الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسـم: الحقوق

مـذكـرة

مقدمة ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: ماستر قانون الأسرة

الموضـــــــوع

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

في التعويض عن الضرر

إعداد الطالبتين:

– دردار رزيقة.

– عياش خديجة.

المشرف:

د. سواعدي جيلالي.

لـجنـة المنـاقشـة:		
الصفة	الأستاذ	الرتبة العلمية
الرئيس:	نوي عبد النور	أستاذ محاضر " "
المشرف:	سواعدي جيلالي	أستاذ محاضر " "
المناقش:	عشير جيلالي	أستاذ محاضر " "

تـاريخ المنـاقشة...../...../2022

السنة الداسية: 2022/2021

تشكرات

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:
(إن أشكرَ الناس لله عز وجل أشكرُهم للناس)
نتقدم بجزيل الشكر والعرفان للدكتور سواعدي جيلالي على مجهوداته ونصائحه وعلى صبره معنا لإنجاز هذا المذكرة.
كما نتقدم بجزيل الشكر المسبق للجنة المناقشة على ما سيقدمونه من ملاحظات وتوجيهات والتي لن تزيد هذا العمل إلا إتقانا وجمالا.
و نشكر كل أساتذة كليتنا على دعمهم وتشجيعهم لنا، دون أن ننسى من مد لنا يد المساعدة من قريب أو من بعيد.

شكر وتقدير

نشكر الله سبحانه وتعالى أولا ونحمده كثيرا على أن يسر لنا أمرنا في القيام بهذا العمل وإتمام المشوار الدراسي بنجاح وتوفيق

قم للمعلم ووفه التبجيلا **** كاد المعلم أن يكون رسولا

في نهاية عملنا المتواضع نحمد الله ونشكره كثيرا أن وفقنا لإنجاز هذا العمل ونتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إتمامنا لمشرف وعنا وفي تذليل ما وجهناه من صعوبات.

وإن واجب العرفان يدعونا أن نتقدم بالشكر الوفير والتقدير لأستاذنا الفاضل المشرف " سواعدي جيلالي" الذي أعاننا كثيرا لإنجاز هذا العمل ولم يبخل علينا بنصائحه القيمة وجزاه الله خيرا على ما قدمه لنا.

ولا يفوتنا أن نتقدم بخالص الشكر لكل موظفي كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة خميس مليانة .

كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الأساتذة المحترمين وكل من ساهم أو نصح أو أرشد من أجل إخراج هذا العمل.

" دردار رزيقة، عياش خديجة "

إهداء

الحمد الله رب العرش العظيم، الذي عاد علينا بنور العلم فانعم علينا فأفضل بتوفيقي في انجاز هذا التقرير، وأزكى الصلاة والسلام على سيدنا محمد، وأهدي ثمرة جهدي إلى:

والديا الحنونان، الذي مهما قلت فيهما فلن أوفيهما حقهما، اللذان تفهما وضعي ولم يذخرا جهدا لتحفيزي وتوجيهي، فشكرا لكما وأطال الله في عمركما.

الى التي بوجودها اكتسب قوة ومحبة لا حدود لها، وارى التفاؤل بأعينها والسعادة في ضحكتها، أختي الحبيبة.

الى إخوتي، وسندي في الحياة، إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره، إلى كل من اصدقائي إلى كل طلبة دفعتي.

الى كل من ساعدني من قريب او بعيد، ولو بكلمة مشبعة.

الى كل من سعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

دردار رزيقة

إهداء

الحمد الله الذي اعانني ومنحني القدرة والإرادة لإتمام هذا العمل المتواضع اهدي ثمرة هذا الجهد الى من لا أستطيع ان اوفيهما حقهما يوما، الى من تسقيني الاهتمام والحنان دوما الى من صبرت على كل شي الى من وضع الخالق الجنة تحت اقدامها امي العزيزة.

الى من هو سندي في كل شدة وبسمة في كل فرح الى ابي حفظه الله.

الى اخوتي واخواتي سندي في الحياة

والى كل اصدقائي الذين وقفو معي وقدمو لي الدعم .

الى كل من كان عونا لي في هذا العمل .

عياش خديجة

مقدمـــــة

مقدمة

جاء الإسلام يهدي الناس ويخرجهم من الظلمات الى النور , ويحقق لهم السعادة في الدنيا والاخرة في مجتمع صالح ملتزم بالاسلام عقيدة وعبادة ومعاملة وأخلاقا .

ومما لاشك فيه أن صلاح هذا المجتمع أساسه صلاح الاسرة , وصلاح الاسرة اساسه الزواج الذي تتحق فيه مقاصد الئريعة الاسلامية , فان تححق فيه ذلك أثمر أسرة قوية قائمة على المحبة , الرحمة وحسن المعاشرة .

واذا حاد هذا الزواج عن الطريق السليم المسطر له , تصبح الاسرة بؤرة للمآسي والمشاكل , فيستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية وبما ان الاسلام دين كل زمان ومكان, عالج هذا الواقع وأحاطه بمجموعة من الثوابت والقيم ,وكذلك احاطه بمجموعة من الاجراءات التي لها أن تحافظ على هذه الرابطة والعلاقة الاسرية وكذا الاجتماعية سواء استمرت هذه الرابطة أو انحلت بعد الزواج أو قبلها , ونقصد هنا بعد فسخ الخطة وكذا بعد انحلال الرابطة الزوجية " الطلاق بأنواعه ".

غير أن الكثير يستعملون الحق في العدول عن الخطبة والطلاق بكل أنواعه متى شائوا ويتناسون ان هناك حقوقا تترتب على هذا الامر , ودون الاكتراث الى الاضرار الجسيمة التي تسببون بها مادية كانت أو معنوية مع ان القانون اعتبر هذا تعسفا في استعمال حقهم ,واوجب عليهم تعويضا عما يلحق بالمتضرر جراء ذلك .

ولتعويض الضرر خول الشارع الحكيم والقانون للقاضي سلطة تقدير التعويض الناتج عن الضرر ,وسلطة القاضي هي المجال او الحرية التي تركها القانون للقاضي قصد اختيار الحلول المناسبة ,وتأتي صيغها في النص القانوني على النحو الاتي :"يمكن, يحق,يتعين للقاضي أن , ..." كما ان سلطة القاضي في هذا الامر بقدر ماهي مطلقة الا انها مقيدة , فيجب على القاضي ان يخضع للقانون ويصدر احكامه وفقا للمبادئ الشرعية والمساواة .

اشكالية البحث :

للوصول الى الغاية المرجوة من مجال دراستنا طرحنا الاشكالية التالية ومجموعة من الاسئلة الفرعية الناتجة عنها وهي كالاتي :

ما مفهوم الضرر المعنوي ؟

مامدى تدخل قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عند العدول عن الخطبة وكذا انحلال الرابطة الزوجية ؟

هل كل الاضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة وكذا انحلال الرابطة الزوجية موجبة للتعويض ؟

كيف عالج المشرع الجزائري مسألة سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عن الضرر من خلال أحكام قانون الاسرة 02/05؟

أهمية الموضوع :

ابراز الواقع العملي لنظرية التعويض من خلال قانون الاسرة والاجتهادات القضائية الجزائرية مقارنة مع الجانب النظري للتعويض في الفقه الاسلامي واظهار مدى عدالة اللاسلام في تشريع الاحكام المتعلقة بالاسرة بوضع تدابير احترازية تضمن حقوق الزوج والزوجة معا وتحفظ كرامتها .

يستمد موضوع سلطة قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عن الضرر أهميته من خلال :

عدم تناول الموضوع الدراسة الكافية على مستوى القطر الجزائري سواء كانت دراسة أكادمية أو مستقلة مع تطور النمو الديموغرافي والاقتصادي والاجتماعي الذي تشهده الجزائر .

كما ترجع أهمية التعرض لهدا الموضوع بالدراسة الى تراكم النزاعات الاسرية على مستوى أروقة العدالة الجزائرية بمختلف درجاتها ومدى تأثير ذلك على ترابط النسيج

الاسري وانعكاسه على بقية المجالات .

أسباب اختيار الموضوع :

هناك اسباب دعتني الى اختيار هذا الموضوع منها ماهو ذاتي ومنها ماهو موضوعي من بين الاسباب الذاتية التي دعتني الى اختيار هذا الموضوع والموسوم بـ "السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر"هو رغبتي الشخصية في الخوض في هذا الموضوع الذي يتعلق باهم اثر ينتج عند العدول عن الخطبة وعند انحلال الرابطة الزوجية وهو التعويض وسلطة القاضي في تقديره .

واعتقادي صواب القاعدة المنهجية القاضية بأنه :"من عناصر ومقومات نجاح الباحث في مسلكه العلمي , رغبته وميوله الشخصي في المضي فيه ", ومن هذا المنطلق أقول بأن شغفي وميولي الشخصي لدراسة الموضوع ذات الصلة بمسائل النزاعات الاسرية وسبل التعامل معها من المنظور القانوني , يعتب ر احد الدوافع التي تحملني على الخوض في مثل هكذا بحوث ودراسات .

اما بالنسبة للاسباب الموضوعية هو تحليل نصوص قانون الاسرة في هذا المجال التي اصبح مووضوع يكثر فيه النزاع كونه يتعلق بالجانب المعنوي والمادي للطرف المتضرر . وكذلك القيمة العلمية لهذا الموضوع لانها تتعلق بالاسرة

صعوبات الدراسة :

اول صعوبة واجهتني صراحة هي تخوفي من أنني لن أكون في المستوى المطلوب لاعداد هذه المذكرة , ثم عدم توفر عنصر الوقت للاطلاع على كل المراجع التي توفرت لدي خاصة مع رحابة الفقه الاسلامي على تعدد مذاهبه واختلافها , وهذا مايخل وينقص من المادة العلمية وبالتالي من جوهر الموضوع .

منهج الدراسة :

منهج البحث هو المنهج الوصفي الاستقرائي, فالمنهج التحليلي هو تحليلنا لنصوص قانون الاسرة الجزائري في المواد الي تدخل ضمن نطاق دراستنا ,وتسليط الضوء على جزئياتها وتفسيرها وتوضيح المعنى منها , وتحليلها شكلا ومضمونا , أما المنهج الاستقرائي هو استقراء لجزئيات الموضوع المتنوعة فيما يخص السلطة التقديرية للقاضي وابراز لمشتملات الموضوع .

خطة الموضوع :

الفصل الأول :الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر في شؤون الأسرة

المبحث الأول : مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري

المطلب الأول : تعريف الضرر وأقسامه

الفرع الاول : تعريف الضرر

الفرع الثاني : أقسام الضرر

المطلب الثاني: صور الضرر وشروط قيامه

الفرع الاول : صور الضرر

الفرع الثاني : شروط قيامه

المبحث الثاني : مبدأ الضرر المعنوي المعنوي في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة

المطلب الاول : تعريف الضرر المعنوي

الفرع الاول : في الاصطلاح

الفرع الثاني : في الفقه

الفرع الثالث : في القانون

المطلب الثاني : فكرة التعويض عن الضرر في الفقه وقانون الاسرة

الفرع الاول : فكرة التعويض عن الضرر في الفقه

الفرع الثاني : فكرة التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري

الفرع الثالث : تطبيقات التعويض عن الضرر في انحلال الرابطة الزوجية

الفصل الثاني :سلطة قاضي شؤون الاسرة في تحديد التعويض عن الضرر

المبحث الاول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مقدمات الزواج

المطلب الاول : التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة

الفرع الاول : تعريف العدول و أحكامه

الفرع الثاني : التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة

المطلب الثاني : الأساس القانوني للتعويض عن العدول عن الخطبة

الفرع الاول : التعويض على أساس المسؤولية العقدية

الفرع الثاني : التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية

المبحث الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية

المطلب الأول : دور القاضي في تقدير التعويض

المطلب الثاني : دور قاضي شؤون الاسرة في تقدير نفقة المتعة

الفصل الأول

الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر في شؤون الأسرة

المبحث الأول : مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري

المطلب الأول : تعريف الضرر وأقسامه

الفرع الأول : تعريف الضرر

أولا : لغة

الضرر لغةً كل ما هو ضد النفع ، والضرُّ بالضم الهزال وسوء الحال ومن هنا أتت المَضرَّة ، وهي خلاف المنفعة ، ويرد الضرر أيضاً بمعنى الضيق والنقصان يدخل في الشيء[1]. وقد وردت لفظة الضرر في الكتاب العزيز وفي مواضع كثيرة منها قوله تعالى)) لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر. ((وكذلك قوله تعالى ..)) والصابرين في البأساء والضراء ((وأيضاً قوله تعالى))وإذا مس الإنسان الضرُّ دعانا لجنبه((... وكذلك قوله تعالى ...)) وما يضرونك من شيء وأنزل الله عليك الكتاب والحكمة وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما.
كما وردت لفظة الضرر في السنة النبوية ، ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم)) لا ضرر ولا ضرار ((، وكذلك قوله صلى الله عليه وآله وسلم ،))من ضار أضر الله به.((ومما تقدم يتضح لنا أن هذه الآيات والأحاديث تفيد بعمومها منع الإضرار بالغير مطلقاً في نفسه أو ماله.

