقديا

خلافا للتعويض للقانوني والتعويض الإتفاقي فإن القاضي هو الذي يتولى تقدير التعويض في حالة ما إذا كان التعويض غير محدد قانونا او اتفاقا بين الطرفين وذلك طبقا لما تقتضيه الظروف الملابسة

وفي مجال العدول عن الخطبة فإن العادل كان قد استولى على مال من الطرف الآخر يسب الخطبة أو ما تولده من ضغط أدبي يجعل صاحبه في حرج من رفض طلب الآخر فإن التعويض في هذه الحالة يكون عينيا وذلك برد الحال إلى ما كانت عليه إرجاع ما استولى عليه الطرف الآخر [1] .

فلو كان المستولى عليه عقارا أومنقولا أو أي أموال عينية أخرى فإنه يجب ردها ويجوز إجبار من أخذها على الرد بطريقة التهديد المالي وهو ما يفهم من نص المادة 132 من ق م سالفة الذكر فالقاضي في هذه الحالة ليس ملزما أن يحكم بالتنفيد العيني ولكن يتعين أن يقضي به إذا تحققت الشروط الآتية :

- إذا كان التنفيد العيني ممكنا وأن يطلب به من الطرف المضرور فالتعويض في حالة العدول عن الخطبة ليس اكراها على اتمام العقد وإنما هو محاولة لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الأخر نتيجة التعسف في إستعمال حق العدول كأن يتم بدون مبرر معقول أو أن يلحق ضرر بالطرف الآخر حمدا وتعزيمه أو ما إلى ذلك والمعايير التي يستشف منها القاضي واقعة التعسف في العدول عن الخطبة تكمن في:

معيار قصد الأضرار: وقصد الإضرار من العادل يظهر بقرنية تكليف الطرف الآخر التزامات أو إدخاله في إرتباطات مع رغبته الكامنة في إنهاء الخطبة أو البحث عن شريك آخر بفضله بمال أو جاء أو غيرهما فاستعمال حق الاستمرار في الخطبة أو العدول عنها بحكمة ضابط عدم الأضرار

وتسري هذه القيود على المخطوبة أيضا عند الزامها التعويض إذا كان العدول منها وتثبت أن لا دخل للخاطب فيه كأن عدلت رغبته في خاطب أفضل بعد تغريم الأول وتكليفه

[1]- عبد الله مبروك النجار – التعويض عن فسخ الخطبة أسسه ومدى مشروعية في الفقه الإسلامي والقانون دار النهضة العربية 2001 و 2002 ص 105

معيار الضرر الفاحش :

ونحن بصدد التعويض عن الضرر المادي فعلى الطرف الذي يطالب بالتعويض أن يثبت الضرر المادي الذي لحقه من جراء العدول كأن يثبت المخطوبة أنها قد دفعت مصاريف حجز قاعة الحفلات والتي لا يمكن استردادها في حالة العدول عن الخطبة فيكون بذلك قد لحقنا ضررا ماديا لكي يلزم القاضي الخاطب العادل تعويضا كما تكبدته من نفقات فالتعويض الذي يقضي له لا يكون الأعلى أساس وجود ضرر وليت عن العدول في حد ذاته

وقد استقر القضاء الجزائري على تعويض الضرر المادي المترتب عن العدول عن الخطبة وذلك ما جاء فر قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/02/25 حيث قضت أنه من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعه قانونية مدعى بها علية أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر ومن المقر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على المخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون [1]

وأما الفقه فقد اختلف حول مدى تأثير الظروف الشخصية للمسؤول في تقرير التعويض ولاسيما الظروف المالية إذا ذهب رأي منه إلى أنه اهذه الظروف حورها في تقدير التعويض ويجب على القاضي مراعاتها كأن يكون المسؤول عن الضرر غنيا أو فقيرا [2] .

وأصحاب هذا الرأي يقولون أن مثل هذه الظروف ما كان ينبغي لاعتدادها في هذا المجال لأن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر إلا أنه النص قد جاء عاما ومن ثم لا وجه لأن يقتصر على الظروف الخاصة المضرور كما أن الإعتداد بظروف المسؤول يتفق مع ما كان القضاء يسير علية من اعتداد بتلك الظروف وذهب رأي آخر إلى أن الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول لا تأخذ بعين الإعتبار عند تقدير التعويض [3].

فإن كان المسؤول غنيا لم يكن سببا في أن يدفع التعويض أقل ولذلك فإن العادل عن الخطبة بدفع تعويضا للطرف الآخر.

[1]-

[2]- عبد المنعم فرج الصده مصادر الإلتزام دار النهضة العربية 1996 ص 627

[3]- أحمد عبد الرزاق السنهوري ذ ت المرجع ج1 ص 973

بقدر ما أحدث من ضرر فحسب دون مراعاة لظروفه الشخصية إذا أن العبرة في تحديد مدى الضرر بظروف الشخصية التي تحيط بشخص المضرور و ليس تلك التي تحيط بظروف المسؤول .

وإذا استقر الأمر على أن التعويض يكون بحجم الضرر فما هو الوقت الذي يقدر فيه التعويض؟هل هو وقت وقوع الضررلأن مصدره هو العمل غير المشروع فيتحدد به أو أي وقت تقديره يوم صدورالحكم به ؟

الواقع ان الضرر المادي المترتب عن العدول عن الخطبة يتعلق بما تكبدته من مصاريف كما أسلفت القول ولذلك فإن الضرر الذي يلحق بأحد الطرفين يظل في مداه على ما هو عليه من يوم أن وقع إلى يوم صدور الحكم ولا يمكن أن نتصور أن يتغير الضرر في تلك الفترة والنتائج المترتبة عن العمل الضار تظل ثابتة لا تتغير فهي لا تشد أو تنقص مع مرور الزمن وعليه فإن تقدير التعويض يكون من وقت وقوع الضرر [1].

أما فيما يخص قيمة التعويض ففي الحقيقة هذه الأمور تدخل في السلطة التقديرية للقاضي الموضوع [2] على العموم فإن ضباط تقدير الضرر ه ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر 1999/03/16 حيث قضت بأنه من المقر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع فهي مثل هذه الحالات يرجع تقديره للسلطة التقديرية للقاضي وأن الأشكال في الحقيقة هو إثبات وقوع الضرر في حد ذاته .

معيار المصلحة الغير المشروعة :

أن الحكمة من مشروعية العدول عن الخطبة أن يتم الزواج بين الخاطبين عن الرضا و الطمأنينة فإذا الشعر أحد الخاطبين أن الطرف لا يصلح أن يكون زوجا جازله أن يعدل عن الخطبة فإذا العدول لغيرهذه الغاية كأن يعدل أحدهم من أجل الزواج ممن يفضل الطرف الآخر بالمال أو الجاء أو غيرها كان متناقضا لمقصد الشارع من مشروعية العدول عن الخطبة [3].

[1]- مسعود نعيمة الياس تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون اجتهاد القضاء مقال تحت النشر

[2]- عبد الرحمان الصابوني قانون الأحوال الشخصية السورية في الزواج والطلاق المطبعة الجديدة بدمشق 1979 ص 53

[3]- جميل فخري محمد جانم , التدابير الشرعية للعدة العدول عن الخطبة في الفقه و القانون ص 94-95

المطلب الثاني : التعويض عن الضرر المعنوي

أن الضرر المعنوي هو الحاق مفسدة في شخص الآخرين لا في أموالهم بمس كرامتهم أو يؤدي شعورهم أو بتهمهم في دينهم و شرفهم[1] ونحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم الأضرار الأدبية [2].

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه لكل ضرر قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو ما يحدث من تشويه وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض وقد يصيب العاطفة والشعور والضرر المعنوي هو كل مساس الذمة الأدبية للإنسان على عكس الضرر المادي الذي يصيب الإنسان في ذمته المالية و الضرر المعنوي ما يصيب الشخص في ذمته النفسية كالشعور والكرامة وغيرها من الأضرار المعنوية [3].

لذلك يعتبر ألم الفراق في العدول عن الخطبة ضرر معنوي يلحق بأخذ الخطيبين كما قد يكون افشاء أسرار أحدهما للغير عند العدول كذلك ضرر معنوي يمس خصوصيات كل منهما فالضرر المعنوي هنا غير مالي : أي أن المصلحة المعتنى عليها لا تدخل تحت التعامل بالمال قصدا وأن كان تقويمها بالمال ممكنا وذلك كنوع من الضمان الذي يستهدف جبر ومواساة المضرور

ويشترط في الضرر المعنوي كذلك أن يكون واقعا فعلا ولحق المضرور من محل الحماية المقصود بتقرير المسؤولية عن الضرر الواقع عليها يشمل اختلال الجانب النفسي في حياته جراء الضرر الحاصل بإتلاف معنى من معاني الحياة لدى أنصار والتي تمثل قيما تعلوا فوق قيمة المال ولا تقدر به أصلا وأن كان من الجائز اعتباره مقياسا لقيمتها من تقرير المسؤولية في هذه الحالة يستهدف حماية تلك القيم في الإنسان وداخل المجتمع حتى لا يستهين الناس بها ويتجاسروا على التعدي عليها [4]

في هذا المجال ذهبت المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر في 1991/14/23 حيث قضى بأنه على العادل عن الخطبة بدفع تعويض للمخطوبة عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابتها من جزاء فسخ

[1]- محمد فوزي نظرية الضمان في الفقه الإسلامي في الكويت مكتبة التراث 1403ه 1983 ط1 ص 112

[2]- أسامة السيد عبد السميع – التعويض عن الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون الاسكندرية دار جامعة الجديدة 1428-2007 ط1 ص68

[3]- عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني نفس المرجع ج1.ص559

[4]- عبد الله مبروك النجار نفس المرجع ص96

الخطبة التي دامت 4 سنوات لأن الثابت في القضية أن المدعى عجز عن إقامة الدليل أن له مسكن تأوي إليه زوجته عند الزواج وهو حق ثابت شرحا للزوجة أن الضرر قد أصاب الزوجة نتيجة انتظارها 4 سنوات كخطيبة [1].

من هذا اتضح أن التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة أمر ثابت بموجب أحكام القانون واجتهادات القضاء يسري عليه ما يسري على الضرر المادي فهما على حد سواء غير أن الأشكال الحقيقي في هذا المجال يكمن في اثبات الضرر المعنوي إذا غالبا ما يكون التعويض في هذه الحالة مرتبطا بالأم نفسية تلحق المعدول عنه أو المساس بشرفه وسمعته وذلك ظن الخطبة في طبيعتها ليس الأمر السري بل هي محل اشهار بين المحيطين به ولهذا فمن شأنه العدول عنها أن يترك الآثار في نفسية المعدول عنه .

وجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية استقرت على أن الخطبة ليست عقد وقد حرمة الخطبة على الخطبة كما فيها اضرار الخاطب الأول وانتهت إلى أن الخطبة مجرد وعد داه الأخير ليس ملزما باعتباره مجرد تمهيد زواج .

وإجمالا فإن العدول عن الخطبة بشكل عام يدخل في حالة الأعمال المباحة بل أن الإسلام يمنع التعويض للضرر لاسيما ضرر الفراق باعتبارات ان علاقة الطرفين هنا يجمعنا الهوى و الميول وأن الزواج هو ارتباط نفسي قبل أن يكون عقدي ذلك أن الاسلام يحرم اجتماع أجنبين مع بعضهما البعض وأن الشريعة وضعت بابا آخر للتعويض وهو الطلاق قبل دخول و بصح إذا اقترئت الفاتحة الخطبة

كما ذهب أيضا جانب من الفقه إلى عكس ما ذهب إليه الموقف القضائي في الجزائر وحجتهم في ذل أن الخطبة مجرد وعد الزواج وأن عدول عنها أمر جائز شرعا وقانونا ومن ثم أن تراجع من أحد الخطيبين أمر مباح في ذاته والحكمة من هذا الإجازة تمكين الخطيب من تفادي بزواج الفاشل وإزالة الإكراه والضغط على الإرادة قبل انعقاد العقد .

وأن من ادعى الحصول ضرر له من جراء هذا العدول كان يعرف مقدما أن العدول جائز للطرف الآخر فكان يجدر به أن يتدبر أمره على هذا الأساس كما أنه كان يستطيع قبل أن يقدم على ماقد يحصل له

[1]- المحكمة العليا غ.أش القرار بتاريخ 1991/04/23 ملف رقم 79999 م ق حدد 1999.1 ص54

بسببه ضرر أن يطلب من الطرف الآخر أن يحسم الأمر, الزواج أو بعدمه [1] وإذا كان الإحتياط يوجب عليه أن يطلب فسخ الخطبة أو امضاء العقد قبل الأقدام على أي عمل يترتب عليه حصول ضرر له فإن لم يفعل فليتحمل وحده نتيجة عمله وتعبه تقصيره وعد احتياطه[2] .

وهذا ما يجعل التعويض عن الضرر المعنوي أمر مختلف لأن التقدير فيه يختلف من شخص لآخر ومن هنا فإن التعويض عن الضرر المعنوي يأخذ شكلين هما : التعويض العيني عن الضرر المعنوي والتعويض بمقابل نقدي .