ثانيا : اصطلاحا

أما الضرر اصطلاحاً فهو يعني الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بشرفه أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن كذلك. هذا وينبغي أن يكون من شأن هذا المساس ، أو الاعتداء جعل مركزه أسوأ مما

[1]- ابن منظور , لسان العرب ,دار الفكر , بيروت , لبنان ,المجلد الثاني , الطبعة الاولى , 2008,ص1775.

كان قبل ذلك لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي خولها ذلك الحق أو تلك المصلحة .[1] ولذلك فالضرر لا يعتد به إلاّ إذا جعل مركز صاحب الحق أو المصلحة أسوأ مما كان قبل التعدي الماس به ، فإذا استبدل الفعل المتضرر منه بالضرر الأشد ضرراً أخف منه فإنه لا يعد فعلاً ضاراً ولا يستوجب التعويض. ووفقاً لما تقدم فإن الاعتداء على حياة الإنسان أو جسمه أو على ماله يحقق ركن الضرر ، سواء كان في القانون الإداري أم في القانون المدني. هذا و أن الضرر هو الركن الأساسي للمسؤولية مدنية كانت أم إدارية.

فإذا كان يمكن للمسؤولية أن تتقررمن دون خطأ ، فإنها مع ذلك لا يمكن أن تقوم ، وأياً كان أساسها دون ضرر ، وهذا أمر يمليه العقل والمنطق ، إذ لا يتصور أن تقوم المسؤولية عن فعل لا يرتب ضرراً ، ولو كان فعلاً خاطئاً . وبسبب ذلك فإن ركن الضرر لازم دائماً لوجود المسؤولية بنوعيها تعاقدية كانت أم تقصيرية . فحيث لا ضرر فلا مسؤولية ، وليس لهذه القاعدة استثناء فقبل الحكم بالتعويض يجب التحقق من وجود الضرر. ومن جهة أخرى فإن اشتراط توافر الضرر هو الذي يميز المسؤولية الإدارية أو المدنية عن المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية الجنائية . فالقواعد الأخلاقية تشجب الخطيئة وتدينهامن دون النظر عما إذا كانت هذه الخطيئة قد حققت هدفها السيئ أم لم تحققه [2]. وفي القانون الجنائي فإن المسؤولية الجنائية لا وجود لها ما لم تظهر نية الفاعل إلى العالم الخارجي ، أي

---

[1] بن محمد الدمغاني ,اصلاح الوجوه والنظائر في القرءان الكريم ,دار العلم للملايين ,الطبعة الثالثة ,1980.

[2]- باسل محمد يوسف قبها ,التعويض عن الضرر الادبي ,رسالة ماجستيرفي القانون الخاص ,جامعة النجاح الوطنية ,نابلس , فلسطين ,2009.

بعبارة أخرى إلاّ إذا كان لهذا الفعل السيئ مظهر اجتماعي واقعي ، بأن أتخذ صورة الشروع على الأقل ، ثم يستوي بعد ذلك لغرض تجريم الفاعل ومعاقبته أن تكون الجريمة قد تمت أم لم تتم ، فالمسؤولية الجنائية متحققة في الحالتين لأنه متى ظهرت هذه النية السيئة واتخذت مظهراً اجتماعياً فإنها تكون قد ألحقت الضرر بالمجتمع ، ومن ثم يكون من حق المجتمع أن ينزل العقاب على من ألحق الضرر به.[1]

وعليه يمكن تعريف الضرر على أنه : يُعرّف الضرر على أنّه: "الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته"، فالضرر هو الركن الأساسي الذي يعد من أركان المسؤولية المدنية، فكل إنسان له حقوق محمية بموجب القانون سواء في عِرضه أم في ماله أم في نفسه، ولا يجوز لأيّ شخص آخر أن يتعدى على هذه الحقوق بأي شكل من الأشكال، واتفقت جميع القوانين العربية والغربية، بما في ذلك المملكة العربية السعودية التي نصت على التعويض عن الضرر في النظام السعودي، على أن الضرر هو الشرارة الأولى التي تقوم بها مسؤولية الإنسان نتيجة الأفعال الضارة التي أقدم على فعلها وشكلت ضررًا لحق بالآخرين. ومن المعروف أن الضرر يستوجب التعويض عنه، لذلك متى ما حدث الضرر الذي كان نتيجة لفعل قام به شخص ما، تقوم به مسؤوليته المدنية أو الجنائية، ولزم بالتعويض عن ذلك الضرر بالنسبة التي يقدّرها قاضي الموضوع

الفرع الثاني : أقسام الضرر

إن هناك أنواعًا عديدة للضرر بحسب جسامة نتائج الفعل الضار

[1]. وهبة الزحيلي , نظرية الضمان ,دار الفكر, دمشق , طبعة 9, 2012.

فالضّرر قد يؤدّي إلى إتلاف المال أو موت الإنسان أو جرحه أو المساس بكرامته أو عِرضه أو مكانته الإجتماعية، ومع تطور الحضارات وتشعبها، تنوعت الأضرار المادية وكذلك المعنوية، وبالتالي كان لزامًا التعويض عن الضرر كما يعوض الضرر المادي، وفي الآتي بيان أنواع الضرر

الضرر المعنوي

يسمّيه البعض بالضرر غير الماليّ، والمقصود بالضرر المعنوي أنّه الضرر الذي لا يصيب الذمة المالية، إنّما يسبب فقط أذى نفسيًا أو معنويًا؛ لأنه يمس شعور الإنسان وعواطفه وعرضه وكرامته وسمعته ومركزه الإجتماعي، حيث أن الأضرار المعنوية كثيرة ومتعددة، فقد يكون الضرر المعنوي ناجم عن المساس بالحقوق غير المالية، كالحق بالصورة، كما لو أن شخصًا ما قام بنشر صورة لشخص آخر دون أخذ موافقته المُسبقة، وأيضًا قد يكون الضرر المعنويّ ناشئًا عن المساس بعاطفة المحبة، ويقصد به الأذى الذي[1] يصيب الإنسان بسبب موت شخص عزيز عليه.

الضرر المادي :

هو الضرر الذي يشمل جميع النتائج المالية والاقتصادية، وبالتالي فإن الضرر المادي يصيب الذمة المالية للشخص فينتقص منها، والأضرار المادية كثيرة ومتنوعة، كحرق عقار أو هَدمه أو إتلاف سيارة بحادث سير، ويشمل الضرر المادي أيضًا الخسارة المالية الناتجة عن فعل من أفعال التعدّي على الغير، كالمنافسة غير المشروعة، أو أن تقوم

[1]. عبد الرزاق السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني ,الجديد, مصادر الالتزام ,لبنان ,الجزء الاول .

المخطوبة بفسخ علاقة الخطوبة تعسفيًا بعد النفقات والهدايا التي تكبّدها الخاطب[1].

المطلب الثاني :صور الضرر وشروط قيامه

الفرع الاول : صور الضرر

أولا : الضرر المعنوي النتصل بالضرر المادي

وهو الذي يصيب الجسم ويسبب الجروح والاتلاف والتشوهات , كبتر أيادي المعتدى عليه مثلا , فيسبب له اضرارا مادية تشمل تكاليف العلاج والعجز عن الكسب طول المدة اللازمة للضفاء وفوات الفرص الكمالية خذا من جهة ومن جهة أخرى اضرارا معنوية تتمثل في الالام الجسمية والنفسية التي يعانيها منذ اصابته حتى شفائه .

ثانيا : الضرر المعنوي المجرد من الضرر المادي :

وهو الضرر المعنوي الذي يصيب الجانب النفسي من العاطفة والشعور والحنان مثل الالام النفسية التي يكابدها الوالدان في عاطفتهما بسبب فقد طفلهما , ومايحدث للاولاد بسبب الاعتداء على الوالجين او العكس وللزوج بسبب الاعتداء على زوجته أو العكس .

ويلحق بهذه الاعمال ايضا مايصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الادبي .

[1]- خالد عبد الله شعيب ,قاعدة الضرر يزال وشمولها عن التعويض عن الضرر المعنوي ,مجلة الشريعة والقانون , جامعة الازهر .

ثالثا: الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على القيم المعنوية

وهو الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض , كالقذف والسب وهتك العرض وايذاء السمعة , والاعتداء على الكرامة , كما يلحق بهذا ان يذاع مثلا عن شخص أنه مصائب بمرض خطير .

رابعا : الضرر المعنوي التاتج عن الاعتداء على حق ثابت

وهو كمن دخل ارضا مملوكة لاخر بالرغم من معارضته , فيجوز للمالك ان يطالب بتعويض عماأصابه من الضرر المعنوي من جراء الاعتداء على حقه حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .

وقد جاء في تقسيم الدكتور السنهوري للضرر المعنوي مايلخص هذه الصور وهو ان " الضرر يصيب الكرامة والعرض كما في القذف وفسخ الخطبة , وضرر يصيب الشخص في مايكن من عواطف الحنو والحب ونحو افراد اسرته , كما اذا فقد اصلا او فرعا ا واحدا الحواشي او زوجا او خطيبا , وضرر يصيب الشخص من جراء الاعتجداء على حقوقه الشخصية الثابتة .

ومنه يتبين ان الضرر المعنوي قد يكون مصحوبا بالضرر المادي من تلف لعضو او فوات لمنفعة , وقد لايكون كذلك مثل الاضرار النفسية والالام بسبب الاعتداء على شخصية ,

وان الاساءات الادبية العنصر الاساسي في الضرر المعنوي , كما أنه قد يكون مباشرا للشخص المعتدى عليه , مثل ضرر التشهير , أوغيرمباشر كالضرر اللاحق باحد افراد الاسرة .

الفرع الثاني : شروط قيام الضرر

المتفق عليه فقها ان الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي , من حيث وجوده ومن حيث انه سبب لقيام المسؤواية , ومن ثم قيام حق المضرور بالمطالبة بالتعويض عنه , لذا لا بد من توافر شروط حتى يستحق التعويض عنه , وذلك لان بعض الاضرار على الرغم من وجودها فعلا فهي لاتستوجب التعويض , وهي نفسها بالنسبة للضررين ونذكرها[1] كالاتي :

اولا : ان يكون الضرر محققا ك (محقق الوقوع)

والمقصود ان يكون الضرر قد وقع بشكل مؤكد على وجه ثابت اليقين , وليس افتراضيا , اي انه وقع بالفعل او انه سيقع حتما

ثانيا : ان يكون الضرر مباشرا

[1]- باسل محمد يوسف قبها ,التعويض عن الضرر المعنوي , المرجع السابق , ص 21.

اي ان يكون نتيجة طبيعية متوقعة للفعل الضار من جراء محدثه , ولم يكن بااستطاعة المضرور ان يتوقاه ببذل جهد معقول

ثالثا : ان يكون شخصيا لمن يطالب بتعويضه

وهو ان يكون الضرر قد اصاب الشخص المطالب بالتعويض نفسه , وليس شخصا اخرغيره الا من له صفة قانونية , ذلك ان طبيعة الامور تستلزم ان يطالب كل انسان بحقوقه لاب حقوق غيره من المتضررين

رابعا : ان يصيب الضرر حقا او مصلحة مشروعة للمتضرر

هو ان يقع الضرر على حق مكتسب قانونا أو مصلحة للمتضرر يحميها القانون ,ولايسمح الاعتداء عليها القيام بالاضرار بها , والحقوق المكتسبة والمصالح المشروعة منها مايتعلق بجسم الانسان وسلامته مثل حق الحياة والعيش والحرية , ومنها ماله علاقة بالحنان الاعتباري مثل الشرف والصمعة والاعتبار والكرامة وحرية التعبير عن الرأي وهي كثيرة ومتنوعة وتقرها القوانين والدساتير والمواثيق العالمية .

خامسا : أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه

الغاية الاساسية من التعويض هي جب الضرر الحاصل نتيجة العمل غير المشروع , وعليه فانه لايجوز ان يكون وسيلة لاثراء المضرور بلاسبب على حساب المدعى عليه , ومن [1]

غير الممكن ان يعوض مرتين او اكثر مما يلزم لجبر الضرر

[1]- علي علي سليمان,النظرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ,ديوان المطبوعات الجامعية , بن عكنون , الجزائر ,الطبعة السادسة , 2005, ص150.

المبحث الثاني : مبدأ الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة

يقوم مفهوم التعويض عن الضرر على مبدأ ازالة الضرر المعنوي الذي يمس الاشخاص في نفسيتهم أو شرفهم او اعتبارهم الناتج عن اي اعتداء او اتلاف او عمل غير مشروع

المطلب الاول : تعريف الضرر المعنوي

أولا :التعويض لغة

العوض , والعوض , كعنب وهو الخلف او البدل , وتقول : تعويضا اذا اعطيته بدل ما ذهب منه , والجمع اعواض , واعتاض منه : اخذ العوض , واعتاض فلانا اي سئل العوض , وجاء في لسان العرب ايضا , العوض : البدل , والجمع اعواض , عاضه منه وبه والعوض مصدر قولك عاضه عوضا وعياضا ومعوضة وعوضه واعاضه وعاوضه والاسم المعوضة . [1]

ثانيا : في الاصطلاح الفقهي

فقهاء الشريعة الاسلامية لاي ستعملون مصطلح " التعويض" عند الحديث عن جبر الضرر وانما يستعملون مصطلح الضمان الذي يقابله عند فقها ء القانون البدل .