التعويض العيني عن الضرر المعنوي :

المراد التعويض العيني ذلك الحكم الذي يلزم المدعى عليه بتنفيذ الالتزام الذي امتنع عن تنفيذه أو أخل به وبذلك يعود المدعى إلى الحالة التي كان عليها قبل أن يقع هذا خلال أو قبل أن يقع الفعل الضار[3] .

وهذا ما يستكشف من نص المادة 132 من ق م ج في فقرتها 2 : حيث تنص على أنه بقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه وان يحكم وذلك على سبيل التعويض بآداء بعض الإعانات تتصل الفعل غير المشروع

ومن قبيل التعويض العيني كذلك أن يشكو شخص من الإساءة بسمعته وكرامته بسبب تعليق أو نشر إعلانات على الجدران إذا يجوز في هذه الحالات للقضاء على الأمر بتمزيق هذه الإعلانات

التعويض بمقابل عن الضرر المعنوي :

فهو الصورة الغالبة للتعويض وربما يكون تقدير الضرر المعنوي بالنقود في حالة الأضرار الناشئة عن العدول أمرا صعبا باعتبار قد ينال من حق معنويا للمعتدي عليه وهو ما يصعب تقديره بالمال ولكن هذا لا يمنع أن للتعويض بالمال أثر كبير في تحقيق ألم التقدي على شرف وكرامة الإنسان واعتباره مع إمكان حصول التقدير التقريبي بين الضرر والتعويض النقدي .

أما في ما يخص عناصر تقدير التعويض عن الضرر المعنوي وذلك من خلال :

[1]- عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية دار الفكر العربي دمشق سوريا طبعة الأولى 1984 ص 29

[2]- أحمد فراح حسين أحكام الأسرة في الإسلام دار الجامعة الجديدة مصر بدون طبعة 2003 ص 71

[3]- حسين علي النون المرجع سابق 278-279

- الإعتداد بدرجة الخطأ : حيث يعتد بها في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي فإذا كان الخطأ بسيطا فإن المحكمة تعتبره من عوامل التحقيق في تقدير التعويض

إلا أن بعض الفقه ينكر هذا الاعتبار لأنه ينطوي على محاباة المسؤول على حساب المضرور بسبب عدم جسامة الخطأ حيث يحرم من جزء من التعويض لسبب لابد له فيه ومع ذلك فإن الفقه في مجمله لا يملك إلا التسليم به وخاصة في مجال التعويض عن الأضرار الادبية الناجمة عن العدول عن الخطبة [1]

- الظروف الشخصية للمضرور من العدول : لابد على القاضي عند تقديره للتعويض عن الضرر المعنوي أن لا يتجاهل الظروف الشخصية الإجتماعية المتعلقة بالطرف المضرور عند العدول عن الخطبة وذلك تطبيقا لأحكام المادة 131 ق م ج بقولها يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعات الظروف الملابسة[2]
- الظروف الشخصية لتقدير التعويض للمسؤول عن الضرر :

أما بالنسبة للظروف الشخصية للمسؤول كظروفه المالية أو حالته العائلية فيرى جمهور الفقهاء أنه لا أثر في تقدير التعويض الذي يجب عليه فإذا كان المسؤول غنيا لم يكن هذا سببا في ان يدفع تعويضا أكثر وإذا كان فقيرا لم يكن هذا سببا في أن تعويضا أقل

وسواد كان المسؤول يعول أسرة أم كان يعول إلا نفسه فإنه يلتزم بتعويض الضرر الذي أحدته دون مراعاة لظروفه الشخصية إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية للمضرور لا للمسؤول [3]

حسن النية : مسألة حسن النية او سوئتها ليس لها دخل في مبدأ تقدير التعويض ومع ذلك فإنه بشأن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي لا يمكن إغفال ذلك وحسن نية هي مسألة موضوعية ليس للمحكمة العليا رقابة على القاضي في شأنها إذا يتمتع في تقديرها الحرية المطلقة [4] .

المبحث الثاني : التعويض في فك الرابطة الزوجية .

أن في حالة استعسار الحياة الزوجية واستنفاد طرق الصلح المشروعة أباح القانون وشرع الطلاق لذا كل من الزوج والزوجة وهناك حالات يسيء إستعمال هذ الحق الذي يترتب عنه ضرر للطرف الآخر وهذا

[1]- عبد الله مبروك النجار نفس المرجع السابق ص 141 إلى 147

[2]- أسامة السيد عبد السميع . التعويض عن الضرر الاولي (في الفقه القانون دار جامعة جديدة مصر د- b 2007 - 311

[3]- عبد الرزاق السنهوري الوسط ج1 المرجع سابق ص 1100

[4]- عبد الله مبروك النجار نفس المرجع 147

ما يوجب التعويض وجبر هذا الضرر ويختلف على حسب كل نوع من طلاق وهذا ما سوف أتناوله خلال هذا المبحث التعويض في الطلاق قبل البناء وفي التراضي (مطلب أول) والتعويض في الطلاق بإرادة المنفردة للزوج أو للزوجة (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : التعويض في الطلاق قبل البناء والطلاق وبالتراضي

في هذا المطلب الأول يقسم التعويض في الطلاق قبل البناء (كفرع أول) والتعويض في الطلاق بالتراضي (كفرع ثاني)

الفرع الأول : التعويض في الطلاق قبل البناء

يعرف الطلاق قبل الدخول بأنه عكس الخروج ويطلق هذا اللفظ على الوطء الحلال ويقال المرأة مدخول بها وهو كناية عن الجماع بين الرجل والمرأة [1] ولهذا الأخير عدة أحكام شرعية في مسائل الخلوة والميرات والنسب لكن ما يهمنا هو الآثار المالية للطلاق قبل البناء .

أن الطلاق قبل دخول قد يكون بإرادة الزوج و بالتراضي أو بالخلع كما أن الزوجة ترث زوجها في حالة وفاته وعليها العدة غير أن التعويض في حالة الإرادات المنفردة للزوج يكون في البحث في مدى مقدار وجود لسبب جدي من عدمه ومنه البحث عن التعسف وهو ما يعود بنا إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة في قضايا شؤون الأسرة نوع وأساس التعويض المحكوم به بقدر البحث عن وجود الضرر في حال الإيجاب تحديد جسامته .

أنه من المعترف عليه أن الطلاق قبل الدخول يرد بعد إتمام كل الإجراءات الشرعية و للقانون بنية بما فيها العقد الرسمي غير أنه قد تتغير إرادات أحد الطرفين وأن آثار هذا التغيير شأنه شأن الطلاق بعد الدخول مع إختلاف قيمة التعويض وجدير با ذكران غالبية الفقهاء سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون لم يتعرض الآثار عقد الزواج بدراسة تفصيله دقيقة مابين ابرام العقد و البناء والذي جرى العرف على أن يكون يوم الزفاف [2] إلا أنه في الفقه الإسلامي قبل أن الزوجة المعقود عليها عقد صحيح

[1]- وهبه الزحيلي أفقهاء الإسلامي وأدلته دار الفكر العربي 19927ج ص 356

[2]- محمد بربير كلبة الحقوق جامعة الجزائر 1 آثار عقد الزواج قبل البناء في الفقه الإسلامي و القانون الأسرة الجزائر مجلة الأحياء المجلد 21 العدد 28 جانفي 2021 ص 453

إذا طلقت قبل الدخول بها ليس لها بعد العقد المسمى المهر في مجلس العقد إلا نصفه [1] وذلك مصداقا لقوله تعالى وأن طلقوهن من قبل تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة نص ما فرضتم[2]

الفرع الثاني : التعويض في الطلاق بالتراضي :

يقصد بهذه الصورة أن كلا من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقائمة كاملة ويصلان إذن الاستمرار ففي العلاقة الزوجية قد أصبحا من المحال لأي سبب من الأسباب فتكون بذلك إرادة الطرفان متحدة من أجل أحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق [3] وقد أجازته نص المادة 48 من ق الأسرة الجزائري والذي يتم تجسيدا للاتفاق المتوصل إليه من قبل الزوجين والمحكمة حال اتفاق الطرفين وإجراء محاولة الصلح تتأكد من الموافقة المشتركة من طرفي الدعوى بكل إراحة وحرية ويكون السبب القانوني للطلاق بالتراضي هو الإرادة المشتركة [4] للزوجين .

والتعويض في الطلاق بالتراضي اتفاقي بين طرفيه شأنه في ذلك شأن باقي آثار الطلاق التي تتم أيضا رضائيا من نفقة العدة والنفقة الغذائية ومبلغ الإيجار وفي إسناد الحضانة وفكرة رضاية هنا أقرب إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا سلطان للقضاء في تعديل إرادتهما من حيث الطلاق ولا المبالغ المتفق عليها إلا أننا نرى أن المستقر في التطبيقات القضائية أن التعويض في الطلاق بالتزام يتم خارج إرادة المحكمة وقد يكون الطلاق دون تعويض أي طرق واعتبرت المحكمة العليا أن الطلاق بالتراضي ليس حكما لأنه صدر حسب رغبة الطرفان فهو مجرد إشهاد من المحكمة ولا يوصف بالابتدائية أو النهاية لذلك لا يحق لأي من الزوجين مراجعة أو الطعن فيه إلا عن طريق دعوى التزوير الأمر الذي يتعين معه عدم قبول الطعن شكلا[5] .

[1]- بلقاسم شتوان : الخطبة و الزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مدعما الأدلة الشرعية وقانون الأسرة الجزائرية دار الفجر للطباعة والنشر 2007 ص 95

[2]- سورة البقرة آية 237

[3]- ديابيباديس صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة دار الهدى الجزائر د ط 2002 ص 28

[4]- ولد خسال سليمان : الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري دار الطباعة الجزائر 2010ط ص 125

[5]- ق م ع – غ أ ش 2000/05/23 ملف رقم 243943 أ ق غ أ ش ع خ سنة 2001 ص 113

كما أن الطلاق يستوجب إجراء جوهري شأنه في ذلك شأن باقي دعاوى الطلاق وهو إجراء الصلح إذا جاء في قرار المحكمة العليا سنة 1967 أنه من المقرر شرعا أنه يجوز الطلاق بالتراضي بعد محاولة الصلح من طرف القاضي [1] .

الطلاق بالتراضي لا يعني أن الباب موصد أمام الزوجين لاستئناف الحياة الزوجية بينما إذا عقدا جديدا كما أكدت على ذلك المحكمة العليا بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 1988/07/18

المطلب الثاني : التعويض في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة

سندرس خلال هذا المطلب التعويض في الطلاق التعسفي في الفرع الأول من خلال القانون الجزائري ثم الفقه الإسلامي ثم ننتقل إلى الفرع الثاني إلى التعويض في الطلاق بالخلع والتطليق من الزوجة .

الفرع الأول : التعويض في الطلاق التعسفي

التعويض الطلاق التعسفي هو ما يقدمه الزوج لزوجته بدلا عن طلاقها من دون سبيل حيث يكون الزوج بطلاقه لزوجته قد أضرها ماديا ومعنويا

أولا : المتعة المقررة شرعا أساسا للتعويض عن الطلاق التعسفي :

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن المتعة أساس تشريعي للتعويض عن الطلاق التعسفي مما يدعوا إلى بحث مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون .

رأي الجمهور : اختلف الجمهور بعد أن قرروا بأن المتعة ليس واجبة لكل مطلعة في تفاصيل فروع حكم المتعة فقال الشافعي أن المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهر لقوله تعالى يأيها النبي قل لأ زواجكن أن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا سورا أحزاب وكان ذلك في نساء دخل بهن [2] .

[1]- قم ع-غ-خ /1967/11م ج 1968 عدد 3 ص 909 مقتبس من كتاب بلحاج العربي قانون الأسرة ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 3 دون سنة النشر ص211

[2]- الشيرازي ابراهيم بن علي أبو اسحاق المهدب في الفقه الامام الشافعي ج2(ط2 : بيرت دار الفكر المعرفة للطباعة 1379ه) ص64

وقال مالك وأصحابه " المتعة مندوب إليها في كل مطلقة دخل بها إلا التي لم يدخل بها وقد فرض لها فحسبها ما فرض لها ولا متعة لها [1] وعلى ذلك بأن الله تعالى قال فيها حقا على المتقين حقا على المحسنين ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين .

رأي إبن حزم ذهب أبن حزم وابن جرير الطيري إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقته سواء في ذلك المدخول بها أو غير المدخول بها تسمى لها مهر أم لا لعموم قوله تعالى لقوله تعالى " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " .

لم ينص المشرع الجزائري حث المرأة المطلقة في المكعة المقررة لها شرعا سواء وقع الطلاق تعسفيا أم با تراضي بين الزوجين

ثانيا : عناصر تقديره (الطلاق التعسفي) وطريقة دفعه

نص أ ق ج في المادة 52 منه على (إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها) .

وهذا يعني أن المشرع الجزائري بنى على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي على أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها[2] من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون[3] .

وأيضا : ان الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا للقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق[4] .

اكتفى المشرع في نصه المادة المذكورة 52 ق أ ج بيان أن الطلاق التعسفي بموجب التعويض ولم يحدد الحد الأدنى ولا الحد الاقصى وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا المجال نجد أن الاجتهاد القضائي

[1]- القرطبي محمد بن أحمد الانصاري أبو عبد الله الجامع لأحكام القرآن ج3(ط3.لا.م: دار الكتاب العربي مطباعة والنشر 1378 هـ (1967ص200

[2]- ق.م.ع غرفة الأحوال الشخصية 1998/11/17 ملق رقم المجلة القضائية

[3]- ق.م.ع غرفة أحوال الشخصية 2000/02/22 ملف رقم 123536 المجلة القضائية 2001 عدد 1 ص 275

[4]- ق3م3ع3 غرفة الأحوال الشخصية 2006/07/12 رقم 368660 المجلة القضائية نية العدد 1.2006 ص 487

مستقر على ان تحديد مبالغ التعويض خاضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع الذين يملكون تقدير البيان الأطراف وعلى ضوئها تنشأ قناعتهم .

وفي قرار آخر للمحكمة : تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم .

وقد إجتهد بعض الباحثين في استنتاج عناصر يراعيهم القاضي في تقديره لمبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي هي

مراعاة ظروف الملابسة : في الظروف الشخصية للمضرور التي تؤخد في الحسبان عند تقدير التعويض ومن أمثلة هذه الظروف الزوجة التي تعيل أطفالا يكون ضررها أشد من الزوجة التي لا تعول إلى نفسها أيضا حالة الزوج المالية وليس معناه إذا كانت غنية كانت أقل حاجة فالتعويض هو حق ثابت يعطي لزوجة بقص النظر عن غنى أوفقر الزوجة

مراعاة سوء نية الزوج: أن مسألة حسن النية هي مسألة موضوعية والتي يختص بتقديرها القاضي فيستخلص عنصر حسن النية وسودها من خلال مشتملات القضية المطروحة أمامه

من وقائع الدعوى المعروضة عليه وتتجلى مسألة سوء النية الزوج من خلال استناده في طلب إطلاق إلى مبررات واهية وأسباب غير مشروعة ومؤسسة

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث استقر قضائها على أن لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبت مسؤولية الزوجة عن الطلاق فجاء في أحد قراراتها من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر وسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ولما كان الثابت في القضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة ومتى كان كذلك ما يستوجب نقص القرار جزئيا فيما يخص المتعة [1]

كما نجد بأن قانون أسرة الجزائري لم يتضمن النص على طريقة دفع التعويض عن الطلاق التعسفي هل يدفع جملة واحدة أم يدفع على أقساط كذلك لم نجد في حدود ما أمكننا الاطلاع عليه من تطبيقات قضائية طريقة حددها الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا واستقر عليها .

[1]- ق م ع ملف رقم 39731 مؤرخ 1986/01/27 مجلة قضائية 1993 م العدد 4 ص 61

في حسن ذهب المشرع السوري مثلا إلى امكانية دفعه جملة أو مقسطا حسب مقتص الحال وفي حال كونه في شكل أقساط شهرية فلا بد أن يتبين المحكمة قيمه كل قسط شهري وفي أي من أسام الشهر يصبح القسط مستحقا حتى لا يكون الحكم غامضا ويؤدي إلى الاختلاف عند تنفيذه.

فتعيين طريقة تسديد التعويض متروك للقاضي كما يراه مناسبا بما له من سلطة تقديرية إلا أن الحكم يدفع التعويض في شكل إيراد مرتب يمكن أن يؤول إلى إخفاء صبغة معايشة على هذا التعويض بهدف ضمان استمرار مستوى العيش الذي اعتادت عليه الزوجة المطلقة أثناء الحياة الزوجية إلى أن يستثنى عنه بزواج جديد .

الفرع الثاني : التعويض عن الطلاق بإرادة الزوجة (التطليق والخلع)

من خلال هذا الفرع سوف نتناول التعويض في التطليق أولا ثم ننتقل إلى التعويض في الخلع

أولا : التعويض عن التطليق .

يتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في أنه يجوز لزوجة التي تثبت أضرار زوجها بها بأي ضرر كان مادي أو معنوي أت تتطلب التعويض زيادة عن طلب التطليق يجوز للقاضي أن يحكم لها به

وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فقد جعل القانون إثباته بكل الوسائل القانونية والشرعية وأخضع تقديره مدى صحتها وحجبتها لقاضي الموضوع فقد جاء في اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا قولها أنه : من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل من ضرر معتبرا شرعا كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع [1]

- حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجود به كما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج والخطبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة الضرب والجرح .

يمكن للقاضي أن يوقع الطلاق إلا في حالة صدور حكم يلزم النفقة ويمتنع بذلك بواصل الامتناع حسب جاء قرار المحكمة ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب زوجها

[1]- م.ع.غ .أش ملف 222134 قارار بتاريخ 1999/05/18 اجتهاد قضائي عدد خاص 2001 ص 126

وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معالثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع كماقضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبق صحيح القانون [1]

وتكون للقاضي في كل الحالات التي يكون فيها صعوبة في اثبات الضرر ولا توجد أحكام قضائية أو قرائن تؤكدها وفي هذه الحالة يبحث القاضي عند تقديره لحالة التطليق واستحقاق التعويض مدى ضلوع الزوج في طلب التطليق فقد جاء حيثيات حكم صادر عن محكمة خروب بتاريخ 17-01-2006 في هذا الأمر أن تماطل الزوج في إتمام إجراءات الدخول يعد سببا لطلب الزوجة لفك الرابطة الزوجية قبل البناء تأسيسا على وجود الضرر المعتبر شرعا طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 53 من ق الأسرة الجزائري وتستحق بموجبة التعويض عن الضرر المادي والمعنوي وبموجب أكدته اجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه أن – من المقرر قانونا أنه يجوز لطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا

ومتى تبين في قضية الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم باتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المادة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق أ و عليه فإن القضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساسا تعسف الزوج و ثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون [2]

- حالة الهجر في مضجع فوق أربعة أشهر: من أشهر أصعب الحالات التي يمكن للزوجة إثبات ضررها منه لذلك غالبا لا تستحق الزوجة للتعويض لصعوبة إثبات هذه الحالة
- حالة الشقاق المستمر بين الزوجين : فإن القاضي يقدر مدى استحقاق الزوجة للتعويض استنادا لتقرير الحكمين طبقا للمادة 57 من قانون الأسرة ومدى ضلوع الزوجة في هذا الشقاق يلاحظ من الناحية العملية هجر القضاة لأحكام هذه المادة لذلك يحاول القاضي تقصي ذلك في جلسة الصلح ويرتب المسؤولية استنادا إلى ما يدور مابين الطرفين .
- أما حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج : لابد للقاضي من الاستعانة بالخبرة الطبية في هذا المجال لأنها مسألة فنية تتعلق بوجود العيب في الزوج ويتوجب فحصه والكشف عن مدى توفره به وانطلاقا من ذلك يقرر الحكم بالتطليق ذا القاضي مقيد بما تقضي به الخبرة الطبية فقد قضت

[1]- المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 192665 الاجتهاد القضائي حدد خاص 2001 ص 116

[2]- م العليا –غ-أش ملف (217179) قرار تاريخ 1999/03/13 الاجتهاد القضائي عدد خاص 2001

المحكمة العليا بقرار صادر عنها بتاريخ 19-11-1984 أن عجز الزوج عن مباشرة زوجته يقتضى انتظار الزوج مدة سنة للعلاج ووجوب بقاء الزوجة إلى جانبه طيلة مدة العلاج [1].

أما مسألة تقدير استحقاق التعويض في هذه الحالة فإنها تكون مرتبطة بغش الزوج أوتدليسه لأنه إذا كانت عالمة بهذه العيوب فإنها تستحق في هذه الحالة التعويض إضافة إلى أن هناك من العيوب ما يقضي بها القاضي بالتطليق دون التعويض ومن ذلك ثبوت عقم الزوج فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-02-1999 في حالة عقم الزوج وثبوته بعد العلاج يعطي للزوجة الحق في التطليق دون الحصول على التعويض[2]

ثانيا :التعويض في الخلع

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد مقدار بدل الخلع إلى ثلاثة أراء

الرأي الأول : لا يجوز للزوج : أن يأخذ مما أعطاها فإن خالعها على أن يأخذ مما أعطاها وقع الخلع بقدر ما أعطاها وبطل فيما زاد على ذلك وهذا ما ذهب إليه عطاء و عمرو بن شعيب والزهري وطاووس والحسين البصري وأبو بكر من الحنبلية و الأوزعي والشعبي وغيرهم [3]

الراي الثاني : يتحدد مقدار العوض بما يتراضيا عليه النظر كما أعطاها الزوج من مهر أو غيره وهذا قول الجمهور من المالكية والشافعية والظاهرية وبه قال عمر ابن عباس وعثمان وإبراهيم النخعي وغيرهم وذهب الحنابلة إلى أنه لا يستحب أن يكون العوض أكثر ولكن تراضيا على شيء صح [4]

الرأي الثالث : التفصيل بناء على نشوز الزوجة أو الزوج وهو قول الحنفية وعندهم لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا إذا كان هو المتسبب في إجراء المخالعة لعدم إبقاء الزوجة حقوقها وإذا كانت هي

[1]- - م العليا غ أ ش ملف 1222/34 المجلة القضائية عدد ثالث 1989 ص 73

[2]- م العليا غ أ ش ملف 251682 نقلا عن العربي بلحاج قانون الأسرة مع تعديلات الأمر ص 205 مرجع السابق ص 300

[3]- ابن حزم المحلي . د ط دار الآفاق الجديدة بيروت دسان ج9 ص 519-529

[4]- ابن قدامة المعني ط 1 1405 دار الفكر ج 7 ص 38.37 ابن حزم المحلي ج 9 ص 520 ابن الهمام فتح القدير ج4-194193 الشربين معنى المحاج ج5-351

المتسببة لإجراء المخالعة لنشوزها وعدم قيامها بحق الزوج فيجوز للزوج أن يأخذ منها بقدر ما أعطاها لا أكثر [1]

لقد أجاز فقهاء الشريعة الإسلامية ان كل ما صح أن يكون صداقا صح أن يكون مقابل في الخلع وهو أهم شرط من شروط المخالفة لأن الخلع طلاق بعوض ومقابل الخلع هو تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها والأصل في بدل الخلع أن يتفقا عليه الزوجان أو أن يكون إيجاب من أحدهما وقبول الآخر ما إذا لم يتفقا الطرفان على بدل الخلع فهنا يثور الأشكال ؟

فالمشرع الجزائري تناول من خلال المادة 02/54 من ق أبقولها : إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمته صداق المثل وقت صدور الحكم

من هنا فإن المشرع الجزائري لم يبين لنا ما يصح أن يكون بدلا للخلع وشروطه مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لاسيما المذهب المالكي باعتباره استعمل مصطلح مال ليعبر به عن بدل الخلع و المال يمكن أن يكون من النقود و الأوراق المالية المعروفة والمتداولة له وكذا كل الأشياء التي يمكن تقويمها نقدا أو عينا لهذا يمكن أن يكون بدل .

الخلع الدي تدفعه الزوجة هو مؤجل صداقها أو نفقة عدتها المقررة شرعا وقانون ولكنه لا يجوز للزوجة التنازل عن حضانة أولادها للزوج مقابل طلاقها خلعا لأن الحضانة هي حق للمحضون وليس للزوجة حق الغير بدل للخلع للحصول على طلاقها من زوجها الذي لم تعد ترغب في العيش معه وفي جميع الأحوال يجب أن يكون مقابل الخلع معلوما ومتفقا عليه بين الزوجين [2].

أما إذا اتفق على الطلاق بالخلع ولم يحصل اتفاقهما على المقدر المالي المقابل للخلع فإنه يجوز للقاضي أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ المطلوب أداه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمته المهر الذي يقدم عادة المثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة

[1]- المرغنياني بداية المبتدئ ط1 13555 مطبعة محمد علي صبيح القاهرة مصر ج2 14.2

[2]- شامي أحمد السلطة التقديرية لقاضي الشؤون الأسرة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان الجزائر الكلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ص 205

وقد كرسا الاجتهاد القضائي الجزائري سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع من خلال عدة قرارات منها قرار المجلس الأعلى سابقا المؤرخ 1968/05/22 والذي جاء فيه : من المقرر شرعا أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع وليس على مبلغة فالقضاء الموضوع السلطة المطلقة لتحديده بناء على الصداق المعجل وما يثبت لهم من الظلم وما ينتج عن الخلع بمجرد قبوله فسخ الزواج دون حاجة إلى اشتراط أدانه فورا إذا تمكن فوق ذلك تأجيل دفعه كما يسوغ أن يكون شيئا غير موجود وقت الاتفاق[1] وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار لها بتاريخ 1985/04/22 بقولها : من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الطلاق و الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع باعتباره أن ذلك يعتبر انفاقا على مبدأ الطلاق بالخلع ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بطلاق
وتأكيدا لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع لمحل الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشتراط الزوج خلعا قدره 50 ألف دينار جزائري رغم انصراف ارادة الطرفين إلى طلاق بخلع وطلبهما معا [2].