[1]. المعجم الوسيط ,مجمع اللغة العربية ,مكتبة الشروق الدولية ,الطبعة الرابعة ,2004,ص637.

ومنه الضمان لغة: هو الكفالة والغرامة قال ابن منظور " ظمن الشيئ وبه ضمنا ضمانا : كفل به . وضمنه اياه : كفله , وضمنه الشيئ تضمينا فتضمنه عني : مثل غرمته " .

اما الضمان اصطلاحا : فهو عند المالكية " شغل ذمة اخرى بالحق .

وعند الشافعية" هو عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير ".

ويقول الاستاذ علي الخفيف " شغل الذمة بزواجب يطلب الوفاء به اذا توافرت الشروط ".

وبعبارة اخرى " هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ".[1]

وعليه , فالضمان اذا , في معناه العام يكاد يوازي الالتزام عند القانونين الذين يجعلونه ناشئا عن احد المصادر : العقد , الارادة المنفردة , العمل غير المشروع , القانون .

ثالثا: التعويض في الاصطلاح القانوني :

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه وامنا يتعرضون مباشرة لبيان طريقته عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية , ومع ذلك حاول بعض فقهاء القانون المدني تعريف التعويض ومن هذه التعريفات :

- ان التعويض هو مايلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من اصابه ضرر فهو

[1]- بن زيطة عبد الهادي ,تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ,دار الخلدنية ,الجزائر ,الطبعة الاولى ,2007,ص33.

جزاء المسؤولية , اي انه اذا وقع عمل غير مشروع , نشأ عنه حق في التعويض عن الضرر الذي نجم عنه , وعلى هذا ينبغي مقابلة هذا الضرر بما يعوض عنه .

ـ وعرف في معجم المصطلحات القانونية " بانه ما يعطى للمرء مقابل ضرر لحق به ويقدر في المسؤولية غير التعاقدية طبقا لحجم الضرر"مبدأ الموازنة بين التعويض والضرر" وايضا هو مبالغ يلتزم بهام سؤول عن ضرر معين ويقصد بها جبر هذا الضرر .

والتعويض هو جزاء المسؤولية المدنية , وسيلة القضاء لمحو الضرر او تخفيف وطأته وهو بهذا يختلف عن العقوبة اختلافا واضحا , فالغاية من العقوبة زجر المخطأ وتأديبه اما الغاية من التعويض جبره واصبلاحه .

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يهتم ايضا للتعويض , ويظهر ذلك في المادة 132من القانون المدني الجزائري : " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ....ويقدر التعويض بالنقد , على انه يجوز للقاضي , تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور ...

وكذلك ماجاء في نص المادة 124من نفس القانون بان الالتزام بالتعويض ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله .[1]

[1]القانون 85/75لسنة 1975المعدل والمتمم بالامر 05/10لسنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري

وبهذا يمكن استخلاص تعريفا للتعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري وهو أن : "

الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداأت مالية أو عينية " [1]

المطلب الثاني : فكرة التعويض عن الضرر في الفقه القانوني وقانون الاسرةالجزائري

الفرع الاول : فكرة التعويض عن الضرر في الفقه القانوني

لقد انقسمت آراء الفقه بصدد التعويض عن الضرر المعنوي إلى رأيين ، حيث ذهب الرأي الأول إلى أن فكرة التعويض عن الضرر المعنوي يغلب عليها طابع العقوبة الخاصة ، بينما ذهب الرأي الثاني إلى أن تعويض الضرر المعنوي هو تعويض حقيقي يؤدي إلى تحقيق وظيفته الإصلاحية المتمثلة بجبر الضرر فضلاً عن الوظيفة الرادعة في حالة الخطأ الجسيم أو الموصوف ، ونعرض لبيان ذلك في الفرعين الآتيين:

أولا :التعويض عن الضرر المعنوي هو نوع من العقوبة الخاصة

اتجهت معظم آراء الفقهاء في فرنسا أول الأمر إلى أن تعويض الضرر المعنوي ، يغلب عليه طابع العقوبة الخاصة، وذلك لأن حرية القاضي الطليقة من أية معايير في تقدير هذا النوع من التعويض بدت غريبة عن المبدأ الذي يؤمن الفقه به من أن التعويض لا يكون إلاّ بقدر الضرر ، وهذا ما أدى بهم إلى الاستعانة بفكرة العقوبة

[1]- بن زيطة عبد الهادي ,تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ,المرجع السابق ,ص 35.

الخاصة بالتصوير الذي وضعه الفقه عنها من أنها جزاء مالي لا يرتبط بمدى الضرر.[1] وقد استند أصحاب هذا الرأي في نفي صفة التعويض عن الضرر المعنوي إلى حجج عدة: منها أن الضرر المعنوي هو ضرر مفترض لا يقبل التقييم ولا يقبل الإصلاح ، كما تتنافى فكرة التعويض عنه مع قواعد الأخلاق ، وذلك لأن افتراض الضرر المعنوي أمر قائم في بعض الحالات كما هو الأمر في حالة التعويض الناجم عن الوفاة ، فهنا يفترض القاضي وجود الضرر العاطفي ، دون حاجة إلى إثباته من المدعي. وبصدد عدم قابلية الضرر المعنوي للتقييم أو التقدير ، فإنه إذا كان الضرر المادي يقبل التقدير بمقاييس كثيرة ، فإن ذلك ينعدم في حالة الضرر المعنوي ، ومن ثم فلا يوجد مقياس يصلح معه القول بأن التعويض المحكوم به يوازي الضرر المعنوي ، إذ هو اعتداء على الشخص كإنسان وليس على ذمته المالية ، ومن ثم فإننا سوف نجد دائماً فرقاً في التوازن بين التعويض بأية صورة كان ، والضرر المعنوي ، سواء كان ذلك ضرراً عاطفياً ناشئاً عن فقد عزيز أو مساس بالجسم أو تشهير أو اعتداء على المعتقدات الدينية ، لأن المصلحة في كل ما تقدم ذكره لا تقبل التعويض المالي.

[1]- رائد كاضم محمد الحداد ,التعويض في المسؤولية التقصيرية , مجلة الكوفة ,جامعة الكوفة , قسم القانون , العدد الثامن .

أما عن عدم قابلية الضرر المعنوي للإصلاح ، فإنه مهما كان المبلغ النقدي الذي يحكم به القاضي فإنه مع ذلك لا يكفي لجبر الضرر المعنوي الناتج عن فقد عزيز أو فوات مصلحة معنوية ، ومن ثم فإن الضرر قد وقع ولا سبيل لإصلاحه ، لا بل حتى ولو ترتب على ذلك زيادة الذمة المالية للمضرور ، فإن ذلك لن يقلل من الخسارة التي أصابته بذمته المعنوية. وأخيراً يضيف أصحاب هذا الاتجاه إلى أن إضفاء صفة التعويض عن الضرر المعنوي أمر يتنافى مع قواعد الأخلاق ، إذ أنه لمما يتعارض مع الأخلاق ، القول بأن من لحقه اعتداء على شعوره يتعزى بما ناله من تعويض ، وأنه لأمر بعيد عن الأخلاق أن يثري الإنسان على حساب كرامته ، أو بسبب وفاة ابنه. [1]

إن مما يجدر ذكره هنا أن أصحاب هذا الاتجاه لا يرفضون التعويض عن الضرر المعنوي . بل أنهم يرون فيه الوسيلة اللازمة التي تحول دون إفلات المسؤول بخطئه بسبب عدم ملاءمة فكرة التعويض ، ولكن الذي يعنيه هؤلاء هو نفي الوظيفة التعويضية عن هذا التعويض وإضفاء الصفة الإرضائية عليه أي إرضاء المعتدى عليه أو تطييب خاطره. وبناءً على ما تقدم فإن مظاهر العقوبة الخاصة وفقاً لهذا الرأي تتمثل في مبلغ نقدي يقدر لا لجبر الضرر المعنوي وإنما لإطفاء غيظ المضرور

[1]- بن زيطة عبد الهادي , التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ,المرجع السابق .

والانتقام من المسؤول . كما أن هذه المظاهر تتمثل في أن القاضي إذ يتعذر عليه أن ينفذ في نفسية المضرور لمعرفة مدى الألم النفسي الذي استقر في شعوره ووجدانه فإنه لن يكون أمامه سوى قياس مشاعره الخاصة تجاه المسؤول ومدى جسامة الخطأ الصادر منه ، كما لو كان الخطأ قد صدر نحوه هو، فالأسهل على القاضي هنا أن يعتد بمدى جسامة الخطأ بدلاً من البحث في مدى الضرر . ولهذا فإن من غير المقبول القول أن المضرور يطلب تعويضاً بمعنى الكلمة عما لحقه من ضرر معنوي ، وذلك لأن أي مبلغ نقدي لن يزيل ألمه أو معاناته النفسية ، ومن ثم فإن الواقع يؤكد أن المضرور لا يطلب تعويضاً بل يطلب عقاباً حتى ولو لم يصرح المضرور والقاضي بذلك .[1] ولهذا فإن العقوبة سوف ترتدي ثوب هذا التعويض الذي لا يقاس من وجهة نظر المضرور والقاضي إلاّ بمدى جسامة الخطأ . ومن جهة أخرى فإن صفة العقوبة هذه هي التي تعطي للمضرور الحق في الجمع بين التعويض ومبلغ التأمين على الحياة من دون الاحتجاج عليه بأن الضرر سبق جبره . وكذلك هي التي تفسر لنا سرّ امتناع مجلس الدولة الفرنسي زمناً طويلاً عن إلزام الإدارة بتعويض الضرر المعنوي الجماعي الذي يلحق أبناء مهنة معينة ، ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي يسمح بالتعويض

[1]- السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ,مصادر الالتزام , المرجع السابق .

للنقابة التي تدافع عن مصالحهم ، ولا يسمح بذلك للمجموعات الفردية ، وذلك لأن النقابة تقتضي مبلغ العقوبة للدفاع عن مصالح أبنائها ، بعكس الأفراد فإن ما يربطهم هو فكرة الضرر وليس فكرة طلب العقاب. وبالرغم من وجاهة الأسباب التي استند اليها أصحاب هذا الاتجاه، إلاّ أنه مع ذلك لم يسلم من النقد ، وذلك لأن فكرة العقوبة لا تتفق مع الحالة التي تلتزم فيها شركة التأمين الوطنية بالتعويض إذا كان المسؤول مؤمناً من المسؤولية ، كما أن العقوبة تفترض الخطأ ، ولكن من المسلم به أن التعويض عن الضرر المعنوي يكون أيضاً في حالة المسؤولية القائمة على المخاطر. ومن جهة أخرى فإن صعوبة تقدير الضرر المعنوي وتعذر محوه بالنقود لا تصلح في حد ذاتها سبباً للقول بأن تعويض الضرر المعنوي يتضمن معنى العقوبة الخاصة ، وذلك لأن هدف العقوبة هو الردع والعقاب ، وهو ما لا يتوافر في حالة الحكم بتعويض معتدل عن الضرر المعنوي. وأخيراً فإن الفقه يأخذ على العقوبة بأنها تتعارض ومبدأ العدالة ، لأن تقدير التعويض بمقدار الخطأ يجعله أما غير كافٍ ، أو مغالى فيه ، فهو يكون غير كافٍ إذا كنا بصدد ضرر جسيم نجم عن خطأ يسير ، ومغالى فيه إذا كان الخطأ جسيماً ، والضرر بسيطاً إذ يثري المضرور في هذه الحالة على حساب المسؤول سواء كان من أشخاص القانون العام أم الخاص. ونحن بدورنا نرى أيضاً أن العقوبة لا تتلاءم مع الإدارة وذلك لكونها شخصاً معنوياً ومن ثم فلا تصلح للتطبيق عليها ، الأمر الذي يجعلها محلاً فقط للمسؤولية الإدارية بالتعويض عن الأفعال

الضارة التي تقع من العاملين فيها.[1]

ثانيا :الصفة الإصلاحية للتعويض الضرر المعنوي

يرى جانبٌ آخر من الفقه أن تعويض الضرر المعنوي ، هو تعويض حقيقي يقوم بوظيفته الأساسية في جبر الضرر المعنوي فضلاً عن وظيفة الردع في حالة الخطأ الموصوف .