فالملاحظ أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أعطى سلطة تقديرية واسعة لقضاة الموضوع في تقديره بدل الخلع وهو نفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري إلا أن هذا الأخير قيده بأن لا يتجاوز مقدار بدل الخلع مهر المثل وقت صدور الحكم وذلك مع مراعاة عدم التعسف والمغالاة في المبالغ التي تمت المخالعة بها .

ويتولى القاضي تحديد وتقدير مقابل الخلع مراعيا في ذلك مبلغ الصداق الدي دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل علما أن هذه العناصر الاستثنائية فقط وإذا كانت الزوجة قاصر فعلى القاضي أن يراعى مصلحتها عند تقدير يدل على الخلع .

كما انه يجب على القاضي عند تقديره لبدل الخلع أن ينطق به عند صدور الحكم بالطلاق وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 11-10-2006 لايمكن القضاء بحفظ بدل الخلع والقاضي ملزم بالحكم به عند النطق بالطلاق خلعا سواء اتفق الطرفان عليه أم اختلفا

[1]- المجلة الاعلى غ . أش قرار 1968/05/22 ن ش عددها 4. 1968 ص111 فلاعن العربي بلحاج قانون اسرة مع تعبه بلان الامر 05-02- سابق ص 286

[2]- لنظرم العليا غ أش قرار 1985/04/22 ملف رقم 36709 م قاعدد 198901 ص 92

الفصل الثاني :

تقدير القاضي شؤون الأسرة للتعويض والرقابة عليه

الفصل الثاني : تقدير القاضي شؤون الأسرة للتعويض والرقابة عليه

أن القاضي خليفة الله في الأرض في إحقاق وإبطال وابطال الحقوق إلى أصحابها لقوله تعالى " ياداوود أنا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيصلك عن سبل الله "

مما جعل المشرع بوضع قيود ضابطة لإستعمال هذه الحقوق حتى لا تخرج عن مقاصد وصفها الشرع بمنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة وقائية وعلاجية لوقف أي ممارسة للحقوق الأسرية بقصد مخالف لمقصود الشارع أو بنية الأضرار أو مع انتقاء وجه المصلحة المطلوبة من استعمال حق في هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل أعمالا للسلطة التقديرية والحكم بالتعويض عن الضرر للشخص المضرور وبذلك يتبع ملسكا لحل النزاع ولكن هذه السلطة ترد عليها قيود وعليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين الأول تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض والثاني رقابة المحكمة العليا على تقديره

المبحث الأول : تقدير القاضي شؤون الأسرة للتعويض .

يعرض النزاع في شكل مركز قانوني متنازع عليه يطلب أصحابه من القاضي حسمه وعلى هذا الأخير القيام بنشاط ذهني لمطالعة النزاع الواقع مع القانون المحدد لهذه المراكز أجل ترتيب الأثر القانوني الوارد به ولهذا في هذا المبحث ندرس كيفية تقدير القاضي للتعويض (كمطلب اول) والقيود الواردة على تفسير التعويض (كمطلب ثاني)

المطلب الاول : كيفية تقدير القاضي للتعويض

نتناول خلال هذه المطلب الجوانب التالية على شكل ثلاث فروع أولا دراسة القاضي في مجال الوقائع والثاني دراسة القاضي في مجال القانون والأخير الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون

الفرع الأول : دراسة القاضي في مجال الوقائع

أن عملية طرح الوقائع على القاضي عبء يقع على عاتق أطراف الخصومة ودور القاضي في هذا المجال هو تقدير هذه الوقائع [1] حيث يلتزم القاضي بما ثم عرضه أمامه دون تجاوز ذلك وإلا عدد متجاوز لسلطته [2]

وما تم ادعاؤه من الوقائع عليها تتحدد به مهمة القاضي الذي يتوجب عليه الاحاطة لكل الجوانب القضية من خلال قراءته كما نم سرده من الخصوم حتى يتسنى له معرفة حقيقة الحق المتنازع عليه أو موضوع النزاع وبسببه وتحديد أطرافه وكذا التعرف على حدود طلبات الخصوم وجديتها وجدية الدفوع هذا أو يستطيع القاضي ومن النظرة الأولى على قضية معرفة السير الضروري لها والطريقة للواجب اتباعها وهذا الأمر يختلف من قاض إلى آخر بحكم وضيفته وخبرته القضائية التي تتطلب من الاطلاع وللعلم الدائم القانون ومستجداته [3]

وبما أن الوقائع المدعى بها من طرف الخصوم ترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذي يصدره القاضي فلا يجوز لهذا الأخير الحكم بغير ما طلب منه كما لا يجوز له تعديل الطلب القضائي أو سببه إنما يحكم في إطار ما تم تحديده من قبل الأطراف وفي هذا الصدد ما يلتزم به القاضي هو ما يتم من مطالبة قضائية للخصوم كمطالبة الزوجة مثلا بالتطليق عن إستنادا لأحد الأسباب المادة 53 قانون الأسرة إضافة إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به

والقاضي في هذه الحالة يجب أن يسمع كلا الطرفين ويمكن أن يقبل أو يرفض الطلبات والقاضي ملزم بمناقشة كل ما عرض عليه دون استثناء لكن من جانب آخر فالقاضي غير ملزم بإتباع التكييف الذي أعطاه الخصوم للمنازعة و إنما يعد بعد ذلك من اختصاص القاضي وحده باعتباره المتخصص والملزم بمنح النزاع الوصف القانوني الذي ينطبق عليه يبد أن الأطراف في هذا الإطار غير ملزمين بذلك ومن هنا في حالة تغيير الوصف الذي منحه الخصوم للنزاع من طرف القاضي لا يعد تغييرا الوقائع النزاع وإنما يعد تعديلا للوصف القانوني أو ضبط التكييف [4] بعد قيام الخصوم الإدعاء يأتي إثبات الوقائع عن طريق

[1]- نجومن قندور سناء . حدود أعمال القاضي لسلطة التقديرية مداخلة في الملتقى حول السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة بتاريخ 1 ديسمبر 2005 جامعة بجاية ص5

[2]- نبيل اسماعيل عمر سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2011 ص 126

[3]- الغوتي بن ملحة حول الاجتهاد القضائي المرحلة القضائية الديوان الوطني لأشغال التربوية العدد الاول 2000 ص 59 وما بعدها

[4]- نبيل إسماعيل عمر سلطة القاضي التقديرية المرجع السابق ص 127.126

تقديم الحجج والبيانات التي تدعم وتؤكد قيام المركز القانوني المتنازع عليه حيث يساعد الإثبات في تكوين الاقتناع الشخصي للقاضي ولا يؤسس حكمه إلا بناءا على ما تم تقديمه من أسانيد قانونية

بعد وضوح مركز الوقائع المطروحة أمام القاضي يأتي دور هذا الأخير في أعمال نشاطه الذهني للتأكد من هذه الوقائع المدعى بها حيث يقوم بفحص وفرز الوقائع وكذا

تمحيض كما ثم تقديمه من إثبات ثم يقوم بتلخيص وإخراج الوقائع المنتجة في حل النزاع وهذه العملية هي من صميم اختصاص قاضي الموضوع ولا رقابة قضائية على القاضي في كيفية قيامه بعمله الاستخلاص لهذه الوقائع وأخذ ما هو إيجابي و منتج لكن من جانب آخر يكون دائما مقيد بما طرحه من الخصوم

فالواقع يعد المجال الواسع لأعمال القاضي نشاطه التقديري في فهمه لأنه يشكل المادة الأولية لنشاطه الذهني للقاضي الذي على ضوئه يتحدد مسار القضية [1] .

فهده العناصر مسائل قانونية لكن ما يتوصل إليه القاضي من استنتاج يتعلق بتقدير وجود الضرر حقيقة وكذا حجمه ومدى جسامته فإن كل ذلك هو من مسائل الواقع ولا بد من القول أيضا أن تحليل القاضي لهذا الواقع والوقوف على حقيقة الإدعاءات المرفوعة إليه تعد من الإشارات التي تدل على صحة ما يستخلصه من وقائع فعالة تتعلق بالخصومة من خلال غريزته لتلك الوقائع عن طريق الاستئناس بما تم تقديمه من إثبات بشأن الوقائع المدعى بها

أما المقصود بالواقع المنتجة فنعني بذلك الوقائع التي لها دور في اقتناع القاضي والتي تساهم فيما بعد في تكوين قراره المتعلق بمنح الحماية القضائية المطلوبة منه ويسلك القاضي في فحصه للواقع منهجا علميا يرتكز على عنصر واقعي يتمثل في الوقائع المنتجة أو ذات الدلالة وعلى عنصر عقلي يتمثل في بحث الفروض النظرية الموجودة ومحاولة تطابق تلك الفروض النموذجية مع الواقع وهذه العملية تسمى الاستدلال أو القياس القضائي والتي سنقوم بشرحها لاحقا [2] .

[1]- نبيل اسماعيل عمر مرجع سابق ص 127

[2]- نبيل اسماعيل عمر مرجع سابق ص 129 ابراهيم بن حديد م سابق ص 16 وما بعدها

والقاضي أثناء ممارسة نشاطه الذهني في فهم الواقع هو حر في تقدير الوقائع وتحصيل فهمه للدعوة وهذه الفهم والتحصيل يختلف من فاض لآخر يحسب قدراته الذهنية ولا رقابة عليه في كيفية تفكيره ولكن من جانب آخر هو ملزم باحترام القواعد الموضوعية لإثبات وكذا القواعد الإجرائية التي تعد من النظام العام وهي محل رقابة قضائية

وعلى ضوء ما سبق ذكره يمكن القول : أن القاضي وحسب السلطة التقديرية التي منحت هي التي تجعله يستخلص الوقائع المنتجة في القضية وهي تعتمد على ملكيات الذهبية

التي تميز بها كل قاضي إضافة إلى الثقافة القانونية وحيث لا تخضع إلى رقابة القضاء بينما هو مقيد في جانب أهل آخر لتقييده بالوقائع التي تم عرضها من طرف الخصوم وكذا القواعد القانونية الموضوعية الإجرائية

الفرع الثاني : دراسة القاضي للقانون

يستمد القاضي سلطته التقديرية عند الفصل في أي نزاع من الإجازة التي منحها القانون وهدفه من وراء ذلك المطابقة النشاط الذهني الذي يقوم به لغاية العدالة التي رسمها له القانون [1] و القاضي يفحص الوقائع ويحاول استخلاص ما هو منتج فيها تبادرت إلى ذهنه القواعد القانونية التي يمكن أن يطبقها لحل النزاع [2] وهنا كتمهيد لإجراء التكييف القانوني من خلال إنزال الفروض النموذجية بالقاعدة القانونية إلى الواقع ومقارنتها به فإذا تم تطابق الغرض الموجود في القاعدة القانونية وبين الواقع يتم ترتيب الأثر القانوني المنصوص عليه [3].

غير أنه في الحالات معينة تكون هذه الفروض غامضة وهنا يتطلب من القاضي اللجوء إلى عملية التفسير القضائي ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن دور القاضي أوسع وأدق من عمل المشرع نفسه لان السلطة المختصة بالتشريع حيت تسن القاعدة القانونية تضعها دون النظر للحالات الخاصة ،والوقائع العملية وهذا أمر في غاية طبيعته و التشريع ينبغي أن يراعي فيه العمومية و التجريب بينما القاضي وهو

[1]- نجو من سناء المرجع السابق ص8

[2]- فوضيل نادية دروس في المدخل للعلوم القانونية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر – سنة 1999 ص 119

[3]- عبد الحميد الثواربي – المسؤولية القضائية في ضوء الفقه و القضاء ، منشأة المعارف مصر بدون طبعة من ص 213

يفصل في المنازعات المعروضة عليه يواجه وقائع خاصة وحالات عملية قد تختلف في موضوعها وقد تتشابه ويطلب منه الفصل فيها بما تقره قواعد القانون [1].

حيث يقوم بتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط تطبيقها على الأشخاص و الوقائع و بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض عن الضرر وكما أسلفنا سابقا نجد أغلبها يتسم بالعموم و الغموض الأمر الذي يستلزم من القاضي إعمال نشاطه الذهني من اجل تفسيرها وبيان شروط تطبيقها وفي هذا المجال لابد من استعانة القاضي بمصادر القانون و التي حصرها المشرع بالنسبة للقانون الأسرة في أحكام الشريعة الإسلامية حيث يقوم الإجتهاد في ضوئها لإستنباط الحكم

ويجدر التذكير هنا أن التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة النزاع و الذي على ضوئه يتم ايجاد الحل القانوني لا يحمل صفة الإلزام فيجوز له أن يلتزم به في نزاع آخر كما انه لا يكون ملزما لغيره [2] إلا إذا تم إقراره من طرف المحكمة العليا بجميع غرفها المجتمعة وقتها يصبح ملزما لكل المحاكم فالقاضي من خلال نشاطه الذهني لا يقوم بخلق قاعدة قانونية و إنما يخلق حلا قانونيا توصل إليه من خلال استعماله لمنهج قانوني توصل به إلى الإجابة الصحيحة للمشكلة المعروضة أمامه وذلك بالاعتماد على عدة وسائل قانونية ومنطقية وفنية [3].