وبشأن الصفة الاصلاحية لتعويض الضرر المعنوي فإن صعوبة التقدير المالي لا تمنع القاضي من الحكم بتعويض حقيقي وفقاً لما اقترحناه سابقاً ، كما أن الكثير من حالات الضرر المادي قد يصعب تقدير التعويض عنها ، كما هو الأمر في حالة تقييم شيء فريد أو نادر الوجود. كما أن الصعوبة التي تواجه القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر المعنوي يمكن تخطيها بشيء من الملاءمة التي تتطلبها كل حالة على حده حسب ظروف المضرور ، وكذلك فإن القول بعدم قابلية الضرر المعنوي للتعويض أمرٌ غير مقبول ، وذلك لأن التعويض لا يمثل دائماً إعادة الحال إلى ما كان عليه ، بل الغالب فيه أن يعطي المضرور ترضية تعادل في نفسه ما فقده ، ومن ثم يجلب له شعوراً ساراً يترتب عليه بعض السلوى والعزاء . ولهذا فإن الخسارة في حالة الضرر المعنوي لا تزول ولكن يقوم بجانبها كسب يعوض عنه. والصحيح أيضاً أن الضرر المعنوي في الوقت الحاضر يأتي متزامناً أو مختلطاً في غالب الأحيان بضرر مادي يتمثل في نقص قدرة المضرور على الكسب بسبب تأثر الأحوال العصبية والنفسية للإنسان مما ينعكس على طريقة سلوكه في شؤونه المادية الأخرى ، وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي بأنه ((المتاعب التي تلحق بأحوال معيشة المضرور)) ، وذلك لأن الضرر المعنوي هو في حد ذاته ضرر مادي ، لأن الإنسان كروح ومادة يعد جزءاً لا يتجزأ ، ولهذا فإن تعويض الضرر المعنوي غير خالٍ من فكرة

[1]- السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ,مصادر الالتزام , المرجع السابق.

الإصلاح وفقاً لما يقدره القاضي من مقابل يسمح بجبره وبالطريقة المناسبة لظروف المضرور. وبشأن تضمن التعويض عن الضرر المعنوي لعنصر الردع في حالة الخطأ الجسيم ، فإن هذا العنصر يجد مجالاً هاماً له في هذا النوع من التعويض ، طالما أنه لا تحكمه معايير مادية واضحة . ولهذا فإن القاضي يجد نفسه مضطراً لأعمال شعوره الشخصي وشعور المضرور تجاه المسؤول عن الضرر المعنوي ، ومن ثم فإن درجة جسامة الخطأ تعد أحد العوامل المهمة التي يستوحيها القاضي عند تقديره للتعويض. [1]ومن التطبيقات القضائية بهذا الشأن حكم محكمة التمييز ((النقض والابرام)) المصرية والتي ألزمت فيه محافظ الإسكندرية بدفع تعويض مقداره تسعة آلاف جنيه إلى المدعين بسبب الضرر المعنوي الذي أصابهم من جراء موت مورثهم غرقاً في البحر وعدم وجود وسائل إسعاف كافية على الشاطئ. هذا ولما كانت الصفة الشخصية للتعويض من شأنها أن تؤدي إلى الانتقال من التعويض العادل إلى التعويض الكامل أو الرادع ، ولذلك فقد حاول بعض الفقه نفي صفة التعويض الكامل عن الضرر المعنوي ، فهذا التعويض لا يكون كاملاً بسبب طبيعة الضرر المعنوي ، بيد أن هذا الرأي يمكن الرد عليه بالقول أن التعويض الكامل ليس دائماً رقماً محدداً وجامداً بل هو يتمثل دائماً في منح المضرور ترضية تعادل ما فقده(19). من كل ما تقدم يتبين لنا أن تعويض الضرر المعنوي بسبب طبيعته أكثر حساسية واستجابة للوظيفة المزدوجة للتعويض ، لأنه يعطي القاضي حرية أكثر في التقدير ، وهو ما يفتقد إليه عند تعويض الضرر المادي ، وهذا أمرٌ لا يجد تفسيره إلاّ في التأثر بمدى جسامة الخطأ إلى أقصى حد ممكن. وهذا الاتجاه هو الذي يترجح في نظرنا ، لأنه يجمع في تعويض

[1]. فواز صالح , التعويض عن الضرر الادبي الناجم عن جرم ,مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصلدية والقاوننية ,المجلد 22العدد الثاني ,2006

الضرر المعنوي بين عنصر الإصلاح والردع ، كما أن هذين العنصرين هما اللذان يضفيان على تقدير تعويض الضرر المعنوي ملاءمة ومرونة خاصة وتجعله من ثم أقرب إلى القبول ، فضلاً عما يعطيه للقاضي من حرية في التقدير تقتضيها ظروف تغير الخطأ في كل حالة

الفرع الثاني : فكرة التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري

إذا لم يكن التنفيذ العيني للعقد ممكناً، أولم يبدي المدين استعداده للتنفيذ العيني، وطلب الدائن التعويض فيحكم القاضي في هذه الحالة بالتعويض كجزاء مترتب على قيام المسؤولية العقدية.

وتتمثل أركان المسؤولية العقدية في الخطأ العقدي الذي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي سواء كان عن قصدٍ أو إهمال، وكذلك الضرر الذي لحق الدائن والذي يقع عليه عبء إثباته، وأخيراً يجب توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الخطأ العقدي هو السبب المباشر في وقوع الضرر.[1]

إن التعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقيق المسؤولية، ومتى تحقق ذلك كان للمضرور رفع دعوى المسؤولية العقدية تجاه الشخص المسؤول للمطالبة بالتعويض وتستند دعوى المسؤولية العقدية على إخلال المتعاقد المسؤول بمصلحة مشروعة للمتعاقد المضرور. ولا يجوز للقاضي أن يحكم بأزيد مما طالب به المضرور وإن كان يصح أن

[1] بن زيطة عبد الهادي , التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ,المرجع السابق , ص44.

يحكم بأقل منه.

إن الغرض من التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه، إذ تندرج قاعدة التعويض عن الضرر تحت ثبوت العوض بالإتلافات، وسواء كان هذا الإتلاف للنفس أو المال، وقد صرح الفقهاء أيضاً بأن إتلاف البضع- الوطء- موجب للضمان أي التعويض، فمن فوت على امرأة منفعة بضعها بنكاح فاسد أو وطء شبهة فيجب عليه مهر مثلها.[4]

وباعتبار أن وعاء الشروط هو العقد، فإن الشروط في عقد الزواج تخضع لأحكام القواعد العامة في التعويض إلا ما استثني منها بأحكام خاصة. وتطبيقاً لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه والذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها. أن تلجأ إلى القضاء وتطالب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، وتأسس دعواها على أساس أحكام المسؤولية العقدية.

الفرع الثالث : تطبيقات التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري

سنتكلم في هذا الفرع عن التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة كتطبيق من تطبيقات التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري

أجاز المشرع في قانون الأسرة الجزائري إمكانية العدول عن الخطبة وإمكانية التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي الذي قد يصيب أحد الطرفين وجعل ذلك للسلطة التقديرية[1]

[1] . بلحاج العربي , الوجيز في ضرح قانون الاسرة الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية ,2002,الجزء الاول .

للقاضي، غير أن مسألة العدول باعتبار الخطبة وعد غير ملزم مع الإشارة إلى قانون الأسرة [1] منح للقاضى كثير من الصلاحيات حسب سلطته التقديرية لحل كثير من منازعات شؤون الأسرة المطروحة أمامه، فالقاضى مثل ما يقول الفقيه القانونى عبد الرزاق السنهوري "....أن يجعل للقاضى من سلطان التقدير ما ييسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف فتكون بذلك أحكام القانون أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمرا ويواجه بها ما يتغير من ملابسات الأحوال."

فالقاضي إذن سلطة تقديرية تخول له أن يطوع القانون طبقا لحاجة المجتمع وقضية التعويض عن الضرر عن العدول عن الخطبة هى من القضايا التى اختلف فيها الفقهاء وكانت لهم فيها آراء بين موافق لطرح التعديل وبين معارض باعتبار الخطبة مجرد مواعدة على الزواج وليست ملزمة، وهنا نشير إلى أن أحكام الشريعة السمحة في كثير من المعاملات حريصة على تأليف القلوب وجبر الخواطر وكسب القلوب قبل كسب المواقف، ومن هنا فإن المشرع الجزائرى أخذ بالاتجاه القائل بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة وإذا كان الضرر المادي يمكن إدراكه فإن الضرر المعنوي قضية تحتاج إلى ضبط وإلى حكمة لتكون السلطة التقديرية مراعية للظروف الخاصة بطرفي النزاع ولذلك فإن نحتاج فى رأي إلى الاستئناس بضوابط تعيننا في تقدير الضرر المعنوي وهو ما أشار إليه المرحوم الفقيه المصري السنهوري في هذا الشأن إذا جعل

[1]

ضوابط لهذا التعويض عن الضرر المعنوي وهو المتمثل في قوله:

-مجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض

-العدول المصاحب له أقوال وأفعال مشينة مسيئة للطرف الآخر هو الموجب للتعويض

-الأخذ بقاعدة لا ضرر ولا ضرار

هاته هي الضوابط التي وضعها السنهوري للتعويض عن الضرر المعنوي، وهنا نطرح انشغالا وهو المتمثل في العدول عن الخطبة المترتب عنه ضرر معنوي متمثل في الإغواء الجنسي، فهل في ذلك ضمان أو تعويض علما أنه ضرر ناتج عن فعل محرم.

فتح المشرع الجزائري مجالا واسعا للقاضي شؤون الأسرة لحل كل نزاع قد يطرح أمامه بماله من سلطة تقديرية واسعة . بالاضافة الى مرونة نصوص قانون الأسرة، و عدم تبني المشرع مذهب محدد من المذاهب الفقهية وإنما استنبط أحكامه من أغلب المذاهب. لهذا فدراستنا تمحورت حول دور القاضي في حماية الأسرة عند نشوء الرابطة الزوجية أولا، ثم نتطرق فيه لدور القاضي في حماية الأسرة عند انحلال الرابطة الزوجية .

وكان لزاما علينا قبل الخوض في الاحكام القانونية لمبدأ التعويض عن الضرر التطرق إلى الاطار المفاهمي للضرر والتعويض عنه في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري وكذا الاحكام الصادرة عنه .

فتطرقنا الى مفهوم الضرر هذا الاخير الذي يختلف الفقه والقانون حول تعريفه ,فعرفوه على النحو التالي فهو يعني الاعتداء أو الأذى الذي يصيب الإنسان بحق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بشرفه أو باعتباره وسواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أو لم يكن

كذلك , كما اشرنا الى أقسام الضرر الذي ذكرنا أنه ينقسم حسب جسامة الضرر , وذكرنا أيضا صور الضرر شروطه سواء بالنسبة للضرر المعنوي أوالضرر المادي

الفصل الثانـي

سلطة قاضي شؤون الاسرة في تحديد التعويض عن الضرر

نتناول في هذا الفصل سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر في مرحلتين,في المرحلة التي تسبق انعقاد الزواج فكما هو معلوم أن الزواج له مقدمات تكفل حسن الاختيار، واستمراره، واستقرار الحياة الزوجية، ونقصد هنا بالخطبة ,أما المرحلةالثانية وهي المرحلة التي يستحيل فيها طرفي الزواج ان يستمرا معا ونقصد عن انحلال الرابطة الزوجية وهي الطلاق والتطليق .

فمن خلال استقرائنا لنصوص المواد القانونية الخاصة بقانون الأسرة الجزائري، التي تقضي بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة وعن الطلاق، فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد فتح المجال واسعا لسلطة القاضي التقديرية، بخلاف المشرع المصري والسوري، اللذين قيدا سلطة القاضي في تقدير التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة وعن الطلاق، بالإضافة إلى ذلك نلاحظ تميز المشرع الجزائري عن المشرع المصري والسوري، وهذا في أنه لم يقيد سلطة القاضي بإتباع مذهب فقهي معين، بل فتح المجال لاجتهادات القاضي، وهذا طبقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة، التي تقضي بأنه في حالة عدم وجود النص القانوني في المسألة المعروضة على قاضي شؤون الأسرة، فإنه يرجع في هذه الحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

إن مسألة التعويض عن ضرر الطلاق تطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية، واختلفوا فيها، المتعة، غير أن هناك من القوانين الوضعية منها ما أخذ بمذهب معين ومنها من أطلق عليها مصطلح جديد وهو التعويض عن الطلاق التعسفي، على الرغم من أن هدفها واحد وهو جبر الضرر وإصلاحه. والضرر هنا الواقع بسبب تعسف أحد الزوجين في واقعة الطلاق يختلف من حالة لأخرى، فلا يمكن أن نفترض أن كل طلاق يحصل تكون فيه نسبة الضرر مماثلة لطلاق آخر بين زوجين آخرين. ومن أجل هذا وذاك فقد منح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تعويض أحد الزوجين، فهنا نلاحظ دور سلطة القاضي التقديرية في تعويض الطرف المتضرر، إلا أن هذه السلطة التقديرية رغم أنها تظهر

مطلقة، غير أنها تخضع لبعض القيود والضوابط، فيجب على قاضي شؤون الأسرة مراعاتها أثناء تقديره للتعويض، وإذا خالفها فإن حكمه يصبح مشوب بالقصور وعرضة للطعن.

ومن هنا يتضح الدور الفعال الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر عن الطلاق، وتميزه عن باقي القضاة الآخرين، لأنه يقضي بتعويض الضرر عن واقعة الطلاق، التي يصعب تحديد تعويض مناسب لها.

المبحث الاول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مقدمات الزواج

المبحث الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية

المبحث الأول: السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مقدمات الزواج

يعتبر الزواج من الحريات العامة للأفراد، حيث تم تنظيمه في شكل قواعد قانونية آمرة متعلقة بالنظام العام، تفيد هذه الحرية أن يكون الشخص حرا في أن يتزوج، وفي أن يختار مع من يتزوج، و ممن يرفض أن يتزوج, طبقا لضوابط شرعية وقواعد قانونية واضحة، فيعتبر وسيلة لحفظ الأنساب ومنع اختلاطها فقد جعل منه رب العزة ميثاقا غليظا، لقوله سبحانه وتعالى":**وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِيْثَاقاً غَلِيْظاً**، وعرفته المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري على أنه" **عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.**"

كما بين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 16 منه على أن الزواج وتكوين أسرة حق لكل فرد إبتداءً من سن البلوغ بصرف النظر عن العرق أو الجنسية أو الدين، دون قيد أو شرط، مع تمتع كل من المرأة والرجل بنفس الحقوق على قدم المساواة، كما أن الزواج لا ينشأ إلا بكامل رضا وحرية طرفيه

تسمى مقدمة الزواج بالخِطبة، إذ هي كلمة مشتقة من الخطاب وهو الكلام وإذا تعلق هذا

الكلام بامرأة كان المعنى المتبادر إلى الذهن أن يكون هذا الخطاب بشأن الزواج بها، أي هو بمثابة طلب التزويج، مفاده أن يطلب الرجل المرأة ليتزوجها. إلا أنه للخِطبة موانع شرعية وقانونية تحول دون تمكين الرجل من الزواج بالمرأة، حيث يمنع عليه خطبة المرأة المحرمة حرمة مؤبدة بسبب قرابة، المصاهرة أو الرضاعة.

إذ شُرعت الخِطبة للتعارف والتوافق بين الخاطب والمخطوبة، فتتوج الخطبة بإبرام عقد الزواج عندما يتوافق الطرفان، فبالنسبة للمشرع الجزائري، لم ينظم مقدمات العقود بأحكام خاصة بها باستثناء عقد الزواج، وكان متأثرا في ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية التي جعلت لمقدمات الزواج المتمثلة في الخطبة أحكاما خاصة بها1، ذلك لعظم منزلة هذا العقد فهو أخطر العقود وأعظمها شأنا، إذ هو عقد الإنسانية وبموجبه تأخذ الأسرة صفتها الشرعية، فالزواج لا يعقد لمدة مؤقتة بل يعقده الطرفان وهما يقصدان منه دوامه وبقائه ما بقي كل من الزوجين على قيد الحياة.

إلا أنه يمكن أن ينشأ خلاف بين الخطيبين خلال فترة الخطبة يفضي إلى عدول أحدهم عنها، فاتفقت في شأن ذلك كلمة الفقهاء المسلمين، وسار في نفس المنهج المشرع الجزائري، على الاعتراف بأن العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين، فبهذا المعنى يعتبر حق مقرر شرعا وقانونا وأن استعماله يعتبر عملا مشروعا يعصم صاحبه من المسؤولية، إلا أن استعمال هذا الحق قد يؤدي إلى تضرر الطرف المعدول عنه.

وعليه ومما سبق سنتطرق في هذا المبحث إلى :

المطلب الاول : التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة

المطلب الثاني : الأساس القانوني للتعويض عن العدول عن الخطبة

[1]. الخطبة عبارة عن وسيلة أو طريقة سابقة لإبرام عقد الزواج , وهي طلب الرجل التزوجمن امرأة خالية من الموانع الشرعية .

المطلب الاول : التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة

إن العدول عن الخطبة يشكل حق مكفول شرعا وقانونا لكل من الخاطب والمخطوبة، إلا أن استعمال هذا الحق لا يجب أن يكون سببا في تضرر أحدهما,إنما يجب استعماله في حدود الضوابط المقررة لذلك، بحكم كون الحقوق لا تشكل سلطة مطلقة يستعملها الفرد كما يشاء، بل يمنح القانون للفرد حقوقا معينة لتحقيق غاية مشروعة، ومن ثمة فإن استعمال الشخص لهذه الحقوق خلافا لذلك يعد تعسفا.

الفرع الأول : تعريف العدول وأحكامه

أقر المشرع الجزائري إمكانية عدول الخاطب والمخطوبة، عن الخطبة بدون أي قيد أو شرط قانوني، بموجب المادة 5 من قانون الأسرة بنصها على أن" **الخطبة وعد الزواج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة.**"...

فيتبين من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري اعتبر الخطبة وعد غير ملزم، يحق للطرفين العدول عنها لأن الحكمة من تشريع الزواج تقضي بعدم إكراه أحدهما على إبرام عقد لا يرغبه، ويشكل ذلك مخالفة للقاعدة العامة المنصوص عليها في القانون المدني والتي تقضي بكون الوعد بالتعاقد ملزما لصاحبه خلال الأجل المحدد، فإذا انتهى ذلك الأجل ولم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد العدول عن الوعد، لكن قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع عن الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له

أولا : تعريف العدول عن الخطبة.

يقصد باستعمال حق العدول عن الخطبة، تراجع أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج، بالتوقف عن الأعمال والإجراءات القانونية والعرفية المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، كما كان مخططا له بعد إتمام الخطبة، وطبقا للمادة 5 من قانون الأسرة إذا وقع العدول وانقضت الخطبة، فلا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة، لأن ذلك من شأنه أن يقيم عقد زواج دون رضا أحد الخاطبين، وذلك ليس من مقتضيات عقد الزواج، الذي يفترض أن يكون فيه

الرضا والتوافق بين الطرفين ركنا أساسيا تترتب عن مخالفته البطلان.1

فإذا كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج كما سبقت الإشارة إليه، فهي لا تعتبر زواجا شرعيا ولا ترقى إلى درجة العقد وبالتالي لا يترتب عنها أي أثر من آثار عقد الزواج، وعليه فإنه يجوز العدول والتراجع عنها في أي مرحلة من مراحلها و في أي وقت يريده أحد أطرفه، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 ديسمبر 1989 حيث قضت أنه" **من المقرر فقها وقضاء أن الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، إنما تمت بالاتفاق بين الطرفين ولا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا ولا زواجا ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية في العقود.**"

ثانيا: أنواع العدول عن الخطبة.

منح المشرع الجزائري بموجب المادة5 في فقرتها الثانية من قانون الأسرة الجزائري كلا من الخاطب والمخطوبة إمكانية العدول عن الخطبة، إلا أنه يجب التمييز في هذا المقام بين العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة وبين العدول عنها بالإرادة المشتركة.

أ ـ العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة.

يكون العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة، بالتعبير الانفرادي الصادر من أحد الخاطبين باستعمال حق جائز شرعا ومكرس قانونا يؤدي إلى إرجاعهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل الخطبة، حيث يستوي أن يكون العدول راجع إلى وجود سبب جدي أو حتى عند انعدامه لكن في هذه الحالة نكون أمام التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

ب ـ العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة.

يتحقق العدول عن الخطبة بالإرادة المشتركة للمخطوبين بالتعبير عن إرادتهما في إنهاء الخطبة القائمة بينهما، بسبب قيام نزاع بينهما مثلا، فيكون ذلك سببا في اتخاذ قرار الرجوع

---

[1]ـ أنور العروسي ,موسوعة الاحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع ,دراسة تاصيلية مقارنة في ضوء المناهج الاربعة , دار الفكر الجامعي , مصر , 2003.

عن الخطبة.

يتم ذلك بعد اقتناع الطرفين بأن كل منهما لا يصلح أن يكون زوجا للآخر، بحيث تركت الحرية الكاملة في الإقدام أو الإحجام عن الزواج، للمخطوبين لأنهما الأدرى بشؤونهما والأعرف بمصالحهما الخاصة في شأن هذا العقد.

ثالثا: التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة.

تعارف فقهاء الشريعة الإسلامية على أن استعمال الحق على وجه غير مشروع، بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الشخص له، يعتبر تعسف في استعماله لأن من شأن ذلك أن يلحق ضررا بالغير، وهذا ما يؤكده رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديثه الشريف إذ قال **"لا ضرر ولا ضرار**، وسارت في نفس النهج الكثير من التشريعات الوضعية في الدول العربية، من بينها التشريع الخاص بالأحوال الشخصية في الجزائر.

بناء على ما سبق، يتبين أن العدول عن الخطبة بدون مبرر جدي ومقبول، يعتبر تعسف في استعمال هذا الحق، كأن يكون العدول من طرف الخاطب بعد فترة خطوبة طويلة فتفوت على المخطوبة عدة فرص للزواج من رجل آخر، إلى جانب إمكانية تقدمها في العمر فتفوتها فرصة الإنجاب أو يصعب عليها ذلك.

كما قد يكون العدول أيضا من طرف المخطوبة بدون سبب مشروع.

لهذا يعتبر العدول عن الخطبة بغير سبب أو لسبب تافه أو بسبب غير مشروع، تعسفا في استعمال هذا الحق لأن الأصل في استغلاله يقتضي بعدم إلحاق ضررا بالغير، ذلك على أساس أن الخطبة وعد يلزم طرفيه ببذل عناية الرجل الحريص لإتمام الزواج.

للتوصل إلى معرفة تحقق التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة من عدمه، يجب أن يتوفر معياري التعسف في استعمال حق العدول عن الخطبة، اللذان سوف يتم التطرف إليهما في ما يلي.

أ: المعيار الشخصي في استعمال حق العدول عن الخطبة

يعتمد هذا المعيار على البحث في إرادة صاحب الحق للتصرف فيه قصد الإضرار بالغير، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة.1

حيث يظهر قصد الإضرار من جهة العادل إذا عدل عن الخطبة قصد تشويه سمعة الطرف الآخر، كما يظهر أيضا في تكليف الطرف الآخر بأمور غير ما تم الاتفاق عليه في البداية,كأن يطلب الخاطب من المخطوبة مثلا ترك عملها بعد أن تم الاتفاق بينهما على مواصلة عملها، أو أن تطلب من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها بعد أن تم الاتفاق على خلاف ذلك، فيظهر من ظروف الحال أن العادل لديه رغبة كامنة في إنهاء الخطبة يتم التصريح بها عادة بعد مدة وجيزة من طلب ذلك.

لأنه في حالة ما إذا تبين لأحد الخاطبين أن الطرف الآخر لا يصلح أن يكون زوجا، جاز له العدول عن الخطبة لأن الزواج يفترض أن يتم عن رضا وطمأنينة بين الزوجين، أما في حالة ما إذا تم العدول لغير هذه الغاية كأن يعدل أحدهما بهدف الزواج مع زوج أو زوجة أخرى بسبب مالها أو جاهها أو سلطتها أو غيرها من أسباب الجشع والطمع، كان العادل بذلك مخالفا لمقصد الزواج، والقانون رقم 84-11 المعدل والمتمم من إباحة العدول عن الخطبة.

ب: المعيار الموضوعي لاستغلال حق العدول عن الخطبة

يتحقق ذلك عندما تكون المصالح الخاصة التي يريد أن يحققها العادل عن الخطبة أشد ضررا و أعظم خطرا من المفاسد التي تلحق بالطرف الآخر بحيث يعتبر العدول في هذا المقام تعسفا، لأن دفع الضرر أولى من جلب المصلحة طبقا للقاعدة الفقهية المعروفة "درء المفاسد أولى من جلب المصالح."

طبقا لهذا المعيار إذا عدل أحد الخطيبين عن الخطبة اعتبر متعسفا في استعمال حقه،

---

1. كريمة واعراب ,الخطبة في قانون الاسرة الجزائري ,مذكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة 17.

فيترتب عن العدول ضرر ومفسدة أكثر وأكبر من المصلحة المراد تحقيقها بهذا العدول، مثل العدول عن الخطبة للسفر والعمل في بلد آخر والخاطب عامل في بلده، أو العدول عن الخطبة بسبب مشاكل تافهة بين عائلة الخاطب والمخطوبة إذ أن المتعارف على أن هذا النوع من المشاكل يتم تجاوزها والتسامح فيها.

يعتبر العدول عن الخطبة حق مكفول قانونا وشرعا إلا أن هذا الحق مقيد بعدم التعسف في استعماله، فإذا ما استعمل صاحب الحق حقه بطريقة تعسفية، قامت مسؤوليته في مواجهة الطرف الآخر، وبالتالي يتم إلزام المتعسف عن استعمال حقه في العدول عن الخطبة بالتعويض اللازم لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر جراء ذلك العدول1.

رابعا : الآثار المترتبة عن استعمال حق العدول عن الخطبة

إن الخطبة ليست مجرد وعد نظري بالزواج فقط، تتيح للخطيبين إمكانية التحلل من الوعد متى أرادا ذلك، إنما هي وعد بالدخول في أهم وأخطر العلاقات الاجتماعية، فيصبح كل من الخطيبين محجوز لصاحبه بمجرد الإعلان عن الخطبة، بحيث تنشئ ارتباطات تتخذ صورة عملية فيبدأ الطرفان بالنظر احدهما للآخر بعاطفة خاصة والتزامات متميزة , يتعين على الغير احترام هذا الكيان الجديد.