و القاضي عندما يقوم بتطبيق حكم القانون على النزاع فهو يقوم بنشاط تقديري يصدر منه بموجب ولائه القضاء وبمناسبة وظيفة القضائية التي تتطلب منه رفع كل تجهيل يصادف القاعدة القانونية , ففهم القانون وتطبيقه هي مسألة يختص بها القاضي وحده ويخضع لرقابة قضائية بشأنها

إن القاضي قبل الفصل في أي نزاع يستعين بمجموعة من الوسائل الإثبات المقدمة من طرف الخصوم القاضي لكي يتوصل إلى حل النزاع يقوم بإستدلال قضائي على مقدمتين الأولى تتمثل في الوقائع التي قام بتحليلها وفيها عناصره و الثانية في القاعدة القانونية التي اختارها القاضي لتحليل أفكاره المركبة [4].

المطلب الثاني : القيود الواردة على تقدير التعويض

[1]- عمار بوضياف المدخل إلى العلوم القانونية " النزرية العامة للقانون وتطبيقتها في التشريع الجزائري دار الريحان الجزائر د ط 1999 ص 193

[2]- فوضيل نادية المرجع السابق ص 119

[3] عبد الحميد الشواربي المرجع سابق 202

[4]- عبد الحميد الشواربي إلى نفس المرجع ص 213

إن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة خولها له القانون و الشرع لكن في إطار محدود وضابط فعلي القاضي أن يلتزم بها ويكون له بعد ذلك حرية استخدام السلطة التقديرية فهو حر في نشاطه الذهني ضمن هذه القيود التي رسمها القانون دون الخروج في إطار هذا الحيز.

مع ان المشرع الجزائري خول القاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في مسألة التعويض عن الضرر من خلال منحه سلطة تقدير إمكانية التعويض عن الضرر إلا أنه وبحكم أن هذه السلطة التقديرية هي ملازمة للولاية القضائية يجب إخضاعها إلى جملة من الضوابط التي تحكم السلطة حتى لا يسيء استغلالها فتصبح مناط تعسف من قبله

الفرع الأول : عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون

يجب على القاضي أن يسلك منهجا رسمه القانون وعدم الخروج عن هذا المسلك ودراسة النزاع المعروض أمامه بكافة عناصره وتطبيق القاعدة الملائمة و التفكير و التركيب مليا في وقائع النزاع وتحليلها وبعدها يصدر الحكم في القضية المدروسة.

إن القاضي عندما يعرض عليه النزاع يجب عليه أن يحكم طبقا للقانون وهذا لا يعني أنه لا توجد ارادته أثناء أداء وظيفته لأنه إذا انعدمت ارادته انعدمت السلطة التقديرية ذاتها وبدون هذه السلطة تصبح مثل آلة ميكانيكية [1] و القانون منح سلطة واسعة للقاضي لكي يقوم بعمل تقديري بهدف تحدي مضمون إرادة قانونية قائمة وبذلك يرمي هذا النشاط إلى تحقيق العمل القضائي وهي العدل و الإنصاف وحماية الأفراد و المحافظة عليها [2]

أولا : الغاية من وجود القضاء منح القاضي سلطة تقديرية

فإذا واجه القاضي مسائل فنية او معقدة قام بالإستعانة بذوي الخبرة وهذا من اجل تحديد بعض المسائل القانونية واجبة التطبيق حتى لا يفصل في النزاع عن جهل لان ذلك من شانه ان يؤدي إلى إصدار

[1]- فاطمة الزهراء تبوت المولودة رابحي السلطة التقديرية للقاضي في المادة الإثبات المدني بحث لنبيل شهادة الماجستير في العقودو المسؤولية –بن عكنون الجزائر 1997 ص 2

[2]- شمرك محمد محمود مراد غربي عدلان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانخلاله استخرج لنبيل شهادة إزة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 6 – 2008 ص1

حقوق الأشخاص و المشرع عينه قائم على هذه الحقوق وحامي لها وحكمه من غير فهم وتحير يجعله يجور ويحيد عن الحق وهذا الأمر ينافي الغاية التي شرع لأجلها القضاء و التي يسعى إليها القانون وهي تحقيق العدل و إقرار الحقوق القاضي نصب ناضر في الحقوق لا مبطل لها وهو مامور بالنظر و العدل

لذلك يسعى جاهدا إلى إحقاق الحق وعدم الميل عنه فهو مأمور وملازم بالفصل في كل ما يطرحه أمامه عن طريق البحث و الاجتهاد في كل مراحل الدعوى ولا يجوز له ذأن يمتنع عن الفصل في القضايا دون مسوغ قانوني وإلا عد مرتكبا لجريمة انكار العدالة [1]

ثانيا : لمصلحة وتصرف القاضي

إن الغاية الأساسية من وجود القانون هي تحقيق المنفعة لكل المجتمع دون إنشاء لذلك جاءت قواعده عامة ومجردة تخاطب الجميع على منبر من المساواة و القاضي موجب ولاية القضاء يعد منفذا او مترجما لإرادة المشرع لذلك فإن أي نشاط ذهني يقوم به ان يصدر منه بصفة موضوعية واضحة صوب أعينه المصلحة العامة للمجتمع ككل مجتنبا النظر في مصلحته الشخصية فإذا وضع هذه القاعدة أمامه عند ممارسة نشاط التقديري تمكن من إحقاق الحق وبسط الأمن و و الاستقرار [2].

يقصد من ذلك أن القاضي عندما يقوم بنشاطه الذهني في حل النزاع فإنه في الدرجة الأولى يهدف إلى تحقيق المصلحة التي من أجلها ورد هذا النص و بالتالي تحقيق الحماية التي من اجلها ورد هذا النص و بالتالي تحقيق الحماية لأشخاص وأمنهم على مراكزهم القانونية وهذا من شأنه جلب المنفعة العامة ودرء المفاسد والاعتداء لذلك نجد أن هذه المصالح المحمية دائما تكون مصالح مشروعة وثابتة مبنية على نصوص وقواعد قانونية[3].

ثالثا : ضرورة التقيد بمجال الاجتهاد

إن ممارسة القاضي لسلطة التقديرية لا تأتي من فراغ و إنما يمارسه بموجب نص قانوني لذلك فهي مكنة مخولة بموجب القانون وتمارس في ظله ولذالك نجد أن المشرع عندما يخول للقاضي ممارسة نشاطه التقديري فإنه يحدد مجال هذه الممارسة هذا بذاته يعد قيدا على حرية تقديريه فتحديد المشرع

[1]- عمار بوضياف دور القاضي في المجتمعات الحديثة تنشره القضاء وزارة العدل الجزائية العدد الثامن و الأربعون 48 د ت ص 132-133

[2]- اسمهان عفيف مرجع سابق 121

[3]-محمد ناصر بركات ص 152

لقاضي شؤون الأسرة حالات ممارسة سلطة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر تقتضي من القاضي عدم ابتداع حالات خارجة عنها فالقاضي ملتزم باتباع النص القانوني وهو مقيد به إذ الإجتهاد في مورد النص غير أنه يمكن ممارسة سلطة التقديرية في الحكم بالتعويض لأن القانون رخص له بذلك ولكل هل هناك قيود ترد سلطته هنا ؟ ، وهذا الأمر سنحاول الإجابة عنه عند الحديث عن تطبيق القاضي السلطة التقديرية .

وينتج مما سبق أن القانون رسم للقاضي غاية موضوعية تتلخص بضرورة التقيد بالواقع ونصوص القانون و الكشف عن المراكز القانونية محل التجهيز وأن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فإذا خالف القانون وجعل من هذه السلطة وسيلة لتحقيق مصلحة خاصة كان نشاطه معيبا بالانحراف عن القانون .

الفرع الثاني : التزام القاضي بتسبيب الحكم

نص الدستور الجزائري على أن تكون احكام القضاة معللة وهذا ما ذهب إليه الدستور سنة 1996 و اكده دستور 2009 كما أكد هذا المبدأ قانون إجراءات المدنية و الإدارية وتبيين الاحكام معناه هو بيان قناعة القاضي فهي تحمل الحجج القانونية و الأدلة التي بن عليها الحكم [1].

إن تسبيب الحكم يعد بيان الأدلة و الحجج القانونية التي أسس عليها القاضي حكمه و استند إليها في إصدار حكمه و التسبيب الذي يجريه القاضي هو التسبيب القانوني ب يعرضه فيه الأسباب القانونية التي أوصلة إلى التقرير نتيجة معينة لأن هذا التسبيب يظهر القرار الذي اتخده القاضي باعتباره القرار الوحيد الذي يجب اتخاذه و لذلك بيان دعامات التي يستند إليها الحكم لأن القاضي على خلاف الفقيه لا يجب أن يستمر في الاحتمالات بل يجب أن يتفق من القرارات التي يتخذه ويكشف عن نتيجة استدلالية في النزاع المعروض أمامه [2].

[1]- فريحة حسين المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر دط 2010 ص 9

[2]- عبد الحميد الشواربي المرجع السابق 204

لا يتحقق هذا إلا بعد الاطلاع على الوقائع الخاصة بالنزاع ودراسة ملف القضية و التحقيق فيها و المقصود بالتسبيب أن يضمن القاضي حكمه مجموع الأسباب المتصلة بالوقائع و القانون التي أدت إلى إصدار المنطوق وتبرير صدوره [1].

وقد جاء في قرار المحكمة النقض المصرية أن تسبيب الأحكام القضائية يعد من اكبر الضمانات التي فرضها القانون على القضاة إذ يظهر فيه قيامهم بما عليهم من واجب تحقيق وبحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنوها فيما يفصلون فيه من القضية وبه وحده يسلمون من مضنة لأنه كالعذر يقدمونه بين يدي الخصوم و الجمهور [2].

إن القاضي غير ملزم بتبرير قناعته او ما يسمى الدوافع التي هي من أسباب نفسية تتعلق بموجب العومل الذاتية والشعورية التي تدخل في نفسية القاضي ولا يجوز أن تكون محل رقابة للتحقق في مدى صحتها [3]

وقد اوجب القانون تسبيب الأحكام ليضمن عدم تحيز القضاة في قضائهم وليمكن محكمة النقض من مراقبة أحكام المحاكم حتى تراقب تطبيق القانون بصفة سليمة و الحكم المسبب تسبيبا كافيا يضفي الاطمئنان في نفوس المتقاضين و الحكم المسبب هو المرآة العاكسة لصورة القاضي وخاصة إذا كان التسبيب جديا وواضحا فلا إذا أسباب غامضة مبهمة ويجب ان تكون أسباب الحكم الواحد متناقضة ويعتبر الحكم خاليا من الأسباب إذا تناقضت أسبابه مع منطوقه [4].

ونظرا لأهمية هذه المسألة فقد أولى بها المشرع الجزائري بتشريع العديد من النصوص القانونية من خلال ق إ ع التي فوض على القاضي أن يبين أحكامه حيث نصت المادة 11منه ان تكون الاحكام و القرارات القضائية مسببة و بالتالي القاضي ملزم كذلك بالإجابة عن جميع طلبات الخصوم ويجعل منطوق الحكم متناسق مع الأسباب وبذلك يعد التسبب كضمان لعدم القضاء بناء على ميولته الشخصية وكذلك يضمن اقتراح حقوق لدفاع واحترام قواعد الاثبات ويصبح الحكم وسيلة لإقناع وليس مجرد ممارسة للسلطة التي يتمتع بها القاضي [5].

[1]- الغوتي محلة القانون القضائي الجزائي – الديوان الوطني الأشغال التربيوة الجزائرية طبعة ثانية 200ص 362

[2]-نقض مدني مصري بتاريخ 1929/02/21 القواعد القانونية ج 4 قم 17 ص 178 نقلاشفاطمة الزهراء تبون المرجع السابق ص 90

[3]- اسمهان عفيف المرجع سابق ص 127

[4]-فرحة حسين المرجع سابق ص 9

[5]- فاطمة تبون المولودة رابحي المرجع سابق ص 90

إن فرض التسبيب له ثلاثة فوائد فهو يسمح لأطراف الخصومة ممارسة رقابة على الأسباب التي حملت القاضي على اتخاد قرار و انه ألم بوقائع الدعوى الإلمام الكافي الذي مكنه من أن يفصل فيها ثم يحمل القاضي على تفحص الدعوى من كل جوانبها حتى لا يقع في التناقض ثم يوفر لجهات الطعن العادي وغير العادي سبيلا لبسط رقابتها على الحكم [1].