وبما أن العدول حق مقرر لكل من الخاطب والمخطوبة، لم يرتب المشرع الجزائري أي جزاء عن استعمال هذا الحق طبقا للمادة 5 في فقرتها الأولى والثانية من قانون الأسرة الجزائري، وإن كان ذلك يعتبر خلقا ذميما، لما يتضمنه من عدم الوفاء بالعهد، إلا أنه إذا مارس أحد الطرفين حقه في العدول عن الخطبة فإن هذا العدول قد تترتب عنه آثار قانونية تتعلق بالمهر الذي يدفعه الخاطب للمخطوبة، والهدايا المتبادلة بين الطرفين، إلى جانب ما يتعلق بالضرر المادي أو المعنوي الذي يصاحب العدول عن الخطبة.

---

[1]- سعد عبد العزيز , قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد . احكام الزواج والطلاق بعد التعديل . , طبعة 03, دار هومه , الجزائر ,2001 .

أ: آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للمهر والهدايا.

ينجم عن ممارسة حق العدول عن الخطبة آثار قانونية فقهية متعددة، نتطرق في هذا المطلب إلى أهم الآثار القانونية التي تنصرف إلى المهر المقدم إلى المخطوبة، وكذلك إلى الهدايا التي يتبادلها الطرفان، خلال فترة الخطبة التي تنتهي بالعدول وعدم إتمام عقد الزواج كما تم الاتفاق عليه من قبل.

ـ آثار العدول عن الخطبة على المهر(الصداق)

يكمن أن يقدم الخاطب جزء من المهر لخطيبته بمجرد إعلان الخطبة أو خلالها تأكيدا لجدية سعيه، أو للتعجيل في الاستعداد لإبرام عقد الزواج، وقد عرفه المشرع بموجب المادة 14 من قانون الأسرة على أن"**الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.**"

فيتبين من خلال هذا النص أن المهر ملك للزوجة ولها كامل الحق في استغلاله كما تشاء وفيما تشاء1، وبذلك جعل المشرع الصداق مرتبط ارتباطا وثيقا بعقد الزواج ,إذ جعل تحديده يتم بموجب هذا العقد ويتبين فيه ما إذا كان الصداق معجلا أو مؤجلا، وفي حالة عدم تحديد قيمته، فإن الزوجة تستحق صداق المثل إذ ليس للمهر حد أقصى أو حد أدنى.

فاعتبره المشرع من مستلزمات عقد الزواج وجعل منه شرط من الشروط الموضوعية لهذا العقد كما تقضي بذلك المادة 9 مكرر من قانون الأسرة,يدفع لغرض معين فتستحق الزوجة الصداق كاملا بتمام الدخول أو بوفاة الزوج قبل الدخول، لكن تستحق نصفه فقط إذا تم الطلاق قبل الدخول.

يستنتج مما سبق أن المشرع نظم حكم المهر والآثار المترتبة عنه من يوم تمام عقد الزواج, ولم يتطرق بذلك لإمكانية تقديم المهر كله أو جزء منه أثناء فترة الخطبة، وبالتالي

ـ سعد فوضيل , شرح قانون الاسرة الجزائري ,في الزواج والطلاق , الجزء الاول ,المؤسسة الوطنية للكتاب ,الجزائر , 1988. [1]

لم ينظم المشرع حكم المهر الذي يدفعه الزوج أثناء الخطبة التي يعدل أحد الطرفين عنها، إذ يعتبر هذا المسلك قصور منه يجب تداركه بنص واضح يزيل كل التباس نظرا لأهمية المسألة ولكي يتماشى مع الرأي الفقهي المتفق عليه بين المجتهدين الذي يقتضي رد ما قدم من المهر كثير أم قليل، فإن كان قائما أخذه بعينه، فإن هلك أو استهلك أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته إن كان قيميا.

ـ آثار العدول عن الخطبة بالنسبة للهدايا المتبادلة بين الطرفين.

لقد جرت العادة وتعارف الناس أثناء الخطبة أن يقدم الخاطب وأهله هدايا للمخطوبة لاسيما في الأعياد والمناسبات وذلك بغرض التقرب من عائلة المخطوبة وتمتين الروابط الأسرية تمهيدا لعقد الزواج وحفل الزفاف، ويتقدم أهل المخطوبة بهدايا مماثلة إلى الخاطب وعائلته تحقيقا لذات الأغراض، فإذا تمت الخطبة وتوجت بعقد الزواج وتمام الزفاف فلا يثور أي إشكال، أما إذا حدث وأن عدل أحد الطرفين عن الخطبة فإن موضوع الهدايا يثير إشكالاً فقهياً وقانونياً حول مصير الهدايا التي تبادلها الطرفين.

حسنا فعل المشرع الجزائري بأن حسم الأمر بموجب الفقرة الرابعة والخامسة من المادة 5 من قانون الأسرة التي تنص على أنه" **لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من الهدايا أو قيمته1.**"

فيتبين أن المشرع الجزائري أخذ برأي المذهب المالكي الذي ذهب إلى أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء مما أهده، لأنه آلمها بعدوله عن الخطبة، فلا يجمع عليها مع الإيلام إيلاما آخر.

وإن كان العدول من المخطوبة وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائما أو مثله،

---

[1] العربي بلحاج ,قانون الاسرة الجزائري ومبادئ الاجتهادات القضائية ,د.ط , ديوان المطبوعات الجامعية ,1994.

أو قيمته إن كان قيميا، لأنه لا وجه لها بأخذه بعد أن آلمته بفسخ خطبته، لأن ما قدمه لها لا يمكن اعتباره هبة مطلقة وإنما هو هبة مقيدة، فلو لا الخطبة الموصلة إلى الزواج ما قدم لها شيئا والعدل يقتضي أن المتسبب في منع الزواج هو الذي يتحمل تبعة ذلك.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر الناتج عند العدول عن الخِطبة.

لا شك أن عدول أحد الطرفين عن الخطبة قد يسبب أضرار للطرف الآخر وغالبا ما يكون الطرف الأكثر تضررا في مجتمعنا هي المخطوبة، فقد تتضرر هذه الأخيرة ماديا كأن يفوِت العادل عنها فرص الزواج، أو يمكن أن تتقدم بها السن فيقل الراغبون فيها، أو تفقد إمكانية وفرص الإنجاب، إلى جانب ذلك يمكن أن تلحقها أضراراً معنويةً بالغة مما تَلُوكُه الألسُن من أسباب العدول ما من شأنه أن يؤذي المرأة في سمعتها.

فمن شأن ذلك أن يلحق بها أذى وأن يمس بحق أو بمصلحة مشروعة لها، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مادية أو معنوية حيث أنه لا يعتد به إلا إذا جعل صاحب الحق أو المصلحة أسوء مما كان عليه من قبل.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أقر بموجب الفقرة الثالثة من نص المادة 5 من قانون الأسرة مبدأ التعويض عن الضرر الذي قد ينتج بسبب العدول عن الخطبة شريطة ألا يتأسس التعويض على مجرد العدول، لأنه حق مضمون لكلا الطرفين، إنما يتأسس التعويض على أفعال أو تصرفات من جهة العادل سببت ضررا ماديا أو معنويا للطرف المعدول عنه.

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

يقوم حق الطرف المعدول عنه بالمطالبة بالتعويض جراء الأضرار المادية الناتجة عن العدول عن الخطبة إذا صاحب العدول أفعال مستقلة ألحقت ضررا به، فيتحقق حق المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي عندما يصاحب العدول أضرارا ناتجة عن التقصير أو الإخلال بواجب الحيطة والحذر أثناء أو بسبب أو بمناسبة العدول عنها، أو بسبب التعسف في استعمال حقه ما من شأنه أن يلحق ضررا بغيره بلا مبرر, فيثبت عندئذ حق الطرف الآخر في الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحق به، ولقد أكد السنهوري ذلك بقوله أن "انحراف الخطيب في العدول عن الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل

الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية."

وبناء على ما سبقت الإشارة إليه، ليتحقق حق المعدول عنه في الحصول على التعويض يستوجب ذلك مراعاة ثلاث أسس قانونية لدى الحكم له بالتعويض هي:

-1كون الخطبة ليست بعقد ملزم طبقا لما تقضي به المادة 5 فقرة أولى من قانون الأسرة.

-2مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض، كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة5 المذكورة أعلاه.

-3إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم للمتضرر بالتعويض، كما تقضي بذلك المادة 5 المذكورة أعلاه في فقرتها الثالثة.

ثانيا: التعويض عن الضرر المعنوي اللاحق بالمعدول عنه.

أقر المشرع الجزائري إضافة إلى ما تم ذكره أعلاه، حق المعدول عنه في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق به جراء عدول الطرف الآخر عن الخطبة، بموجب المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري،1 إذ أن الخاطب بعدوله عن الخطبة قد يلحق بالطرف الآخر ضررا يصيب شرفه وسمعته، كما يمكن أن تتجاوز شخصه لتمس بشرف العائلة، إذ يتضح أن التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول الخطبة أمر ثابت بموجب نص القانون، غير أن الإشكال الحقيقي الذي يثار هنا يكمن في كيفية إثبات هذا الضرر المعنوي، الذي يكون التعويض فيه مرتبط بالآلام النفسية التي تلحق المعدول عنه أو عن المساس بشرفه وسمعته لأن الخطبة ليست أمر سري بل هي محل إشهار بين المحيطين بالخطيبين.

---

[1]- العرلب بلحاج ,احكام الزواجفي ضوء قانون الاسرة الجزائري ,ج1,دار الثقافة للنشر والتوزيع , الجزائر , 2013.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو أن تقدير التعويض عن الأضرار المعنوية يترك للسلطة التقديرية للقاضي ويتم لك وفق معايير موضوعية تتناسب مع زمان ومكان العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني : الأساس القانوني للتعويض عن العدول عن الخطبة

عند تحديد الاساس القانوني للتعويض عن العدول عن الخطبة وجد اتجاهان: احدهما يعتبر الاساس هو المسؤولية العقدية (اولا) اما الاتجاه الاخر وهو الاتجاه الراجح فقها وقضاء فيرى ان اساس التعويض لا يخرج عن القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية (ثانيا)

الفرع الاول : التعويض على أساس المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية، هي تلك التي تترتب على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد على الوجه المتفق عليه فيه وهكذا يمكن القول بالمسؤولية العقدية متى وجد شرطان، وهما ضرورة قيام عقد صحيح ينشئ التزاما بين المسئول والمتضرر، بينما يتمثل الشرط الثاني في كون الضرر نتج بسبب عدم تنفيذ العقد و يمكن الاستناد على الأساس العقدي، للقول بالتعويض متى اعترفنا للخطبة بالطبيعة العقدية، ولقيام المسؤولية العقدية لابد من وجود خطأ عقدي، نتجت عنه أضرار للطرف الأخر في التعاقد مع وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر1.

فهذا لا يعني التزام الخطيبين معا بإبرام عقد الزواج، لأن ذلك سيتناقض مع مبدأ أساسي وهو حرية الزواج، وهو مبدأ لا يمكن تقييده.

---

[1]فضيل العيش , قانون الاسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا ,ط 2, ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر , ب .س.ن.

فالالتزام الذي تولده الخطبة هو التزام ببدل عناية، وليس الالتزام بتحقيق الغاية.

وحيث اتجه الفقه والقضاء في فرنسا الى اعتماد المسؤولية العقدية كأساس للتعويض عن العدول عن الخطبة وهذا التوجه لم يكن سوى نتيجة لما كان مستقرا من ان الخطبة هي عقد، فلما لم يكن من المستطاع الاكراه على التنفيذ العيني، فانه يتم عن طريق التعويض فقد جاء في حكم لمحكمة تولوز ان الخطبة عقد ملزم يرتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين بإتمام الوعد بالزواج وهذا الوعد يخول لكل منهما دعوى لإجبار الاخر عن الوفاء به لكن طبيعة هذا الارتباط تقضي بأن يتحول بالضرورة الى التزام بالتعويض يلتزم به من يرفض التنفيذ طبقا للمبادئ القديمة التي اخد بها من جديد القانون المدني في المادة 1142و 1145.

وهذا التوجه وجد صداه بعض الفقه المصري فقد اعتبر احدهم ان في الخطبة يصدر ايجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو اتفاق اراد فيه ان ينشأ علاقات قانونية بينهما فهو ارتباط قانوني وعقد كامل يلزم فيه كلا الطرفين باجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم وانه وان كان ليس مايوجب الوفاء عينا اي اجراء التعاقد النهائي لأن هذا الوعد بالتعاقد لاينشئ إلا حقا شخصيا، فليس لاي الطرفين قبل الاخر إلا المطالبة بالتعويض عن رجوعه في هذا الوعد.[1]

ويتضح مما سبق انه يعتبر كلا الخطبين واعدا وموعودا له، مما يفرض عليهما التزاما

[1]- فضيل العيش , المرجع السابق .

بتنفيذ ماانصرفت إرادتهما إلى تحقيقه، والمتمثل في إبرام عقد الزواج في وقت لاحق .