وينتج مما سبق أن القاضي ملزم بتسبيب الحكم الذي ينطق به هو قيد يرد على حرية ممارسة سلطته التقديرية وهذا حتى يتسنى للخصوم وكل من يطلع على الحكم التأكد من صحته وروده بشكل ضمانة من تعمق في ممارسة نشاطه التقديري وخضوعه لميوله و أهوائه الشخصية

الفرع الثالث : عدم القضاء القاضي بعلمه الشخصي

القاضي خلال النظر في النزاع المعروض أمامه يمنع بان يقضي في حكمه بعلمه الشخصي ويعد ذلك من قيود التي ترد على عمل القاضي التقديري و اول من تبدأ به هو تحديد المقصود منه وما الأسس التي يبني عليها القاضي حكمه وهل هذا القيد مطلق أم ترد عليه الإستثناءات

أولا : المقصود بعلم القاضي الشخصي

القانون لم يعرف قيد علم القاضي الشخصي و إنما تولى تعريفه الفقهاء حيث ذهب جماعة منهم إلى جعله تلك الأدلة التي تتعلق بالنزاع المطروح أمام القاضي و التي قدمها الأطراف الخصومة وفق لمبدأ مشروعية وسيلة الإثبات [2].

التي يعني بها بالحصول على ادلة المتعلقة بالنزاع المطروح من ضمن ماتم تقديمه من طرف الخصوم إلى القول انه يجوز للقاضي بناء على حيثيات خارجة عن أوراق الدعوى انطلاقا من عمله الشخصي بها فلو قام بذلك لاعتبار عملا باطلا لأنه إزدوج بين صفة الشاهد و القاضي وهذا من شانه الإخلال بحق الدفاع ومبدأ الحياد القاضي

[1]- بربار عبد الرحمن شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية منشورات بغدادي طبعة الأولى 2009 ص 29

[2]- نبيل اسماعيل - امتناع القاضي عن عمله الشخصي دار الجامعة الجديد مصر 2007 ص 9

في حين ذهب فريق أخر إلى القول انه لا يجوز للقاضي عند بحثه موضوع النزاع ان يستند إلى معلومات شخصية تكون خارجة عن الدفوع والطلبات المقدمة من طرف الخصوم و التي قاموا بإثباتها أو قدموا حججا و أسانيد بشأنها [1].

ولهذا على القاضي أن لا يضيف أي إدعاءات من طرفه أو يقدم خارج عن تلك التي قدمها أطراف الخصومة لأن ذلك يجعل الدعوى تتغير وتنشأ ادعاءات لا علاقة لها بالأطراف فينبغي على القاضي ان يتمسك ويبحث في حدود ما أعطاه الأطراف من الأدلة و المستندات تتعلق بالقضية فقا لنص المادة 451 (ق إ م إ ج) يعاين القاضي ويكييف الوقائع المعتمدة عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة وبفصل في مدى تاسيس الطلب أخد بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها الطلب [2].

وإلا عد هذا مساس بالقاعدة التي تنص على عدم جواز الاحتجاج اما الخصم بأي واقعة او حجة لم تطرح في المحكمة ولم تحدث بين أطراف الخصمة تطبيقا لنص المادة 26(ق أ م أ ج) لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات ومرافعات [3].

كما انها تشكل اعتداء على القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز الاحتجاج تجاه الخصم بأي وقائع أو أدلة لم تطرح في الجلسة أو لم تكن محل مناقشة من طرفهم الادعاءات الخصوم هي دائما مرتبطة بإثباتها في حالة إدخالها [4] و القاضي ملزم بوجود المبينة له من قبل الخصوم و لا يمكن بأخد في الاعتبار كأصل عام إلا ما أثير امامه من وقائع كانت محل مناقشات ومرافعات إلا أنه يجوز للقاضي وقت الفصل في الدعوى أن ياخد بعين الاعتبار الواقائع المثارة من طرف الخصوم أثناء المناقشات و المرافعات لكن لم يؤسسوا عليها إدعائتهم

نستلخص من المادة 26 أن القاضي غير مقيد العرائض و المذكرات إنما له ان يأخذ بما يثار أمامه شفويا ويعتبره تأسيسا لإدعاءات الخصوم من امثلة ذلك أن تؤسس الزوجة دعواها المتضمنة مطالبتها الطلاق أن زوجها يسئ معاملتها ويضربها استنادا إلى المادة 53 من قانون الأسرة دون أن تقدم شهادات

[1]- نبيل اسماعيل عمر المرجع ص9

[2]- أمر رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

[3]- أمر رقم 09/08/ المؤرخ 25 فيفري 2008 المرجع سابق

[4]- نبيل اسماعيل عمر إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه اشخص مرجع سابق ص 10

طبية تدعم موقها لكنها تثير أمام القاضي واقعة أخرى لم ترد في عريضة افتتاح الدعوى تتضمن زواج المدعي عليه من إمراة ثانية دون موافقتها وتصر على عدم رضاها فللقاضي هنا أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع المثارة أمامه ليؤسس عليه حكمه لفائدة الزوجة [1].

أما الفقه الإسلامي فقد انقسم فيما تعلق بإمكانية قضاء يعلمه الشخصي إلى قولين " حيث ذهب المالكية وبعض الفقهاء الحنابلة و الشافعية متاجري الحنفية إلى القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي وقد استدلوا في ذلك إلى قوله صلى لله عليه وسلم إنما أنا بشر و أنكم تختصمون إلي لعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار[2] بينما ذهب الحنفية وابن حزم الظاهري إل القول أن يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي غير أنهم فصلوا في ذلك بالجواز فيما يتعلق بالحقوق الطلاق و القصاص وحد القذف بينما لا يجوز في سائر الحدود وقد استدلوا في قولهم إلى عدة نصوص شرعية من الكتاب و السنة تحدد من جملة هذه المواقف تعرف إمتناع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي أنه لا يجوز له تأسيس حكمه إلا على وقائع ومثبة بواسطة الخصوم .

واستنادا إلى قاعدة منع القاضي س بعلمه الشخصي يجب أن عليه أثناء ممارسة سلطة س التقديرية ان يراعي مجموعة من القيود و التي تتمثل في البقاء على الوقائع التي قدمها الخصوم ولا يضيف وقائع من عنده وخارجه عن لحقيقة بحطك القاضي بحسب طلبات الأطراف فقط لا غير بنسخ حكم أو قراراته حمل الدعوى اطلاقا من الوقائع و الأدلة التي قدمت له

ثانيا : منعه من القضاء بعلمه لمبدأ الحياد القاضي

يقصد بحياد القاضي تجريده اتجاه القضية المعروضة أمامه من أي مصلحة ذاتية و لا ينحاز لأي طرف ويكون خصما في الدعوى بحيث من المستحيل ان يجمع القاضي بين صفتين الخصم و القاضي في آن واحد ويكون لقاضي في هذه الحالة دورا ايجابيا في سعيه لحماية المتخاصمين و القاضي في حالة ما إذا

[1]- برابة عبد الرحمن المرجع سابق ص 69

[2]- سبق تخريجه الشافعي ألام ج 7 ص 492

مال لأي خصم من الدعوة يكون غير متصفا وفاقا للغاية التي يسعى القضاء لتحقيقها وهي العدالة لهذا عليه ان يبتعد عن أي مصلحة غيرية كانت أو شخصية[1].

غير أن هناك من يرى أن المقصود بحياد القاضي وقوف القاضي من النزاع موقف سلبيا من كلا الخصمين غير أن هذا المفهوم يقودنا إلى مبدأ حياد القاضي في نظر المذهب التقليدي الذي يجعل من القاضي عنصرا غير فعال في القضية وهذا عكس المذهب الحديث الذي يجعل من القاضي عنصر فعالا في بحث القضية حيث يكتفي بالنظر و إنما يقوم بمبادرات تساعد على إيجاد الحل القانوني للنزاع [2].

وهذا ما تم تكريسه من قبل المشرع الجزائري في المسائل الأسرية حيت جعل للقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته و اقتناعه الشخصي فيما يتم تقديمه من طرف الخصوم حيث أوجب عليه إجراء جلسة الصلح والتي من خلالها يكشف عن الغموض الذي يكيف الوقائع المدعى بها كما خوله سلطة تقرير إجراء التحقيق وهذا عند عدم كفاية الأدلة المقدمة من طرف الخصوم كما منحه سلطة التقرير إجراء الخبرة وغيرها من الأمور التي تساهم في تكوين اقتناعه الشخصي كذلك خول له سلطة تقرير إجراء تحقيق من أجل بحث عن الحقيقة وفق الآليات رسمها له القانون و التي ليس له الحق في الحياد عنها لان ذلك يمس مبدأ الحياد القابل من خلال لجوئه لتحقيق أعطى له المشرع سلطة إجراء الخبرة [3] ويمكن القول في هذه الحالة أن القاضي خرق مبدأ الحياد القاضي أو قام بالقضاء بعلمه الشخصي أن كل المعلومات التي يتحصل عليها كانت بموجب القانون وفي إطار ممارسة عمله القضائي ولم يستند إلى أي معلومة شخصية مسبقة تتعلق موضوع النزاع او أطرافه

ثالثا : الإستثناءات على قاعدة عدم القضاء القاضي بعلمه الشخصي

إن القاضي اثناء بحثه في النزاع المطروح عليه يجوز أن يبني حكمه وفق لمعرفته الشخصية ويعلم جميع بما فيهم أطراف وكذلك معرفته بالقانون حيث القاضي بعد معرفته بالوقائع يطبق عليها أنص الملائم بعد التحقيق فيها ودراستها قيام القاضي بتطبيق القانون إنطلاقا بمعلوماته الشخصية في هذا المجال لا يعد

[1]- عبد الحميد الشرابي المرجع سابق ص 61

[2]- نبيل اسماعيل عمر المرجع سابق ص 125 ما بعد

[3]- بوشيان خديجة صلاحية القاضي شؤون الأسرة في ضل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 مذكرة لنيل إجارة مدرسة العليا قضاء دفعة 18 2007 / 2008 ص 17

قضاء بعلمه الشخصي لأنه هو الشخص المخول له معرفة القانون وترتيب الأحكام الواردة فيه على الوقائع التي تتطابق معه [1] .

وفي الأخير إستناد الوظيفة القضائية التي تفرض عليه أن يكون له معرفة النصوص القانونية وتطبيقها وأمام سلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر يمكن ان يأخد بعين الإعتبار موقفه يعني الإسناد لعلمه ومعلوماته الشخصية التي يلتزم بأن يعلم بها الجميع [2] .

نصل مما سبق ان نتيجة مفادها أن القاضي يتوصل إلى النزاع المطروح أمام عن طريق إعمال منهج قانوني وكذا الوسائل المنطقية وهذا من خلال إستخدامه المنطق القضائي في فحص الوقائع وإخراج المنهج منها ثم القيام التكييف القانوني بتحليل الوقائع المطروحة من الخصوم والفروض النموذجية ثم استخلاص العناصر المشتركة بينهم واختيار النص القانوني المتطابق مع التكييف بعد هذا يقوم ببناء الحكم وهذا عن طريق القياس القضائي للمقدمة الصغرى ليصل إلى نتيجة أو تطبيق الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية نستخلص السلطة التقديرية لقاضي الشؤون الأسرة إلى جملة من القيود فرضها المشرع على القاضي بمناسبة وظيفة القضائية أبرزها التقيد بالغابة الموضوعية للقانون ومبدأ الحياد وعدم قضاء استنادا على علمه شخص وضرورة تكبر مبررات الحكم القضائي

المبحث الثاني : رقابة المحكمة العليا على القاضي في تقديره للتعويض

أن المحكمة العليا تمارس رقابة على نشاط القاضي من خلال ما يقوم به في صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض ومدى أخذ القاضي بعناصر ضرور التعويض بعين الإعتبار وهذا ما سوف نبينه من

[1]- نبيل إسماعيل عمر إمتناع القاضي على قضاء بعلمه الشخصي المرج السابق ص 43 وما بعدها

[2]- نبيل إسماعيل عمر إمتناع القاضي نفس المرجع ص 44

خلال رقابة محكمة العليا على عناصر الضرر و التعويض (المطلب الأول) والوسائل رقابة المحكمة العليا على سلطة لقاضي وأهمية هذه الرقابة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : رقابة المحكمة العليا عناصر الضرر و التعويض

بما أن الضرر هو السبب الرئيسي في تقدير التعويض فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجبة لتوفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض وهذا من خلال دراسة رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر (الفرع الأول) وكذلك عناصر التعويض (فرع ثاني)

الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر

ولأن كان التثبيت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية لتنتقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل حساب التعويض يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليه المحكمة العليا لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع [1]

من خلال رقابتها على مدى كفاية هذه الوقائع في تكوين الضرر وطبيعة الضرر الواقع هل هو ضرر قائم محقق أم هو مستقبلي [2] وما نوع الضرر الذي اعتمد عليه القاضي في تكييف وترتيب الحق في التعويض هل هو مادي أم معنوي فقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 27 نوفمبر 1989 أن " من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم والتطليق بتعيين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل اثبات الضرر فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي أكتفى بذكره المادة 53 فقط

وكذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق فالقاضي يستقبل بتقدير وقائع قيام الضرر لكنه يخضع لرقابة المحكمة العليا فيما يتعلق بعناصر الضرر التي يتوجب عليه ذكرها لأنها تعد من المسائل القانونية كما أن تقدير الأدلة الإثبات و أن كان يخضع كمطلق إجتهاده إلا أنه يشترط أن يكون مرتكزا

[1]- سليمان مرقس المسؤولية في تقنيات البلاد العربية ص 184

[2]- محمد صبري السعدي ص 160

على عناصر لها مأخذ صحيح من تلك الأدلة كما يتوجب عليه بيان وسائل لإثبات التي بموجبها تكون قناعته الشخصية بقيام الضرر من دعمه [1].