وإذا أخدنا بهذا التحليل فإننا سنظفي على الخطبة صفة العقد، مما ستخضع للآثار المترتبة عنه لقواعد المسؤولية التعاقدية.

غير أن المشرع الجزائري ، لم ينظم الوعد أو التواعد بأحكام خاصة , واكتفى بالنص على اعتبارأن الوعد لاينشيء التزاما .

كما أن المشرع نص في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على أنه من حق الخطيبين العدول عن الخطبة بإرادته المنفردة.

وبهذا لايمكن اعتماد المسؤولية العقدية كأساس للتعويض لأن العقد لم ينعقد أصلا.

الفرع الثاني : التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية

الأصل في العدول عن الخطبة أن لا يترتب عنه أي تعويض,طبقا للفقرة الأول عن المادة 5 من قانون الأسرة التي نصت على أن "الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة "

وذلك نظرا لعدم الزاميتها وارتقائها إلى درجة العقد,وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية رافضة طلب التعويض . 1

غير أن نفس المادة السالفة الذكر في فقرتها الثالثة أقرت استثناء ا من الأصل المذكور إمكانية التعويض في إطار المسؤولية التقصيرية عندما افادت "اذا ترتب عن العدول عن

[1]. مجمد أبو الزهرة , الاحوال الشخصية ,ط2, دار ,االفكر العربي ,مصر , 1997

الخطبة ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض " ومعلوم أن هذه المسؤولية لا تقوم إلا إذا كان الضرر نتيجة خطأ صادر من المدعى عليه؛ بمعنى آن العدول عن الخطبة لا يمكن آن يكون سببا للمطالبة بالتعويض إلا إذا الحق ضررا بالطرف الأخرورغم أن المشرع الجزائري لم يحدد نوع الضرر الموجب للتعويض ولم يعط أمثلة عن ذلك ولم يوضح ما اذا كان الأمر يتعلق بالضرر المادي أو الضرر المعنوي. وبهذا يلزم أن نشير إلى أن الضرر المبرر للتعويض لا يقتصر على الضرر المادي فقط وإنما يشمل جميع أنواع الضرر ؛ وكما جاء في حيثيات حكم المحكمة الابتدائية حيث يكون بذلك تضرر المدعية من عدول المدعى عليه عن خطبتها ثابتا وهو التضرر الحاصل من فقد مورد رزقها على المستوى المادي ، وعلى المستوى المعنوي فإن تضررها من عدول المدعى عليه عن خطبتها دون سبب ولمجرد أنه متزوج ، ومرافقته لها بصفة دائمة ومستمرة علنا مما يشكل لها إحباطا ويقلل من فرص تقدم الغير للمطالبة بزواجها. "

وبالتالي فالعبرة بحدوث الضرر و لحوقه بالطرف الآخر لا بمجرد العدول عن الخطبة وهو الأمر المستفاد من الضابط: ذلك أن القاضي وهو يكيف طلب التعويض عن العدول عن الخطبة .فإنه يلزمه أن يبحث عن حصول الخطأ المسبب للضرر وعن ثبوت هذا الاخير لا عن واقعة العدول عن الخطبة لأنه سيقضي بالتعويض بناء على المسؤولية التقصيرية التي تقتضي وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما.

ويرى اساتذة القانون أنه لتبرير الحكم بالتعويض ضرورة توفر شرطين اساسين

أ- أن لا يكون للعادل مبرر ظاهر لإنهاء الخطبة بل يفعل ذلك لمجرد التهور و الطيش أو

لتحقيق مصالح مادية من وراء عدوله1.

ب-أن يكون له دور في إنجاز التصرف الضار بالطرف الآخر، كما إذا استعجلت الخطيبة حفلة الزفاف. وعندما هيأ لها الخاطب أعلنت عن انتهاء الخطبة و كأن يطلب الخاطب من خطيبته الانقطاع عن الدراسة والتخلي عن وظيفتها، فتفعل استجابة لرغبته ثم يتراجع عن الخطبة بدون سبب معقول

أما إذا تخلف أحد الشرطين فلا يكون هنالك محل للتعويض ولو تحقق الضرر

[1]- بلحاج العربي , المرجع السابق .

المبحث الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية

لاشك وأن الطلاق يرتب أضرار لأحد الزوجين ولومن باب خدش الشعور، هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في عدة مواد من قانون الأسرة مثل المواد **52 ،53 مكرر، 55** من هذا القانون، وترك للقاضي سلطة تقدير الضرر والحكم للطرف المتضرر بتعويض عادل، وما دام الأشخاص يختلفون باختلاف البيئة والثقافة والتربية والمكانة فيمكن القول بأن معيار الضرر ومسبباته تتباين بدورها بتباين طبائع الأشخاص وعاداتهم وتقاليدهم وسننهم في الحياة، وعليه فالمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي وما دام كذلك فإن تقدير الضرر عنصر واقعي في الدعوى أي واقعة مادية، لذلك فتقدير القاضي للضرر يندرج ضمن تقديره للوقائع وتقدير الوقائع من طرفه يعتبر إحدى المراحل الأساسية للحكم القضائي.

والطلاق قد يكون بإرادة الزوجين أو بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوجة إذا توافرت لها الأسباب المقررة قانونا، وعليه فإن درجة الضرر الحاصلة لإحدى الزوجين من الطلاق تختلف بحسب الطرف الذي طلب إنهاء الرابطة الزوجية، وبحسب الأسباب التي دفعت إلى ذلك[1].

[1] نورة منصوري ,التطليق والخلع وفق القانون والشريعة , د . ط , دار الهدى للطباعة والنشر , والتوزيع ,الجزائر ,2010 .

وعليه فإننا في هذا المبحث سنلقي الضوء على سلطة القاضي التقديرية في تحديد التعويض عن الضرر الحاصل لأحد الزوجين من انحلال الرابطة الزوجية , وكذا سلطة قاضي شؤون الاسرة التقديرية في تقدير نفقة التعويض .

وهذا من خلال المطلبين التالين :

المطلب الأول : دور القاضي في تقدير التعويض

المطلب الثاني : دور قاضي شؤون الاسرة في تقدير نفقة المتعة

المطلب الأول : دور القاضي في تقدير التعويض

والطلاق قد يكون بإرادة الزوجين أو بإرادة الزوج وحده، أو بإرادة الزوجة إذا توافرت لها الأسباب المقررة قانونا، وعليه فإن درجة الضرر الحاصلة لإحدى الزوجين من الطلاق تختلف بحسب الطرف الذي طلب إنهاء الرابطة الزوجية، وبحسب الأسباب التي دفعت إلى ذلك.

ففي حالة الطلاق بالتراضي: إذا اتجهت إرادة الطرفين إلى الطلاق واتفقا على ذلك بأن أدركا استحالة استمرار العشرة الزوجية بينهما فإن القاضي لا يملك سوى الإشهاد لهما على الاتفاق الحاصل بينهما، فإذا تنازلت المطلقة على حقها في التعويض فإنه يشير إلى ذلك في الحكم وقد يعرض عليها المطلق مبلغ مالي مقابل الطلاق بالتراضي فتقبل به وعليه ذكر ذلك في الحكم.

أما في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فإن العصمة الزوجية بيد الزوج وعليه فإذا طالب بالطلاق وأصر عليه رغم محاولة الصلح التي يجر يها القاضي والحكمين، فإن القاضي لا يملك سوى الإستجابة لطلبه ولكن انطلاقا من قاعدة **"لا ضرر ولا ضرار"** وحتى لا تحس المرأة المطلقة أن هناك إجحاف في حقها وأن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما شاء، [1]فإن المشرع قد منح لها الحق في طلب التعويض إذا ما أصابها ضرر من هذا الطلاق طبقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: **" إذا تبين للقاضي**

[1]- سعد فوضيل , المرجع السابق .

تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "، فالرجل وإن كانت العصمة بيده فإنه لابد أن يبرز الدوافع التي أدت إلى مطالبته بالطلاق، فإن كانت المبررات جدية حسب تقدير القاضي المختص فإن طلاقه لا يعد تعسفيا، وبالتالي فالسؤال المطروح هو هل أن الزوجة تستحق التعويض عن الطلاق إذا كان مبررا من طرف الزوج؟.

بالرجوع إلى القاعدة العامة فإن التعويض يكون لجبر الضرر الحاصل للطرف المتضرر وانطلاقا من المادة 124 من القانون المدني الجزائري فإن كل من أحدث ضرر للغير بخطئه يلزم بالتعويض، واستنادا على المادة 124 مكرر التي تنص على التعسف في استعمال الحق، فإنه يجب إثبات الضرر والخطأ، لكن بالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنه فيلاحظ أن المعمول به في الغالب هو أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي، أو منعدم تماما لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف فإن ذلك يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق.

لكن قد يكون طلب الزوج للطلاق بسبب من الزوجة التي امتنعت عن الرجوع إلى بيت الزوجية رغم صدور حكم قضائي بإلزامها بالرجوع، فمتى أثبت الزوج أن حكم الرجوع قد أصبح نهائيا وأنه سعى لتنفيذه إلا أنها امتنعت، فهنا يستجاب لطلبه المتضمن الطلاق ويكون ذلك بسعي منه وبتظليمها لنشوزها وفي هذه الحالة فإنها تحرم من حقها في التعويضات.

قضت المحكمة العليا في 1/27/ 1986 أنه : " من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى

الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة.ومتى كان كذلك، استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة.1" فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية ، أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه ، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض ، فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت إذا كان الطلاق غير مبرر ، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق . و كان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم ، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق ، يتحمله الزوج و جانب آخر تتحمله الزوجة ، فهنا يجوز للقاضي استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة وذلك لانعدام التعسف ، ويعتبر ذلك رفضا لطلب التعويض . فالطلاق شرع لرفع الضرر و ليس بإلحاق الضرر بالزوجة ، ،والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة ، بل في حالة تعسف الزوج في إستعمكال حقه في الطلاق ، ويصيب الزوجة ضرر من جراء ذلك ، وتطبيقا لنص المادة 52 من ق-أ

كما قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ : 17/11/1998 بقولها : " 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 ، ومتى تبين من قضية الحال ، أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض ، دون أين يحصل من الطاعن أي تعسف أو

[1]- صقر نبيل , قانون الاسرة قانونا وتطبيقا ,دط, دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ,الجزائر,2013

نشوز ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون1 ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا" من هنا يتضح لنا أن مسؤولية الزوج في استعمال حقه بالطلاق التعسفي هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة التعويض ، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ، ومن ثم انعدام التعسف الذي يثبت بمشاركة الزوجة في المسؤولية في الطلاق ، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق و لو لم يتم الطلاق بالتراضي .

رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة

أما فيما يخص رقابة المحكمة العليا لقاضي شؤون الأسرة في تقدري التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي ، ومادام هذا داخلا ضمن نطاق سلطة قاضي الموضوع ، فهذا لا يعني أن القاضي لا يخضع لرقابة المحكمة العليا ، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر و شروط الضر الذي يقضي من أجله بالتعويض و ذلك ليتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القانون ، و الإطلاع على مقدار ما أخذ به القاضي في سلطته التقديرية ،و باعتبار أن حجم الضرر هو مقياس تقدير التعويض ، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر

[1]- فضيل العيش , قانون الاسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا ,ط 2, ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر , ب .س.ن.

الحاصل و لا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض . 1و يعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها القاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا ، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة ، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو أنه احتمالي ، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي ، وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ :1984/4/2 بأنه :" من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإن تسبيبه ، و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية ، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين و طبقتهما الاجتماعية ، دون اعتبار لحالة و طبقة كل منهما ، و غناهما أو فقرهما ، أو غنى أحدهما أو فقر الأخر ، و دون اعتبار كذالك لمقدار ما

[1]- يوسف دلاندة ,قانون الاسرة مدعم باحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليافي مادتي الاحوال الشخصية والمواريث ,د . ط , دار هومه , الجزائر , 2004.

يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية ، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به ، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف ، و دون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة " فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض ، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مناسب ، كان تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت عدة سنين ، و حكم القاضي بتعويض معين سواء كان قليلا أو كثيرا ، فإنه رغم ما يملكه من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك ، و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب ، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار آخر لها بقولها : " من المستقر عليه قضاء ، أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة و التعويض و النفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة ، دون أن يبينوا

أسباب ذلك شابوا قراراهم بالقصور في التسبيب .1

المطلب الثاني : دور قاضي شؤون الاسرة في تقدير نفقة المتعة

لم يأت المشرع الجزائري ضمن نصوص قانون الأسرة بأي مادة قانونية تشير إلى ما يسمى بالمتعة بل أشارت فقط لحق المطلقة طلاقا تعسفيا في التعويض في نص المادة52 من قانون الأسرة، ونص في المادة 53 مكرر أيضا أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وعن موقف الإجتهاد القضائي بخصوص نفقة المتعة فإن المحكمة العليا أصدرت قرار جاء فيه: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا. "

فالمحكمة العليا قررت أن نفقة المتعة هي نفسها التعويض2.