وفيما يتعلق بضرورة بيان عناصر الضرر فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1992 أن : " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض اسناد على وجود الضرر معتبرا شرعا وما ثبت في القضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام لأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها يبرر التعويض الممنوح لها [2]

فتقدير عناصر التعويض الموجب للتعويض يستقل به القاضي الموضوع غير أنه ملزم ببيانها في الحكم أنها تعد من المسائل القانونية التي يتم فحصها من قبل المحكمة العليا

يتضح مما سبق أن المبدأ العام هو أن القاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلعة في تقدير الضرر و القول باستحقاق التعويض مادام استند في تقدير ذلك إلى جملة أدلة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى وهو ملزم ببيان عناصر التي تعد من صميم القانون لأن بموجبها يتم تكييف الوقائع وتقدير كفايتها لتكوين ركن الضرر فهذه العناصر هي التي يتم مراقبتها من طرف المحكمة العليا

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر ولا شروطه في أحكامهم فلا يبينون نوع الضرر إذا كان ماديا أو معنويا مباشر وغير مباشر محققا واحتماليا متوقعا أو غير متوقع إذا قضى مجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ 14 جانفي 2010 بعد الإستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها إلى 40000 دج وذلك دون أن يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ لك اكتفى بذكر واحد " حيث أن المجلس بين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه وعليه يتعين رده [3].

والأمثلة في هذا الصدد كثيرة وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة ومنحت نفس مقدار تقريبا فقضت بتاريخ 22 مارس 2008 بتمكين المطلقة من تعويض قدر 30.0000 دج هو نفس المبلغ الذي قضت به المطلقة بموجب الحكم الصادر في 27 جوان 2009 وكلها اعتبرت الطلاق تعسفيا لأن الزوج حمم على الطلاق و الزوجة تمسكت الرجوع خلال مراحل النزاع دون

[1]- المحكمة العليا غ أ ش قرار بتاريخ 17 فبراير 1792 انشرة القضاة العدد الثاني ص53

[2]- المحكمة العليا غ أ ش ملف رقم 56249 مجلة قضائية العدد الأول 1992 ص 51

[3]- مجلس للقضاة سعيدة غرفة الأحوال الشخصية 14 جانفي 2010 قضية رقم 09/00528 ملف رقم 10

تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره وكأن القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار أو على الأقل بمبالغ متقاربة وهذا وإن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعى القاضي في تقديرها حال الطرفين حال الطرفين وظروف المعاش [1] فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الأضرار اللاحقة بالمطلقة ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرها وإلا كان حكم القاضي عرضتا للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن وليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق وحجمه وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 28 مارس 2000 بأنه : وحيث يتبين أن القرار المطعون أنه لا يجوز دمجهما معا الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه النقض [2] .

الفرع الثاني رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

إن القاضي الموضوع يستقل بتقدير مدى التعويض المحكوم به طالما كان تقدير مبنيا على أساسها لها أصل ثابت بالأوراق ومن تم لا يجوز التعقيب على قضائه في هذا الشأن وتم تأكيد أن ما يخضع لرقابة المحكمة العليا هو عناصر الضرر فالتعويض يقدر بمقدار الضرر و يدور معه وجودا وعدما ولا يؤخذ القاضي أن هو لم يبين الضرر بنوعه لأنه بإمكانه دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض ولا تعقيب على ذلك

إلا أنه هناك بعض القرارات المحكمة العليا تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت أو نصاب معين أو قيمة ثابة وبين عناصر تقدير التعويض .

فالأولى هي مسألة واقع تخضع التقدير قاض الموضوع وفق لما توضح له من جسامة أو سير الضرر دون رقابة عليه من المحكمة العليا ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر بمعنى كيفية التطبيق القانون على القانون هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا وتنصيب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع امام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر

[1]- المادة 79 من قانون الأسرة

[2]- الامحكنة العليا الغرفة الجنائية 28 مارس2000 المجلة القضائية عدد خاص 2003 ص 627

فإذا كان القاضي بسبب تطبيق معيار الخسارة اللاحقة و الكسب الغائب أو تفويت الفرصة فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب [1]كما اشترطت نفقت المحكمة في عدة قرارات صادرة عنها وجوب تحديد الظروف الملابسة عند تقدير التعويض وإناطتها بتلك التي تخص المضرور فقط مما يمكن معه القول بأن المحكمة العليا تاخذ بالرأي القائل بوجوب الإعتداد بالظروف التي تلابس المضرور دون المسؤول فنقضت في هذا الشأن عدة قرارات لم تبين ظروف المضرور

جاء في قرار آخر لها بتاريخ 14 جويلية 1999 بأنه كان يجب على قضاة الموضوع في حالة اثبات المسؤولية أن ينكر و العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويض بدقة وتفصيل مثل سن الضحية ومهنتها ودخلها ونوع الضرر أو الأضرار اللاحقة بالمستحقين[2]

المطلب الثاني : وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي و اهميتها

إن للمحكمة العليا وسائل للرقابة ندرسها خلال الفرع الأول ونبين أهميتها في الفرع الثاني

الفرع الأول : وسائل رقابة المحكمة العليا على سلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

ذكرنا من قبل ان السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تخضع لجملة من القيود التي فرضها القانون ومن بين ذلك التقييد للغاية التي رسمها القانون إضافة إلى التقيد بالحياد وعدم القضاء بعلمه الشخصي وكذا ضرورة تسبيب الاحكام القضائية وهذا القيد يعد الوسيلة التي يقوم بواسطتها المحكمة العليا بمراقبة مدى صحة تطبيق القانون على الأحكام القضائية الصادرة وذلك من خلال مراقبة الأسباب سواء الواقعية أو القانونية وهذا بغية التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع [3].

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/12/22 انه من المقرر قانونا أن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وأن يتفق مع الأسباب الواردة ومصادقة جهة الإستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه مواده القانونية المطبقة ومن ثمة فإن

[1]- جراد لخضر – التعويض عن الضر في قانون الأسرة الجزائري رسالة دكتوراه علوم 0حقوق جامعة أحمد درابة أدرار 2020-2021 ص 571

[2]- المحكمة العليا – الغرفة المدنية 14 جولية 1999 ملف رقم 183066 قرار منشورا

[3]- عبد الحميد الشواربي المسؤولية القضائية د ط الإسكندرية منشأة المعارف 1997 ص 232- 233

القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبيب ومخالفة للقانون إسنادا للقانون الإجرائي كما أضافت أن إهمال الجواب على دفوع الخصوم يساوي انعدام التسبيب [1].

فرقابة المحكمة العليا لا تقوم بفحص واقع الدعوى بهدف الفصل فيه و إنما هذه الرقابة تقوم بالتأكد فقط من وجود هذه الأسباب الواقعية ومن صلاحيتها لأعمال القانون الذي طبقته محكمة الموضوع وهذا راجع إلى ان الأسباب الواقعية تسمح بالتحقق من أن القاون قد طبق تطبيق صحيحا لأن الحكم إذا كان لا يحتوى على أدلة وشواهد توضح وتبين ملابسات وظروف وقائع الدعوى فلا يمكن حينئذ استخلاص الوقائع الأساسية التي ساعدت على أعمال القانون وهذا لما يؤدي حتما إلى صعوبة لدى المحكمة العليا لكي تتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا و بالتالي لا يمكن التحقق من النتيجة التي وصل إليها القاضي [2].

نستنتج مما سبق أن المحكمة العليا تقوم بمراقبة مدى صحة الاستدلال القضائي الذي يقوم به القاضي لحل النزاع عن طريق رقابة أسباب الحكم المتعلق بمنح التعويض عن الضرر التي يتضح من خلالها أن الحكم أو القرار هو عادل وغير تحكمي كفل للمضرور تعويض يجبر الضرر المادي و المعنوي الذي ألم به

الفرع الثاني : أهمية الرقابة على سلطة القاضي التقدير في مجال التعويض

إن أهم ما تحققه عملية الرقابة القضائية للمحكمة العليا على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة هو انها توحد تفسير القانون و تطبيقه على امتداد إقليم الدولة و إزاء جميع الخاضعين لقضائها مما يضمن وحدة القضاء فهي تقوم بدور الرقيب المصحح لأخطاء قضاة الموضوع فتبطل الحكم الذي ينطوي على خطأ وتكفل سلامة العمل القضائي ودقته بل انها تباعد بينه وبين احتمال الخطأ وذلك ان علم القاضي باحتمال ان تبطل المحكمة العليا عمله يجعله يتحرى الدقة في عمله و الالتزام الدقي بحكم القانون فيما يصدره من أحكام [3] وعلى هذا فإن كل حكم خال من السباب يستوجب نقضه وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/12/22 أنه " من المقرر قانونا أن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وان يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية

[1]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 5427 لمجلة القضائية العدد الثالث 1990 ص 196

[2]- نبيل اسماعيل عمر سلطة القاضي التقديرية مرجع سابق ص 513 -514

[3]-فاضل زيدان محمد سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة دار النشر والتوزيع ص 127

المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبيب ومخالفة للقانون استنادا للقانون الإجرائي كما جاء أيضا في قرار آخر لها :" إن إهمال الجواب على دفوع الخصوم يساوي انعدام التسبيب [1].

ويمكن القول أن اهمية الرقابة المحكمة العليا على الاحكام القضائية بشكل عام وعلى نشاط القاضي الذي يمارسه بشأن منح التعويض عن الضرر تكمن في منع القاضي من اتخاد هذه السلطة كوسلية تحكيمية تخضع لميوله الشخصي مما يؤدي به إلى الانحراف بهذه السلطة و بالتالي عدم تحقيق الغاية الموضوعية التي يسير إليها القانون

[1]- المحكمة العليا غرفة أحوال شخصية ملف رقم 54271 المجلة القضائية العدد الثالث 1990 ص 296 لمحكمة العليا .أ ش ملف رقم 51887 صار بتاريخ 1989/02/13 المجلة القضائية العدد الرابع 1989 ص78

الخاتمة

الخاتمة

وخاتمة هذا البحث الذي تناولت فيه موضوع التعويض في المسائل الأسرية في القانون الجزائري و الفقه الاسلامي ومن خلال تحليل المفاهيم المتعلقة كل من التعويض و الضرر في صور التعويض المتعلقة بالأسرة حيث تناولت مبدئيا مفهوم التعويض من حيث المقصود به الفقهي و القانوني وكذلك من حيث تطوره التاريخي وكذا طرق التعويض .

في صور التعويض المتعلقة بالمسائل الأسرية حيث جاء فيه التعويض عن العدول عن الخطبة سواء التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي من حيث ما جاء به المشرع الجزائري و الفقه الإسلامي إضافة إلى بعض الاجتهادات القضائية المتعلقة بذلك ،تكلمت عن التعويض عن الضرر في فك الرابطة الزوجية بكل أنواع الطلاق و الضرر المتعلق به وكيفية التعويض عنه من طلاق بالتراضي او تعسفي أو الخلع أو غيره ما يندرج تحت فك الرابطة الزوجية .

كذلك ما جاء في تقدير القاضي الأسرة للتعويض ورقابة المحكمة العليا عليه حيث تفرعت منه كيفية دراسة لهذا التعويض و رقابة المحكمة العليا على التقدير لهذا التعويض، ومن هذه نستخلص اهم النتائج :

- ان التعويض للضرر لم يعرفه المشرع الجزائري في قانونه بل أشار إليه فقط في مواده من خلال عناصره وطرقه اما الفقه الإسلامي كان له للتعويض بمفهوم الضمان الذي اعتبره التزام بتعويض مالي عن الضرر للغير.
- ووجود فكرة التعويض ليست حديثة العصر بل ترجع أصلها مند الانسان البدائي ووجودها في عدة حضارات قديمة منها السومارية و البابلية وتطورت مع تحضر الإنسان .
- كما للتعويض طرق نص عليها المشرع الجزائري التعويض العيني الذي هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه هو شائع في المسؤولية العقدية أما التعويض بل مقابل يغلب الحكم فيه غالبا في المسؤولية التقصيرية .
- فقد جاء المشرع الجزائري و الفقه الاسلامي بعدة صور لهذا التعويض المتعلقة بالكيان الأسري كل واحدة تختلف عن الأخرى في كل نواحي تقديرها ونوعها فكانت اول صورة التعويض عن العدول عن الخطبة التي نجد فيه التعويض عن الضرر المادي متى توفرت شروط وتبقى على السلطة التقديرية للقاض بتقديرها أما بالنسبة إلى الضرر المعنوي العدول عن الخطبة غالبا ما يصعب التعويض فيه لصعوبة اثبات المضرور بالضرر الذي مسه .

في حين أخر نجد صورة التعويض عن الضرر في ذلك الرابطة الزوجية حيث غالبا ما يتنج عن هذا التشتت ضر للغير يختلف هذا الضرر على حسب كل نوع من الطلاق .

- في التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق قبل البناء يكون في مدى وجود سبب جدي من عدمه سواء للزوجة او الزوج اما الفقه الاسلامي يقر أن إذا طلقت قبل الدخول ليس لها بعد العقد المسمى إلا نصف المهر.
- أما التعويض في الطلاق بالتراضي غالبا ما يكون الاطراف الخصوم متفقين على جميع الامور حتى مقدار التعويض فلا سلطان للقاضي في تعديل إرادتهما
- اما فيما يخص التعويض في الطلاق بإرادة الزوج او ما يسمى بالطلاق التعسفي فجاء المشرع الجزائري بعناصر تقديرية تتمثل في مراعات ظروف الملابسة وكذلك سوء نية الزوج ولم يذكر كيفية دفعه في مواده بل ترك السلطة المطلقة للقاضي في حين الفقه الإسلامي كان له فكره المتعة اساس التعويض عن الطلاق التعسفي وإختلف فيها فقهاء كل من المالكي إبن حزم وغيرهم
- أما الجانب الآخر في التعويض عن الطلاق بإرادة الزوجة بالنسبة إلى التطليق فقد اتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي إلى أنه يحق للزوجة التطليق عند اثبات الضرر وكذلك طلب التعويض في حين التعويض في الخلع اختلف فيه الفقه الإسلامي في تحديد مقداره أما المشرع الجزائري نجده جاء في المادة 2/54 تحديد بدل الخلع لكن لم يوضح شروطه أو ما يصح أن يكون بدل الخلع أم لا .
- ويبين لنا ان للقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذا التعويض فيمكن جزم كيفية تقديره لهذا التعويض بثلاثة عناصر أولا دراسته للوقائع وكذلك القانون الذي يمكن أن يطبقه عليه إلا أنه وضعت له قيود على تقديره للتعويض منها عدم قضائه بعلمه الشخصي وتقييده بمجال الاجتهاد لكن نجد الفقه الإسلامي اختلف فيها يخص قضاء القاضي بعلمه الشخصي إلى رأيين متناقضين وكل استدل بأدلته
- وبرغم من إعطاء القاضي السلطة التقديرية في تقديره لتعويض إلا انه يراقب من طرف المحكمة العليا في ما يقوم به في صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض فتقوم بمراقبة عناصر الضرر فجاءت عدة اجتهادات قضائية متعلقة بذلك فعلى القاضي ان يبين في حكمه عناصر التي تعد من صميم القانون لأن بموجبها يتم تكوين ركن الضرر الذي يتم مراقبتها من طرف المحكمة العليا

وفي مراقبتها إلى عناصر التعويض اشترطت المحكمة العليا بتحديد الظروف الملابسة عند تقدير التعويض وإناطتها به .

- ونجد أن المحكمة العليا لها وسائل في مراقبة القاضي في سلطته التقديرية من خلال مدة تقيده بالقيود التي فرضت عليه من تسبيب الاحكام القضائية أو تقييده بالحيادة وهذا بغية التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع ويتجلى أهمية هذه الرقابة على القاضي في منعه من التعسف في إصدار الحكم وتأكد من سلامة العمل القضائي فهو يقوم بدور الرقيب المصحح لأخطاء لتي قد يقوم بها القاضي في دراسة وتطبيقه للقانون .

الإقتراحات :

- رغم اعتراف المشرع بإقراره الصريح للطرف المضرور للتعويض إلا انه لم يضع معايير و لا ضوابط لذلك ولم يجعل للطرف ا لمضرور أي اعتبار في تقدير هذا التعويض بل تلك ترك للسلطة التقديرية إلا أنه كان على المشرع أن يضع بين يدي القاضي معايير موضوعية التي يعتمدها في تقدير هذا التعويض في المسائل الأسرية .
- كذلك نجد أن المشرع لم يحدد بدل الخلع الذي هو كذلك صورة للتعويض فنقترح على المشرع أن يحدد في مواده كل ضرر وطريقة تعويضه وبيان أسبابه لضمان حماية حقوق المتخاصمين

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر المراجع :

المصادر:

القرآن الكريم رواية ورش

النصوص القانونية :

- القانون 05 /10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري . الجريدة الرسمية رقم 44 سنة 2005 .
- قانون 11/84المؤرخ في 09 يوليو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري .الجريدة الرسمية رقم24 المعدل و المتمم في بالأمر رقم02/05 المؤرخ في 27 /2005/02 الجريدة الرسمية رقم 15 .

قائمة المراجع :

- مصطفى أحمد الزرقاء الفقه الإسلامي في توبة الجديد المدخل الفقهي مطبعة طربين دمشق سوريا طبعة العاشرة 1968.1387
- محمد الزحيلي – التعويض المالي عن الطلاق دار المكتبي دمشق سوريا طبعة الأولى 2008
- أبي حامد الغزالي الملقب حجة الإسلام . الوجيز في الفقه مذهب الإمام الشافعي طبعة دار المعرفة بيروت لبنان 1399 هـ 1979 الجزء الأول
- مقدم سعيد نظرية التعويض عن الضرر المعنوي المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر سنة 1992
- علي سليمان دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري المسؤولية فعل الغير لأشياء التعويض ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 1994
- السنهوري عبد الرزاق – الوسيط في شرح القانون المدني – المجلة الأول نظرية الالتزام بوجه عام منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان طبعة 3 له 1998
- بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسته لبعض التشريعات العرس دار الخلدونية طبعة الأولى سنة 2008
- عبير ربحي تشاكر القدومي . التعسف في استعمال الحق في احوال الشخصية دار الفكر للنشر والتوزيع الاردن الطبعة الأولى 1428. 2007
- محمود الشلتون . الإسلام حقيدة وشريعة دار الشروق القاهرة 1980

- عبد الله مبروك النجار. التعويض عن فسخ الخطبة أسسه ومدى مشروعيته في الفقه الإسلامي والقانون دار النهضة العربية 2001و2002
- عبد المنعم خرج الصده مصادر الإلتزام دار النهضة العربية 1996
- مسعودة نعيمة إلياس تعويض العدول عن الخطبة بن نصوص القانون واجتهاد القضاء
- عبد الرحمان الصابوني قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق المطبعة الجديدة بدمشق 1979
- جميل فخري محمد جانم التدابير الشرعية للحدة لعدول عن الخطبة في الفقه و القانون
- محمد فوزي نظرية الضمان في الفقه الإسلامي الكويت مكتبة التراث 1983/1403
- أسامة السيد عبد السميع التعويض من الضرر الأدبي دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون الإسكندرية دار جامعة : 1428-2007 الطبعة الأولى
- عبد العزيز عامر الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية دار الجامعة الجديدة مصرية دون طبعة
- وهبه الزحيلي افقها الإسلامي وأدلته دار الفكر العربي جزء السابع 7 1992
- بلقاسم شتوان : الخطبة والزواج في الفقه المالكي دراسة أكاديمية مد حماد الأولة الشرعية وقانون الأسرة الجزائري دار الفجر للطباعة والنشر 2007
- الشيرازي ابراهيم بن علي أبو اسحاق المهذب في الفقه الإمام الشافعي جزء الثاني طبعة ثانية بيروت دار المعرفة للطباعة 1379
- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري أبو عبد الله الجامع للأحكام القرآن جزء ثالث طبعة ثالثة دار النشر الكتاب العربي للطباعة والنشر 1378-1967
- نبيل اسماعيل عمر سلطة القاضي التقديري في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية الجامعة الجديدة الإسكندرية 2001
- العوني بن ملحة حول الإجتهاد القضائي المرحلة القضائية الديوان الوطني للأشغال التربوية العدد الأول 2000
- فوضيل نادية . دروس في المدخل للعلوم القانونية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 1999
- عبد الحميد الشواربي – المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء منشأة المعارف مهر طبعة بدون طبعة

- عمار بوضياف فدور القاضي في المجتمعات الحديثة نشر القضاة وزارة العدل الجزائر العدد الثامن والأربعون
- فريحة حسين المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2010
- نبيل اسماعيل عمر – امتناع القاضي عن عمله الشخصي دار الجامعة الجديد مصر
- بربار عبد الرحمن شرح قانون الإجراءات المدنية الإدارية منشورات بغدادي طبعة الأولى 2009

رسائل الدكتوراه والمذكرات.

- فاطمة الزهراء تبوم المولودة رابحي السلطة التقديرية للقاضي في المادة لإثبات المدني بحث لنيل شهادة الماستر في المسؤولية بن عكنون الجزائر 1997
- شمروك محمد محمود السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله لنيل شهادة إجازة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 6 سنة 2008
- بوشيبان خديجة . صلاحية القاضي شؤون الأسرة في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09.08 مذكرة لنيل اجاره المدرسة العليا للقضاء الدفعة 18 2008/2007
- محمد نصر الدين أساس التعويض في الشريعة الإسلامية والقانون المصري العراقي رسالة الدكتوراه جامعة القاهرة كلية الحقوق 1983
- عيساوي زاهية المسؤولة المدنية للصيدلي مذكرة ماجستر كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر 2012
- براهيمي زينة . المسؤولية الصيدلي مذكرة ماجستر كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر 2012
- شامي أحمد السلطة التقديرية للقاضي شؤون الأسرة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص جامعة تلمسان الجزائر كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق

الأحكام و الاجتهادات القضائية :

- المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 79999 الصادر بتاريخ 23 /1991/04 العدد 01.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 123536 الصادر بتاريخ 2000/02/22 العدد 01.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 368660 الصادر بتاريخ 2006/07/12 العدد 03.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 39731 الصادر بتاريخ 1986/01/27 العدد 04.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 222134 الصادر بتاريخ 1999/05/18 اجتهاد قضائي العدد خاص 2001 .
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 122234 الصادر بتاريخ 1989 العدد 03.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 36709 الصادر بتاريخ 1985/04/22 العدد 01.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 56249 الصادر بتاريخ 1992 العدد 1.
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 5427 المجلة القضائية العدد 03 .
- المحكمة العليا .غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 51887 الصادر بتاريخ 1989/02/13 العدد **04.**

القواميس و المعاجم :

- محمد مرتض الزبيدي تاج العروس من جواهر القاموس . جزء 18

الفهرس

الإهداء

التشكر والعرفان

مقدمة.....أ- ب - ج

المبحث التمهيدي : مفهوم التعويض أو ماهيته.....5

المطلب الأول : مفهوم التعويض و تطوره التاريخي.....5

الفرع الأول : تعريف التعويض.....5

الفرع الثاني : تطوره التاريخي للتعويض 6

المطلب الثاني : طرق التعويض 8

الفرع الأول : التعويض العيني 8

الفرع الثاني : التعويض بمقابل (النقدي) 9

الفصل الأول: صور التعويض في المسائل الأسرية 11

المبحث الأول : التعويض عن العدول عن الخطبة 11

المطلب الأول : التعويض عن الضرر المادي 11

الفرع الأول : امكانية التعويض عن الضرر المادي 11

الفرع الثاني : كيفية التعويض عن الضرر المادي.....13

المطلب الثاني : التعويض عن الضرر المعنوي.....17

المبحث الثاني : التعويض في فك الرابطة الزوجية 20

المطلب الأول : التعويض في الطلاق قبل البناء والطلاق وبالتراضي 21

الفرع الأول : التعويض في الطلاق قبل البناء.....21

الفرع الثاني : التعويض في الطلاق بالتراضي :.....22

المطلب الثاني : التعويض في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة.....23

الفرع الأول : التعويض في الطلاق التعسفي 23

الفرع الثاني : التعويض عن الطلاق بإرادة الزوجة (التطليق والخلع) 26

الفصل الثاني : تقدير القاضي شؤون الأسرة للتعويض والرقابة عليه 32
المبحث الأول : تقدير القاضي شؤون الأسرة للتعويض 32
المطلب الاول : كيفية تقدير القاضي للتعويض 32
الفرع الأول : دراسة القاضي في مجال الوقائع 32
الفرع الثاني : دراسة القاضي للقانون 35
المطلب الثاني : القيود الواردة على تقدير التعويض 36
الفرع الأول : عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون 37
الفرع الثاني : التزام القاضي بتسبيب الحكم 39
الفرع الثالث : عدم القضاء القاضي بعلمه الشخصي 41
المبحث الثاني : رقابة المحكمة العليا على القاضي في تقديره للتعويض 45
المطلب الأول : رقابة المحكمة العليا عناصر الضرر و التعويض 46
الفرع الأول : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر 46
الفرع الثاني رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض 48
المطلب الثاني : وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية للقاضي و اهميتها 49
الفرع الأول : وسائل رقابة المحكمة العليا على سلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة 49
الفرع الثاني : أهمية الرقابة على سلطة القاضي التقدير في مجال التعويض 50
الخاتمة 52
قائمة المصادر المراجع :..... 56
الفهرس 56