هناك إشكال أخرى وهو ما مدى استحقاق المطلقة قبل البناء للتعويض عن طلاقها، من المقرر شرعا وقانونا أن المطلقة قبل البناء تستحق نصف المهر، فهل يسمى هذا المهر تعويضا عندما يمنحه القاضي في حكمه؟ المشرع الجزائري لم يشر في قانون الأسرة إلى حقوق المطلقة بصفة عامة، وبما أن التعويض هو جبر للضرر الحاصل للمطلقة فإنه لا يعقل أن يأخذ نفس تسمية المهر ذلك أن المهر هو حق شرعي للزوجة، وبالرجوع إلى قرارات

[1] ـ يوسف دلاندة , المرجع السابق .

[2] فضيل العيش , المرجع السابق .

المحكمة العليا وجدنا القرار الصادر بتاريخ 1996/04/23 والذي جاء فيه: "... ولما ثبت – في قضية الحال- أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح له. "... وبالتالي نحن نرى أن المطلقة قبل البناء زيادة على نصف مهرها، لها الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي قد تصيبها من جراء هذا الطلاق1.

وتجدر الإشارة إلى أن المطلقة تحرم من التعويض إذا كان الطلاق بتظليمها، فإذا تأكد القاضي أنها هي المتسببة في الطلاق بتصرفاتها وإذا تبين له نشوزها، فإنها تحرم من التعويض، كذلك إذا كان الطلاق بواسطة الخلع فإنها لا تستحق أي تعويض، وهناك حالات تحرم فيها المرأة من التعويض وعلاوة على ذلك تلزم بدفع التعويض لزوجها في حالة الطلاق، ذلك أنه إذا ثبت نشوزها كان من حق الرجل المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/04/27 والذي جاء فيه: " متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق و بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذالك يعد خرقا للقانون، ومن تم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة في قضية الحال تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذالك يعدد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق وعليه فإن قضاة الموضوع قد

---

[1]- لحسن بن الشيخ اث موليا, المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ,الجزء الاول , دار هومه للنشر والتوزيع , الجزائر ,2005.

أخطأوا حين قرروا أن الضرر و التعويض عنه يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم. "

بالنسبة لتقدير التعويض المستحق للمطلقة فهو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الرجل وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا، وبالرجوع إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 والذي جاء فيه: "إن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ."

وعليه فحتى وإن كان تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية للقاضي إلا أنه ملزم بذكر أسباب تحديده1.

[1]- لحسن بن الشيخ اث موليا , المرجع السابق .

ملخص الفصل الثاني

الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج وتوطئة له اقامها الشارع الحكيم على احكام وضوابط تضمن لعقد الزواج تحقيق هدفه الاسمى في تحصين النفوس وحفظ النسل .

لقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعة الخطبة بين من رئاها عقدا بين طرفين ملزما لهم وبين كمن رءاها مجرد وعد بالزواج لا ترقى الى عقد ليست لها صبغة الالزامية ولا القيمة القانونية فهي مجدرد التزام ادبي لاغير .

اما المشرع الجزائري فقد اعتبر الخطبة وعدا بالزواج 05 ق أ ج " الخطبة وعد بالزواج " على غرار اغلب القوانين العربية هذا وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ماذهب اليه قانون الاسرة من خلال اجتهاداته المختلفة ان الاختلاف حول تحديد طبيعة الخطبة انعكس على حكم العدول عن الخطبة وعلى امكانية التعويض عن الضرر الناجم عن هذا العدول سواء كان الضرر مادي أو معنوي .

وفي هذا الاطار تمايزت الاراء الفقهية بين الرافض للتعويض جملة وتفصيلا على اساس أن الخطبة ليسة عقدا بل وعدا للزواج غير ملزم ـ فمن عدل عم خطوبته انما يمارس حق من حقوقه الشرعية ـ وبين من يقر بالتعويض مطلقا وذلك بين الذي يميز بين الضررين المادي والمعنوي , واتجاه رابع يقيم التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية اذ ماصاحب العدول اقوال او افعال الحقت ضررا باحد الطرفين

في حين حسم المشرع الجزائري مسألة التعويض عن الضرر المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة وذلك بعبارة صريحة في المادة 02/05 ق أ ج " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لاحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض " , فالمشرع اجاز الحكم بالتعويض وترك تقدير ذلك من صلاحيات القاضي وسلطته التقديرية .

تنص اغلب التشريعات الوضعية صراحة بأن الخطبة وعد بالزواج , ولم يذهب بأي منها

الى النص بان الخطبة عقد ملزم للطرفين , ومن ذلك كانص عليه المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون الاسرة المعدلة بموجب الامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 على أن " الخطبة وعد بالزواج ". وأيضا مانص عليه المشرع المغربي في المادة 05 من مدون الاسرة على أن " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج " . تتحق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة تفيد التواعد بالزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وماجرت به العادة والعرف من تبادل ". وكذلك المشرع الامراتي في المادة 17 من القانون الامراتي 2005 " الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا ".ويقترب منها ايضا نص المشرع السوري في المادة 02 " الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض وقبول الهدايا لا تكون زواجا ".

اما في حالة التعويض عن الضرر عند انحلال الرابطة الزوجية فسلطة القاضي هنا تقديرية وله واسع النظر في تقدير التعويض في كل طرق انحلال الرابطة الزوجية ,وفي تحديد النفقة ونفقة المتعة , وهذا من خلال نصوص قانون الاسرة 02/05 في المواد 52,53,55من نفس القانون

خاتمـــــة

بكرم وعون من الله سبحانه وتعالى توصلت الى نتائج وتوصيات أذكرها كالاتي :

النتائج المتوصل عليها :

من خلال دراستنا للموضوع محل الدراسة توصلنا إلى النتائج التالية :

ـ قاضي شؤون الاسرة له سلطة تقديرية في تقدير التعويض عن الضرر في المراحل التي تسبق انعقاد الزواج ومايتنتج عنها من اثار,وكذا بعد انحلال الرابطة الزوجية

ـ ان التعويض عن الضرر يشمل الضرر المادي والمعنوي

– أن المشرع الجزائري قد فتح المجال واسعا لسلطة القاضي التقديرية، بخلاف التشريعات الغربية الاخرى .

ـ المشرع لم يقيد سلطة القاضي بإتباع مذهب فقهي معين، بل فتح المجال لاجتهادات القاضي، وهذا طبقا لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة، التي تقضي بأنه في حالة عدم وجود النص .القانوني في المسألة المعروضة على قاضي شؤون الأسرة، فإنه يرجع في هذه الحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ـ هذه السلطة التقديرية رغم أنها تظهر مطلقة، غير أنها تخضع لبعض القيود والضوابط يجب على القاضي الالتزام بها .

ـ المعيار المعتمد في تحديد التعويض وتقدير الضرر المعيار الشخصي .

ـ صعوبة تقديرالتعويض المقابل للضرر المعنوي , وتعذر تقييمه بالمال ,والاختلاف بين الفقهاء في مساءلة جوازية التعويض عن الضرر المعنوي بين مؤيد ومعارض والرأي الراجح هو الرأي المؤيد .

التوصيات :

ـ ملأ الفراغ التشريعي في مسألة التعويض عن الضرر ,ووضع تسهيلات وضوابط لمهمة قاضي شؤون الاسرة .

ـ المساواة في التعويض بين الزوجة والزوج بما ان المشرع ساوى بينهما في الطلاق بالارادة المنفردة , وإلا إعادة المادة 54 المتعلقة بالخلع الى ماكانت عليه .

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

- ـ سعد فوضيل , شرح قانون الاسرة الجزائري ,في الزواج والطلاق , الجزء الاول ,المؤسسة الوطنية للكتاب ,الجزائر , 1988.
- ـ لحسن بن الشيخ اث موليا, المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية ,الجزء الاول , دار هومه للنشر والتوزيع , الجزائر ,2005.
- ابن منظور , لسان العرب ,دار الفكر , بيروت , لبنان ,المجلد الثاني , الطبعة الاولى , ,2008
- أنور العروسي ,موسوعة الاحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع ,دراسة تاصيلية مقارنة في ضوء المناهج الاربعة , دار الفكر الجامعي , مصر , 2003.
- باسل محمد يوسف قبها ,التعويض عن الضرر المعنوي , المرجع السابق ,
- باسل محمد يوسف قبها ,التعويض عن الضرر الادبي ,رسالة ماجستيرفي القانون الخاص ,جامعة النجاح الوطنية ,نابلس , فلسطين ,2009.
- بلحاج العربي , الوجيز في ضرح قانون الاسرة الجزائري , ديوان المطبوعات الجامعية ,2002,الجزء الاول
- بن زيطة عبد الهادي ,تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ,دار الخلدنية ,الجزائر ,الطبعة الاولى ,2007,
- بن زيطة عبد الهادي ,تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري ,المرجع السابق ,
- بن محمد الدمغاني ,اصلاح الوجوه والنظائر في القرءان الكريم ,دار العلم للملايين ,الطبعة الثالة ,1980.

- خالد عبد الله شعيب ,قاعدة الضرر يزال وشمولها عن التعويض عن الضرر المعنوي ,مجلة الشريعة والقانون , جامعة الازهر .
- رائد كاضم محمد الحداد ,التعويض في المسؤولية التقصيرية , مجلة الكوفة ,جامعة الكوفة , قسم القانون , العدد الثامن .
- سعد عبد العزيز , قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد . احكام الزواج والطلاق بعد التعديل . , طبعة 03, دار هومه , الجزائر ,2001 .
- صقر نبيل , قانون الاسرة قانونا وتطبيقا ,دط, دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ,الجزائر ,2013
- عبد الرزاق السنهوري ,الوسيط في شرح القانون المدني ,الجديد, مصادر الالتزام ,لبنان ,الجزء الاول .
- العربي بلحاج ,قانون الاسرة الجزائري ومبادئ الاجتهادات القضائية ,د.ط , ديوان المطبوعات الجامعية ,1994.
- العرلب بلحاج ,احكام الزواجفي ضوء قانون الاسرة الجزائري ,ج1,دار الثقافة للنشر والتوزيع , الجزائر , 2013.
- علي علي سليمان,النظرية العامة للالتزام ,مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ,ديوان المطبوعات الجامعية , بن عكنون , الجزائر ,الطبعة السادسة , 2005
- فضيل العيش , قانون الاسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا ,ط 2, ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر , ب .س.ن.
- فضيل العيش , قانون الاسرة الجزائري مدعم باجتهادات المحكمة العليا ,ط 2, ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر , ب .س.ن.

- فواز صالح , التعويض عن الضرر الادبي الناجم عن جرم ,مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصلدية والقاوننية ,المجلد 22العدد الثاني ,2006
- القانون 85/75لسنة 1975المعدل والمتمم بالامر 05/10لسنة 2005 المتضمن القانون المدني الجزائري
- كريمة واعراب ,الخطبة في قانون الاسرة الجزائري ,مذدكرة التخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء دفعة 17.
- مجمد أبو الزهرة , الاحوال الشخصية ,ط2, دار ,االفكر العربي ,مصر , 1997
- المعجم الوسيط ,مجمع اللغة العربية ,مكتبة الشروق الدولية ,الطبعة الرابعة ,2004,
- .نورة منصوري ,التطليق والخلع وفق القانون والشريعة , د . ط , دار الهدى للطباعة والنشر , والتوزيع ,الجزائر ,2010 .
- وهبة الزحيلي , نظرية الضمان ,دار الفكر, دمشق , طبعة 9, 2012.
- يوسف دلاندة ,قانون الاسرة مدعم باحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليافي مادتي الاحوال الشخصية والمواريث ,د . ط , دار هومه , الجزائر , 2004.

الفهرس

الفهرس

العنـــــــــــــــــوان	الصفحة
الإهداء	
التشكرات	
مقدمة	أ–و
الفصل الأول :الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر في شؤون الأسرة	**07**
❖ **المبحث الأول : مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري**	**07**
○ **المطلب الأول : تعريف الضرر وأقسامه**	**07**
○ **المطلب الثاني: صور الضرر وشروط قيامه**	**12**
❖ **المبحث الثاني : مبدأ الضرر المعنوي المعنوي في الفقه الاسلامي وقانون الاسرة**	**17**
○ **المطلب الاول : تعريف الضرر المعنوي**	**17**
○ **المطلب الثاني : فكرة التعويض عن الضرر في الفقه وقانون الاسرة**	**20**
الفصل الثاني :سلطة قاضي شؤون الاسرة في تحديد التعويض عن الضرر	33
❖ **المبحث الاول : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مقدمات الزواج**	**34**
○ **المطلب الاول : التعويض عن الضرر في العدول عن الخطبة**	**36**
○ **المطلب الثاني : الأساس القانوني للتعويض عن العدول عن الخطبة**	**45**
❖ **المبحث الثاني : السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية**	**50**
○**المطلب الأول : دور القاضي في تقدير التعويض**	**52**
○ **المطلب الثاني : دور قاضي شؤون الاسرة في تقدير نفقة المتعة**	**58**
الخاتمة	**63**
المصادر والمراجع المعتمدة	**65**

الملخص:

كلمات مفتاحية:

Abstract: