الجمهوريـــة الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

كلية الحقوق والعلوم السياسية — مدرسة الدكتوراه"دراسات قانونية"

قسم الحقوق — قطب:جامعة 8 ماي 1945قالمة

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون شؤون الأسرة

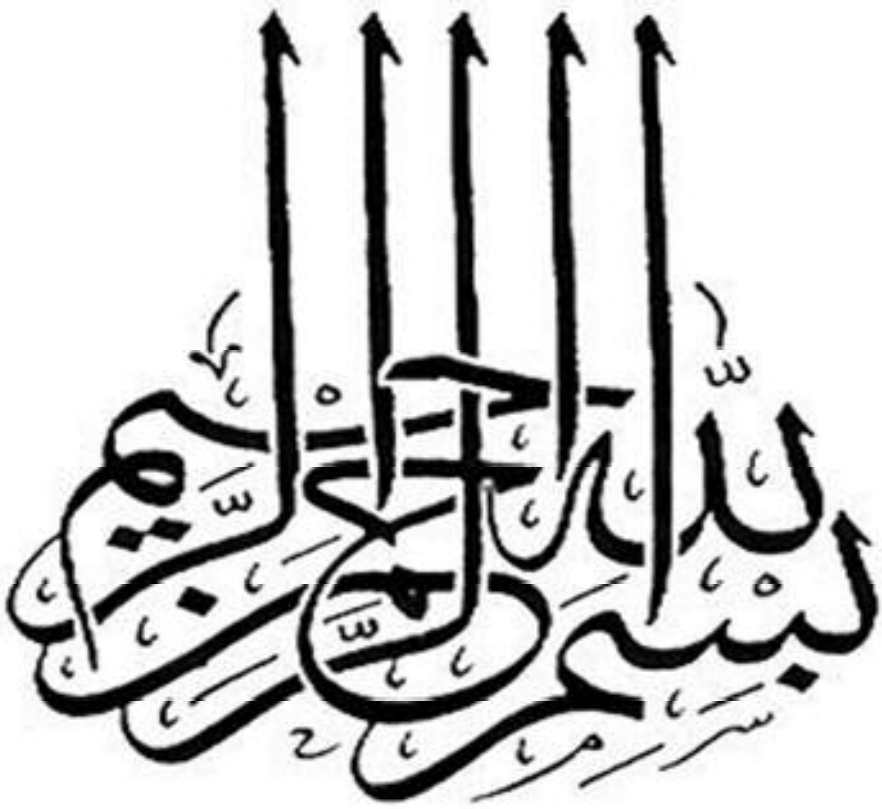
إعداد الطالبة: — **إشراف الأستاذ الدكتور:**

اسمهان عفيف — أحمد رحال

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د.الطاهر دلول	أستاذ محاضر"أ"	جامعة تبسة	رئيســـــــــــــا
د.أحمد رحال	أستاذ محاضر"أ"	جامعة قسنطينة	مشرفا ومقررا
د.محمد مراح	أستاذ محاضر"أ"	جامعة أم البواقي	عضوا مناقشا
د.عبد الرزاق دربال	أستاذ محاضر"أ"	جامعة تبسة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:1431-1432هـ/2010-2011 م


بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُواْ بِالعَدْلِ﴾

سورة النساء: الآية58.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لا ضرر ولا ضرار"

أخرجه ابن ماجة في السنن

شكر وعرفان

يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "**من لم يشكر الناس لم يشكر الله**"

لذا فيسعدني أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير،بعد حمد الله تعالى،إلى أستاذي الكريم الدكتور احمد رحال على تفضله بقبول الإشراف على المذكرة ،وإحاطتي بتوجيهاته ونصحه طيلة إعدادها.

وأجزل الشكر كذلك إلى أعضاء لجنة المناقشة :كلا من الدكتور الطاهر دلول،والدكتور محمد مراح ،والدكتور عبد الرزاق دربال ،على ملاحظاتهم القيمة من اجل إثراء موضوع البحث.

كما لا يفوتني أن اعبر عن فائق امتناني للسيدة شراب حسينة المستشارة بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء أم البواقي،والسيدة بن سالم نجوى المستشارة كذلك بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء أم البواقي،والقاضية رايس مريم بمحكمة أم البواقي على كل ما أفادوني به من معلومات قيمة أثناء إجرائي معهم مقابلة شخصية،كما اشكر كذلك الأستاذ الفاضل ضيف الله الربيع محامي معتمد لدى المحكمة العليا على ما زودني به من أحكام قضائية كتدعيم للجانب التطبيقي للبحث.

وعظيم الشكر إلى كل من علمني حرفا فأصبحت له عبدا أساتذتي في كل الأطوار التعليمية،والى كل موظفي وعمال مكتبة جامعة أم البواقي وجامعة قالمة وجامعة الأمير عبد القادر بقسنطينة على ما زودوني به من مراجع.

الشكر والاحترام إلى الدكتور زغدار محمد،والأستاذ بوزيتونة عبد الغاني،و الأستاذة علاق أمينة على ما قدموه لي من عون.

الباحثة

إهـــداء

إلى من تكبدا المشقة والعناء في تعليمي وأراداني أن ابلغ المعالي في العلم،إلى من كانا مثلي الأعلى في الصبر وطاعة الله،إلى اعز ما املك في الوجود بعد الله ورسوله أمي وأبي الكريمين أطال الله عمرهما وثبت قلبهما على الإيمان.

إلى من قاسموني لبن الأمومة وحب الله وطاعة الوالدين وشاركوني حلو الحياة ومرها إخوتي واخص بالذكر عصام ،عبد الجليل ،مصطفى ،نور الهدى ،سارة.

إلى جميع الأهل والأقارب صغيرا وكبيرا

إلى كل زملائي في الدراسة

اسمهان

المقدمـــة

مقدمـــة:

لقد حظيت الأسرة بحماية إلهية وقانونية كبيرة، فخصتها المجتمعات الإسلامية بعناية متكاملة نظرا لقدسية روابطها، واعتبرها القانون الخلية والنواة الأساسية في بناء المجتمع، فمصدر قوة الأسرة وتراصها يكمن في تلاحم أفرادها وتفاهمهم.

ولما كان للعلاقة الأسرية أهمية كبيرة فقد بيّن القانون أحكاما لتنظيمها استقت أغلبها من قواعد الشريعة الإسلامية التي اعتبرها المرجع الأساس لكل ما لم يرد النص عليه وذلك طبقا لنص المادة (222)من قانون الأسرة الجزائري.

فبدأ بتنظيم العلاقة الزوجية التي مصدرها الزواج و الذي يعد الخطوة الأساسية الأولى قوامه ركن الرضا ومركزه المودة والرحمة مصداقا لقوله تعالى:﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوَاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[1]. وهو ما كرسته المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري.

ونظرا لحساسية هذه المرحلة فقد جعل لها مقدمات تتمثل في الخطبة، وهي فترة تمنح للطرفين فرصة التعارف، وتكون طريقا لانعقاد الزواج الذي من مقاصده اعفاف الزوجين وضبط شرفهما ودوام العشرة بينهما وصيانة المجتمع من الفوضى، وكذا تقوية الصلة بين أفراده لقوله تعالى:﴿**وَجَعَلْنَاكُم شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُواْ**﴾[2].

ونظرا لطبيعة النفس البشرية القنوطة، فإن تقلباتها النفسية مفترضة بين الزوجين وقد تكون نواة لشقاق مستعص بينهما، الأمر الذي يحتم الانفصال. وهو الامر الذي من شأنه أن يخلف أضرار وخيمة على الصعيد المادي والنفسي في مختلف مراحل العلاقة الزوجية، ابتداء من الخطبة التي تعد من ممهداتها وانتهاء بالطلاق.

ففي الخطبة قد يعدل أحد الطرفين عن الآخر دون سبب شرعي أو قانوني يقتضي ذلك، كما أن استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين قد يكون فيه مضرة لطرف دون آخر، أو قد يحدث فك

---

[1] سورة الروم: الأية21.

[2] سورة الحجرات:الأية13.

هذه الرابطة من أحد الطرفين دونما سبب فينجم عن ذلك ضرر،وهو الأمر الذي نهت عنه الشريعة الإسلامية بقولها لاضرر ولا ضرار وقد أمرت بإزالته بالمعروف و الحسنى لما في ذلك من فضل كبير لقوله تعالى:﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ ٱللَّهُ وَاسِعاً حَكِيماً ﴾[1].

لأن إهمال هذا الضرر دون جبره قد يزيد من تفاقمه الأمر الذي يؤدي إلى إخلال التوازن بين طرفي العلاقة ،مما قد ينتج عنه حقد يشحن في الأنفس الضغائن والكراهية والله عز وجل قال في محكم تنزيله﴿**وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ**﴾[2].

وأمام هذا الوضع كان على المشرع التدخل بالنص على جبر الضرر عن طريق إقرار مبدأ التعويض عنه بشقيه المادي والمعنوي من خلال جملة من النصوص القانونية.

وللتقيد بنصوص القانون وحفظ الحقوق لمنع التعسف في استعمالها وإلحاق الأذى بالآخرين، وإعادة التوازن المالي والاجتماعي لأطراف الخصومة فقد أوكل القانون مهمة منح التعويض عن الضرر إلى القاضي باعتباره وسيطا لتطبيق هذه القواعد.

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

وقد جاء موضوع هذه الدراسة ليسلط الضوء على كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لسلطة التقديرية وقد تم حصر مجالها في التعويض عن الضرر من خلال البحث في الحالات التطبيقية لها والمنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

وتأسيسا على ما سبق ذكره كان عنوان هذا البحث: **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر.**

---

[1] سورة النساء:الاية 130.

[2] سورة البقرة: الاية 237.

ويكتسي البحث في هذا الموضوع **أهمية** تتجلى في:

1-أهمية علمية نظرية تنطوي على ما يشكل البحث في موضوع السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر من إضافة إلى مجال القضاء ،كما تمنح لنا تصورا شاملا لمفهوم السلطة التقديرية وكيفية قيام القاضي بالنشاط الذهني للترتيب الحق في التعويض وتحديد مقداره.

2- أهمية عملية تطبيقية تتجلى في ما يثيره من فضول يتعلق بمعرفة كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر من الناحية العملية من خلال معرفة كيف يتم تقدير القاضي لقيام الضرر ومنح الحق في التعويض ،ومعرفة أنواع التقدير القضائي الذي يقوم به في صدد ذلك.

3-أهمية عملية تطبيقية منبثقة من دور قاضي شؤون الأسرة وما له من سلطة تطبيق القانون و تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.

4-مساهمة القاضي-بفضل ماله من سلطة في مجال التعويض عن الضرر-في توطيد الاستقرار الاجتماعي والأسري، ذلك أن حل النزاع من طرف القضاء قد يؤدي إلى إمكانية تهدئة النفوس بإصلاح هذا الضرر عن طريق منح تعويض عادل للمضرور ترضية له،كما أن رفع الأمر إلى القضاء يجعلهم على بينة من أمرهم في الحرص على الوفاء بالالتزامات والوعود.

أما **إشكالية** البحث فيمكن سردها في الشكل الآتي:

أقر المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي، غير أنه لم يبين شروط استحقاق التعويض كما لم يبين المعايير التي يستند إليها في تقدير التعويض وخول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث ذلك ،الأمر الذي يطرح إشكالا محوريا يتمثل في:

ما حدود استخدام قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر؟

وتقتضي الإجابة عن هذا الإشكال الاستعانة بجملة من الأسئلة الفرعية، تعبد الاجابةُ عنها الطريق إلى الوصول إلى جواب أمثل للإشكال المحوري المطروح.

وتتمثل هذه الأسئلة الفرعية فيما يلي:

-ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وما هي مصادر نشاطه التقديري؟

-ما هي حالات إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في مجال التعويض عن الضرر؟

-ما هي المنهجية التي يسلكها قاضي شؤون الأسرة في بناء الحكم بالتعويض عن الضرر؟ وما نوع التقدير القضائي الذي يقوم به عند تقدير استحقاق التعويض وتقدير قيمته؟

-ما مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر؟

-ما مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض ؟

-وهل قاضي شؤون الأسرة ملزم قانونا بالحكم باستحقاق التعويض في حالة ثبوت الضرر وما هو والأساس القانوني الذي يستند إليه في ذلك؟

-ما هي الأسس التي يستند إليها قاضي شؤون الأسرة في تقدير قيمة التعويض عن الضرر؟

- ما طبيعة الأحكام القضائية الصادرة في دعوى التعويض عن الضرر؟ وما مدى رقابة المحكمة العليا لسلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في هذا مجال ؟

سوف أسعى من خلال هذا البحث إلى محاولة تحقيق **الأهداف** التالية :

1-محاولة الوقوف على ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ومعرفة أصلها التاريخي وما أضحت عليه في الوقت الحاضر ودور القاضي في مجال التعويض عن الضرر وما يجب أن يكون عليه.

2-محاولة معرفة حالات إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي وما إذا كانت هذه الحالات محددة على سبيل الحصر أم المثال .

3-الوقوف على الأساس القانوني والفقهي الذي يستند إليه قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض وتقدير قيمته.

4-محاولة معرفة ما إذا كانت السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر تخضع لقيود أو ضوابط، وتحديد طبيعتها إن وجدت.

5-محاولة الانتقال من البحث في مبدأ التعويض عن الضرر في جوانبه النظرية إلى البحث في مجاله التطبيقي وما يفرزه من إشكاليات. نحاول الوقوف عليها .

أما **الأسباب التي دفعتني لاختيار** هذا الموضوع فهي كثيرة ومتعددة لعل أبرزها يرجع إلى غموض مصطلح السلطة التقديرية للقاضي الذي يستعمل كبديهية مسلمة بها يفترض بالجميع العلم بها خاصة إذا تعلق الأمر باستعمال هذه السلطة من طرف قاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

إضافة إلى اهتمامي بالجوانب التطبيقية للنصوص التشريعية ومحاولة الربط بين الجوانب النظرية والتطبيقية لها وقد وجدت من موضوع السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الضرر مجالا خصبا لهذا الربط.

ضف إلى ذلك قلة المراجع و البحوث التي تتناول هذا الفرع من القانون ألا وهو قانون الأسرة في الجزائر بالرغم من الأهمية التي يكتسيها في المجتمع لتعلق أحكامه بتنظيم عصب المجتمع و الأسرة ،ومحاولة تقصي مستجداته.

واهتمام أغلب الدراسات بالحديث عن مبدأ التعويض عن الضرر، ومدى تكريس النصوص التشريعية له وإهمال الجانب المتعلق بتطبيق هذا المبدأ وما يثيره من إشكاليات.

إضافة إلى غموض النصوص القانونية المتعلقة بسلطة قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر.

وبالرغم من الأهمية التي تكتسيها السلطة التقديرية للقاضي في العمل القضائي وبوجه خاص في مجال التعويض عن الضرر،فإنني لم أعثر في حدود اطلاعي على أي **دراسة سابقة** تتناول السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر على نطاق قطرنا كما لم أجد بحثا مقارنا يتعرض لها؛ ماعدا ما وجدته من كتب تتناول مسألة معينة دون الإحاطة بما نسعى للوصول إليه، حيث عثرت على كتاب للأستاذ بن زيطة عبد الهادي بعنوان(**تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري ــ دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**)وقد ركزت الدراسة على بيان حالات إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ومقارنة مدى تطابقها مع الشريعة الإسلامية.

و كتاب للدكتور بركات محمود محمد ناصر عنوانه **(السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي)** أصل هذا الكتاب رسالة دكتوراه تقدم بها الباحث إلى جامعة دمشق وقد ركز صاحبها على الحديث عن نظرية السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي وذكر أنها مستمدة من الاجتهاد وقد ركز فيها على تحديد المقصود من القضاء بشكل عام والسلطة التقديرية للقاضي بوجه التحديد كما بين كيفية ممارستها من يوم رفع الدعوى إلى غاية الفصل فيها فكانت دراسته عامة دون تخصيص لفرع معين لأنها كانت ترتكز على الجانب الفقهي.

وقد واجهتني في سبيل إعداد هذا البحث عدة **صعوبات وعوائق** ترجع أغلبها إلى طبيعة موضوع البحث –بحد ذاته– الذي يغلب عليه الجانب الاجتهادي والذي يرتكز في كثير من جوانبه على التطبيقات القضائية التي واجهتني صعوبة في الحصول عليها خاصة الحديثة منها الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية.وكذا انعدام مرجع قانوني يتناول سلطة قاضي شؤون الأسرة وبشكل خاص في مجال التعويض عن الضرر مما اقتضى تتبع المعلومة في مختلف نصوص القانون وفروعه والكتب الفقهية والقانونية القديمة منها والحديثة التي لها صلة بأي جزئية تتعلق بموضوع البحث.

أما فيما يخص **المنهج** الذي اتبعته للإجابة عن إشكالية البحث فقد كان **المنهج الجدلي**[1] باعتباره المنهج المناسب لهذه الدراسة لأنها تتعلق بمجال اجتهادي بحت كان محلا للجدل في الماضي ولازال إضافة إلى أن هذا المنهج يعد الأشمل لاحتوائه كل أدوات المناهج الأخرى ويساعد الباحث للوصول إلى الحقيقة التي تتضح من خلالها التطورات التي مر بها موضوع البحث وما سيكون عليه في المستقبل،لذلك فقد اعتمدته كمنهج أساسي مع الاستعانة بمناهج

---

[1] "إن المنهج الجدلي يبحث عن الحقيقة داخل الظاهرة ويتتبع مراحل تغير الطاهرة بناء على الصراع الداخلي الذي يحدث للظاهرة عكس المنهج التجريبي الذي يدرس الظاهرة من الخارج عن طريق الملاحظة والتجربة...أما قوانين الجدل فهي قانون وحدة وصراع الأضداد والمتناقضات وقانون تحول التغيرات الكمية إلى تغيرات نوعية وقانون نفي النفي."أنظر لتفصيل أكثر:رشيد شميشم:**مناهج العلوم القانونية**."د.ط"؛الجزائر:دار الخلدونية،2006 ،ص168-169.

ومع أن المنهج الجدلي يتعارض في قواعده مع الشريعة الإسلامية بحكم أن قواعده تتسم بالدينامكية في حين أن قواعد الشريعة الإسلامية تتسم بالثبات إلا أن استخدامنا لهذا المنهج انصب على القواعد القانونية التي هي في حركية وتطور دائم بحكم الاجتهاد ولم يتم على الشريعة الإسلامية؛وإنما جعلنا من أحكامها المرجع في تأكيد ما طرأ من تحول وتطور بحكم أنها تعد مصدر أصلي ومادي لقانون الأسرة الجزائري.

أخرى كالمنهج التاريخي عند بحث التأصيل التاريخي لفكرة السلطة التقديرية ومبدأ التعويض عن الضرر،كما استخدمت المنهج المقارن كلما دعت الدراسة إليه حيث استأنست ببعض القوانين المقارنة فيما يتعلق بالموضوع والمتمثلة في القانون التونسي والمغربي، والسوري والأردني والمصري وكذا القانون الفرنسي وهذا حتى يتسنى لنا توضيح ما يختص به قانون الأسرة الجزائري من إيجابيات وسلبيات في مسألة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

أما **المنهجية** التي سلكتها لدراسة الموضوع فقد اعتمدت على وضع مقدمة وخلاصة تتضمن نتائج عند الانتهاء من كل فصل أو مبحث كما قدمت لكل مطلب وجعلت له خلاصة تخصه؛ووضعت لكل فرع استنتاجا يتعلق به وهذا في كامل البحث،كما أدرجت أغلب التعقيبات المتعلقة بقانون الأسرة في شكل ملاحظة.

وقد اعتمدت الخطة الثنائية باعتبارها الأنسب للإحاطة بكل جوانب الموضوع حيث قسمت الموضوع إلى فصلين-أحدهما نظري آخر تطبيقي-وخاتمة:

فالفصل الأول يتعلق بـــ: المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر وقد تم تقسيمه إلى **ثلاثة مباحث:**

يتطرق **المبحث الأول** إلى ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتم تقسيمه إلى **ثلاثة مطالب**،حيث يتناول **المطلب الأول** التأصيل التاريخي لسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة،في حين يتناول **المطلب الثاني** تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة،في حين تم التعرض في **المطلب الثالث إلى** خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتميزها عن غيرها من الأفكار وأهمية وجودها.

أما **المبحث الثاني** فيتناول مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر وتم تقسيمه إلى **ثلاثة مطالب**،يتطرق **المطلب الأول** الى مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في حين يتحدث **المطلب الثاني** عن المقصود بالتعويض

عن الضرر، ويتعرض **المطلب الثالث** إلى حالات إعمال قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

اما **المبحث الثالث** فيتناول كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في تعويض الضرر.

وقد تم تقسيمه إلى **ثلاثة مطالب**،يتطرق **المطلب الأول** إلى المنهجية التي يسلكها القاضي في حل النزاع في حين يتطرق **المطلب الثاني** لأنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر.

في حين تم التعرض في **المطلب الثالث** إلى القيود الواردة على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

أما **الفصل الثاني** فيتعلق بـــــــ:تطبيق قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

حيث يتناول **المبحث الأول** سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر وتم تقسيمه إلى **ثلاثة مطالب**،حيث يتطرق **المطلب الأول** إلى مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة.

في حين يتطرق **المطلب الثاني** إلى مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي، ويتطرق **المطلب الثالث** إلى مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.

أما **المبحث الثاني** فيتناول سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر وتم تقسيمه إلى **ثلاثة مطالب**،يتناول **المطلب الأول** سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في حالة العدول عن الخطبة في حين يتناول **المطلب الثاني** سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي، ويتناول **المطلب الثالث** سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في حالة التطليق والنشوز.

ونبحث في **المبحث الثالث** رقابة المحكمة العليا على ممارسة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر وتم تقسيمه إلى **ثلاثة مطالب**،حيث يتناول **المطلب الأول**

طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر وطرق الطعن فيه في حين يتناول **المطلب الثاني** معنى رقابة المحكمة العليا على إعمال النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر،في حين يتناول **المطلب الثالث** نطاق رقابة المحكمة العليا على إعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

الفـــــصـــــــل الأول

المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر

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

وعلى ضوء ما سبق سنتناول نشاط قاضي شؤون الأسرة التقديري بتخصيص الحديث عنه في مجال التعويض عن الضرر والذي يعد من أهم المجالات التي يبرز فيها ما يمارسه القاضي من اجتهاد أو نشاط تقديري.

وعليه ارتأينا في هذا الفصل بيان المقصود من السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر وهذا من الجانب النظري من خلال تحديد ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة باعتبارها موضوع الدراسة، ثم الحديث عن مصادر هذا النشاط التقديري وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر، و في الأخير سنبرز كيفية ممارسة القاضي لهذا النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر وما يمر به من مراحل ليصل إلى النتيجة وحل النزاع .

لذلك تم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر.

المبحث الثالث: كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في تعويض الضرر.

المبحث الأول

ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

مما لاشك فيه أن أي بحث علمي لا يمكن الإلمام والإحاطة به ما لم يقف الباحث على ماهيته[1]التي يتوصل بها إلى تصور الموضوع ومعرفته من خلال عرض نشأته وهذا بالبحث في أصله وامتداده التاريخي وتطوره، ثم الوقوف على تحديد معناه بتعريفه وكذا ذكر خصائصه.

ومصطلح السلطة التقديرية للقاضي بوجه عام ولقاضي شؤون الأسرة بوجه خاص وإن كان يستخدم كبديهية مسلم بها الآن الا أنه لا ينفي ما يكتنفه من غموض حول أصله وامتداده التاريخي وكذا معناه وما يتميز به من خصائص وهو الأمر الذي سنحاول بيانه في هذا المبحث المقسم إلى ثلاثة مطالب كالاتي:

المطلب الأول: التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

المطلب الثّاني:تعريف السّلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة .

المطلب الثالث:خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتميزها عن غيرها من الأفكار وأهمية وجودها.

[1]"الماهية: ما يصلح جوابا لسؤال بصيغة ما هو."موفق الدين عبد الله ابن احمد،ابن قدامه:**روضة الناظر وجُنة المُناظر**. "د.ط"؛بيروت:دار الندوة الجديدة،"د.ت.ن"،ص5؛علي بن محمد الشريف،الجرجاني:**كتاب التعريفات**."د.ط"؛بيروت:مكتبة لبنان،1985،ص205.

المطلب الأول:التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

تتطلب دراسة أي موضوع بحث الوقوف على تأصيله من الوجهة التاريخية، وذلك لإدراك مدى التطور التاريخي له، وما توصل البحث المقارن بشأنه [1]، ففهم حاضر البحث وتكهن مستقبله لا يكون إلا بالرجوع إلى الجذور التاريخية لفكرة البحث ومحاولة تتبع ماضيها التاريخي وكيف أضحت في الوقت الحالي عند دراستها وتحليلها.

والقانون باعتباره مجموعة قواعد موجهة لتنظيم سلوك المجتمع[2] لم ينشأ صدفة بل هو وليد ظروف التاريخ ونتاج لتطور المجتمع،لذلك فاكتشاف حلقة الوصل بين مختلف النظم القانونية لا يمكن أن نستشفها إلاّ بالدراسة التاريخية،لهذا قيل أن:"الإنسان بغير التزود بالمعرفة العميقة بالماضي لا يستطيع أن يقرر شيئا في الحاضر"[3].

لذا فالبحث في فكرة السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة يقتضي الرجوع إلى الأصول التاريخية لهذه الفكرة، والتساؤل كيف كان وجودها في النظم القديمة؟ وكيف أضحت في النظم الحديثة من خلال إبراز رأي الفقه بشأنها؟ ومدى تسليم المشرع الجزائري بوجودها وقيامها في مختلف فروع القانون ؟ وهو ما سنتطرق إليه في هذا المطلب المقسم إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول:فكرة السلطة التقديرية للقاضي في النظم القديمة.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول وجود السلطة التقديرية للقاضي و الاعتراف بها.

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية للقاضي.

---

[1] حسن،عثمان:**منهج البحث التاريخي**. ط8؛القاهرة:دار المعارف،2000،ص13.

[2] حبيب إبراهيم،الخليلي:**مدخل للعلوم القانونية**.ط9؛بن عكنون–الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2008،ص19.

[3] Hélène,Vanevelde :**Cours D'histoire Du Droit Musulman et Des Institutions Musulmanes** ;Hydra,Alger :office des publications universitaires,1983,p,17.

الفرع الأول: فكرة السلطة التقديرية للقاضي في النظم القديمة

إن أي قاعدة قانونية أو فكر قانوني لابد أن يكون له منطلق تاريخي يكون بداية لتطوره، واكتشاف ذلك يكون بالرجوع إلى تاريخ القانون [1].

فغالبية الأفكار والنصوص النافذة تجد أصلها في الشرائع القديمة التي عنيت بالبحث والإصلاح في كل مرحلة من مراحلها،ذلك أن نضوج الفكر الإنساني لم يأت من العدم، وإنما هو جهد فكري كبير بدأه الإنسان منذ العصر البدائي إلى يومنا هذا.

لهذا سنحاول الغوص في النظم القديمة وذلك للبحث ما إذا كان لمصطلح السلطة التقديرية للقاضي وجود في ظلها ونبدأ بالآتي:

أولا:العصر البدائي: تأسّست دعائم المجتمع البدائي[2] بوجود أول خليّة بشريّة وهي الأسرة [3]،حيث يجمع أفرادها رابطة القرابة وصلة الدّم من جهة الأب والأم،وقد ساد بداية هذا العصر فكرة الخضوع التّام للسّلطة الأبويّة لربّ الأسرة "الأب"،فهو من يشرّع الحقوق والواجبات و يقضي في نزاعات أفراد أسرته[4] فهو المنفّذ لكل ما يصدر من أحكام، وبذلك كانت له السّلطة المطلقة على جماعته سواء تعلّق الأمر بأحوالهم الشّخصيّة أو الماليّة أوالرّوحية،لكن مع اتّساع مجال الأسرة النّواة أصبحت العلاقات أكثر تشابكا وتعقيدا، وساد شعور لدى الفرد أنّ القوّة والانتقام هما الوسيلة

---

[1] تاريخ القانون هو الذي يعنى"بدراسة تطور الأفكار والمبادئ القانونية لدى الجماعات الإنسانية الأولى التي تكونت فيها النظم القانونية،مثل نظام الزواج،ونظام الملكية ونظام الجرائم والعقوبات والوقوف على مراحل تطورها خلال مختلف المراحل حتى الوقت الحاضر." منذر،الفضل:**تاريخ القانون**.ط1؛ عمان الأردن: منشورات بنك الأعمال،1996،ص3.

[2] "كان سائد في فكر الرجل البدائي أنه محاط بقوى الطبيعة الانتقامية المتقلبة،وهو دائم الخوف من الإساءة إليها،لذلك يحاول حماية جماعته من غضبها، بمنع الاعتداءات داخل أسرته من خلال إقراره للعدل ومنع الظلم،أما القانون بالنسبة إليه يتجلى في تراث من العادات القديمة التي قبلت بها الآلهة وهو دائم القيام بها."روسكو،باوند:**مدخل إلى فلسفة القانون**.ترجمة:صلاح الدباغ،ومراجعة: أحمد سلم،"د.ط"؛لبنان– بيروت:المؤسسة الوطنية 1967،ص40.

[3] صوفي حسن، ابوطالب: **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**. "د.ط"؛"د.م.ن":دار النهضة العربية،2007،ص67.

[4] نصر فريد محمد،واصل:**السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام**."د.ط"؛مصر:المكتبة الوقفية،"د.ت.ن"،ص28.

المثلى لحماية حقوقه وملكيّته في حال وقوع الاعتداء عليه، فكان هو السلطة التي تقدر ما يشكّل فعل الاعتداء وكيفيّة الرّد عليه ومقداره،وهو من يوقّعه بمفرده أو بمساعدة أفراد أسرته [1].

غير أنّه سرعان ما اهتدى الإنسان إلى ضرورة الاستقرار والهدوء والاستغناء عن القوّة والانتقام،فأوجد فكرة التّحكيم لدى رئيس الجماعة أو شيخ القبيلة في ظل امتداد الأسر والجماعات،وبذلك انتقلت السّلطة من الفرد إلى رئيس القبيلة [2]،وأصبح للمحكم سلطة تقديريّة مطلقة في بحث النّزاع وإصدار الحكم استنادا إلى أعراف الجماعة وتقاليدها ومعتقداتها[3]،دون أن يكون لحكمه معقب أو رقيب.

وما يجدر الإشارة إليه أن هذا العصر يعدّ بداية التّنظيم الاجتماعي و القانوني ذلك أنّه في هذه الصّورة البدائيّة عرف الإنسان ثلاث مراحل من القضاء،بدأها بقضاء أبوي فقضاء فردي،وبعدها قضاء تحكيمي،أمّا بالنّسبة للقانون فيمكن القول أنّ أوّل ما احتكم إليه الإنسان البدائي هو قانون أسرته،ثم القانون العرفي القبلي أو العشائري،وأنّ فكرة السّلطة التّقديريّة بوجه عام قد بدأ ميلادها في ظل هذا العصر لكن بشكلها البدائي المطلق من كل قيد.

ثانيا:في التشريعات القديمة:لم يبق المجتمع في صورته البدائيّة ،فتطوُّر واتّساع حجم القبائل وامتدادها أدى إلى الحاجة لقيام دولة ينتظم الأفراد تحت لوائها،تكفل لهم الحماية بموجب نظام قانوني ينظم مختلف العلاقات الناشئة بها،وهو المسعى الذي كانت تصبو إليه التشريعات القديمة الشرقية والغربية والتي كانت أهمها التشريعات العراقية ،الفرعونية، اليونانية والرومانية.

---

[1] علي علي،سليمان:**دراسات في المسؤولية المدنية في القانون الجزائري**."د.ط"؛بن عكنون الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،1984،ص190.

[2] خالد عبد العظيم،بوغابة:**طرق اختيار القضاة"دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية**"."د.ط"؛مصر:دار الكتب القانونية،2009،ص10-11.

[3] وقد كان اللّجوء إلى التّحكيم في بداية الأمر اختياريّا من قبل أطراف الخصومة لكنّه أصبح في ما بعد وجوبيا على الأطراف. زيدان محمد،فاضل: **سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة**.ط1؛عمان الأردن:دار الثقافة،2006،ص23.

1ــ تشريعات بلاد الرافدين: تعد بلاد الرافدين[1] مهد أولى الحضارات البشرية وقد عرفت هذه الحضارة مجموعة من القوانين لتنظيم مجتمعها[2]، وتعتبر الأقدم في العالم كله وهي السومرية والأشورية والبابلية [3] .ولعل أهم هذه القوانين قانون حمورابي[4]الذي يعد أول قانون وضعي مكتوب،حيث جاء هذا القانون على درجة من التطور وذلك لما أورده من أحكام تتعلق بتنظيم مجتمعه خاصة الأسرة الملكية والقضاء وفصل الدين عن الدولة.

وبالرغم من التطور القانوني الذي شهدته هذه الحضارة،خاصة على المستوى التشريعي والقضائي إلا أن فكرة السلطة التقديرية للقاضي كانت غائبة،وهذا راجع للسلطة المطلقة التي يتمتع بها الملوك فيما يتعلق بسن القوانين والتي يرون أنها تتصف بالكمال لذلك على الأفراد الخضوع التام لها وعلى القضاة التقيد بحرفيتها دون البحث في الظروف الشخصية والاعتبارات الفردية.

2- التشريعات المصرية القديمة: لقد عرفت الحضارة الفرعونية[5] القديمة صدور عدة قوانين،كان أهمها قانون بوكخوريس الذي تأثر كثيرا بقانون حمورابي[6]،وجاء هذا القانون متميزا عن سابقيه لتنظيمه مختلف ميادين الحياة خاصة الجانب الأسري والقضائي حيث أقر مبدأ التقاضي على درجتين لأول مرة[7]،غير أنه لم يشهد من جانب آخر جديدا فيما يتعلق بفكرة السلطة التقديرية للقاضي،وإنما سادت فكرة السلطة التحكمية وهذا راجع لانعدام الفصل بين

---

[1]"تقع بلاد الرافدين بين بادية الشام غربا وجبال كردستان شمالا ومرتفعات إيران بلاد عيلام شرقا والخليج العربي الفارسي جنوبا،يعبرها دجلة والفرات،سميت في العصر الإسلامي الهلال الخصيب وفي العصر الحديث الجمهورية العراقية" أرزقي العربي، أبرباش:**تاريخ النظم القانونية والاجتماعيةالقديمةالإسلاميةالجزائرية**."د.ط"؛الجزائر:دار الخلدونية،2006،ص9.

[2]زيدان محمد،المرجع السابق،ص27.

[3]"من هذه المجموعات قانون الإصلاحات اوركاجينا،قانون أور-نامو،قانون اشنونا، قانون لبت- عشتر وغيرها"**.شريعة حمورابي وأصل التشريع القديم**.ترجمة: سرّار أسامة،ط2؛دمشق:دار علاء الدين،1993،ص9ومابعدها.

[4]حمورابي هو ملك الدولة البابلية حكم مدة 42سنة.قام بوضع قانونه بعد قرابة 30سنة من الحكم وقام بكتابة نصوصه على لوح حجري حتى يتمكن الجميع من الاطلاع عليه واحترامه.وقد تضمن 282مادة تضمنت كل مادة الفرض و الحكم وقد كان لنظام الأسرة الجانب الأكبر من هذه النصوص"من المادة 127إلى194" وهذا لأهميتها حيث تناول نظام الزواج ومقدماته ونظام الطلاق والجزاء المترتب في حالة إيقاعه تعسفيا،ونظام الإرث والتبني.

[5] "تقع بلاد مصر في الشمال الشرقي من القارة الإفريقية وهي ملتقى القارات الثلاث إفريقيا،أسيا،واروبا يخترق البلاد نهر النيل" أرزقي العربي ابرباش،مرجع سابق،ص57.

[6]صوفي حسن ابوطالب،مرجع سابق،ص289وما بعدها. أرزقي العربي،مرجع نفسه،ص74-75.

[7]منذر الفضل،مرجع سابق،ص92ومابعدها.

السلطات حيث عُهد بالقضاء للسلطة التنفيذية،فكان الوزير يمارس القضاء إلى جانب مهامه الإدارية[1]،زد إلى ذلك صرامة القانون الذي لا يسمح بالنظر في الظروف والاعتبارات الشخصية للخصوم،كما أن السيطرة التامة والسلطة المطلقة التي كان يتمتع بها الملك جعلت من هذا الجهاز الذي يجمع وظيفتين مجرد آلة لتنفيذ إرادته.

3- التشريعات اليونانية:لقد ساد لدى المجتمع الإغريقي[2] القديم فكرة الاحتكام لدى الكهنة ورؤساء القبائل[3]كما سادت الطبقية الاجتماعية الأمر الذي أوجد تعددا في المحاكم واختلاف الأحكام الصادرة، لكن سرعان ما انتفض الشعب اليوناني ضد هذا التمييز والسلطة التحكُّمية التي يتمتع بها الكهنة والحكام والأشراف، حيث قام بثورة نتج عنها عدة إصلاحات سياسية وقانونية كان أهمها قانون دراكون الصادر في أواخر القرن السابع قبل الميلاد،ثم جاء قانون صولون الذي كان أكثر تعبيرا عن مطالب الشعب اليوناني.

إن الإصلاحات التشريعية التي جاءت بها هذه المدونات ووضوح قواعدها القانونية التي أعطت تقدما ونضوجا فكريا لدى أفراد الشعب والارستقراطيين وغيرهم[4]، أدت بالملوك أو الحكام والمكلفين بالقضاء-الذين كانوا يجمعون بين وظيفتي القضاة والمحلفين في أثينا- إلى ممارسة سلطة تقديرية مطلقة خاصة فيما يتعلق بالجرائم والعقوبات نتيجة إدخال عنصر القصد الجنائي للفاعل، حيث لعبت صفات الأشخاص والمشاعر دورا في تحري ذلك وتقرير العقاب من عدمه الأمر الذي أدى بأرسطو[5] إلى السعي للتخلص من ذلك بإيجاد التمييز بين ما هو إداري وما هو قضائي،حيث قال في مؤلفه عن"علم السياسة":"أن التقدير هو خاصية إدارية ذلك أنه في الحلول الإدارية لابد من اعتبار الأزمنة والأشخاص والظروف الخاصة،وعلى السلطة التنفيذية أن

---

[1] محمد فاضل زيدان،مرجع سابق،ص32. أرزقي العربي ابرباش ،مرجع سابق،ص92.

[2]تقع بلاد الإغريق في الجزء الجنوبي من شبه جزيرة البلقان،نفس حدود الدولة اليونانية الحديثة تقريبا وقد توسعت في اعز فتوحاتها حيث شملت عدة أجزاء من العالم القديم،فيحدها من الشرق البحر الأسود ومن الغرب ايبيريا"اسبانيا"ومن الجنوب مصر"أرزقي العربي،مرجع نفسه،ص96.

[3]ويتم حل النزاعات عن طريق التحكيم أو إصدار الأحكام. خالد عبد العظيم بو غابة،مرجع سابق،ص15.

[4]أرزقي العربي،مرجع نفسه،ص117.

[5]أرسطو طاليس فيلسوف يوناني(384-422ق.م) يسمى بصاحب المنطق،له عدة مؤلفات في الطبيعة والمنطق والسياسة والميتافزيقا. لتفصيل أكثر أنظر: محمد،الخطيب:**الفكر الإغريقي**.ط1؛الإسكندرية:دار علاء الدين،1999،ص191ومابعدها.

تستنسب وتقدِّر بحكمة عند تطبيق الجهاز الحكومي على الحالات الفعلية. وأنه لا يجوز للمحاكم أن يكون لها أي سلطة تقديرية لأن الوظيفة القضائية لا تستلزم الفروق بين حالة وأخرى"[1].

يتضح من هذا القول أن فكرة السلطة التقديرية للقاضي ظهرت بوادرها في ظل هذه الحضارة وإن كان وجودها بشكل مطلق وغير واضح المعالم، وهذا راجع لانعدام التمييز بين السلطات ودورها فيما يتعلق بسن القانون وتنفيذه وتطبيقه، وقول أرسطو بانعدام السلطة التقديرية للمحاكم هو بداية لوجودها، لأنها انطلاقة للتفريق بين أعمال المحاكم وأعمال الإدارة، وهي بذلك تعد سابقة لم تشهدها الحضارات التي قبلها، فالنضوج الفكري الذي ساد هذه الحضارة خاصة بوجود الفلاسفة لم يقف عند إيجاد القواعد القانونية التي تحكم النشاط البشري؛ بل توسع الجدل الفلسفي إلى البحث عن مفهوم القانون والغاية منه وكذا تطبيقه.

4- التشريعات الرومانية:لقد عرفت الحضارة الرومانية[2]تطورا قانونيا كبيرا لم تشهده الحضارات التي سبقتها،ويرجع ذلك لجهود ملوكها،حيث قاموا بتجميع وتدوين مختلف النصوص القانونية الأمر الذي أدى إلى ترسيخ معالم هذه التشريعات التي تعد في الوقت الحاضر المصدر التاريخي للكثير من القوانين على رأسها القانون الفرنسي[3].

وقد شهدت هذه الحضارة على الصعيد القانوني وجود عدة قوانين كان بدايتها قانون الألواح الإثني عشر[4] الذي كان نتيجة الثورات الشعبية التي قامت ضد السلطة التحكّمية والمطلقة التي كان يتمتع بها رجال الدين وما صاحبها من استبداد وانفراد بمعرفة القواعد القانونية وعدم إعلانها للشعب، ثم جاء قانون الحاكم القضائي[5]الذي أكد في بدايته على تأمين تطبيق قانون الألواح الإثني عشر حيث أوكلت هذه المهمة إلى الحاكم الشرعي أو ما يعرف بالحاكم القضائي، وقد كانت

---

[1] روسكو باوند،مرجع سابق،ص68.

[2] كلمة رومان تعني أصلا سكان مدينة روما،ومؤسسها حسب التاريخ هو الملك رومولوس،فتحها المسلمون عام 847م ثم احتلها بعد ذلك التروما ن." لتفصيل أكثر أنظر:أرزقي العربي ،مرجع سابق،ص124؛محمود إبراهيم، السعدني:**حضارة الرومان**.ط1؛"د.م.ن":عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية،1998،ص35وما بعدها.

[3] نادية،فضيل:**دروس في المدخل للعلوم القانونية**."د.ط"؛الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية،1999،ص40.

[4] صوفي حسن أبوطالب،مرجع سابق،ص138وما بعدها؛ نصر فريد محمد،مرجع سابق،ص28ومابعدها.

[5] يحي المصطفى،المبشر:**تاريخ القوانين"القانون الروماني"**.ط1؛"د.م.ن":"د.ن"،2002،ص46وما بعدها.

مهمته مقيدة بالنظر في الدعاوى من الناحية الشكلية ومدى مطابقتها للقانون دون النطق بالحكم الذي يعهد به لقاض فرد يتم اختياره في قائمة رسمية للمرشحين[1]. لكن مع تطور المجتمع الروماني وظهور فكرة العدالة تم توسيع سلطة الحاكم القضائي فأصبح غير مقيد بالشكليات التي يفرضها القانون،وتوسع دوره إلى الاجتهاد والبحث عن القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق فابتكر فكرة الحيل القانونية والقياس في الدعاوى،وصار للقاضي المدني"البريتور"دور ايجابي من خلال البحث والتحري في قيام عيوب الإرادة كما له الرجوع إلى أراء الفقهاء الذين كان لهم دور كبير في تطوير الأفكار القانونية لإيجاد الحل القانوني للقضايا المستجدة[2].

ويلاحظ أنه على الرغم من التطور القانوني الذي شهدته هذه الحضارة إلا أن القاضي في ظلها كان مجرد ممثل لإرادة الإمبراطور الذي يتولى الاجتهاد في إيجاد الحل القانوني باعتباره المشرع والمتولي لسلطة الأمر والنهي في حين تنحصر مهمة القاضي في النطق بالأحكام القضائية باعتباره مندوبا عنه.

يستنتج مما سبق أن فكرة السلطة التقديرية بشكلها المطلق وجدت منذ العصر البدائي وظلت موجودة في مختلف التشريعات القديمة،بينما اكتنف السلطة التقديرية للقاضي في ظل هذه النظم الغموض،وهذا نتيجة تداخل الوظيفة القضائية مع الوظيفة التشريعية والتنفيذية أو الإدارية عند إصدار وتفسير القانون وتطبيقه.

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول وجود السلطة التقديرية للقاضي

لم تشهد العصور الوسطى[3]كثيرا من التطور خاصة على المستوى القانوني،وهذا نتيجة الصراعات السياسية والدينية التي جرت في هذه الفترة،فكان هناك خمول في الفكر القانوني.

---

[1] بن ملحة ،غوتي:**القانون القضائي الجزائري**.ط2؛الجزائر:الديوان الوطني للأشغال التربوية،2000،ص11.

[2] يحي مصطفى،مرجع سابق،ص59وما بعدها؛أرزقي العربي،مرجع سابق،ص137وما بعدها.

[3] ظهر في هذه العصور ما يسمى النظم الإنجلوساكسونية وتتمثل في القانون الانجليزي،و النظم اللاتينية ممثلة في القانون الفرنسي،وقد ساد فيها الفوضى أو الرجوع بالقانون إلى عصوره البدائية وهذا لسيطرة الكنيسة والصراعات الطبقية،لكن من جانب آخر كان فيها ميلاد الحضارة الإسلامية التي أرست مبادئ ومعالم حضارية لم ولن تسبقها إليه أي حضارة خاصة في المجال التشريعي والقضائي.

لكن مع قيام النهضة الأوربية ومجيء العصر الحديث، وخاصة منذ القرن الثامن عشر، شهد القانون نضوجا كبيرا نتيجة نقاش الفلاسفة والفقهاء لمختلف أفكاره، وكان من جملتها الجدل حول فكرة توزيع السلطات، ومدى تمتع القاضي بالسلطة التقديرية [1].

وقد تمخض عن هذا السجال الفقهي انقسام لدى الفقهاء بين مؤيد ومعارض لوجود السلطة التقديرية للقاضي.

أولا:الرأي الأول:ذهب جانب من الفقه في النظامين الانجلوساكسوني واللاتيني القديم إلى إنكار هذه السلطة على القاضي وعدم الاعتراف بوجودها،وقد استندوا في ذلك إلى الأسباب الآتية:

1- أن التطبيق القضائي للقانون يجب أن يكون بطريقة آلية محضة،وأن عملية التقدير هي من اختصاص المشرع وحده،فدور القاضي يقتصر على التعبير عن هذه الإرادة[2]؛وقد قال مونتسكيو في ذلك:"إن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق بكلمات التشريع"[3].

2- أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع الذي يحدد له مجال هذا العمل ونطاقه وفقا لنصوص قانونية واضحة قاطعة الدلالة،لذلك لا مجال لقيام القاضي بالتقدير.

3- أن القانون يتسم بالكمال ولا مجال لوجود سلطة تقديرية للقاضي حيث أن مجال إعمالها يكون في حالة نقص التشريع،وبما أن التشريع بلغ درجة الكمال فإن على القاضي فقط تطبيق ما ورد في قواعده دون تجاوز ذلك بالنظر في الظروف و الاعتبارات الفردية[4].

4- كما يرى هذا الاتجاه أن القول بوجود السلطة التقديرية للقاضي و الاعتراف بها من شأنه الإخلال والمساس بمبدأ الفصل بين السلطات لأن منح القاضي الحق في الاجتهاد والبحث عن القواعد القانونية المناسبة للتطبيق هو تدخل في مهام السلطة التشريعية واعتداء على اختصاص موكول لها وحدها،وعليه لتفادي ذلك لابد أن ينحصر دور القاضي فقط في ملاحظة القانون

---

[1] روسكو باوند،مرجع سابق،ص64-65.

[2] فاطمة الزهراء،تبوب المولودة رابحي«**سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية**»مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الإدارية قسم القانون الخاص جامعة الجزائر1997 ص6.

[3] وهذا القول يعود امتداده إلى ما ذكرناه عن موقف أرسطو من هذه الفكرة.

[4] إبراهيم،بن حديد«**السلطة التقديرية للقاضي المدني"دراسة تحليلية نقدية**"»مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم لإدارية قسم القانون الخاص جامعة الجزائر1994-1995 ص8؛روسكو باوند،مرجع سابق،ص67-70.

وإعمال المنطق في تطبيقه عن طريق تفسير نصوصه والقياس عليها دون تجاوز ذلك بخلق قواعد قانونية[1].

5- أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي من شأنه فسح المجال للهوائية واختلاف الأحكام القضائية وتشعبها[2].

مناقشة هذا الرأي:

إن تحقيق غاية القانون تقتضي إضفاء المرونة على قواعده،فالقاضي هو من يخرج هذه القواعد من حالة الجمود والسكون إلى حالة الحركة وبالتالي يخلق فعاليتها ويحقق غاية وجودها عند بحث الاعتبارات والظروف الشخصية وعليه نجد تجاهلا للدور الذي يلعبه القاضي في تطبيق القانون.كما أن اختلاف القدرات الذهنية لدى القضاة هي طبيعة إنسانية يتم تغذيتها بالاجتهاد والبحث وبالتالي فهي ليست عائقا لتطور القانون وإنما هي سبب لخصوبة وتنوع الحلول وقطع النزاعات.

ثانيا:الرأي الثاني: اتجه غالبية الفقه الحديث[3] إلى الاعتراف بوجود السلطة التقديرية للقاضي وضرورة قيامها وبرّروا ذلك بالآتي:

1- أن التطبيق الآلي للقانون يلائم بشكل أكبر الملكية والمعاملات التجارية،بينما يستدعي السلوك البشري-خاصة في قضايا الزواج والطلاق والتعويض عن الضرر والمسؤولية المدنية- المرونة في تطبيق القانون ومراعاة الظروف والملابسات،ففي حقل المسؤولية المدنية والعلاقات الأسرية لم يتقدم التشريع ولم يعطنا أي حلول نهائية وإنما قدم لنا فقط بعض التعميمات والمبادئ العامة[4]، فكان لزاما منح القاضي فرصة الاجتهاد في البحث عن الحلول القانونية في مختلف المصادر حتى يستقي قاعدة قانونية تكون صالحة للتطبيق.

---

[1] ميشال، تروبيير: **فلسفة القانون**.ترجمة:سعد جورج،ط1؛" د.م.ن":دار الأنوار،2004،ص93ومابعدها.

[2] روسكو باوند،مرجع سابق،ص74؛إبراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص6ومابعدها.

[3] من كلا النظامين الانجلوساكسوني واللاتيني .

[4] روسكو باوند،مرجع سابق،ص84-85.

2- كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أن القاعدة القانونية ليست موضوع السلطة التقديرية وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها[1]،لذلك نجد أنّ القانون يترك دائما هامشا من الحرية للقاضي لإعمال هذه السلطة ولا داعي للقول بخلق القاضي للقواعد القانونية لأن هذه السلطة لا يمكن ممارستها إلا إذا أقرها القانون ونص على العمل بها وهي تمارس دائما في ظله.ففي القانون الجنائي مثلا يبين القانون الحد الأدنى والأقصى للعقوبة وهو بذلك يترك هامشا من الحرية للقاضي وفق هذين الحدين،وكذلك الأمر بالنسبة للقاضي المدني الذي يترك له على الأقل تقدير مبلغ التعويض عن الضرر في حال قيام المسؤولية المدنية[2].

3- وأن القانون ليس كاملا ولا يمكن أن يكون كاملا،بل يمكن أن يكون غامضا ومبهما في العديد من الحالات وتقرير قواعده بصفة مجردة يؤدي في الكثير من الأحيان إلى اصطدامه عند التطبيق بوقائع لم تكن مرتقبة، وهنا لابد من تدخل السلطة التقديرية للقاضي لسد هذا الفراغ أو توضيح الغموض حتى يسد قصور التشريع وكذا اجتناب حالات تنطوي على الظلم وهذا هو الدور الذي تلعبه المحاكم[3].

4- إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية وإصداره الأحكام القضائية بناءا على اجتهاداته الفكرية هو أمر ملازم لممارسته للعمل القضائي،لأن ولاية القضاء تستلزم ولاية التقدير،وبذلك القاضي لا يقوم بوضع قواعد قانونية جديدة وإنما يهدف بنشاطه التقديري إلى تحديد وتبيين إرادة قانونية قائمة دون تجاوز ذلك بإنشاء نصوص قانونية جديدة،وعليه لا يوجد ما يمس بمبدأ الفصل بين السلطات لأن القاضي يعمل دائما في إطار ما خولته السلطة التشريعية[4].

يستخلص من هذا الرأي أنه:

لابد من الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي في نشاطه القضائي لأن ولاية القضاء تستدعي وجود ولاية التقدير وبالتالي هي ملازمة للسلطة القضائية والعمل القضائي،كما أن هذه السلطة

---

[1] إبراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص11ومابعدها.

[2] ميشال تروبيير ،مرجع سابق،ص94.

[3] مشال تروبيير،مرجع نفسه،ص93.

[4] نبيل إسماعيل،عمر:**سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**."د.ط"مصر:دار الجامعة الجديدة،2008،ص6-107.

تمارس بموجب القانون وتعمل في إطاره فهي وليدة القانون، وهي ضرورية في كافة الفروع التي تحوي نصوصها قواعد غير آمرة.

إذاً لا مراء من منح القاضي السلطة التقديرية والاعتراف بها له، وهو الأمر الذي سلمت به وكرسته النظم الحديثة؛بل إن النظم الانجلوساكسونية الحديثة تجاوزت هذا الاعتراف إلى جعل هذا النشاط التقديري الذي يقوم به القاضي لإيجاد الحلول القانونية سوابق قضائية يلزم القضاة الرجوع إليها في ما يعترض القاضي من قضايا مشابهة وتسبيقها في بعض الحالات على التشريع من خلال إقرار إلزاميتها واعتبارها قاعدة قانونية عامة.

بينما اكتفت النظم اللاتينية بمنح هذه السلطة للقاضي والاعتراف بها دون تجاوز ذلك إلى حد القول أن ما يصدره القاضي بناءا على سلطته التقديرية يشكل قاعدة قانونية ملزمة.

ويمكن القول أن هذا الجدل كان على مستوى الفقه القانوني دون الفقه الإسلامي الذي منح فقهاؤه قديما[1] وحديثا[2] للقاضي سلطة تقديرية في استنباط الأحكام الشرعية والاجتهاد[3]في حل الخصومات؛في حال غياب النص الشرعي أو يكون النص ظنيا غير قاطع الدلالة واستندوا في ذلك إلى العديد من الأدلة نذكر منها:

من القرآن الكريم:قوله تعالى:﴿ **وَٱلَّذِينَ جَاهَدُواْ فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَمَعَ ٱلْمُحْسِنِينَ**﴾[4] فيجب على من دخل سلك القضاء بذل الجهد في القيام بالحق والعدل[5].

---

[1]من فقهاء الإسلام قديما نذكرالأئمة الأربعة(مالك بن انس، ابو حنيفة النعمان، الشافعي ،وابن حنبل).علاء الدين أبي بكر بن مسعود،الكاساني:**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**.ط2؛لبنان:دار الكتاب العربي،1982،ج7،ص6ومابعدها.

[2]من الفقهاء المعاصرين:يوسف،القرضاوي:**الاجتهاد في الشريعة مع نظرات في الاجتهاد المعاصر**.ط1؛الكويت:دار القلم،1996،ص65ومابعدها؛محمد،أبو زهرة:**محاضرات في في عقد الزواج وآثاره**."د.ط"؛"د.م.ن":دار الفكر المعاصر1971، ص10ومابعدها؛وهبة،الزحيلي:**الفقه الإسلامي وأدلته**.ط1؛دمشق سوريا:دار الفكر المعاصر،1997،ج8،ص5944.

[3]شمس الدين،السرخسي:**المبسوط**."د.ط"؛بيروت:دار المعرفة،1986،ج16،ص68؛أبو عبد الله محمد بن إدريس، الشافعي: **الأم**.تحقيق وتخريج:عبد المطلب رفعت فوزي،ط3؛لبنان:دارالوفاء،2005،ج7،ص106ومابعدها؛محمد أمين،ابن عابدين:**حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**.ط2؛بيروت:دار الفكر،1966،ج5،ص365.

[4]سورة العنكبوت:الاية69.

[5]برهان الدين ابي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله،بن فرحون:**تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**.ط1؛بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،1995،ج1،ص12.

وقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلأَمْرِ مِنْكُمْ** ﴾[1]ويعني بأولي الأمر الأمراء والعلماء من أهل الإفتاء والاجتهاد وغير ذلك[2] والقضاة من أولي الأمر ونحن ملزمون بإتباعهم فدل ذلك على منح السلطة التقديرية للقاضي[3].

وقال تعالى:﴿**وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِٱلْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ**﴾[4]دلت الآية على جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث وإعمال القاضي سلطته التقديرية[5].

من السنة الشريفة:

حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، قال:"**كيف تقضي إذا عَرَض لك قضاء؟**"قال:أقضي بكتاب الله، قال:"**فإن لم يكن في كتاب الله؟**"قال:فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال:"**فإن لم يكن في سنة رسول الله ولا في كتاب الله؟**"قال:أجتهد رأيي ولا آلو،فضرب رسول الله صدره وقال:"**الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يُرضي رسولَ الله**"[6] .وهذا الحديث صريح الدلالة على جواز منح السلطة التقديرية للقاضي.

وقوله صلى الله عليه وسلم:"**إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وان أخطأ فله اجر**"[7]وهذا دلّ على الدعوة للاجتهاد وكذا الحصول عن الأجر المضاعف إذا كان المجتهد مصيبا[8] كما فيه دعوة للاجتهاد ولو أخطأ[1].

---

[1] سورة النساء:الاية59.

[2] أبي الفداء الحافظ، بن كثير:**تفسير القرآن العظيم**.ط1؛بيروت لبنان:دار الفكر العربي،2000،ج1،ص468ومابعدها؛
أبو حسن علي بن محمد بن حبيب،الماوردي:**تفسير الماوردي النكت والعيون**.تحقيق:بن عبد المقصود بن عبد الرحيم،"د.ط"؛بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،"د.ت.ن"،ج1،ص499ومابعدها.

[3] محمود محمد ناصر،بركات:**السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**.إشراف:وهبة الزحيلي.ط1؛الأردن: دار النفائس،2007،ص85.

[4] سورة البقرة:الاية236.

[5] ابن كثير،مرجع نفسه،ص265-266؛ محمود محمد ناصر بركات،مرجع نفسه،ص85.

[6] أبو داوود،سليمان بن الأشعث:**كتاب الأقضية،باب اجتهاد الرأي في القضاء**،رقم3592؛ محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي،**في الأحكام عن رسول الله ،باب ما جاء في القاضي كيف يقضي**،رقم1327.**موسوعة الحديث الشريف:الكتب الستة**،إشراف:آل الشيخ،صالح بن عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم،ط1؛المملكة العربية السعودية:دار السلام،1999،ص1498-1785؛أحمد بن الحسين،البيهقي:**السنن الكبرى،باب ما يقضي به القاضي**."دط"؛لبنان:دار الفكر،"د.ت.ن"،ج10،ص114.

[7] النسائي كتاب أدب القضاة،الإصابة في الحكم،رقم5381؛ابن ماجة في كتاب الأحكام باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق،رقم2314.

[8] محمد بن علي بن محمد،الشوكاني:**الدرر البهية في المسائل الفقهية**.ط1؛طنطا:دار الصحابة،1987،ص44؛

من آثار الصحابة:أشهرها رسالة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه إلى أبى موسى الأشعري المعروفة بـــ:"دستور القضاء" حيث جاء فيها:[فافهم إذا أدلي إليك...لا يمنعك قضاء قضيته راجعت فيه نفسك وهديت فيه إلى رشدك أن تراجع الحق فإن الحق قديم...الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب أو السنة، أعرف الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عند ذلك فأعمد إلى أحبها عند الله وأشبهها بالحق فيما ترى،وأجعل للمدعي أمدا ينتهي إليه،فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإلا وجهت القضاء عليه...][2] فالركن الأساسي في القضاء هو الفهم والابتعاد عن الهوى لأن مهمة القاضي لا تقتصر على فصل الخصومات بل تتعدى ذلك بالبحث في الوقائع واستنباط أحكام صالحة التطبيق على هذه الخصومات[3] .يتضح بجلاء مما سبق أن السلطة التقديرية للقاضي وجدت في الفقه الإسلامي وإن كانت تحت مسمى اجتهاد القاضي وغيرها من المصطلحات فهي تعد شيئا واحدا يعرف حاليا (بالسلطة التقديرية للقاضي)[4].

ويجدر الذكر أن السلطة التقديرية للقاضي كانت في العصور الأولى من الحضارة الإسلامية ممنوحة للقاضي بشكل مطلق دون التقيد بمذهب أو منهاج، فلا يعتمد إلا على القرآن والسنة فإن لم يجد بعد تحري الحل فيهما اجتهد رأيه وهو ما ارتضاه الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل به الصحابة من بعده[5]وبقيت هذه السلطة بشكلها المطلق إلى غاية تولي الخليفة عمر بن عبد العزيز الخلافة الإسلامية،حيث قام بجمع سنن النبي صلى الله عليه وسلم والفتاوى وأرسلها إلى القضاة وألزمهم بالتقيد بها في قضائهم،وبقي العمل بذلك بعد وفاته حتى شطر من العهد

الشافعي،الأم،ج7،ص497،ابن فرحون،مرجع سابق،ص14؛السرخسي،مرجع سابق،ص70.

[1] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص88.

[2]البيهقي ،باب لا يحيل حكم القاضي على المقضي له والمقضي عليه،ج10،ص150؛الشافعي،الأم،ج7،ص494؛

أحمد،شلبي:**موسوعة الحضارة الإسلامية"التشريع والقضاء في الفكر الإسلامي**.ط4؛مصر:مكتبة النهضة،1989،ج8،ص170.

[3]عبدالحميد،الشواربي:**المسؤوليةالقضائية**."د.ط"؛الإسكندرية:منشأةالمعارف،1997،ص16؛ابن قدامة،مرجع سابق،ص190

ومابعدها؛السرخسي،مرجع سابق،ص62-63؛عبد الوهاب،خلاف:**مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**."د.ط"،"د.م.ن":دار الفكر،1993،ص7.

[4]محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص95.

[5]محمد أبو زهرة،مرجع سابق،ص10.

العباسي[1]،حيث تم رفع القيد عن الاجتهاد؛ لكن هذا الإطلاق سرعان ما اندثر تحت تأثير القيود المذهبية وبدأت سيطرة الفرق المذهبية على القضاء في الدول الإسلامية وهو الأمر الذي نلمسه حتى يومنا هذا[2].

ويمكن القول إجمالا أن الحضارة الإسلامية شهدت تطورا لم تسبقها إليه حضارة أخرى وهذا نتيجة المبادئ والأسس التشريعية والقضائية التي جاءت بها[3] ويكفي أنها عرفت فكرة السلطة التقديرية منذ مجيئ الإسلام في القرن السابع للميلاد؛بينما ظل الفقه القانوني الغربي في خلاف حولها ولم يعترف بوجودها حتى مطلع القرن التاسع عشر للميلاد.

نستنتج مما تقدم أن السلطة التقديرية للقاضي عرفتها الحضارة الإسلامية، لكن تحت مسميات أخرى،فلم تكن غريبة عنها وقد سلم بها فقهاؤها قديما وحديثا.أما مصطلح السلطة التقديرية للقاضي فهو مصطلح قانوني،كان وجوده محل سجال في الفقه القانوني حسم بقيام هذه السلطة وضرورة الاعتراف بها للقاضي مادام يمارس ولاية القضاء، بعدها تم تكريس هذا الاعتراف في النظم القانونية اللاتينية والانجلوساكسونية مطلع القرن التاسع عشر.

وبعد توضيح موقف الفقه والنظم القانونية فيما سبق من منح السلطة التقديرية للقاضي، أصبح لزاما أن نبرز موقف المشرع الجزائري من ذلك وهو الأمر الذي سنتطرق إليه في الأتي.

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية للقاضي

إن عرض موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية للقاضي هو الأساس الذي يقوم عليه هذا البحث لأن من خلاله يمكنا التوصل إلى كيفية وجود السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

لذلك سنحاول البحث في هذا الموقف عبر مختلف المراحل التاريخية التي مرت بها الجزائر منذ العصر البدائي إلى غاية وقتنا الحالي مرورا بأهم منعرج تاريخي وهو الاستقلال لذلك تم تقسيم هذه

---

[1] نصر فريد محمد واصل،مرجع سابق، ص68.

[2] محمد ابو زهرة،مرجع نسفه،ص13.

[3] عرفت الشريعة الإسلامية مبدأ الفصل بين السلطات وازدواجية وتنوع في القضاء،ومبدأ تخصيص القضاء،كما عرفت عدة نظريات كنظرية التعسف في استعمال الحق ومبدأ الضمان والكثير من القواعد الفقهية.انظر في ذلك:أحمد شلبي،مرجع سابق،ص305وما بعدها؛ نصر فريد محمد واصل ،مرجع نفسه، ص88.

المراحل التاريخية إلى[1]:مرحلة ما قبل الاستقلال وتمتد "من العصر البدائي حتى سنة1962،"ومرحلة ما بعد الاستقلال"من سنة1962الى الآن".

أولا:مرحلة ما قبل الاستقلال"من العصر البدائي حتى سنة1962":بالرجوع إلى التاريخ الجزائري قديما[2] نجد أن فكرة السلطة التقديرية للقاضي لم يكن لها وجود، حيث سادت فكرة السلطة المطلقة أو التحكمية،وبقي الأمر كذلك إلى غاية الفتح الإسلامي للجزائر في القرن الثامن للميلاد حيث تم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فكان وجود فكرة السلطة التقديرية للقاضي تحت مسمى اجتهاد القاضي ورأي القاضي واستمر العمل بها حتى في ظل الحكم العثماني للجزائر الذي شهد تنوعا قضائيا فاختلفت السلطة التقديرية للقاضي آنذاك بين الإطلاق والتقييد[3].

ومع مجيء المحتل الفرنسي للجزائر في القرن التاسع عشر للميلاد، عمل على تغييب أحكام الشريعة الإسلامية من خلال جلبه لترسانته القانونية وإلزام المجتمع الجزائري شيئا فشيئا على العمل بها في مختلف المجالات، ولم يبق العمل والقضاء بأحكام الشريعة الإسلامية إلا في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لصدور أمر ملكي بتاريخ 1834يقضي بذلك[4].

وحتى في هذا المجال حاول المحتل الفرنسي مطلع القرن العشرين إيقاف العمل بها من خلال محاولته تقنين نظام الأسرة، عن طريق مشروع "موران وموسكيه" حيث تم ترجمة مختصر خليل

---

[1]تم اعتمادنا هذا التقسيم لبيان ما ساد مرحلة ما قبل الاستقلال والتغيرات التي حدثت بعد هذه المرحلة باعتبارها نقطة تحول في العديد من المسائل .

[2]ويقصد بها الفترة الممتدة منذ العصر البدائي أين كان المشرع فيها هو رب الأسرة أو رئيس العشيره وكذا العصر النوميدي ومرحلة مقاومة الرومان والوندال حتى مجيء الفتح الإسلامي.

[3]ساد في ظل الحكم العثماني للجزائر وجود عدة أنواع للقضاء حيث كان قضاء الدولة الموجود في المدن الكبرى وكان القاضي فيه يعمل بأحكام الشريعة الإسلامية في المسائل القطعية الدلالة بينما يقوم في المسائل التي لم يرد النص فيها إلى إعمال سلطته التقديرية والرجوع إلى المذهب المالكي والحنفي،والى جانب قضاء الدولة كان ما يعرف بالقضاء العرفي في بلاد القبائل حيث يتم الاحتكام في الخصومات إلى جماعة من الشيوخ في دار الحكم أو الساحة العامة،والقضاء المقيد بالمذهب الاباضي في وادي ميزاب حيث كان القاضي فيه شيخ الجامع ومن هذا التنوع نجد أن القاضي كان له سلطة تقديرية تنوعت بين الإطلاق والتقييد .لتفصيل أكثر في هذه المسألة أنظر:غوتي بن ملحة،مرجع سابق،ص26وما بعدها؛أرزقي العربي أبرباش،مرجع سابق،ص365وما بعدها.

[4]محمد لمين،لوعيل:**المركز القانوني للمرأة في القانون الأسرة الجزائري**."د.ط"؛الجزائر:دار هومة،2004،ص21؛عبد القادر، بن حرز الله:**الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**.ط1؛القبة الجزائر:دار الخلدونية،2007،ص15.

بن إسحاق[1]وإلزام قضاة الأحوال الشخصية –الذين تم اختيارهم من المسلمين–على العمل والقضاء به محاولة منهم لتقييد سلطة القاضي واجتهاده بالبحث في الشريعة الإسلامية،لكن هذا المشروع جوبه بالرفض الأمر الذي جعله طي الورق دون أن يصدر في شكل تقنين، ومع ذلك واصلت الإدارة الفرنسية محاولاتها في هذا الجانب حيث عملت على اصدار عدة تشريعات تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية مثل:

قانون 2ماي1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج،ومرسوم19ماي1931المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية، والأمر الصادر في 23نوفمبر1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي،والقانون الصادر في 11جويلية1957 المتعلق بأحكام المفقود والوصية والحجر وكيفية إثبات الزواج،والأمر الصادر في4 فبراير1959 المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله في الجزائر[2].وكان كل ذلك لعزل العمل بالشريعة الإسلامية ومحاولة لطمس الهوية الوطنية.

إن تدخّل قوانين المحتل الفرنسي في كل الميادين والنظم الاجتماعية أدى إلى تغييب الإرادة التشريعية الوطنية وهو ما يقتضي القول أن فكرة السلطة التقديرية للقاضي وإن كان لها وجود في هذه الفترة الاستعمارية من الناحية القانونية والتطبيقية في النصوص والعمل القضائي، فان هذا الوجود لا يمكن الاعتداد به لافتقاره للإرادة والسيادة الوطنية التي عمل الشعب الجزائري على تحقيقها،فكان له ذلك منتصف القرن العشرين؛حيث أدى اندلاع الثورة التحريرية إلى حصول الجزائر على استقلالها سنة 1962م.

ثانيا: مرحلة ما بعد الاستقلال"من سنة1962إلى الآن":بعد حصول الجزائر على الاستقلال وجدت نفسها أمام فراغ تشريعي استلزم سده؛إصدار المجلس الوطني قانون 62–157 نص بمقتضى السيادة الوطنية على مواصلة العمل بالنصوص القانونية السابقة ماعدا ما تعارض منها مع السيادة الوطنية وأحكام الشريعة الإسلامية ،حيث نصت المادة الثانية منه:"أن كل نص

---

[1] اليزيد،عيسات«**التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**» مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم الإدارية قسم القانون الخاص2002–2003 جامعة الجزائر،ص15–16؛نصر الدين،مروك:**قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق**."د.ط"؛"د.م.ن":دار الهلال،2004،ص27.

[2] باهي،التركي« **تقنين الشريعة الإسلامية**» .**حوليات جامعة قالمة** جامعة قالمة العدد الثاني2004،ص184.

تشريعي باطل إذا مس بالسيادة الوطنية أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو ذا طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية"[1].

فخول بمقتضى هذا النص للقاضي ضمنيا سلطة تقديرية في بحث مدى توفر هذه المعايير المنصوص عليها في هذا القانون لاستبعاد تطبيق هذه النصوص وكذا إيجاد قواعد قانونية بديلة عنها لحل ما ينشأ من نزاعات.

وموازاة مع ذلك عمل المشرع الجزائري على البدء في الإصلاح القانوني والقضائي إلى أن صدرت التقنينات الوطنية أين تم تكريس توجه المشرع الجزائري من هذه السلطة بموجب نصوص قانونية تضمنت منح سلطة تقديرية للقاضي أثناء ممارسته لوظيفته القضائية مسايرا بذلك ما ذهب إليه الفقه والنظم القانونية الحديثة، فتم إدراج وجودها والاعتراف بها للقاضي في مختلف الفروع القانونية تبعا لتسلسل صدور هذه التقنينات، وكان وجودها فيها بدرجات متفاوتة.

1- السلطة التقديرية للقاضي في القانون الجزائي: بالرجوع إلى القانون الجزائي "بمجاليه الموضوعي والإجرائي" باعتباره الثمرة الأولى للإنتاج القانوني الوطني نجد أن المشرع الجزائري اتجه إلى منح القاضي الجزائي سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتقدير الأدلة وتكوين عقيدته[2]، وهو ما نصت عليه المادة (212) و(213) من قانون الإجراءات الجزائية[3]، بينما ضيق إعمال هذه السلطة في مجال قانون العقوبات وهذا لخضوعه لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[4]، لكن هذا التضييق لم يكن مطلقا ذلك أن هناك بعض النصوص القانونية الواردة بشكل غامض الأمر الذي

---

[1] الجزائر:قانون 62-157المؤرخ في 31-12-1962،الجريدة الرسميةعدد02-مؤرخة في 11يناير1962،ص18.

[2] المحكمة العليا،الغرفة الجزائية،قرار رقم(29342)،الصادر بتاريخ 1983/01/22،مجلة قضائية،العدد1989،1،ص370.

-القرار رقم 104489 الصادر بتاريخ1994.04.03 نقلا عن:يوسف،دلادنة:**قانون الإجراءات الجزائية**."د.ط"؛بوزريعة الجزائر: دار هومة،2001،ص131.

[3] الأمر رقم (66-155) المؤرخ في 18 صفر1386 الموافق ل8ونيو1966، الجريدة الرسمية رقم (48) المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم بمجموعة من القوانين آخرها القانون رقم (04-14) المؤرخ في 10-11-2004،الجريدة الرسمية رقم(71) ،ص644.

[4] المادة الأولى"لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن إلا بنص قانوني."من الأمر رقم(66-156) المؤرخ في18 صفر1386 الموافق ل8ونيو1966، الجريدة الرسمية رقم (49)المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بمجموعة من القوانين آخرها القانون رقم (04-15) المؤرخ في 10-11-2004،الجريدة الرسمية رقم(71)،ص702.

يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة عند تطبيقه ومثال ذلك: ما نصت عليه المادة (144مكرر) من قانون العقوبات الخاصة "بالاستهزاء بالمعلوم من الدين"، فمفهوم الاستهزاء واسع جدا مما يفسح للقاضي مجال إعمال سلطته التقديرية في تفسير هذا الغموض في المفهوم[1].

2- السلطة التقديرية للقاضي في القانون المدني: جاء القانون المدني الصادر سنة1975 بموجب الأمر رقم(75-58)،للتأكيد على موقف المشرع الجزائري من فكرة السلطة التقديرية، حيث منح للقاضي ممارسة هذه السلطة بموجب المادة الأولى منه[2] التي نصت على:"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها،فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية،فان لم يوجد فبمقتضى العرف،فإن لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة." فذهب المشرع في هذا النص إلى أبعد من الاعتراف بالسلطة التقديرية؛حيث بين مدى إلزامية الأحكام الصادرة بموجب هذه السلطة التقديرية ومركزها القانوني من خلال عدم النص عليها ضمن المصادر الملزمة للقاضي مما يوضح أن المشرع الجزائري انتهج منهج الفقه الإسلامي وما ذهبت إليه النظم اللاتينية الحديثة باكتفائه النص على منح السلطة التقديرية للقاضي دون تجاوز ذلك بإضفاء الإلزامية على ما يصدر عنه من قواعد فردية ناتجة عن هذه السلطة التقديرية، "فهذه القواعد التي أنشأها القاضي تعد قاعدة خاصة بالواقعة المعروضة عليه فحسب وغير قابلة للتطبيق على الوقائع الأخرى ولو كانت مماثلة لها،كما أنه لا يلزم قاض آخر بها ولو كانت معطيات القضية واحدة"[3].

غير أن هذا الأصل يرد عليه استثناء يتمثل في إمكانية أن تصبح القاعدة الخاصة الناتجة عن اجتهاد القاضي قاعدة عامة يلزم تطبيقها على كل القضايا المماثلة لها وهذا في حالة إقرار المحكمة العليا بغرفها مجتمعة جميعا لهذا الاجتهاد عندها تكتسي هذه القاعدة الناتجة عن السلطة التقديرية للقاضي طابعا إلزاميا،وهو الأمر الذي نصت عليه الفقرة الثالثة من

---

[1] لحسين بن الشيخ،أث ملويا:**المنتقى في القضاء العقابي**. ط1؛الجزائر:دار الخلدونية،2008، ص32ومابعدها.

[2] الأمر رقم(75-58)المؤرخ في20رمضان1395 الموافق ل26 سبتمبر1975يتضمن القانون المدني الجزائري،الجريدة الرسمية رقم(78)المعدل والمتمم بعدة قوانين،آخرها القانون رقم(05-10)المؤرخ في20 يونيو2005،الجريدة الرسمية رقم(44) ،ص990.

[3] عمار،بوضياف«**دور القاضي في المجتمعات الحديث**» .**نشرة القضاة** ،وزارة العدل الجزائر العدد الثامن والأربعون "د.ت.ن"،ص134.

المادة(152)من الدستور بقولها:"تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة[1] توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون"[2] .وهو ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ1997/02/18[3].

ويجدر التذكير أن القاضي المدني خُوِّل له بموجب الأمر رقم(66-154)المتضمن قانون الإجراءات المدنية[4]النظر في كل المسائل التي لم يتم صدور تقنين فيها في ذلك الوقت و كان من جملتها المنازعات الأسرية التي كان يفصل فيها بناءا على تشريعات قانونية متفرقة[5]منها الصادرة قبل الاستقلال ومنها الصادرة بعد الاستقلال"كقانون 29جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقة الزوجية والأوامر الصادرة في 2جوان1966 و16سبتمبر1969 و22 سبتمبر1971 الخاصة بكيفية إثبات الزواج"[6].

وبعد إصدار الأمر رقم(73-29) [7] المتضمن إلغاء قانون (62-157) وقطع صلة العمل بالقانون الفرنسي،تم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وكذا العرف من طرف القاضي المدني

---

[1]مجلس الدولة أنشأ بموجب القانون العضوي رقم(98-01)المؤرخ في1998/5/30،الجريدة الرسمية العدد(37) لسنة1998.وقد تناولت أحكام هذا القانون المهمة المسندة دستوريا لمجلس الدولة وكذا تشكيلته في المجالين القضائي والاستشاري بمقتضى المواد12،11،10،9،4منه وتكمن المهمة الأساسية له في رقابة نشاط الإدارة وكذا إصدار الاجتهادات القضائية وهذه الأخيرة ساهمت بشكل كبير في تطوير القانون الإداري الذي يعد قانونا اجتهاديا بالدرجة الأولى.

[2]الدستور الجزائري رقم(96-438)مؤرخ في26 رجب1417 الموافق ل7ديسمبر1996،الجريدة الرسمية رقم76 معدل ب:القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل،2002 الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

[3]"طرح نقاش قضائي حول الشكلية المطلوبة في عملية بيع المحل التجاري وكذا الوعد ببيعه وقد انقسمت التطبيقات القضائية على مستوى المحاكم إلى اتجاهين :رأي يقول بأن الشكلية ما هي إلا إجراء لتمام العقد بينما ذهب رأي إلى القول أن الشكلية ركن وأمام هذا التباين أصدرت الغرف المجتمعة للمحكمة العليا قرار بتاريخ1997/02/18،ملف رقم156.136 باعتبار الشكلية ركن والعقد العرفي المتعلق ببيع المحل التجاري لكونه يتعلق بإجراءات قانونية تتعلق بالنظام العام ومن هنا أصبح هذا الاجتهاد بمثابة قاعدة قانونية واجبة التطبيق لحل الإشكالات من هذا النوع."عمر،حمدي باشا:**القضاء التجاري**."د.ط"؛عنابة الجزائر:دار العلوم،2000،ص42-43.

[4]الأمر رقم(66-154)المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري،الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 09 يونيو 1966، الصفحة 582.

[5] المحكمة العليا:**الزواج والطلاق**."د.ط"؛الجزائر:دار العلوم،2001،ص113ومابعدها.

[6]باهي التركي،مرجع سابق،ص184.

[7]الأمر رقم 73-29 مؤرخ في 5جمادى الثانية عام1393 الموافق ل5يوليو 1973والرامي إلى إلغاء القانون رقم62-157 المؤرخ في 31ديسمبر1962والرامي إلى تمديد ،حتى إشعار آخر،مفعول التشريع النافذ إلى غاية 31ديسمبرسنة1962،الجريدة الرسمية،العدد:62،ص478.

للفصل في القضايا الأسرية[1] ،فكان للقاضي المدني في هذا المجال سلطة تقديرية واسعة خاصة في مسائل الطلاق والتطليق والتعويض عن الضرر الناشئ عنهما وكذا في إجراء محاولة الصلح بين الزوجين وغيرها من المسائل التي تستخلص من جملة القرارات القضائية الصادرة آنذاك عن القسم المدني أو"القسم الخاص"[2].

غير أن صعوبة الفصل في القضايا الأسرية واتساع مجالها وتشعبها من جهة،وكذا تعدد الآراء الفقهية وتضاربها في بعض الأحيان في المسألة الواحدة،ناهيك عن تضارب الأحكام القضائية،جعل رجال الفقه والقضاء ينادون بضرورة إيجاد قانون يشمل جميع الأحكام الأسرية، الأمر الذي أدى بالمشرع الجزائري إلى إصدار قانون الأسرة.

3- السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأسرة الجزائري: قام المشرع الجزائري بوضع قواعد قانونية خاصة بالأسرة وإخراجها من أحكام القانون المدني[3] ملبيا بذلك مطلب الفقه والقضاء في هذا الجانب ومسايرا ما ذهبت إليه الدول العربية [4]،حيث أصدر قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر رقم(84-11)[5] .والذي جاء بعد قرابة عشرين سنة من استقلال الجزائر ويعد آخر التقنينات الوطنية التي صدرت آنذاك[6]،ويرجع سبب تأخر صدوره إلى الخلافات الفقهية حول المرجعية

---

[1] المحكمة العليا.غ.أ.ش،02-12-1980،ملف رقم24148،ن.ق،1981،عدد1،ص83. نقلا عن: المحكمة العليا:الزواج والطلاق،مرجع سابق،ص116.

[2] – المحكمة العليا.غ.ق.خ، قرار بتاريخ21-10-1970،نشرة القضاة ،العدد الأول،1972،ص65-75

-المحكمة العليا.غ.ق.خ،قرار بتاريخ 10-02-1971؛19-03-1971،نشرة القضاة،عدد الثاني،1972،ص32-64. نقلا عن: العربي، بلحاج،**:قانون الأسرة مع تعديلات الامر02/05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين عاما 1966-2006**."د.ط"؛الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2007،ص303-304.

[3] حبيب إبراهيم الخليلي،مرجع سابق،ص91.

[4] "من التشريعات العربية التي سبقت قانون الأسرة الجزائري نجد قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953،قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة1943-1946، القانون العراقي الصادر سنة 1959،القانون الأردني الصادر سنة1951، مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة سنة1957، مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة سنة1958."

عبد الرحمان، الصابوني:**شرح قانون الأحوال الشخصية السوري.**"**د.ط**"؛دمشق:المطبعة الجديدة،1979،ج1،ص14ومابعدها ؛أنور،العمروسي:**موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع**.ط1؛الإسكندرية:دار الفكر الجامعي،2003، ج1،ص65ومابعدها.

[5] القانون رقم(84-11)المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم(05-02) المؤرخ في 27-02-2005،الجريدة الرسمية رقم(15) لسنة 2005.

[6] خالف في ذلك المشرع الفرنسي الذي أخضع الأمور الأسرية للقانون المدني.

التي يعتمد عليها في إصداره،والتي دارت بين المحافظين المنادين ببقاء هذا القانون المستمد من أحكام الفقه الإسلامي وبين المجددين الذين يطالبون بعلمانية القانون وابتعاده عن الدين[1]،إضافة إلى صعوبة إيجاد تقنين يشمل تنظيم كل الجوانب الأسرية ويكون المرجع في حل كل الإشكالات التي تواجهها.

وقد حاول المشرع من خلال قانون الأسرة احتواء التوجهات الفقهية وكذا الإلمام بالجوانب الأسرية من خلال نصوصه التي أخذت بآراء الأئمة الأربعة[2] وكذا استخدام التلفيق[3] في كثير من أحكام الزواج والطلاق وأحكام الميراث والوصية وغيرها من القضايا محافظا بذلك على الطابع الإسلامي للأسرة الجزائرية من جهة،كما استوحى بعض أحكامه من القوانين الوضعية التي سبقته في هذا المجال من جهة أخرى.

وبما أن قانون الأسرة كغيره من القوانين البشرية لا يخلو من الثغرات والغموض في مختلف نصوصه،فقد عمل المشرع على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التي يعالجها هذا القانون وتغطي كافة موضوعاته، حيث منح له سلطة تقديرية في استنباط القاعدة القانونية بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة انعدام النص القانوني[4] وهذا طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة دون تحديد المذهب الفقهي الذي يستند إليه مما يعني إعطاء القاضي سلطة واسعة في الأخذ بأي رأي يشاء منتهجا بذلك مسلك الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة من

-Parquet ,muriel :**droit de la famille.**2édition ;1 rue de Rome :Bréal,2007,p16.

[1] فضيل،العيش:**شرح وجيز في القانون الأسرة الجزائري الجديد**."د.ط"؛الجزائر:مطبعة الطالب،2008/2007،ص6.

[2] التركي باهي،مرجع سابق،187.

[3] التلفيق في اللغة هو الضم والملائمة ،وفي الاصطلاح هو التوفيق والجمع بين الروايات المختلفة في المسألة الواحدة، أو هو الإتيان بكيفية لا يقول بها المجتهد،وذلك بأن يلفق وينتقى في القضية الواحدة بين أكثر من قول من أقوال العلماء، فتكون حقيقة مركبة، لم يقل بها أحد من العلماء .وقد استخدم منهج الانتقائي في التلفيق من طرف المشرع في المسائل الأسرية لحل المشاكل الآنية والتي تبرز مع تغير الملابسات والظروف التي لا يوجد حلها في مذهب واحد.ونجد من المسائل الملفقة في قانون الأسرة الجزائري مثلا مسألة التنزيل.
لتفصيل أكثر في هذه المسألة أنظر:سعد،العنزي«**المنهج العام للتلفيق**». **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية**،الكويت العدد الثامن والأربعون1999،ص274ومابعدها.

[4] عجة،الجلالي:**مدخل للعلوم القانونية"نظرية القانون بين التقليد والحداثة**"."د.ط"؛الجزائر:دار الخلدونية،"د.ت.ن"
،ص463-466 .

بعده رضوان الله عليهم ومخالفا التشريعات العربية والإسلامية[1]التي سبقته والتي تأثرت بالتقييد المذهبي للسلطة التقديرية للقاضي.

و حتى في حالة وجود النص القانوني نجد أن المشرع منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية من خلال الاجتهاد في التطبيق لهذا النص وذلك بالغوص في المقاصد والحكمة التشريعية للنص وعدم الاكتفاء بالظاهر منه؛ وكذا الاعتداد بالظروف والملابسات عند البحث عن الحل الموضوعي للنزاع القانوني القائم وإيجاد العلاج المناسب لكل عارض قد يعترض استقرار الأسرة أو يهدد مصالح أفرادها.

فالمشرع فتح لقاضي شؤون الأسرة باباً واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسته لعمله القضائي وهو الأمر الذي نلمسه باستقرائنا لمختلف نصوص قانون الأسرة ،حيث نجد أنه منح له دورا ايجابيا فيما يتعلق بانعقاد الزواج وانحلاله، كما خوله سلطة تقديرية في بحث مدى تعويض الضرر الناتج عن ذلك – وهو موضوع دراستنا هذه– ناهيك عن سلطته التقديرية أثناء ممارسته لعمله الولائي[2] الذي يقصد به ما يقوم به القاضي من أعمال غير فصل الخصومات وحسم النزاعات كمنح التراخيص بالزواج للقصر، والولاية والوصاية والكفالة، وتوقيع الحجر وفكه ...الخ، وأثناء عمله الإصلاحي[3] حيث خول له سلطة تقديرية في مسألة الصلح بين الزوجين إن

---

[1]من هذه التشريعات نجد القانون المصري في نص المادة الثالثة من مواد إصدار قانون رقم 1 لسنة2000 التي تنص على الرجوع إلى المذهب الحنفي.محمد كمال الدين،إمام،وجابر عبد الهادي سالم،الشافعي:**مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء**."د.ط"،بيروت لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية،2003،ص17.

–المادة 400 من: الظهير الشريف رقم(22–04–1) صادر في 12من ذي الحجة 1424 الموافق لـــ 03–02–2004 بتنفيذ القانون رقم(03–70)الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004،مستخرجة من الموقع الالكتروني لوزارة العدل المغربية: ejustice.justice.gov.ma،بتاريخ:15–02–2011.

–"المادة 617فقرة2 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة النعمان." عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ص21.

–نصت المادة (183) منه القانون الأردني على أنه ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة النعمان.عبد الرحمان الصابوني،مرجع نفسه،ص21.

[2]انظر في ذلك المواد(124،103،92،88،84،8،7...الخ) من قانون الأسرة الجزائري.

[3]أنظر المواد(49،56)من قانون الأسرة الجزائري.

أمكن،لأن القاضي في كثير من الأحيان يكون الأقدر من غيره، بحكم خبرته وطريقة إقناعه لكلا الزوجين على رفع الشقاق بينهما[1].

• مدى استقلالية قانون الأسرة عن القانون المدني والإجراءات المدنية

رغم أن المشرع الجزائري خص شؤون الأسرة بقانون خاص،مستقل عن القانون المدني، ينظم مختلف مجالاته،غير أن هذا الاستقلال ليس مطلقا حيث أن هناك العديد من المسائل التي يرجع فيها القاضي للقانون المدني من ذلك الأحكام المتعلقة بالقانون واجب التطبيق من طرف قاضي شؤون الأسرة على الزواج وانحلاله في حالة كون أحد طرفي العلاقة أجنبيا[2]،والمسائل المتعلقة بالأهلية وتحديد سن الرشد،و بعض الأحكام المتعلقة بالوصية والهبة والتركة...الخ.

هذا وقد بقي قاضي شؤون الأسرة مقيدا بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3] " قانون الإجراءات المدنية سابقا" في كل ما يتعلق بالدعوى من يوم رفعها إلى غاية تنفيذ الحكم الصادر فيها وهو القانون الثاني الذي يستمد منه قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية.

ملاحظة: إن المشرع الجزائري بالرغم من الأهمية التي منحها لهذا النوع من القضايا بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد من خلال تخصيص الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الثاني منه للقواعد والإجراءات المتبعة أمام قسم شؤون الأسرة،إلا انه لم يخصص تقنينا

---

[1] مقابلة قامت بها الباحثة شخصيا مع القاضية شراب حسينة مستشارة"غرفة شؤون الأسرة" بالمجلس القضائي لأم البواقي،مجلس أم البواقي بتاريخ30جانفي2011.

–"المقابلة هي محادثة موجهة بين الباحث وشخص أو أشخاص آخرين بهدف الوصول إلى حقيقة أو موقف معين يسعى الباحث للتعرف عليه ...وهي تمتاز بالمرونة،بحيث يستطيع الباحث تغيير السؤال والتحاور مع المبحوث إلى غاية الوصول إلى إجابة."أنظر لتفصيل أكثر:رشيد،شميشم،مرجع سابق،ص52–53.

أما فيما يتعلق بنوع المقابلة التي أجريتها فهي مقابلة مفتوحة تتعلق بموضوع البحث حيث كان فيها المجال مفتوحا بالنسبة للأسئلة المطروحة على الشخص المبحوث وله الحرية في الإجابة على السؤال ثم التعليق دون التقيد بعبارات معينة أو زمن معين للإجابة.

[2] المادة 11،12،13 من القانون المدني.

[3] القانون رقم(08–09)المؤرخ في 18صفر 1429الموافق ل25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية رقم(21) لسنة 2008،ص3.

خاصا بذلك،وهذا عكس ما سارت إليه الدول العربية من خلال تخصيص مسائل شؤون الأسرة"الأحوال الشخصية" بقانون إجرائي خاص بها[1] .

يستنتج مما تقدم أن فكرة السلطة التقديرية للقاضي عرفها المشرع الجزائري منذ الفتح الإسلامي تحت مسمى اجتهاد القاضي الذي كان بموجب الكتاب والسنة، غير أنه عند احتلال فرنسا للجزائر غُيّبت الإرادة التشريعية للجزائر طيلة قرن وربع القرن، وبعد حصول الجزائر على استقلالها عملت كدولة معاصرة على إصدار منظومة قانونية كرس المشرع فيها منح القاضي السلطة التقديرية أثناء ممارسته لوظيفته القضائية والنص عليها في مختلف فروع القانون والتي من ضمنها قانون الأسرة،مسايرا بذلك الفقه والنظم القانونية،غير أنه انتهج فيما يتعلق بالقوة الإلزامية للقواعد الناتجة عن إعمال السلطة التقديرية للقاضي ومركزها القانوني منهج الفقه الإسلامي والنظم اللاتينية الحديثة فاعتبرها في الأصل قواعد خاصة لا ترتقي للعمومية والتجريد ولا تكتسي الصفة الإلزامية،إلا إذا تم اقرارها من قبل المحكمة العليا بجميع غرفها مجتمعة فتصبح في هذه الحالة ملزمة للقاضي متى علم بها أو احتج بها الخصوم

خلاصة:نخلص مما سبق إلى نتيجة مفادها أن السلطة التقديرية للقاضي لم يكن لها وجود إلا منذ الفتح الإسلامي، وأن الفقه القانوني الغربي أنكر وجودها ولم يعترف بها إلا حديثا،أما المشرع الجزائري فقد ذهب إلى ما ذهبت إليه النظم اللاتينية والفقه الإسلامي بالاعتراف بهذه السلطة دون إضفاء صفة القواعد القانونية على ما يتوصل إليه من أحكام إلا إذا تم موافقة المحكمة العليا عليه بغرفها مجتمعة حينها يكون اجتهادا قضائيا ملزما للقاضي متى احتج به أو علم به.

المطلب الثّاني:تعريف السّلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

سبق القول أن إدراك ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة يكون بتعريفها أو بيان حدها،ويراد بالحد[1] أو التعريف الإحاطة بمعنى المعرف،حيث يكون شاملا لكل معانيه مانعا من

[1]بالرجوع على سبيل المثال إلى القانون الأردني نجده خص الإجراءات المتعلقة بالقضايا الأسرية بقانون خاص سماه أصول المحاكمات الشرعية؛أنظر في ذلك:أحمد محمد علي،داوود:**أصول المحاكمات الشرعية**.ط1؛عمان–الأردن،دار الثقافة،2004 ،ج2،ص729ومابعدها.

دخول معاني أخرى فيه[2]. وإعتاد المعرفون لأي موضوع الانطلاق من أصله اللّغوي وإيصاله باستعماله الاصطلاحي، ثم الموازنة بين هذه التعريفات.

لذلك قسمنا الحديث عن تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول:التعريف اللغوي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثالث: شرح التعريفات ومناقشتها.

الفرع الأول : التعريف اللغوي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

إن مصطلح السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة مركب من شقين السلطة التقديرية وقاضي شؤون الأسرة؛لذلك سنعرف السلطة التقديرية أولا ونعرف قاضي شؤون الأسرة ثانيا.

أولا:التعريف اللغوي للسلطة التقديرية:السلطة التقديرية مصطلح مركب من لفظين:السلطة والتقديرية لذلك سنقوم بتعريف كليهما لغويا:

1-السلطة لغة:من سَلِطَ،يَسْلَط، سَلاَطَة:القهر[3]وسَلَّطَهُ فَتَسَلَّطَ عليهم:أطلق له السُّلطان والقدرة ومكّنه منه وحكّمه فيه،والسُّلطة:التسلُّط والسيطرة والتحكم[4]،والقدرة والملك،والسلطة:السهم الدقيق الطويل[5]،والسلطة:اسم من التسلُّط[6]،والسلطان:الولي والجمع سلاطين،والسُلطان:الحجة والبرهان ولذلك قيل أن السلطان هو حجة الله في أرضه وبه تقام الحجج والحقوق[7].

---

[1]جاء في **الذخيرة** :"الحد أو التعريف هو شرح ما دل عليه اللفظ بطريق الإجمال وهو غير المحدود إن أريد به اللّفظ، ونفسه إذا أريد به المعنى،وشروطه:أن يكون جامعا لجمله أفراد الحدود،مانعا من دخول غيره معه،ويحترز فيه من التحديد بالمساوي و الاخفى ومالا يعرف =إلا بعد معرفة المحدود،والإجمال في اللفظ."شهاب الدين احمد بن إدريس،القرافي،تحقيق:محمد حجي،ط1؛بيروت:دار الغرب الإسلامي،1994،ج1، ص56.

[2]علي بن محمد الشريف الجرجاني،مرجع سابق،ص24.

[3]الجوهري،إسماعيل بن حماد:**الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**.تحقيق أحمد عبد الغفور عطار،ط1؛بيروت:دار العلم للملايين،1984،ج3، ص1133.

[4]مجمع اللغة العربية:**المعجم الوجيز**."د.ط"؛مصر:وزارة التربية والتعليم،1994،ص317-318.

[5]وضع جماعة من المختصين:**معجم النفائس الوسيط**.إشراف:أحمد ابو حاقة،ط1؛بيروت-لبنان:دار النفائس،2007،ص585.

[6] نشوان بن سعيد،الحمري:**شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**.تحقيق:العميري،حسين بن عبد الله وآخرون،"د.ط"؛دمشق: دار الفكر،1999، ج:5، ص3151.

[7]ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم،ابن منظور:**لسان العرب**."د.ط"؛بيروت-لبنان:دار صادر،2004،مجلد12،ص 230-231.

من خلال عرض هذه المعاني يتبين أن السُّلطة إجمالا تشمل الملك والقوة والقُدرة،حيث تأتي تباعا وهي متلازمة.

وقد استعملت النصوص الشرعية اللّفظ في مواضع عدة من ذلك قوله تعالى:﴿ **وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَٰتَلُوكُمْ فَإِنِ ٱعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْاْ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَمَ فَمَا جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً** ﴾[1]ومعنى ذلك أن الله لو شاء لمكنهم منكم ولكنه لطف بكم وكف أذاهم عنكم[2].

2-التقديرية لغة: من قَدَرَ،قُدِرَ،قَدْرًا:نظر إليه ودبّره وقايسه،واقْتَدَر الشيء:بين مقداره وجعله بقَدَرْ وجمعه وامسكه وقدَّر:تمهل وفكر في تسوية أمر وتهيئته،وبين له وحكم به عليه، والتقدير:تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن أو قبح أو نفع أو ضر أو غيره[3]،وهو على وجوه ومعاني:أحدها:التروية والتفكير في تسوية أمر وتهيئته.الثاني:تقديره بعلامات يقطعه عليها.والثالث:تنوي أمر بِعَقْدِك،قدّرت أمر كذا أي نويته وعقدت عليه. والقُدْرة: الطاقة والقوة على الشيء والتمكن منه[4].

يظهر من هذه المعاني أن التقدير[5]لغة:التفكير وإعمال العقل في تسوية أمر معين وتهيئته للحكم بعد مقايسته وتَبْيِينِه بعلامات قاطعة[6].

وقد ورد لفظ قدّر في القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى:﴿ **وَقَدِّرْ فِي السَّرْدِ** ﴾[7].

يستنتج مما سبق أن السلطة التقديرية هي لغة:إمكانية التفكير وإعمال العقل لتسوية أمر معين وتهيئته للحكم فيه بعد مقايسته بأمور أخرى وتبيينه بعلامات قاطعة.

---

[1]سورة النساء:الاية90.

[2]ابن منظور،مرجع سابق،ص231؛ ابن كثير،مرجع سابق،ص483.

[3]معجم النفائس الوسيط،مرجع سابق،ص973؛الجرجاني،مرجع سابق،ص27.

[4]ابن منظور،مرجع نفسه،ص37؛معجم الوجيز،مرجع سابق،ص492.

[5]من معاني التقدير:مقدار الشيء:مثله في العدد والوزن والكيل أو المساحة.

[6]أو هو التصرف طبقا لإرادة صاحب التصرف وطبقا لمحض رغبته الذاتية،علي خطار شطاوي،**موسوعة القضاء الإداري**، ط1؛عمان الأردن: مكتبة الثقافة ،2004،ج1،ص61.

[7]سورة سبأ:الاية11.

ثانيا:التعريف اللغوي لقاضي شؤون الأسرة

1ــ القاضي لغة:من قَضَى يَقْضِي قَضِيًّا و قضاء،يائيٌ:حكم وفصل،ويقال قضى بين الخصمين وقضى له وقضى لفلان على فلان فهو قاضٍ والجمع قضاة،والقاضي من يقضي بين الناس بحكم الشرع،ومن تعينه الدولة للنظر في الخصومات والدعاوى وإصدار الأحكام طبقا للقانون،والقضية:الحكم والمسألة المتنازع فيها وتعرض على القاضي للبحث والفصل فيها أو هي ما يحتمل الصدق والكذب لذاته ويصح أن يكون موضوعا للبرهنة[1].

يتبين من هذه المعاني أن القاضي هو الشخص الذي يحكم بين الناس فيما ينشأ بينهم من خصومات وفق الشرع أو القانون بعد البحث في الدعاوى وتحري صدقها من كذبها.

وقد ورد لفظ القضاء و ما اشتق منه في العديد من الآيات القرآنية منها قوله تعالى:﴿ **وَٱللَّهُ يَقْضِي بِٱلْحَقِّ** ﴾[2] أي حكم.

2- شؤون لغة:جمع شأن:الخطب أي:ما عظم من الأحوال والأمور،ويقال من شأنه كذا أي:من طلبه وطبعه وخلقه،و القدر والمنزلة[3].

وبذلك الشؤون لغة تعني: الحوائج وكل الحالات التي يعتني بها.

وقد استعملت النصوص الشرعية لفظ شأن في عدة مواضع من ذلك قوله تعالى:﴿ **كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ**﴾[4].

3- الأسرة لغة:الدرع الحصينة،ورهط الرجل وأهل بيته،أوهي جماعة يربطها أمر مشترك،جمعها أسر[5]، كما تعني القوة والإمساك. أو هي عشيرة الرجل وأهل بيته والأدنون منه[1].

---

[1]معجم الوجيز،مرجع سابق،ص506؛معجم النفائس الوسيط،مرجع سابق،ص1007-1008.

[2]سورة غافر: الآية20.

[3]معجم النفائس الوسيط،مرجع سابق،ص618؛معجم الوجيز،مرجع نفسه،ص333.

[4]سورة الرحمان :الآية29.

[5]ابن منظور: **لسان العرب المحيط** . قدم له:عبد الله العلايلي،أعاد بناءه: يوسف خياط ،"د.ط"؛ بيروت لبنان: دار الجيل، "د.ت.ن"،ج1،ص60؛معجم النفائس الوسيط،: مرجع نفسه،ص31؛ معجم الوجيز، مرجع نفسه ،ص16.

يستنتج مما سبق أن تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة لغويا هو:صلاحية تمنح لمن يتولى الفصل بين جماعة من الناس،يربطهم أمر مشترك،وذلك بالتروية والتفكير لتسوية ما ينشأ بينهم من خصومات،بعد البحث في إدعائهم وتحري صدقهم من كذبهم.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

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

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

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

ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح القانوني:إن المشرع الجزائري عند إصداره تقنين الأسرة وغيره من التقنينات الأخرى لم يورد النص على مصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ، ولم يضع لها تعريفا محددا،بل ترك الأمر لأهل الاختصاص من الفقهاء وشراح القانون لبحث وإيجاد المدلول المتوافق مع إرادته، التي ضمنتها كثير من النصوص القانونية، لذلك تنوعت تعريفات هذه السلطة حيث عرفها:

---

[1]"تعرف الأسرة كذلك أنها رابطة اجتماعية تتكون من زوج وزوجة وأطفالهما والجدود والأحفاد،وبعض الأقارب،على أن يكونوا مشتركين في معيشة واحدة."أحمد محمود، أبو هشهش:**الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية**.ط1؛عمان الأردن: دار الثقافة، 2010،ص130؛ناصر جبر،القرم:**دور القضاء الشرعي في الإصلاح الأسري**.ط1؛الأردن:دار الثقافة ،2010،ص66.

[2]السامرائي،إبراهيم:**في المصطلح الإسلامي**.ط1؛بيروت،لبنان:دار الحداثة،1990،ص8؛القوزي،عوض حمد:**المصطلح النحوي"نشأته وتطوره"**. ط1؛السعودية:عمادة شؤون المكتبات– جامعة الرياض،1981،ص22–23.

[3] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص81.

–الدكتور عبد الحميد الشواربي:"أنها نشاط عقلي يرمي إلى الكشف عن مدى تطابق المقدمات الكامنة في عناصر النزاع ،مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون ،فإذا ما تم كشف هذا التطابق،فإن الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه."[1]

– ويرى الدكتور نبيل إسماعيل عمر أن السلطة التقديرية للقاضي المدني هي:"النشاط الذهني الذي يقوم به هذا القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه."[2]

–وهناك من يقول أنها:"عملية يعمل فيها القاضي فكره وعقله،وتخضع لترجيحه وملاءمته،بحيث قد تختلف من قاض لآخر بالنسبة للواقعة الواحدة."[3]

– ويرى آخر أنها:"نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع، مادته الواقع والقانون معا ويخضع بصدده لرقابة المحكمة العليا،دون تمييز بتقديره للواقع وتقديره للقانون على اعتبار أن الخطأ في تقدير أيهما هو خطأ في القانون بمعناه الواسع،تختص بتصحيحه محكمة النقض."[4]

– وهناك من قال:"هي مكنة قانونية تخول صاحب الاختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاص إذا توافرت الشروط القانونية لذلك."[5]

وسنحاول في ما يلي شرح هذه التعريفات والموازنة بينها وهذا للتوصل لتعريف خاص يتعلق بمعنى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

---

[1] السلطة القضائية،مرجع سابق،ص81.

[2] مرجع سابق،ص89.

[3] عبد العزيز خليل بدوي:**الطعن بالنقض أمام المحاكم الإدارية العليا**.ط1؛مصر:دار الفكر العربي، 1970 ،ص23.نقلا عن:فاطمة الزهراء تبوب،مرجع سابق،ص5.

[4] إبراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص138.

[5] علي خطار شطناوي،مرجع سابق،158.

–وفي مجال القانون الجنائي عرفها الدكتور محمد محدة –رحمه الله– أنها:"الصلاحية المخولة للقاضي الجزائي في التقدير الحر للواقع ووسائل الإثبات في الدعوى،مع وضع عقوبة أو تدبير يتلائم مع ما أحدثه المجرم للمجتمع.« سلطة القاضي الجنائي » ،محاضرة ألقيت بمناسبة الملتقى الدولي حول اجتهاد القاضي في المادة الجزائية وأثره على التشريع،جامعة محمد خيضر بسكرة،2004؛نقلا عن: بالضياف خزاني«**مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي**»شهادة ماجستير معهد العلوم القانونية والإدارية قسم القانون العام المركز الجامعي العربي بن مهيدي أم البواقي2007–2008،ص46.

الفرع الثالث:شرح تعريفات السلطة التقديرية للقاضي ومناقشتها

الناظر في هذه التعريفات يرى أن هناك اتفاقا بينها في ثلاثة نقاط وهي:

1- أن السلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية ممنوحة للقاضي بموجب القانون أو الشرع.

2- أن قوامها نشاط ذهني وعقلي يقوم به القاضي أثناء ممارسته السلطة القضائية.

3- أن مادة هذا النشاط الذهني هي الواقع والقانون معاً.

غير أنه من جانب آخر يوجد بعض الاختلاف في هذه التعريفات من حيث العبارات المستعملة والجوانب المرتكز عليها.

فعند النظر في التعريف الشرعي للسلطة التقديرية للقاضي نجد صاحبه يرى أن هذه السلطة هي صلاحية ملازمة للسلطة القضائية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به عن طريق المقايسة التي تعني عند أهل الفقه:"تسوية واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة ورد نص يحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوي الواقعتين في علة الحكم."[1] بهدف إقامة شرع الله،ويكون ذلك من بداية رفع الدعوى إلى غاية تنفيذ الحكم مع الأخذ بالاعتبارات الفردية للمتقاضين في مختلف هذه المراحل،ويلاحظ على هذا التعريف رغم إحاطته بمختلف الجوانب المتعلقة بالسلطة التقديرية للقاضي، إغفاله ما إذا كانت هذه السلطة محل رقابة قضائية أم لا.

أما التعريفات القانونية فنجد أن كلا من الأول والثاني ركزا على بيان الغاية من إعمال النشاط الذهني والمتمثل في الوصول إلى تطابق الواقع مع القانون،من خلال الاستعانة بالمنطق القانوني من جهة[2]والمنطق القضائي[3]من جهة أخرى من خلال فحص الوقائع المطروحة وتكييفها قانونيا ثم اختيار النص القانوني واجب التطبيق لحل النزاع المطروح.

في حين اكتنف التعريف الثالث غموض مصطلحاته، ذلك أن تقدير الملاءمة يناسب بشكل أكبر أعمال الإدارة التي منح لها المشرع جزءا من الحرية"الاختصاص المقيد" في ممارسة

---

[1] عبد الوهاب خلاف،مرجع سابق،ص19.

[2] المنطق يوجه العقل نحو البحث عن الحقيقة،والمنطق هو فن وهدفه صياغة الأفكار بشكل منظم بناء على المعرفة والخبرة.الغوتي،بن ملحة:«**أفكار حول الاجتهاد القضائي**».**المجلة القضائية**،الديوان الوطني للأشغال التربوية،العدد الأول 2000،ص48.

[3] المنطق القضائي: هو العمل الذي يقوم به القاضي وذلك باستخلاص نتيجة معينة من الإطار العام الذي يشمل القاعدة القانونية ومن الإطار الخاص المتمثل في الوقائع .غوتي بن ملحة، مرجع نفسه،ص52.

نشاطها،لكون رجل الإدارة ملزما دائما في كل تصرف إداري بالبحث عن الحلول والإجراءات الأكثر ملاءمة بحكم طبيعة وظيفته، بينما ترتكز سلطة القاضي الإداري في مراقبة مدى مشروعية هذا النشاط دون البحث في مدى الملاءمة[1]

وركز التعريف الرابع على تحديد أوجه الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي والذي يرى أنها تنصب على مادة النشاط التقديري"الواقع والقانون معا"وأن الجهة المخولة بذلك هي محكمة النقض.أما التعريف الأخير فيتصف بالعموم لأنه تطرق لتعريف السلطة التقديرية بشكل عام دون تحديد القائم بها، ذلك أنه يرى أن هذه السلطة هي من طبيعة واحدة،وأن هذا النشاط التقديري مخول بموجب القانون، و يمارس دائما في إطاره.

يمكن القول إجمالا أنه على الرغم من وجود بعض الاختلافات بين هذه التعريفات إلا أنها لا تؤثر بشكل عام على جوهر تعريف السلطة التقديرية للقاضي؛ذلك أنه لكل تعريف أهمية في فهم المعنى والمقصود بهذه السلطة التي من الصعب إعطاؤها تعريفا منضبطا يشمل كل جوانبها.

لذلك يمكن استخلاص مما سبق **تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بأنها:** مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية.

توضيح التعريف:

مكنة قانونية:أي صلاحية واستطاعة منحت للقاضي بموجب القانون،لأنها تمارس بموجب القانون وفي إطاره.

قاضي شؤون الأسرة[1]:سبق تعريف قاضي شؤون الأسرة من الناحية اللغوية وسنحاول هنا توضيح المقصود منه من الناحية القانونية:

---

[1] لمزيد من التفصيل في هذه الفكرة أنظر:فهد عبد الكريم،أبو العثم: **القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق**."د.ط"؛عمان الأردن:دار الثقافة،2005، ص88ومابعدها.

القاضي قانونا:هو الشخص المخول بالفصل في الخصومات وقطع النزاعات بموجب القانون ،يساهم في تسيير مرفق القضاء حتى يؤدي المهام المنوط بها،أما تعيينه فيتم من طرف المجلس الأعلى للقضاء[2] بعد أن يكون قد استوفى الشروط الوارد ذكرها في القانون وأمضى –بعد نجاحه في المسابقة التوظيف– فترة تربص مدتها ثلاث سنوات في المدرسة العليا للقضاء[3].

والأسرة من الناحية القانونية تعني طبقا للمادة الثانية من قانون الأسرة:"الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة."[4]

ومن ذلك قاضي الأسرة هو الشخص الذي يتولى الفصل في الدعاوى المتعلقة بالروابط الأسرية من خطبة وزواج وانحلال الزواج وما ينجر عن ذلك من تعويض في حالة الضرر والنفقة الزوجية والحضانة ونسب وكذا مسائل الكفالة والولاية والوصاية والميراث والتبرعات[5].

إعمال النشاط الذهني: أساس السلطة التقديرية هو التفكير وإعمال العقل لفهم الواقع والقانون.

دراسة الوقائع المعروضة عليه:هي جملة الادعاءات التي يتم طرحها من طرف الخصوم وهي تحتمل الصدق والكذب ومهمة القاضي والعمل القضائي بشكل عام تقتضي فهم وتحري ذلك.

---

[1] ورد لفظ قسم،أوغرفة شؤون الأسرة في المادة 6و13من القانون العضوي رقم(05–11)المؤرخ في10جمادىالثانية1426الموافق ل17يوليو2005المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري، وورد مصطلح قاضي شؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد= =حيث كانت في السابق تعرف باسم غرفة الأحوال الشخصية كما هو منصوص عليه في الأمر رقم(74–72)المؤرخ في 12يوليو1974المتضمن تعديل الأمر رقم(63–218)المتضمن إنشاء المجلس الأعلى وقد ساير المشرع تسميته شؤون الأسرة بقانون الأسرة لتوحيد المصطلحات وتفاديا للخلافات التي نتجت عن استعمال مصطلح الأحوال الشخصية الذي يعد دخيلا في القواميس القانونية لأنه وفد إلى الدول العربية من ايطاليا التي استعملته في القرن14 ثم استعمله أول الأمر الفقيه المصري محمد قدري باشا في مجموعة فقهية سماها"الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"هذا يقابل مصطلح قاضي شؤون الأسرة في بعض الدول العربية كسوريا والأردن وفلسطين وغيرها مصطلح القاضي الشرعي.

[2] وهو ما تنص عليه المادة 155 من دستور 1996.

[3] القانون رقم(04–11)المؤرخ في21رجب 1425الموافق 6سبتمبر2004المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجزائري،الجريدة الرسمية،العدد(57)لسنة2004،ص13.

–تتمثل شروط تعيين القاضي في الشريعة الإسلامية : الذكورة مع إجازة بعض الفقهاء للمرأة تولي القضاء،الحرية ،الإسلام،البلوغ ،العقل،العلم بالأحكام الشرعية،العدالة بينما يشترط القانون الجنسية الجزائرية وحسن السيرة ،والسلامة الجسدية والعقلية والسن مابين 21الى35سنة أثناء المشاركة في مسابقة التوظيف،أن يحمل شهادة الليسانس في الحقوق لا يشترط الذكورة.أنظر في ذلك قرار صادر عن،المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم33.397،قرار بتاريخ25–06–1984،المجلة القضائية،العدد الثالث،1989،ص41.

[4] كما أن المادة (32)من القانون المدني تنص على أن:"تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه،ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد."

[5] فضيل،العيش،:**شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.** "د.ط"؛الجزائر:منشورات أمين،2009،ص21–22؛بن ملحة، الغوتي:**قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء.** ط2؛بن عكنون–الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2008،ص8.

واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة:إخراج –من جملة الادعاءات المقدمة من الخصوم– الوقائع الثابتة التي يترتب عن القيام بها أثار قانونية.

تكون صالحة التطبيق على النزاع المطروح:من خلال التأكد من القاعدة القانونية التي تحكم النزاع لترتيب الأثر القانوني الموجود بها،والاجتهاد في ترتيبه في حالة غموض النص أو أجاز له المشرع ذلك.

مع مراعاة أحوال المتقاضين: أن القاضي عند بحث الدعوى في كل مراحلها لابد من النظر في ظروف الخصوم وملابسات كل قضية.

يخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية:ويظهر هذا من خلال مبدأ التقاضي على درجتين والحق في نقض الأحكام القضائية[1].

خلاصة:يتضح مما سبق أن السلطة التقديرية أساسها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي وأنها جوهر العمل القضائي وهي ملازمة له،يمارسها القاضي في كل مراحل الدعوى.

المطلب الثالث:خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وتميزها عن غيرها من الأفكار وأهمية وجودها.

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

الفرع الأول:خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثاني:تمييز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن غيرها من الأفكار المشابهة.

الفرع الثالث:أهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الأول:خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

الخاصية جمع خصائص وتعني عند أهل اللغة انفراد اللفظ أو الفكرة بصفات والتميز عن المشترك معه في المعنى[2]، والسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بالرغم من اشتراكها في

---

[1] سيكون تفصيل أكثر لهذا العنصر في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

[2] الجرجاني،مرجع سابق،ص101؛المعجم الوجيز،مرجع سابق،ص198.

التعريف أو المعنى من السلطة التقديرية للقاضي في سائر الفروع الأخرى إلا أن لها مميزات تنفرد بها ولعل أهمها الآتي:

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

1- ففي مجال العمل القضائي:وهو العمل الأبرز للقاضي والمتمثل في بحث النزاعات والفصل في كل ما ينشأ من خصومات من خلال تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع، نجد القاضي ملزما بتطبيق النص القانوني،وفي حالة انعدام النص أو غموضه خول له القانون سلطة تقديرية واسعة لإيجاد الحل القانوني،من خلال بذل الجهد والوسع في الفهم وتفسير النصوص لاستنباط الأحكام القانونية وتقرير الحماية القضائية.

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

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

ثانيا:الدور الايجابي الذي يمارسه القاضي الأسري: من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في نطاق قانون الأسرة والذي يقضي دائما بالاجتهاد في إيجاد الحلول الموضوعية لكل ما يطرح أمامه خاصة،والمتصفح لهذا القانون يجد انه يحتوي على نصوص قانونية قصيرة مقارنة بقوانين الدول العربية التي سبقت المشرع الجزائري في تقنين هذا المجال، فالناظر في هذه

---

[1] أحمد محمود أبو هشهش،مرجع سابق،ص216و243.

[2] المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] المادة 394 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

القوانين العربية يلاحظ أنها ضيقت من نطاق ممارسة السلطة التقديرية للقاضي لأنها تولت تنظيم معظم المسائل حتى في أبسط جزئياتها[1]، وحتى عند مقارنة تقنين الأسرة الجزائري بباقي الفروع القانونية الأخرى نجده لا يتضمن حلولا للعديد من القضايا الأمر الذي يستلزم من القاضي الممارس لهذا المجال دائما إعمال نشاطه الذهني في ابتداع الحلول القانونية[2]، ففي ميدان انعقاد الزواج هو من يتدخل في حالة عضل[3] الولي لمن هي في ولايته من الزواج وكان أصلح لها،وهو من يتدخل في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة حدوثه عند انحلال الرابطة الزوجية[4] طبقا للمواد(52و53و53مكررو55)من قانون الأسرة[5].

وحتى في العمل الإصلاحي نجد أن قاضي شؤون الأسرة خصه المشرع دون سائر القضاة[6]بمهمة الصلح بين الخصمين من خلال بذل الجهد للتوفيق بينهما [7]، حيث يذكرهما بتقوى الله وما يتصف به الزواج بأنه ميثاق غليظ،وكذا العواقب الوخيمة التي تنجر عنه من هدم

---

[1]عند تصفح قوانين الأحوال الشخصية لدول العربية سواء كان قانون المصري أو السوري أو الأردني وحتى التونسي والمغربي وغيرها من القوانين الأخرى يلاحظ عليها كثرة موادها القانونية وكذا تفصيلها لمختلف المسائل وتطرقها للجزئيات وابسط مثال عن هذا أن هذه القوانين عندما تطرقت إلى التحكيم في المسائل الأسرية نظمته من مختلف الجوانب، بداية من كيفية تعيين الحكمين إلى غاية إنهائهما لعملهما،بيد أن القانون الأسري الجزائري أغلب نصوصه عامة لا تعطي الحلول للقاضي الأمر الذي يضطر معه إلى الاجتهاد لمواجهة مختلف العراقيل.

[2]مقابلة التي أجرتها الباحثة شخصيا مع القاضية شراب حسينة،مستشارة بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء أم البواقي،مجلس قضاء أم البواقي،بتاريخ30جانفي2011.

[3]المنع وهنا منع الأب ابنته القاصرة من الزواج إذا رغبت فيه وكان الرجل كفؤ لها – والكفاءة عندنا في الجزائر هي الدين– في هذه الحالة تذهب إلى القاضي وتشتكي له الأمر لكي يرفع عنها ظلم وليها.

[4] غوتي بن ملحة،أفكار حول الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص64.

[5]إضافة إلى قضايا الحضانة والنفقة والنزاع حول متاع البيت وغيرها من الأمور التي تتضمن إشكالات كثيرة لم يجب عليها القانون الأمر الذي يستدعي ممارسة القاضي لدور ونشاط ذهني كبير في الفصل في هذه المنازعات.

[6]في باقي الفروع القانونية كالقانون المدني والعقاري والاجتماعي نجد أن الصلح يكون أمام جهة معينة كمكتب المصالحة في القضايا الاجتماعية أو عن طريق الوساطة من طرف أشخاص غير القاضي الذي يحكم في الجلسة كما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بينما في قانون الأسرة نجد قاضي الجلسة هو المكلف بإجراء الصلح وهو مجبر على القيام به .

[7]يجدر التذكير أن إجراء الصلح قبل تعديل قانون الأسرة في سنة 2005لم يكن إجباري غير أن نص التعديل الجديد قال بوجوب جلسة الصلح وتخصيص لكل فرد على حدى جلسة ثم يجمع القاضي الخصمين في جلسة أخرى، وحدد المشرع مدتها بجعلها لا تتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى طبقا للمادة 49من الأمر (05-02) المعدل لقانون الأسرة الجزائري.عبد العزيز، سعد،**:قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**.ط2؛الجزائر:دار هومة ، 2009،ص119.

للأسرة وضياع للمستقبل ناهيك عن تشرد وضياع الأطفال . فشخصية القاضي ودوره له تأثير كبير في منع الفرقة الزوجية[1].

أما فيما يتعلق بالعمل الولائي[2] نجد أن لقاضي شؤون الأسرة دور ايجابي من خلال السلطة التقديرية الواسعة المخولة له بموجب القانون الموضوعي وكذا الإجرائي الذي لم يجعل منه عنصر محايدا في القضية بل جعل منه عنصر فعال فيها يبحث في مدى توفر المصلحة ويبحث في الدوافع ويحمي المصالح من خلال اتخاذ التدابير الملائمة لذلك [3].

ثالثا:من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة: قلنا فيما سبق أن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وهي عماده وأساس صلاحه، لذلك فممارسة القاضي سلطة تقديرية في هذا المجال ليس بالأمر الهين وهذا لعظم شأن هذا الفرع من فروع القانون واتصاله الوثيق بكل فرد من أفراد المجتمع،فهذا القانون يتعلق بجوهر الحياة الخاصة لان موضوعه يتعلق بأمور شخصية تمس الجوانب النفسية والاجتماعية والدينية وهذا يترتب عنه الاختلاف في القضايا المنظورة لأنها وان اتفقت في الظاهر إلا أن لكل قضية خصوصية وميزة تختلف باختلاف الظروف و الأشخاص الأمر الذي يجعل القاضي أمام اختبار حقيقي لقدراته وملكاته الذهنية التي تختلف من قاض خر، لذا يتعين عليه أن تكون له ثقافة قانونية خاصة وأن يكون مطلعا بالمسائل الفقهية والعلوم النفسية والاجتماعية وهذا ما يستدعي المناداة بضرورة تخصيص القضاة في مجال شؤون الأسرة وكذا تولية هذا الفرع الأهمية اللازمة من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة والكفاءة[4].

---

[1] مقابلة أجرتها الباحثة شخصيا مع القاضية بن سالم نجوى،مستشارة بغرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء أم البواقي،مجلس قضاء أم البواقي،بتاريخ30جانفي2011.

–غير انه في حالات أخرى لا تفلح جهود القضاة في الصلح بين الخصمين لعدة اعتبارات منها ما تعلق بالخصمين نفسيهما،وقد يعود إلى عامل الوقت خاصة وان القاضي ملزم بجدولة معينة للقضايا والفصل فيها في وقت محدد،أو إلى نقص الخبرة لدى بعض القضاة خاصة في مجال الإصلاح والتوفيق الأسري إما لصغر سنهم أو عدم علمهم بالخبايا والأمور الزوجية أو لحداثة التحاقهم بالوظيفة القضائية.

[2] لقد سبق تعريف العمل الولائي للقاضي .

[3] عبد الرحمان، بربارة:**شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.ط1؛الجزائر:منشورات بغدادي،2009،ص344.

[4] تقول المستشارة شراب حسينة أن: هناك اعتقاد سائد أن القضايا الأسرية سهلة ولا تثير أي إشكالات عكس سائر الفروع القانونية الأخرى لذلك يتم توجيه القضاة الجدد للعمل في القسم المتعلق بشؤون الأسرة أولا وبعد العمل مدة ثلاث سنوات أو أكثر في هذا المجال

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

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

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

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

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

ثانيا:تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة المقيدة:تتحقق السلطة المقيدة عندما يحدد المشرع للقاضي مسبقا سلوكا معين يجب عليه العمل في إطاره وحدوده ولا يملك الخروج عنه كما في تحديده السقف الأدنى والأعلى للشيء،ونكون أمام سلطة تقديرية عندما يترك هامشا من الحرية للقاضي في الاختيار بين عدة أمور طرحها المشرع، وتقدير متى يتم تطبيق القاعدة

يتم تحويل القاضي إلى فرع آخر. وهذا الأمر له تأثير كبير فالقاضي بعدما أصبح متمكنا في هذا المجال من خلال ممارساته اليومية يتم نقله إلى فرع آخر الأمر الذي يتطلب وقت ليتلائم مع القضايا الجديدة التي أوكلت إليه وهذا له تأثير سلبي على القاضي والعمل القضائي بشكل عام، لهذا فتخصيص القضاة أمر ضروري خاصة في المجال الأسري.

[1] محمد علي الكيك ،مرجع سابق،ص7.

القانونية وترتيب أثرها القانوني[1]والأكيد أن صياغة عبارات النص الذي يخول للقاضي سلطة التقدير هي من تبين ما إذا كانت هذه السلطة مطلقة أم مقيدة[2].

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

خامسا:التمييز بين السلطة التقديرية و الحق الشخصي[4]: أن الحق الشخصي هو سلطة مقررة لشخص تجاه آخر تخول لصاحبها حرية ممارستها من عدمه مما يعني أن الحق الشخصي يمكن التنازل عنه[5]،أما السلطة التقديرية للقاضي فيمارسها بحكم وظيفته القضائية، ولا يستطيع التنازل عنها ولا تعد حقا شخصيا لأن ذلك يجعل القاضي طرفا في النزاع.

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

الفرع الثالث :أهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

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

---

[1] نبيل إسماعيل عمر،مرجع سابق،ص95.

[2] محمد علي الكيك،مرجع سابق،ص8.

[3] نبيل إسماعيل،عمر:**التقدير القضائي المستقبلي**. ،ط1؛مصر:دار الجامعة الجديدة للنشر،1999،ص23؛محمد علي الكيك:مرجع نفسه،ص15.

[4] محمد علي الكيك،مرجع نفسه،ص.

[5] عبد المنعم فرج،الصدة:**أصول القانون**."د.ط"؛بيروت–لبنان:دار النهضة العربية،"د.م.ن"،ص315؛احمد محمود،الخولي:**نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**.ط1؛القاهرة–مصر:دار السلام،2003،ص110.

وفعالية خاصة وان الأمور التي يعالجها هذا القانون هي ذات طبيعة شخصية وتمس الركن الأساسي في المجتمع وهو الأسرة –كما سبق ذكره آنفا– وكثيرة هي القواعد التشريعية التي يعود الفضل في وجودها للسلطة التقديرية للقاضي .

يستنتج مما سبق أن السلطة التقديرية للقاضي هي جوهر العمل القضائي[1]وهي من تكفل تطبيق القانون وتجعل من القاضي الأسري عنصرا ايجابيا وليس مجرد آلة خالية من الإرادة والنشاط الذهني.

خلاصة:نخلص مما تقدم إلى نتيجة مفادها أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي وهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون،لكن لها مميزات خاصة في قانون الأسرة بحكم طبيعة المسائل التي يتناولها قانون الأسرة والقضايا التي يفصل فيها قاضي شؤون الأسرة ،وهذه السلطة هي جوهر الوظيفة القضائية لذلك تكتسي أهمية بالغة في تحقيق الاستقرار العادل.

[1]عمر نبيل إسماعيل،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص139.

خلاصة المبحث الأول:

من خلال عرضنا لهذا المبحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

1ــ أن فكرة السلطة التقديرية وجدت منذ العصر البدائي وظلت موجودة في مختلف التشريعات القديمة، أما فكرة السلطة التقديرية للقاضي فيعود أصلها التاريخي إلى الفقه الإسلامي الذي عرفها لكن تحت مسميات أخرى.

2- أما المصطلح فهو قانوني جاء نتيجة سجال فقهي حول حقيقة تمتع القاضي بالسلطة التقديرية والذي انتهى بالاعتراف للقاضي بهذه السلطة وتكريسها في النظم القانونية الحديثة.

3- استلزم بناء الدولة الجزائرية المعاصرة الانتقال من القانون الموضوعي المتمثل في نصوص القرآن الكريم والسنة إلى وضع منظومة قانونية تم بموجبها تكريس منح السلطة التقديرية للقاضي بموجب نصوص قانونية في كل فروع القانون ومن بينها قانون الأسرة.

4- أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي المكنة القانونية لمواجهة ظروف تطبيق القانون قوامها النشاط الذهني وهي ملازمة للسلطة القضائية وجوهر العمل القضائي وهذا ما يميزها عن غيرها من الأفكار المشابهة لها.

5- أن هذه السلطة التقديرية هي من طبيعة واحدة في كل فروع القانون وتتميز بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة بخصوصية المسائل التي يتناولها ومجال استعمالها،أما القواعد الناتجة عنها فهي خاصة ولا ترقى للعمومية والتجريد إلا إذا تم إقرارها من طرف المحكمة العليا بجميع غرفها حينها تصبح ملزمة.

6-أن أهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تكمن في سد الثغرات القانونية وتفادي القصور التشريعي وكذا ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات،وخاصة في ظل قلة نصوص قانون الأسرة وغموضها.

ننتقل الآن إلى دراسة مصادر النشاط التقديري وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر.

المبحث الثاني

مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر

سبق القول أن السلطة التقديرية للقاضي هي مكنة قانونية لإعمال النشاط الذهني ،وقلنا أن هذه السلطة هي من طبيعة واحدة ولا تختلف في كل الفروع ،ولكنها تختلف بحسب حالات ومجالات إعمالها وهذا الاختلاف لا يتعلق بها وإنما بالحالات التي تمارس في ظلها،ومن هذا المنطلق سنحاول في هذا المبحث الحديث عن حالات التعويض التي يمارس القاضي في ظلها نشاطه التقديري.

ولكن الحديث عن هذا الأمر يقتضي بداية بيان المصادر التي تخول للقاضي ممارسة النشاط التقديري وهذا بشكل عام لأن هذه المصادر تتعلق بمجال التعويض عن الضرر،كما تتعلق بأي مجال تمارس فيه هذه السلطة أو النشاط التقديري،ثم نقوم بتحديد المقصود بالتعويض عن الضرر لأنه لا يمكن إبراز حالات التعويض عن الضرر والحديث عن دور القاضي فيها دون معرفة المقصود بالتعويض عن الضرر أولا،وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا المبحث إلى الآتي:

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.

المطلب الثاني:المقصود بالتعويض عن الضرر.

المطلب الثالث:حالات إعمال النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الأول:مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة

يراد بمصادر النشاط التقديري المنبع الذي يستمد منه القاضي مادته الأولية[1] عند إعماله النشاط الذهني وكذا المرجع الذي يستند إليه في حكمه، وكل ما من شأنه أن يعينه بصفة نظرية أو عملية،مباشرة أو غير مباشرة في حل القضية المطروحة أمامه([2]).

ومن هذا التعريف يمكن تصنيف مصادر النشاط التقديري إلى: مصدر مادي يتمثل في المادة الأساسية التي قادته إلى إعمال النشاط الذهني وهي عناصر النزاع، ومصدر شكلي يتمثل في المنبع الذي يخول له إعمال هذا النشاط ويستند إليه في حكمه وهي القاعدة القانونية، ومصدر مساعد يتمثل في الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي.

لهذا قسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع كالأتي:

الفرع الأول:عناصر النزاع

الفرع الثاني:القاعدة القانونية

الفرع الثالث: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي

الفرع الأول:عناصر النزاع

تعد عناصر النزاع المادة الأساسية والأولية التي توجه عمل القاضي وتحدد مناط اجتهاده، ذلك أن النزاع يطرح في شكل مركز قانوني متنازع عليه يطلب أصحابه من قاضي الموضوع حسمه وهذا هو جوهر العمل القضائي المتمثل في رفع التجهيل عن المراكز القانونية، وهو من خلال عناصر النزاع يستشف ما إذا كان مختصا بنظر الدعوى وقبول سماعها واختيار الصالح منها أم لا،كما أنه مقيد في ذلك بما طرح أمامه[3]، فالخصوم عند اللجوء إلى القضاء هم أحرار في عرض ما يشاءون من وقائع أمام القضاء وإبعاد ما يريدون عنها[4]،وما تم طرحه من طرف

---

[1] عباس،الصراف، وحزبون،جورج:**مدخل الى علم القانون**.ط2؛عمان الاردن:مكتبة الثقافة، 1991،ص41.

[2] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص98.

[3] محمود محمد ناصر بركات،مرجع نفسه،ص97.

[4] نبيل اسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص126.

الخصوم يعد المصدر الأول للقاضي في ممارسة نشاطه الذهني فبموجب ذلك يتم اتصاله بالدعوى وتتحدد مهمته؛ فهذه العناصر ترتبط أوثق الارتباط بالحكم الذي يتوصل إليه.

كما أن الخصوم عند ادعاءهم الوقائع المتنازع عليها هم غير مجبرين بمنح الوصف القانوني لها لأن هذه المهمة تعد من اختصاص القاضي[1] الذي يجتهد في تحليل الوقائع المعروضة أمامه ثم إعطاءها الوصف القانوني الذي ينطبق عليها من خلال تفسير القانون وتطبيقه[2].

وفي هذا الإطار لا يستند القاضي إلى معلوماته الشخصية المتعلقة بالخصوم أو الوقائع وإنما يكون عقيدته الشخصية[3] بناء على المعلومات التي تحصل عليها من الوقائع ووسائل الإثبات المقدمة وفقا للإجراءات القانونية المحددة لذلك[4] ،وبهذا يكون استنتاجه في مجال الوقائع التي طرحت أمامه مبنيا على الاقتناع الشخصي وليس العلم الشخصي([5]).

وبناء على ما سبق نجد أن عناصر النزاع تعد المنبع الأول الذي يستمد منه القاضي سلطته التقديرية لأنه من خلالها يتحصل على المعلومات عن الدعوى، كما تعد أدلة الإثبات مصدرا مهما للسلطة التقديرية للقاضي لأنها تبين مدى صحة الادعاءات المقدمة من الخصوم، وتكون قناعة القاضي الشخصية لينتقل بعدها إلى مرحلة بناء الحكم لغويا ومنطقيا.

الفرع الثاني:القاعدة القانونية

القناعة الشخصية للقاضي تستلزم منه بيان الأسباب والتبريرات القانونية لذلك، كما أن النشاط الذهني للقاضي لا ينطلق من العدم وإنما يعتمد على مصادر تشريعية وضعت صوب أعين القاضي كي يهتدي بها ويستند إليها في تقرير الحكم[6]،وهذه المصادر هي القاعدة القانونية

---

[1] الغوتي بن ملحة،أفكار حول الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص51.

[2] إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق،ص21.

[3] احمد محمد علي داوود،مرجع سابق،ص713.

[4] نبيل إسماعيل،عمر:**امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي**."د.ط"؛الإسكندرية–مصر:دار الجامعة الجديدة،2004،ص146.

[5] عبد الحميد الشواربي،مرجع سابق،ص212

[6] إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق،ص22.

بمعناها العام والتي تعني القاعدة العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع على وجه ملزم ومقترنة بجزاء مادي توقعه السلطة العامة[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القاعدة القانونية تعد الوحدة الأولية في بناء القانون، وهي تواجه حسما مركز واقعيا متنازعا عليه، لذلك تعبير القاعدة القانونية لا ينطبق فقط على النص القانوني المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية وإنما يتضمن كذلك القواعد القانونية غير المكتوبة[2] المتمثلة في الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة (222)من قانون الأسرة الجزائري[3]،حيث أن القاضي يستند في أحكامه إلى التشريع وفي حالة انعدام النص القانوني الذي يفصل في النزاع وغموضه يتوجب على القاضي في هذه الحالة الاجتهاد والبحث عن حل موضوعي في أحكام الشريعة الإسلامية[4] دون أن يكون مقيدا بإتباع مذهب معين[5].

وملاحظ في هذا الصدد أن المشرع اكتفى بإحالة قاضي شؤون الأسرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما يدعو إلى التساؤل عما إذا كان القاضي يكتفي فقط في حدود هذين المصدرين أم أنه يستعين بمصادر أخرى كالعرف مثلا باعتباره المصدر الثالث للقانون المدني.

نقول في هذا الصدد أن المشرع الجزائري مع إغفاله ذكر العرف كمصدر ثالث للنشاط التقديري للقاضي، إلا أنه أحال القاضي إليه في بعض الأمور التي تقتضي ذلك[6].

وقد تقتضي إحالة القاضي إلى الشريعة من دون ذكر العرف الرجوع إليه في بعض الحالات وهو ما ذكره ابن القيم فيما يتعلق بالقواعد التي تحكم اجتهاد القاضي من خلال قوله أن:"ما

---

[1] حبيب إبراهيم الخليلي،مرجع سابق،ص18.

[2] نبيل إسماعيل عمر،**سلطة القاضي التقديرية**،مرجع سابق،ص142.

[3] نصت المادة (222)على أن:"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية." فالشريعة الإسلامية تعد مصدر تاريخي لقانون الأسرة الجزائري إضافة لكونها مصدر شكلي له. حبيب إبراهيم،مرجع نفسه،ص162.

-Hélène,vanevelde ,Op.Cit,p.109.

[4] عيسات اليزيد،مرجع سابق،ص17.

[5] "بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن مصادر أحكام السلطة التقديرية للقاضي هي نفسها مصادر التشريع الإسلامي غير أن الفقهاء ميزوا بين نوعين من القضاة بحسب القدرة على الاجتهاد: قاضي مجتهد حيث انه يجتهد برأيه في حالة ويستقي أحكامه من المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي ،وقاضي غير مجتهد أو مقلد حيث يقضي بالراجح في مذهبه أو يقلد من سبقه في ذلك،وهذا التصنيف غير معمول به قانونا وإنما يوجد في القانون ما يمكن تسميته بمجتهد مطلق فلا يتقيد بمذهب أو قول." محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص119.

[6] من ذلك نص المادة(15و54)المعدلة بموجب الأمر(05-02) من قانون الأسرة الجزائري.

ليس فيه حد في الشرع أو اللغة فالمرجع فيه إلى العرف"[1].وهو ما يجري العمل به في المحاكم والمجالس القضائية حيث يرجع القاضي للعرف لفصل المنازعات الأسرية، وهذا نظرا إلى الدور المهم الذي يلعبه هذا الأخير خاصة في مجال الأسرة[2].

إن القاعدة القانونية باعتبارها قاعدة عامة ومجردة- بغض النظر عن الشكل الذي وجدت به- تقوم على عنصرين هما الفرض والحكم.

أما الفرض القانوني فهو: الظاهرة المتكونة من عناصر نموذجية منظمة من قبل المشرع إن تحققت في الواقع ترتب عنها الحكم أو الأثر الموجود في القاعدة القانونية، وهذه الفروض توضع بصفة عامة ومجردة دون تحديد للأشخاص، وتكون قابلة للتطبيق بمجرد توافر الصفات والشروط المذكورة بها[3].

كما أنه يوجد إلى جانب الفرض في القاعدة القانونية الحكم القانوني والذي يعني الجزاء القانوني أو النتيجة المترتبة عن قيام وتحقق الفرض، لذلك هناك ارتباط بين تحقق الفرض والحكم المقرر له برابطة السببية[4].

يتضح مما سبق أن القاعدة القانونية بمفهومها العام تعد المصدر الثاني لنشاط القاضي التقديري مع بقائها المصدر الأول الذي يستند إليه في حكمه، فهي التي تحدد له حالات أو مجالات إعمال نشاطه الذهني كما يستند إليها في وصف الوقائع وصفا قانونيا من خلال مطابقة الوقائع المادية مع الفرض النموذجي الموجود بالقاعدة القانونية وحل النزاع بتوقيع الحكم القانوني المترتب عن ذلك.

---

[1] عبد المجيد،الجزائري:**القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين لابن القيم**.تقديم:بكر أبو زيد،ط1؛"د.م.ن":دار ابن القيم،1421هـ،ص369.

[2] المقابلة التي أجرتها الباحثة شخصيا مع القاضية شراب حسينة.

[3] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص143.

[4] حبيب إبراهيم الخليلي ،مرجع سابق،ص17.

الفرع الثالث: الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي

قد تقتضي الضرورة على القاضي من اجل تكوين إدراكه وفهمه اللجوء-إضافة للمصادر السابقة-إلى الاعتماد على مبدأ قانوني أو فكرة قانونية أو نظرية،أو مفاهيم قانونية معينه بغية الاسترشاد إلى الحل الموضوعي خاصة في حال غموض النص القانوني أو انعدامه.

أولا:المبادئ القانونية العامة:"هي مجموعة من الوقائع العامة التي تتغير ببطء في مجموعها ويكون لها جمود نسبي...وتعرض أو تقدم فكرة من الواقع أو القانون وتجد أساسها في الطبيعة الإنسانية."[1]

ويتميز المبدأ القانوني بالعمومية والتجريد ويختلف عن القاعدة القانونية في أنه لا يقدم حلولا قانونية محددة للقاضي وإنما يقدم له فكرة عامة مشتركة بين مجموعة من القواعد ترتبط بنظام قانوني معين يحكمه منطق واحد[2]،ولاستخلاص المبدأ القانوني لا بد من تحليل مجرد لتلك القواعد القانونية لإخراج الفكرة العامة المشتركة بينها واستبعاد ما تتضمنه كل قاعدة من خصوصيات وتفصيلات تتعلق بها،ثم إعمال هذه الفكرة كأساس للحل القانوني للنزاع المطروح.

ويساهم القاضي بشكل كبير في اكتشاف هذه المبادئ وترسيخها في إطار القرارات القضائية، كما قد يدرجها المشرع في العديد من الحالات ضمن قواعد موضوعية كمبدأ للتعويض عن الضرر ونظرية التعسف في استعمال الحق[3]، وعليه يمكن أن ترتقي هذه المبادئ العامة إلى فئة المصادر القانونية التي يستند إليها القاضي في توقيع الأحكام القانونية؛لأنها تعد منبعا للنشاط الذهني الذي يمارسه فهي تساهم بشكل كبير في توجيهه للحل الموضوعي للنزاع.

ثانيا:المفاهيم القانونية: ويقصد بهذا المصطلح:"التأصيل القانوني لمجموعات القواعد والمبادئ القانونية التي تتصل بنفس الأفكار،أي تكون أفكارها واحدة."[4]

---

[1] إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق،ص28.

[2] نبيل إسماعيل عمر:سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص147.

[3] إبراهيم بن حديد ،مرجع نفسه،ص29.

[4] نبيل إسماعيل عمر:سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص148؛روسكو باوند،مرجع سابق،ص72.

ويتم التوصل إلى المفاهيم القانونية بعد تجريد المبادئ والقواعد القانونية من خصوصيتها وإدراج الأفكار الأساسية التي تشترك فيها داخل مجموعات ثم يقوم القاضي باستخدام هذه المفاهيم القانونية من أجل إيجاد الحل القانوني للنزاع المطروح،لذلك يمكن إدراج هذه المفاهيم القانونية ضمن المصادر التي تساهم في فهم القاضي عند ممارسة النشاط الذهني.

ثالثا:المعايير القانونية[1]:ويقصد بها:"العملية التي ترشد القاضي إلى الأخذ في الاعتبار النمط المتوسط للسلوك الاجتماعي الصحيح."[2]

ويتميز المعيار القانوني وفقا لهذا المفهوم عن القاعدة القانونية في أنه شديد المرونة من حيث الصياغة ولا يعطي حلا لقضية بعينها و إنما يعطي للقاضي فكرة عامة عن السلوك النموذجي الواجب اتخاذه في هذه الحالة والظروف التي قد تحيط به وبالتالي يرشده إلى الحل[3].

رابعا:القرائن: تعد القرائن من الوسائل الاستدلالية التي يستند إليها القاضي في تقرير حكمه ويلجأ إليها في حالة الغموض وعدم وضوح الرؤية له فيما يتعلق بالدعوى[4].

وهذه القرائن تصنف إلى قرائن قضائية وهي التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى،وقرائن موضوعية وهذه يستنتجها القاضي بذكائه من موضوع الدعوى وظروفها ولا تقع تحت الحصر لأنها تستنتج من موضوع كل دعوى وظروفها،على عكس من ذلك القرائن القانونية والتي هي من وضع القانون[5].

نستنتج مما سبق أن هذه الوسائل في مجموعها تشكل المصباح الذي ينير درب القاضي في إطار نشاطه الذهني الذي يسعى من خلاله إلى إيجاد الحل الموضوعي لكل ما يطرح أمامه من نزاعات.

---

[1]–روسكو باوند،مرجع نفسه،ص73.

[2]نبيل إسماعيل عمر،مرجع نفسه،ص150.

[3]نبيل إسماعيل عمر،مرجع نفسه،ص151.

[4]ابراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص33.

[5]مسعود،زبدة:**القرائن القضائية**."د.ط"؛الجزائر:موفمبر للنشر2001،ص138ومابعدها؛ إبراهيم بن حديد ،مرجع نفسه،ص33.

الخلاصة: نخلص مما تقدم إلى نتيجة مفادها أن مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة تتفرع إلى:

– مصدر مادي متمثل في عناصر النزاع التي تعد المادة الأولية له والتي بموجبها يتم الاتصال بالدعوى.

– ومصدر شكلي يستند إليه في أحكام السلطة التقديرية ويستمد منها شرعية ممارسته لهذه السلطة ويتمثل في القاعدة القانونية بمعناها العام.

– مصادر أخرى مساعدة تعين القاضي ويستند إليها أثناء ممارسته للسلطة التقديرية وتتمثل في الوسائل القانونية والمنطقية التي يستعين ويسترشد بها إلى الحل الموضوعي للنزاع المطروح.

المطلب الثاني:المقصود بالتعويض عن الضرر

يعد التعويض عن الضرر مجال دراستنا هذه،لذلك سنحاول في هذا المقام الإحاطة بمختلف جوانبه، وهذا لتوضيح المقصود منه وعليه سنقوم أولا بتحديد مفهوم الضرر ثم تحديد مفهوم التعويض ثانيا ثم بعد ذلك نبين أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه.

لهذا نقسم هذا المطلب إلى الآتي:

الفرع الأول:مفهوم الضرر وأنواعه.

الفرع الثاني:مفهوم التعويض ودليل مشروعيته.

الفرع الثالث:أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه.

الفرع الأول:مفهوم[1] الضرر وأنواعه

يعد الضرر في القانون أساسا لقيام المسؤولية المدنية[2]،وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان([3])، وبيان مفهومه يتطلب بداية التعريف به،ثم بيان أنواعه وكذا شروطه.

أولا:تعريف الضرر: للإحاطة بتعريف الضرر لابد أولا من عرض دلالته اللغوية ثم بيان التعريف الاصطلاحي له:

---

[1] المفهوم هو مجموع الصفات والخصائص الموضحة لمعنى كلي يقابله الماصدق.المعجم الوجيز:مرجع سابق،ص483.

[2] محمد صبري،السعدي:**مصادر الالتزام"النظرية العامة للالتزامات** ".د.ط"؛الجزائر:دار الكتاب الحديث2003،ج2،ص81.

[3] عبد الهادي، بن زيطة:**تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**.ط1؛الجزائر:دار الخلدونية،2007،ص16.

1ــ التعريف اللغوي: الضرر لغة من الضَّرُ،أو الضُّرُ:ضد النفع،وقيل كل ما كان من سوء حال وفقر وشدة في البدن أو القحط فهو الضُّر ويقال ضَّره يضُرُّه وأضرَّه إضرارًا أي أنقصه شيئا من حقه[1]، وهو بمعنى نقصان يدخل في الشيء[2]والضراء الزمانة والشدة والنقص في الأموال والأنفس[3].

يتبين من هذه المعاني أن الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو جسمه من سوء الحال أو الفقر أو الشدة وهو من معناه كما ورد عند أهل اللغة يشمل الجانب المادي من نقص في الأموال والجانب غير المادي الذي يصيب النفس.

هذا وقد ورد لفظ الضرر في القرآن الكريم والسنة الشريفة في عدة مواضع نذكر منها على سبيل المثال:قول الله تعالى:﴿ **وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ**﴾[4]والضرر هنا إلحاق مفسدة بالغير.

و حديث رسول الله :عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخذري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"**لا ضرر ولا ضرار.**"[5]

2- التعريف الاصطلاحي للضرر: سنحاول من خلال التعريف الاصطلاحي للضرر بيان مدلوله من الناحية الشرعية والقانونية:

أــ التعريف الشرعي للضرر:لا تختلف تعريفات الفقهاء من الناحية الشرعية للضرر عن مدلوله اللغوي حيث:

عرف صاحب تبصرة الحكام الضرر بأنه:"ما قصد به الإنسان منفعة نفسه،وما كان فيه ضرر على غيره."[6]وعرفه الدكتور عبد الفتاح عمرو بأنه:"إيذاء الآخرين بغير وجه حق." [1]

---

[1] مرتضى الزبيدي،مرجع سابق،ج8،ص201-202.

[2] أحمد بن محمد بن علي المقري ، الفيومي: **قاموس اللغة** " **كتاب المصباح المنير**" ."د.ط"؛"د.م.ن" : نوبليس،"د.ت.ن" ،ج 4،ص492.

[3] الفيروز آبادي،مجد الدين محمد بن يعقوب:**القاموس المحيط**."د.ط"؛بيروت:دار الفكر،"د.ت.ن"،المجلد الثاني،ص75.

- كما قال صاحب التعريفات:" الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له." الجرجاني،ص143.

[4] سورة البقرة:الآية231.

[5] رواه ابن ماجة في الأحكام،باب من بنى في حقه ما يضر بجاره،رقم(2341)؛أبي عبد الله الحاكم،النيسابوري:**المستدرك على الصحيحين،كتاب الأشربة والحد فيها**."**د.ط**"؛بيروت:دار الكتاب العربي،"د.ت.ن"،ج8،ص341.

[6] بن فرحون،مرجع سابق،ص258.

أما الدكتور وهبه الزحيلي فقال بأنه:"إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل،كالشتم والضرب والهجر من غير سبب يبيحه."[2]

ب- التعريف القانوني للضرر: بالرغم من ورود مصطلح الضرر في كثير من مواضع التقنين الجزائري وارتباطه بفكرة المسؤولية المدنية إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا له تاركا بذلك المجال للفقهاء وشراح القانون الذين تعددت تعاريفهم لهذا المصطلح كالآتي:

- فهناك من يرى: أن الضرر بمعناه العام هو:"الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له،أو بحق من حقوقه."[3]

- وهناك من يقول: هو كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص تحدد بحسب النظام العام المطبق في الدول وتشمل مختلف المجالات[4].

- كما أن هناك من قال أن الضرر: هو الأذى الذي يلحق بالشخص فيمس حقا من حقوقه أو مصلحة مشروعة له فيما يتعلق بجسده أو ماله،وبمعنى أوسع سلامة الجسم أو العاطفة أو الحرية أو الشرف أو الاعتبار[5].

3- مناقشة وترجيح: يلاحظ من جملة التعريفات اللغوية والاصطلاحية الاتفاق على استعمال لفظ الأذى في كثير من الحالات كمرادف للضرر خاصة عند الفقهاء المسلمين.

وبالنسبة لفقهاء القانون نجد أن كل التعريفات تتحد في أن الضرر هو المساس بحق أو بمصلحة مشروعة وهذا المصطلح الأخير يشوبه الغموض لأنه يختلف باختلاف التوجهات المذهبية للقوانين الوضعية،الأمر الذي يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره والبحث في مدى توفره[6].

---

[1] **السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**.ط1؛الاردن:دار النفائس،1998،ص225.

[2] وهبه،الزحيلي:**الفقه الاسلامي وأدلته**.ط1؛الجزائر:دارالفكر1991،ج7،ص527.نقلاعن:عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص22.

[3] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص81.

[4] عبد الرزاق دربال:**الوجيز في النظرية العامة للالتزام**."د.ط"؛الجزائر:دار العلوم،2004،ص78.

[5] عبد الحكم،فودة:**التعويض المدني**."د.ط"؛مصر:دار المطبوعات الجامعية،"د.ت.ن"،ص16؛سعيد،مقدم:**نظرية التعويض عن الضرر المعنوي**."د.ط"؛الجزائر:المؤسسة الوطنية للكتاب،1992،ص35.

[6] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص35.-

-vaiard ,Antoine :**Droit Civil Algérien**. Alger :opu,1980,p .113.

أما فيما يتعلق بالتعريف القضائي نجد أن القضاء المصري عرف الضرر بأنه:"إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاءً لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها."[1]ويلاحظ أن هذا التعريف يقترب إلى ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي وهو يتعلق بجانب معين في المجال الأسري[2]،بينما جاءت التعريفات السابقة عامة تنطبق على كل ضرر يصيب الشخص بغض النظر عن المجال الذي يقع فيه.

ويمكن القول إجمالا أن كل التعريفات تصب في بوتقة واحدة كون الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بحق أو مصلحة مشروعة له[3] فيما يتعلق بنفسه أو ماله ويترتب عنه مفسدة معتبرة.

ثانيا:أنواع الضرر:إتجه أغلب الفقه الوضعي إلى تصنيف الضرر بالنظر إلى طبيعة المصلحة التي اعتدي عليها إلى قسمين: ضرر مادي وضرر معنوي[4]،وهناك من الفقهاء المعاصرين[5] من يقسم الضرر إلى ثلاثة أنواع:ضرر مادي يصيب الجانب المالي للشخص وضرر معنوي وضرر جسمي يصيب جسم الشخص من جروح أو موت ولكن هذا التقسيم تعرض أصحابه للنقد كون الضرر الجسمي يعد من ضمن الضرر المادي.

1ــ الضرر المادي: وهو الإخلال بقيمة مالية للمضرور، أو ما يمس الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية أو نقصان يطرأ على حقوقه المالية[6].

---

[1]"نقض مدني12-3-1985-الطعن رقم 45لسنة54."نقلا عن:عبد الحميد،الشواربي:**مجموعة لأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء**."د.ط"؛الإسكندرية:منشأة المعارف،2001،ص142؛أنظر في هذه الفكرة أيضا:أنور العمروسي،موسوعة الأحكام الشرعية،مرجع سابق،ج2،ص595.

[2]هنا يتعلق بتعريف الضرر الموجب للتطليق.

[3]المصلحة المشروعة يمكن أن تكون مادية أو أدبية ولا يشترط أن يكون المساس بالمصلحة المشروعة مما يمس حقا له.

[4]علي علي سليمان،مرجع سابق،ص240؛عبد الرزاق، السنهوري:**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**.ط3؛بيروت:منشورات الحلبي الحقوقية، 1989،ج1،ص680؛عبد الحكم فودة،مرجع سابق،ص18.

[5] عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص26.

[6] سعيد مقدم،مرجع نفسه،ص38؛عبد الرزاق دربال،مرجع سابق،ص81.

-Jean-Luc Aubert :**Droit Civil** "**Les Obligation**" .9édition ;Bayrouth :Delta,2001,p.124.

و ليصح تعويض الضرر المادي لابد أن يتوفر على ثلاثة شروط:

أ- الإخلال بحق أو مصلحة للمضرور:فقد يكون المساس بحق مالي للمضرور كإتلاف ملكيته أو إتلاف أثاثه مثلا وقد تتعلق بحق غير مالي كالاعتداء على الجسم بالضرب وإحداث جروح أو عاهة أو غيرها،ولابد أن تكون المصلحة مشروعة لكي تحظى بحماية القانون في حالة الإخلال بها،وعلى أساس ذلك لا يمكن التعويض عن فسخ الزواج الباطل قانونا وشرعا أو العلاقات غير المشروعة مثلا[1].

ب- أن يكون الضرر محققا:بمعنى أن يقع فعلا أو سيقع حتما[2]، والضرر الاحتمالي[3]لا يعوض إلا إذا تحقق.

جـــ- أن يكون الضرر مباشرا فلا يعوض عن الضرر غير المباشر.

2- الضرر المعنوي[4]: يقصد به الأذى الذي يصيب الشخص في الجانب غير المالي ويتعلق بالمساس بمصلحة مشروعة غير مالية[1]،أو المساس بشرف الشخص واعتباره كحالة السب والشتم والقذف وغيره.

---

[1] محمد صبري السعدي ،مرجع سابق،ص83؛ سعيد مقدم ،مرجع نفسه،ص39.

[2] وهو الضرر الذي وقع فعلا،ويذهب رأي من الفقه إلى القول انه لا يشترط أن يقع بالفعل ولكن يكفي أن وقوعه أصبح مؤكد ولو حدث في المستقبل لان هذا الضرر قام سببه ولكن تأخر أثره ومثاله الزوج الذي تعدى على زوجته بالضرب مما خلق لها فيما بعد عاهة مستديمة فهنا الضرر الحاصل على الجسم هو حال ومحقق كما أن هذه العاهة تعد ضرر مستقبلي لأنه ستؤثر عليها مستقبلا. عبد الحكم فودة،مرجع سابق،ص19.

-Geneviève Veney's et Patrice Jourdain :**Traité De Droit Civil** "**Les Conditions De La Responsabilité**".2édition ;paris :L.G.D.J, 1998,p.11-68 ;Jean-Luc Aubert ,op.cit.p.124-125 .

[3] الضرر المحتمل الوقوع الذي لم يقع ولا يوجد ما يؤكد وقوعه في المستقبل وبالتالي لا تعويض عليه إلا إذا وقع فعلا وهو الأمر الذي ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قولها:"أن الضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون قد وقع فعلا أو انه سيقع حتما،أما الضرر الاحتمالي الغير محقق الوقوع فان التعويض عنه لا يستحق إلا إذا وقع فعلا."وهناك فرق بين الضرر المحتمل وتفويت فرصة حيث أن المحاكم الفرنسية بداية كانت لا تعوض على ذلك لعدم تحقق الضرر ولكن سارت في ما بعد إلى التعويض على أساس أن فوات الفرصة فيه مساس بانتهازها كقتل الخاطب والذي يعذ ضررا للمخطوبة ،وهذا الرأي سلكه القضاء المصري. محمد صبري السعدي:مرجع سابق،ص85؛طه عبد المولى، طه:**التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث**."د.ط"؛مصر:دار الكتب القانونية، 2002،ص162.

- Jean-Luc Aubert ,p.126 ; Geneviève Veney's et Patrice Jourdain ,p .71 .

[4] ويسمى بالضرر الأدبي والتي تعد التسمية الشائعة له وهذه التسمية وجه الأستاذ عبد الهادي بن زيطة نقدا لها؛حيث يرى أنها قاصرة عن استيعاب جميع صور هذا الضرر لأنه يتعلق بالأدبيات و الأخلاق وهي أمور يمكن لصاحبها التعبير عنها بشكل ملموس ومعاين

وهناك من عرفه بأنه:الأذى الذي يمس الشخص في نفسه ويلحق عاطفته أو شعوره،أو ما يصيبه في عرضه،أومن جراء الاعتداء على حقوقه أو مصالحه المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها[2].

أما المشرع الجزائري فمع عدم تعريفه للضرر بشكل عام إلا أنه عرف الضرر المعنوي في المادة(182مكرر) المستحدثة في القانون المدني حيث قال أنه كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة[3].

أما من الجانب القضائي فعرفه القضاء اللبناني بأنه:"كل ألم نفسي- أو جسدي-يحدثه عمل أو إهمال صادر عن الغير في شخص ما."[4] ويلاحظ على هذا التعريف أن الغموض يلفه حول مصطلحين يعدان مركز التعريف ويتعلق الأمر بمصطلح العمل والإهمال.

والضرر المعنوي أو الأدبي بهذا المعنى يرتب صورا متعددة له حيث يمكن تصنيفها كالأتي[5]:

أ-ضرر معنوي مترتب عما يصيب الجسم من جروح وآلام وما يترتب عليه من نفقات وعدم قدرة على العمل[6].

بينما تسمية الضرر المعنوي يرى انه الأشمل والأعم لأنها تحيط بكل صوره ويقول انه الأقرب إلى المعنى المصطلح عند ترجمته باللغة الفرنسية « Dommage moral».

-ibid.,p.129.

[1] عبد الحكم فودة،مرجع سابق،ص20؛محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص87.

[2] سعيد مقدم ،مرجع سابق،ص44؛عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص30؛ قبها،باسل محمد يوسف«**التعويض عن الضرر الأدبي"دراسة مقارنة**»رسالة ماجستير القانون الخاص جامعة نابلس فلسطين 2008،ص19.نقلا عن الموقع الالكتروني http://www.najah.edu/thesis/5171827.pdf:

[3] أضيفت بالقانون رقم(05-10)المؤرخ في20يونيو2005،المعدل للقانون المدني الجزائري،الجريدة الرسمية رقم(44)لسنة 2005،ص24.

[4] محكمة التميز،قراررقم50 بتاريخ 1956/06/26،مجلة المحامي لسنة1956،ص363.نقلا عن:نزيم نعيم،شلالا:**دعاوى الوعد بالزواج**."د.ط"،طرابلس-لبنان:المؤسسة الحديثة للكتاب،2010،ص69.

[5] عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص30؛محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص87.

[6] ويدخل ضمن هذا النوع الضرر الجمالي الذي يصيب جمال الشخص حيث بالرجوع إلى قانون المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور نجد أن المشرع نص على التعويض المالي عن هذا النوع من الضرر كما يدفع تعويض جراء ما يدفع للعمليات الجراحية،كما يعوض هذا القانون عن ضرر التألم ويفرق بين التألم المتوسط والألم الهام،وهذه الصور من الضرر تدخل أيضا ضمن الضرر المادي.لتفصيل

ب-ضرر معنوي مترتب عما يصيب النفس من حزن ومساس بالشعور والعاطفة كالإهانة و المساس بالمعتقد...الخ.

جـ-ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض كالإتهام بالزنا وهتك العرض.

د-ضرر معنوي يصيب الشخص نتيجة اعتداء على حق ثابت له كانتهاك حرمة منزل.

يستنتج مما سبق أن الضرر بشكل عام هو كل أذى يصيب حق الشخص أو مصلحته المشروعة وينقسم إلى ضرر مادي يمس الذمة المالية للشخص وضرر معنوي-أو أدبي- يصيب الذمة غير المالية له، ويشترط في كليهما أن يؤدي إلى الإخلال بحق المضرور أو مصلحة مشروعة و أن يكون شخصيا ومحقق الوقوع،كما يجب أن يكون فعل الاعتداء مباشرا وغير مشروع.

الفرع الثاني:مفهوم التعويض ودليل مشروعيته

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

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

1-التعريف اللغوي:التعويض لغة من عوّض يعوَض تعويضا وعِوَضا،وعوضني الله منه تعويضا أي بدلني خيرا،فالعَوض أو العِوض هو البدل،أو كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا[1]،وقيل بين العوض والبدل فرق،والعِوض هو الاسم،والمستعمل التعويض وهو ما يعطى بدل الخسارة أو الضرر، ومنه عوَّضته من هبته خيرا، وأعطيته بدل ما ذهب منه[2].

أكثر في هذه المسألة أنظر:مخلوف،بلخضر:**النصوص القانونية مع الاجتهادات القضائية**."د.ط"؛عين مليلة الجزائر:دار الهدى،2004،ص72وما بعدها.

[1] تاج العروس،مرجع سابق،ج18،ص240؛ المصباح المنير،مرجع سابق،ج4،ص501.

[2] الخليل ابن احمد،الفراهيدي:**كتاب العين**.ترتيب وتحقيق:عبد الحميد هنداوي،ط1؛بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،2003، المجلد3،ص255؛المعجم الوجيز،مرجع سابق،ص441؛معجم النفائس الوسيط،مرجع سابق،ص867.

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

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

أ- تعريف التعويض بمعنى"الضمان"[2]في الاصطلاح الشرعي:يمكن تعريف التعويض من الناحية الشرعية بأنه:رد مثل ما هلك أو قيمته.أو يعني الحكم بإلزام شخص لتعديه على حق غيره أو تقرير مسؤوليته عن الضرر الواقع على غيره، وتحميله مسؤولية التعويض عن ما أوقعه من الضرر بجبره والعمل على التوقف عن الاستمرار فيه[3]. أو هو:المال الذي يحكم به على المعتدي نتيجة إحداثه ضررا للغير[4].

وهناك من عرفه بقوله أن:"التعويض هو المبادلة بنفس القيمة ولا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بإثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع من عملية التعويض."[5]ويلاحظ على هذا التعريف استعانة صاحبه بشروط التعويض من أجل تعريفه.

ب- تعريف التعويض في الاصطلاح القانوني: لم يهتم المشرع الجزائري بوضع تعريف للتعويض عن الضرر بقدر التركيز على عناصره وطريقة تنفيذه،كما لم يهتم كذلك فقهاء القانون بإدراج تعريف محدد للتعويض لوضوح فكرته وعناصره في مختلف التشريعات الوضعية.

---

[1] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص327.

[2]الضمان لغة :الكفالة والالتزام.الجرجاني:مرجع سابق،ص140؛معجم الوجيز:مرجع سابق،ص383؛أبو جابر،الجزائري:**منهاج المسلم**."د.ط"؛مصر:دار ابن حزم ومكتبة العلوم والحكم،2008،ص323.

-عرف المالكية الضمان بأنه:شغل ذمة أخرى بالحق ويقصد بها التزام يقع في ذمة الغير.بن زيطة،عبد الهادي،مرجع سابق،ص33.ومن الفقهاء المعاصرين من عرف الضمان بأنه:"شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل." علي،الخفيف:**الضمان في الفقه الإسلامي**."د.ط"؛القاهرة:دار الفكر العربي،2000،ص08.نقلا عن:عبد الهادي بن زيطة،مرجع نفسه،ص34.

[3] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص328.

[4]محمد،الزحيلي:**التعويض المالي عن الطلاق**.ط1؛دمشق-سوريا:دار المكتبي،2008،ص48.

[5] محمد إبراهيم،الدسوقي:**تقدير التعويض بين الخطأ والضرر**."د.ط"؛مصر:مؤسسة الثقافة الجامعية،"د.ت.ن"،ص74.

ومع ذلك فإن هناك من الباحثين من عرف التعويض بأنه: "هو الالتزام بإصلاح الضرر المادي والمعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية."[1] ويلاحظ على هذا التعريف الإحاطة بمختلف جوانب التعويض من خلال ذكر عناصر التعويض وكذا وظيفته وطرق تقديره، ونوع الضرر الذي يعوض عنه.

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

-من القران الكريم: قوله تعالى﴿ **وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**﴾[2]فدل هذا على أن كل إنسان يتحمل مسؤولية شخصية على أفعاله [3].وقوله تعالى: ﴿ **وَجَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا** ﴾[4]،وقوله تعالى:﴿**وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ**﴾[5] فدلت هذه الآيات على مشروعية التعويض عن الأضرار كجزاء على المعتدي وتحقيق العدالة وإنصاف المضرور من خلال مبدأ المماثلة[6].

-من السنة الشريفة: روي أن إحدى زوجات النبي صلى الله عليه وسلم أهدت إليه طعاما في قصعة،فضربت الزوجة التي كان النبي صلى الله عليه وسلم عندها القصعة بيديها فألقت ما فيها،فقال النبي صلى الله عليه وسلم:"**طعام بطعام وإناء بإناء**"[7]

وقوله صلى الله عليه وسلم:"**لا ضرر ولا ضرار**"[8]يستدل من هذا الحديث على منع الإضرار بالغير وفي حالة وقوعه لابد من جبره بالتعويض،كما يستنتج من هذا الحديث قواعد فقهية كلية

---

[1] عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص35.

[2] سورة الأنعام:الآية164 .

[3] عبد الهادي بن زيطة ،مرجع سابق،ص36

[4] سورة الشورى:الاية40.

[5] سورة النحل:الاية126.

[6] عبد الهادي بن زيطة ،نفس المرجع والصفحة.

[7] أخرجه الدار قطني في السنن،كتاب الحدود والديات رقم(285)،ج3،ص179.

[8] سبق تخريجه.

يستعان بها على نفي الضرر ومشروعية التعويض ومن بينها قاعدة**{الضرر يزال}**[1]،**{الضرر لا يزال بضرر}**[2]،**{الضرر واجب الدفع ما أمكن}**[3].

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

ثالثا: فكرة التعويض عن الضرر عبر الشرائع:بالرجوع إلى التطور التاريخي لفكرة التعويض عن الضرر نجد أن التشريعات القديمة كان يسودها فكرة الانتقام،كما كانت تقضي بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق بالمضرور في ذمته المالية أو جسمه،أما فكرة التعويض عن الضرر المعنوي فكانت مستهجنة ومنبوذة لدى التشريعات القديمة،وظلت كذلك حتى وقت قريب في التشريع الروماني؛ حيث ساد في بدايات هذا التشريع عدم التعويض عن الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام،غير أنه لاحقا تم إقرار التعويض على هذا النوع من الضرر من قبل التشريع الروماني خاصة بعدما توسعت الدولة الرومانية وتطورت على الصعيد القانوني،فقد خول القانون الروماني للمتضرر أو عائلته في حالة الحرمان من ملذة شيء ما أو مساس كرامته وشرفه ومعتقده الديني الحق في رفع دعوى قضائية والحصول على التعويض[4].

ومن هنا يمكن القول أن القانون الروماني أصبح يعترف بقابلية التعويض عن الضرر المعنوي ولو في وقت متقدم من عمر هذه الحضارة،كما يلاحظ على دعاوى التعويض التي كانت ترفع

---

[1] عبد المجيد الجزائري ،مرجع سابق،323؛بركات محمود محمد ناصر،مرجع سابق،ص160؛ بن عبد الرحمان،أبي عبد الله محمد بن محمد:**مواهب الجليل شرح مختصر**."د.ط"؛بيروت:دار الفكر،1996،مجلد3،ص54ومابعدها.

[2] عبد المجيد الجزائري ،مرجع نفسه،ص327.

[3] ابن عابدين،حاشية رد المحتار على الدر المختار،مرجع سابق،ج5،ص223؛ محمود محمد ناصر بركات ،نفس المرجع والصفحة.

[4] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص57–58؛عبد الهادي بن زيطة ،مرجع سابق،ص43؛ إبراهيم الدسوقي،مرجع سابق،ص32.

آنذاك أنها كانت تتميز بطابع الترضية للمضرور ومعاقبة المسؤول، كما اعترف بهذا النوع من التعويض في كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية [1].

أما في القانون الفرنسي فقد اعتقد الفقيهان "دوما "و"بوتييه" خطأ أن القانون الروماني لم يعترف بفكرة التعويض عن الضرر المعنوي في المجال التعاقدي وعلى ذلك تجاهل القانون الفرنسي القديم ذلك ولم يعترف بقابلية هذا النوع من الضرر للتعويض إلا إذا تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية،غير أنه سرعان ما بدأ التراجع عن هذه الفكرة،حيث صدر سنة 1538أمر[2]يقضي في المادة (88)منه بضرورة الأخذ بعين الاعتبار العنصر المعنوي عند تقدير مبلغ التعويض،إلا أن رأي الفقيهان"دوما "و"بوتييه"أثر على واضعي القانون الفرنسي لسنة 1804[3].

هذا وقد رفض العديد من الفقهاء التعويض عن الضرر المعنوي بحجة أنه لا يمكن للضرر المعنوي أن يقوّم بمال كما أن تقديره أمر صعب،لكن الفقه الحديث الفرنسي اعترف بالتعويض عن الضرر بكل صوره،وسايره في ذلك القضاء الذي كان يحكم للزوجة المتوفى عنها زوجها بخطأ الغير،حيث يفترض وجود الألم في حالة الإنهاء الطبيعي وغير الطبيعي للروابط الزوجية مما يستلزم التعويض عن ذلك رغم أن هذه العلاقات ليس لها طابع مالي[4].

أما في التشريع الجزائري فنجد أن المشرع الجزائري اعترف بالتعويض عن الضرر المعنوي وأقر ذلك في مختلف فروع القانون حيث نص في المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري على جواز الحكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي.إضافة إلى نصوص تشريعية في مختلف فروع القانون تقضي بذلك. ومن ذلك نص المادة (182مكرر)الجديدة من

---

[1] يقصد بالمسؤولية العقدية الإخلال بالتزام تعاقدي وهذه المسؤولية مبناها العقد الملزم للطرفين أو ملزم لطرف واحد،والمسؤولية التقصيرية مناطها العمل غير المشروع،فهي تقوم على الإخلال بالتزام قانوني لا يتغير دائما وهو تجنب العمل الضار الذي يصيب الغير." سعيد مقدم،مرجع نفسه،ص60؛عبد الحكم فودة ،مرجع سابق،ص7.

[2] الأمر يسمى « Viliers Cotérels» نسبة إلى مدينة فرنسية.

[3] علي علي سليمان،مرجع سابق،ص233ومابعدها؛ سعيد مقدم ،مرجع سابق،ص61.

-Philippe Le Tourneau et Loic Cadiet :Droit de la Responsabilité.Paris:Dalloz ,1998,p15616.

[4] سعيد مقدم ،مرجع نفسه،ص62

القانون المدني التي تقول:"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."[1]

ويجدر التذكير أن هناك بعض شراح القانون الجزائري- قبل إضافة المادة السابقة في القانون المدني- من رأى أن المشرع وانطلاقا من نص المادة (124)[2]من القانون المدني ذهب إلى إقرار التعويض عن الضرر المادي دون المعنوي مسايرا بذلك منهج القانون الفرنسي والشريعة الإسلامية فيما يتعلق بهذا النوع من الأضرار[3]، غير أنه تم الرد على ذلك من خلال القول أن المشرع وبذكره مصطلح الضرر بشكل عام فإنه يعني ضمنيا نوعي الضرر دون تمييز[4]، كما أن هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين من يقول بالتعويض عن الضرر المعنوي وذلك عن طريق التعزير[5] بالمال واعتباره كضمان[6].

نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن التعويض هو الأداء المالي الذي يدفع للمضرور مقابل ما لحقه من ضرر وهو أمر أجازته الشريعة الإسلامية وسار على نهجها المشرع الجزائري،ورغم الاختلافات الفقهية المتعلقة بالأخذ في الاعتبار عند التعويض ما أصاب الشخص من ضرر

---

[1] أضيفت بالقانون رقم(05-10)المؤرخ في20يونيو2005،المعدل للقانون المدني الجزائري،الجريدة الرسمية رقم(44)لسنة 2005،ص24.

[2] تنص المادة124على:"كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبب في حدوثه بالتعويض."هذه المادة معدلة بالمادة(35)من قانون رقم(05-10)المؤرخ في 2005/06/20المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري،الجريدة الرسمية رقم(44)سنة2005.

-هذه المادة تقابل المادة 1382من القانون المدني الفرنسي،والمادة 163من القانون المدني المصري الجديد.طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص45.

[3] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص132؛حكيمة،بعطوش« **تعويض الضرر المعنوي** » .**نشرة القضاة** وزارة العدل الجزائر العدد السابع والاربعون1995،ص84ومابعدها.

[4] علي علي سليمان،مرجع سابق،ص242.

[5] التعزير هو عقوبة توقع على الجسم وقد تكون غرامة مالية قررها فقهاء الإسلام وأوكلوا للقاضي تقدير توقيعها على كل من اعتدى على الغير بالشتم والسب بغير وجه حق وغيرها من الحالات الأخرى.ولتفصيل أكثر أنظر:ابراهيم الدسوقي،مرجع سابق،ص56ومابعدها؛عبد الحميد الشواربي،مجموعة الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص94.

[6] ومن الفقهاء المسلمين الذين يقولون بعدم التعويض عن الضرر المعنوي،نجد أبو حنيفة وابن حنبل والشافعي وابن حزم، وأبو زهرة. أما من الفقهاء الذين يقرون بالتعويض عن الضرر المعنوي نجد المالكية وأبو يوسف من الحنفية وبعض الشافعية، ومن المعاصرين الشيخ محمود شلتوت ووهبه الزحيلي،وعبد الرحمان الصابوني.لتفصيل اكثر في هذه المسألة أنظر:عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق ،ص54؛طه عبد المولى طه،مرجع نفسه،ص165.

معنوي نجد أن المشرع الجزائري أقر مبدأ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي دون تمييز بين أحدهما.

الفرع الثالث: أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه

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

أولا:أساس التعويض عن الضرر:مع أنه تم إقرار مبدأ عام يقضي في أن كل من تسبب للغير في ضرر يلزم بالتعويض ،إلا انه طرح تساؤلا عن أساس التعويض هل هو فكرة العقوبة الخاصة أم فكرة الترضية؟[1]

1-فكرة العقوبة الخاصة: لقد ساد ومنذ العصور البدائية فكرة الانتقام في حالة الاعتداء على الحق أو الجسم كما كانت العقوبة تحدد من الشخص المضرور وتنفذ من قبله وأفراد عائلته،ثم حل محل فكرة الانتقام الفردي من المسؤول فكرة القصاص في حالة المساس بسلامة الجسم وهذه الفكرة سادت مختلف الشرائع القديمة وحتى في ظل قانون الألواح الإثني عشر وكذا الشريعة الإسلامية التي قضت صراحة به[2]،غير أنه مع التطور التاريخي ظهرت فكرة الدية الاختيارية التي هي مبلغ من المال يدفع للضحية من قبل المعتدي أو قبيلته وهذا من أجل الترضية وجبر الخواطر[3].وقد عمل بنظام الدية التشريع الروماني والشريعة الإسلامية، ولكن نظرا للمغالاة في تقديرها تم تحديدها مسبقا بجعلها إجبارية يقبلها كلا الطرفين،وبذلك أصبحت العقوبة الخاصة مقررة في صورة مبلغ من المال يضعه التشريع سلفا.

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

---

[1] مقدم سعيد،مرجع نفسه،ص85.

[2] مقدم سعيد،مرجع سابق،ص87ومابعدها.

[3] طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص31ومابعدها.

2-فكرة الترضية أو إصلاح الضرر:مع أواسط القرن(19) أصبح هناك فصل بين هاتين المسؤوليتين وتم القول بأن الخطأ المدني يترتب عليه التعويض وهو جزاء مدني لا يحمل أي صفة للعقوبة وأن الهدف منه هو جبر الضرر وإزالته[1]،ومن ذلك أصبح التعويض عن الضرر يحمل فكرة ترضية المضرور و إصلاح الضرر الواقع عليه دون الارتكاز على عنصر الخطأ ؛وهو الأمر الذي أقره المشرع الجزائري وأسس عليه فكرة التعويض[2] في قانون الأسرة من خلال المواد[3] التي تبين حالات التعويض عن الضرر-كما سيأتي بيانه فيما بعد-، وهذا بالنص على عنصر الضرر دون عنصر الخطأ[4]،وعليه يعد التعويض جزاء مدنيا أساسه هو جبر الضرر وترضية المضرور، فلا يمكن إجبار الملتزم به على التنفيذ إلا بالطرق المدنية لأنه لا يكتسي صفة العقوبة.

وبالرجوع إلى النصوص الشرعية نجد أنها تنص على الخضوع للمبادئ الشرعية فيما يتعلق بالالتزام؛ حيث تقضي بوجوب أن يكون التكليف من حجم العمل وأن لا يحمل الشخص بما لا يطاق وأن لا يكون إثراء أو إفقارا لشخص على حساب آخر[5].

كما يستند التعويض إلى قاعدة جوهرية تتمثل في حرمة أكل المال بغير حق ويعني بذلك أنه لابد من تحقق قيام المسؤولية ووقوع الاعتداء لكي يتم التعويض؛ وهذا ما يفيد وجود مبرر شرعي

---

[1] طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص37ومابعدها، سعيد مقدم،مرجع سابق،ص94.

[2] وقد سبق إقرار المشرع هذا النظام بموجب الأمر رقم74-15المؤرخ في 6محرم 1394الموافق ل30يناير1974المتعلق بإلزامية التامين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، الجريدة الرسمية عدد(15)لسنة1974،والمعدل والمتمم بالقانون رقم88-31المؤرخ في5ذو الحجة1408الموافق ل19جويلية1988،الجريدة الرسمية عدد(29)لسنة1988.حيث نصت مواده لاسيما المادة الثامنة منه على المنهج الحديث فيما يتعلق بالمسؤولية الشخصية وهذا باشتراط شرطين أساسيين في المسؤولية وهما الضرر والعلاقة السببية فيما يتعلق بإصلاح الضرر الناشئ عن حوادث المرور وهو ما نص علية المشرع في قانون الأسرة . لمزيد من التفصيل في هذه المسالة انظر:مخلوف بلخضر،مرجع سابق، ص11وما بعدها.

[3] المادة(5 فقرة3)،و(53مكرر) ،و(52)،و(55)من قانون الأسرة الجزائري.

[4] مع التذكير انه من خلال استقراء النصوص المتعلقة بالمسؤولية الشخصية في القانون المدني نجد أن المشرع بقي يلتف حول الفقه التقليدي من خلال إدراج عنصر الخطأ والضرر والرابطة السببية،حيث يجب توفرهم للحصول على التعويض وهذا ما نجده في المادة 124المعدلة والمذكورة آنفا، وكذا المادة124مكرر التي أقضت أن التعسف في استعمال الحق يشكل خطأ لاسيما إذا قصد صاحبه الإضرار بالغير والحصول على منفعة قليلة مقارنة بالضرر الحاصل أو الحصول على فائدة غير مشروعة، مع التنبيه أن المشرع عند حديثه عن آلية التعويض في المادة131و 182لم يدرج عنصر الخطأ.أنظر في هذا:مخلوف بلخضر،نفس المرجع والصفحة.

[5] عبد الهادي بن زيطة،مرجع نفسه ،ص41.

للتعويض كالتعسف في استعمال الحق أو وقوع ضرر للغير جراء عمل غير مشروع من طرف شخص معين،وهو مبدأ يستند إلى قوله تعالى:﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُمْ بَيْنَكُمْ بِٱلْبَٰطِلِ**﴾[1].

وعليه تقضي الشريعة الإسلامية بضرورة جبر الضرر في حالة وقوعه استنادا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:"**لا ضرر ولا ضرار**".

فأساس التعويض إذا من الجانب القانوني والشرعي هو جبر النقص أو التلف الذي أصاب صاحب الحق أو إزالة الضرر الواقع عليه؛بحيث ينظر فيه إلى الضرر الحاصل وليس إلى جسامة الخطأ، فهذا هو مفهوم التعويض في الوقت الحاضر إذ هو أداة لمحو الضرر أو تخفيفه ويسري على الضرر بشقيه المادي والمعنوي.

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

كما خوله مهمة أخرى تتمثل في ضرورة إزالة هذا الضرر من خلال تقرير تعويض كامل يشمل معالجة الضرر وجبره وهنا يصادف القاضي عند تقديره لهذا التعويض مشكلة عملية تتمثل في هل يلتفت إلى عنصر الخطأ ومدى جسامته عند التقدير أم يرتكز على عنصري الضرر والرابطة

[1] سورة النساء:الاية29.

السببية فقط؟ وفي هذا يمكن القول أنه بالرجوع إلى قواعد القانون المدني الجزائري نجد أن هذه المسالة فصلت فيها المادة(182)من القانون المدني حيث مؤداها جبر ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب وبالتالي لا يتأثر بدرجة خطأ المسؤول[1]،بينما يستخلص في مجال قانون الأسرة ومن نصوصه التي تقضي بالتعويض في حالة حدوث الضرر وقيامه،أن القاضي يعتد بمدى وجود وجسامة الضرر وبلاغته وليس بجسامة الخطأ،وعليه يحاول انطلاقا من هذا النشاط الذهني الذي يقوم به تقرير تعويض ملائم للمضرور من خلال الاعتدال في التعويض الذي هو الاتجاه الحديث للمسؤولية المدنية[2]،وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية التي تقضي بوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح والسداد ما أمكن[3].

وعليه فان ترك السلطة التقديرية في هذا الأمر لقاضي الموضوع فيه ارتياح لدى المضرور في الحصول على تعويض عادل؛ رغم أن هناك صعوبة تعترض القاضي في هذا الأمر وتتعلق بتقدير التعويض عن الضرر المعنوي الذي مهما حاول فانه يستحيل إقامة التوازن الحقيقي بينه وبين التعويض[4].هذا وهناك اتجاه حديث ينكر على القاضي هذا الدور ويخرج من نطاق السلطة التقديرية للقاضي تقدير التعويض بقولهم أن:" القاضي في جميع هذه الحالات ليس حرا في التقدير وفقا لمعايير العدالة والملاءمة،وإنما يلتزم بالمعايير الاقتصادية التي يحددها له القانون."[5]

ومع ذلك فإن أغلب الفقه لم ولا ينكر على القاضي هذه السلطة والدور الذي يلعبه[6]–من خلال ماذكرناه آنفا– خاصة في سبيل تحقيق الوظيفة الإصلاحية للتعويض انطلاقا مما يقوم به عند تقدير التعويض حيث ينظر في طرفي العلاقة – المتسبب في الضرر والمضرور– فيحاول

---

[1] وهو الأمر الذي سار عليه المشرع المصري من خلال الحكم الذي قضت به محكمة النقض بقولها انه لما كان التعويض هو مقابل للضرر...لا يصح أن يتأثر بدرجة خطأ المسؤول عنه أو درجة غناه،..."انظر لمزيد من التفصيل في ذلك إلى:طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص177ومابعدها.

[2] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص101–102.

[3] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص161؛عبد الوهاب خلاف،مرجع سابق،ص90.

[4] سعيد مقدم،مرجع نفسه،ص106.

[5] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص109.

[6] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص318ومابعدها.

إصلاح الضرر الذي لحق بالمضرور بمنحه مبلغ مالي يلائم ما حدث له من أذى مادي ومعنوي[1].

يمكن القول في الأخير أن دور قاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر يأتي من باب سد الذرائع،وكذا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية[2] ذلك أن التعويض يحكم به لجبر ضرر من جهة ومنع الإضرار بالغير أو الاعتداء بغير وجه حق من جهة أخرى، فالطلاق في أصله جعل لإنهاء علاقة فاشلة مليئة بالمشاكل ولكن اتخاذه كسبب للإضرار بالزوجة يعد شيئا غير جائز ومنهي عنه شرعا لذلك قرر المشرع تعويض الزوجة ومنح القاضي سلطة تقديرية في تقرير ذلك وهذا لسد الطريق أمام الرجل لكي لا يوقع طلاقا لا يدرك ما يخلفه من آثار وخيمة على طرفي العلاقة والأولاد والمجتمع ككل،لذلك فالقاضي له دور مهم في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية من خلال حفظ العلاقات الأسرية بإقرار الحقوق وإزالة الضرر وجبر الخواطر ودرء المفاسد.

يستنتج مما سبق أن التعويض هدفه إصلاح الضرر وترضية المضرور،فأساسه جبر التلف والضرر الذي حصل بتعويض كامل،وهذا التعويض يحمل في طياته ردعا للمتسبب في الضرر وترضية للمضرور، ومن يحقق هذا الأمر هو القاضي الذي له دور مهم في هذا المجال.

خلاصة:يستخلص مما سبق أن الضرر هو كل أذى يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو سمعته وشرفه،أما التعويض فهو المبلغ المالي الذي يدفع للمضرور لإصلاح هذا الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وجبر خاطره المنكسر بقدر،حيث يتم تقديره من قبل القاضي الذي خول له القانون –من باب سد الذرائع وكذا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية –سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال فجعل دوره إيجابيا يتجلى في محاولة تحقيق العدالة من جبر للمضرور وردع للمتسبب في الضرر.

---

[1] باسل محمد يوسف قبها،مرجع سابق،ص60ومابعدها.

[2] الذريعة لغة: الذرائع جمع ذريعة، وهي الوسيلة، والسبب إلى الشيء، وأصلها لغة من ذرع. معجم الوجيز،مرجع سابق،ص244.

–أما مقاصد الشريعة فيقصد بها ما يحقق مصالح العباد في المعاش والميعاد فهي كلها عدل ورحمة وحكمة ومصالح،وكل مسألة خرجت من المصلحة إلى المفسدة وعن العدل إلى الجور...فليست من الشريعة فمقاصد الشريعة تهدف إلى حفظ النفس والعقل والمال والدين والنسل. يوسف القرضاوي ،مرجع سابق،ص43ومابعدها.

المطلب الثالث:حالات إعمال النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض عن الضرر

إن الحديث عن حالات إعمال النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر يقصد منه بيان الحالات التي نص فيها القانون عن تعويض الضرر وخول للقاضي بموجبها سلطة تقديرية في ذلك.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري نص على أربع حالات للتعويض عن الضرر وهي حالة العدول عن الخطبة،والطلاق التعسفي، والتطليق،والنشوز[1]، وهي حالات أوردها المشرع على سبيل الحصر لا المثال[2]، لذلك سنحاول في هذا المقام توضيح المقصود بها فقط في حين سنؤجل كيفية تعويض الضرر الناجم عنها إلى الفصل الثاني من هذه الدراسة باعتبارها الحالات التطبيقية له.

وعليه قُسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول:حالة العدول عن الخطبة

الفرع الثاني:حالة الطلاق التعسفي

الفرع الثالث:حالة التطليق و حالة النشوز

الفرع الأول:حالة العدول عن الخطبة

لما كان الغرض من عقد الزواج هو دوام العشرة بين الزوجين فقد خصه الله بأحكام وقواعد تختلف عن سائر العقود الأخرى ونظرا لخطورته[3]جعل له ممهدات تتجلى في ما يصطلح عليه بالخطبة [4]التي تعني في لسان العرب دعوة المرأة للزواج[1]،أما في الاصطلاح الشرعي فتعني

---

[1]وفيما يتعلق بالخلع فإن المشرع لم يكيف ما يعطى للزوج تعويضا وإنما قال مقابل وفي الفقه الإسلامي يقال بدل الخلع وهو يدفع يدفع لاجتناب الجمع الزوج بين ضياع المال وفراق الزوجة ورغم أن هذا المعنى يميل إلى التعويض ولكنه لا يرتقي لذلك لأنه لا يستلزم البحث في قيام الضرر وبالتالي هو خاضع لإرادة الزوجة فإذا رغبت في الخلاص دفعت مقابل ،وهذا المقابل ثابت الدفع وليس كالتعويض عن الضرر الذي يستلزم قيام شروط لاستحقاقه وبالتالي الحصول عليه هو احتمالي،إضافة إلى كون المشرع لم ينص صراحة على اعتباره تعويض عن الضرر كما هو الحال في العدول عن الخطبة والطلاق بإرادة الزوج والتطليق والنشوز.

[2]وهوما تم تأكيده لنا عند إجراءنا للمقابلة شخصية مع المستشارة السيدة شراب حسينة وكذا المستشارة بن سالم نجوى.

[3]عبد الله ،عمر،ومحمد حامد، القمحاوي:**أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين**."د.ط"؛الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية،2003،ص23.

[4]سمارة،محمد:**أحكام وآثار الزوجية**.ط1؛الأردن:دار الثقافة،2008،ص41.

طلب يد امرأة للتزوج بها والتقدم إلى أهلها ومفاوضتهم في الأمر،ولتحقيق التراكن والألفة لابد من تعرف كل طرف على الأخر بما عليه خَلقا وخُلقا ودينا وطبعا وهذا من أجل قيام عقد الزواج على أساس قوي[2].

أما من الناحية القانونية فقد ورد في المادة الخامسة [3] من قانون الأسرة الجزائري أن"الخطبة هي وعد بالزواج"[4].غير أن هذا الوعد هو من نوع خاص لذلك فهو يختلف من حيث طبيعته وحكمه وكذا من حيث آثاره[5].

أولا:الطبيعة القانونية للخطبة:أثير جدال فقهي حول تكيف الخطبة.هل هي عقد ملزم،أم هي مجرد وعد بالتعاقد؟[6]وعلى ذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين:

1- الاتجاه القائل بأن الخطبة عقد كامل:ذهب جانب من الفقه في فرنسا ونتيجة لسكوت المشرع الفرنسي عن تحديد طبيعة الخطبة إلى القول أن الخطبة هي وعد بالزواج ملزم ولا يجوز للطرفين عدم الوفاء به[7]. وما يتم بين الطرفين من إيجاب وقبول يكتسي صفة العقد والتتصل منه يرتب المسؤولية العقدية،ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أساسين:

---

[1]تاج العروس،مرجع سابق،ج1،ص237؛لسان العرب،مرجع سابق،ج1،ص360؛ لحسين بن الشيخ، آث ملويا،:**المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية**."د.ط"،بوزريعة الجزائر:دار هومه،2005،ج1،ص32.

[2]محمد أبو زهرة،مرجع سابق،ص55؛آث ملويا،نفس المرجع والصفحة؛ أنور العمروسي،موسوعة الأحكام الشرعية،ج1،ص443.

[3]معدلة بموجب المادة4من الأمر رقم(05-02)المؤرخ في8محرم1426الموافق ل27فيفري لسنة2005،الجريدة الرسمية العدد(15) لسنة2005.

[4]وسماها المشرع التونسي بالمراكنة كما ورد في الفصل الأول من كتاب الزواج.أمر مؤرخ في3أوت1956المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية،في حين سارت جل التشريعات العربية إلى تسمية الخطبة،كالقانون السوري(المادة 2منه) والأردني(المادة3منه)،أنظر في ذلك: جميل فخري محمد، جانم:**مقدمات عقد الزواج(الخطبة)في الفقه والقانون**.ط1؛عمان:دار حامد ، 2009،ص225-226؛ والقانون المصري.العمروسي،نفس المرجع والصفحة؛ والمدونة المغربية(الفصل الثاني منها).الظهير الشريف رقم(22-04-1)،سبق الإشارة إليه .

-وفي الفقه الفرنسي يصطلح عليها بـــ:fiançaille

- Parquet Muriel,Op.cit . p, 36.

[5]الغوتي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،مرجع سابق،ص21؛ دلادنة،يوسف:**دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة**.ط2؛الجزائر:دار هومة،2008،ص8-9.

[6]عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ص30

[7]أنور العمروسي،موسوعة الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ج1،ص454.

أحدهما تاريخي يعود إلى القانون الكنسي[1] الذي يقضي بأن الخطبة هي عقد شكلي ورسمي وصحيح يتولد عنه التزام بإبرام عقد الزواج وفي حالة مخالفة هذا الالتزام بإرادة منفردة من أحدهم ترتبت عنه المسؤولية العقدية وهذا من خلال إقامة دعوى قضائية[2].

وآخر قانوني يتمثل في المادة(1134)من القانون الفرنسي التي تنص على الوعد بالتعاقد وما يترتب عنه من آثار في حالة نقضه،ويقيس أصحاب هذا الرأي الخطبة والوعد بها على الوعد بالتعاقد في نطاق الأحوال العينية[3].

ونتيجة ذلك تأثر القضاء المدني في بعض أحكامه بهذا الرأي فلم يميز بين الخطبة والعقد،إذ كان التراضي كاف لتصبح الخطبة عقدا يترتب عنه آثار المسؤولية العقدية،كما تأثر القضاء المصري بذلك [4].

2- الاتجاه القائل بأن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج:ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى القول أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولا ترقى إلى صفة العقد،فهي مجرد التزام معنوي يفتقر إلى الصبغة القانونية.

ويستند أصحابه إلى القول:أن الخطبة لا ينشأ عنها ارتباط قانوني ولا تكون عقدا، وهذا تأسيسا على أن الزواج مبناه ومنشأه الحرية الشخصية والعدول عنه من مظاهر هذه الحرية[5]، كما أن

-Les fiançailles constituent une promesse juridique de se prendre pour mari et femme, les fiancés sont alors définitivement engagés ;ils ne sont pas libres de rompre unilatéralement cette promesse. Parquet Muriel,Op.cit .,p, 36-37.

[1]الخطبة في الشريعة المسيحية ترتب 'التزام بإبرام الزواج في المدة المحددة له،حيث عند الأقباط الأرثدوكس تعد عقدا يتضمن التزاما متبادلا طبقا للمادة الأولى منه،أما لدى طائفة الإنجيليين تنشأ التزام بإتمام الزواج خلال مدة محددة في العقد ولا تتعدى السنة،أما بالنسبة للكاثوليك فأن الوعد قد يكون من الطرفين وينشأ التزاما عليهما معا وقد يكون من جانب واحد وينشأ الالتزام في ذمة من تعهد به. أبو السعود،رمضان:**شرح الأحوال الشخصية لغير المسلمين**."د.ط"؛مصر:دار الجامعة الجديدة، 2007 ص231؛ أحمد،المصطفى:**في الأحوال الشخصية**."د.ط"؛لبنان:المؤسسة الحديثة للكتاب،2001،ص49.

[2]أبو السعود،المرجع نفسه،ص232؛المصطفى،نفس المرجع والصفحة.

[3]أبو السعود،نفس المرجع والصفحة.

[3] Parquet Muriel,Op.cit , p37

[4] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص245؛ أنور العمروسي،موسوعة الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ج1،ص454.

- Parquet Muriel,Op.cit ,p 38.

[5]أنور العمروسي ،موسوعة الأحوال الشخصية،مرجع نفسه،ج1،ص454.

كل وعد بالزواج يحمل الصفة الإلزامية يعد باطلا لأنه يخالف الحرية في الزواج وبالتالي هو يمس بالنظام العام[1].

وهو الأمر الذي سارت عليه المحاكم الفرنسية وقضت به من خلال الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر عنها بتاريخ30ماي1830[2]،وما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار صدر عنها تقول فيه أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهو لا يقيد أحد بها،وكذا المبدأ القضائي القائل "الخطبة شروع في الزواج ومقدمة له"[3].

أما الشريعة الإسلامية فقد أجمعت مذاهبها قديما وفقهاءها حديثا على أن الخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم وهذا التكييف من شأنه كما قالوا أن يؤدي الغاية منها كونها ضمانة لحرية الزواج وتحقق ركنية الرضا،كما يضيف الفقه الإسلامي أن الخطبة ليست جزءا من عقد الزواج ويمكن إتمامه دون وجودها.

وهو ما انتهجته أغلب التشريعات العربية ونصت عليه[4].

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد جاءت المادة الخامسة منه بصيغة صريحة تقضي بأن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، وحتى إذا اقترنت هذه الخطبة بالفاتحة فإنها لا تعد ملزمة إلا إذا كان ذلك في مجلس العقد.وهو ما استقر القضاء الجزائري على العمل به[5].

ثانيا:حكم العدول عن الخطبة:

---

[1] Parquet Muriel,Op.cit ,p38.

[2] أنور العمروسي، نفس المرجع والصفحة.

-ibid.

[3] جميل فخري محمد جانم،مرجع سابق،ص227؛عبد الله عمر، ومحمد حامد قمحاوي ،مرجع سابق،ص102.

[4] حيث بالرجوع إلى الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسي قالت بأن المراكنة هي مجرد وعد بالزواج يجوز لا تقيد طرفيها ،كما نصت المادة الرابعة من القانون الأردني ،والمادة الثانية من القانون السوري،وكذا الفصل الثاني من المدونة المغربية الذي تنص على الخطبة هي مجرد وعد بالزواج وليست عقدا. جميل فخري محمد جانم،مرجع نفسه،ص226؛مدونة المغربية،مجلة الأحوال الشخصية التونسية؛عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ص43.

[5] فضيل العيش،شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد،مرجع سابق،ص11؛عبد القادر بن حرز الله،مرجع سابق،ص42ومابعدها؛أحمد نصر،الجندي:**شرح قانون الأسرة الجزائري**."د.ط"؛مصر:دار الكتب القانونية، 2009 ،ص24-25؛سطحي،سعاد«**قراءات في تعديلات قانون الأسرة الجزائري،الخطبة والزواج نموذجا**».**مجلة المعيار** جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة الجزائر العدد الثاني عشر 2006،ص131؛دلادنة،يوسف،مرجع سابق،ص10ومابعدها.

1-معنى العدول:في اللغة يعني الرجوع عن الأمر،أما في الاصطلاح فيقصد به:تراجع أحد الخطيبين أوكلاهما عن إبرام عقد بالزواج، حيث تفسخ الخطبة بعد تمامها وحصول تراكن[1].

2-حكم العدول: استقر الفقه والقانون والقضاء على أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج وليست عقدا[2]، غير أنه طرح تساؤل عن مدى جواز تراجع أحد الخطيبين عن إبرام الزواج خاصة بعد توافق إرادتهما؟

من وجهة نظر الفقه الإسلامي يرى جمهور الفقهاء -عدا المالكية- [3] أن العدول عن الخطبة جائز ،والقول بغير ذلك من شأنه حمل أحدهما على الاستمرار في علاقة هو كاره لها، فهذا من شأنه أن يحيد بالزواج عن الغاية التي رسمت له من تحقيق السكينة والمودة.

غير أنه قيل أن الوفاء بإبرام عقد الزواج وإن كان لا يلزم به قضاءً،إلا أنه ملزم به ديانة فلا يخلف المسلم وعده إلا لضرورة اقتضت ذلك[4].

ومن الوجهة القانونية فقد سار الفقه الفرنسي[5] وأغلب التشريعات العربية إلى جواز العدول عن الخطبة -كما سبق الإشارة إليه- وهو الأمر الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة الخامسة من قانون الأسرة لقوله أنه يحق لكلا الطرفين العدول عن الخطبة،وهو ما يقضي به القضاء الجزائري[6].

---

[1] محمد خضر،قادر:**دور الإرادة المنفردة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**.ط1؛الأردن:اليازوري،2010 ،ص110؛ نايف محمود الرجوب:**أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي**.ط1؛الأردن:دار الثقافة ، 2008 ،ص224.

[2] عمرو عيسى،الفقي:**الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**.ط1؛الإسكندرية:المكتب الجامعي الحديث ،2005 ،ص24.

[3] خالف المالكية جمهور الفقهاء وقالوا بكراهية العدول عن الخطبة لسبب أو دونه،واستندوا في ذلك إلى الأدلة الشرعية التي تنهى عن إخلاف الوعود وعدم الوفاء بها.

[4] العربي، بلحاج: **مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة**."د.ط"؛الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2000،ص612؛بدران أبو العينين، بدران:**الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والجعفري والقانون**."د.ط"؛لبنان:دار النهضة العربية،"د.م.ن" ،ج1،ص311؛عبد العزيز،عامر:**الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء**.ط1؛القاهرة:دار الفكر العربي، 1984،ص25وما بعدها؛ جميل فخري محمد جانم،مرجع سابق،ص228.

[5] Parquet Muriel,Op.cit .,p37-38.

[6] الغوتي بن ملحة،مرجع سابق،ص23؛نبيل،صقر:**قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيق**."**د.ط**"؛الجزائر:دار الهدى، 2006 ،ص12.

ثالثا:مدى جواز التعويض عن العدول عن الخطبة: العدول عن الخطبة جائز فقها وقانونا، إلا أنه قد يرتب ضررا للطرف الأخر،وقد يكون هذا الضرر معنويا أو ماديا وهنا أثير نقاش حول إمكانية التعويض عن الضرر؟

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي قديما نجد أن الفقهاء لم يتعرضوا لهذه المسألة ولعل ذلك يرجع إلى أن الخطبة كانت تمتاز بالبساطة وقصر مدتها،وكذا وجود الوازع الديني،عكس ما عليه الوقت الحالي من تقليد للمجتمع الغربي[1]،أما الفقهاء المعاصرين فقد اختلفوا في مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة إلى قولين:

حيث ذهب كل من بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية[2] وعدد ممن بحثوا في مسائل الزواج والطلاق مثل: عمر الأشقر[3]ومحمد سمارة إلى عدم التعويض مطلقا عن العدول[4].

بينما ذهب كل من أبي زهرة[5] ومحمد شلتوت[6] والصابوني عبد الرحمان[7] وبدران أبو العينين[8] وعبد الرزاق السنهوري إلى الاتفاق على مبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة إلا أنهم اختلفوا في نوع الضرر القابل للتعويض.

أما المشرع الجزائري فقد ذهب إلى ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأخير من إقرار مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة[9] كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث شروط استحقاقه وتقديره[10] وهذا استنادا للفقرة الثالثة من المادة

---

[1] محمد سمارة،مرجع سابق،ص42.

[2] سعاد،سطحي«**التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة**».**مجلة المعيار** جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة العدد التاسع 2004،ص5.

[3] عمر سليمان، الأشقر:**أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة**."د.ط"؛الأردن:دار النفائس،"د.ت.ن" ،ص78-77.

[4]عبير ربحي شاكر،القدومي:**التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**.ط1؛الأردن:دار الفكر،2007،ص78؛ محمد خضر قادر،مرجع سابق،ص115؛ نايف محمود الرجوب،مرجع سابق،ص242-243؛ عمر سليمان الاشقر،مرجع نفسه،ص75.

[5] **محمد:الأحوال الشخصية**."د.ط"؛دمشق سوريا:دار الفكر،"د.ت.ن"،ص36.

[6] سعاد سطحي،مرجع سابق،ص2،عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ص47.

[7]مرجع نفسه،ص48.

[8]مرجع سابق،ص34.

[9] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص37.

[10]وهو ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل في الفصل الثاني.

الخامسة من قانون الأسرة التي تنص على أنه:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

بينما لم تنص أغلب التشريعات العربية على وجوب التعويض وتركت ذلك للإجتهادات القضائية كما عليه الحال في مصر[1]. أما الفقه والقضاء الفرنسي فقد أقر مبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة[2].

نستنتج إذا أن الخطبة هي مجرد وعد بإبرام عقد الزواج ويجوز لأحد الطرفين أو كلاهما العدول عنها مع إمكانية الحصول عن التعويض لطرف المضرور،والذي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

الفرع الثاني:حالة الطلاق التعسفي

إن الهدف الشرعي والقانوني من الزواج هو تكوين أسرة أساسها المودة والألفة بين الزوجين وتعاونهما على شؤون الحياة[3]، ولكن قد تصاب هذه الحياة الزوجية بتصدع نتيجة مشاكل مما يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين[4]،وهنا جعل مخرجا لهذا الأمر وهو الطلاق فما المقصود به؟

أولا:معنى الطلاق: الطلاق في اللغة يعني الترك والمفارقة،وفي الاصطلاح الشرعي حل الرابطة الزوجية في الحال أو بالمآل بلفظ مخصوص[5].أما في الاصطلاح القانوني فقد عرفه المشرع الجزائري بأنه:حل عقد الزواج بإرادة الزوج المنفردة أو برضا الزوجين أو بطلب من الزوجة[6].

---

[1] محمد عزمي،البكري:**موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية**.ط9؛مصر:دار محمود،1999،ص34؛ عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ج1،ص48-49؛مدونة المغربية؛مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[2] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص244.

-Parquet Muriel,Op.cit .,p39-40.

[3] المادة (4) من قانون الأسرة الجزائري.

[4] عثمان،التكروري:**شرح قانون الأحوال الشخصية**.ط1؛الأردن:دار الثقافة،2007 ،ص176؛ عبد الله عمر،محمد حامد القمحاوي ،مرجع سابق،ص144.

[5] عبد الرحمان،الجزيري:**الفقه على المذاهب الأربعة**."د.ط"؛بيروت لبنان:دار الفكر،2008 ،ج4،ص216.

[6] نص المادة(48)من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر(05-02):"مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه،يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54من هذا القانون."

ثانيا: الأصل في الطلاق :الحظر أم الإباحة؟:ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى القول أن الطلاق أمر مباح ولكن مبغض عند الله[1]،بينما ذهب جانب آخر وهو المرجح إلى القول أن الزواج شرع لاستدامة العشرة بين الزوجين والأصل في الطلاق الحظر لما فيه من تدمير للأسرة والمجتمع،إلا أنه رخص فيه لحاجة تدعو إليه،لذلك يُنهى عن التعسف فيه[2].

ثالثا:تعريف الطلاق التعسفي: الطلاق التعسفي هو مصطلح قانوني حديث في تسميته وقديم في معناه،حيث أول من جاء به هو قانون الأحوال الشخصية السوري في (المادة117) ثم سارت على ذلك[3] بقية الدول العربية بداية من مصر[4]والأردن والعراق مرورا إلى تونس والمغرب وتبعهم المشرع الجزائري بموجب(المادة52)من قانون الأسرة،"وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأسرة لسنة1981أن من بين المصادر الأساسية التي أُستند إليها في وضع هذا القانون هو تشريع الأسرة السوري..." [5].

المقصود بالتعسف في اللغة:الأخذ على غير الطريق أو سلكها على غير قصد[6].

أما في الاصطلاح يقصد به:مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.

أما الطلاق التعسفي فهو:كل طلاق تم بالإرادة المنفردة للزوج وتأذت منه المرأة[1].أو هو طلاق الزوج لزوجته دون مسوغ شرعي أو من غير حاجة تقتضي ذلك ويكون إثما عند الله لإساءة استعمال الحق الذي منحه إياه[2].

-وتعرفه المدونة المغربية:" بأن حل لميثاق الزوجية..."(المادة78)؛وفي المجلة الأحوال الشخصية التونسية عرفه في الفصل(29):"هو حل عقدة الزواج".

[1] الجزيري،مرجع نفسه،ص221-222،

[2] محمد الزحيلي،مرجع سابق،ص8ومابعدها؛ الجزيري،مرجع سابق،ص222-223.

[3] جاء في نص المادة117من القانون السوري:"إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول،جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ سنة،فوق العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة واحدة أو شهريا بمقتضى الحال."وقد تم تعديل هذه المادة بقانون رقم31-12-1975بموجب المادة 16منه التي تنص على نفقة ثلاث سنوات بدل سنة.محمد الزحيلي،مرجع سابق،ص32؛الصابوني،مرجع سابق،ج1،ص24.

[4] عبد الحميد الشواربي،مجموعة الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص12.

[5] اليزيد عيسات،مرجع سابق،ص17.

[6] الجرجاني ،مرجع سابق،ص32.

هذا وقد عدد الفقهاء صورا للطلاق التعسفي وكان من أشهرها الطلاق في الحيض و الطلاق الثلاث بلفظ واحد وطلاق الهازل والسكران وطلاق بقصد الحرمان من الميراث[3]، في حين لم يتطرق المشرع إلى هذا الأمر.

رابعا:مدى جواز التعويض عن الطلاق التعسفي:ذهب عدد من الفقهاء ومن كتبوا في الطلاق إلى إنكار حق المرأة في التعويض عن الطلاق التعسفي بحجة أن هذا من شأنه أن يؤدي إلى تقييد إرادة الزوج،وكذا كشف أسرار الزوجية،كما أن الرجل لديه من الأعباء المالية المترتبة عن الطلاق ما يكفي، وتحميله دفع التعويض هو إرهاق له وهذا فيه منافاة للقواعد الشرعية[4]،بينما ذهب الأغلبية منهم إلى الاعتراف لها بالحق في التعويض أو المتعة [5]وهما مصطلحين أثير النقاش حولهما في الفقه والقضاء[6]. "سنتحدث عنه لاحقا عند التطرق لشروط استحقاق التعويض."

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد أقر مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة(52)من قانون الأسرة الجزائري وهذا أسوة بالشريعة الإسلامية وكذا التشريعات العربية التي سبقته في ذلك،كالمشرع السوري[7]والمغربي[8]والأردني[9]والعراقي والمصري[10]وكذا الفرنسي[11].كما منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في هذا المجال[12]وهذا بتخويله سلطة تقدير حالات

---

[1] عبد الهادي بن زيطة ،مرجع سابق،ص122؛أحمد محمد،المومني،وإسماعيل نبيل نواهضة:**الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**.ط1؛الأردن:دار المسيرة،2009،ص59.

[2] أحمد محمد المومني وإسماعيل نبيل نواهضة،مرجع نفسه،ص62.

[3]عبد الهادي بن زيطة،مرجع نفسه،ص123وما بعدها؛ عثمان التكروري،مرجع سابق،ص177ومابعدها.

[4]محمدالزحيلي،،مرجع سابق،ص51ومابعدها؛الشيخ،شمس الدين:**قانون الأسرة والمقترحات البديلة**.ط1؛الجزائر:دار الأمة ،2003 ،ص143؛المومني،أحمد محمد ونواهضة،إسماعيل نبيل،مرجع سابق،ص59،العمروسي أنور،موسوعة الأحكام الشرعية،مرجع سابق،ج2،ص635.

[5]جابر أبو بكر الجزائري :**منهاج المسلم**."د.ط"،مصر:دار ابن حزم،2008،ص379.

[6]عبير ربحي شاكر القدومي،مرجع سابق،ص192؛ بدران أبو العينين بدران ،مرجع سابق،ص311-312.

[7]عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ج2،ص35.

[8]المادة(84)من مدونة الأسرة المغربية. الفصل (31)فقرة4من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

[9]عثمان التكروري،مرجع سابق،ص200.

[10]الصابوني،مرجع نفسه،ج2،ص35ومابعدها.

[11]العمروسي، نفس المرجع والصفحة.

-Parquet Muriel ,Op.cit .,p113.

[12]الجلالي،تشوار«**بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة**».**مجلة المعيار** جامعة الأمير عبد قسنطينة العدد التاسع 2004، ص191.

وصور الطلاق التعسفي وكذا شروط استحقاق التعويض عن ذلك إضافة إلى تقدير مبلغ التعويض وهي ليست بالمهمة الهينة بالنسبة له.

يستنتج مما سبق أن الطلاق التعسفي هو طلاق صادر عن الإرادة المنفردة للزوج تم توقيعه دون مبرر شرعي، وخولت للقاضي سلطة تقديرية في تعويض الزوجة متى تبين قيام حالة التعسف.

الفرع الثالث:حالة التطليق والنشوز

أولا:حالة التطليق:

إذا كانت الشريعة الإسلامية والقانون من بعدها قد منحا للزوج الحق في إيقاع الطلاق بإرادة منفردة منه ضمن ضوابط ومبررات معينة[1]،فإنه من جانب آخر لم تُحرم الزوجة من حق التخلص من علاقة انعدمت فيها المودة والسكينة فمُنح لها الحق في طلب التطليق.

1-معنى التطليق:عرف التطليق بأنه الطلب الذي تتقدم به الزوجة إلى القاضي معلنة عن رغبتها في فك الرابطة الزوجية القائمة بينها وبين زوجها لسبب من الأسباب التي نصت عليها المادة (53)من قانون الأسرة الجزائري[2] التي جاء فيها:"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج،مع مراعاة المواد (78و79و80)من هذا القانون.

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4-الحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة(8)أعلاه.

---

[1] أحمد محمد المومني،إسماعيل نبيل نواهضة،مرجع نفسه،ص89؛أحمد نصر الجندي،مرجع سابق،ص112.

[2] فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد،مرجع سابق،ص35،اليزيد عيسات،مرجع سابق،ص28.

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا."

ويجدر التذكير أنه قبل تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر(05-02)[1] كانت هذه المادة تحتوي على سبع أسباب للتطليق،وبعد التعديل تم إضافة الفقرة6وهذا بالنظر للتعديل الذي طال المادة (8)(المتعلقة بتعدد الزوجات واستحداث المادة (8مكرر))،والفقرة8،وكذا الفقرة9التي أضيفت بعد تعديل المادة (19)،وتعد الفقرة العاشرة القاعدة العامة وهذا لشمولها فلم تتقيد بضرر معين مما يخول للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير هذه القاعدة وتقدير ما يمكن أن يشكل ضررا للزوجة – خارجا ذلك عن الحالات التسعة المحددة آنفا- للحكم لها بالتطليق من زوجها[2].

وبالرجوع إلى القانون المقارن نجد أن أغلب التشريعات العربية تتفق حول هذه الأسباب المتعلقة بطلب الزوجة للطلاق عن طريق القضاء،غير أنها تختلف في التسمية؛ فالتشريعات المغربية كالجزائر والمغرب[3] تقول التطليق بينما التشريعات المشرقية كالسوري والأردني والمصري[4] تطلق عليه التفريق القضائي[5]، مع استعمال لفظ التطليق عند الفقه والقضاء، في حين جاء موقف القانون التونسي في هذه النقطة منفردا حيث قال بأن كلا الزوجين يمكنهما رفع طلب

---

[1]يعد هذا التعديل الأول لقانون الأسرة الجزائري،جاء بعد قرابة20سنة من صدور أول تقنين للأسرة في الجزائر سنة 1984،وقد مس هذا التعديل جزءا مهما من المواد خاصة المتعلقة بالزواج والطلاق.

[2]فضيل العيش، شرح وجيز لقانون الأسرة الجديد،مرجع سابق،ص36-37؛اليزيد عيسات،مرجع سابق،ص28وما بعدها.

[3]تنص المادة مادة 98 من المدونة المغربية:" للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب الآتية :

إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج ؛الضرر ؛عدم الإنفاق ؛الغيبة ؛العيب ؛الإيلاء والهجر."

[4]تناول قانون رقم25لسنة1929المعدل بقانون رقم100لسنة1985 المتعلق بقانون الأحوال الشخصية المصري في المواد6-7-8-9-10-11و11مكرر1ومكرر2على حالات أو الأسباب التي ترفع المرأة أمرها للقضاء من أجل التطليق أوفك الرابطة الزوجية.أنظر لتفصيل أكثر: عبد الحميد الشواربي ،مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء،مرجع سابق،ص9ومابعدها؛ أنور العمروسي،موسوعة الأحكام الشرعية،مرجع سابق،ج2،ص599ومابعدها

[5]كما نجد أن هذه التشريعات تفرق بين التفريق بحكم قضائي "والذي يتمثل في التفريق للغيبة والتفريق للعلل والعيوب ولعدم النفقة والشقاق والضرر"وبين التفريق بحكم الشرع والقانون "ويتمثل في التفريق للعان والإيلاء والظهار واختلاف الدين."

الطلاق[1] حيث وضع قاعدة عامة تتمثل في حصول الضرر دون تفصيل للحالات التي تنفرد بها الزوجة في طلب التطليق.

2-التعويض عن الضرر في حالة التطليق: استحدث المشرع الجزائري فكرة التعويض عن الضرر في حالة التطليق وهذا بموجب المادة (53مكرر)[2]التي نص فيها:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها."وقد جاءت هذه المادة للتوفيق بين اختلافات الأحكام القضائية في استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق،حيث أثبتت الاجتهادات القضائية إمكانية الحكم بالتعويض عن الضرر عند الحكم بالتطليق ومع ما توصل إليه القضاء تم تكريس هذا الاجتهاد بموجب نص قانوني، ومع ذلك نجد أن المشرع أورد نص هذه المادة عاما دون تحديد للحالات القابلة للتعويض وجعل هذا الأمر خاضعا لسلطة القاضي التقديرية.

بالرجوع في هذه المسألة إلى التشريعات العربية المشار إليها آنفا نجد أنها حددت وعلى سبيل الحصر حالة واحدة قابلة للتعويض وهي التفريق للشقاق والضرر.

نستنتج مما سبق أن التطليق هو طلب تتقدم به المرأة إلى القضاء من اجل فك الرابطة الزوجية لسبب من الأسباب المحددة حصرا في المادة (53)من قانون الأسرة،مع إمكانية حصولها على التعويض طبقا للمادة (53مكرر) الذي خول المشرع بموجبها للقاضي سلطة تقديرية في بحث مدى استحقاق التعويض وكذا تقديره.

ثانيا:حالة النشوز:

1-معنى النشوز:النشوز لغة مصدر نَشَزَ ويعني الجانب المرتفع من الأرض،أو العلو والترفع ،وقد ورد لفظ النشوز في قوله تعالى:﴿**وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي**

---

[1] جاء في الفصل31من القانون التونسي :"يحكم بالطلاق:

-بتراضي الزوجين

-بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر

-بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به،..." ويلاحظ على هذه المادة أنها خولت للزوج كذلك المطالبة بالطلاق في حين أنه بإمكانه توقيعه دون مطالبة قضائية، إلا إذا كان يقصد في هذه الحالة عندما تكون العصمة بيد الزوجة، أوعند الخوف من تحمل تبعات المالية على توقيع الطلاق الذي يصطلح عليه المشرع التونسي لفظ إنشاء الذي يعني إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

[2] مستحدثة بموجب الأمر رقم(05-02)المعدل لقانون الأسرة الجزائري.

ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾[1] وفي تفسير ذلك يقول ابن كثير:"النشوز هو الارتفاع،والمرأة الناشز هي المترفعة على زوجها،التاركة لأمره،المعرضة عنه، المبغضة له."[2]

في الفقه:قد يكون النشوز من الزوجة كما قد يكون من الزوج لقوله تعالى: ﴿ **وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً**﴾[3]،وعُرّف على هذا الأساس بأنه:"معصية الزوجة لزوجها فيما فرض الله عليها من طاعته."أو إضرار الزوج بزوجته ومجافاتها أو ضربها،وهو نوع من التقصير في واجباته[4].

من الجانب القانوني: نص المشرع الجزائري على النشوز دون تعريفه وذلك في المادة(55)من قانون الأسرة الجزائري بقولة:"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

وهناك بعض شراح القانون الجزائري من عرفه بأنه:امتناع أحد الزوجين عن الامتثال لأحكام عقد الزواج وما يتضمنه من حقوق وواجبات،وعدم تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك[5].

2-مبدأ التعويض عن الضرر في حالة النشوز:بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن فقهاءه تحدثوا عن النشوز وكيفية علاجه كما قرره القرآن الكريم[6]،ولم يقل الفقه بالتعويض للطرف المتضرر من النشوز سوى بحقه في الطلاق[1].

---

[1] سورة النساء:الآية34.

[2] ابن كثير،تفسير القرآن العظيم،مرجع سابق،ج1،ص445؛موفق الدين عبد الله، بن قدامة:**الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل**.ط1؛لبنان:دار الكتب العلمية،1994،ج3،ص92ومابعدها.

[3] سورة النساء:الآية128.

[4] أحمد محمد المومني،ونواهضة اسماعيل نبيل،مرجع سابق،ص93؛أنور العمروسي،موسوعة الأحكام الشرعية،مرجع سابق،ج1،ص491؛محمود،الزوادي«**قضايا النشوز والشقاق والطلاق في ضوء القرآن الكريم**».**مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية** الكويت العدد السابع و الثلاثين1999،ص191؛عبد المؤمن،بلباقي:**التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي**. "د.ط" ؛ الجزائر:دار هومه، 2000 ،ص103ومابعدها.

[5] لحسين بن الشيخ آث ملويا ،المنتقى في الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص312؛ عبد العزيز،سعد،مرجع سابق،ص126.

[6] من وعظ ثم هجر في المضجع ثم ضرب خفيف لا يترك أثار في الجسم،وهذا بالنسبة للزوجة وإلا رفع أمرها للقاضي، أما في حالة نشوز الزوج فيتم كذلك وعظه ثم هجره في المضجع وإذا استمر في ذلك رفعت الزوجة أمرها للقاضي حيث يقوم بتهديده ثم تعزيره عن طريق عقوبة الضرب. جابر ابو بكر الجزائري،مرجع سابق،ص363؛ابن قدامة،مرجع نفسه،ص94.

بينما نص المشرع الجزائري على إمكانية التعويض للطرف المتضرر من النشوز زوجا كان أو زوجة غير أنه لم يعرف كما قلنا النشوز فجاء هذا اللفظ عاما مطلقا غير مقيد مما خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية البحث في حالات النشوز وشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عنه وكذا تقدير قيمة التعويض[2].

أما ما يتعلق بموقف التشريعات المقارنة في هذه المسألة نجد أنها لم تتطرق للنشوز ولم تنص عليه في قوانينها، فالمدونة المغربية أعطت للزوجة الحق في التطليق للضرر وهذا يعني دخول النشوز ضمنها،وحرم الزوج من إمكانية الحصول على التعويض في هذه الحالة وأصبح طلاقه مبررا شرعا، وهذا الأمر سار عليه القانون السوري والقانون الأردني،أما الفصل 31من المجلة التونسية للأحوال الشخصية فنجد أنه جاء بصيغة العموم حيث قررت التعويض للطرف المتضرر الزوج والزوجة سواء،أما المشرع المصري فقد إقتصر عنده النشوز على الزوجة فقط من خلال النص على واجب الطاعة للزوج وفي حال امتناعها عن ذلك يرفع أمرها إلى القضاء من أجل ذلك، وقد تحرم من النفقة أو يصبح مبررا للزوج لتطليقها.

نستنتج مما سبق أن النشوز هو اعراض أحد الزوجين وامتناعه عن القيام بما يتضمنه عقد الزواج من واجبات،رغم صدور أحكام قضائية تقضي بذلك،وقد ورد علاجه في القرآن الكريم أما القانون فقد منح للطرف المتضرر من النشوز الحق في التعويض وخول القاضي سلطة تقديرية في بحث ذلك.

الخلاصة:نستخلص مما سبق أن المشرع الجزائري نص على حالات التعويض عن الضرر وهذا على سبيل الحصر في أربع حالات وهي العدول عن الخطبة، والطلاق التعسفي، والتطليق، والنشوز ،وقد خول لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في ظل عموم نصوص قانون الأسرة وغموضها لبحث شروط استحقاق التعويض عن الضرر وكذا تقدير التعويض.

---

[1] عبد المؤمن بلباقي،مرجع نفسه،ص137ومابعدها.

[2] أحمد نصر الجندي،مرجع سابق،ص131.

خلاصة المبحث الثاني:

من خلال عرضنا لهذا المبحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

1_أن هناك ثلاث مصادر أساسية للنشاط التقديري للقاضي: مصدر مادي يتمثل في عناصر النزاع التي يتصل من خلالها بالدعوى ومصدر شكلي يتمثل في القاعدة القانونية التي تخول له إعمال هذا النشاط ويستند إليها في أحكامه،ومصدر مساعد يتمثل في الوسائل القانونية والمنطقية التي يستعين ويسترشد بها إلى الحل الموضوعي للنزاع المطروح.

2- أن الضرر هو كل أذى يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو سمعته وشرفه، والتعويض هو المبلغ المالي الذي يدفع للمضرور لإصلاح هذا الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وجبر خاطره المنكسر بقدر،أما أساس التعويض فهو إصلاح الضرر وترضية المضرور دون الاعتداد بالخطأ ومدى جسامته.

3- أعطى المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في بحث شروط استحقاق التعويض وتقديره وهذا نظرا لغموض نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالتعويض عن الضرر، وقيد هذه السلطة من جانب آخر بتحديده لحالات إعمالها.

4-تكمن الغاية من منح القاضي سلطة تقديرية في التعويض عن الضرر لسد الذرائع وكذا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ العلاقات الأسرية ودرء المفاسد وتحقيق العدالة من جبر للمضرور وردع للمتسبب في الضرر.

5-أن المشرع الجزائري بين لقاضي شؤون الأسرة حالات ممارسة نشاطه التقديري في مجال التعويض عن الضرر،حيث حددها على سبيل الحصر في قانون الأسرة في أربع حالات تتمثل في العدول عن الخطبة،والطلاق التعسفي،والتطليق،والنشوز.

وننتقل الآن إلى دراسة كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في تعويض الضرر.

المبحث الثالث

كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة لنشاطه التقديري في تعويض الضرر

إن تحديد المقصود بالتعويض عن الضرر وبيان حالاته التي يمارس القاضي سلطته التقديرية في ظلها، يقتضي منا كذلك الحديث عن كيفية ممارسة القاضي لهذه السلطة –وهذا من الناحية النظرية–في مجال التعويض عن الضرر حتى يتسنى لنا معرفة المنهج الذي يسلكه القاضي وكذا المنطق الذي يحكم نشاط القاضي التقديري؟ونوع التقدير القضائي الذي يقوم به أو المعايير التي يستعملها عند التقدير؟وما إذا كانت هناك قيود ترد على هذا النشاط التقديري؟

وعليه سنحاول الإجابة عن ذلك من خلال هذا المبحث الذي تم تقسيمه إلى الآتي:

المطلب الأول: المنهجية التي يسلكها القاضي في حل النزاع.

المطلب الثاني:أنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الثالث:القيود الواردة على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الأول: المنهجية التي يسلكها القاضي في حل النزاع

يعرض النزاع في شكل مركز قانوني متنازع عليه يطلب أصحابه من القاضي حسمه،وعلى هذا الأخير القيام بنشاط ذهني لمطابقة النزاع الواقع مع القانون المحدد لهذه المراكز من أجل ترتيب الأثر القانوني الوارد به، وهذا الأمر يعد غاية في الصعوبة لما يتطلبه من دقة وتركيز ،لذلك فحتى يتوصل القاضي إلى الحل الصحيح للنزاع والإعمال السليم لنشاطه الذهني . فإنه يسلك منهجية معينة وفقا لمنطق يعتمده عند تقدير الوقائع و عند البحث عن القانون الملائم لحكمها ،بالإضافة إلى الوسائل القانونية التي يستعملها في البناء المنطقي للحكم،وسنحاول في هذا المطلب توضيح ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع .

الفرع الثاني: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون.

الفرع الثالث: الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون.

الفرع الأول: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع

تعد الوقائع المادة الأولى لنشاط القاضي الذهني ويقصد بها مجموعة الأحداث التي جرت بين الخصمين والتي تشكل في مجموع عناصرها موضوع النزاع. وهذه الوقائع يعرض الخصوم منها ما يشاءون أمام القضاء ويستبعدون منها ما يشاءون، حيث يلتزم القاضي بما تم عرضه أمامه دون تجاوز ذلك وإلا عد متجاوزا لسلطته[1].

وما تم ادعاؤه من الوقائع المتنازع عليها تتحدد به مهمة القاضي الذي يتوجب عليه الإحاطة بكل جوانب القضية من خلال قراءته لما تم سرده من الخصوم،حتى يتسنى له معرفة حقيقة الحق المتنازع عليه أو "موضوع النزاع" وسببه وتحديد أطرافه،وكذا التعرف على حدود طلبات الخصوم وجديتها وجدية الدفوع، هذا ويستطيع القاضي ومن النظرة الأولى على القضية معرفة السير

[1] نبيل اسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص126.

الضروري لها والطريقة الواجب إتباعها وهذا الأمر يختلف من قاض إلى آخر بحكم وظيفته وخبرته القضائية التي تتطلب منه الاطلاع والعلم الدائم بالقانون ومستجداته[1].

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، وإنما 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 استنادا لأحد أسباب المادة(53) من قانون الأسرة إضافة الى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها فالقاضي في هذه الحالة لابد أن يتصدى إلى كلا الطلبين إما بالقبول أو الرفض أما في حالة عدم مناقشته لأحدهما هنا يكون قراره فيما بعد معيبا قانونيا.

فالقاضي هنا ملزم بمناقشة كل ما طرحه الخصوم دون استثناء أي طلب أو دفع ،لكن من جانب آخر فالقاضي غير ملزم بإتباع التكييف الذي أعطاه الخصوم للمنازعة وإنما يعد ذلك من اختصاص القاضي وحده باعتباره المتخصص والملزم بمنح النزاع الوصف القانوني الذي ينطبق عليه، بيد أن الأطراف في هذا الإطار غير ملزمين بذلك. ومن هنا في حالة تغير الوصف الذي منحه الخصوم للنزاع من طرف القاضي لا يعد تغيرا لوقائع النزاع وإنما يعد تعديلا للوصف القانوني أو ضبط التكييف[2].

بعد قيام الخصوم بالادعاء يأتي عنصر إثبات الوقائع عن طريق تقديم الحجج و البيانات التي تدعم وتؤكد قيام المركز القانوني المتنازع عليه،حيث يساعد الإثبات في تكوين الاقتناع الشخصي للقاضي ولا يؤسس حكمه إلا بناء على ما تم تقديمه من أسانيد قانونية.

بعد وضوح مركز الوقائع المطروحة أمام القاضي يأتي دور هذا الأخير في إعمال نشاطه الذهني للتأكد من هذه الوقائع المدعى بها، حيث يقوم بفحص وفرز للوقائع وكذا تمحيص لما تم 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 بعملية

---

[1] الغوتي بن ملحة،أفكار حول الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص59ومابعدها.

[2] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص127.

الاستخلاص لهذه الوقائع وأخذ ما هو ايجابي ومنتج،لكن من جانب آخر يكون دائما مقيدا بما تم طرحه من الخصوم.

فالواقع يعد المجال الخصب لإعمال القاضي نشاطه التقديري في فهمه لأنه يشكل المادة الأولية للنشاط الذهني للقاضي الذي على ضوءه يتحدد مسار القضية ،ويكون له مسبقا تصور كاف لما ستكون عليه الدعوى.

ومن ذلك فان القول بان فعل يشكل ضررا هو مسألة يقدرها قاضي الموضوع بحكم ما تقدم إليه من إثبات يتعلق بحقيقة وجوده، من خلال بحث مدى وجود عناصره من كونه حال ومحقق وانه يمس بمصلحة مشروعة له، فهذه العناصر مسائل قانونية لكن ما يتوصل إليه القاضي من استنتاج يتعلق بتقدير وجود الضرر حقيقة وكذا حجمه ومدى جسامته فان كل ذلك هو من مسائل الواقع.

ولابد من القول أيضا أن تحليل القاضي لهذا الواقع والوقوف على حقيقة الادعاءات المرفوعة إليه تعد من الإشارات التي تدل على صحة ما يستخلصه من وقائع فعالة تتعلق بالخصومة من خلال غربلته لتلك الوقائع عن طريق الاستئناس بما تم تقديمه من إثبات بشأن الوقائع المدعى بها

أما المقصود بالوقائع 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 للوقائع 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-[1].

والقاضي أثناء ممارسة نشاطه الذهني في فهم الواقع هو حر في تقدير الوقائع وتحصيل فهمه للدعوى،وهذا الفهم والتحصيل يختلف من قاض لآخر بحسب قدراته الذهنية، ولا رقابة عليه في

[1] نبيل إسماعيل عمر،مرجع نفسه،ص129؛ ابراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص16ومابعدها.

كيفية تفكيره،ولكن من جانب آخر هو ملزم باحترام القواعد الموضوعية للإثبات وكذا القواعد الإجرائية التي تعد من النظام العام وهي محل رقابة قضائية[1].

وعلى ضوء ما سبق يمكن القول أن القاضي يقوم في مجال الوقائع بنشاط ذهني يهدف إلى استخلاص الوقائع المنتجة في القضية حسب تقديره، وهو أمر يختلف من قاض لآخر بحكم ما يتميز به من ملكات ذهنية وما يتمتع به من ثقافة قانونية ولا رقابة من القضاء على طريقة تفكيره، غير أنه مقيد من جانب آخر بما عرضه الخصوم من وقائع وما يمليه عليه القانون الموضوعي والإجرائي.

[1] إبراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص17-18.

الفرع الثاني:إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون

القاضي وأثناء فحصه الوقائع ومحاولة استخلاص ما هو منتج فيها؛ يقوم بذلك وقد تواجدت في ذهنه القواعد القانونية محتملة التطبيق على النزاع، وهذا كتمهيد لإجراء التكييف القانوني.

والتكييف القانوني يعني إعطاء الوصف القانوني للنزاع المطروح على القاضي الذي يقوم بإجراء عملية ذهنية يتوصل بها إلى تطبيق القانون، من خلال محاولة إنزال الفروض النموذجية الموجودة بالقاعدة القانونية إلى الواقع ومقارنتها به فإذا تم تطابق بين الفرض الموجود في القاعدة القانونية وبين الواقع يتم ترتيب الأثر القانوني المنصوص عليه[1].

غير أنه في حالات معينة تكون هذه الفروض غامضة وهنا يتطلب من القاضي اللجوء إلى عملية التفسير القضائي[2]، حيث يقوم بتوضيح معنى القاعدة القانونية وبيان حكمها وشروط تطبيقها على الأشخاص والوقائع،وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض عن الضرر وكما أسلفنا سابقا نجد أغلبها يتسم بالعموم والغموض الأمر الذي يستلزم من القاضي إعمال نشاطه الذهني من أجل تفسيرها وبيان شروط تطبيقها وفي هذا المجال لابد من استعانة القاضي بمصادر القانون والتي حصرها المشرع –بالنسبة لقانون الأسرة– في أحكام الشريعة الإسلامية حيث يقوم بالاجتهاد في ضوئها لاستنباط الحكم.

ويجدر التذكير هنا أن هذا التفسير الذي يقوم به القاضي بمناسبة النزاع والذي على ضوئه يتم إيجاد الحل القانوني لا يحمل صفة الإلزام ،فيجوز له أن لا يلتزم به في نزاع آخر كما أنه لا يكون ملزما

---

[1] عبد الحميد الشواربي،المسؤولية القضائية،مرجع سابق،ص213؛الغوتي بن ملحة،أفكار حول الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص59

[2] التفسير هو تحديد معنى القاعدة القانونية وتعيين نطاق تطبيقها حتى تطبق على الظروف الواقعية والتفسير يشمل القاعدة القانونية المكتوبة والغير مكتوبة ،وللتفسير أهمية كبيرة لأنه من خلاله يتحدد نطاق تطبيق القانون وهناك أنواع للتفسير وهو التفسير التشريعي والقضائي والفقهي،أما أسبابه فتتلخص في حالة الخطأ المادي الذي يلحق النص التشريعي،أو غموض النص القانوني،أو نقصه أو تعارض بين نصين تشريعيين،هذا وقد وجدت مدارس للتفسير منها مدرسة الشرح على المتون التي تعتمد في تفسيرها للنصوص على النية الظاهرية للنصوص،وهناك المدرسة التاريخية التي تعتمد في تفسيرها على الظروف الاجتماعية والاقتصادية عند= =التفسير،وتوجد كذلك المدرسة العلمية التي تقول بوجوب البحث في المصادر الرسمية للقانون وعندما لا يجد القاضي الحل يلتزم بالبحث العلمي عن طريق الاجتهاد في القانون وهو الموقف الذي سلكه المشرع الجزائري.أنظر لتفصيل أكثر في هذه المسألة: نادية فضيل،مرجع سابق،ص114ومابعدها.

لغيره[1]، إلا إذا تم إقراره من طرف المحكمة العليا بجميع غرفها مجتمعة وقتها يصبح ملزما لكل المحاكم –كما قلنا سابقا–، فالقاضي من خلال نشاطه الذهني لا يقوم بخلق قاعدة قانونية وإنما 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[2].

وعلى ضوء ما سبق يمكن القول أن القانون يتكون من وقائع نموذجية عامة ومجردة لا تتعلق بشخص، معين افترضها المشرع ورتب عليها حكما أو أثرا قانونيا في حالة تحققها،وهذه الفروض النموذجية التي وضعها في القاعدة القانونية هي وليدة الظروف الاجتماعية والثقافية والخلقية وغيرها، والقاضي عندما يقوم بتطبيق حكم القانون على النزاع فهو يقوم بنشاط تقديري يصدر منه بموجب ولاية القضاء وبمناسبة وظيفته القضائية التي تتطلب منه رفع كل تجهيل يصادف القاعدة القانونية، ففهم القانون وتطبيقه هي مسألة يختص بها القاضي وحده ويخضع لرقابة قضائية بشأنها.

[1] نادية فضيل،مرجع سابق،ص119؛ عمار بوضياف ،مرجع سابق،ص135.

[2] عبد الحميد الشواربي،المسؤولية القضائية،مرجع سابق،ص202؛

الفرع الثالث:الوسائل التي يستدل بها القاضي في البناء المنطقي للحكم

إن القاضي لكي يصل إلى حكم قضائي يعتمد في استدلاله على وسائل منطقية ولا يكون استدلاله مبنيا على افتراضات وتخمينات .

والمنطق يقصد به" العلم الذي يبين القواعد العامة للتفكير السليم بصرف النظر عن الموضوعات التي يتناولها التفكير."[1]

والحكم-حسب كثير من الفقهاء المعاصرين-هو بناء منطقي؛لأن الاستدلال القضائي الذي يقوم به القاضي هو عملية منطقية تتمثل في "استخلاص نتيجة معينه من المقدمتين الكبرى والصغرى للقياس الذي يجريه ويستهدف تبرير الحكم أو القرار الذي يتخذه بحيث يبدو أنه قرار غير تحكمي وأنه قرار عادل." [2]

ومعنى هذا أن القاضي وفيما يتعلق مثلا بمنح الحق في التعويض عن الضرر والذي يعد حكما أو أثرا قانونيا في القاعدة القانونية يقوم بثلاث خطوات أساسية من أجل ترتيبه.

حيث تتمثل الخطوة الأولى -وقد سبق الإشارة إليها- في تحقق القاضي من الوقائع المدعاة، كادعاء الزوجة أن زوجها طلقها دون مبرر شرعي وهي تطلب التعويض عن ذلك،هنا القاضي لا يسلم مباشرة بما تم ادعاؤه وإنما يقوم بدراسة ملف القضية والاطلاع على المستندات التي تعزز إدعاء الخصوم،وعند ممارسته لهذا العمل تدور في ذهنه القواعد القانونية القابلة للتطبيق على هذه الوقائع.

غير أن القاضي لا يتوقف عند هذه المرحلة وإنما يقوم بخطوة ثانية تتمثل في البحث عن التعريف القانوني للوقائع التي استخلصها ويتأكد من فعاليتها طبقا لاقتناعه الشخصي.

ثم يقوم بإعطائها الوصف القانوني،ويعني ذلك أنه بعد حصره للوقائع التي ثبتت عنده واكتشف صدقها وهذا كما قلنا يختلف من قاض لآخر بحكم الخلفية القانونية المتكونة لديه وكذا الخبرة التي يتمتع بها في هذا المجال كونه على اتصال دائم بقضايا مختلفة من هذا النوع،حيث يبحث في

---

[1] الشواربي عبد الحميد،مرجع نفسه،ص201؛عمر نبيل إسماعيل،سلطة القاضي التقديرية،ص123.

[2] الشواربي عبد الحميد،مرجع نفسه،ص203.

الفروض النموذجية الواردة في القاعدة القانونية؛ من خلال إجراء عملية مقارنة بينها وبين الوقائع المستخلصة وهذا من أجل معرفة مدى وجود تطابق بينهما حتى يتسنى له توقيع الحكم القانوني المترتب عنها،وبالتالي إيجاد الحل القانوني للمركز المتنازع.وهذه تعد الخطوة الثالثة التي يقوم بها القاضي.

وفقا لما سبق نجد أن القاضي لكي يتوصل إلى حل للنزاع المطروح يقوم باستدلال قضائي[1] مبني على مقدمتين مقدمة صغرى تتمثل في الوقائع التي قام بتحليلها وضبط عناصرها،ومقدمة كبرى تتمثل في القاعدة القانونية التي قام القاضي باختيارها ثم حلل أفكارها المركبة إلى عناصرها الأولية وهذا من خلال إنزال الفروض النموذجية الواردة بها على الواقع حتى يتأكد من تطابقها،فإذا ما ثبت تطابق القانون والواقع[2] "فان الأثر القانوني أو النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه."[3]

ويختلف الاستدلال الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة عن تلك الاستدلالات التي يقوم بها الفقيه لأن هذا الأخير يبقى في دائرة الاحتمالات القريبة إلى المعقول في حين نجد أن القاضي لا يبقى في هذه الدائرة وإنما يخرج إلى دائرة اليقين ويكشف عن النتيجة التي توصل إليها من هذا الاستدلال والمتمثلة في الحكم الذي يصدره بشأن النزاع والذي يكون عنوان الحقيقة[4].

وفي عملية الاستدلال القضائي هاته يقوم القاضي بالجمع بين نوعين من المنطق وهما الصوري وغير الصوري، فيعتمد عند تكييف الوقائع على أدوات المنطق غير الصوري لأن قاضي الموضوع يهتم عند إصداره الحكم بالنتائج العملية وكيفية إقناع الخصوم، كما يعتمد كذلك على

---

[1] إلى جانب الاستدلال القضائي يوجد الاستدلال القانوني وهذا الأخير يقوم به القاضي دون اشتراط قيام منازعة وإنما يقوم به القاضي من أجل ترتيب اثر قانوني في حالة تحقق أسبابة وكمثال على ذلك في حالة الأوامر على العرائض نجدها تقدم من طرف معين دون أن تكون في شكل منازعة، ومع ذلك القاضي لا يستجيب مباشرة لهذه الطلبات الواردة في الأمر وإنما يقوم باستدلال قانوني يتمثل في البحث في مدى تطابق بين الطلب الموجود والفرض النموذجي الوارد في القاعدة القانونية التي استند إليها في هذا الطلب.

[2] الشواربي عبد الحميد،المسؤولية القضائية،مرجع سابق،ص204؛ إبراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص16-17؛ نبيل إسماعيل عمر،التقدير القضائي المستقبلي،مرجع سابق،ص54.

[3] عبد الحميد الشواربي ،مرجع نفسه،ص213.

[4] عبد الحميد الشواربي ،مرجع نفسه،ص212.

أدوات المنطق الصوري عندما يقوم ببيان أن الحكم يتفق مع القانون وهذا هو المنطق الذي تعتمده المحكمة العليا التي لا تهتم بالنتائج العملية بقدر اهتمامها بمدى تطبيق قاضي الموضوع للقانون.

وتكمن الغاية من إعمال المنطق الصوري وغير الصوري من طرف القاضي في تبرير الحكم الذي أصدره في مواجهة القانون والعقل،بمعنى أن القاضي عندما يعمل المنطق الصوري فإن هدفه توضيح للمحكمة العليا أن الحكم يتفق مع القانون وأن الاستدلال الذي قام به القاضي من خلال مطابقة المقدمة الكبرى مع المقدمة الصغرى أدت رأسا للنتيجة المحكوم بها وهذا هو المقصود من" في مواجهة القانون"،أما "في مواجهة العقل" فيقصد به أطراف النزاع لأنه عندما يعمل المنطق غيرالصوري فان الهدف منه إقناع الخصوم والرأي العام بالنتيجة المتوصل إليها وهذا استنادا لحجج وبراهين تثبت سبب إصداره لهذا الحكم فالأطراف يهمهم شيء واحد هو معرفة سبب حكم القاضي بهذه النتيجة لذلك فهو يوضح لهم الأدلة والأسانيد التي اعتمدها في تقرير هذا الحكم.

ومن هنا نجد أن القاضي ملزم بذكر الأسباب الواقعية والقانونية للحكم،وهذه الأسباب هي التي توضح المنهج الذي سلكه القاضي في حكمه وكذا المنطق الذي اعتمده في ذلك،وهي التي تبين ما إذا كان القياس القضائي الذي قام به القاضي صحيحا أم لا وبالتالي يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما ،أو يتبين أن الحكم استخلص بناءا على استدلال فاسد وغير منطقي ونكون هنا أمام خطأ في تطبيق القانون[1].

نستنتج مما سبق أن القاضي ومن أجل إيجاد الحل القانوني للنزاع يقوم باستعمال وسائل منطقية كالاستدلال القضائي والقياس القضائي وكذا الجدل والمقارنة والاستنباط وغيرها من أدوات المنطق التي تساعده في بناء الحكم.

خلاصة: نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن القاضي يتوصل إلى حل النزاع المطروح أمامه عن طريق إعمال المنهج القانوني وكذا الوسائل المنطقية؛ وهذا من خلال استخدامه المنطق القضائي في فحص الوقائع وإخراج المنتج منها ثم القيام بعملية التكييف القانوني بتحليل الوقائع المطروحة من الخصوم والفروض النموذجية ثم استخلاص العناصر المشتركة بينهم و اختيار

[1] إبراهيم بن حديد،مرجع سابق،ص20؛ الغوتي بن ملحة،أفكار حول الاجتهاد القضائي،ص61-62.

النص القانوني المتطابق مع التكييف،بعد هذا يقوم ببناء الحكم وهذا عن طريق القياس القضائي للمقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى ليصل إلى النتيجة أو تطبيق الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية.

المطلب الثاني:أنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر

يطرح أمام القاضي أثناء القيام بممارسة سلطته التقديرية في حل النزاع المطروح مشكلة نوع التقدير القضائي الذي يقوم به، هل يقوم بتقدير موضوعي مبني على معيار معنوي ومجرد لسلوك الشخص أم يقوم بتقدير مبني على معيار ذاتي يأخذ بالاعتبارات الشخصية لمصدر السلوك والمتضرر منه؟إن هذا الإشكال يطرح أمام القاضي مرتين:الأولى عند قيامه باختيار القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق على النزاع والثانية عندما يقوم بتطبيق هذه القاعدة،وعلى ذلك سنحاول معرفة ما المقصود بالتقدير الموضوعي وكيف يقوم به القاضي في مجال التعويض عن الضرر ؟كما سنحاول معرفة المقصود بالتقدير الشخصي وكيف يقوم به القاضي في مجال التعويض عن الضرر؟ وما هي العلاقة بين نوعي التقدير؟

وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول:معنى التقدير الموضوعي .

الفرع الثاني:معنى التقدير الشخصي .

الفرع الثالث:إعمال التقدير الموضوعي والشخصي في مجال التعويض عن الضرر.

الفرع الأول: معنى التقدير الموضوعي

إن القاضي أثناء ممارسته لسلطته التقديرية يكون أمام مجموع واقعي وقاعدة قانونية يفترض أنها قابلة التطبيق على هذه الوقائع، والقاضي عندما يقوم بهذا النشاط الذهني –الذي محله الواقع والقانون– يقوم به وصوب أعينه المصلحة العامة و لذلك يستعمل المعيار الموضوعي الذي يقصد به بحث القاضي عن حل النزاع بالنظر في سلوك الشخص المعتاد أورب الأسرة الحريص[1]، فعليه استبعاد النظر في الظروف والاعتبارات الشخصية اللصيقة بالخصوم.ولكن دون التجرد من الأخذ بالظروف الخارجية الخاصة بكل حالة،لأنها ظروف عامة تحيط بجميع الأشخاص دون استثناء ولعل أهمها ظروف الزمان والمكان[2].

فالتقدير الموضوعي يعتمد بالأساس على معيار معنوي وهو المعيار الذي تنشأ به القاعدة القانونية؛ لان المشرع عند وضعه لهذه القواعد فهو يضعها وفقا للسلوك الغالب، وهو النموذج الذي يقتدي به القاضي عند بحث النزاع. فالقاضي وحتى يحقق الغاية من القانون المتمثلة في حماية المصلحة العامة يقوم بتقدير الوقائع المعروضة أمامه وفقا لهذا النموذج وهذا حتى يحقق العدل الذي يصبو إليه القانون وهو بذلك يضحي بالفرد لأنه لا يأخذ بالظروف الشخصية عند بحث النزاع ومحاولة إيجاد تطابق بين الفرض الواقعي والفرض النموذجي الوارد في القاعدة القانونية.

ونشير في هذا الصدد إلى أن القاضي لا تبدأ ممارسته لسلطته التقديرية فقط في بحث موضوع الخصومة وإنما يستعمل هذه السلطة منذ مسكه ملف القضية، حيث يبحث في مدى اختصاصه في الدعوى ومدى توفر الشروط الإجرائية الشكلية لقبول الدعوى وهذا استنادا إلى المعيار الموضوعي.

---

[1] يقصد بسلوك الرجل المعتاد :سلوك الرجل المجرد من النقائص اللصيقة بشخصيته،فهو الرجل العادي في ذكاءه ويقضته وتبصره وحيطته وعنايته.

[2] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،ص160.

أما الهدف من إعمال القاضي للمعيار الموضوعي فهو الوصول إلى تطابق بين الواقع والقاعدة القانونية وهذا بصفة موضوعية مجردة من كل الاعتبارات الإنسانية حتى يقوم بإعمال الأثر القانوني الموجود بها وإذا ما توصل إلى هذه النتيجة يكون قد وجد حلا للنزاع المطروح.لأن الأخذ في البداية بالاعتبارات الشخصية قد يجعله يضل عن الحل الصحيح وبالتالي الخروج عن الغاية من القانون وهي تحقيق العدل.

إن بحث القاضي للوقائع وسلوك المدعى عليه ما إذا قام ببذل عناية كافية وأخذ من الحيطة والتبصر اللازمين أثناء قيامه بذلك،واستبعاد العناصر الذاتية في تقدير هذا الواقع هو ليس بالأمر الهين بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة لأنه يتعامل مع وقائع إنسانية وليست أمورا مالية عينية يسهل عليه تطبيق هذا المعيار الموضوعي المجرد في نطاقها.

كما أن فهمه لهذا المعيار و بحث وجوده في الفروض النموذجية المكونة للقاعدة القانونية هو أمر غاية في الصعوبة خاصة إذا كانت القاعدة تحتوي في طياتها على إشارات تقتضي النظر في الظروف الشخصية فهذه الأمور تتطلب من القاضي الكفاءة والخبرة القانونية حتى يصل إلى الإعمال السليم للقانون.

وعليه إذا عرض على القاضي نزاع معين فإنه بداية يقوم بنشاط ذهني مبني على معيار موضوعي مجرد وهذا حتى يكون تقديره للنزاع والقاعدة القانونية القابلة للتطبيق بصفة موضوعية مجردة من الاعتبارات الذاتية،وهذا من شأنه تحقيق المصلحة العامة والعدل الذي يسعى إليه القانون،ولو أنه من جانب آخر يضحي –كما سبق القول– بمصلحة الفرد[1].

يستنتج مما سبق أن التقدير الموضوعي يعتمد على معيار معنوي مجرد مبني على النية الظاهرة ،لا يترك مجال للاعتبارات والظروف الشخصية والذاتية للخصوم وهو من جانب آخر لا يهمل الظروف الخاصة الخارجية بالمركز المتنازع عليه،وهذا التقدير يستخدم كموجه لسلطة القاضي التقديرية التي تهدف بالدرجة الأولى إلى تطبيق القانون بشكل عادل وصحيح وهو أداة فنية تستعمل في الاستدلال القضائي.

[1] إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق،ص47.

الفرع الثاني: معنى التقدير الشخصي

إلى جانب التقدير الموضوعي الذي يقوم به القاضي والذي يكون له تأثير على النتيجة التي يتوصل إليها في حل النزاع هناك التقدير الشخصي الذي يعتمد فيه القاضي على المعيار الذاتي.

ويقصد بالمعيار الذاتي أخذ القاضي بعين الاعتبار الظروف الشخصية والذاتية اللصيقة بالفرد وهذا من شأنه التأثير في النتيجة التي يتوصل إليها القاضي لحل النزاع[1].

إن هذا النوع من التقدير يعتد بالعوامل الذاتية للشخص ويتجرد من البحث في الظروف الخارجية للسلوك محل التقدير،وهو يمارس في الحالات التي يراد فيها منح حماية قانونية لأحد طرفي الخصومة والذي غالبا ما يكون الطرف السلبي فيها، وبذلك يختلف عن التقدير الموضوعي الذي يمارس في الحالة التي يراد بها تحميل الشخص التزاما قانونيا معينا[2].

وينصب إعمال النشاط الذهني للقاضي في استنباط المعيار الشخصي من القاعدة القانونية محتملة التطبيق استنادا إلى المصلحة محل الحماية، حيث إذا كانت المصلحة خاصة بأطراف الخصومة اعتمد المعيار الشخصي، أما إذا كانت المصلحة محل الحماية هي مصلحة عامة اعتمد المعيار الموضوعي.

وفي هذا يقول الدكتور عمر نبيل إسماعيل أن النشاط التقديري الذي يقوم به القاضي من أجل استنباط المعيار الوارد في القاعدة القانونية وكذا تحديد المصلحة محل الحماية يعتبر في ذاته عنصرا من عناصر التقدير الشخصي لأنه يخضع للتقدير البحت من قبل القاضي ولا رقابة قضائية على هذا النشاط وإنما تنصب الرقابة –وكما سيأتي بيانها في الفصل الثاني من هذه الدراسة– على مادة هذا النشاط أي كيفية إعمال هذا المعيار في مجال الوقائع والقانون[3].

وأما في نطاق الوقائع فإن القاضي يقوم بتقدير شخصي لهذه الوقائع ولكن في إطار ما تم عرضه من طرف الخصوم دون تعدي ذلك،ثم إعمال المعيار الشخصي في نطاقها فيتوقف على

---

[1] إبراهيم بن حديد ،مرجع نفسه،ص48؛ نبيل إسماعيل عمر ،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص202.

[2] نبيل إسماعيل عمر ،نفس المرجع والصفحة.

[3] نبيل إسماعيل عمر ،مرجع نفسه،ص213ومابعدها.

وجوده في القاعدة القانونية المرجح تطبيقها على النزاع، لان الفرض النموذجي إذا تضمن الاعتداد بالظروف الشخصية فإنه عند محاولة مطابقته على الوقائع لابد من النظر في تلك الظروف ولا يمكن عند بحث الوقائع التعامل معها بصفة مجردة،لذلك يكون التقدير أولا في ضوء القاعدة القانونية المجردة فإذا تم استنباط المعيار واجب التطبيق بعدها ينتقل إلى الوقائع من أجل إعمال هذا المعيار في نطاقها وترتيب الأثر القانوني الواجب توقيعه على النزاع.

فالوقائع كما سبق الإشارة إليها تعد المقدمة الصغرى لعملية القياس القضائي وهي ترتبط بالمقدمة الكبرى والمتمثلة في القاعدة القانونية، وعناصر التقدير الشخصي التي تحددها المقدمة الكبرى هي موجودة ضمن الوقائع التي تعد المجال التطبيقي لها، وعلى القاضي الكشف عن تلك العناصر انطلاقا من المعيار الوارد بالقاعدة القانونية[1].

إن المعيار الشخصي يعتد بالظروف الإنسانية والاعتبارات الشخصية لهذا يجد مجاله خاصة في إطار قانون الأسرة نظرا إلى المسائل التي ينظمها والتي يغلب فيها الجانب الإنساني، ومع ذلك هناك حيز لإعمال المعيار الموضوعي حيث يعد كلاهما مكملا للآخر[2].

وبالرغم من الدور الذي يلعبه التقدير الشخصي في تحقيق العدالة لأخذه بالاعتبارات الشخصية للخصوم، إلا أنه يعاب عليه أنه في بعض الأحيان يؤدي إلى نتائج مختلفة بحكم أنه يبحث في سلوك الشخص وما يتطلبه من فطنة وحذر أثناء التعامل مع الغير وهذا الأمر غير واضح وخفي ويختلف من شخص إلى آخر،مما سيؤدي إلى التضحية بمصلحة طرف دون الآخر.

كما أن القاضي في مجال المعيار الشخصي يقوم بالتحري والبحث عن النية الحقيقية وكذا البواعث التي أدت بالشخص للقيام بهذه التصرفات وهذا يقتضي الإحاطة بالظروف النفسية والشخصية التي قادته إلى هذا التصرف، وهو أمر في غاية الصعوبة بالنسبة للقاضي لأنه في الغالب يحكم بالظاهر ويصعب عليه العلم بالنوايا الحقيقية؛ فقد جاء في حديث خير الأنام رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله:"**إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض،فأقضي على نحو ما أسمع،فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما**

[1] إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق،ص54؛عمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص228.

[2] محمد الزحيلي ،مرجع سابق،ص42.

أقطع له قطعة من النار."[1]لذلك يقول الفقهاء بعدم التعويل كثيرا على هذا المعيار لأنه يرتكز على جوانب غير مستقرة المعالم.

وعلى ضوء ما سبق نجد أن القاضي وأثناء بحثه للقاعدة الصالحة للتطبيق على النزاع يقوم ببحث ما إذا كانت تحتوي على ظروف عامة لا تقبل التخصيص وهنا يبرز دور المعيار العام المجرد أما إذا فسحت المجال للقاضي بالنظر في الظروف الشخصية والحالات الإنسانية هنا يتوجه القاضي إلى إعمال المعيار الشخصي والملاحظ في هذا الصدد أن القاعدة القانونية باعتبارها تتكون من فرض وحكم فإن التقدير الشخصي يحتمل أن يطبق في إحدى هذين العنصرين أوفيهما معا.

ويمكن القول في الأخير أن التقدير الشخصي هو أداة من الأدوات الفنية للاستدلال القضائي تكون ممارسته في الحالات التي ينص فيها القانون على منح الحماية القانونية للأشخاص، ومن أجل تحقيق هذه الغاية يتم البحث في الظروف الشخصية والاعتبارات الذاتية اللصيقة بالشخص صاحب المركز القانوني المتنازع عليه.

[1]النسائي،في كتاب آداب القضاء باب الحكم بالظاهر،رقم(5401)؛الشافعي،الام،ج7،ص492؛ محمود محمد ناصر بركات ،مرجع سابق ص85.

الفرع الثالث:إعمال التقدير الموضوعي والشخصي في مجال التعويض عن الضرر

إن التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي يعدان من أدوات الاستدلال القانوني والمنطقي،يكمن الهدف من إعمالهما في تحديد مضمون الأفكار القانونية المختلفة.

لذلك نجد أن سيادة معيار على آخر تتوقف على نوع المصلحة محل الحماية وكذا العناصر التي يجب أخذها بعين الاعتبار فغالبا ما نجد أن المشرع يصرف القاضي إلى الأخذ بالمعيار المجرد في حالة وجود قواعد عامة ومجردة من التحديد الشخصي وعدم مراعاة الظروف الشخصية في حين نجد أن المشرع يصرف بطريقة ضمنية القاضي إلى اعتبار المعيار الذاتي عند قيامه بالتقدير وهذا في حالة وجود أفكار تحتويها القاعدة القانونية وتتضمن مراعاة ظروف إنسانية واقعية كالضرر والحاجة ومدى القدرة وغيرها من الأفكار التي تقتضي الأخذ بعين الاعتبار بحالات الأشخاص الفردية والذاتية وليست المجردة.

وبالنسبة لإعمال القاضي لهاذين المعيارين في مجال التعويض عن الضرر فقد انقسم الفقه وكذا القانون في هذه المسالة إلى فريقين: حيث يرى جانب من الفقه أن القاضي عند تقدير التعويض عن الضرر يتبع المعيار الموضوعي،ذلك أن أي خطأ يستوجب قيام المسؤولية وأن التعويض واحد لكل درجات الخطأ وهو واجب بمجرد انحراف الشخص عن السلوك العادي وهنا لا داعي للنظر في مدى جسامة الخطأ لأن هذا يؤدي إلى الأخذ بعين الاعتبار الظروف و الاعتبارات الشخصية مما قد يجعل التعويض غير عادل لأنه قد لا يتساوى مع الضرر[1].

وهذا الاتجاه هو مسلك المشرع الفرنسي في القانون المدني الصادر سنة1804حيث "تشير صياغته إلى الموضوعية في تقدير التعويض استنادا إلى أفكار واضحة وقد حاول المشرع من خلال ذلك إلغاء النزعة الشخصية تماما من تقدير التعويض وبناءه على معيار موضوعي بحت حيث لا تتخلله أي عناصر شخصية مستمدة من جسامة الخطأ أو من مشاعر وشعور المضرور وأن الأمر يتعلق بتعويض المضرور وحسب"[2] .وقد جاء هذا الموقف للمشرع الفرنسي من أجل نزع الأفكار التي سادت القانون الروماني المتمثلة في سيطرة المعيار الشخصي على فكرة

[1] محمد إبراهيم دسوقي ،مرجع سابق،ص79ومابعدها؛طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص43.

[2] دسوقي،مرجع نفسه،ص84.

التعويض عن الضرر. وفي هذا الصدد يقول برتراند دي جراي(bertrand de greuélle):"...إذا وقع ضرر بالمواطن فنبحث ما إذا كان ممكنا بالنسبة لفاعل هذا الضرر أن يتوقى إحداث الضرر فان كان ناتجا عن إهماله أو خفته وجب الحكم عليه بتعويض الضرر..."[1]

في حين اتجه المشرع المصري إلى القول أن اعتماد المعيار الموضوعي في تقدير التعويض لا ينفي اعتماد –إلى جانبه– معيار شخصي ينظر بعين الاعتبار إلى الظروف والاعتبارات الشخصية التي تختلف من شخص إلى آخر وهو الأمر الذي سار عليه القضاء المصري.وقد سمي بالمبدأ الشخصي المعتدل في تقدير التعويض حيث يعتد من جانب بجسامة الخطأ كعنصر من عناصر تقدير التعويض إلى جانب عنصر الضرر حيث ينظر إلى العنصرين بطريقة متكافئة دون تغليب لأحد على الآخر[2].

وبالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجد أنه اتجه إلى ما اتجه إليه المشرع المصري من خلال الأخذ بكلا المعيارين عند بحث مسألة التعويض عن الضرر[3].

ففي مجال قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع بين للقاضي حالات التعويض عن الضرر[4] وترك له مسألة تقدير مدى توفر هذه الحالات،لذلك يقوم القاضي بإعمال المعيار الموضوعي وكذا الشخصي من أجل بحث قيام هذه الحالات في إطار الوقائع المطروحة، فإذا تم التحقق من توفر حالة من حالات الضرر يمر إلى ترتيب الأثر القانوني وهو الحكم بالتعويض فيعمل القاضي المعيار الشخصي والموضوعي أيضا في تقدير مبلغ التعويض لأنه ينظر في الظروف والاعتبارات الشخصية.

---

[1] دسوقي،مرجع سابق،ص86.

[2] دسوقي،مرجع نفسه،ص87ومابعدها؛ طه عبد المولى طه،مرجع نفسه،ص45ومابعدها.

[3] بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري يتضح من نص المادة(124و124)مكرر منه نجد أنها أخذت بالمعيار الموضوعي إلى جانب المعيار الشخصي حيث يتم بحث ركن الخطأ بصفة موضوعية من طرف القاضي استنادا إلى معيار الرجل العادي في تقرير مدى قيام الخطأ،ثم يدخل التقدير الشخصي عند بحثه مسألة قيام الضرر لأنه مسألة تختلف من شخص لآخر وكذا عند تقدير التعويض عن ذلك وهذا استنادا للمادة(131و132معدلتين) التي تقول:"مع مراعاة الظروف الملابسة" وهذا معيار شخصي.لتفصيل أكثر في هذه المسألة أنر: إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق ،ص54ومابعدها.

[4] المادة(5)والمادة(52)و(53مكرر) و(55)من قانون الأسرة الجزائري التي سبق الإشارة إليها.

ومن هذا المنطلق نجد أن القاضي وقبل لجوئه إلى تقدير التعويض يقوم أولا ببحث مدى استحقاق التعويض وهذا البحث يتطلب منه القيام بتقدير موضوعي يعتمد فيه على المعيار المعنوي المتمثل في النظر في مدى توخي الطرف السلبي في الخصومة الحذر والفطنة اللازمين عند قيامه بهذا التصرف أو أن الأسباب التي قادته إلى ذلك هي أسباب يشترك فيها جميع الناس[1].

فالقاضي لكي يقول باستحقاق التعويض عن الضرر لا يستند في بداية بحثه لهذه النتيجة إلى المعيار الشخصي لأن هذا المعيار يؤدي إلى عدم وضوح الرؤية الحقيقية للقاضي ومن شانه التأثير على التكييف القانوني للوقائع المعروضة أمامه، وعليه يعمل أولا المعيار الموضوعي عند بحثه لتلك الحالات النموذجية وكذا الوقائع المعروضة عليه فإذا وجد تطابقا بينهما انتقل إلى تقرير الحكم بالتعويض ومنه تقدير مبلغ التعويض وفي هذه الحالة يستند القاضي إلى المعيار الشخصي من خلال النظر في الظروف الشخصية وكذا حجم الضرر الواقع.

ولو رجعنا إلى ما قلنا سابقا بأن القاضي يقوم بتقدير موضوعي كلما كانت المصلحة محل الحماية هي مصلحة عامة ويقوم بالتقدير الشخصي كلما كانت المصلحة محل الحماية هي مصلحة خاصة ذاتية،وحاولنا تطبيق هذا القول على نصوص قانون الأسرة الجزائري وفي مجال التعويض عن الضرر بالتحديد لوجدنا أنه من الصعب العمل بإحدى التقديرين منفردا،لأن هناك تداخلا كبيرا في نشاط القاضي في بحث هذه المسالة لذلك قد يستند إلى كلا المعيارين عند بحثه مدى استحقاق الحق في التعويض، حيث يستند إلى المعيار الموضوعي حتى يتأكد من قيام حالة النشوز مثلا أو حالة العدول عن الخطبة وغيرها، ثم يقوم بإعمال التقدير الشخصي عند بحث مسألة قيام الضرر؛لأن حصول إحدى هذه الحالات يستلزم بالموازاة حصول الضرر عنها لكي يتم التعويض.

[1] محمد الزحيلي ،مرجع سابق،ص41ومابعدها.

فالقاضي لم يقم بإعمال هذه المعايير من الفراغ وإنما استند إلى النصوص القانونية التي تنص على ذلك لأنه لو أخذنا نص المادة(55)من قانون الأسرة مثلا نجدها تقول:"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر"حيث تتضمن أحكام هذه المادة إعمال التقدير الموضوعي في بحث قيام حالة النشوز وإعمال التقدير الشخصي في بحث مسألة الضرر اللاحق بأحد الزوجين لأنها تتعلق بمعطيات إنسانية،ثم ترتيب النتيجة أو الأثر القانوني المتمثل في الحكم بالتعويض لطرف المتضرر وهنا تقدير التعويض أيضا يدخل في تقديره الاعتبارات الذاتية وظروف الطرفين.

فهناك إذا تداخل بين المعيارين في مجال التعويض عن الضرر حيث لا يوجد فاصل بينهما فكل تقدير هو مكمل للآخر،ويصعب على قاضي شؤون الأسرة التعويل على معيار دون آخر،حيث لا يمكن بحث استحقاق التعويض عن الضرر بصفة موضوعية دون النظرفي الخصوصية الذاتية التي تتعلق بكل طرف في المنازعة فهذا الأمر تقتضيه المسائل التي يتناولها قانون الأسرة لتعلقها بالنظام العام من جهة،وتضمينها أمورا إنسانية بحتة من جهة أخرى.

وعليه نستنتج مما سبق أن القاضي عند بحثه مسألة التعويض عن الضرر يقوم بتقدير موضوعي عند بحثه عن القاعدة القانونية محتملة التطبيق على النزاع وكذا فحص الوقائع،ثم يقوم بتقدير شخصي إلى جانب التقدير الموضوعي عند بحث مدى قيام الضرر وكذا تقدير التعويض.

الخلاصة: نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن قاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر يقوم بنوعين من التقدير القضائي،وهما التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي حيث يستند في الأول إلى المعيار المعنوي المجرد وهذا حتى يصل إلى التكييف القانوني للموضوع،ويستند في الثاني إلى المعيار الذاتي والشخصي وهذا في الأحوال التي يراد فيها منح حماية قانونية للشخص من خلال منح التعويض عن الضرر،وهنا يأخذ القاضي بالعناصر الذاتية اللصيقة بشخص الخصم.

المطلب الثالث:القيود الواردة على النشاط التقديري للقاضي

مع أن المشرع الجزائري خول لقاضي 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 العمل القضائي بشكل عام، وينبغي على القاضي أن يلتزم بها عند استخدامه لهذه السلطة حتى لا يسيء استغلالها فتصبح مناط تعسف من قبله.

ونظرا لصعوبة ذكر كل هذه القيود نظرا لكثرتها سنحاول في هذا المطلب الحديث عن أهمها وهذا من خلال الفروع الثلاث التالية:

الفرع الأول: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.

الفرع الثاني: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.

الفرع الثالث:الالتزام بتسبيب عمل القاضي.

الفرع الأول:عدم الإنحراف عن الغاية التي رسمها القانون:

لقد خول القانون للقاضي سلطة تقديرية في بحث النزاع المطروح أمامه ولم يجعل منه مجرد آلة نعطي لها القانون فتصدره لنا في شكل حكم وإنما منح له جانبا من الحرية لممارسة نشاطه الذهني في بحث النزاع وإصدار الحكم بعد فهمه للقانون والوقائع المدعى بها.

أولا:الغاية من وجود القضاء ومنح القاضي سلطة تقديرية[1]:

إن القاضي إذا ما عرض عليه نزاع حول مركز قانوني معين فهو مطالب بإنزال حكم القانون عليه ورفع التجهيل الذي أحاط بهذه المراكز القانونية، ولكي يتوصل إلى ذلك لابد أن يقوم بالبحث والاجتهاد وهذا بحكم طبيعة وظيفته،وهنا لابد أن يكون على دراية كافية بالقانون وهذا حتى يتمكن من تحقيق الغاية التي يصبوا المشرع إلى تحقيقها[2].

فإذا واجه القاضي مسائل فنية أو معقدة قام بالاستعانة بذوي الخبرة وهذا من أجل تحديد بعض المسائل القانونية واجبة التطبيق[3]وهذا حتى لا يفصل في النزاع عن جهل لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى إهدار حقوق الأشخاص، والمشرع عينه قائم على هذه الحقوق وحامي لها؛وحكمه من غير فهم وتحر يجعله يجور ويحيد عن الحق وهذا أمر ينافي الغاية التي شرع لأجلها القضاء والتي يسعى إليها القانون وهي تحقيق العدل وإقرار الحقوق،"فالقاضي نصب ناظر في الحقوق لا مبطل لها...وهو مأمور بالنظر والعدل."[4]

لذلك يسعى جاهدا إلى إحقاق الحق وعدم الميل عنه،فهو مأمور وملزم بالفصل في كل ما يطرح أمامه عن طريق البحث والاجتهاد في كل مراحل الدعوى، ولا يجوز له أن يمتنع عن الفصل في القضايا دون مسوغ قانوني وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[5].

---

[1] محمود محمد ناصر بركات ،مرجع سابق،ص151.

[2] إبراهيم بن حديد ،مرجع سابق،ص36ومابعدها.

[3] الغوتي بن ملحة،أفكار حول الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص52.

[4] محمود محمد ناصر بركات ،مرجع نفسه،ص151.

[5] عمار بوضياف ،مرجع سابق،ص132-133؛ محمود محمد ناصر بركات ،مرجع سابق،ص151.

ثانيا:المصلحة وتصرف القاضي[1]:

إن القاضي عند ممارسته للسلطة التقديرية مقيد بإعمالها من أجل تحقيق المصلحة العامة التي يهدف إلى تحقيقها القانون وبالتالي لا يجوز له أن يتخذ من هذه السلطة وسيلة لتحقيق مصالح أو مكاسب شخصية لأنه بذلك ينحرف عن الهدف الذي رسمه المشرع عند منحه هذه السلطة.

إن الغاية الأساسية من وجود القانون هي تحقيق المنفعة لكل المجتمع دون استثناء لذلك جاءت قواعده عامة ومجردة تخاطب الجميع على منبر من المساواة، والقاضي بموجب ولاية القضاء يعد منفذا ومترجما لإرادة المشرع؛ لذلك فإن أي نشاط ذهني يقوم به يجب أن يصدر منه بصفة موضوعية واضعا صوب أعينه المصلحة العامة للمجتمع ككل،مجتنبا النظر في مصلحته الشخصية، فإذا وضع هذه القاعدة أمامه عند ممارسته نشاطه التقديري تمكن من إحقاق الحق وبسط الأمن والاستقرار[2].

وقد قيل في هذا الصدد أن:"الأحكام تتبع المصالح"[3]ويقصد من ذلك أن القاضي عندما يقوم بنشاطه الذهني في حل النزاع فإنه بالدرجة الأولى يهدف إلى تحقيق المصلحة التي من أجلها ورد هذا النص، وبالتالي تحقيق الحماية للأشخاص 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[4].

ثالثا:ضرورة التقيد بمجال الاجتهاد:

إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لا تأتي من فراغ وإنما يمارسها بموجب نص قانوني،لذلك فهي مكنة مخولة بموجب القانون وتمارس في ظله، ولذلك نجد أن المشرع عندما يخول للقاضي ممارسة نشاط تقديري فإنه يحدد له مجال هذه الممارسة،وهذا بذاته يعد قيدا على حرية تقديره،فتحديد المشرع لقاضي شؤون الأسرة حالات ممارسة سلطته التقديرية في مجال التعويض

---

[1] محمود محمد ناصر بركات ،مرجع سابق،ص152.

[2] روسكو باوند،مرجع سابق،،ص61.

[3] محمود محمد ناصر بركات ،مرجع سابق،ص152.

[4] محمود محمد ناصر بركات ،نفس المرجع والصفحة.

عن الضرر تقتضي من القاضي عدم ابتداع حالات خارجة عنها.فالقاضي ملتزم بإتباع النص القانوني وهو مقيد به إذ"لا اجتهاد في مورد النص".غيرأنه يمكن ممارسة سلطته التقديرية في الحكم بالتعويض لأن القانون رخص له بذلك ولكن هل هنالك قيود ترد على سلطته هنا؟وهذا الأمر سنحاول الإجابة عنه عند الحديث عن تطبيق القاضي لسلطته التقديرية.

ويستنتج مما سبق أن القانون رسم للقاضي غاية موضوعية تتلخص بضرورة التقيد بالواقع ونصوص القانون والكشف عن المراكز القانونية محل التجهيل،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: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي:

إن الحديث عن قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي كقيد من القيود التي ترد على نشاط القاضي التقديري يستلزم تحديد المقصود منها؟ و معرفة الأسس التي تستند إليها؟ وما إذا كانت هناك استثناءات ترد عليها؟

أولا: تحديد المقصود بعلم القاضي الشخصي:

لقد ذهب جانب من الفقه واستنادا إلى مبدأ"مشروعية وسيلة الإثبات"التي يعني بها الحصول على الأدلة المتعلقة بالنزاع المطروح من ضمن ما تم تقديمه من طرف الخصوم، إلى القول أنه لا يجوز للقاضي بناء اقتناعه على حيثيات خارجة عن أوراق الدعوى انطلاقا من علمه الشخصي بها فلو قام بذلك لاعتبر عمله باطلا لأنه ازدوج بين صفة الشاهد والقاضي.وهذا من شأنه الإخلال بحق الدفاع ومبدأ حياد القاضي.

في حين ذهب فريق أخر إلى القول أنه لا يجوز للقاضي عند بحثه موضوع النزاع أن يستند إلى معلومات شخصية تكون خارجة عن الدفوع والطلبات المقدمة من طرف الخصوم والتي قاموا بإثباتها أو قدموا حججا وأسانيد بشأنها[1]،فيجب على القاضي البحث في إطار ما تم تقديمه في ضمن مستندات القضية وليس له إثارة أي دفع أو طلب من قبله،أو تقديم أدلة تهدف إلى تأكيد أو نفي ما قدمه الخصوم لأن هذا من شأنه أن يؤدي إلى إدخال عناصر جديدة تحدث تغيير على الدعوى وادعاءات الخصوم[2]؛كما أنها تشكل اعتداء على القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز الاحتجاج تجاه الخصم بأي وقائع أو أدلة لم تطرح في الجلسة أولم تكن محل مناقشة من طرفهم[3]، لأن ادعاءات الخصوم هي دائما مرتبطة بإثباتها في حالة إدخالها[4]،لكنه من جانب

---

[1] نبيل إسماعيل عمر،امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي،مرجع سابق،ص9.

[2] تنص المادة 451من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطليق طبق لأحكام قانون الأسرة .

ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها الطلب."

[3] المادة 26من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:"لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات ومرافعات..."

[4] نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي،مرجع سابق ،ص10.

آخر يمكنه أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع التي أثيرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها إدعاءهم.

أما الفقه الإسلامي فقد إنقسم فيما يتعلق بإمكانية قضاء القاضي بعلمه الشخصي إلى قولين:حيث ذهب المالكية وبعض فقهاء الحنابلة والشافعية ومتاجري الحنفية إلى القول بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي[1]،وقد استندوا في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم:"**إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي،ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض،فأقضي بنحو مما أسمع ،فمن قضيت له من حق أخيه فلا يأخذه،فإنما أقطع له قطعة من النار.**"[2]

بينما ذهب الحنفية وأبن حزم الظاهري إلى القول أنه يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي،غير أنهم فصلوا في ذلك فقالوا بالجواز فيما يتعلق بالحقوق من طلاق وعتاق وفي القصاص وحد القذف بينما لا يجوز في سائر الحدود وقد استندوا في قولهم إلى عدة نصوص شرعية من الكتاب والسنة[3].

يتحدد من جملة هذه المواقف تعريف امتناع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي أنه:"لا يجوز له تأسيس حكمه إلا على وقائع مقدمة ومثبة بواسطة الخصوم."[4]

وعليه واستنادا إلى قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي فانه يجب على القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية[5]:

- التقيد بالوقائع المقدمة من طرف الخصوم.
- الالتزام بالوقائع المقدمة دون تجاوزها بخلق وقائع جديدة خارجة عن الوقائع المقدمة.
- التقيد بالحكم بما طلب منه دون تجاوز ذلك.
- أن يتم استخلاص العناصر المنتجة في الدعوى من ضمن الوقائع والأدلة المقدمة.

---

[1] أحمد محمد علي داوود ،مرجع سابق،ج2،ص713ومابعدها.

[2] سبق تخريجه؛الشافعي،مرجع سابق،ج7،ص492.

[3] الكاساني،مرجع سابق،،ج7،ص14؛ أحمد محمد علي داوود ،مرجع نفسه،ص716ومابعدها.

[4] نبيل إسماعيل عمر،امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي،مرجع سابق،ص11.

[5] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي المدني التقديرية،مرجع سابق،ص130.

ثانيا:منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي استنادا لمبدأ حياد القاضي:

يقصد بحياد القاضي تجرد القاضي من أي مصلحة شخصية في النزاع وعدم تحيزه إلى أي طرف من أطراف الدعوى على نحو يؤهله إلى الحكم بصفة موضوعية[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يجعل من دور القاضي في النزاع دورا ايجابيا يهدف إلى منح الحماية القضائية التي نص عليها القانون دون إقحام لمصلحته الشخصية أو الانحياز إلى طرف دون آخر حيث يتضمن حياده في منح الفرصة لكلا الطرفين إثبات ادعاءهم ويقوم هو بدراسة تلك الوقائع وتمحيص ما قدم من إثبات وهذا حتى يقوم باستخلاص الوقائع المنتجة والتي تولد الأثر القانوني المطالب به، فهنا نجد أن القاضي من جانب لم يقدم أي تأييد لأحد الخصوم وفي الوقت ذاته مارس سلطته التقديرية في بحث مدى صحة الادعاءات المتقدم بها.

غير أن هناك من يرى أن المقصود بحياد القاضي وقوف القاضي من النزاع موقفا 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 عنصرا فعالا في بحث القضية حيث لا يكتفي بالنظر، وإنما يقوم بمبادرات تساعد على إيجاد الحل القانوني للنزاع[2].

وهذا ما تم تكريسه من قبل المشرع الجزائري في المسائل الأسرية حيث جعل للقاضي الحرية المطلقة في تكوين عقيدته واقتناعه الشخصي فيما يتم تقديمه من طرف الخصوم، حيث أوجب عليه إجراء جلسة الصلح[3] والتي من خلالها يكشف عن الغموض الذي قد يكتنف الوقائع المدعى بها، كما خوله سلطة تقرير إجراء التحقيق وهذا عند عدم كفاية الأدلة المقدمة من طرف الخصوم، كما منحه سلطة تقرير إجراء الخبرة وغيرها من الأمور التي تساهم في تكوين اقتناعه الشخصي[4] ولا يمكن القول في هذه الحالة أن القاضي خرق مبدأ حياد القاضي أو قام بالقضاء بعلمه

---

[1] عبد الحميد الشواربي،المسؤولية القضائية،ص61.

[2] نبيل إسماعيل عمر،امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي،مرجع سابق،ص125ومابعدها.

[3] المادة(49)من قانون الأسرة الجزائري.

[4] جاء في المادة (425)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه:"...ويجوز إضافة إلى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون ،أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."

الشخصي لأن كل المعلومات التي يتحصل عليها كانت بموجب القانون وفي إطار ممارسة عمله القضائي ولم يستند إلى أي معلومات شخصية مسبقة تتعلق بموضوع النزاع أو أطرافه.

ثالثا:الأمور التي يجوز للقاضي الاستناد فيها إلى علمه الشخصي:

يجوز للقاضي عند بحث النزاع المطروح الاستناد إلى معلومات شخصية تتعلق بأطراف الخصومة ويفترض علم الجميع بها كما يفترض في القاضي علمه بالقانون الذي ينظم القضايا التي ينظر فيها،فالخصوم يفترض فيهم العلم بالوقائع والقاضي يفترض فيه العلم بالقواعد القانونية،وقيام القاضي بتطبيق القانون انطلاقا من معلوماته الشخصية في هذا المجال لا يعد قضاء بعلمه الشخصي،لأنه هو الشخص المخول بمعرفة القانون وترتيب الأحكام الواردة فيه على الوقائع التي تتطابق معه[1].

ويمكن القول مما سبق أن القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر يمنع عليه الاستناد في قضائه إلى علمه الشخصي لأن ذلك من شأنه تغيير موضوع الدعوى والمساس بمبدأ حياد القاضي وعدم تحيزه إلى أحد الخصوم،غير أنه يمكن الاستناد إلى هذه المعلومات بحكم وظيفته القضائية التي تفرض عليه معرفة القانون وتطبيقه وهنا يستند إلى معلومات شخصية،كما يمكنه الاعتماد على معلومات تتعلق بالخصوم أو الدعوى التي يفترض بالجميع العلم بها.

[1] نبيل اسماعيل عمر،امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي،مرجع سابق،ص43ومابعدها.

الفرع الثالث:التزام القاضي بتسبيب الحكم

يقصد بتسبيب الحكم:"بيان الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي بنى عليها القاضي حكمه"[1]

فالتسبيب وفقا لهذا المفهوم يعني سرد الوقائع التي تشكل موضوع النزاع وبيان الأدلة التي استند إليها الخصوم في تبرير ادعائهم،وكذا ذكر الحجج القانونية التي يعني بها ذكر القاضي النصوص القانونية التي استند إليها في منح هذه الوقائع وصفا قانونيا والتي بموجبها ترتبت النتيجة التي توصل إليها في الحكم.

ويكمن الهدف من ذكر الأسباب في تبرير القاضي لحكمه في مواجهة الخصوم والقانون وذلك من خلال عرضه للأسباب المادية والقانونية التي قادته إلى الحكم،ومن ذلك يتم الكشف عن المنهج العلمي التي اتبعه القاضي في بناء حكمه وكذا المنطق الذي استند إليه في استدلاله القضائي واستنباطه للنتيجة المتوصل إليها[2].

إن القاضي غير ملزم بتبرير أسباب اقتناعه أو ما يسمى بالدوافع والتي هي أسباب نفسية تتعلق بمجموعة العوامل الذاتية والشعورية التي تدخل في نفسية القاضي ولا يجوز أن تكون محل رقابة للتحقق في مدى صحتها.

فالقصد من التزام القاضي بالتسبيب هو ضرورة قيامه بعرض العناصر القانونية والواقعية التي استند إليها في بناء عقيدته واقتناعه الشخصي في إطار ما تم طرحه من طرف الخصوم حيث يبين من خلاله مدى صحة الاستدلال القانوني والقضائي الذي قام به، وإبراز من خلال عرضه للعناصر التي قادته للخروج بهذه النتيجة القانونية– للخصوم ولكل من يطلع على الحكم بهدف الدراسة أو الفحص– أن ما توصل إليه هو أقرب ما يكون إلى الحق ومطابقة الوقائع.

ولقد اهتم المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات بتسبيب أحكام القضائية،حيث نص في المادة(11) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب" أن تكون الأحكام والقرارات القضائية مسببة"،فعلى القاضي بيان الوقائع واستخلاص المنتج منها ومناقشة الطلبات والدفوع المقدمة من طرف الخصوم، وجعل منطوق الحكم متناسقا مع عرض الأسباب وما تم طرحه

[1] فاطمة الزهراء تبوب،مرجع سابق،ص89؛ مسعود زبدة،القرائن القضائية،ص138.

[2] عبد الحميد الشواربي،المسؤولية القضائية،مرجع سابق،ص227.

من الخصوم،وهذا يعد ضمانة من تعسف القاضي في حكمه وعدم القضاء وفقا لأهوائه وميوله الشخصية،وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن:"تسبيب الأحكام القضائية يعد من أكبر الضمانات التي فرضها القانون على القضاة ،إذ يظهر فيه قيامهم بما عليهم من واجب تدقيق وبحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يعلنونها فيما يفصلون فيه من القضية،وبه وحده يسلمون من مظنة الاستبداد، لأنه كالعذر يقدمونه بين يدي الخصوم والجهور."[1]

يستنتج مما سبق أن القاضي ملزم بتسبيب الحكم الذي ينطق به وهو قيد يرد على حرية ممارسة سلطته التقديرية وهذا حتى يتسنى للخصوم وكل من يطلع على الحكم التأكد من صحته،وهو يشكل ضمانة من تعسف القاضي في ممارسة نشاطه التقديري وخضوعه لميوله وأهوائه الشخصية.

خلاصة: نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن هناك قيودا وضعها المشرع لعمل القاضي عموما، وهو يتقيد بها أثناء ممارسته لسلطته التقديرية في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر وتقدير قيمته،حيث تتلخص في التقيد بعدم الانحراف عن الغاية الموضوعية التي رسمها القانون و الامتناع عن القضاء بعلمه الشخصي وأن يستند في بناء عقيدته واقتناعه الشخصي إلى جملة العناصر المادية والقانونية التي طرحها الخصوم ونص عليها القانون وكذا الالتزام بتسبيب النتيجة القانونية التي توصل إليها للفصل في المركز القانوني المتنازع عليه.

[1] نقض مدني مصري،بتاريخ 21-02-1929،القواعد القانونية،ج4،رقم170،ص178.نقلا عن: فاطمة الزهراء تبوب،مرجع سابق،ص90.

خلاصة المبحث الثالث:

من خلال عرضنا لهذا المبحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

1- يتوصل القاضي إلى ترتيب الحق في التعويض عن طريق استدلال قضائي يتوصل فيه إلى النتيجة المتعلقة بحسم النزاع من خلال إجراء قياس للمقدمة الكبرى والمقدمة الصغرى وتكون هذه العملية وفقا لمنهج منطقي قانوني.

2- يقوم قاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر بنوعين من التقدير القضائي،وهما التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي حيث يستند في الأول إلى المعيار المعنوي المجرد في الأحوال التي يراد فيها حماية المصلحة العامة،ويستند في الثاني إلى المعيار الذاتي والشخصي وهذا في الأحوال التي يراد فيها منح حماية قانونية للشخص .

3- تخضع السلطة التقديرية لقاضي لشؤون الأسرة إلى جملة من القيود فرضها المشرع على القاضي بمناسبة ممارسة وظيفته القضائية أبرزها التقيد بالغاية الموضوعية للقانون ومبدأ الحياد وعدم القضاء استنادا إلى علمه الشخصي وضرورة ذكر مبررات الحكم القضائي.

خلاصة الفصل الأول

من خلال ما عرضناه في هذا الفصل نستنتج ما يلي:

1ــ أن فكرة السلطة التقديرية وجدت منذ العصر البدائي،أما فكرة السلطة التقديرية للقاضي فيعود أصلها التاريخي إلى الفقه الإسلامي الذي عرفها لكن تحت مسميات أخرى. أما المصطلح فهو قانوني تم الاعتراف به في مختلف الفروع القانونية للنظم الحديثة.

2- السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة التطبيق على النزاع ، مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك للرقابة القضائية.

3_أن هناك ثلاث مصادر أساسية للنشاط التقديري للقاضي تتمثل في مصدر مادي وهو عناصر النزاع ومصدر شكلي يتمثل في القاعدة القانونية،و مصدر احتياطي يتمثل في الوسائل القانونية والمنطقية التي يستعين ويسترشد بها إلى الحل الموضوعي للنزاع المطروح.

4-إن الضرر هو كل أذى يصيب الشخص في ماله أو جسمه أو سمعته وشرفه، والتعويض هو المبلغ المالي الذي يدفع للمضرور لإصلاح هذا الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وجبر خاطره المنكسر بقدر،أما أساس التعويض فهو إصلاح الضرر وترضية المضرور دون الاعتداد بالخطأ ومدى جسامته.

5-أعطى المشرع لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في بحث شروط استحقاق التعويض وتقديره وهذا نظرا لغموض نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالتعويض عن الضرر، وقيد هذه السلطة من جانب آخر بتحديده لحالات إعمالها، وهي محددة على سبيل الحصر.

6-تكمن الغاية من منح القاضي سلطة تقديرية في التعويض عن الضرر لسد الذرائع وكذا تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية من حفظ للعلاقات الأسرية ودرء للمفاسد وتحقيق العدالة من جبر للمضرور وردع للمتسبب في الضرر.

7- يتوصل القاضي إلى حل النزاع المطروح أمامه عن طريق إعمال المنهج القانوني وكذا الوسائل المنطقية؛ وهذا من خلال استخدامه المنطق القضائي في فحص الوقائع والبحث عن القاعدة القانونية.

8- يقوم قاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر بنوعين من التقدير القضائي،و هما التقدير الموضوعي والتقدير الشخصي حيث يستند في الأول إلى المعيار المعنوي المجرد وهذا حتى يصل إلى التكييف القانوني للموضوع،و يستند في الثاني إلى المعيار الذاتي والشخصي وهذا في الأحوال التي يراد فيها منح حماية قانونية للشخص من خلال منح التعويض عن الضرر، وهنا يأخذ القاضي بالعناصر الذاتية اللصيقة بشخص الخصم.

9- تحكم نشاط القاضي التقديري ضوابط قانونية عامة ترد على كل عمل قضائي حيث تتلخص في التقيد بعدم الانحراف عن الغاية الموضوعية التي رسمها القانون و الامتناع عن القضاء بعلمه الشخصي وكذا الالتزام بتسبيب النتيجة القانونية التي توصل بها إلى الفصل في المركز القانوني.

الفصل الثاني

تطبيق قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر

بعد أن قمنا بتحديد المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر من الناحية النظرية من خلال الإحاطة بماهيتها، وإبراز حالات اعمالها في مجال التعويض عن الضرر والمصادر التي يستند إليها القاضي عند ممارسته لهذا النشاط التقديري،وكذا المنهجية التي يسلكها في حل النزاع وأنواع التقدير القضائي الذي يقوم به في سبيل ذلك، يكون قد تجلى لدينا المعنى من هذه السلطة التقديرية.

غير أن هذه الدراسة النظرية وحدها لا تكفي للإلمام بجوانب البحث،إذ لا بد من تدعيمها بالجانب العملي فقيمة البحث تقاس بهذا الجانب التطبيقي الذي عن طريقه نستطيع تسليط الضوء على إعمال قاضي شؤون الأسرة لهذه السلطة التقديرية من الناحية العملية وذلك بتوضيح كيفية ممارستها على الحالات التطبيقية المتعلقة بالتعويض عن الضرر،فالتعويض هو عملية آلية ولكن ما يقوم به القاضي من نشاط ذهني ومدى سلطته في إقرار الحق في استحقاق التعويض عن الضرر وكذا تقدير قيمته هو ما يهم ويستلزم التطرق إليه في هذه الدراسة التطبيقية.

وعليه قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث عنونت كالآتي:

المبحث الأول:سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر.

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

المبحث الثالث: رقابة المحكمة العليا على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

المبحث الأول

سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر

إن الإلمام بالجوانب التطبيقية للسلطة التقديرية التي يمارسها القاضي في مجال التعويض عن الضرر تقتضي منا البحث في كيفية ممارسة هذه السلطة وكذا حدود استخدامها من طرف قاضي شؤون الأسرة عند ممارسته لنشاطه التقديري لبحث مدى استحقاق المدعي للتعويض عن الضرر الذي قد ينجم عن العدول عن الخطبة أو الطلاق التعسفي أو في حالة التطليق أو نشوز أحد الزوجين، فالمغزى من تحديد مدى استخدام القاضي لسلطته التقديرية في تقرير الحق في استحقاق التعويض يتجلى في كون أن القاضي لا يمكنه القيام بتقدير التعويض وتحديد مبلغه؛ إلا بعد التأكد من مدى استحقاقه أولا،من خلال بحث شروط استحقاق التعويض عن الضرر ودور القاضي في الحكم به.

لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث توضيح مختلف هذه العناصر وذلك ضمن المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي.

المطلب الثالث: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.

المطلب الأول:مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة

ذكرنا فيما سبق أن المشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه الإسلامي والفقه الفرنسي إلى إقرار مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة،فخول للطرف المعدول عنه والمتضرر من العدول الحق في رفع دعوى إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الضرر حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض."

غير أن المشرع لم يوضح في هذا النص الحالات التي تشكل ضررا يستوجب التعويض، فقد اكتفى بالقول"في حالة تضرر أحد الطرفين من العدول"تاركا لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في هذا المجال لبحث مدى استحقاق هذا الطرف المعدول عنه للتعويض،وهنا نتساءل عن الحالات التي يعتبرها القاضي ضررا يستحق التعويض عنه؟وما مدى إلزامية قاضي شؤون الأسرة في تقرير الحق في استحقاق التعويض؟ وما هو الأساس القانوني الذي يستند إليه في ذلك؟

وعليه سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال هذا المطلب المقسم إلى الفروع الآتية:

الفرع الأول: تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.

الفرع الثاني:مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر.

الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض.

الفرع الأول: تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

إن بحث تقدير القاضي لشروط[1] استحقاق التعويض عن الضرر يقودنا بداية إلى تحديد ما إذا كان فعل العدول عن الخطبة يصلح كأساس للمطالبة بالتعويض والحكم به ،أم أنه يجب أن يقترن

[1]الشرط لغة:إلزام الشيء والتزامه، واصطلاحا يعني ما يلزم من عدمه العدم في المشروط،ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.

فعل العدول بأفعال تلحق ضررا بأحد الطرفين حتى يمكن للقاضي الحكم بذلك. لذا سنحاول – من خلال تقصي الإجابة عن هذا التساؤل– تتبع كيفية تعامل القاضي مع ملف قضية عرضت فيها وقائع تتعلق بحالة العدول عن الخطبة.

أولا: ضرورة إثبات قيام الخطبة: لقد سبق القول في الفصل الأول من هذه الدراسة أن عناصر النزاع تعد المادة الأولية التي من خلالها يتصل القاضي بالدعوى، وتتمثل هذه العناصر في طبيعة النزاع وموضوعه وكذا أطرافه.

فطبيعة النزاع تحدد مدى اختصاص القاضي بالدعوى،أما موضوع النزاع فيحدد القواعد الموضوعية القابلة للتطبيق عليه من خلال ما يقوم به القاضي من تكييف للوقائع المعروضة عليه وإعطاء وصف قانوني لها، أما أطراف النزاع فيتحدد بها للقاضي مدى توفر الشروط الموضوعية لقبول الدعوى والمتمثلة حسب ما جاء في نص المادة(13)و(65)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الصفة[1] والأهلية[2]والمصلحة[3].

ومن هذا الأساس فإن القاضي عندما ينظر في دعوى التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة فإنه يقوم أولا بالتأكد من مدى استيفاء الدعوى للشروط الشكلية في رفعها والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية،وهي عامة تشترك فيها كل الدعاوى المرفوعة إلى القضاء[4]، ثم ثانيا يتوجب التأكد من قيام واقعة الخطبة لأنه لا يستطيع النظر في الطلبات وكذا الدفوع المرفوعة من

---

[1]"الصفة هي صلاحية الشخص لمباشرة إجراءات القضائية سواء بنفسه يكتسبها تلقائيا أو عن طريق ممثله القانوني بموجب نص قانوني صريح كصفة تمثيل القاصر."فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،مرجع سابق، ص44.

[2]ويقصد بها خاصية يعترف بها القانون للشخص تخول له سلطة اكتساب الحقوق وأداء الالتزامات وترتيب الآثار القانونية،وتنقسم إلى:أهلية وجوب وهي يكتسبها الشخص منذ أن يكون جنين إلى يوم وفاته.وأهلية أداء وهي صلاحية الشخص لإعمال إرادته إعمالا من شأنه ترتيب أثر قانوني يسعى إليه.وشرط الأهلية يعد من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه، ويترتب على تخلفه بطلان الإجراءات. فضيل العيش،مرجع نفسه،ص41-42.

[3]"أما المصلحة فيقصد بها المنفعة التي يجنيها المدعي من التجاءه إلى القضاء فهي الباعث على رفع الدعوى وهي في نفس الوقت الغاية المقصودة من رفعها.والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية التي تستند إلى حق يحميه القانون ويشترط فيها أن تكون شخصية ومباشرة وان تكون قائمة وحالة وان تكون موجودة يوم رفع الدعوى والقاضي هو من يقوم بتقدير وجودها." فضيل العيش،مرجع نفسه،ص48.

[4]من ذلك ما نصت عليه المادة(13) المتعلقة بشروط قبول الدعوى،والمادة(14-15-16-17)المتعلقة بعريضة الدعوى.

الطرفين إلا إذا تم إثبات قيام علاقة الخطبة، والتي يقع عبء إثباتها على من يدعي ذلك.وله إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك البينة "شهادة الشهود" والإقرار وغيرها.

وتخضع أدلة الإثبات المتعلقة بقيام علاقة الخطوبة لتقدير القاضي الذي يقوم بفحصها وتمحيصها فيحتفظ بما يمكن تصديقه ويطرح ما عداه[1]،وعليه فإنه إذا تم الإثبات عن طريق الشهود مثلا فإن القاضي يقوم باستدعائهم وسماع شهادتهم،ثم يقوم بعد ذلك بالتأكد من مدى قيامها على النحو الشرعي[2].

ثانيا:تقدير القاضي لقيام الضرر:بعد أن ثبت لدى القاضي قيام علاقة الخطبة وتوفر الصفة في المدعي والمدعى عليه وكذا توفر الأهلية والمصلحة في رفع الدعوى يمر إلى مرحلة ثانية تتمثل في بحث مدى قيام الضرر وهذا من خلال بحث عناصره والتي يتوجب على القاضي بيانها عند تقرير الحق في التعويض.

وبالرجوع إلى نص المادة الخامسة من قانون الأسرة في فقرتها الثانية نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد للقاضي مسبقا عناصر الضرر التي يتحقق من مدى قيامها وعليه يستلزم على القاضي إعمال سلطته التقديرية في استخلاص ذلك وهذا من خلال الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبار أن المشرع الجزائري قد حدد له المصدر الذي يستند إليه ويرجع إليه في البحث عن كل ما لم ينص عليه في أحكام قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن فقهاءها قاموا بوضع شروط معينة تشكل عناصر الضرر ويستلزم قيامها وجوب التعويض وهي الشروط التي اعتمدها القضاء الجزائري من خلال جملة الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عنه. ويمكن تلخيص ذلك فيما يلي:

1-انعدام المسوغ الشرعي أو القانوني للعدول عن الخطبة: لتحميل الطرف العادل التعويض يجب أن يكون عدوله عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني يقتضي ذلك، ويعتمد القاضي في

---

[1] فاطمة الزهراء تبوب،مرجع سابق،ص21.

[2] مجلس قضاء مستغانم،3-11-1966؛المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،قرار بتاريخ 30-12-1989. نقلا عن: العربي بلحاج،مبادئ الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص620.

تقدير قيام المبرر الشرعي والقانوني للعدول على المعيار الموضوعي وهو سلوك الشخص العادي.

جاء في القرار الصادر بتاريخ 13-7-1983 عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا أن:"من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من الهدايا وغيرها.ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت في القضية الحال-أن الطاعة هي التي عدلت عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحالة هذه تحميل-المطعون ضده- الخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك..."[1] فتقدير القاضي لوجود مبرر للعدول من عدمه يكون وفقا لمعيار معنوي مجرد،وبالاستناد لأحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي والقانوني لقانون الأسرة الجزائري وكذا نشاط القاضي التقديري وفقا لما تقضي به المادة (222) من قانون الأسرة.

وفي حال ما إذا كان العدول لسبب مشروع يبرره فإنه لا استحقاق للتعويض،لأن هناك من الأسباب الشرعية ما تجعله الشريعة الإسلامية للخاطب في فسخ الخطبة دون أن تترتب عنه أية مسؤولية، كاكتشاف الخاطب أن المخطوبة هي أخته من الرضاع فهنا لا يمكن اعتبار هذا السبب غير مشروع يوجب التعويض وإنما في هذه الحالة لا تعويض حتى لو كان هذا العدول قد ألحق بأحد الطرفين ضررا [2].

2-أن يكون العدول بسبب لا دخل للمعدول عنه فيه: لا يكتفي القاضي بالبحث في مدى توفر السبب الجدي للعدول عن الخطبة؛وإنما يبحث كذلك عن الشخص المتسبب في العدول وما إذا كان للطرف المتضرر يد في حصول العدول والضرر،فقد تقوم المخطوبة بالعدول عن إتمام الخطبة وهذا نتيجة تماطل الخاطب في إتمام إجراءات الزواج أو ارتكابه لجريمة ثبتت بموجب حكم قضائي،فالعدول هنا كان بسبب ما قام به الطرف المعدول عنه من تصرفات قادت المخطوبة إلى فسخ الخطبة.

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ. ش،ملف رقم(927119)،بتاريخ:13-7-1993،المجلة القضائية،العدد الأول،ص128.

[2] عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ج1،ص48.

ويلاحظ في هذا الإطار أن تقدير ما إذا كان للطرف المعدول عنه ضلع في العدول يخضع لسلطة التقديرية المطلقة للقاضي الذي يستشفه من خلال ما يقوم به من تحقيق مع الطرفين،في حين أن إثبات الطرف الذي قام بالعدول عن الخطبة يكون من طرف المدعي الذي يجوز له إثباته بكافة الوسائل كشهادة الشهود وهو ما تضمنته حيثيات القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-03-1999حيث تم إثبات أن العدول عن الخطبة كان من الخاطب بحضور شاهدين [1].

كما قد يكون بموجب إقرار قضائي حيث جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 25-12-1989:"من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء وهو حجة قاطعة على المقر، ومن المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثمة فإن القضاء بهذين المبدأين يعد خرقا للقانون.

ولما كان الثابت،في قضية الحال،أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب التعويض من الطاعن عن الضرر الذي به، بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكون قد خالفوا القانون"[2] فإقرار المخطوبة أمام القضاء بأنها هي من عدلت عن إتمام إجراءات الزواج هو حجة قاطعة عليها حسب المادة (341) من القانون المدني. وهذا ما ذهب إليه كذلك مجلس قضاء البليدة من خلال القرار الصادر عنه بتاريخ 12فيفري1998[3].

3-أن يصاحب فعل العدول أفعال تلحق بالمعدول عنه أضرارا: ذكرنا فيما سبق أن الفقه الإسلامي والقانوني قد أجمعوا على أن الخطبة هي عقد غير ملزم،لأن الإلزام ينفي الرضائية التي تعد ركنا أساسيا في عقد الزواج يترتب عن تخلفه البطلان. ووجدنا أن هذه النتيجة بذاتها أدت إلى اختلاف بين الفقهاء في القول بمدى جواز الحق في التعويض عن الضرر حيث انشق

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(219313)،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص40.

[2] المحكمة العليا،غ.أ. ش،ملف رقم(56097)،المجلة القضائية،العدد الرابع،1991،ص102.

[3] لحسين بشيخ آث ملويا ،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص37.

الفقه إلى قولين أحدهما يقول بالجواز والآخر بالنفي وقد استند الرأي القائل بعدم الجواز إلى القول أن العادل يمارس حقا من حقوقه ولا يترتب عن ممارسة الحقوق تعويض.

في حين ذهب الرأي القائل بجواز التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة إلى إعطاء تفصيل في هذه المسألة حيث فرق أصحابه بين العدول بذاته وبين الفعل الذي يقترن بالعدول ويشكل ضررا لأحد الطرفين،حيث يرى هؤلاء أن فعل العدول بذاته لا يترتب عنه أي تعويض لأن هذا العدول هو حق منح لكلا الطرفين،بينما إذا صاحب فعل العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين وجب الحكم بالتعويض ويقول الأستاذ أبو زهرة-رحمه الله- في هذا الشأن:" أن العدول عن الخطبة إذا ترتب عليه ضرر مادي،استوجب التعويض..."ويقول أن العدول هو حق"والحق لا تعويض عليه قط،ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار بالمخطوبة،لا بمجرد العدول،كأن يطلب هو نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد البيت؛ثم يكون العدول فيكون الضرر،فالأذى نزل لسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة،فيعوض وإن لم يكن كذلك فلا يعوض."[1]بمعنى أنه إذا كان للطرف العادل دخل في حصول الضرر كمطالبتها بإعداد جهاز معين ثم يعدل عن إتمام الخطبة فإنه يجب أن يعوضها؛ لأن في هذا تغرير وهو موجب للضمان،بينما إذا نشأ ضرر عن مجرد العدول ولا دخل للعادل فيه كمطالبتها له بإعداد منزل ثم تعدل عن إتمام الخطبة فهنا لا تعويض للخاطب عنه لأن في هذا اغترار له،والاغترار لا ضمان عليه[2].

وبربط ما سبق ذكره بموقف المشرع الجزائري نجد أن هذا الأخير يتفق مع ما ذهب إليه الفقه في اعتبار أن العدول في ذاته لا يعد سببا لطلب التعويض إلا إذا ترتب عن ذلك ضرر لأحد الطرفين، فالفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري تقول:"إذا ترتب

[1] محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص24.

[2] عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ج1،ص48.

عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض" فلم تكتف المادة بفعل العدول وحده كسبب للحصول على التعويض؛وإنما ربطته بحصول الضر[1].

كما لم يفرق المشرع الجزائري في استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة بين المرأة والرجل حيث يتحمل المتسبب في الضرر تعويض الطرف المضرور.

وما استقرت عليه التطبيقات القضائية هو أن تقرير استحقاق التعويض يكون في حالة قيام الطرف العادل بأفعال مصاحبة للعدول ومشكلة ضررا للطرف المعدول عنه وهو ما توضحه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الجانب،حيث جاء في قرار بتاريخ25-12-1989 أنه:"... من المقرر أيضا أنه إذا ترتب عن العدول عن الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ومن ثمة فإن القضاء بغير هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[2]، كما قرر مجلس قضاء مستغانم منذ سنة 1966 التعويض عن الضرر استنادا إلى هذا المبدأ[3].

ويستثنى من التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المصاحبة لفعل العدول ما يصيب المخطوبة نتيجة الإغواء الجنسي، حيث قال الفقه الإسلامي بعدم التعويض للمخطوبة التي رضيت أن تكون خليلة لخطيبها ويستثنون في هذه الحالة إذا كان الإغواء على غش وخديعة؛ويقول الدكتور عبد الرحمان الصابوني وعبد الرزاق السنهوري بالتعويض في هذه الحالة أما إذا استسلم الخاطبان للضعف الجنسي فلا تعويض عن الضرر سواء كان أدبيا أو معنويا [4]، وهو ما سارت عليه التطبيقات القضائية الجزائرية [5]، في حين يقول الفقه والقضاء الفرنسي بالتعويض للخليلة معنويا أو ماديا [6].

---

[1] يوسف دلادنة،دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة،مرجع سابق،ص12-13؛ العربي بلحاج،مبادئ الاجتهاد القضائي،مرجع سابق،ص618ومابعدها.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(56097)،بتاريخ:25-12-1989،المجلة القضائية العدد الرابع،1991ص102.

[3] عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص109.

[4] عبد الرحمان الصابوني ،مرجع سابق،ج1،ص53؛ سعاد سطحي،التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة،مرجع سابق،ص10-11.

[5] وهو ما تم تأكيده من طرف المستشارة القاضية شراب حسينة خلال المقابلة التي أجرتها الباحثة شخصيا معها.

[6] Parquet Muriel,Op.cit .,p39-40.

ثالثا:الضرر القابل للتعويض وتقدير القاضي له:وبالنسبة لنوع الضرر القابل للتعويض نجد أن المشرع الجزائري ذهب إلى إقرار مبدأ استحقاق التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي مسايرا بذلك ما ذهب إليه جانب من الفقه الإسلامي وكذا الفقه القانوني وترك لقاضي الموضوع سلطة تقدير ما يشكل ضررا ماديا ومعنويا[1]، وهنا نلاحظ أن القاضي سيقوم بنوعين من التقدير تقدير موضوعي مبني على المعيار المعنوي المجرد فيما يتعلق بالضرر المادي في حين يستند في تقدير قيام الضرر المعنوي إلى المعيار الشخصي.

كما يشترط أن يكون الضرر محققا وليس محتمل الوقوع،كما يتم التعويض عن تفويت فرصة لتحقق الضرر على أساس أن فوات الفرصة فيه مساس بانتهازها.

ومن الحالات التي تشكل ضررا ناجما عن العدول عن الخطبة التي أوردها الفقهاء على سبيل المثال لا الحصر والتي أخذ بها القضاء نجد من الأفعال التي تشكل ضررا معنويا:

-أن يفوت الخاطب الذي عدل عن المخطوبة فرصة زواجها من آخر إذا كان كفء لها،ويمكن أن يتضاعف الضرر إذا طال أمد الخطبة وخاصة إذا كانت متقدمة قليلا في السن.

-تلاقف ألسنة الناس لخبر العدول،وكثرة الإشاعات حول سببه.

أما الضرر المادي فيمكن أن يكون كالآتي:

-ترك المخطوبة لعملها أو دراستها،أو أن يطلب الخاطب منها أن تعد جهازا معينا أو أن تطلب منه إعداد مسكن الزوجية فيقوم باقتراض النقود لأجل ذلك ثم تعدل عن إتمام إجراء الزواج[2].

• **في القضاء المقارن:** بالرجوع إلى القانون المقارن في هذا المجال نجد وكما أشرنا إليه سابقا أن أغلب التشريعات العربية لم تنص على الحق في التعويض، وأما على مستوى التطبيقات القضائية لمحاكمها فقد كان هناك اختلاف في استحقاق التعويض عن العدول حيث ذهبت بعض المحاكم المصرية في تقرير استحقاق التعويض في حالة"إذا لازم هذا العدول أفعال مستقلة تكون قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد الطرفين..."[3]

- سعيد مقدم،مرجع سابق،ص224.

[1] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(216865)،بتاريخ 16 -3-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص256.

[2] محمود رجوب نايف ،مرجع سابق،ص239.

[3] عبد العزيز سعد ،مرجع سابق،ص20؛ عبد الرحمان الصابوني ،مرجع سابق،ج1،49.

في حين ذهبت محكمة النقض السورية[1] فيما سبق إلى القول أن العدول حق ولا تعويض عليه،غير أن أغلب المحاكم في الوقت الحالي اتجهت إلى التعويض عن فعل الضرر المصاحب للعدول[2].

نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري وضع بموجب هذه المادة شرطا للمطالبة بالتعويض يتمثل في حصول الضرر الناتج عن الفعل المصاحب للعدول عن الخطبة، وهو في ذاته شرط لإمكانية استحقاق التعويض، إلا أنه أخضعه لتقدير قاضي شؤون الأسرة، حيث خول له البحث في مدى قيام الضرر وتوافر عناصره، وهنا نتساءل عن مدى إلزامية قاضي شؤون الأسرة في الحكم بالتعويض عن الضرر في حالة ثبوت استحقاقه؟ وهو ما سنتطرق إليه في الآتي.

الفرع الثاني: مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر

بالرغم من توضيح المشرع الجزائري للسبب المبرر للمطالبة القضائية للحكم بالتعويض إلا أن عبارات الفقرة الثانية من المادة الخامسة المشار إليها آنفا وردت مرنة يكتنفها غموض يتعلق بحدود سلطة القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة،هل هي سلطة مطلقة تشمل الضرر والحكم به أم هي مقيدة في أحدهما؟

أولا: مدى إلزام القاضي في الحكم بالتعويض انطلاقا من النصوص القانونية: المتمعن لنص المادة الخامسة أعلاه يرى أن المشرع قصد بلفظ "جاز الحكم به":جواز تقرير الحق في التعويض رغم قيام الضرر وهذا المعنى له سبب في القضاء المقارن الذي اجتهد في هذا المجال لانعدام النص القانوني في قوانينه المتعلقة بالأحوال الشخصية، بيد أن المشرع نص على مبدأ التعويض عن الضرر في حالة العدول ومع ذلك جعل للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في الحكم بالتعويض.

فالقاضي ومن منطلق هذا النص القانوني يتمتع بسلطة مطلقة فيما يتعلق بالوقائع المقدمة إليه،وهو من يقدر ما إذا كانت هذه الوقائع المقدمة من طرف المعدول عنه يمكن أن تشكل

---

[1] مجلة القانون السورية لعام 1961 ،قرار مؤرخ في30-11-1960.نقلا عن: عبد الرحمان الصابوني ،مرجع نفسه،ص50.

[2] فاضل،حاضري«**قضايا قانونية**».مقال منشور بتاريخ25-1-2009 على الموقع الالكتروني:
http://jamahir.alwehda.gov.sy/_print_veiw.asp?FileName تاريخ الزيارة:10مارس2011.

ضررا قابلا للتعويض أم لا كما أنه غير ملزم بالحكم بالتعويض حتى في حالة وجود الضرر والتأكد من قيامه.

ونقول في هذا الصدد أن المشرع الجزائري بالرغم من أنه كان سباقا بالنص على مبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة،إلا أنه أخفق في صياغة هذه المادة وهذا بسبب أنه رتب الحق في التعويض عن الضرر ولكن تركه كله بيد القاضي فكان أحرى به منح القاضي سلطة فيما يتعلق ببحث مدى قيام الضرر وتقدير حالات استحقاقه،ثم تقييد هذه السلطة بإلزامه بالحكم بالتعويض عن الضرر في حالة ثبوت ذلك لديه، وعلى أساس ذلك نقترح تعديل للفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة وذلك بالنص على إلزامية الحكم بالتعويض إذا ثبت للقاضي حصول الضرر.

ثانيا:مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض انطلاقا من القرارات القضائية:من جملة القرارات القضائية السابقة نستخلص أن القاضي إذا ثبت لديه الضرر فإنه يكون ملزما بالحكم بالتعويض وإلا عد قراره معيبا قانونا للقصور في التسبيب ومخالفة القانون وهذا يؤكد ضرورة تعديل صياغة نص المادة.

الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض

خلصنا فيما سبق إلى أن الفقه والقانون والقضاء إستقر رأيهم على أن العدول ذاته لا يصلح كأساس للمطالبة القضائية بالتعويض وإنما الذي يصلح لذلك هو ما صاحب العدول من فعل نجم عنه الضرر.وسنحاول الآن الحديث عن الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض.

ويقصد بالأساس القانوني:تكييف[1]الوقائع المعروضة على القاضي ببيان النص القانوني الذي استند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض، وكذا نوع المسؤولية التي تترتب عن العدول عن الخطبة، فتحديد الأساس القانوني يبين لنا على من يقع عبء الإثبات والعناصر الواجب

[1]سبق لنا وقمنا بتعريف التكييف في الفصل الأول من هذا البحث عندما تطرقنا لكيفية ممارسة القاضي الأسري لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

إثباتها. ونظرا لكون هذه المسألة محل خلاف بين الفقه،فسنقوم بذكر موقفهم في هذا ثم نبين موقف القانون والقضاء الجزائري من ذلك.

أولا:الأساس الفقهي الذي يقوم عليه الحكم باستحقاق التعويض:اختلف الفقه في الأساس الذي يستند إليه القاضي في تقرير التعويض،فذهب الفقه القانوني وعلى رأسه الدكتور السنهوري عبد الرزاق إلى القول أن أساس التعويض عن الضرر هو المسؤولية التقصيرية وليس العقدية،وقد قال:" أن الخطأ الذي ارتكبه الشخص بانحرافه عن السلوك المألوف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول." وقد لخص آراء رجال القضاء في ما يلي[1]:

-الخطبة ليست بعقد.

-مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

-إذا اقترن فعل العدول بضرر جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

وهذا الموقف هو منهج الفقه الفرنسي الذي رتب التعويض على هذا الأساس[2].

في حين ذهب الفقه الإسلامي وعلى رأسه الدكتور أبو زهرة -رحمه الله-إلى تأسيس الحق في التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق، فهذه المسألة تنازعها قاعدتان فقهيتان تتمثل الأولى في أن {**الجواز ينافي الضمان**} والمقصود بها أن منح الحق في العدول يترتب عنه عدم الضمان في حالة ممارسته وهذا الأصل، ولكن إذا تجاوز الشخص ممارسة الحق إلى الإضرار بالغير حلت القاعدة الثانية القائلة{**لا ضرر ولا ضرار**}وهذا لوجود التغرير بالطرف الأخر[3].

كما يرى الدكتور الصابوني أن ممارسة الحق يجب أن تكون في إطار عدم الإضرار بالآخرين،فإذا حدث الضرر حكم بالتعويض دون التفريق بين الخاطب والمخطوبة في ذلك[4].

---

[1] مرجع سابق،ج1،ص830.

[2] Parquet Muriel,Op.cit .,p40-41.

[3] محمد خضر قادر،مرجع سابق،ص114-115.

[4] وقد جاء في هذا الإطار قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بالجلسة 15-11-1963، طعن رقم 474 لسنة 72القضائية،نص على وجوب قيام الخطأ للتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة والتأسيس على المسؤولية

ثانيا:الأساس القانوني الذي يقوم عليه الحكم باستحقاق التعويض: لم يبين المشرع الجزائري الأساس الذي استند إليه في تقرير الحكم بالتعويض حيث اكتفى بالقول أنه إذا ترتب عن العدول ضرر جاز الحكم بالتعويض وهذا الغموض الذي اكتنف النص القانوني أدى بشراح القانون إلى الاختلاف حول الأساس الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض.

ويرى العربي بلحاج أن أساس الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن العدول هو المسؤولية التقصيرية التي مرجعها القانون المدني وإستند في ذلك إلى القرار الصادر عن مجلس مستغانم سنة 1966الذي كيف الحصول على التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.

وقال في هذا الصدد أن هذا الحكم والمادة (3/5)من قانون الأسرة هي امتداد للمادة(1834)من القانون الفرنسي التي كيفت الاجتهادات القضائية الفرنسية على أساسها الحق في التعويض عن العدول عن الخطبة ويربط هذا القول بالإطار الزماني لهذا القرار الذي جاء أثناء فترة صدور القرار القاضي بمواصلة العمل بالقانون الفرنسي.وهو الموقف الذي قال به الأستاذ بن زيطة عبد الهادي ومقدم سعيد وآخرون.

في حين ذهب القاضي عبد العزيز سعد إلى رأي مخالف لهذا حيث يرى أن الأساس الذي يستند إليه الحكم بالتعويض في مسألة العدول عن الخطبة هو التعسف في استعمال الحق وليس المسؤولية التقصيرية فيقول أن العدول في حد ذاته يعتبر حقا يجوز استعماله متى شاء ولا يجوز مطالبته بالتعويض عن استعماله لأن الجواز ينافي الضمان،لكنه "استثناء من هذه القاعدة...فإن طلب الحكم بالتعويض عن الضرر سيصبح مشروعا إذا رافقه العدول أو الرجوع عن الخطبة ونتجت عنه ظروف مستقلة من شأنها إحداث الضرر...وهذه الأفعال موجبة للضمان...باعتبار أن كل وعد كان سببا في تصرف الموعود بما ألحق به ضررا فيه معنى التغرير بالموعود له يوجب الضمان وهو المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري."[1]

التقصيرية المنصوص عن أحكامها في القانون المدني. أنور العمروسي،مرجع سابق،ج1،ص456-457؛محمد كمال إمام،وجابر عبد الهادي الشافعي ،مرجع سابق،ص70.

[1] مرجع سابق،ص21.

ويمكن القول أن هذا الرأي هو الأقرب للصواب لأن المشرع قال في الفقرة الثانية "أن العدول هو حق"، ثم قال في الفقرة الثالثة أنه "إذا ترتب عن العدول ضرر" وبربط الفقرتين نجد أن صاحب الحق في العدول إذا أساء استعمال حقه فإنه سيرتب ضررا للغير يكون حكمه التعويض، في حين أن المواد المتعلقة بالقانون المدني تضيف لفظ الخطأ وتقيم أركانا لهذه المسؤولية،بينما إساءة استعمال الحق وكما سيأتي بيانه فيما بعد تقوم على قاعدة الشرعية **{لا ضرر ولا ضرار}.{والضرر يزال}**[1]، إضافة إلى أن نص المادة(222)تجعل من أحكام الشريعة الإسلامية المصدر الأساسي والوحيد لقانون الأسرة، مما يقتضي تأسيس القاضي على أحكام المادة(3/5)من قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية، وعليه يكون أساس التعويض عن الضرر هو التعسف في استعمال الحق استنادا لأحكام قانون الأسرة الجزائري وأحكام الشريعة الإسلامية[2].

• **أما بالنسبة للقضاء المقارن:** فقد أجمعت الاجتهادات القضائية الصادرة عن القضاء المصري وكذا الأردني والسوري وحتى القضاء المغربي والتونسي إلى تكييف التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية إستنادا إلى القانون المدني لأنه لم ينص على ذلك في قانون الأحوال الشخصية مما يستلزم المطالبة على أساس القواعد العامة المقررة في القانون المدني، ونلاحظ أن قضاءها سار إلى ما سار إليه القضاء الفرنسي الذي يرجعها إلى أحكام المادة(1382)من القانون المدني المتعلقة بالتعويض عن المسؤولية التقصيرية[3].

ثالثا: عبء إثبات حصول الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة ودور القاضي فيه: إن منشأ التعويض هو حصول الفعل الضار الذي قد يكون ماديا أو معنويا،والمشرع الجزائري خول للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تكييف الفعل الذي صاحب العدول ما إذا كان يشكل ضررا أم لا.والقاضي هنا حتى يقضي باستحقاق التعويض فإنه يتوجب إثبات حصول الضرر؛ وعبء

---

[1] رمضان الشرنباصي ،مرجع سابق،ص47.

[2] وهو ما أكدته لنا كل من المستشارة "شراب حسينة وبن سالم نجوى"عند الاستفسار عن الجانب التطبيقي لهذه المسألة.

[3] محمد عزمي البكري ،مرجع سابق،ص48؛ أنور العمروسي ،مرجع سابق،ص458؛ سعيد مقدم ،مرجع سابق،ص246.

الإثبات في هذه الحالة يقع على المدعي[1]لأن القاعدة تقول:"أن الجواز ينافي الضمان والأصل براءة الذمة"، فالأساس القانوني الذي استندنا إليه في تكييف الوقائع هو من حدد لنا الشخص الذي يقع عليه الإثبات وما يجب إثباته، فلو استند التكييف إلى أساس المسؤولية التقصيرية وفقا للمادة(124)من القانون المدني لكلف المدعي بإثبات أركان المسؤولية والمتمثلة في الضرر والخطأ والرابطة السببية[2].لكن إذا كيفت على أساس التعسف في استعمال الحق فإننا نكتفي بإثبات الضرر.ونص المادة (3/5)قال بإثبات الضرر ولم يذكر عنصر الخطأ[3].

أما كيفية إثبات الضرر فإنه يكون بجميع الوسائل لأن الضرر هو واقعة قانونية[4]وقاضي الموضوع،ونظرا لما يتمتع به من سلطة تقديرية في هذه المسألة،فإن مهمته ليست بالسهلة لأنه سيقوم بنشاط ذهني يتمثل في دراسة الوقائع وتمحيص ما تقدمت به الأطراف من أدلة تتعلق بإثبات ادعائهم بحصول الضرر كما أن هذا النشاط الذهني ينتقل من أجل إثبات وتأكد واقعة الضرر إلى التأكد من أسباب العدول وهنا تبرز الحنكة والخبرة القانونية التي يتمتع بها القاضي في اكتشاف السبب وراء العدول وما إذا كان الطرف المعدول عنه له دخل في حدوثه إذا في الحالة الأخيرة يحرم من التعويض لأنه من الشروط التي خرج بها الفقه والقضاء في هذا الجانب "أن لا يكون للمعدول عنه يد في العدول".

ولا بد من التذكير هنا أن القاضي ملزم بالبحث في إطار ما تم تقديمه من خلال الوقائع وهو ملزم بمناقشة كل الدفوع والطلبات المقدمة دون التزامه بضرورة الاستجابة لما قدم له كما "يقوم

---

[1]يمكن في حالات استثنائية الإعفاء من إثبات الضرر عند قيام القرينة القانونية مثلا،كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا المشار إليه سابقا والذي تم فيه إقرار قضائي من جانب المخطوبة بأنها هي التي قامت بفعل العدول واستنتج القضاة من دراسة ملف القضية قيام الضرر الموجب للتعويض.

[2]محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص148.

[3]وهذا التوجه في الأساس الذي يقوم عليه التعويض يقابل الاتجاه الحديث في قيام المسؤولية التقصيرية والتي انتهجها المشرع الجزائري في القانون المتعلق بالتعويض عن حوادث المرور والذي اشرنا له سابقا بينما نص المادة (124)و(124)مكرر من القانون المدني الجزائري لازالت وفية للمفهوم التقليدي للمسؤولية المدنية واشترطت حصول الخطأ إلى جانب الضرر، وعلى هذا الأساس قلنا باستناد المشرع لأحكام الشريعة الإسلامية وليس القانون المدني لان المشرع في قانون الأسرة يستلزم حصول الضرر ولا يعتد بالخطأ لأنه مفترض.

[4]المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(3065)،الصادر بتاريخ30-12-1985.نقلا عن: العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر رقم05-02،مرجع سابق،ص620

بتحديد مسؤولية كل طرف عند الغش أو التدليس أو الخديعة."[1] و القاضي ملزم بذكر الأسباب التي أدت به إلى قبول طلب التعويض أو رفضه وهذا استناد إل القواعد الإجرائية التي تلزمه بذلك. وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ22-12-1988"من المقرر قانونا أن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وأن يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبيب ومخالفة للقانون."[2]

نستنتج مما سبق أن الأساس القانوني الذي يستند إليه قاضي شؤون الأسرة هو الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة والتي مبناها التعسف في استعمال الحق طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحيلنا عليها المادة(222)من نفس القانون وبتحديد الأساس القانوني والمتمثل في التعسف في استعمال الحق فإن الإثبات في هذه الحالة يقع على المدعي بالضرر الذي يجوز له إثباته بكافة الوسائل لأن واقعة الضرر هي قانونية والقاضي هنا له دور في إعمال نشاطه للتأكد من قيام الضرر والحكم بالتعويض.

ملاحظة:يجدر التذكير أنه بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر(05-02) وإلزامية وجود العقد المدني قبل العقد الشرعي فإنه واستنادا إلى أقوال المستشارة القاضية شراب حسينة فإن قضايا العدول عن الخطبة أصبحت أقل بكثير من قبل،غير أنه حل محلها القضايا المتعلقة بالطلاق قبل الدخول التي أصبحت تطرح بكثرة أمام القضاء.

خلاصة: نخلص مما سبق إلى نتيجة مفادها أن المطالبة القضائية بالتعويض عن الضرر تكون مشروعة إذا وجدت أفعال مصاحبة للعدول أدت إلى حصول الضرر وليس عن فعل العدول في حد ذاته،وأن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في الحكم باستحقاق التعويض،فله سلطة تقدير عنصر الضرر من خلال بحث شروط قيامه حيث يستند في ذلك إلى معيار موضوعي ومعيار شخصي،كما جعل المشرع الحكم بالتعويض في حالة ثبوت قيام الضرر وتحقق شروطه مسألة جوازيه تخضع لسلطة القاضي المطلقة غير أن التطبيقات القضائية أثبتت

---

[1] العربي بلحاج ،نفس المرجع والصفحة.

[2] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(54271)،بتاريخ 22 -12-1988،مجلة قضائية،العدد الثالث،1990،ص296.

-محكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(92714)،قرار بتاريخ13-7-1993،مجلة قضائية، العدد الأول،1995،ص128.

أنه كلما ثبت الضرر تقرر الحكم بالتعويض،أما الأساس القانوني الذي يستند إليه فهو المادة (3/5)من قانون الأسرة التي مبناها التعسف في استعمال الحق.

المطلب الثاني: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي

سبق وقلنا أن الطلاق التعسفي هو الطلاق الذي تم توقيعه بالإرادة المنفردة للزوج دون مبرر شرعي، وقد خول المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تعويض الزوجة متى تبين قيام حالة التعسف.وسنحاول في هذا المقام بيان مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض والحكم به من خلال بحث شروط الاستحقاق؟وما هي حدود هذه السلطة؟وكذا الأساس القانوني الذي يستند إليه في الحكم بالتعويض؟

سنقوم بالإجابة على هذه التساؤلات من خلال هذا المطلب المقسم إلى ثلاثة فروع التالية:

الفرع الأول:شروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

الفرع الثاني:مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض

الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض

الفرع الأول: تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

جاء في نص المادة(52)من الأمر(05-02)المتعلق بقانون الأسرة الجزائري:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

يتضح من نص هذه المادة اكتفاء المشرع باشتراط التعسف في إيقاع الطلاق حتى يتم استحقاق التعويض،دون تحديد معنى التعسف في الطلاق وحالاته تاركا ذلك لتقدير القاضي. وهنا يطرح التساؤل عن كيفية تقدير القاضي لحالات الطلاق التعسفي ونوع التقدير القضائي الذي يمارسه؟وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من تتبع كيف يتعامل القاضي مع ملف قضية تتعلق بالتعويض عن طلاق تعسفي.

أولا: ضرورة إثبات قيام عقد الزواج الصحيح: إن بحث القاضي لمسألة الطلاق وما إذا كان تعسفيا تقتضي بداية تأكده من قيام علاقة الزواج بين الطرفين،وعليه يتوجب على أطراف النزاع إثبات قيام الزواج،من خلال تقديم وثيقة عقد الزواج التي تم إبرامها أمام موثق أو موظف مؤهل أو أمام جهة إدارية وتم تسجيلها بشكل رسمي لدى مصالح الحالة المدنية وهذا طبقا لأحكام المادة(18)و(22)من قانون الأسرة[1].وكذا أحكام المادة(71)و(72)من قانون الحالة المدنية[2]، وتكون سلطة القاضي مقيدة فيما يتعلق بوسيلة الإثبات هذه؛لأنها قرينة قانونية قاطعة وعليه يتوجب على القاضي التوجه مباشرة لمناقشة طلبات الأطراف وكذا دفاعهم بعد استدعائهم لإصلاح ذات البين،غير أن الأمر يختلف في حالة وجود عقد زواج عرفي بمعنى أن يكون هناك عقد شرعي كامل الأركان والشروط القانونية إلا أنه لم يتم تسجيله لدى مصالح الحالة المدنية فإنه في هذه الحالة لا بد من النظر في طلب التعويض عن الطلاق؛بإثبات أولا واقعة الزواج وهنا يكون للقاضي الأسري سلطة تقديرية في ما يتعلق بإثبات هذه الواقعة،فيجوز إثباتها بشهادة الشهود، فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا قولها:"من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق .

ومتى تبين في القضية الحال–أن المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينين في شهادتهم أركان الزواج...،فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون."[3]غير أن هذا الإثبات لا يكون له الحجية المطلقة وإنما يبقى خاضعا لتوفر الأدلة وقوتها والتي تخضع لتقدير القضاة وحدهم وهو ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا قولها:"إن إثبات واقعة الزواج يكتسي حجة مؤقتة..."[4]

ويجدر التأكيد أنه بمجرد وجود عقد زواج صحيح يمكن للزوجة المطالبة باستحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن تعسف الزوج بغض النظر عن أنه تم الدخول أو لم يتم؛هذا لعموم نص

---

[1] محمد،باوني:**عقد الزواج وآثاره دراسة مقارنة بين الفقه والقانون**.ط1؛قسنطينة الجزائر:مكتبة اقرأ،2009،ص78.

[2] أمر رقم(70–20)مؤرخ في 13ذي الحجة 1389الموافق ل19فبراير1970المتعلق بالحالة المدنية الجزائري،الجريدة الرسمية العدد(21)لسنة 1970،ص275.

[3] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(188707)،بتاريخ 17 –03–1998،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص50.

[4] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(211509)،بتاريخ 15 –12–1998،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص56.

المادة(52) المذكورة أعلاه والتي لم تحدد ذلك مما يعني استحقاق الزوجة في حالة تعسف الزوج في الطلاق سواء قبل الدخول أو بعده للتعويض عن الضرر اللاحق بها[1].

ثانيا:تقدير القاضي لقيام التعسف في إيقاع الطلاق:بعد أن ثبت لدى القاضي قيام علاقة الزواج بموجب عقد رسمي أو بموجب حكم قضائي،فإنه يمضي في تحري مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

وبالرجوع إلى نص المادة (52)من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم يضع للقاضي معايير يستند إليها في تقدير مدى وجود حالة التعسف في استعمال الطلاق وهذا على عكس باقي التشريعات العربية التي عددت معايير يستند إليها في تقدير مدى قيام التعسف في الطلاق واستحقاق التعويض عنه كما سيأتي بيانه لاحقا.

وعليه يستلزم على القاضي إعمال سلطته التقديرية في استخلاص ذلك وهذا من خلال الرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبار أن المشرع الجزائري قد حدد له المصدر الذي يستند إليه ويرجع إليه في البحث عن كل ما لم ينص عليه في أحكام قانون الأسرة.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها تعتمد في بحث مدى قيام تعسف الزوج في إيقاع الطلاق استنادا إلى بحث كيف تم إيقاع الطلاق وما إذا كان استنادا إلى سنة الله ورسوله أم لا،وانطلاقا من ذلك عدد الفقهاء صورا للطلاق التعسفي من ذلك الطلاق بالثلاث مرة واحدة وطلاق الزوج لزوجه في غير طهر وطلاق السكران والهازل وطلاق المريض مرض الموت وغيرها من الصور الأخرى،وبالرجوع إلى جملة الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري نجد أن القاضي يستند لتقدير تعسف الزوج في الطلاق إلى ما يلي:

1-أن يكون إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ودون سبب معقول أو مبرر شرعي:بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذا الصدد نجدها تركز جميعها على الأسباب التي أدت بالزوج إلى الطلاق وتغفل البحث في طريقة إيقاع الطلاق والتي تساهم بشكل كبير في تحديد تعسف الزوج في ذلك من عدمه.

[1] ديابي،باديس:**آثار فك الرابطة الزوجية**."د.ط"؛الجزائر:دار الهدى،2008،ص8-9.

وتقدير وجود السبب المعقول لإيقاع الطلاق يخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي حيث يستند القاضي في تحري ذلك إلى المعيار الشخصي لأن الأسباب تختلف من شخص إلى آخر،وقد جاء في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا بتاريخ21-10-1970"أن منح قضاة الموضوع تعويض للمتضرر من أي إجراء هو مسألة من الواقع متروك تقديرها للقضاة وحدهم دون رقابة عليهم"[1]،ووضوح مدى جدية الأسباب التي يستند إليها الزوج في إيقاع الطلاق وسبب تمسكه به؛ يكون عند إجراء جلسة الصلح[2]، ففي هذه الجلسة يحاول القاضي البحث عن الأسباب الحقيقية التي دفعت الزوج لإيقاع الطلاق، وبناءاً على ذلك يقدر حالة وجود التعسف من عدمه،ويقرر مسؤولية الأطراف ومدى استحقاق التعويض من عدمه،وهو ما جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ03-01-2006:"حيث أن المحكمة ونظرا لطبيعة النزاع استدعت الطرفين لإصلاح ذات البين...إلا أن الزوج في جلسة الصلح...تمسك بالطلاق لعدم التفاهم والانسجام بينما تمسكت الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية.وحيث أن العصمة بيد الزوج...وحيث أنه لم يثبت في القضية الحال نشوز الزوجة أو ضلوعها في توقيع الطلاق مما يتعين تحميل المسؤولية للزوج..."[3] فالقاضي ملزم قبل إصدار حكمه بالخوض في أسباب الطلاق والتأكد من جديتها.

ويجدر التذكير هنا أن سلطة القاضي التقديرية تنصب على بحث مدى قيام حالة التعسف[4]وليس على الطلاق ذاته،فلا يستطيع القاضي إلغاء الطلاق،لأن الطلاق من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز تجاهلها وصرف النظر عنها لا من القاضي ولا من أطراف الدعوى، فإذا قام الزوج بإصدار الطلاق خارج المحكمة كوقوع طلاق عرفي بين الطرفين فإن القاضي له الحق في بحث الأسباب التي دفعت بالزوج إلى لقيام بهذا التصرف، دون مناقشته لواقعة الطلاق التي يقتصر دوره فيها على تثبيتها بعد إثباتها من طرف الخصوم.

---

[1] م.ع. غ.ق.خ،نشرة القضاة،العدد الأول،1972،ص58.نقلا عن:بلحاج العربي ،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02،مرجع سابق،ص244.

[2] محكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(49858)،قرار بتاريخ18-7-1988،المجلة القضائية، العدد الأول،1992،ص37؛ محكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(21438)،قرار بتاريخ12-5-1992،نشرة القضاة، العدد48 ،1992،ص37.

[3] قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/126)،فهرس رقم(06/03).

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم(210451)،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص252.

وفي هذه المسألة صدر اجتهاد قضائي عن المحكمة العليا بتاريخ 16-2-1999 [1] يقضي بما يلي:"من المستقر عليه قضاء أنه يجوز الحكم بالطلاق أمام المجلس القضائي لما تقضي به المحكمة من رجوع إلى بيت الزوجية أو ترفض دعوى الطلاق.ومن ثمة فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحكم القاضي برفض الدعوى وحكموا من جديد بإثبات الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين واعتبروه تعسفيا على مسؤولية المستأنف عليه طبقوا صحيح القانون"،وفيما يتعلق بمسألة إثبات الطلاق العرفي فإن المحكمة قالت بوجوب إثباته أمام القضاء بشهادة شهود حيث يضيف القرار ذاته في الفقرة الثانية منه بأنه:"من المقرر شرعا أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء.

ومتى تبين-في القضية الحال-أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين،وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق..."،وحتى في حالة طلاق الزوج لزوجته أمام القاضي دون إبرازه للمبرر الذي قاده إليه فإن القاضي هنا يقضي بأن الطلاق وقع تعسفياً وفقاً لقناعة المحكمة ولا يجوز إجباره على البوح بسبب الطلاق لأنه رضي بتحمل مسؤولية الطلاق.وهو ما جاء في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بتاريخ15-6-1999الذي يقول أنه[2]:"من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة...وأن للزوج الحق في تحميل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم." وهنا نفترض في حالة ما إذا كان للزوجة يد في إيقاع الطلاق وسكوت الزوج عن بيان ذلك يجعله المسؤول الوحيد،ولا يستطيع القاضي إعفاؤه لأنه يحكم بالظاهر ولا يدخل في نفسية المتقاضي ليعلم ما يختلج في نفسه ويصبح استحقاق الزوجة للتعويض في هذه الحالة مما لا يجوز أخذه ديانة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:«**إنما أنا بشر وإنكم**

[1] المحكمة العليا غ.أ.ش،ملف رقم(216850) ،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص100.

[2] المحكمة العليا غ.أ.ش، ملف رقم(223019)،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص104.

تختصمون إلي،ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض،فأقضي بنحو مما أسمع ،فمن قضيت له من حق أخيه فلا يأخذه،فإنما أقطع له قطعة من النار.»[1]

2-أن لا يكون للزوجة ضلع في توقيع الطلاق و أن لايكون برضاها:حيث أثبتت الأحكام القضائية أن استحقاق الزوجة للتعويض بناءا على تعسف الزوج يستلزم أن لا يكون هناك تراض بين الطرفين على الطلاق؛ولا تكون الزوجة هي السبب في لجوء الزوج إلى تطليقها بسبب تقصير من جانبها؛كإهمالها للزوج أو خروجها من المنزل دون علمه أو عدم الرجوع إلى البيت الزوجي مع صدور أمر يقضي بذلك لأنه في هذه الحالة يكون طلاق الزوج مبررا ويكون على مسؤوليتها[2]. أما إذا لم تطلب الزوجة الطلاق ورفضته تمسكاً منها بالحياة الزوجية أو كانت غائبة عن مجلس الطلاق[3]،فإن كل ذلك يعد تعسفاً يقتضي استحقاقها للتعويض عن الضرر اللاحق بها.

يتضح مما سبق أن القاضي لا يلتفت إلى الحالات التي يرى الفقه الإسلامي أنها تشكل تعسفا في الطلاق كالبحث عما إذا كان الطلاق بدعيا أم سنيا،حيث هنا يتأكد فقط من عدد الطلاقات التي نطق بها الزوج لأن الزوجة قد تصبح بائنة منه بينونة كبرى[4]،وبالرغم من أن المشرع يحيل القاضي على أحكام المادة (222)من قانون الأسرة للبحث فيها عن كل ما لم ينص عليه القانون،إلا أن القاضي عند بحثه لشروط قيام التعسف فإنه يرتكز على الأسباب النفسية والاجتماعية والظروف التي قادته إلى إيقاع الطلاق ويبحث ما إذا كان للزوجة دخل في وقوعه ويعتمد في ذلك على المعيار الشخصي وكذا المعيار المعنوي.

ملاحظة:وتتعلق بنصوص قانون الأسرة الجزائري التي أغفلت ذكر صور الطلاق وأحكامه[5] فلم تنص على طلاق الغائب ولم تبين حكمه والحالات التي يعتبر فيها تعسفيا وماإذا

---

[1] سبق تخريجه؛الشافعي،مرجع سابق،ج7،ص492.

[2] أنظر إلى ملاحق هذه الدراسة الحكم الصادر عن: محكمة الخروب قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/150)،فهرس رقم(05/698)،حكم يوم15-11-2005.

[3] كطلاق الغائب،والطلاق برسالة.

[4] المحكمة العليا غ.أ.ش، ملف رقم(75141)،المجلة القضائية،العدد الأول،1993،ص65.

[5] المشرع بموجب نص المادة (48)من قانون الأسرة الجزائري عدد صورا لإنهاء الرابطة الزوجية والتي هي الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بالتراضي والتطليق وكذا الخلع ،ولكنه من جانب آخر لم يقم بالنص على صور الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مما يعني تحويل القاضي للبحث فيها على أحكام الشريعة الإسلامية وهنا القاضي غير مقيد بالرجوع إلى مذهب

كان جائزا،وكذلك الطلاق عبر الهاتف أو برسالة فهذه المسائل تخلق إشكالا لدى القاضي إذا ما طرحت أمامه،كما أن القاضي بالنظر إلى حجم القضايا المعروضة أمامه،نجد أنه يصعب عليه –وخاصة أنه مرتبط من الناحية الوظيفية بجدولة معينة للقضايا وملزم بالإسراع بالفصل فيها– أن يخصص الوقت الكافي في بحث هذه الأنواع وحكمها من الناحية الشرعية حتى يستطيع تكييفها قانونا وتقدير حجم التعسف فيها.ولهذا نجد القضاة يركزون على بحث الأسباب التي قادته لإيقاع الطلاق ويغفلون البحث في كيفية إيقاعه التي هي يمكن أن تكون بطريقة تعسفية كطلاقه لها بالثلاث أو عبر الهاتف أو بموجب رسالة أو الغائب فهذه كلها صور قد تحمل في طياتها تعسفا من قبل الزوج،ولكي لا يكون هناك تعسف ثان من قبل القاضي عند تقديره لاستحقاق التعويض عن مثل هذه الحالات يتوجب على المشرع إدراجها ضمن نصوص قانونية لتسهيل تحري تعسف الزوج في الطلاق استنادا إليها.

ثالثا:الضرر القابل للتعويض وتقدير القاضي له:لقد افترض المشرع الجزائري بموجب المادة(52)من قانون الأسرة الجزائري تضرر الزوجة من جراء الطلاق التعسفي بمجرد قيام الزوج بإيقاع الطلاق دون مبرر شرعي أو قانوني يدعو إليه لذلك لم يشترط الضرر لاستحقاق التعويض وإنما اشترط التعسف في إيقاع الطلاق للحصول على التعويض،فبمجرد ثبوته فإن الضرر يقع على المرأة ولذلك لا يقتضي على القاضي بحث مدى تضرر الزوجة من الطلاق من عدمه،كما أن الزوجة معفاة من إثبات تضررها.

وفيما يتعلق بالضرر القابل للتعويض نجد أن عموم لفظ الضرر،يقتضي نوعي الضرر المادي والمعنوي،فغالباً ما تفقد الزوجة المطلقة معيلها خصوصاً إذا كانت ربة بيت أو تركت وظيفتها لغرض إدارة شؤون الأسرة وتربية الأطفال وغير ذلك من الواجبات الملقاة على عاتقها،أو أن يكون الزواج دام لمدة طويلة مما يعني أن الزوجة قد كرست كل حياتها في خدمة الزوج ثم يقوم بتطليقها دون سبب وغيرها من الحالات، وأما جانب الضرر المعنوي فيتمثل في تدهور الحالة النفسية للمطلقة تعسفاً وخصوصاً إذا وقع فجأة من الزوج،إضافة إلى نظرة المجتمع لها نظرة بغض وازدراء

معين بذاته وإنما= =يمكنه استخدام منهج تلفيق بالجمع بين عدة مذاهب والخروج بالرأي الذي يكون الأقرب للمسألة والذي يعطي له الحل للنزاع المعروض أمامه.

وتشكيك خاصة في حالة طول مدة الزواج وتقدمها في السن ثم يرمي الزوج عليها يمين الطلاق أو في حالة قصر مدة الطلاق كذلك[1].

وقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بافتراضه حصول الضرر بمجرد توقيع الزوج للطلاق دون مبرر يدعو إليه،خصوصاً إذا ما علمنا من قضايا الطلاق المعروضة أمام القضاء أن غالبية الأزواج يطلقون زوجاتهم وهم متعسفين فيه ويقع الظلم عليهن، لأن الطلاق يقع لأتفه الأسباب دون مراعاة لحرمة وقدسية الرابطة الزوجية التي شرعها الله لعباده فبالرجوع إلى الإحصائيات المقدمة من طرف وزارة العدل نجد أن نسبة الطلاق بالإرادة المنفردة قد طغت على باقي صور الطلاق الأخرى[2]، فكثيرا ما يلحق المرأة من جراء هذا الطلاق البؤس والتشرد في حالة عدم وجود معيل لها أو وجود سكن يأويها خاصة في حالة تجاوز أبنائها سن الحضانة حيث تفقد الحق في السكن الزوجي لتبقى فيه لأن هذا مرتبط بحضانة الأطفال،فتكون الزوجة في هذه الحالة من يومها مرمية في الشارع مما يؤدي بها إلى الانحراف والتشرد ومحاولة البحث والحصول على متطلبات الحياة اليومية بالطرق غير القانونية، فهذه كلها أضرار تصب في الجانب المعنوي والمادي وتنتج عنها انعكاسات اجتماعية ونفسية وحتى اقتصادية خطيرة،تستلزم من القاضي عند بحث مسألة الطلاق التعسفي والتعويض عن الضرر التفطن إليها.

ونلاحظ أنه في مجال شؤون الأسرة لا يمكن فصل نوعي الضرر عن بعضهما لوجود التداخل بينهما وقد يغلب الضرر المعنوي في بعض الحالات وعلى هذا الأساس فإن القاضي عند تقديره لمسألة الضرر يستند إلى نوعي التقدير القضائي الموضوعي والشخصي وهذا من أجل التوصل فيما بعد إلى تقدير تعويض يكفي لجبر الضرر اللاحق بالمرأة.

ولا بد من التنبيه أن تقدير استحقاق الزوجة للتعويض عن الطلاق التعسفي لا يجب أن يرتبط بشرط عدم حصولها على تعويض من طلاق سابق صدر من الزوج وفقا لإرادته المنفردة ودون

1المستشارة بن سالم نجوى،المقابلة السابقة؛ مقابلة أجرتها الباحثة شخصيا مع القاضية رايس مريم قاضية بمحكمة أم البواقي،تاريخ المقابلة يوم الأربعاء 22ديسمبر2010.

2المستشارة بن سالم نجوى،وشراب حسينة،المقابلة السابقة

-أنظر لتفصيل أكثر الملحق المتعلق بالإحصائيات حول نسبة الطلاق من سنة2005الى2009وهذا على مستوى مجلس قضاء أم البواقي وقسنطينة وقالمة وباتنة كعينة لباقي ولايات الوطن.

مبرر يقتضيه. وإنما تستحق التعويض إذا تم تطليقها تعسفيا مادام أن الحكمين صدرا بتاريخين مختلفين ولا يمكن الاحتجاج هنا بحصولها على تعويضين. وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ11-4-2007جاء فيه:"استفادة المطلقة من تعويضات بموجب حكم الطلاق الأول لا يحرمها من توابع العصمة في الطلاق الثاني."[1]

•**في حالة كون التعسف من قبل الزوجة:**في هذا الإطار نتساءل عن الحالة التي تكون العصمة فيها بيد الزوجة -لأن هذا جائز شرعا وقانونا إذا اشترطته الزوجة في العقد- أو رفضها إتمام عقد الزواج خاصة أن هناك مبدأ قانونيا يقضي بعدم إجبار أحد طرفي عقد الزواج على إتمام إبرام العقد لإنتفائه مع الرضائية التي هي ركن في الزواج[2] هل يجوز في هذه الحالة تعويض الزوج عن الأضرار التي لحقت به من جراء تعسف الزوجة؟

بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالطلاق لم تدرج جميعها أي جواب عن هذا التساؤل وباعتبار أن السلطة التقديرية للقاضي في مجال التعويض عن الضرر مقيدة بالحالات المنصوص عليها،فإن القاضي لا مجال له للاجتهاد في هذه المسألة" لا اجتهاد مع النص"ولذلك فالقاضي في هذه الحالة لا يقوم بمنح الزوج التعويض وإنما يجعل طلاقه مبررا[3]، وهذا يعد إجحافا في حق الزوج ونلاحظ في هذه النقطة امتيازا وحماية للمرأة على الرجل.

ولو ذهبنا للقانون المقارن في هذه المسألة لوجدنا أن قوانين المغرب العربي كتونس والمغرب مثلا تتشابه في هذا مع التشريع الجزائري حيث أعطت للقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعسف ومدى استحقاق التعويض عن الضرر إذا نتج عن ذلك مع بعض الاختلاف بالنسبة للتشريع التونسي الذي افترض حصول التعسف من الزوجة أو الزوج سواء. في حين سكت المشرع الجزائري والمغربي عن ذلك، أما القانون السوري والمصري والأردني[4] فنجد أنهم ضيقوا من سلطة

---

[1] غ.أ.ش،ملف رقم(391655)،مجلة قضائية العدد الأول،2008،ص249.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم(415123)قرار بتاريخ12-3-2008،المجلة القضائية،العدد الأول،2008،ص275.

[3] المستشارة شراب حسينة،المقابلة السابقة.

[4] تنص المادة(134)من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61-1976،الصادر في الجريدة الرسميةرقم2668/1-12-1976،ص2756:" إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا ويدفع

القاضي فيما يتعلق بتقدير استحقاق التعويض بالنص على شروط استحقاق التعويض والمتمثلة في ما يلي[1]:

1- أن يقع الطلاق من قبل الزوج دون سبب مبرر أو ضرورة.

2- أن لا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة.

3- أن لا يكون بطلبها أو برضاها.

4- أن تصاب الزوجة (المطلقة) بضرر يتمثل في البؤس وفاقة من جراء هذا الطلاق[2].

وهذه الشروط بالنسبة للقانون السوري والأردني هي واحدة سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده ،بينما القانون المصري نص على حالة طلاق الزوجة المدخول بها فقط حيث يعتبر الطلاق تعسفيا وتستحق التعويض عن ذلك بتوافر هذه الشروط أما غير المدخول بها فلا يعتبر مطلقها متعسفاً وإن توافرت هذه الشروط.كما أغفلت نصوص هذه التشريعات قيام الزوجة بالتعسف، فهذه الشروط متعلقة بالزوج إذا ما توفرت جميعها بدعوى الطلاق فإن الزوج يكون متعسفاً في استعمال حق الطلاق.

نستنتج مما تقدم أن شروط استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي تخضع للقاضي الذي خوله المشرع سلطة تقديرية مطلقة في تقدير مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق،وقد أجمعت أغلب التطبيقات القضائية أنه يعد طلاقا تعسفيا كل طلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة دون مبرر شرعي وقانوني ودون رضا الزوجة أو تقصير منها،أما الضرر فهو مفترض بمجرد التعسف في توقيع الطلاق،ويقوم القاضي بتقدير مدى تعسف الزوج استنادا إلى معيار موضوعي وكذا معيار شخصي لأن الأسباب تختلف من شخص إلى آخر.

جملة إذا= =كان الزوج موسرا وأقساطا إذا كان معسرا ، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى."نقلا عن:موقع التشريعات الأردنية: http://www.lob.cov.jo/ui/principles/index.jsp،تاريخ زيارة الموقع 21-4-2011.

[1] محمد الزحيلي،مرجع سابق،ص42ومابعدها.

[2] الطلاق التعسفي حسب المادة (117) من قانون الأحوال الشخصية السوري :"إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول ..وان الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمتثالها فوق نفقة العدة ..وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال والتعويض." عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ج1،ص24.

الفرع الثاني:مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر

لقد جاءت صياغة المادة (52) من قانون الأسرة واضحة فيما يتعلق بمدى إلزام القاضي الحكم بالتعويض إذ قالت بوضوح أنه إذا ثبت لدى القاضي من خلال جملة الوقائع المعروضة أمامه وما دار بين الخصوم في جلسة الصلح أن الزوج أوقع الطلاق تعسفا فإن القاضي يكون ملزما بالاستجابة لطلب الزوجة في الحق في التعويض عن الضرر،فالمادة أوردت لنا فرضا يتمثل في قيام التعسف وخولت للقاضي إعمال نشاطه الذهني في مقارنة هذا الفرض النموذجي بالوقائع المقدمة والمتمثلة في ادعاءات الخصوم وكذا الأدلة المقدمة لتدعيم هذه الادعاءات فإذا ثبت للقاضي أن الزوج خرج عن الحكمة التي من أجلها شرع الطلاق[1]، والتي لخصها القضاة في انعدام المبرر الشرعي أو السبب المعقول لذلك ويعتمد في تحري ذلك على المعيارين الموضوعي وكذا الشخصي.

فإذا ثبت تعسف الزوج في الطلاق فإنه يلزم قانونا بدفع تعويض للزوجة عن الضرر اللاحق بها،وهنا فالقاضي لا يقوم ببحث مدى قيام الضرر لأن المشرع أعفاه من ذلك فثبوت التعسف هو قرينة قانونية على تضرر الزوجة،وهو ما تؤكده المادة(52)السالفة الذكر التي جاءت واضحة، حيث لم تدع للقاضي سلطة تقديرية في بحث قيام الضرر كما لم تدع له سلطة للاختيار بين الحكم باستحقاق التعويض من عدمه،وإنما جاءت صياغتها واضحة تقضي بوجوب الحكم بالتعويض إذا ثبت تعسف الزوج؛مما يقتضي القول بأن قاضي شؤون الأسرة ملزم قانونا بالاستجابة لطلب الزوجة المتعلق باستحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي إذا ثبت تعسف الزوج.

ويلاحظ في هذا المجال أن التشريع السوري لم ينص على إلزامية الحكم بالتعويض رغم وضعه لشروط استحقاق التعويض والمبلغ الذي يستحق عن ذلك،كما جعل من تقدير مدى توفر الشروط مسألة تخضع لسلطة القاضي المطلقة. في حين جعل المشرع التونسي وجوب الحكم بالتعويض إذا تحققت الشروط المذكورة في الفصل(31)من مجلة الأحوال الشخصية التونسية،في حين أدرجه

1عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص126.

المشرع المغربي ضمن الآثار المترتبة عن الطلاق وقال بموجب المادة(84)من المدونة بوجوب أداء للزوجة متعة طلاق[1].

نستنتج مما تقدم أن قاضي شؤون الأسرة ملزم بالحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج إذا ثبت إيقاعه بدون مبرر شرعي وقانوني أو سبب معقول يدعو إليه وتضررت الزوجة منه.

الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض

لقد أثير الجدل حول الأساس الفقهي الذي يعتمد عليه القاضي في تقرير استحقاق التعويض هل المتعة التي نص عليها قول الله تعالى في محكم تنزيله وشرعها للمطلقات أم التعويض عن الضرر القائم على التعسف في استعمال الحق؟لذلك سنحاول في هذا المقام توضيح المقصود بالمتعة أولا في الفقه الإسلامي وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.وكذا التطرق بإيجاز إلى نظرية التعسف في استعمال الحق كما يفهم من صيغة النص[2].

أولا:نفقة المتعة[3]: يقصد بالمتعة شرعا ما يعطى للزوجة لتتمتع به تعويضا لها عن الفرقة بينها وزوجها ،من ثياب تلبسها المرأة عادة عند خروجها أو مال يقوم مقامها[4].

ولقد نص القران الكريم على مشروعية المتعة فقال تعالى في محكم تنزيله:﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾[5]وقوله عز وجل أيضا:﴿ ﴿ **يٰأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوۤاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً**﴾[6].

---

[1]نص المادة84 من المدونة المغربية:"تشمل مستحقات الزوجة : الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه"

[2]عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق،ص151.

[3]المتعة لغة هي ما يتبلغ به الشخص في سفره وهي من اسم التمتع والاستمتاع وهي أيضا السلعة والمنفعة وكل شيء ينتفع به.المعجم الوجيز،مرجع سابق،ص571.

[4]أحمد فتحي، بهنسي:**نفقة المتعة بين الشريعة والقانون**.ط1؛القاهرة:دار الشروق،1988،ص25.

[5]سورة البقرة:الاية236.

[6]سورة الأحزاب:الاية49.

الحكمة من مشروعية المتعة تكمن في المقاصد التي هدف الشرع إلى تحقيقها من إيلام لمشاعر المرأة وجبر لخاطرها المنكسر بقدر،والمالكية يقولون أن المتعة جاءت لجبر فاجعة الطلاق[1]،والمتعة شرعت لحفظ الأعراض تحقيقا لمقاصد الشريعة الإسلامية ونشر الإحسان واجتناب البغض والنزاع[2].

وبالرجوع لرأي الفقه الإسلامي في المتعة نجد أن الآراء اختلفت بصددها، فهناك من يقول بوجوبها وهناك من يرى بأنها مستحبة وهناك من يفرق بين الدخول وعدمه لاستحقاقها وهذا الاختلاف الفقهي دفع بالمشرع الجزائري إلى عدم إدراجها في النص القانوني وقال بالتعويض،غير أن هذا انعكس على التطبيقات القضائية التي جاءت متناقضة،حيث توجد أحكام تقضي بالتعويض إضافة للمتعة[3]على اعتبار أن المتعة هي أمر مستقل عن التعويض، حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ27-01-1986جاء فيه:" أنه من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية.ولما كان من الثابت -في القضية الحال-أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا،فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة."[4]

وقد استندت الأحكام القضائية في ذلك إلى القول أن المشرع -بعدم النص عليها- استلزم من القاضي إعمال نشاطه الذهني في ترتيبها على أساس أنه يحيل القاضي للاجتهاد بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.وتستند الأحكام القضائية التي تقضي بالتعويض إضافة إلى المتعة على اعتبار أن التعويض مصدره القانون والنظرية التي تحكمه هي التعسف في استعمال الحق بينما

---

[1] أحمد فتحي بهنسي،مرجع سابق،ص35ومابعدها؛ أحمد محمد، شاكر:**نظام الطلاق في الإسلام**.ط1؛مصر:مكتبة السنة،1354ه،ص89؛ أبوبكر جابر الجزائري،مرجع سابق،ص379.

[2] عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق،ص154

[3] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(40178)،قرار بتاريخ24-2-1988.نقلا عن بلحاج العربي،قانون الأسرة مع تعديلات (05-02)،مرجع سابق،ص247.

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم(39731)مجلة قضائية،العدد الرابع،1993،ص61.

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(41560)،تاريخ القرار07-04-1986مجلة قضائية،العدد الثاني،1989،ص69.

المتعة هي فرض وواجب شرعي لكل مطلقة دخل بها أم لم يدخل،فرض لها مهرا أم لم يفرض وهو قول ابن حزم الظاهري[1].

في حين قامت قرارات قضائية أخرى برفض الحكم بالتعويض والمتعة على أساس أن التعويض والمتعة هما شيء واحد وفي هذا الصدد جاءت قرارات للمحكمة العليا بقولها أنه:"إذا كانت الشريعة تمنح للزوجة متعة جراء طلاقها من زوجها لتخفيف ألم فراقها عن زوجها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويض.والقضاء بغير هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية."[2]

ويرى كل من الأستاذ العربي بلحاج والغوتي بن ملحة أن القضاء الجزائري كان يحكم بالمتعة من باب التعويض للمطلقة على أساس أحكام الشريعة الإسلامية[3]وهذا حتى قبل الاستقلال وفقا لما يوضحه القرار الصادر سنة 1924عن مجلس قضاء الجزائر[4].

ومن جملة ما ذكر نقول أن المتعة والتعويض بالمفهوم القانوني والقضائي هما إسم لشيء واحد يتمثل في مبلغ مالي يدفع للمطلقة المدخول بها أو غير المدخول بها لجبر الضرر الواقع لها جراء الطلاق الواقع من الزوج دون مبرر شرعي أو قانوني،وإن كان هناك اختلاف يتعلق بأن المتعة تمنح للمرأة بمناسبة طلاقها في حين يشترط القانون استحقاق التعويض عند تعسف الزوج في الطلاق،ومع ذلك نقول أن أساس التعويض في المنظور القانوني يكون التعسف في استعمال الحق وذلك بنص القانون على أنه في حالة تعسف الزوج في استعمال و ايقاع الطلاق وتضرر الزوجة

---

[1] ابن حزم،مرجع سابق،ج9،ص6ومابعدها؛بلحاج العربي،قانون الأسرة مع تعديلات الامر05-02،مرجع سابق،ص246.

[2] محكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم(43860)،مجلة قضائية،العدد الثاني،1993،ص41.

- محكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم(35912)مجلة قضائية،العدد الأول،1989،ص89.

[3] "ويرى الأستاذ بن داود عبد القادر أن التعويض عن الطلاق أمر لم يستحدثه المشرع الجزائري أو حكما مدنيا مقتبس من حكم المادة(124)من القانون المدني،بل هو حكم مقتبس من الشريعة الإسلامية وتاريخ القضاء الإسلامي يحكم به قضاء في الجزائر مع بعض الخلل في التطبيق..." «**الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها**».**مجلة المعيار** جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة العدد التاسع 2004،ص248-249.

[4] Ghaouti Ben Malha :**le Droit Algérien de la Famille**.Alger :OPU,1993,p215 .

-بالرجوع إلى القانون المقارن في هذا الجانب نرى أن المشرع المصري قد أورد لفظ المتعة بدل التعويض وكذلك ما جاء في المدونة المغربية التي قالت برأي الإمام مالك في هذه المسألة المادة(84). في حين نص القانون السوري(المادة117) والتونسي(الفصل31) والأردني(134) على التعويض وقال الفقيه عبد الرحمان الصابوني ووهبة الزحيلي أن الأساس الشرعي للتعويض في القانون هو المتعة التي فرضت للمرأة شرعا.وهبة الزحيلي،مرجع سابق،ج7،ص532؛ محمد الزحيلي، مرجع سابق،ص60ومابعدها؛ عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ص24؛ محمد عزمي البكري،مرجع سابق، ص828.

من هذا الطلاق غير المبرر يحكم لها بالتعويض وهو في ذاته المتعة التي أوجبها الله لكل مطلقة وهذا استنادا إلى أحكام المادة (52) و(222)من قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا:طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي: باعتبار أن التعويض عن الطلاق التعسفي هو مسؤولية قانونية أساسها إساءة استعمال الحق في الطلاق فإنه لا يعد من الآثار المالية للطلاق لأن هذه الأخيرة تجب مباشرة بعد وقوع الطلاق في حين أن التعويض هو ما يدفع للزوجة نتيجة مسؤولية الزوج لتعسفه في إيقاع الطلاق ويعفى من تحمله إذا ثبت عدم تعسفه في ذلك،ومن هذا المنطلق يتبادر إلى الذهن تساؤل عما إذا كان التعسف في استعمال حق الطلاق هو ذات طبيعة واحدة مع التعسف في استعمال الحق في القانون المدني؟

وفقا للمادة(124)مكرر من قانون المدني تتلخص معايير التعسف في استعمال الحق في:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

-إذا كان يهدف إلى الحصول على فائدة قليلة مقارنة بالضرر الذي نشأ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

فالمشرع ذكر المعايير التي يستند إليها القاضي في تقدير التعسف دون أن يعطي تعريفا لذلك تاركا هذا للفقه[1] الذي خلص في مجمله إلى "أن التعسف هو انحراف عن سبيل استخدام الحق استخداما قانونيا وشرعيا."[2]

ومسألة إثبات التعسف وقيام معاييره تقع في القانون المدني على عاتق المدعي[3].

وبالرجوع إلى مسألة التعسف في استعمال الطلاق في قانون الأسرة نجدها تختلف عن القانون المدني اختلافا عميقا لاختلاف المسائل التي يعالجها كل فرع وهو ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ22-2-2000[4] حيث قالت أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق،وجاء في حيثيات

---

[1] سيد أحمد،إبراهيم:**التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء**.ط2؛الإسكندرية:دار الفكر،2002،ص30ومابعدها.

[2] باديس ديابي،مرجع سابق،ص16.

[3] سيد أحمد إبراهيم،مرجع نفسه،ص33.

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(235367)،المجلة القضائية،العدد الأول،2001،ص275.

القرار ما يلي:" إن التعويض والنفقة المحكوم بهما ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال وهذه المبالغ لا تدخل في التعويض عن الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية ...".

ثالثا:عبء إثبات التعسف:كما يبرز هذا الاختلاف خاصة فيما يتعلق بالشخص المكلف بإثبات التعسف فقانون الأسرة يعفي الزوجة المدعية بتعسف الزوج ويلقي عبء الإثبات على عاتق الزوج فإيقاع الطلاق يعد قرينة بسيطة على وقوعه تعسفا في حق الزوجة ولا بد لدحض ذلك بإعطاء أسباب جدية للقاضي جعلته يقدم على الطلاق وهذا بغية إعفائه من المسؤولية المترتبة عن الطلاق ويخضع ما يتم تقديمه من تبريرات إلى تقدير القاضي الذي يقدر مدى جديتها استنادا إلى أحكام القانون ومبادئ الشريعة والعادات والأعراف[1].

ويجدر التنبيه إلى أنه في حالة تضرر الزوجة من الطلاق التعسفي إضافة إلى وجود أفعال أخرى مستقلة قام بها الزوج وألحقت بها ضررا،كما في الحالة التي تضمنها القرار ذاته المشار إليه أعلاه حيث أسست الطاعنة قرارها في الحصول على التعويض عن الضرر استنادا إلى أحكام القانون المدني المتعلقة بالفعل غير المشروع فجاء في حيثياته:"أن الطاعنة كانت في خدمة الزوج مدة طويلة وبسببه فقدت رجليها وأحد ذراعيها بعد أن حملها الآجر ثم تركها بعد ذلك وتزوج عليها امرأة ثانية" فإن للزوجة في هذه الحالة رفع دعوى أمام قاضي شؤون الأسرة تتضمن طلب الحصول عن التعويض عن الطلاق التعسفي استنادا إلى المادة (52)من قانون الأسرة؛وبالموازاة مع ذلك فإنها تقوم برفع دعوى مدنية أمام القاضي المدني للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقها جراء الفعل غير المشروع الذي قام به الزوج استنادا إلى أحكام المادة(124) من القانون المدني،وهو الرد الذي جاء على طلب الطاعنة؛ بأنه لا يجوز لها التأسيس على أحكام القانون المدني للحصول على التعويض عن الطلاق التعسفي. وأن بإمكانها رفع دعوى مدنية فيما يتعلق بفقدها أطرافها السفلية وأحد ذراعيها وهذا استنادا إلى أحكام المادة (124)و(141) من القانون المدني لأن هذا لا يدخل ضمن اختصاص قاضي شؤون الأسرة[2].

---

[1] المحكمة العليا غ.أ.ش،ملف رقم(34397)قرار بتاريخ3-12-1984،المجلة القضائية،العدد الأول،1990،ص104.

[2] ملف رقم(235367) سبق ذكره.

خلاصة:نخلص مما سبق إلى أن تقدير القاضي لقيام التعسف في إيقاع الطلاق يكون بناء على معيار شخصي يبحث من خلاله البواعث والأسباب الجدية التي قادته إلى توقيع الطلاق ومدى ضلوع الزوجة فيه وآخر موضوعي يتمثل في محاولة التوفيق بين الحقوق والظروف المحيطة باستعمال الحق،فإذا ثبت تعسف الزوج وجب على القاضي الحكم بالتعويض دون بحث مدى تضرر الزوجة،أما أساس التعويض فهو مسؤولية الزوج على الطلاق استنادا إلى نص المادة(52)من قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بعدم التعسف في استعمال الحق استنادا لقاعدة{لا ضرر ولا ضرار}وليس بناء على أحكام المادة(124)و(124)مكرر من القانون المدني.

المطلب الثالث:مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز[1]

نصت المادة(53مكرر) المستحدثة بموجب الأمر رقم(05-02)على مسألة التعويض عن الضرر في حالة التطليق حيث جاء فيها:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."،كما نصت المادة(55)من نفس القانون على التعويض عن الضرر في حالة النشوز بقولها:"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر" وقد ذكرنا فيما سبق أن القانون الجزائري يعد القانون الوحيد الذي نص على إمكانية التعويض عن الضرر في هاتين الحالتين، كما أشرنا إلى أن المشرع ترك لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في بحث مدى استحقاق الطرف المتضرر بموجب هذه الحالات للتعويض.

وعليه سنحاول في هذا المطلب بحث كيفية تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز؟ومدى إلزامه في الحكم باستحقاق التعويض؟والأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض؟وهذا من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول:تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.

[1]تم دمج هاتين الحالتين لتشابههما في الأحكام وأن النشوز يدخل في الشق المتعلق الحالات التي يجوز فيها منح الزوجة التطليق والتعويض إن قدر القاضي ذلك، غير انه لا بد من توضيح حالة نشوز الزوجة كذلك وما يتقرر للزوج من حقوق.

الفرع الثاني:مدى إلزامية القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.

الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.

الفرع الأول: تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز

أولا:شروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق:لقد نص المشرع الجزائري على إمكانية الطلاق بطلب من المرأة وذلك في حالة توفر سبب من أسباب الطلاق المنصوص عليها في المادة (53)[1] من قانون الأسرة،كما نص على إمكانية تعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها عند الحكم بتطليقها وأخضع ذلك لتقدير قاضي شؤون الأسرة.وعليه سنحاول تقصي كيفية تقدير القاضي لاستحقاق التعويض والحالات القابلة لذلك:

1-ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية:إن بحث القاضي لمدى استحقاق الزوجة للتعويض وفقا لنص المادة (53مكرر)من قانون الأسرة مرتبط بوجوب إثبات قيام عقد زواج صحيح ولا يشترط الدخول لبحث استحقاقها للتعويض.

2- تقدير القاضي للضرر الناجم عن حالة التطليق:إن سلطة القاضي في بحث مدى توفر أسباب طلب التطليق مرتبطة بمدى إثبات الزوجة للضرر وسلطة القاضي إزاء هذا الإثبات من الناحية القانونية هي مطلقة لكنها من الناحية العملية متأرجحة بين الإطلاق والتقييد؛إذ أن هناك من الحالات ما يثبت تضرر الزوجة ومع ذلك تحصل على التطليق دون التعويض وهناك حالات تستحق التعويض إلى جانب التطليق.

وسنحاول فيما يلي بيان ذلك انطلاقا من جملة الأحكام والقرارات القضائية:

أ- السلطة التقديرية المقيدة لقاضي شؤون الأسرة في إثبات الضرر: هناك من الأسباب التي عددتها المادة (53) المذكورة آنفا ما يكون فيها الضرر ثابتا بموجب أحكام قضائية أو

[1] هناك عشر حالات عددتها هذه المادة ولقد سبق لنا ذكرها في الفصل الأول من هذه البحث.

قرائن قانونية تجعل من سلطة القاضي تجاه وسائل الإثبات هذه مقيدة مما يستلزم من القاضي الحكم إلى جانب التطليق بالاستجابة لطلب التعويض المقدم من الزوجة ومن ذلك:

- حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج والغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة وكذا حالة الضرب والجرح:إذ أنه في هذه الحالة لا يمكن للقاضي أن يوقع الطلاق إلا في حالة صدور حكم يلزم الزوج بالنفقة ويمتنع بذلك ويواصل الامتناع وكذا وجود حكم يدينه بجريمة الضرب والجرح.فهذا الحكم يعد قرينة قانونية قاطعة على تضرر الزوجة لا يمكن نفيها إلا إذا طعن فيها بالتزوير،فقد جاء في حيثيات حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ 21-11-2006أن:"التطليق لضرر عدم الإنفاق والضرب والجرح لا يكون إلا بموجب أحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه..."[1] كما جاء في اجتهاد قضائي صادر بتاريخ 21-7-1998أنه:" من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا أنه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للزوجة عن الضرر اللاحق بها .

ومتى تبين -في القضية الحال- أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب زوجها وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق والتعويض معا لثبوت تضررها وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون."[2]

ملاحظة: عندما يكون الزوج معسرا فهنا نرى بأنه لا جدوى من فرض التعويض عليه ولكن إذا كان ميسورا هنا يكون فرض التعويض عليه منطقيا.

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة(8)أعلاه أو مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد: وهذه الحالة من المتيسر على الزوجة إثباتها حيث يكفي إثبات تمام الزواج دون علمها في حالة التعدد، أما في حالة مخالفة الشروط فالقاضي مقيد بما تقدمه الزوجة من إثبات يتعلق بقيام

---

[1] قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(06/1778)،فهرس رقم(06/1000).

-المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(222134)قرار بتاريخ18-5-1999،الاجتهاد القضائي،عدد خاص،2001،ص126.

-المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(192665)قرار لتاريخ21-7-1998،الاجتهاد القضائي،عدد خاص،2001،ص126.

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(34791)قرار لتاريخ19-11-1984،المجلة القضائية،العدد الثالث،1989،ص76.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(192665)،الاجتهاد القضائي،عدد خاص،2001،ص116.

شروط في عقد رسمي أو في عقد الزواج وتثبت مخالفة الزوج لهذه الشروط؛وهنا يقتصر دور القاضي على التأكد من مدى موافقة هذه الشروط للقانون والشريعة الإسلامية[1] فإذا أثبتت ذلك[2]حكم القاضي إلى جانب التطليق بالتعويض عن الضرر لثبوته.

- الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية أو ارتكابه فاحشة مبينة:وفي هذه الحالة فإن سلطة القاضي إزاءها مقيدة بتقديم الحكم القضائي الذي يدينه بارتكاب فاحشة مبينة[3] أو ماسة بشرف الأسرة وفي هذه الأخيرة يتأكد القاضي فقط ما إذا كانت تمس بسمعة الأسرة وتأثيرها النفسي والمادي على الزوجة ثم يقضي بتطليقها وتعويضها عن الضرر اللاحق بها.

ب- السلطة التقديرية المطلقة لقاضي شؤون الأسرة في إثبات الضرر: وتكون للقاضي في كل الحالات التي يكون فيها صعوبة في إثبات 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 في حيثيات حكم صادر عن محكمة الخروب[4]بتاريخ 17-1-2006 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 قانون الأسرة وتستحق بموجبه التعويض عن الضرر المادي والمعنوي.وهو ما أكده الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه أن:"من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا .

ومتى تبين -في القضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها

---

[1] لمزيد من التفصيل في هذه المسألة أنظر:قاسم، علي محمد علي:**التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط "دراسة مقارنة"** ."د.ط"؛الإسكندرية:دار الجامعة الجديدة،2005،ص13ومابعدها.

[2] قاسم علي محمد علي،مرجع نفسه،ص160ومابعدها.

[3] ويقصد بالفاحشة المبينة في هذه الحالة قيام الزوج بجريمة الزنا والخيانة الزوجية.

[4] قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/384)،فهرس رقم(06/51).

شرعا طبقا لأحكام المادة 53من ق.أ،وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون."[1]

وتعد حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من أصعب الحالات التي يمكن للزوجة إثبات ضررها منه؛ لذلك غالبا لاتستحق الزوجة للتعويض لصعوبة إثبات هذه الحالة.

أما في 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 أمامه بين الطرفين.

وفي حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج[2] لا بد 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،فالقاضي مقيد بما تقضي به الخبرة الطبية.فقد قضت المحكمة العليا بقرار صادر عنها بتاريخ19-11-1984أن عجز الزوج عن مباشرة زوجته يقتضي انتظار الزوج مدة سنة للعلاج ووجوب بقاء الزوجة إلى جانبه طيلة مدة العلاج[3].

أما مسألة تقدير استحقاق التعويض في هذه الحالة فإنها تكون مرتبطة بغش الزوج أو تدليسه لأنه إذا كانت عالمة بهذه العيوب فإنها لا تستحق في هذه الحالة التعويض،إضافة إلى أن هناك من العيوب ما يقضي فيها القاضي بالتطليق دون التعويض ومن ذلك ثبوت عقم الزوج؛فقد جاء

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(217179)قرار لتاريخ16-3-1999،الاجتهاد القضائي،عدد خاص،2001،ص122.

[2] بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الفقه الإسلامي اجتمع على العيوب المجوزة للتفريق فقالوا:أنها تشمل الجنون والجذام والبرص وداء الفرج. ولكن وقع بينهم الاختلاف في هذه النوع الأخير حيث اقتصرها الحنفية في عيوب الفرج المتعلقة بالرجل.وعند المالكية توسعوا في ذلك وقالوا بعيوب مشتركة بين الرجل والمرأة،وعيوب خاصة بالرجل.وعيوب خاصة بالمرأة.لمزيد من التفصيل في هذه المسألة أنظر:نصر سلمان،سعاد،سطحي:**أحكام الطلاق**."د.ط"؛الجزائر:دار الفجر،"د.ت.ن"،ص114ومابعدها.

[3] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(222134)،المجلة القضائية،عدد ثالث،1989،ص73.

في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ16-2-1999أنه في حالة عقم الزوج وثبوته بعد العلاج يعطى للزوجة الحق في التطليق دون الحصول على التعويض[1] .

ملاحظة:يوجد من ضمن هذه الأسباب ما يشترك الرجل فيها مع المرأة ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد حرم الرجل من بعض الحقوق التي أقرها للمرأة بداعي المساواة فقد يتضرر الرجل من مخالفة الزوجة للشروط الواردة بعقد الزواج أو عقد لاحق به،أو وجود عيوب في الزوجة تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،أو إتيان الزوجة لفاحشة مبينة،أو الحكم عليها بجريمة تمس شرف الأسرة كمتاجرتها مثلا بالمخدرات دون علم زوجها،فهذه الحالات يمنح للزوج فيها الحق في الطلاق لوجود المبرر ولكن يحرم فيها من التعويض وهنا لابد للمشرع الالتفات إلى هذه المسألة والنص على استحقاق الزوج للتعويض عنها.

ثانيا: تقدير القاضي للضرر الناجم عن نشوز أحد الزوجين: يقوم القاضي في مسائل الطلاق عموما والنشوز خصوصا بدور المرشد للحقوق والواجبات، من خلال الدور الايجابي الذي يمارسه في جلسة الصلح بين الخصمين وإنهاء بؤر التوتر والشقاق التي تحدث بينهما وإذا لم يستطع فعليه اللجوء إلى تعيين حكمين للتوفيق بينهما كما جاء في المادة(56)من قانون الأسرة[2].وتعد هذه الإجراءات قيدا يرد على سلطة القاضي في تقرير الحكم بالتعويض في حالة النشوز،ولكن يلاحظ أن العمل بأحكام المادة(56)قد لا يكون قائما في الحياة التطبيقية وهذا نظرا لورود قيد آخر استقر القضاء على العمل به ويتمثل في وجوب صدور حكم قضائي يلزم الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية فتمتنع عن ذلك وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ14-1-2009" أنه لا نشوز إلا بعد تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة للمحكوم عليها للانصياع له اختياريا،مع مراعاة الإجراءات المعمول بها قضاء."[3] كما يقول القرار في حيثياته أن رفض الزوجة الرجوع ليس دليلا كافيا على نشوزها،فلا بد من إثبات سعيه لتبليغها الحكم القاضي عليها باستئناف الحياة الزوجية بينهما فإذا امتنعت حكم القاضي استنادا إلى ذلك بالطلاق مع تحميل

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(213571).نقلا عن بن حرز الله عبد القادر،مرجع سابق،ص239.

[2] مبارك، حميدة:«**الجوانب المادية لأحكام الطلاق**»،**نشرة القضاة**،وزارة العدل،العدد السابع والأربعون، 1995،ص112-113.

[3] غ.أ.ش،ملف رقم(476387)،مجلة قضائية،العدد الأول،2009،ص261-263.

الطرف الناشز مسؤولية التعويض للطرف المضرور وهنا فالضرر لا يتم إثباته أو تقدير قيامه من طرف القاضي لأنه مفترض بمجرد إثبات واقعة النشوز.

وتجدر الإشارة إلى أن رفض الزوجة الرجوع بعد ثبوت إهانتها لا يعد نشوزا.وهو ما قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1998/5/19 .

كما قضت المحكمة العليا بتاريخ 21-11-2000حيث قالت بأن امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب زوجها لا يعد نشوزا من قبلها وأن القضاء بإيقاع الطلاق عليها يعد تعسفا في حقها يستلزم تعويضها وهو يدخل في إطار نشوز الزوج[1].لأن المحكمة العليا تعتبر الزوج في حالة نشوز عند امتناعه عن توفير سكن منفرد للزوجة[2].

نستنتج مما سبق أن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقدير الحالة التي تستحق فيها الزوجة التعويض عند الحكم بالتطليق،غير أن الاجتهادات القضائية أفرزت بعض الشروط للحصول على التعويض وهي تتمثل في الحكم القضائي في الحالات التي تستدعي ذلك إضافة إلى وجود ضرر بيّن لحق بالزوجة وعدم ضلوعها في ترتيبه.

أما حالة النشوز فهي مقيدة بضرورة وجود حكم قضائي يقضي بالرجوع إلى بيت الزوجية يبلغ إلى الخصم ويحرر محضر امتناع من طرف المحضر لإثبات ذلك وهو دليل يغني عن إثبات الضرر لأن هذا الأخير مفترض بموجب القانون.

الفرع الثاني: مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر

أولا:بالنسبة لحالة التطليق: لقد جعل القانون الحكم بالتعويض من قبل القاضي في حالة الحكم بالتطليق أمرا جوازيا ولم يلزم القاضي به وهذا يعد تكريسا للاجتهادات القضائية،فقد كان

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(251682)نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الامر05-02،مرجع سابق،ص300.

-ولعل ابرز حالات النشوز بالنسبة للزوجة هو مغادرتها منزل الزوجية دون رضا الزوج أو علمه وامتناعها عن العودة،أما نشوز الزوج فقد يكون بامتناعه عن توفير السكن أو التخلي عن واجباته الشرعية،وكذا تماطل الزوج في إرجاع زوجته أو ترك مسكن الزوجية.

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(245209)قرار لتاريخ20-6-2000،الاجتهاد القضائي،عدد خاص،2001،ص262.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(45311)قرار لتاريخ1987/03/09،المجلة القضائية،العدد الثالث،1990،ص61.

هناك اختلاف كبير بين القضاة في مدى استحقاق الزوجة للتعويض عن التطليق في حالة قيام الضرر وإمكانية الحكم به لها ، فسار جانب من القضاة إلى القول بأن المرأة لا يجوز لها الاستفادة مرتين مرة بتطليقها من زوجها جبرا عنه ومرة بمنحها علاوة على ذلك تعويضا[1] فالهدف من جعل التطليق رفع الضرر عن المرأة،ولا يجوز استعماله في إلحاق الضرر بالزوج الذي يجمع بين ألم تطليق زوجته منه دون رضاه وضياع المال بمنحها التعويض.

بينما سار جانب آخر من القضاة إلى القول بالتعويض للزوجة،وهو ما تؤكده جملة التطبيقات القضائية فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-12-1997 أن الزوجة إلى جانب تطليقها من زوجها تستحق تعويضا عن الضرر المعتبر شرعا[2]. ويلاحظ أن جل الأحكام القضائية الرافضة للحكم بالتعويض إمتد تاريخها من صدور قانون الأسرة 1984إلى غاية سنة1995،لكن بعد ذلك ذهبت جل المحاكم إلى إقرار استحقاق التعويض إلى غاية صدور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا سنة2001،ثم تكريس هذا الاجتهاد في نص المادة (53مكرر)[3]. لتحسم هذا الجدل القضائي حيث قالت بجواز الحكم بالتعويض إلى جانب التطليق إذا ثبت تضرر الزوجة.

ثانيا:في حالة النشوز: لقد جاءت صياغة المادة(55)من قانون الأسرة واضحة فيما يتعلق بإلزامية الحكم بالتعويض وهذا إذا ثبت نشوز أحد الزوجين بموجب حكم قضائي،حيث منح المشرع لكلا الطرفين دون استثناء الحق في الحصول على التعويض عن الضرر عند حكم القاضي بالطلاق لنشوز أحد الزوجين.

نستنتج مما سبق أن القاضي ملزم بالحكم بالتعويض عن الضرر إذا ثبت لدى القاضي واقعة النشوز بموجب قرينة قانونية قاطعة في حين يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق بالتطليق لأن المشرع أجاز له ذلك حتى إذا ثبت لديه ضرر الزوجة.

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،قرار رقم(53017)،قرار بتاريخ27-3-1989،مجلة قضائية،العدد الأول،1991،ص56.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،قرار رقم(181648)،مجلة قضائية،العدد الأول،1997،ص49.

[3] المحكمة العليا،غ.أ.ش،قرار رقم(192665)قرار بتاريخ21-7-1998،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص254.

الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض عن الضرر

بالرجوع إلى نص المادة (53مكرر) والمادة(55)من قانون الأسرة الجزائري نجد أنها اشتركت في الأساس الذي يستند إليه في التعويض ويتمثل في قاعدة {لا ضرر ولا ضرار} و{الضرر يزال}[1]،حيث أن من واجب القاضي إزالة الضرر ما أمكنه،لأنه بذلك يحفظ عليهم أمنهم وحقوقهم،ويرفع ما حصل من إنقاص للحقوق وبالتالي يعيد الاستقرار والتوازن المالي والنفسي والاجتماعي لطرفي العلاقة.

عبء إثبات الضرر الناجم عن التطليق والنشوز:باعتبار أن الضرر هو السبب الأساسي للحصول على التعويض في حالة التطليق والنشوز فإنه يستلزم إثباته من طرف من يدعي بحصوله،ففي ما يتعلق بالتطليق نجد أن الزوجة لها أن تثبت أسباب طلبها للتطليق وحصولها على التعويض بكافة الوسائل القانونية والشرعية[2]،وفي بعض الحالات يكون لها قرينة قاطعة على قيام الضرر تستلزم فقط عرضها على القضاء للاحتجاج بها وتتمثل خاصة في حالة وجود حكم قضائي يثبت قيام الزوج بالوقائع المدعى بها من طرف الزوجة.

وفيما يتعلق بحالة النشوز نجد أن عبء الإثبات يقع على من يدعي بقيامه ولا يمكن إثباته إلا بموجب حكم قضائي وهو ما أثبتته جل الأحكام القضائية من ذلك الحكم الصادر عن محكمة الخروب بتاريخ 15-11-2005[3]، وما تضمنه قرار صادر عن المحكمة العليا في 09-03-1987جاء فيه [4]:" من المقرر شرعا أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من أجله من حقوقها الواجبة شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها ومن ثم القضاء بغير هذين المبدأين يعد خرقا للقوانين الشرعية."أما الضرر فهو مفترض بمجرد نشوز أحد الزوجين.

---

[1] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص160.

[2] محمد خضر،قادر،مرجع سابق،ص300.

[3] قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/150)،فهرس رقم(05/698).

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(45311)،المجلة القضائية العدد،الثالث،1990،ص61.

نستنتج مما سبق أن القاضي يستند في الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز الى أحكام قانون الأسرة تأسيسا على قاعدة لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال .

الخلاصة: نخلص مما سبق إلى نتيجة مفادها أن تقدير القاضي لقيام الضرر في حالة التطليق يستند إلى معيار شخصي وآخر موضوعي ويتمتع القاضي حيال تقرير استحقاق التعويض بسلطة تقديرية تتأرجح بين الإطلاق والتقييد حسب قوة أدلة إثبات الضرر، أما فيما يخص حالة نشوز أحد الزوجين فإن سلطة القاضي مقيدة بإثبات النشوز للحكم بالتعويض،أما الضرر فهو مفترض بموجب القانون.والأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقرير ذلك هو أحكام قانون الأسرة الجزائري التي تستند إلى مبدأ شرعي يتمثل في قوله صلى الله عليه وسلم:"لا ضرر ولا ضرار"وقاعدة{الضرر يزال}.

خلاصة المبحث الأول:

من خلال عرضنا لهذا المبحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

1-أن سلطة القاضي في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطليق والنشوز من الناحية القانونية هي سلطة مطلقة أما من الناحية القضائية فهي مقيدة بجملة من السوابق القضائية التي اعتاد القضاء الجزائري على إتباعها والعمل بها.

2-إن استحقاق التعويض في حالة العدول عن الخطبة يكون عن فعل الذي صاحب العدول وليس العدول ذاته،أما عبء إثبات الضرر فيقع على الطرف المدعي وله إثبات هذه الواقعة القانونية بكل وسائل الإثبات القانونية،ويستند القاضي في تقرير الحق في استحقاق التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق،أما الأساس القانوني فيتمثل في نص المادة(3/5)من قانون الأسرة وكذا المادة (222) من نفس القانون.

3- يستند القاضي في تقدير التعسف و تحميل الزوج مسؤولية الطلاق لأحكام المادة (52) من قانون الأسرة الجزائري وكذا أحكام الشريعة الإسلامية ويعتمد في تقدير ذلك على المعيار الشخصي الذي يبحث بموجبه عن أسباب ودوافع إيقاع الطلاق؛وآخر موضوعي يتمثل في محاولة الموازنة بين الحقوق وما يصيب الزوجة من ضرر.

4- يستلزم لاستحقاق الزوجة للتعويض في حالة التطليق إثبات قيام الضرر والذي يملك القاضي إزاءه سلطة تقديرية تختلف باختلاف قوة أدلة إثبات الضرر.أما الأساس الذي يعتمده في تقدير ذلك فهو القواعد الشرعية المقررة"لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال".

5-أن سلطة قاضي شؤون الأسرة فيما يتعلق بحالة نشوز أحد الزوجين مقيدة من الناحية القضائية بضرورة وجود حكم قضائي حائز الحجية يثبت واقعة النشوز،أما حصول الضرر فهو مفترض بموجب القانون.

المبحث الثاني

سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض

إن الهدف من بحث السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض هو معرفة النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي والذي يسبق تحديده لمبلغ التعويض الذي يدفع لجبر الضرر، فالتعويض في ذاته هو عملية آلية كما سبق ذكره؛ ولكن سلطة القاضي في تقديره هي التي تستلزم التوضيح،وهذا تبعا لكل حالة من الحالات التطبيقية المنصوص عليها في قانون الأسرة والمتمثلة في العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطليق والنشوز.

لذلك سنحاول في هذا المبحث بحث كيفية تقدير القاضي للتعويض عن كل حالة وهذا وفقا للمطالب الثلاث التالية:

المطلب الأول:تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة العدول عن الخطبة.

المطلب الثاني:تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة الطلاق التعسفي .

المطلب الثالث:تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز .

المطلب الأول:تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة العدول عن الخطبة

إن تقدير القاضي لمبلغ التعويض لجبر الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة يستلزم إجراء نشاط ذهني يهدف القاضي من خلاله إلى منح تعويض عادل للطرف المضرور،فعند ممارسة نشاطه التقديري في هذه المسألة لا بد عليه الأخذ بعين الاعتبار عناصر الضرر التي من خلالها يستطيع حساب التعويض، كما يتوجب عليه بيان عناصر التقدير وكذا تحديد الوقت الذي ينشأ فيه الحق في التعويض.

وسنحاول في هذا المطلب بيان مدى سلطة ودور القاضي في ذلك من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض.

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

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

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض

فبالرغم من أن تقدير التعويض من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع بحسب ما يراه مناسبا وفقا لظروف ومقتضيات الدعوى وما تم تقديمه من الخصوم[1]، إلا أنه يتوجب عليه عند الحكم بمبلغ التعويض بيان عناصر الضرر التي قدر التعويض على أساسها[2]، لأن تعيين العناصر المكونة للضرر تعد من المسائل القانونية التي يتوجب على القاضي بيانها في الحكم،وعدم بيان ذلك يؤدي إلى بطلان الحكم أو قصور أسبابه[3]، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ24-2-1986[4]. وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية أيضا

---

[1] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(216865)،سبق ذكره.

[2] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص166؛طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص157؛حكيمة،بعطوش:«**تعويض الضرر المعنوي**»،**نشرة القضاة**،وزارة العدل،الجزائر،العدد47،1995،ص104.

[3] باسل محمد يوسف قبها،مرجع سابق،ص40.

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(39689)،"قرار غير منشور".نقلا عن العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر (05-02)،مرجع سابق،ص246.

بتاريخ30-11-199بقولها:"محكمة الموضوع لها السلطة التامة في فهم الوقائع في الدعوى وتقدير الأدلة ومنها أقوال الشهود مادامت لم تخرج بها عما يؤدي إلى الخروج بها عن مدلولها ولم تعتمد على واقعة بلا سند..."[1].

وعلى ضوء ذلك يتوجب على القاضي ذكر العناصر التي استند إليها في تقدير التعويض انطلاقا من بيانه لعناصر الضرر والمتمثلة في الإخلال بمصلحة المضرور المالية وغير المالية ويلاحظ بالنسبة للأولى أنه يسهل للقاضي تقديرها في حين يصعب التقدير في الثانية لأنها مصلحة معنوية وهنا لابد من إعمال المعيار الشخصي من طرف القاضي للوصول إلى حجم الإخلال بهذه المصلحة والتي يتم التعويض على أساسها.

إن القاضي عند تقديره للتعويض يأخذ بعين الاعتبار المصلحة المالية وغير المالية للمضرور،وتتمثل المصلحة الأولى في الخسائر المالية التي تكبدها المعدول عنه كتكليف الخاطب للخطيبة بجهاز غالي الثمن، أو كأن تفرض الخطيبة على الخاطب التعجيل في بناء مسكن الزوجية مما اضطره إلى الاقتراض من الغير لأجل القيام بذلك ثم قامت بالعدول فهذه المسائل وإن لم يفصح عنها القاضي في الحكم فإنه يكفيه التوضيح بأن هناك إخلالا بمصلحة المضرور فيضعها بعين الاعتبار عند التقدير ،وتتمثل المصلحة غير المالية في ما يصيب سمعة وشرف أحد الطرفين جراء العدول ويلاحظ في هذه الحالة صعوبة تقدير القاضي للمقابل الذي يدفع كجبر للمضرور على هذا الجانب وهنا لابد للقاضي من الاعتماد على المعيار الشخصي عند تقدير التعويض[2]، في حين نجد أنه في الحالة الأولى يعول على المعيار الموضوعي من أجل التدقيق في حجم الخسائر أو الأضرار المادية حيث أن القاضي يستند إلى المألوف في مثل هذه الحالات ولا يمكن أن يوافق على كل ما تم تقديمه من دلائل تثبت حجم الخسائر التي تكبدها إلا بعد التأكد

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(40853)،قرار بتاريخ5-5-1986"غير منشور".نقلا عن العربي بلحاج،مرجع نفسه،ص247.

-المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(75029)قرار بتاريخ18-6-1991،المجلة القضائية،العدد الثاني،1994،ص65.

[1] الطعن رقم147لسنة64 قانون أحوال شخصية.نقلا عن:سيد أحمد،إبراهيم:**الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقها وقضاء**."د.ط"؛الإسكندرية:مكتب الجامعي الحديث،2003،ص72.

[2] حكيمة بعطوش،مرجع سابق،ص104-105؛ سعيد مقدم،مرجع سابق،204-205.

من ذلك بإجراء تحقيق فيها وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 2-4-1984[1].

كما يدخل في تقدير تعويض الضرر المحقق الوقوع وليس الضرر المحتمل لأن التأسيس عليه يؤدي إلى القصور في التسبيب غير أنه يمكن إدخال مسألة تفويت الفرصة عند تقدير التعويض لأن المخطوبة ببقائها على وعد الخاطب يكون قد ضيع عليها عدة فرص للزواج خاصة إذا تقدمت في السن فتقل الرغبة فيها وعلى هذا يمكن إدخال القاضي مسألة تفويت الفرصة على المخطوبة عند تقدير التعويض.

إن قاضي شؤون الأسرة وأثناء قيامه بالنشاط الذهني من أجل حساب التعويض الذي يدفع للطرف المعدول عنه يدخل ضمنه هذه العناصر لأنها هي التي يقوم بتسبيب حكمه بها ولا يجدر به ذكرها بالتفصيل وإنما فقط عليه الإشارة إليها عند بناء الحكم في الشق المتعلق بتقدير مبلغ التعويض.

نستنتج مما سبق أن تقدير التعويض يخضع لسلطة قاضي الموضوع ويتم تقديره وفقا لما يستخلصه من عناصر الضرر التي يتوجب عليه الاستشهاد بها عند تسبيب الحكم ولا يقتضي بيان كل عنصر على حدى؛وإنما بإمكان القاضي دمج هذه العناصر وفقا لما يتمتع به من سلطة تقديرية.غير أننا نتساءل عما إذا كان لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة فيما يتعلق بتحديد مقدار التعويض وطريقة دفعه؟

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في المادة(3/5)من قانون الأسرة الجزائري على مبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن الأفعال المصاحبة للعدول عن الخطبة مكتفيا بهذا الحد، تاركا المجال لقاضي شؤون الأسرة في إعمال سلطته التقديرية في تقدير تعويض ما تم إثباته من ضرر.

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(32779)،المجلة القضائية،العدد الثاني،1989،ص61.

فنص المادة المذكورة أعلاه لم يحدد للقاضي نوع التعويض الذي يقرره للضرر الناجم عن العدول عن الخطبة كما لم يبين له الطريقة التي يحكم بها لدفع التعويض وكذا مقدار التعويض مما يعني ترك ذلك لاجتهاد القاضي وهنا نتساءل عن الأساس القانوني الذي يستند إليه في هذه الحالة؟

إن المشرع الجزائري نص في المادة(222)من قانون الأسرة الجزائري على أنه في حالة انعدام النص القانوني لحل الإشكال المطروح يتوجب على القاضي في هذه الحالة اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه فإن الاجتهاد يكون في إطار هذه الأخيرة.

أولا:نوع التعويض الذي يقرره القاضي:بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن الفقه الإسلامي يذكر ثلاثة صور للتعويض وهي:

1-التعويض العيني أو المثلي:ويقصد به محو المعتدي للضرر الذي أحدثه للمضرور طالما كان ذلك ممكنا وإعادة الحال إلى ما كان عليه فهي من أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأنه إذا كان الشيء الذي اتلف أو أعدم مثليا وجب تعويضه بمثله وإن كان قيميا فبمثله[1]. ويلاحظ أن هذا التعويض يكون شائعا في المسائل العينية لذلك يستبعد من مجال التعويض عن الضرر فيما يتعلق بحالة العدول عن الخطبة وذلك لصعوبة إرجاع الحال إلى ما كانت عليه وهنا لا بد من الذهاب إلى النوع الثاني من التعويض والمتمثل في:

2- التعويض بمقابل: وهذا يكون في حالة ما إذا أصبح التنفيذ العيني متعذرا كما في مسألة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة،إذ يتوجب في هذه الحالة الحكم به ولكن هذا النوع من التعويض ينقسم بدوره إلى نوعين:

أ-التعويض غير النقدي: قد يتعذر في بعض الحالات على القاضي الحكم بالتعويض العيني فيلجأ إلى التعويض غير النقدي والذي يتمثل عادة في مطالبة المدين بالفسخ في حالة عدم جدوى التنفيذ.وهذا النوع من التعويض كذلك لا يمكن إعماله في مسألة التعويض عن الضرر الناجم عن الخطبة.

[1] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص332.

ب-التعويض النقدي:يعد هذا النوع من التعويض القاعدة العامة والأصل في التعويض ويتمثل في مبلغ من النقود يدفع إلى الطرف المضرور وهذا النوع من التعويض هو الذي يتم به جبر الضرر الحاصل[1].

ثانيا:طريقة التعويض:لم يحدد المشرع الجزائري للقاضي في المادة(3/5) من قانون الأسرة الجزائري طريقة منح التعويض وما إذا كان يحكم على المسؤول بدفعه إجمالا أو بالتقسيط أوفي شكل إيراد مرتب مدى الحياة،كما لم يحدد سقفا معينا للتعويض ليلتزم به القاضي وإنما ترك هذا الأمر لمطلق سلطة القاضي التقديرية واجتهاده تبعا لظروف وملابسات كل قضية[2]، بناء على الوقائع المعروضة عليه وعناصر الضرر التي استمدها من ظروف الدعوى وملابساتها وكذا ظروف أطراف الدعوى.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري في هذه المسألة نجد أن المشرع بموجب نص المادة (131)منه بين للقاضي أسسا يستند إليها في تقدير التعويض حيث نصت بأن على القاضي تقدير التعويض استنادا إلى الظروف الملابسة و بإمكان المضرور عند تعذر تقدير التعويض إمهال الطرف المضرور مدة للمطالبة بالنظر من جديد في التقدير.

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن أحكامها توجب على القاضي أن لا ينظر بصفة موضوعية تماما عند تقدير مبلغ التعويض وإنما يجب عليه الدمج بين التقدير الموضوعي والشخصي لذلك يقول الفقه الإسلامي بضرورة تقدير مبلغ"الضمان" التعويض عن طريق النظر في الظروف الملابسة والمتعلقة بكل قضية على حدى،إذ يتوجب على القاضي البحث دائما والاجتهاد[3] وهذا نظرا لتغير ظروف الدعوى تبعا لموضوعها وكذا أطرافها،إضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار عند التقدير حجم الضرر وليس حجم الخطأ لأن دور التعويض وإن كان دورا مزدوجا يتمثل في ترضية المضرور بمنحه تعويضا عادلا لإصلاح الضرر، ودور التعزير ويتجلى في

---

[1] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص184-185؛محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص331.

- العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(41560)،تاريخ القرار7-4-1994،المجلة القضائية،العدد الثاني،1989،ص69.

[2] محمود محمد ناصر بركات،مرجع نفسه،ص329.

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(56097)،تاريخ القرار25-12-1989،سبق ذكره.

[3] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق،ص329.

التشديد على المسؤول عن الضرر؛إلا أن هذا التعويض لا يصل إلى درجة عقاب المسؤول وإنما يبقى مرتبطا دائما بمبدأ لا ضرر ولا ضرار"فيرفع الضرر عن المضرور بطريقة شبه موضوعية ويحدد مسؤولية مرتكب الفعل الضار على أساس موضوعي مجرد."[1]

ومن هذا المنطلق نجد أن القاضي عند تقدير التعويض يستند إلى معيار موضوعي وهذا من أجل تقييم الأضرار المادية الناجمة عن العدول عن الخطبة وهذا نظرا لثبوتها لدى القاضي بموجب أدلة مادية تتعلق بتقييمها مما يستلزم الاستناد إلى حجم الضرر عند التقدير،في حين يستند إلى معيار شخصي عند تقدير مبلغ التعويض عن الضرر المعنوي لأن هذا الأخير لا يخضع لمعايير مادية؛ وهنا نلاحظ أن القاضي عند تقديره للتعويض عن هذا النوع من الضرر لا يمكنه الفصل بين شعوره الشخصي وشعور المضرور اتجاه المسؤول مما يقتضي هنا القول أن القاضي يقوم برفع أو خفض مبلغ التعويض تبعا لجسامة خطأ المسؤول وإن كان القاضي لا يفصح عن ذلك وإنما يقوم به وهو بصدد ممارسته النشاط الذهني لتقدير وتحديد مبلغ التعويض وفي ذهنه-كما سبق القول-مبدأ لا ضرر ولا ضرار[2].

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

أ- مراعاة الظروف الملابسة:لقد أثير خلاف فقهي حول المقصود بالظروف الملابسة وما إذا كان المقصود بها الاعتداد بظروف أحد طرفي العلاقة في التعويض أو الاعتداد بظروف أحد الطرفين دون الآخر؟

فذهب جانب من الفقه إلى القول بوجوب مراعاة ظروف الطرف المضرور وما لحقه من أضرار مادية ومعنوية ولا ينظر إلى ظروف المسؤول.بينما ذهب جانب آخر إلى القول أنه لابد من الاعتداد بظروف الطرف المسؤول وما صاحب أفعاله من نية إيقاع الضرر.في حين كان هناك فريق آخر ذهب موقف وسط بين القولين ورأى بضرورة مراعاة ظروف كلا الطرفين المضرور والمسؤول شريطة أن لا يؤدي ذلك إلى المغالاة في تقدير التعويض أو جعله غير عادل لجبر الضرر

[1] محمد ابراهيم دسوقي،مرجع سابق،ص77.

[2] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص324.

الحاصل[1]. و بالنسبة لقاضي شؤون الأسرة نجد أن المشرع ألزمه بالبحث في أحكام الشريعة الإسلامية والتي تحيله في بعض المسائل إلى العرف باعتباره المصدر الثاني بعد الشريعة الإسلامية[2].

لذلك نجد أن القاضي عند تقديره مبلغ التعويض يقوم بالبحث في الظروف الشخصية المتعلقة بالطرف المضرور ويأخذ في عين الاعتبار ظروف المسؤول وهذه الاعتبارات تدخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض ولكن يجب أن لا تؤثر على تقدير القاضي للتعويض الذي يجب أن يكون عادل وكفيلا بجبر الضرر.

ب- أن القاضي يأخذ بعين الاعتبار عند التقدير الضرر المباشر والمتوقع من جراء هذا العدول أما الضرر غير المتوقع فلا تعويض عنه كما يشتمل تقدير التعويض عن الضرر في هذه الحالة ما فات المعدول عنه من تفويت فرص الزواج وبناء أسرة وغيرها.

وفي مجال شؤون الأسرة لا يمكن القول بالتعويض عما فات الشخص من كسب وما لحقه من خسارة،لأن العلاقات الإنسانية لا يمكن أن تقوّم بنفس الطريقة التي تقوم بها الأشياء العينية كما عليه الحال في القانون المدني، ولكن في مثل هذه العلاقات نأخذ بعين الاعتبار ما فات الشخص من فرص أو تفويت فرصة[3].

أما فيما يتعلق بكيفية تقدير القاضي لدفع التعويض للمضرور نجد أن قانون الأسرة لم يحدد للقاضي ذلك مما يجعله يقضي وفقا لمبدأ عام يتمثل في إلزام المضرور بدفع التعويض دفعة واحدة باعتبار أنه لا يوجد نص قانوني يقضي بجعل التعويض يدفع في شكل أقساط أو مرتب مدى الحياة،إلا أن هذا لا يعفي القاضي من ترخيصه بأن يدفع التعويض على أقساط أو في شكل مرتب مدى الحياة تبعا لظروف المسؤول المالية.

---

[1] حكيمة بعطوش،مرجع سابق،ص103.

[2] المستشارة شراب حسينة؛رايس مريم؛بن سالم نجوى ؛مقابلة سابقة؛ضيف الله الربيع،محامي معتمد لدى المحكمة العليا وقاضي سابق،مقابلة أجرتها الباحثة شخصيا ،يوم 20-2-2011.

[3] بن سالم نجوى،و رايس مريم،مقابلة نفسها؛محمد كمال الدين إمام،وجابر عبد الهادي،مرجع سابق،ص70.

ويمكن القول من خلال ما سبق أن تقدير القاضي للتعويض تكون الغاية منه جبر الضرر دون أن يكون هناك إثراء لطرف على الأخر،وبالتالي يكون تقدير التعويض كاملا وعادلا لطرف المضرور وهذا هو المغزى من الأخذ بالنظر للاعتبارات الشخصية عند إجراء التقدير.

ولأن التشريع القانوني لم يبين للقاضي معيارا واضحا يستند إليه في تحديد مبلغ التعويض عن الضرر فقد عمد الفقيه عبد الرحمان الصابوني في هذه المسألة إلى القول أنه يجب أن يتقيد التعويض في حالة العدول عن الخطبة بنصف المهر لأنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم بأكثر مما سيدفعه الطرف العادل في حالة تم العقد وهذا حتى لا يتعسف القاضي في التقدير.

غير أنه بالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذه المسألة نجد أن هناك من الأحكام القضائية عند تقديرها لمبلغ التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة من تخلط بين عدول الزوجة عن إتمام إجراءات الزواج وما يتم تقديره من تعويض عن هذه الحالة وبين عدولها عن إتمام الخطبة وما يقدر عنها من تعويض يستند إلى عناصر الضرر الناتجة عنها. إذ في الحالة الأولى تستحق الزوجة بموجب عقد الزواج والطلاق قبل الدخول طبقا لنص المادة(16)من قانون الأسرة لنصف المهر للطلاق قبل الدخول إضافة إلى التعويض عن تعسف الزوج وهذا استنادا إلى أحكام المادة(52)من نفس القانون، ولا يمكن تطبيق –في هذه الحالة– أحكام المادة (5)من قانون الأسرة المتعلقة بالخطبة لأنها لم تعد موجودة قانونا؛فقد حل محلها عقد الزواج.

وأما فيما يتعلق باستحقاق الزوج للتعويض في حالة امتناع الزوجة عن إتمام عقد الزواج نجد أن القانون لم يجب عن هذه الحالة ولا يجوز منحه التعويض دون استناد إلى نص قانوني غير أنه والملاحظ على قرار صدر عن المحكمة العليا بتاريخ 13-7-1993عند تقديره مبلغ التعويض منح للزوج نتيجة امتناع الزوجة عن إتمام إجراءات الزواج مبلغا ماليا يفوق ما منحه الزوج من صداق لزوجته وحرم هذه الأخيرة من كامل الصداق وهذا تأسيسا على أحكام العدول عن الخطبة المنصوص عليها في المادة(5)من قانون الأسرة، حيث جاء في منطوقه:"أنه من المقرر قانونا أنه يتوجب على المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها.

ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول.

ولما ثبت–من قضية الحال–أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج وبدون مبرر شرعي أو قانوني،فانه لا يمكن والحالة هذه تحميل–المطعون ضده–بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك،وأن دفع الطاعنة بأحقيتها في نصف الصداق،إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج،مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضاءهم ويتوجب رفض الطعن." [1] فهذا القرار أيد مجلس قضاء قسنطينة الذي قضى في قرار صادر عنه بتاريخ 4–12–1990بوجوب إرجاع الزوجة لزوجها كامل الصداق المقدر ب100000دج ومبلغ 10.000دج كتعويض له عن الأضرار الناتجة عن عدول الزوجة على إتمام إجراءات الزواج مع ردها له لكافة الهدايا التي قدمها لها واستند القرار على أحكام المادة(16)و(5)من قانون الأسرة وقد ساندت المحكمة العليا هذا التأسيس حيث جاء في حيثيات نفس القرار:"...وقد أتاحت المادة(5)من قانون الأسرة للخاطب أن يستعيد كل مالم يستهلك من الهدايا إذا عدلت المخطوبة عن الخطبة فأحرى وأولى أن يكون له ذلك في حالة عدول الزوجة عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني...التي لم يخطئ القضاة في شأنها بتطبيق أي نص قانوني خاصة المادة (5).ثم إن الطلاق الذي يعطي للزوجة الحق في نصف الصداق قبل الدخول بها إنما هو الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته فيتحمل مسؤوليته وفقا لما تقضي به الشريعة الإسلامية...والمادة(16)مستمدة منها..."[2]

نلاحظ أن هذا القرار حاول سد فراغ تشريعي يتعلق بتعويض الزوج في حالة امتناع الزوجة عن إتمام عقد الزواج وحاول تقدير مبلغ التعويض واستحقاقه عن طريق تطبيق النص القانوني المتعلق بالعدول عن الخطبة؛ولكن هذا الأمر غير مستساغ قانونا لأننا نلاحظ هنا فرقا بين العدول عن الخطبة الذي أساسه قيام علاقة الخطبة وبين العدول عن الزواج والذي أساسه قيام عقد زواج.

وعليه نجد أن القرار أخلط بين عدول الزوجة عن إتمام إجراءات الزواج وعدولها عن الخطبة واعتبرهما شيئا واحدا وقام بتقدير التعويض استنادا إلى ذلك.

---

[1] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(92714)،مجلة قضائية،العدد الأول،1995،ص128.

[2] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(92714)،سبق ذكره،ص132.

ولا بد من التنبيه أن التعويض يجب أن يكون معادلا لحجم الضرر الواقع ومقدرا بمدى جسامته،كما يشترط أن يتم عن الضرر المباشر والمحقق الوقوع،أما نوع التعويض فإنه يكون في شكل مبلغ مالي قد يدفع مرة واحدة أو في شكل أقساط وهذا بالنظر إلى قدرة المسؤول على التسديد.

نستنتج مما سبق أن تقدير القاضي لمقدار التعويض وطريقة دفعه في حالة العدول عن الخطبة يستند إلى أسس تتمثل في الأخذ بالظروف الملابسة وكذا حجم الضرر الذي يشترط فيه أن يكون مباشرا وحالا ومحقق الوقوع،كما يشتمل التقدير على ماتم تفويته من فرص للطرف المعدول عنه ويحكم بدفع مبلغ التعويض نقدا ويكون دفعة واحدة أو بالتقسيط حسب حال المسؤول.

الفرع الثالث:وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة

لقد اختلف الفقه حول الوقت التي ينشأ فيه الحق في التعويض،حيث ذهب رأي إلى القول أن الحق ينشأ من يوم حصول الضرر،ويكون حكم القاضي بالتعويض عن الضرر حكما كاشفا لهذا الحق،في حين ذهب رأي آخر للقول أن نشوء الحق في التعويض يكون من يوم الحكم،فالحكم يعد مقررا للحقوق. أما الرأي الثالث فيمكن القول أنه كان وسطا بين الرأيين وقالت به"الاستاذة لوسين ربيير في رسالتها لسنة 1933"حيث رأت أن الالتزام بالتعويض ينشأ من يوم حدوث الضرر وهو حق ينتقل للورثة بعد موت المضرور،ولكن يتحول هذا الالتزام إلى التزام بدفع التعويض يوم الحكم ،وعليه لابد من الاعتداد بهذا الوقت عند تقدير مبلغ التعويض"[1].

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية في هذه المسألة نجد أنها لا تجيبنا عن هذا التساؤل كما لا يوجد نص قانوني يتعرض لها ولكن بالرجوع إلى الآراء الفقهية ومحاولة تسليطها على حالة العدول عن الخطبة نجد أنه لا بد من الأخذ بعين الاعتبار كلا الرأيين ففعل العدول إذا رتب ضررا للطرف المعدول عنه فإنه بمجرد حصول الضرر ينشأ الحق في التعويض غير أن هذا الحق لا يكون مدعما بالحماية القانونية ومولدا لالتزام قانوني إلا من يوم الحكم للطرف المعدول عنه بالتعويض من طرف القاضي.

[1] سعيد مقدم،مرجع سابق،ص208-209.

ملاحظة: إن مواد قانون الأسرة الجزائري لم تجبنا على كثير من الإشكاليات المطروحة بصدد التعويض عن الضرر وهنا لا بد من تنبيه المشرع الجزائري إلى وضع نصوص قانونية تحدد للقاضي أسس تقدير التعويض ومقداره من خلال تحديد سقف معين للتعويض كما أنه لا بد من تقييد سلطة القاضي في مسألة تقدير التعويض وهذا حتى لا يكون تعسفا ثانيا من قبله.

خلاصة: نخلص مما سبق إلى نتيجة مفادها أن تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة هو من مسائل الواقع التي لا يلتزم فيها قاضي الموضوع إلا بإيضاح عناصر الضرر الذي من أجله قضى بالتعويض ومتى كان الحكم قد بين عناصر الضرر فإن تقدير التعويض الجابر للضرر وتحديد أسس تقديره هو من سلطة القاضي ما دام أنه لا يوجد في القانون نص يحدد ذلك،كما أن وقت استحقاق التعويض يكون من يوم حصول الضرر بينما تقدير التعويض والإلزام بدفعه يكون وقت الحكم.

المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي

لقد ذهب المشرع إلى إقرار مسؤولية الزوج عن الطلاق،حيث قال بموجب نص المادة(52)من قانون الأسرة أنه"إذا ثبت تعسف الزوج حكم القاضي للزوجة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"،غير أنه لم يبين كيفية تقدير التعويض ومقداره وكذا طريقة دفعه تاركا ذلك كله لمطلق اجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي يتوجب عليه إعمال نشاطه الذهني في تقدير قيمة التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة جراء الطلاق التعسفي.

وعليه سنحاول في هذا المطلب بحث سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر التي بموجبها قرر استحقاق التعويض وبيان كيفية تقديره لمقدار التعويض وأسس ذلك ووقت تقديره وهذا ضمن الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض.

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض .

الفرع الثالث:وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي.

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض

إن تحديد القاضي لعناصر الضرر التي بموجبها قرر منح الطرف المدعي التعويض يعد من مسائل القانون التي لا يجوز لقاضي الموضوع إغفالها وتجاهلها،إذ يتوجب على القاضي بيانها عند الحكم لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع[1].

فقاضي شؤون الأسرة له الاستقلالية التامة في بحث الوقائع واستخلاص ما هو منتج منها وطرح ما دونه فهو مقيد في ذلك بما تم تقديمه من طرف الزوجين من طلبات ودفوع دون تجاوز ذلك ضمانا لحياده وعدم القضاء بعلمه الشخصي أو قضائه بغير ما طلب منه؛أما فيما يتعلق بما تم استخلاصه من وقائع منتجة فيتوجب عليه سردها جميعا مع الأدلة التي تساندها لأنها هي التي يتم عن طريقها تقدير التعويض،وهنا نجد أن القاضي غير ملزم بتقدير التعويض عن كل عنصر على حدى وإنما يقوم القاضي بدمجها جميعا وتقديرها إجمالا. وفي هذا الإطار جاء حكم صادر عن محكمة النقض المصرية قولها أنه:" متى كان ما أورده الحكم يتضمن في ذاته الإحاطة بأركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية مما يستوجب الحكم على مقترفه بالتعويض،فلا تثريب على المحكمة إذ لم تبين عناصر الضرر الذي قدر على أساسه مبلغ التعويض المحكوم به إذ الأمر في ذلك متروك لتقديرها بغير معقب."[2] وهو الأمر المعمول به من طرف القضاء الجزائري حيث أنه بالرجوع إلى الأحكام والقرارات القضائية نجد أن حيثياتها تقوم بتحديد الوقائع التي بموجبها تقرر استحقاق التعويض في حين تكتفي ببيان النص القانوني الذي يقضي بمنح التعويض في حالة ثبوت فرضه[3].

وعليه نجد أن القاضي في مجال الطلاق التعسفي يقوم بالتركيز على بيان أن الطلاق وقع تعسفا مع بيان كيف ثبت لديه ذلك،ثم يقرر استحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر اللاحق بها ويقضي بمنحها مقدارا من التعويض عن هذا الضرر دون أن يبين ماتم تقديره من تعويض عن

---

[1] طه عبد المولى طه،مرجع سابق،ص159.

[2] طه عبد المولى طه،مرجع ،ص158.

[3] المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(21878)،قرار بتاريخ7-1-1980،مجلة قضائية،العدد الأول،1989،ص170.

-مجلس قضاء قسنطينة،محكمة الخروب غرفة الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/377)،فهرس رقم(06/08).

الضرر المادي وماتم تقديره عن الضرر المعنوي،وإنما يقوم بدمجهما معا ويمنح لها تعويضا إجماليا عن ذلك.

وبالرجوع إلى القانون المقارن في هذه المسألة نجد أن القانون التونسي يقوم بتقدير التعويض عن الضرر المادي بصفة منفردة عن الضرر المعنوي ويلزم القاضي بضرورة تحديد ذلك في حكم القاضي بمنح التعويض عن الطلاق التعسفي[1]، في حين ينص القانون السوري والأردني على بيان البؤس والغبن الذي سيصيب الزوجة جراء هذا الطلاق غير المبرر من الزوج مما يستلزم منحها التعويض دون تقيده بتفصيل عناصر الضرر عند تقدير التعويض.

نستنتج مما سبق أن لقاضي شؤون الأسرة دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض،ولكن يشترط من جانب آخر ضرورة بيانه لعناصر الضرر لأنها تعد من مسائل القانون التي لا يجوز للقاضي إغفالها.

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض عن الطلاق التعسفي

بالرغم من إقرار المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي إلا أنه من جانب آخر لم يحدد للقاضي معايير معينة يستند إليها في تقدير التعويض، مما يستلزم من قاضي شؤون الأسرة اللّجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد هذه المعايير.

أولا:أسس تقدير التعويض: باعتبار أن التعويض يرجع أصله الشرعي إلى المتعة التي أوجبها الله تعالى للمطلقة ،حيث جاء في محكم تنزيله:﴿ **لاَّ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِٱلْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ**﴾[2]،وقوله تعالى﴿**وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ**﴾[3] فإن القاضي يستعين بما تضمنته هذه الآيات الكريمة من عناصر تقدير المتعة لتقدير التعويض لانعدام النص القانوني الذي يوضح هذه المسألة.

---

[1] محكمة تعقيب تونس قسم مدني ،ملف رقم(49352)،قرار بتاريخ21-5-1996،نقلا عن:الاجتهادات القضائية الموضوعة بموقع وزارة العدل التونسية: http://jurisprudence.e-justice.tn،تاريخ زيارة الموقع10-1-2011م.

[2] سورة البقرة:الآية236.

[3] سورة البقرة:الاية241.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية وما هو معمول به قضائيا نجد أن الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم تكتفي بذكرها لمبلغ التعويض دون بيان أسباب الحكم بهذا المبلغ أو عناصر تقديره،ونجدها غالبا لا تحكم بالمبلغ المطالب به وتورد عبارة نجدها في معظم الأحكام القضائية وهي "**وحيث أن المبلغ المطالب به مبالغ فيه ويتعين خفضه إلى الحد المعقول**"[1] دون بيانها أو ذكرها أسباب خفضه وأسس تقدير ذلك كما أن هناك من الأحكام من لا تناقش حتى المبلغ المطالب به وتقضي في المنطوق مباشرة بمبلغ معين للتعويض كما هو عليه الأمر في الحكم الصادر عن محكمة الخروب بتاريخ 3-1-2006[2]،غير أن هذا الحكم يعد مشوبا بقصور في التسبيب لأن القاضي إن كان له أن يدمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض فإنه من جانب آخر ملزم ببيان سبب الحكم بهذا المبلغ لأن هذا يعد من صميم القانون وهو الأمر الذي نص عليه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ2-4-1984[3]، حيث جاء فيه أنه:"من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع،فإن تسبيبه وبيان حال الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا للقواعد الشرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية " هذا ويضيف نفس القرار في حيثياته أن على القاضي عند تحديده لمبلغ التعويض أو رفعه تبرير ذلك حيث جاء فيه :"إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف قد رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به إلى الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما وفقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر ودون اعتبار كذلك لما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانات الزوج المادية،فان هؤلاء القضاة فصلوا دون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ

---

[1] أنظر في ذلك إلى عينة من الأحكام القضائية الواردة في ملحق هذه الدراسة.+

[2] القضية رقم(05/126)،فهرس رقم(06/03).

[3] غ.أ.ش،ملف رقم(32779)،سبق ذكره،ص61.

المتعة دون إحالة." وعليه يتضح من جملة ما نصت عليه الآية الكريمة سالفة الذكر وأيضا ما جاء في هذا القرار للمحكمة العليا أن على القاضي عند تقديره لمبلغ التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي أن يستند إلى الأسس التالية[1]:

1-**الظروف المادية لكلا الطرفين:** من عسر أو يسر دون الاعتداد بوضعية طرف دون الأخر وهذا من أجل تحقيق تعويض عادل يدفع إلى الزوجة ويكون هذا بداية ولكن بعد تحديد وضعية الطرفين من عسر أو يسر ينظر في وضعية الزوج المالية وهذا من أجل رفع حجم التعويض أو تخفيضه إلى المعقول حسب إمكانات الزوج[2] وهو ما أوردته الآية الكريمة سالفة الذكر حيث قالت بوجوب مراعاة حال الزوج من يسر وعسر وعلى قياس ذلك يتم تقدير التعويض.

ويلاحظ في هذا الصدد أن القاضي لا يلتفت ما إذا كانت الزوجة عاملة أو كان أهلها على سعة من المال.ولو نذهب إلى القانون المقارن في هذا الصدد نجد أن هذه القوانين تجعل من عمل الزوجة كسبب لعدم استحقاقها للتعويض وإن كان الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق.

2-الظروف التي أدت بالزوج إلى إيقاع الطلاق"درجة التعسف": وهذه من شأنها أن تدخل في حساب القاضي عند تقديره التعويض فهي تعد عاملا في رفع القاضي لمبلغ التعويض أو خفضه ويستشف القاضي هذه الظروف من خلال جلسة الصلح التي تكون في البداية لكل طرف على حدة ثم بعد ذلك يتم جمع الطرفين في جلسة واحدة،ونلاحظ أن لهذه الجلسة دور مهم في تكوين عقيدة القاضي ومن خلالها يستطيع الوصول إلى النتيجة النهائية فيما يتعلق بمدى استحقاق الزوجة للتعويض وكذا تقدير مبلغه،وفي ضوء ذلك نجد أن كفاءة وخبرة القاضي تلعب دورا جد مهم في تقصى الأسباب والظروف الحقيقية التي جعلت الزوج يقدم على الطلاق وبالتالي هذا الإجراء يدعم اقتناع القاضي وما تم استخلاصه من أدلة ونتائج عن الواقع المعروض عليه[3].

---

[1] ومع ذلك هناك من القضاة من يستند عند تقدير التعويض إلى نص المادة (79)من قانون الأسرة المتعلق بتقدير النفقة باعتبار انه لا يوجد نص قانوني يستأنس به في ذلك.وهو الأمر الذي تم تأكيده من خلال المقابلات الشخصية التي تم إجراءها مع كل من المحامي ضيف الله الربيع والمستشارتين شراب حسينة وبن سالم نجوى وكذا القاضية رايس مريم.

[2] حكيمة بعطوش،مرجع سابق،ص103.

[3] شراب حسينة،بن سالم نجوى،مقابلة سابقة.

3-أن يكون تقدير التعويض بالمعروف والمألوف:وهذا يكون فيه الأخذ بعين الاعتبار حال الزوجة ومركزها الاجتماعي والثقافي ومراعاة عادات وأعراف المنطقة الموجودة بها وهنا يكون اعتماد القاضي على مطلق اجتهاده باستعماله للمعيار الشخصي وكذا الموضوعي عند تقدير التعويض،وهذا لأن القضايا تختلف وكذلك ظروف أطرافها وهو ما يقول به رجال الفقه الإسلامي إذ يرون بأنه لا يجوز مقارنة متعة الزوجة الشريفة مع الزوجة الوضيعة وهو ما يؤكده القرار الصادر بتاريخ 24-2-1989 الذي جاء فيه:"أن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع،وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا،إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا مألوفا بالنسبة لحالتهما."[1] فالقرار نص على أن قاضي الموضوع عند تقديره للتعويض يجب أن يراعي حال الزوجين وكذلك ما هو مألوف في هذه الأحوال وهو تكريس لما نصت عليه الآية الكريمة سالفة الذكر.

4-مدة الزواج وسن الزوجة:ونلاحظ في هذا الصدد أن التقدير يختلف من قاض إلى آخر،فقد يجعل قاضي من طلاق الزوج لزوجته دونما سبب يدعو إليه رغم أنها عاشت معه لفترة طويلة وكرست حياتها لخدمته سببا لرفعه مبلغ التعويض عن الضرر الذي لحق بها بعدما فقدت الحياة الزوجية التي استقرت بها طويلا؛في حين يرى قاض آخر غير ذلك ويذهب باتجاه مخالف تماما لهذا الأمر وهنا فالقاضي له سلطة تقديرية مطلقة مادام قد ساق تبريرات كافية لحكمه، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 5-5-1986 حيث قالت أن:"من المقرر قانونا أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستنتجه من الوثائق المعروضة وليست عليه رقابة فيه."[2]

وفيما يتعلق بتقدير مبلغ التعويض عن الضرر المادي والمعنوي نجد أن الأحكام القضائية في هذا الجانب تقوم بتقدير إجمالي للتعويض دون أن تحدد حجم التعويض عن الضرر المادي وحجم التعويض عن الضرر المعنوي وهذا يدخل ضمن سلطته التقديرية في دمج عناصر التعويض كما

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(39689)قرار غير منشور.نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر (05-02) ،مرجع سابق،ص246.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(40853)قرار غير منشور.نقلا عن:العربي بلحاج،مرجع نفسه،ص247.

أسلفنا ذكره غير أن هذا لا يمنع القاضي من الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي وهذا إذا طالبت به الزوجة دون أن تطالب بالتعويض عن الضرر المادي كما جاء في الحكم الصادر عن مجلس قضاء سطيف بتاريخ29-4-1998[1].

ويلاحظ على جل الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري اكتفاءها بذكر التعويض عن الضرر بشكل عام دون تفصيل بين نوعي الضرر وتمنح تعويضا إجماليا عن ذلك.

5-يتم الاعتداد عند تقدير التعويض بحجم الضرر الواقع على الزوجة ومدى جسامته: حيث يعد معيار جسامة الضرر معيارا أساسيا يتحدد من خلاله رفع مبلغ التعويض أو خفضه. فالتقدير يكون بداية بصفة موضوعية حتى يتم تقديره بشكل عادل ثم يذهب القاضي للبحث في الظروف الشخصية لطرفي العلاقة مع التركيز في الحالة الأولى على حجم الضرر الذي أصاب الزوجة جراء تعسف الزوج في الطلاق كما يراعي الاعتذارات الخاصة بالزوج من أجل تحديد مبلغ التعويض وطريقة دفعه بشرط عدم الإخلال بحق المضرور في تعويض عادل فيستند القاضي دائما وهو بصدد إعمال نشاطه الذهني في تحديد مقدار التعويض إلى القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار والضرر يزال وهذا حتى لا يكون مجحفا في حق المطلقة أو إثراء لها على حساب الزوج.

وعليه يمكن القول أن القاضي في تقديره لمبلغ التعويض فإنه يستند إلى معيار معنوي موضوعي لتحقيق الغاية التي يصبو إليها القانون وهي تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وسد الذرائع وغلق باب الإساءة في استعمال الحق وإلحاق الأذى بالآخرين،كما يستند إلى معيار شخصي كذلك عند بحثه في حال الطرفين وظروفهما المادية والاجتماعية والاقتصادية مع مراعاة كذلك الأعراف والعادات من خلال جعل هذا التعويض في حدود المعقول بالنظر إلى حال الزوجين والمألوف عليه في المنطقة القاطنين فيها.

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(216865)،قرار بتاريخ16-3-1999.اجتهاد قضائي،عدد خاص،ص257.

ثانيا:مقدار التعويض:لقد وقع اختلاف داخل الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمقدار المتعة التي تمنح للزوجة بين من قال بوجوب تحديدها ومن قال بتركها للظروف والملابسات المتعلقة بكل حالة حيث انقسموا بذلك إلى قولين[1]:

-القول الأول: يرى أن المتعة محددة وبه قال الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في قول[2].

-أما القول الثاني: فيرى أن المتعة غير محددة ،بل بحسب ما يجد المطلق من قدرة وسعة وبه قال المالكية والشافعية في القول الثاني، وكذا الحنابلة في القول الثاني والظاهرية[3]،وقد اختلفوا في مقدارها بين أدناه وأعلاه[4].

كما فرق الفقهاء بين مقدار المتعة التي تمنح للمطلقة قبل الدخول وبعد الدخول حيث قالوا باستحقاق المطلقة قبل الدخول لنصف المهر المسمى كمتعة لها واستندوا في ذلك إلى قوله تعالى:﴿ **وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ** ﴾[5] التي فرقت بين الطلاق قبل الدخول حيث قدرت فيه المتعة بنصف مهر المسمى[6]، أما بعد الدخول فإنه لم يتم تقديرها وترك ذلك لإجتهاد القضاء الذي يستند فيه إلى عرف الناس ومراعاة حال الزوج يسرا أو عسرا.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد أنها تأثرت بهذا الخلاف الفقهي مما أدى إلى تباين في الأحكام والقرارات القضائية فكان هناك اختلاف في مقدار التعويض عن الطلاق بعد البناء وقبل البناء وحتى في هذه الحالة نجد هناك تباينا في الأحكام القضائية وهذا كالأتي:

1-مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي إذا تم قبل البناء: جاءت القرارات القضائية في هذه المسألة متباينة إذ أن هناك من الأحكام القضائية من أقرت للمرأة بنصف المهر إضافة إلى مبلغ

---

1 أحمد فتحي بهنسي،مرجع سابق،ص52.

2 أبو الوليد محمد ابن احمد بن محمد ابن احمد،بن رشد:**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**.ط1؛مصر:مطبعة محمد علي الصبيح، "د.ت.ن"،ج2،ص80.

3ابن حزم،محلى ،ج9،ص6ومابعدها.

4بن رشد،مرجع نفسه،ص81.

5 سورة البقرة:الاية237.

6مريم أحمد،الداغستاني:**الآثار المترتبة عن الطلاق**."د.ط"؛مصر:شركة الأمل،1994،ص134ومابعدها؛أحمد فتحي بهنسي،مرجع نفسه،ص57.

تعويض الذي يقدر تبعا للضرر الحاصل ومن ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-3-1999 [1] حيث أقرت المحكمة العليا في اجتهاد قضائي لها القرار الصادر عن مجلس قضاء سطيف الذي منح للزوجة التي طلقها زوجها قبل الدخول تعسفيا نصف الصداق إضافة إلى تعويضها بمبلغ 50.000دج كتعويض لها عن الضرر المعنوي الذي أصابها جراء امتناع الزوج عن إتمام إجراءات الزواج دون أسباب جدية تدعوا إلى ذلك،هذا وقد تم نقض هذا الحكم على أساس عدم ذكره للنص القانوني المعتمد عليه في تقرير ذلك لكن ردت المحكمة العليا على هذا الوجه أن القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمون بعدم مخالفتها[2].

في حين جاء حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ 17-1-2006 حيث قضى"... باستحقاق الزوجة لنصف الصداق الذي يعد تعويضا لها وجبرا للضرر في حالة الطلاق قبل البناء طبقا للشرع والقانون..."[3]

ونلاحظ في هذه المسألة أن أحكام القانون جاءت صريحة ولا يكتنفها أي غموض حيث نصت على أن الزوجة في حالة الطلاق قبل البناء تستحق نصف المهر وهذا تأسيسا على نص المادة(16)من قانون الأسرة الجزائري؛إضافة إلى استحقاقها للتعويض عن الطلاق قبل الدخول وهذا تأسيسا على أحكام المادة (52)من قانون الأسرة التي لم تفرق بين الطلاق قبل البناء أو بعده لاستحقاق الزوجة للتعويض في حالة الطلاق التعسفي،فالقاضي في هذه المسألة يقتصر اجتهاده في تقدير مبلغ التعويض أما نصف الصداق فهو مقرر للزوجة قبل الدخول بنص قانوني ولا مجال للاجتهاد فيه.

ولا يعد الحكم بنصف الصداق إضافة للتعويض في هذه الحالة مخالفة للأحكام الشرعية لأن الشريعة الإسلامية قالت باستحقاق الزوجة للمتعة بمجرد الطلاق ولم تربطها فقط بالتعسف في استعمال حق الطلاق،وعليه يوجد طلاق تستحق بموجبه الزوجة لنصف الصداق لها قبل الدخول

1غ.أ.ش،ملف رقم(216865)،اجتهاد قضائي،عدد خاص،ص256.

2 اجتهاد قضائي،عدد خاص، ملف رقم(216865)،ص257؛ حميدةمبارك،مرجع سابق،ص122.

3 قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/384)،فهرس رقم(06/51).

إضافة لتعويض وهذا تأسيسا على التعسف في استعمال الحق الذي مبناه القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار وخاصة أن المتطلع للوقائع المعروضة في الحكم يتبين له أن الزوج بقي يتماطل في إتمام إجراءات الدخول مع ضربه للزوجة عدة مواعيد لإقامة الزواج ثم أخلف الوعد الأمر الذي ألحق بالزوجة ضررا ماديا ومعنويا نتيجة طول انتظارها وتفويت فرص الزواج عليها.

2-مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي بعد البناء: في هذه الحالة منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة في تحديد مبلغ التعويض وهو مذهب الإمام مالك الذي يرى أن المتعة ليس لها حد أدنى أو أعلى وإنما ترجع لاجتهاد القاضي الذي يتوجب عليه مراعاة ظروف الزوج من عسر ويسر وكذا مراعاة حال الزوجة وعرف أهل المدينة[1].

ومع أن القانون خول للقاضي سلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض إلا أننا نلاحظ أن جل الأحكام القضائية تقضي بمبالغ زهيدة مقارنة بحجم الضرر الذي تصاب به الزوجة نتيجة تعسف الزوج في الطلاق دون أن تبين الأسس التي استند إليها في تقدير مبلغ التعويض فقد قضت محكمة الخروب بتاريخ 10-5-2011 [2] بالحكم على المدعي (خ.خ)أن يدفع لمطلقته)(م.ص) مبلغ مائة ألف دينار جزائري تعويضا لها عن الطلاق التعسفي وقد اكتفى الحكم في حيثياته بالقول أنه يتعين تظليم الزوج وتقدير التعويض للمطلقة عن الضرر اللاحق بها استنادا إلى نص المادة (52)من قانون الأسرة واستجابة لطلبها منحها التعويض في حين احتفظ القاضي لنفسه بالأسس التي اعتمدها في تقدير هذا التعويض.وقد قضى مجلس قضاء البويرة بإلزام الزوج بدفع مبلغ"اثنان مليون سنتيم"للزوجة تعويضا لها عن الطلاق قبل البناء الذي أوقعه الزوج الذي دخل بها بمنزل أهلها مدعيا أنه بصدد تجهيز مسكن الزوجية إلا أنه بعد حملها قام بإنكار الدخول بها وقام بتطليقها بغية التهرب من منح الزوجة حقوقها الشرعية وخاصة ما تعلق بها بحفظ حقوق

1"وبالرجوع إلى المذهب الحنبلي نجد أن أعلاها خادم وأدناها نفقه وأوسطها كسوة،أما الشافعية فأقل المتعة عندهم شيء نفيس تذكره أو ثلاثون درهما ويستحب أن لا تنخفض عنه أما الأحناف فمقدارها درع وملحفة وخمار لان أبو حنيفة يرى أن المتاع لا يكون دراهم"."بن رشد،مرجع سابق،ص81؛أحمد فتحي بهنسي،مرجع سابق،ص52ومابعدها.

2 مجلس قضاء قسنطينة،محكمة الخروب قسم شؤون الأسرة،رقم الجدول(11/00509)،رقم الفهرس(11/01398).

-أنظر أيضا حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ3-1-2006،سبق ذكره.

الجنين إن ولد حيا مع أنه ثبت للمجلس أن هناك زواجا شرعيا قانونيا ثابتا وبالتالي يعتبر طلاقا بعد الدخول.

فنلاحظ أن درجة تعسف الزوج وما صاحبه من نية إيذاء الزوجة وما رتبه لها من ضرر بليغ يجعلها تستحق تعويضا أكثر مما قضي لها به لأن هذا التعويض زهيد جدا مقارنة بما أصابها من ضرر[1].

ويمكن القول أن القاضي من الناحية القانونية يتمتع بسلطة مطلقة في تقدير التعويض استنادا إلى جملة من الأسس نصت عليها الشريعة الإسلامية لتقدير المتعة التي ترى فيها جبرا لخاطر الزوجة وتعويض لها عن ألم فراق زوجها فقالت بأنها غير محدودة حيث تخضع لقدرة الزوج بالدرجة الأولى ثم إلى العرف الذي يرجع فيه إلى حال الزوجة. إلا أننا نجد من الناحية العملية أن القضاة مقيدون بسقف أعلى للتعويض لا يمكن تجاوزه يتم تحديده من قبل المجلس القضائي وهذا الأمر يعمل به كعرف قضائي داخل المحاكم إذ أن السقف الأدنى للتعويض على مستوى مجلس قضاء قسنطينة ومجلس قضاء أم البواقي محدد بمبلغ "خمسة ملايين سنتيم"،في حين يقدر التعويض وكأقصى حد أعلى له بمبلغ لا يتجاوز"عشر ملايين سنتيم" حتى وإن كان الزوج ميسور الحال.

وعليه يمكن القول أن مقدار التعويض عن الضرر الذي يصيب المرأة جراء طلاق تعسفي هو انعكاس لقيمة المرأة في المجتمع،وما يتم منحه للزوجة من تعويض للمطلقة هو مبلغ زهيد مقارنة بحجم المصاريف القضائية التي تتكبدها الزوجة خاصة–ما تعلق بها من أتعاب المحامي والمحضر القضائي– من أجل الحصول على هذه الحقوق.

وعليه نوصي المشرع الجزائري ببيان حد أدنى للتعويض لا يتجاوزه القاضي مع النص على أسس محددة يستند إليها القاضي عند تقديره للتعويض كما عليه الحال في القانون المدني وهذا حتى لا يكون هناك تعسف ثان من قبل القاضي خاصة وأنه لا يوجد ما يمنع شرعا في أن يكون التعويض ذا قيمة عالية، فقد جاء في الآثار أنه [كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن

1 المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(474897)،قرار بتاريخ14–1–2009،مجلة قضائية،عدد الأول،2009،ص258.

علي بن أبي طالب فلما أصيب علي وبويع الحسن بالخلافة قالت:لتهنئك يا أمير المؤمنين،فقال يقتل علي وتظهرين الشماتة.اذهبي فأنت طالق ثلاثا.قال:فتلفعت بساجها "جلبابها"وقعدت حتى انقضت عدتها.فبعث إليها بعشرة آلاف متعة وما بقي لها من صداقها.فقالت:"متاع قليل من حبيب مفارق" فلما بلغه قولها بكى وقال لولا أني أبنت طلاق لها لراجعتها.**]**[1]

وقد جاء في تفسير المنار لصاحبيه :"أن في الطلاق غضاضة وإيهاما للناس أن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه منها شيء فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة،ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها،أي لا لعلة فيها،لأن الله تعالى أمرنا أن نحافظ على الأعراض بقدر الطاقة،فجعل هذا التمتع كمرهم لجرح القلب لكي يتسامح الناس..."[2]

ولكن الواقع الآن وما عليه أحوال الناس يعكس غير هذا القول ذلك أن الطلاق في الوقت الراهن هو على غير الصورة التي عليها في الماضي،وذلك أنه حاليا يقع ولأتفه الأسباب ودونما مراعاة لحرمة وقدسية العلاقة الزوجية.فالزوج بحاول التنصل من مسؤولية الطلاق بشتى الوسائل بما فيها هتك الأعراض والاتهامات الباطلة.

وعليه كان لزاما على المشرع أن يضع تدابير علاجية له تكون كفيلة بسد الذرائع والحد من مساس الأعراض وكشف أسرار الناس،ومنع الزوج من استعمال حق الطلاق في غير أوجهه ودونما سبب شرعي أو قانوني يدعو له؛وذلك من خلال النص على وجوب منح التعويض والذي هو في ذاته متعة للمرأة المطلقة دونما البحث في أسباب الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة وهذا تكريسا لما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء من تكريم للمرأة ومراعاة لشعورها ذلك أن الطلاق فيه إيذاء للمشاعر سواء تم لسبب أو لدونه، وكذا وجوب رفع مقدار التعويض المحكوم به.

فالتعويض وإن كانت وظيفته تتجلى في ترضية المضرور بمنحه تعويضا عادلا إلا أنه في الوقت الراهن لا بد أن يحمل في طياته نوعا من العقاب لردع المتسبب في الضرر وخاصة في

---

[1] احمد فتحي البهنسي،مرجع سابق،ص60.

[2] السيد محمد رشيد،رضا:**تفسير القرآن الكريم"المشتهر باسم تفسير المنار**"،ط2؛مصر:مطبعة المنار،1350ه،ج2،ص 430-431.

المسائل الأسرية لأنها تتمتع بقدسية ومكانة خاصة؛فلا بد من رادع يوقف الاستخفاف بالطلاق وتلاعب بمصير الأسرة ذلك أن أضرار الطلاق لا تتوقف عند المرأة فقط وإنما تمتد إلى الأولاد والأهل والمجتمع ككل،

كما أن هذا من شأنه أن لا يخلف الضغينة والبغضاء بين الطرفين وأهلهما والله عز وجل قال في محكم تنزيله﴿**وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ**﴾[1]فهذه القاعدة السلوكية تعد من أعظم المبادئ التي أرستها الشريعة الإسلامية،إذ يأمر عز وجل من ربطتهم أقدس علاقة في الكون وهي الزواج أن لا ينسوا تحت تأثير الشقاق الذي تم بينهم والانفصال ما كان بينهم من ألفة ومحبة وتراحم في فترة قيام العلاقة الزوجية بينهما.فأين نحن من هذا السلوك الشرعي؟

ثالثا:طريقة التعويض: نظرا لغياب النص القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقرير طريقة دفع التعويض وكذا نوعه فإن القاضي يمارس سلطته في تقدير ذلك استنادا إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي ترى أنه لا حرج في أن تكون متعة المطلقة ثيابا أو نقودا أو أي شيء تنتفع به المطلقة[2]، غير أنه بالرجوع إلى التطبيقات القضائية فإننا نجدها كلها تقضي بالتعويض عن الضرر نقدا ودفعة واحدة دون تقسيط[3].

- **تقدير التعويض في القانون المقارن :**

وبالرجوع لمسألة تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي على مستوى القانون ومقارنته للقانون الجزائري في هذه المسألة نجد أن المشرع المصري حدد مسبقا الحد الأدنى والأقصى لمبلغ التعويض وما يصطلح عليه بالمتعة في القانون المصري والذي يجب أن لا يتجاوز حدود نفقة سنتين حيث أن المادة(18مكرر) من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985 نصت على أن :" الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها وبلا سبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعه بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية..."[4]، مما يعني أنها محددة قانونا

---

[1] سورة البقرة:الاية237.

[2] احمد فتحي بهنسي،مرجع سابق،ص60ومابعدها.

[3] انظر في ذلك إلى الأحكام القضائية الوردة في ملحق هذه الدراسة.

[4] عمرو عيسى،الفقي:**الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**.ط1؛الإسكندرية:المكتب الجامعي الحديث،2005،ج1، ص244؛عبد الحميد الشواربي،مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء،مرجع سابق،95.

والقاضي مقيد بممارسة سلطته في التقدير بهذا الحد دون تجاوزه حتى لو استدعت الظروف أن يكون التعويض أكثر من هذا الحد،في حين قدرها القانون السوري بعدم تجاوزها نفقة ثلاثة سنوات بموجب المادة(117)من قانون الأحوال الشخصية السوري[1]، أما المشرع الأردني فقد نص على استحقاق المرأة المطلقة قبل الدخول لمتعة وجعل تقديرها وفقا لسلطة القاضي التقديرية حسب العرف والعادة بحسب حال الزوج غير أنه قيد سلطته في تقديرها في حدود نصف المهر وذلك بموجب المادة(55)من قانون الأحوال الشخصية الأردني،ونص في نفس القانون على استحقاق المرأة المدخول بها للتعويض وجعل تقديره بيد القاضي الشرعي؛غير أنه لم يجعل من هذه السلطة مطلقة بل حدد للقاضي مسبقا سقفا أدنى وأعلى لهذا التعويض حيث نصت المادة (134) على أنه:"إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول،وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة، ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا، ويدفع جملة واحدة إذا كان الزوج ميسورا،وأقساطا إذا كان معسرا ولا يؤثر ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى."[2]

في حين ذهب المشرع المغربي إلى الأخذ برأي المذهب المالكي فيما يتعلق بتقدير المتعة حسب اصطلاحه في المادة(84)من مدونة الأسرة المغربية مما يعني منح القاضي سلطة مطلقة في تقديرها.

أما المشرع التونسي فقد خالف ما ذهبت إليه التشريعات العربية في هذه المسألة حيث فصل كما قلنا بين التعويض عن الضرر المعنوي والذي يدفع جملة للزوجة المتضررة من طلاق أنشأه الزوج بإرادته المنفردة،وأخضع تقديره لقاضي الموضوع الذي يقوم بتقديره مراعيا في ذلك وكما جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ23-4-1991: "...الفراغ النفساني الذي أحدثه الطلاق ومدى تأثيره على مشاعر الزوجة وكرامتها..."[3] كما أقر لها إلى جانب ذلك تعويضا عن الضرر المادي يسمى "جراية " وهذا بموجب الفصل(31) من مجلة

---

[1] عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ص24ومابعدها؛ محمد الزحيلي،مرجع سابق،ص63وما بعدها.

2 عبير ريحي شاكر القدومي،مرجع سابق،ص204ومابعدها؛عثمان التكروري،مرجع سابق،200.

[3] قرار تعقيبي مدني، عدد(**27245**). نقلا عن: الاجتهادات القضائية الموضوعة بموقع وزارة العدل التونسية،سبق الإشارة إليه،،تاريخ زيارة الموقع10-1-2011م

أنظر لتفصيل أكثر: بن محمود فاطمة الزهراء،ودولة سامية:**اجتهادات قضائية معلق عليها**."د.ط"«تقديم:زهير اسكندر»؛تونس:مركز الدراسات القانونية والقضائية،2006،ص23.

الأحوال الشخصية التونسية،كما منح بموجب نفس المادة للزوجة اختيار جراية الطلاق؛ بين أن تدفع لها دفعة واحدة في شكل رأسمال أو في شكل مرتب مدى الحياة ويعرف بجراية عمرية بقوله:"...بجراية عمرية...كل ذلك ما لم تخير التعويض لها عن الضرر المادي في شكل رأس مال يسند لها دفعة واحدة."[1] أما تقدير مبلغ الجراية العمرية"التعويض المادي" فقد خوله لقاضي الموضوع الذي يراعي في تقديرها وكما جاء في حيثيات القرار التعقيبي السابق:"...المستوى المادي للطرفين ومدة الزواج وسن الزوجة ومستواها الاجتماعي وما تعودت عليه من عيش في ظل الحياة الزوجية..."[2]

ولابد من التنبيه إلى أن المشرع التونسي ربط استحقاق التعويض عن الضرر المادي والمعنوي بإثبات الضرر من طرف المدعي الذي قد يكون الزوجة أو الزوج ويكون الإثبات من خلال القواعد المبينة في القانون المدني المتعلقة بالمسؤولية المدنية.

يتضح من كل ما سبق أن المشرع الجزائري جاء نصه عاما حيث أقر مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي دون تحديد لمقدار التعويض عن الضرر أو طريقة دفعه تاركا ذلك للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في حين اتجهت أغلب التشريعات العربية إلى تحديد سقف أدنى وأعلى للتعويض عن الضرر،كما بينت كيفية تسديد مقدار التعويض وذلك حسب تقدير القاضي ووسع الزوج مع استثناء المشرع التونسي الذي منح الزوجة تعويضا معنويا إضافة إلى التعويض عن الضرر المادي ويتمثل في جراية كما منح لها الاختيار في أن تسدد لها إما دفعة أو على أقساط أوفي شكل إيراد مرتب مدى الحياة.

---

[1] بن محمود فاطمة الزهراء،ودولة سامية:**اجتهادات قضائية معلق عليها**،تقديم:زهير اسكندر،(تونس:مركز الدراسات القانونية والقضائية،2006،ص20ومابعدها.

[2] أنظر في ذلك أيضا: قرار تعقيبي مدني، عدد(**14977**)،تاريخ القرار11-3-1999.

-قرار تعقيبي مدني،عدد(18149)،تاريخ القرار13-12-2000.نقلا عن: بن محمود فاطمة الزهراء،ودولة سامية،مرجع نفسه،ص13وما بعدها.

-قرار تعقيبي مدني، عدد(**49084**)،تاريخ القرار18-3-1997

-قرار تعقيبي مدني،عدد(**56811**)،تاريخ القرار18-2-1997،نقلا عن: الاجتهادات القضائية الموضوعة بموقع وزارة العدل التونسية،سبق الإشارة إليه،،تاريخ زيارة الموقع10-1-2011م

ملاحظة:بالرغم من المأخذ الذي يؤخذ على قانون الأحوال الشخصية التونسي نتيجة مخالفة بعض مواده لأحكام الشريعة الإسلامية إلا أننا نلاحظ وفي مجال التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق أنه قد أحسن صنعا بترتيب –للمرأة التي ليس لها دخل دائم ومراعاة وضعها المادي– جراية عمرية حيث تدفع لها شهريا من طرف الزوج المتعسف في الطلاق وهذا من شأنه أن يقيها من التشرد وعدم إيجاد دخل يقيها العوز وهو في ذاته وسيلة تجعل من الزوج غير متعجل في توقيع الطلاق.

نستنتج مما سبق أن القاضي يستند في تقديره للتعويض إلى ما توفر له من عناصر التقدير الموضوعية والتي تتعلق بظروف الطرفين وما عليه في العرف والعادة،ويتم تقديره نقدا ويدفع جملة.ويرجع القاضي في تقدير ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية نظرا إلى انعدام نص قانوني يوضح ذلك،وقد أفرزت التطبيقات القضائية أن القاضي هو مقيد بسقف للتعويض وهو يتبع داخل المحاكم كعرف قضائي رغم أنه لا يتمتع بأي قوة إلزامية من الناحية القانونية مادام لا يوجد إقرار له بموجب اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا بغرفها مجتمعة.

الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

أما فيما يتعلق بتاريخ استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي فإننا نجد أن الحق في التعويض ينشأ من وقت حصول الضرر أي من يوم إيقاع الزوج للطلاق دون سبب يبرره،غير أن هذا الحق لا يتمتع بالحماية القانونية إلا عند رفع الدعوى والحكم بوجود التعسف وتقرير للمطلقة التعويض فيكون في هذه الحالة التعويض ملزم الدفع لوجود حكم قضائي يعززه.

وعليه نجد أن وقت الحكم بالتعويض هو الذي يجب أن يعتد به في تقدير التعويض وتحديد مقداره؛ وليس من يوم حصول الضرر وهذا هو التقدير الذي عمل عليه الفقه الإسلامي وكذا القانون [1].

خلاصة:نخلص في الأخير إلى نتيجة مفادها أن قاضي شؤون الأسرة خوله القانون سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض وذلك من خلال سلطته في دمج عناصر الضرر التي يستند إليها كما خوله سلطة تقديرية في تقدير مقدار التعويض وطريقة دفعه مراعيا في ذلك ظروف الطرفين من عسر ويسر والمستوى المالي والثقافي والاجتماعي عند تقدير التعويض كما أنه يستند إلى حجم الضرر عند خفض أو رفع التعويض ومع ذلك فإنه يجب على القاضي مراعاة المألوف في هذه المسائل والذي يرجع إلى العرف القضائي المعمول به من خلال ما يحدده المجلس القضائي من سقف أدنى وأعلى للتعويض.

المطلب الثالث: تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز

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

لذلك سنحاول في هذا المطلب الإحاطة بكيفية ممارسة القاضي لسلطته في تقدير التعويض عن هاتين الحالتين من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطليق والنشوز.

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض في حالة التطليق والنشوز.

الفرع الثالث:وقت استحقاق التعويض في حالة التطليق والنشوز.

[1] أنظر في ذلك أحكام المادة(134)من قانون الأردني؛المادة(117)من قانون لأحوال الشخصية السوري.

الفرع الأول: مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطليق والنشوز

أولا:في حالة التطليق:لقد جعل المشرع الجزائري للمرأة الحق في طلب التطليق وإمكانية استحقاق التعويض إذا أوقع بها الزوج أي نوع من الإيذاء سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن عادة لمثيلاتها تحمله ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، فيقول بن فرحون فيما يخص تحديد ما يعتبر ضررا مما لا يعتبر كذلك:"ومن الضرر قطع كلامه عنها و تحويل وجهه في الفراش عليها،وإيثار المرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما ، وليس الضرر منعها من الحمام والنزهة وتأديبها علي ترك الصلاة ولا فعله التسري"[1].

وباعتبار أن الضرر مسألة موضوعية فقد جعل القانون إثباته بكل الوسائل القانونية والشرعية[2]،وأخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي الموضوع فقد جاء في اجتهاد قضائي صادر عن المحكمة العليا قولها أنه:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا،كما أن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين–من قضية الحال–أن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة لثبوت تضررها فإن تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون." [3]والقاضي يعتمد في تقدير مدى قيام الضرر استنادا إلى معيارين أساسيين وهما المعيار المعنوي المجرد والمعيار الشخصي[4]، ولا بد للقاضي من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يخلص إلى إقرار الحق في التعويض وتقديره،ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدى وإنما يستطيع دمج كل هذه العناصر وتقدير تعويض إجمالي عنها وهو ما نستشفه من جملة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري،فقد جاء في قرار صادر عن

---

[1] عبد الفتاح عمرو،مرجع سابق،ص232.

[2] ويثبت إضرار الزوج بزوجته عند المالكية بأحد الأمرين:شهادة الشهود ومعاينتهم لمجاورتهم للزوجين أو السماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران والخدم وغيرهما.

[3] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم (222134)،قرار بتاريخ 18-5-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص126.

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم (216865)،قرار بتاريخ 16-3-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص257.

المحكمة العليا قولها:"من المستقر عليه قضاء انه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلا.

ومن الثابت-في القضية الحال-أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها،وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض."[1]

فيتضح من خلال هذا القرار التركيز على ضرورة بيان عناصر الضرر من خلال بيان أن الزوجة الطاعنة قد تضررت فعلا فالضرر هو محقق وحال كما أنه مس بمصلحة مالية ومعنوية للطاعنه جراء الاعتداء الذي كان من الزوج فأدى إلى سقوط حملها فهذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مجابا من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض الذي يمكن أن يكون عن كل عنصر على حدى أو يقوم بنشاط ذهني يدخل ضمنه كافة عناصر الضرر ثم يقضي بتعويض إجمالي عن مختلف الأضرار التي أصيبت بها الطاعنة.

ثانيا:في حالة النشوز: إن لقاضي شؤون الأسرة من الناحية القانونية"سلطة مطلقة فيما يتعلق في تقدير عناصر ومكونات النشوز.على أن يعتمد على أمور مستساغة اجتماعيا ومقبولة أخلاقيا وقانونيا"[2]،أما من الناحية القضائية نجد أن القاضي مقيد في هذا الجانب بضرورة إثبات وجود حكم قضائي نهائي حائز الحجية يقضي برجوع الزوجة إلى منزل الزوجية ويتم تبليغها هذا الحكم عن طريق المحضر القضائي للرجوع وتمتنع عن الرجوع ويحرر محضر بامتناعها عن ذلك،فهذه الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القضاء وتعد قرينة على إثبات نشوز الزوجة أما الزوج فإن نشوزه كذلك يثبت بموجب حكم قضائي صادر ضده بالإهمال العائلي وعدم الإنفاق أو الامتناع عن توفير سكن منفرد للزوجة[3]؛فتعد هذه في مجملها عناصر للضرر الذي لحق بالزوجة أو الزوج.

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم (245159)،قرار بتاريخ 20-6-2000،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص259.

[2] عبد العزيز سعد،مرجع سابق،ص126.

[3] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم (189226)،قرار بتاريخ 21-4-1998،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص144.

أما الضرر فإنه لا يستلزم إثباته من طرف من يدعي النشوز لأن القانون جعل من إثبات واقعة النشوز قرينة على حصول وقيام الضرر بشقيه المادي والمعنوي.وعلى ذلك يتم تقدير التعويض عن مختلف الأضرار اللاحقة بالطرف المضرور.

نستنتج مما سبق أن قاضي شؤون الأسرة خوله القانون سلطة تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز،وله في سبيل تحقيق ذلك دمج عناصر الضرر عند التقدير ومنح المضرور مبلغا إجماليا عن ذلك.

الفرع الثاني: مقدار وطريقة التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز

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

أولا :أسس تقدير التعويض:

1-في حالة التطليق:لم تتطرق الشريعة الإسلامية لإمكانية تعويض الزوجة في حالة التطليق أو نشوز أحد الزوجين،غير أنها أرست لنا قاعدة من قواعد الدين الكبرى تتجلى في قوله صلى الله عليه وسلم:«**لا ضرر ولا ضرار**»فهذه القاعدة جاءت عامة دون تخصيص أو تقييد لضرر دون آخر.

وبالتأكيد فإنه لا يوجد ضرر أعظم من الضرر الذي قد يلحق بالمرأة نتيجة إيذاء زوجها سواء بالقول أو الفعل ولابد من إزالته عن طريق التطليق ومنح تعويض للزوجة يكون جابرا لما أصابها من ضرر.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير الضرر نجد أنها ترتكز على أساس واحد يتمثل في مدى جسامة الضرر الذي أصاب الزوجة و الذي يقدره القاضي بالاعتماد على المعيار الشخصي؛لأن ما يشكل ضررا بليغا لزوجة قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لزوجة أخرى وعليه فإن القاضي يقوم بتقدير مبلغ التعويض استنادا إلى

المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم (189324)،قرار بتاريخ 19-5-1998،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص147.

حجم الضرر الواقع وهذا من شأنه أن يكفل تعويضا عادلا للزوجة دون أن يكون فيه إثراء لها على حساب زوجها،كما أنه لا يمكن في حالة التطليق الأخذ بظروف الزوج عند التقدير باعتباره المسؤول عن هذا الضرر.

2- في حالة النشوز: إن أعظم ما يهدم الأسرة وينخر جسدها هو الشقاق وفساد ذات البين فعن أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:«**ألا أخبركم بأفضل من درجة القيام والصلاة والصدقة قالوا بلى يا رسول الله قال:إصلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة**»،وزاد الترميذي:«**لا أقول تحلق الشعر،ولكن تحلق الدين**»[1]وهذا الشقاق قد يكون من الزوجة وقد يكون من الزوج.

فإذا كان الشقاق بسبب الزوجة فإن الشريعة الإسلامية-وكما سبق ذكره- نصت على عدة سبل لوعظها وإرشادها وفي حال فشل ذلك قام الزوج بتطليقها أما في القانون الجزائري فقد جعل من طلاق الزوج لها في هذه الحالة مبررا وأضاف لها الحق في الحصول على التعويض دون أن يبين للقاضي الأسس التي يعتمدها في تقدير التعويض مما يستلزم إعمال نشاطه التقديري في تقدير عناصر التعويض،وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية نجد أن جل الأحكام القضائية تكتفي بتحديد مبلغ التعويض دون بيان لكيفية تقديره[2]،ماعدا ما يمكن أن نستشفه من القرار الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه:"من المقرر قانونا أن الحكم بالتطليق لا يقبل الاستئناف إلا في جانبه المادي.

ومن المقرر أيضا انه لا يحكم بتعويض الزوج إلا في حالة ثبوت نشوز الزوجة.

ومن الثابت-في القضية الحال-أن القاضي الأول قضى بالتطليق للضرر الحاصل للطاعنة بسبب الضرب الذي يجعلها متضررة فعلا ولا يمكن معه اعتبارها في حالة نشوز،وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بالطلاق لنشوز الطاعنة مع إلزامها بأن تدفع للمطعون ضده تعويضا قدره ثلاث مئة ألف دج عن الأضرار التي تحملها

---

[1] عبد الفتاح عمرو،مرجع سابق،ص234.

[2] أنظر إلى ملحق هذه البحث:الحكم الصادر عن محكمة الخروب قضية رقم (05/150)،سبق ذكره؛وقضية رقم(06/1778)،فهرس رقم (06/1000)،تاريخ الحكم 21-11-2006.

من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة خالفوا القانون خاصة أحكام المادة (57) و(55)من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه."وعليه يمكن أن نستخلص من هذا القرار أن من بين الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن النشوز ما تكبده الزوج من مصاريف الزواج السابقة واللاحقة"[1]، دون الاعتداد بظروف الطرف الناشز.

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

ثانيا:مقدار وطريقة دفع التعويض:إن الشريعة الإسلامية لم تقض لمن تضررت من زوجها الحق في التعويض وإنما منحتها إمكانية التطليق وفيما يتعلق بالشقاق المستمر بين الزوجين فإن الشريعة الإسلامية وضعت تدابير تسبق التفريق بينهما حيث يتم إرسال وكما سبق القول حكمين لمحاولة التوفيق بينهما وفي حالة فشل الحكمين في الإصلاح وتبين لهما أن الإساءة كانت من الزوج فإنه يتم تطليقها منه دون تعويض يدفع لها ،أما في حالة كانت الإساءة منها فإن لها الخيار أن تبقى مع الزوج وأن يكون أمينا عليها وحريصا على حسن العشرة بينهما إن كان ذلك صلاحا لهما أو يفرقا بينهما بعوض يأخذانه منها يكون أقل من المهر أو أكثر منه أو مساويا له إذا كانت الإساءة منهما معا[2].

وبالرجوع إلى القضاء نجد أن من المبادئ القانونية التي استقر عليها في ذلك أن تقدير مبلغ التعويض المحكوم به يستقل به قاضي الموضوع مادام لا يوجد نص في القانون يلزم القاضي بمعايير معينة أو مبلغ محدد يستند إليها في تقدير ذلك، فيكفي أن يكون تقديره مبنيا على أسس لها أصل ثابت بأوراق الدعوى المعروضة أمامه التي تبين حجم الأضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت المضرور،ذلك أن التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما.

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم الملف (245209)،تاريخ القرار20-6-2000،اجتهاد قضائي،عدد خاص، 2000، ص263.

[2] وهذا القول هو الراجح في المذهب المالكي مع أن هناك قول آخر للمالكية أن الحكمين يطلقا الزوجة دون تعويض.بدران أبو العينين بدران،مراجع سابق،ص444-445.

وعليه لا يكون هذا التقدير محل طعن مادام أنه كاف لجبر كافة الأضرار وأدى وظيفته في ترضية المضرور ولا تعقيب على المحكمة إن هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر على حدى وبينت وجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته،وعليه نجد أن التطبيقات القضائية جاءت تقديراتها مختلفة بشأن مبلغ التعويض الذي يدفع مقابل الضرر الناجم عن التطليق أو النشوز فبالنسبة للتطليق نجد أنه في حالة فك الرابطة الزوجية قبل البناء بطلب من الزوجة وهذا لثبوت تضررها فإن هناك من الأحكام القضائية ما منحت للزوجة الحق في نصف الصداق الذي يعد تعويضا لها وجبرا للضرر الذي ألم بها[1]، كما نجد أحكاما أخرى تقضي لها بنصف الصداق إضافة إلى مقدار مالي تعويضا عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها[2].

أما في ما يتعلق بنشوز أحد الزوجين فنجد أن الأحكام القضائية لا تستند كلها إلى ما تكبده المضرور من مصاريف الزواج وإنما تمنح تعويضا إجماليا نقدا.لا يختلف في مجمله عن مقدار التعويض في حالة الطلاق التعسفي وبالتالي التعويضات الممنوحة نتيجة نشوز أحد الزوجين هي زهيدة جدا مقارنة بحجم الضرر اللاحق بالطرف المضرور.

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

---

[1] أنظر إلى ملاحق هذا البحث:الحكم الصادر عن محكمة الخروب قضية رقم (05/384)،سبق ذكره.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم الملف (216865)،تاريخ القرار16-3-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص ، 2000، ص 256-257.

-المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم الملف (217179)،تاريخ القرار16-3-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص ،2000 ، ص 122-123.

الفرع الثالث: وقت تقدير التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز

إن تاريخ تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن حالة التطليق والنشوز يكون من يوم الحكم باعتبار أن الحكم القضائي ليس مصدرا للحق في التعويض، "إلا أنه يقوم الحق في التعويض ويقومه"[1] فالحكم بالتعويض هو مقرر للحقوق وليس منشأ لها وعليه يدخل في حساب التعويض كل ما لحق المضرور حتى هذا التاريخ ويصبح التعويض ملزم الدفع بموجب هذا الحكم الذي عزز الحق في التعويض.

وعليه نجد الوقت الذي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض هو تاريخ الحكم وليس وقت حصول الضرر.

خلاصة:نخلص في الأخير إلى نتيجة مفادها أن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق والنشوز في ظل انعدام نص قانوني يبين له المعايير القانونية التي يستند إليها في التقدير،ونجد أن القاضي يقوم بنشاط ذهني في تقدير ذلك استنادا إلى عناصر الضرر التي له سلطة في دمجها عند التقدير،أما الأسس التي يستند إليها في تقدير مقدار التعويض هو حجم الضرر ومدى جسامته ويراعي في ذلك ظروف المضرور من خلال منحه تعويضا عادلا يجبر الضرر الحاصل دون الاعتداد بظروف الطرف المسؤول ويعتمد في تقدير ذلك على معيار موضوعي حتى لا يكون إثراء للمضرور على حساب المسؤول عن الضرر،كما يعتمد على المعيار الشخصي لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف والأشخاص.

[1] محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص162.

خلاصة المبحث الثاني:

من خلال عرضنا لهذا المبحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

1-يعد تقدير التعويض من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع،غير أنه من جانب آخر يلتزم القاضي بتحديد عناصر الضرر التي يستند إليها في تقدير التعويض.

2- يمارس قاضي شؤون الأسرة أثناء تقديره للتعويض نوعين من التقدير تقدير موضوعي حتى يصل إلى منح تعويض عادل للطرف المضرور، ويقوم بالتقدير الشخصي لأنه يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للأطراف وملابسات كل قضية.

3-لقاضي شؤون الأسرة مطلق الحرية في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض غير أنه يتوجب الإشارة إليها عند ذكر أسباب الحكم بالتعويض ومقداره وهو الأمر الذي لم نلمسه في مختلف التطبيقات القضائية.

4- أخضع المشرع تحديد مقدار التعويض للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة سواء فيما يتعلق بحالة العدول عن الخطبة أو الطلاق التعسفي والتطليق والنشوز ويستند القاضي في تقدير ذلك إلى القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار".

5- لم يحدد القانون للقاضي سقفا أدنى أو أعلى للتعويض،كما لم يبين له طريقة التعويض وكيفية تسديده من طرف المعتدي ،كما لم يبين له نوعه،مما يعني أن التقدير يكون لمطلق سلطة القاضي.

6- يعتد عند تقدير التعويض بتاريخ صدور الحكم أما وقت نشوء الحق في التعويض فيكون من تاريخ حصول الضرر غير أنه لا يتمتع بالحماية القانونية إلا من تاريخ الحكم باعتبار أن الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر هي أحكام مقررة للحقوق وليس منشئة لها، فيقوم الحق في التعويض ويكون ملزم الدفع ويتمتع بحماية قانونية من تاريخ الحكم.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر

إن القول بأن قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتقدير مدى استحقاق التعويض وكذا تقدير قيمته يقودنا إلى بحث ما إذا كانت هذه السلطة تمارس بشكل مطلق أم هي محل رقابة[1]، وفي حالة القول بوجود الرقابة على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر نتساءل في هذه الحالة عن نوع هذه الرقابة ومن هي الجهة المكلفة بها؟وما هو نطاقها ووسائلها؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تقتضي تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تتضمن الآتي:

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

المطلب الثاني: معنى رقابة المحكمة العليا على إعمال النشاط التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الثالث: نطاق رقابة المحكمة العليا على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

[1] "الرقابة لغة:حرسه ولاحظه"معجم الوجيز،مرجع سابق،ص272.

أما في الاصطلاح القانوني فيقصد بها متابعة الحكم القضائي للوقوف على صحته من عدمه.محمد علي الكيك،مرجع سابق،ص186.

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

يستلزم بحث مدى السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر التطرق بداية إلى طبيعة الأحكام القضائية الصادرة؛ فتحديد طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر له أهمية تكمن في البحث عن نوع الحكم الصادر فيها ومدى قابليته للطعن ،كما أن تحديد ذلك يبرز الضمانات القانونية الكفيلة بالمطالبة القضائية وإمكانية تلبية الطلبات التي لم تلب في الدرجة الأولى ومنح المتقاضي فرصة في مراجعة الحكم الصادر.

لذلك سنحاول في هذا المطلب بيان إجراءات رفع دعوى التعويض وبيان طبيعة الحكم الصادر وكذا طرق الطعن فيه وهذا من خلال ثلاثة فروع التالية:

الفرع الأول:إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر.

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

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

الفرع الأول:إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر

إن بيان إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر يستلزم التطرق إلى ما يلي:

أولا:هل دعوى التعويض ترفع بشكل مستقل وما هي الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها؟

باستقراء النصوص القانونية التي تبين حالات التعويض عن الضرر والتي حصرها المشرع في حالة العدول عن الخطبة والطلاق بالإرادة المنفردة للزوج"الطلاق التعسفي" وحالة التطليق والنشوز نجد أنه:

1-في حالة العدول عن الخطبة: للمتضرر من فعل المصاحب للعدول عن الخطبة أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض ويتم ذلك وفقا لإجراءات رفع الدعوى المنصوص عليها في قانون

الإجراءات المدنية والإدارية[1]. ويكون ذلك أمام قسم شؤون الأسرة التابع للمحكمة الواقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه طبقا لما هو منصوص عليه بموجب المادة (426)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،وكذا استنادا إلى أحكام المادة (3/5) من قانون الأسرة الجزائري لقولها:"إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض" وكذا المادة (423) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:"ينظر قسم شؤون الأسرة،على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1-بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة،..."

وبالرجوع إلى القانون المقارن في هذه المسألة نجد أنه يتم رفع الدعوى في حالة العدول أمام القسم المدني طبقا لقواعد المسؤولية المدنية[2].

أما تاريخ المطالبة القضائية بالتعويض فإن المشرع الجزائري لم يبين ذلك في قانون الأسرة الجزائري مما يقتضي الرجوع في ذلك إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وخاصة أنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا لقانون الأسرة نجد أنها لم تجبنا عن هذا الأمر مما يستلزم الرجوع إلى القانون المدني.

وهنا يجدر القول أنه يتوجب على المشرع الجزائري أن يدرج ضمن أحكام المادة(222)من قانون الأسرة إمكانية رجوع القاضي إلى أحكام القانون المدني إذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حلا للنزاع القانوني المعروض عليه.

وعليه فإن دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة تسقط بانقضاء خمس عشرة(15) سنة من يوم وقوع الفعل العدول وهذا استنادا لنص المادة (131) من القانون المدني المتعلقة بمدة تقادم دعوى التعويض عن الفعل الضار[3].

---

[1] لا سيما أحكام المواد(13-14-15-16-18)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلق بشروط قبول الدعوى وإجراءات رفعها والتي تشترك فيها كل الدعاوى المدنية.

[2] محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص36؛ عبد الرحمان الصابوني،مرجع سابق،ج1،ص48-47؛محمد عزمي،البكري،مرجع سابق، ص34.

[3] هذه المادة معدلة بموجب قانون 05-10المؤرخ في 20 يونيو2005.

2-في حالة الطلاق التعسفي: مادام أن المشرع الجزائري نص بموجب المادة (52)من قانون الأسرة على أنه في حالة ثبوت التعسف في الطلاق قضى القاضي بالتعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة، فإنه جعل الباب مفتوحا أمام المرأة المطلقة تعسفيا للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابها فلها أن تقدم طلب التعويض في صلب الدعوى التي يرفعها الزوج والمتعلقة بالطلاق[1]،وفي حال نسيان ذلك أو عدم تقديمها لطلب التعويض عن الضرر فلها أن ترفع دعوى جديدة للمطالبة بالتعويض عن الضرر ويتم رفعها أمام قسم شؤون الأسرة، وهنا فالقاضي لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا تبين له أن الطلاق لما تم بين الطرفين كان على مسؤولية الزوج وبتظليم منه وهو ما تؤكده التطبيقات القضائية[2].

وبالرجوع إلى القانون المقارن في هذه المسألة نجد أن المشرع التونسي في الفصل (31) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية يقضي بإمكانية المطالبة بالتعويض في صلب دعوى الطلاق،أما إذا لم يتم تقديم طلب التعويض وقضى القاضي الأسري بالطلاق فإنه لا يمكن للزوجة أن تعود أمام قسم الأحوال الشخصية؛وإنما تصبح في هذه الحالة دعوى تعويض عادية يتم رفعها أمام القسم المدني ويستند الحكم فيها إلى حكم الطلاق الصادر عن قسم الأحوال الشخصية.

أما في القانون المصري فإن دعوى التعويض عن الطلاق تستند إلى خطأ تقصيري مبناه التعسف في استعمال الحق والذي نظمت أحكامه المادتان (4و5) من القانون المدني المصري، وبالتالي"تكون المحكمة المدنية هي المختصة بالفصل في طلب التعويض عن الطلاق[3].

أما تاريخ المطالبة بالتعويض فقانون الأسرة لم يبين ذلك،ولكن بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وقياسا على مدة تقادم المتعة نجد أن الفقه الإسلامي قال بأنه ليس لها مدة تقادم وإنما

---

[1] والاختصاص المحلي في دعاوى الطلاق يؤول إلى محكمة التي يقع في دائرة اختصاصها المسكن الزوجي وهذا بنص المادة (426) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إضافة إلى أن دعوى الطلاق ترفع أمام قسم شؤون الأسرة وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى وهذا استنادا للمادة (436) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا إجراءات خاصة تتعلق بقسم شؤون الأسرة كوجوب تبليغ النيابة العامة كطرف طبقا لأحكام المادة(438)من القانون نفسه وأحكام المادة (3)مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

[2] أنظر في ملاحق هذا البحث: الحكم الصادر عن محكمة الخروب قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/377)،فهرس رقم(06/08)،تاريخ الحكم 03-01-2006،

[3] أنور العمروسي،مرجع سابق،ج2،ص638.

هي دين في ذمة المطلق مادام لم يخرجها ويجوز تحصيلها في أي وقت،وفي حالة وفاة المرأة المطلقة فإنه لورثتها المطالبة بها،وفي حالة وفاة الزوج فإنها تخرج من التركة كدين ممتاز قبل قسمة التركة[1].

ولكن لو رجعنا إلى المشرع السوري والأردني لوجدنا أنهم حددوا تاريخ المطالبة القضائية بالتعويض عن الطلاق التعسفي من تاريخ انقضاء العدة الشرعية[2]،وهذه الفترة لها دور مهم لأنه بعد انقضاء العدة الشرعية تبين الزوجة من زوجها ولا يمكن له في هذه الحالة مراجعتها وبالتالي تستحق كل توابع العصمة بما فيها الالتزامات المتعلقة بدفع التعويض عن مسؤولية الطلاق.ونلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لا يعتد بانقضاء العدة الشرعية وإنما يعتد بتاريخ الحكم بالطلاق وهذا لأن استحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي قد يكون للمرأة قبل الدخول أو بعد الدخول ولو تم اقترانه بانقضاء العدة لكان قرينة على عدم استحقاق غير المدخول بها للتعويض لأنها لا عدة لها.

3-في حالة التطليق والنشوز:لقد نصت المادة (53مكرر) من قانون الأسرة على أنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."كما نص في المادة (55)من نفس القانون عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر."يستشف من هاتين المادتين أن المطالبة بالتعويض تكون في صلب دعوى التطليق أو الطلاق لنشوز أحد الزوجين،في حين لم تدرج المادتين حالة ما إذا لم تتم المطالبة بالتعويض في دعوى الطلاق وأراد الطرف المتضرر رفع دعوى مستقلة للحصول على التعويض فهل يجوز له ذلك؟

بالرجوع إلى نص المادة(55) المتضمنة حالة النشوز نجد أن القاضي ملزم بالاستجابة لطلب التعويض إذا حكم بالطلاق للنشوز ومن ذلك إذا لم يتم تقديم طلب التعويض في صلب قضية الطلاق للنشوز فإنه بإمكانه رفع دعوى مستقلة تتعلق بالحصول على التعويض أمام قسم شؤون

---

[1] أحمد فتحي بهنسي،مرجع سابق،ص67.

[2] إيمان إبراهيم الحديد«**التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية**"» قدم هذا البحث لغاية الحصول على إجازة المحاماة الشرعية لعام 2009. **مقال منشور في الموقع الالكتروني:**http://www.alhson.com/page : تاريخ زيارة الموقع:10-6-2011.

الأسرة ويقضي له القاضي بالتعويض استنادا إلى الحكم القاضي بالطلاق للنشوز.وهذا يكون قياسا على استجابة المحكمة لطلب التعويض عن الطلاق التعسفي[1].

أما في حالة التطليق فإننا نجد أن القاضي عندما يحكم بالتطليق مع التعويض لثبوت تضرر الزوجة فإنه يقضي بذلك وفقا لقناعته الشخصية واستنادا لسلطته التقديرية بقيام الضرر،أما في حالة عدم المطالبة بالتعويض في صلب دعوى التطليق وتم رفعها بشكل مستقل فإننا نجد أن القاضي الذي ينظر في دعوى التعويض قد لا يقضي بذلك لأن المسألة تخضع لسلطته التقديرية وهو غير ملزم بالحكم بذلك لصريح نص المادة التي قالت بالجواز ولم تقل بالوجوب كما في حالة النشوز و الطلاق التعسفي، فالضرر مبناه المعيار الشخصي وتقديره مسألة موضوعية وبالتالي يختلف من شخص إلى آخر،وتقديره يختلف من قاض إلى آخر وعليه ما يراه القاضي الذي حكم بالتطليق أنه ضرر جسيم تستحق الزوجة بسببه التفريق مع التعويض قد لا يعتبره قاض آخر ضرر موجب للتعويض[2].

يتضح مما سبق أن الحكم بالتعويض عن الضرر يجب أن يسبقه طلب قضائي لأن القاضي لا يجوز له أن يحكم بغير ما طلب منه وهذا الطلب يمكن أن يكون في صلب دعوى الطلاق ويمكن أن يكون مستقلا عنها حيث ترفع أمام قسم شؤون الأسرة ويتبع في ذلك إجراءات رفع الدعوى.

الفرع الثاني :طبيعة الحكم الصادر في دعوي التعويض عن الضرر

من خلال الاطلاع على المادة (5)المعدلة بموجب الأمر رقم(05-02) من قانون الأسرة الجزائري،وما جاء في المادة (57) المعدلة بموجب الأمر نفسه التي نصت على:"تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية".

نجد أن المشرع جعل من الأحكام الصادرة في دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة أحكاما ابتدائية قابلة لكل طرق الطعن ،كما جعل من الأحكام الصادرة في

---

[1] محكمة الخروب قسم الأحوال الشخصية،قضية رقم(05/377)،سبق ذكرها.

[2] المحكمة العليا غ.أ.ش،ملف رقم(216865)،تاريخ الحكم 16-3-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص257.

-المحكمة العليا غ.أ.ش،ملف رقم(288072)،تاريخ الحكم 31-7-2002،مجلة قضائية،العدد الأول،2004،ص285.

دعوى التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق والتطليق والنشوز أحكاما ابتدائية يجوز الطعن فيها بطرق الطعن العادية وغير العادية،ويتضح ذلك من خلال تقسيم المشرع المادة إلى شقين حيث نص في الشق الأول منها على أن الأحكام القضائية التي تقضي بفك الرابطة الزوجية سواء بالطلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزوج،أو بالتراضي بين الطرفين، أو طلاق في حالة النشوز، أو التطليق،أو الخلع هي أحكام صادرة بصفة نهائية وقطعية تصدر عن المحكمة كدرجة أولى وأخيرة،وهذا لكونها من المسائل التي تتعلق بالنظام العام وهي تدخل ضمن الحل والحرم التي نظمتها الشريعة الإسلامية بحيث لا يجوز للأفراد أو القانون مخالفتها أوأن يقضوا بغيرها[1].

وعلى أساس ذلك فإن الطلاق الذي تقضي به المحكمة هو طلاق بائن،يجعل من الزوجة أجنبية على زوجها،فلا يمكنه مراجعتها إلا بموجب عقد ومهر جديدين طبقا لما نصت عليه المادة (50) من قانون الأسرة الجزائري[2].

أما في الشق الثاني منها فنص على أن الأحكام القضائية الصادرة في الجوانب المادية أحكام غير نهائية حيث تحكم فيها المحكمة بصفة ابتدائية قابلة للطعن فيها وهو ما تبينه أداة الاستثناء الواردة في هذه المادة والتي قالت:"فيما عدا جوانبها المادية" ويقصد بالجوانب المادية المسائل المتعلقة بنفقة العدة ونفقة الأولاد والتعويض عن الضرر يدخل ضمن هذه الجوانب المادية[3].

وعليه فإنه إذا تم الحكم بالطلاق مع التعويض فإنه يكون الحكم في الطلاق هو حكم نهائي لا يجوز الطعن فيه إلا وفق طرق الطعن غير العادية،أما الجانب المتعلق بالتعويض فإنه يجوز الطعن فيه بطرق الطعن العادية ثم غير العادية وهذا حتى لا نفوت على الطاعن فرصة

---

[1] غوتي بن ملحة،قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء،مرجع سابق،ص119.

[2] إن قانون الأسرة الجزائري لا يعتد بالطلاق العرفي أو الطلاق الذي يكون خارج المحكمة وذلك لان نص المادة (49)منه تقول أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، فالطلاق العرفي واقع من الناحية الشرعية،أما من الناحية القانونية يتوجب إثباته أمام المحكمة ،والعدة وفق القانون الجزائري يبدأ حسابها من تاريخ الحكم بالطلاق وليس من تاريخ إيقاع الطلاق ونلاحظ هنا انه خروج عن أحكام الشريعة الإسلامية لأن إجراءات الطلاق تأخذ وقتا مما قد يجعل من عدة المرأة منتهية شرعا في حين أنها قانونا لم تبدأ لأن الحكم لم يصدر وهنا فيه خرق لأحكام الشريعة الإسلامية لأن الزوجة شرعا بانت من زوجها،بينما نجدها من الناحية القانونية يمكن مراجعتها من طرف زوجها.

[3] غوتي بن ملحة، مرجع نفسه،ص120؛عبد الرحمان بربارة،مرجع سابق،ص341.

التقاضي على درجتين[1]. وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ14-11-1994حيث نصت بقولها:"...و من المقرر أيضا أن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية..."[2]، و كذا القرار الصادر بتاريخ19-3-1999 "من المقرر قانونا أن توابع العصمة والأشياء الخاصة بالزوجين والمرتبطة بواقعة الطلاق يجوز المطالبة بها ولو في مرحلة الاستئناف ولا تعتبر طلبا جديدا."[3]

الفرع الثالث : طرق الطعن في الحكم الصادر بالتعويض عن الضرر وآثاره

بالتنسيق مع ما تم ذكره سابقا يمكن القول أن الحكم الصادر بالتعويض عن الضرر يقبل كل أوجه الطعن وسنحاول بيان المقصود بذلك فيما يلي:

أولا:الطعن في الحكم بالتعويض عن الضرر بطرق الطعن العادية:

1-الطعن في الحكم بالتعويض عن طريق المعارضة:وهذا يكون في حالة صدور الحكم غيابيا ضد أحد الطرفين ، ويكون أجل الطعن بالمعارضة شهرا واحدا يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي.وهو ما نصت عليه المادة(329) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد[4].

2- الطعن في الحكم بالتعويض عن طريق الاستئناف: يعد الاستئناف طريقة من طرق الطعن العادية وهو درجة من درجات التقاضي التي يرفع إليها المتضرر من حكم المحكمة الابتدائية، فالأحكام الصادرة في التعويض عن الضرر هي أحكام صادرة بناء على السلطة

---

[1] لحسين بن الشيخ أث ملويا،المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص358.

[2] العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(110096)،تاريخ القرار15-11-1994،المجلة القضائية،العدد الثالث،1994،ص79.نقلا عن العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات05-02،مرجع سابق،ص227.

[3] العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(59140)،المجلة القضائية،العدد الأول،1993،ص52.

-العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(72858)،تاريخ القرار20-3-1991،المجلة القضائية،العدد الأول،1993،ص57.

العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(59140)،تاريخ القرار21-5-1991،المجلة القضائية،العدد الثالث،1993،ص65.

العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(79858)،26-11-1991،المجلة القضائية،العدد الثالث،1993،ص86.

العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(81850)،تاريخ القرار14-2-1992،اجتهاد قضائي،عدد خاص ،ص213.

4انظر في ذلك: فضيل،العيش،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،مرجع سابق، ص164 وما بعدها.

التقديرية للقاضي وبالتالي هي أحكام تحتمل الصواب في التقدير كما تحتمل الخطأ في ذلك ولذلك كان دور قضاة الاستئناف مراجعة[1]هذا الحكم شكلا وموضوعا [2]والتدقيق فيه حتى يتم التأكد من مدى جدية الاستئناف المرفوع من طرف المتضرر من الحكم الابتدائي. ولذلك هناك من عرف الاستئناف أنه"عبارة عن تظلم من حكم صادر بصورة ابتدائية، يرفع إلى جهة قضائية أعلى من أجل إصلاح ما فيه من خطأ."[3]

أما مواعيد الاستئناف فإنها محددة قانونا وهي عامة لا تتعلق فقط بقانون الأسرة وإنما تخص كل فروع القانون الخاص،وهي شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للشخص ذاته ويمدد إلى شهرين إذا تم التبليغ الرسمي للشخص في موطنه الحقيقي أو المختار[4]، و تحتسب الآجال كاملة غير أن يوم البداية والنهاية لا يعد ضمن الآجال. فهذا هو المبدأ الذي قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ21-11-1988[5]،

أما أثر الاستئناف على الحكم القضائي فإن له أثرا موقفا حيث أن تنفيذ الحكم يتوقف في حالة تم الطعن فيه بالاستئناف لأن الغاية من الاستئناف هي إعادة النظر في الحكم الابتدائي شكلا وموضوعا.

ويجدر التأكيد هنا أنه يجوز تقديم الطلب المتعلق بالتعويض لأول مرة أمام قضاة الاستئناف ولا تعتبر قضاء في طلبات جديدة لأنها مشتقة من الطلب الأصلي الذي هو فك العصمة الزوجية[6].

---

[1] أنظر في ذلك المادة (332) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] وهو مانصت عليه المادة(339)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:"تفصل جهة الاستئناف من جديد من حيث الواقع والقانون."

[3] بشير،بلعيد:**القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية**."د.ط"؛قسنطينة:دار البعث،2000،ص68-69.

4- فضيل العيش،المرجع نفسه،ص166وما بعدها

5المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم(51751)، مجلة قضائية، العدد الرابع،1989،ص75.

[6] المحكمة العليا،غ،أ،ش،ملف رقم(40432)،قرار بتاريخ5-5-1986"غير منشور".نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ،مرجع سابق،ص307.

-وهو ما تضمنته المادة(343) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانيا: الطعن في الحكم بالتعويض بالطرق غير العادية للطعن:

1-الطعن بالتماس إعادة النظر:يتضمن طلب التماس إعادة النظر مراجعة الحكم القضائي المطعون فيه من أجل الفصل فيه من جديد حسب الوقائع والقانون[1]،حيث يرفع إلى نفس الجهة القضائية التي أصدرت الحكم المطعون فيه،وهذا لوجود أسباب إما سهت عنها الجهة التي فصلت في الدعوى عمدا أو بسبب فعل المحكوم له،لذا وجب لفت انتباه الجهة القضائية لها لتعيد الفصل في القضية من جديد وتتراجع عن خطئها.

ويشترط لقبول الطعن بالتماس إعادة النظر في الشروط التالية:

أ- الحكم القابل للطعن بالتماس إعادة النظر: يستخلص من نص المادة (390) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يمكن الطعن عن طريق التماس إعادة النظر في كل حكم أو قرار فاصل في الموضوع وحائز قوة الأمر المقضي فيه ويقصد بهذا الأخير الحكم الذي استنفذ أوجه الطعن العادية وإن بقي قابلا للطعن بطرق غير عادية وهو يختلف عن الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي فيه الذي تكون له حجية في مواجهة الأطراف وتكون هذه الحجية غير قابلة لإثبات العكس إلا إذا تم الطعن فيها بالطرق العادية أو غير العادية للطعن[2].

ب- أوجه الطعن بالتماس إعادة النظر:ولابد أن يكون التماس إعادة النظر في الحكم الصادر بدعوى التعويض مؤسس على أحد الوجهين المنصوص عليها في المادة(392) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتمثل الأول في اعتماد الحكم الصادر على شهادة شهود أو وثائق اعترف بتزويرها،أوثبت تزويرها قضائيا.أما الثاني فيتمثل في حالة اكتشاف أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة لدى أحد الخصوم بعد صدور الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه.

ج- ميعاد تقديم الطعن بالتماس إعادة النظر:يرفع التماس إعادة النظر في أجل شهرين يبدأ سريانها من تاريخ اكتشاف تزوير شهادة الشهود أو الوثيقة،أو الحصول على الوثيقة المحتجزة.

---

[1] المادة (390) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] بشير بلعيد،مرجع سابق،ص190.

د- وجوب دفع الكفالة:يتوجب على رافع الطعن بالالتماس أن يدفع مسبقا كفالة تودع لدى أمانة الضبط ويمنح مقابلها وصل يرفق بعريضة بالدعوى[1].

هـ- عريضة الطعن بالتماس إعادة النظر:ويرفع التماس إعادة النظر أمام غرفة شؤون الأسرة بالمجلس القضائي الذي أصدر الحكم المراد طعنه[2].

2-الطعن بالنقض:إن الطعن بالنقض هو طريق من طرق الطعن غير العادية في الأحكام والقرارات النهائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية يختص بمراقبة مدى تطبيق القانون حيث يسمح فيه للأطراف برفع أمرهم إلى المحكمة العليا من أجل فحص مدى صحة تطبيق القواعد القانونية من طرف قضاة الموضوع وهنا نلاحظ الاختلاف بين الطعن بالنقض وغيره من الطعون الأخرى في كونه لا يقوم بمراجعة الحكم والفصل فيه من جديد وإنما الهدف من رفعه هو مراقبة مدى تطبيق القانون من طرف المحكمة أو المجلس.وعليه فإن عمل المحكمة العليا وكما سيأتي بيانه هو رقابة سلطة القاضي التقديرية باعتبارها اجتهادا قضائيا ومحاولة توحيده عند تفسير القانون وتطبيقه[3].

والتعويض عن الضرر باعتباره يمنح للمتضرر بناء على تقدير القاضي فإنه يكون محل رقابة من طرف المحكمة العليا وإن كان مر بدرجتين قضائيتين .

أ- **شروط قبول الطعن بالنقض:**يشترط لقبول الطعن بالنقض وروده ضمن الآجال القانونية[4] وأن يكون من ذي صفة على ذي صفة،إضافة إلى وجوب رفعه من طرف محام معتمد لدى المحكمة العليا وأن يكون مؤسسا على إحدى الحالات المنصوص عليها حصرا في المادة(358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمعروفة بأوجه النقض[5].

---

[1] تنص المادة(397)من قانون الإجراءات المدنية أن مقدار الكفالة يتراوح بين عشرة آلاف دينار إلى عشرون ألف دينار.

[2]- فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،مرجع سابق،ص187وما بعدها

[3]المادة (313)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4]المادة(313-322)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[5]المادة(558-559)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،مرجع سابق،ص172وما بعدها

ب- القرارات القضائية القابلة للطعن بالنقض:أما فيما يتعلق بالقرارات القضائية القابلة للطعن بالنقض فإنه يجب:

-أن يكون الحكم أو القرار نهائيا وهو الأمر الذي نصت عليه المادة(349)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- أن يكون القرار قد استنفذ كل طرق الطعن العادية[1]، وهذه القواعد العامة يتم تطبيقها عند القيام بالطعن في الأحكام القضائية الصادرة في مجال التعويض عن الضرر ونقول في هذا الصدد أن الطعن في الحكم بالطلاق يتم في جانب منه الطعن بالنقض وهو مسألة الطلاق في حين أن الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن هذا الطلاق يتعين على الشخص رفع استئناف بشأنه قبل المرور إلى الطعن بالنقض وهذا حتى لا يفوت درجة من درجات التقاضي كما سبق القول.

وعليه فإن نشاط القاضي التقديري هو محل رقابة قضائية وقانونية حيث تختص المحكمة العليا بمراقبة مدى التزام القاضي بتطبيق القانون عند تقديره للتعويض عن الضرر.

جـ- غياب الأثر الموقف للطعن بالنقض:تقضي القاعدة العامة أن الطعن بالنقض لا يقوم بوقف تنفيذ الحكم القضائي المطعون فيه،إلا أن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة حيث يكون للطعن بالنقض أثر موقف وهذا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم، أو ما إذا أمر القضاء وفقا لسلطته التقديرية بوقف تنفيذ الحكم القضائي[2].

وباعتبار أن الحكم بالتعويض عن الضرر هو حكم منفصل عن الطلاق وبالتالي فهو لا يدخل ضمن حالة الأشخاص وعليه فإن الطعن بالنقض في الحكم الصادر فيه لا يوقف تنفيذه.

د- نقض الحكم القضائي:عندما تقوم المحكمة العليا بقبول النقض في الشكل والموضوع،فإنها تنقض القرار كليا أو جزئيا وهذا بالإحالة أو بدون إحالة،فقبول الطعن مع الإحالة تقوم فيه المحكمة العليا بإحالة القضية إما أمام الجهة القضائية المختصة التي أصدرت الحكم أو القرار

---

[1] المادة(349)من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(94675)قرار بتاريخ13-7-1993،المجلة القضائية،العدد الأول،1994،ص85.نقلا عن:بلحاج العربي،قانون الأسرة مع تعديلات الامر05-02،مرجع سابق،ص305.

بتشكيلة جديدة أو أمام جهة قضائية أخرى من نفس النوع.أما قبول الطعن بالنقض دون إحالة فتقوم المحكمة العليا بالفصل هنا من خلال تحديد من يتحمل المصاريف القضائية المترتبة عن الخصومة أمام قضاة الموضوع، حيث يكون قرار المحكمة العليا قابل للتنفيذ.

هـ- رفض الطعن بالنقض: لا يمكن للطاعن أن يطعن بالنقض من جديد في نفس القرار الذي رفض الطعن بالنقض فيه أو عدم قبوله أو يطعن فيه بالتماس إعادة النظر[1].

يستنتج مما سبق أن الحكم الصادر بناء على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة والمتعلق باستحقاق التعويض وتقديره هو حكم ابتدائي يقبل كل أوجه الطعن وعليه فإنه يخضع للرقابة القضائية من طرف المحكمة العليا باعتباره يقبل الطعن بالنقض.

ولذلك سنحاول فيما يلي التطرق بشيء من التفصيل إلى كيفية رقابة المحكمة العليا لهذا النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.

الخلاصة: نخلص مما سبق إلى أن الحكم المتعلق بالتعويض عن الضرر هو من الجوانب المادية التي يحكم فيها قاضي شؤون الأسرة بموجب حكم ابتدائي قابل للطعن فيه بالطرق العادية وغير عادية.وهو محل رقابة من طرف المحكمة العليا التي تنظر في مدى تطبيق القاضي للقانون عند ممارسته سلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

المطلب الثاني: معنى رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

توصلنا فيما سبق أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر ليست بمنأى عن الرقابة القضائية للمحكمة العليا التي تمارسها بمناسبة رفع الطعن بالنقض لها فيما يصدر من أحكام قضائية وعليه سنحاول في هذا المطلب الإحاطة بمعنى الرقابة التي تمارسها المحكمة العليا على نشاط القاضي التقديري،ولكن قبل ذلك لا بد من الوقوف على المقصود بالمحكمة العليا وموقعها في الهرم القضائي وهذا حتى يتسنى بحث دورها فيما يتعلق بالأحكام القضائية ،فبعد توضيح هذا اللبس عندها سنقوم ببحث معنى هذه الرقابة ثم بعدها نقوم

[1] فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،مرجع سابق،ص181-182.

بتسليط الضوء على المقصود من الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي بوجه خاص باعتبارها تمارس بمناسبة العمل القضائي.

وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول: التعريف بالمحكمة العليا وتحديد مهامها .

الفرع الثاني: معنى رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية بوجه عام.

الفرع الثالث:معنى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية بوجه خاص.

الفرع الأول: التعريف بالمحكمة العليا وتحديد مهامها

أولا:التعريف بالمحكمة العليا:تأتي المحكمة العليا"المجلس الأعلى سابقا" في قمة الهرم القضائي تم إنشاؤها بموجب القانون رقم (63-218) الصادر بتاريخ 18جوان1963،وفي سنة 1989 [1]صدر قانون يحدد صلاحيات المحكمة العليا[2]،حيث جاء في المادة الرابعة منه أن هذه المحكمة هي محكمة قانون وتجازي كل انتهاك له،وهو ما جاءت به المادة(152) من الدستور التي حددت صلاحيات المحكمة العليا بقولها أن المحكمة العليا تمثل الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم وأنها تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد وتسهر على احترام القانون.

فالمحكمة من سياق هاتين المادتين تصنف أنها محكمة قانون واجتهاد ذلك أنها لا تتطرق للموضوع والفصل فيه من جديد كدرجة من درجات التقاضي؛ وإنما تناقش المسائل القانونية التي تتعلق بتفسير القاعدة القانونية ومراقبة تطبيقها من خلال رقابة نشاط القاضي الذهني في هذا الصدد،وتعمل أيضا على توحيد الاجتهاد القضائي وهذا عن طريق الفصل في المسائل التي فيها تناقض في الأحكام نتيجة غموض النصوص القانونية واختلاف تفسيرها من طرف قضاة

[1] قانون رقم(89-22)المؤرخ في 14جمادى الأولى عام 1410الموافق لـــ12ديسمبر 1989المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها،الجريدة الرسمية العدد(53).

[2] نصت المادة (39)من هذا القانون على استبدال مصطلح المجلس الأعلى بمصطلح المحكمة العليا.

الموضوع عند تطبيقها على الواقع،كما تعمل على نشر القرارات وجميع التعليقات والبحوث القانونية والعلمية لتدعيم توحيد الاجتهاد القضائي.

تتشكل المحكمة العليا من هياكل قضائية وأخرى غير قضائية:

1- الهياكل القضائية:يوجد في المحكمة العليا نوعان من الغرف:غرف عادية وغرف موسعة:

أما الغرف العادية فقد حددتها المادة(6)من النظام الداخلي للمحكمة العليا[1] وتتمثل في:الغرفة المدنية،الغرفة العقارية،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث،الغرفة التجارية والبحرية، الغرفة الاجتماعية،الغرفة الجنائية،غرفة الجنح والمخالفات وغرفة العرائض.

وتتشكل كل غرفة بالمحكمة العليا من:رئيس غرفة،رؤساء أقسام،مستشارين[2].

وأما الغرف الموسعة فإنها بدورها تكون في شكل غرف مختلطة أو مجتمعة:

أ-الغرف المختلطة:نصت المادة (20)من قانون(89-22) على أن:تنعقد الغرف المختلطة للبت في القضايا التي تطرح إشكالات قانونية التي من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي" وتتشكل من غرفتين ويمكن لها أن تتشكل من ثلاث غرف عندما تكون مدعوة إلى الفصل في الموضوع في قضية على أثر طعن ثان كما نصت عليه المادة(21)من القانون أعلاه،ويعين الرئيس الأول للمحكمة العليا الغرفة أو الغرف الملحقة،وكذا رئيس الغرفة المختلطة ،ويتم اتخاذ القرار عن طريق تصويت الأغلبية وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس،وللغرفة المختلطة إحالة الإشكال القانوني للغرفة الموسعة إذا ارتأت أن ذلك قد يؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي.

الغرف المجتمعة:تفصل في الحالات التي يمكن أن تؤدي إلى تغيير في الاجتهاد القضائي فقد نصت المادة (23)من القانون رقم(89-22):"إن هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا مدعوة للفصل في الحالات التي يحتمل أن تؤدي قراراتها إلى تغيير الاجتهاد القضائي"،وتتألف المحكمة العليا في هيئة الغرف المجتمعة حسب ما جاءت به المادة(24)من القانون أعلاه من الرئيس

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم(05-279)مؤرخ في 9رجب1426الموافق لـــ14أوت2005يتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا،الجريدة الرسمية العدد(55)لسنة2005.

[2] المادة(7)من المرسوم الرئاسي نفسه.

الأول، نائب الرئيس،رؤساء الغرف، رؤساء الأقسام وعميد المستشارين في كل غرفة ولا يسوغ لها التثبت إلا بحضور خمسة وعشرين عضوا على الأقل ،وتتخذ قراراتها بالأغلبية وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس، يجدر التذكير هنا أن الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا في هذه الحالة يكون له قوة إلزامية بحيث لا يجوز للقاضي القضاء بخلافه وبالتالي يرقى إلى درجة التشريع[1].

أما كيف يطلّع القاضي عن هذا الاجتهاد، فإن ذلك تكفله المحكمة العليا ذاتها من خلال إرسالها إلى المحاكم والمجالس كل الاجتهادات التي صدرت عنها وهو ما نصت عليه المادة(10)من القانون أعلاه كما يمكن للمحامي الدفع بوجود هذا الاجتهاد القضائي.

2-الهياكل غير القضائية للمحكمة العليا:

أ- مكتب المحكمة العليا:يتكون من الرئيس الأول للمحكمة العليا ،نائبه ،رؤساء الغرف، عميد رؤساء الأقسام ،عميد المستشارين ،النائب العام وعميد المحامين العامين.ومن مهام هذا المكتب:

-توزيع القضاة على الغرف والأقسام.

-تحديد برنامج العمل السنوي وضبط جدول الجلسات وتقييم النشاط السنوي للقضاة.

-حصر حالات التناقض بين الغرف.

-إعداد النظام الداخلي للمحكمة العليا.

-إبداء الرأي في مشروع ميزانية المحكمة العليا.

ب- الجمعية العامة للقضاة:تتألف من كافة قضاة المحكمة العليا وتدرس المسائل التي من شأنها توحيد وتفسير وتطبيق القانون،والمسائل المتعلقة بوضعية القضاة .

جـ- مصلحة المستندات والنشر: وتتكفل هذه المصلحة بـ:

- متابعة حركة التشريع وإعداد فهرس له.
- فهرسة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا وإعداد فهرس في الاجتهاد القضائي.
- التكفل بتبليغ مبادئ الاجتهاد القضائي للقضاة.

---

[1] لأن من المهام الأساسية للمحكمة العليا توحيد الاجتهاد القضائي حتى لا يكون تناقض في الأحكام القضائية.
أنظر:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02،مرجع سابق،ص307.

– السهر على نشر المجلة القضائية للمحكمة العليا[1].

د– **مكتب المساعدة القضائية:**يرأس المكتب النائب العام لدى المحكمة العليا ويضم هذا المكتب مستشارا يعينه الرئيس الأول للمحكمة العليا ومحاميا مقبولا لدى المحكمة العليا وممثلا عن المنظمة الوطنية للمحاميين وممثلا عن وزارة المالية[2].

نستنتج مما سبق أن المحكمة العليا هي هيئة قضائية توجد في أعلى قمة الهرم القضائي وهي تعد محكمة قانون واجتهاد؛إذ تسهر على احترام وتطبيق القانون وكذا توحيد الاجتهاد القضائي من خلال ما تقوم به من رقابة على أعمال المجالس القضائية والمحاكم.

الفرع ثاني:معنى رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية بوجه عام

أولا:المقصود برقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية:

تقوم المحكمة العليا بمراقبة الأحكام القضائية القابلة للطعن للتأكد من صحة إعمال القانون على الواقع المطروح على محكمة الموضوع التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

فالوظيفة الأساسية للمحكمة العليا تتطلب النظر إلى القاعدة القانونية المختلف عليها وتفسيرها وتطبيقها،سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية،وهل هي القاعدة الأنسب للأخذ بها في النزاع المطروح أم لا؟ والنظر فيما إذا كان الحكم المطعون فيه قد أصاب في فهم أو في تطبيق القاعدة القانونية على الواقع المستخلص في الدعوى كما تراه المحكمة العليا أو أخفق في ذلك[3].

كما تختص المحكمة العليا في مراقبة القواعد الشكلية التي أقر القانون إتباعها في الحكم هل اتبعت أم لا؟ وفي ضوئها تحكم برفض أو قبول الطعن،فعندما تقوم بقبول الطعن ونقض الحكم فإنها تحيل القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه من جديد طبقا للقواعد التي أقرتها في المسألة القانونية محل الطعن.فالطعون المرفوعة إلى المحكمة العليا تكون واحدة سواء كانت مدنية أو جنائية.

---

[1] المادة(33–34) من القانون(89–22) المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا.

[2] المادة(35) من القانون(89–22) المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا

[3] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص501.

فالمحكمة العليا لا تنظر إلا في الأسباب التي بني عليها الطعن في الحكم والمدونة في ورقة الطعن فهي ترفض لجوء الطاعن إلى أسباب أخرى غير تلك المذكورة في صفحة النقض.كما أن أسباب الطعن في النقض ترجع في معظمها إلى الخطأ في تطبيق القانون.

فتقوم المحكمة العليا ببحث الوجوه والأشكال القانونية الموجودة في الطعن دون التطرق إلى غير ذلك.

ثانيا:أوجه الرقابة على الأحكام القضائية:

حصرت المادة(358)ق.إ.م.إ أوجه الطعن في 18 حالة،وأكدت المادة(359)على عدم قبول أوجه أخرى غير تلك المنصوص عليها باستثناء الأوجه القانونية المحضة أو تلك الناتجة عن الحكم أو القرار المطعون فيه. وتجدر الإشارة إلى أنه يجوز للمحكمة العليا أن تثير من تلقاء نفسها وجها أو عدة أوجه للنقض [1]وهذا ما نصت عليه المادة(360)ق.إ.م.إ.

"لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية:

-مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات.

-إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات.

-عدم الاختصاص.

-تجاوز السلطة.

-مخالفة القانون الداخلي.

-مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة.

-مخالفة الاتفاقيات الدولية.

-انعدام الأساس القانوني.

-انعدام التسبيب.

-قصور التسبيب.

-تناقض التسبيب مع المنطوق.

1فضيل العيش،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،مرجع سابق،ص180-181.

-تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار.

-تناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة، عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثيرت بدون جدوى وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار من حيث التاريخ، وإذا تأكد هذا التناقض،يفصل بتأكيد الحكم أو القرار الأول،

-تناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولا ولو كان أحد الأحكام موضوع طعن بالنقض سابق انتهى بالرفض وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة(354) أعلاه ويجب توجيهه ضد الحكمين وإذا تأكد التناقض،تقضي المحكمة العليا بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معا.

-وجود مقتضيات متناقضة ضمن منطوق الحكم أو القرار.

-الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.

-السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية.

-إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية."

يتضح مما سبق أن الرقابة القضائية التي تمارسها المحكمة لا تتعلق بحكم معين أو تنحصر في سلطة القاضي وإنما تشمل هذه الرقابة كل الأحكام القضائية دون استثناء وتتضح هذه الرقابة من خلال أوجه الطعن التي حددها المشرع على سبيل الحصر.

الفرع الثالث: معنى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية

لقد اتضح مما سبق أن رقابة المحكمة العليا تشمل كل الأحكام القضائية النهائية سواء تلك التي كان للقاضي فيها مجال واسع من الحرية في التقدير أو تلك التي كان له فيها حيز ضيق من التقدير ، وبناءا على ذلك سنحاول هنا بيان معنى رقابة المحكمة العليا على نشاط القاضي التقديري وهذا بوجه خاص حتى يتجلى لنا المقصود منها.

تعتبر السلطة التقديرية للقاضي سلطة فعالة لفهم الواقع وإعمال القانون عليه،فهو يقوم بهذه السلطة في كل لحظة من لحظات نشاطه القضائي.ففي معنى الرقابة على السلطة التقديرية ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن وظيفة القاضي تتمحور في أن يحكم وفقا للقانون.

فالقاضي يتمتع بالسلطة عند قيامه بوظائفه،كما أن هذه السلطة ليست مطلقة ولا كاملة فهي تمنح له كي يقوم بالوظيفة الموكلة له على نحو مناسب وصحيح.فسلطته لها أهداف محدودة يسعى دائما لتحقيقها متبعا في ذلك طرقا ومبادئ ووسائل محددة.فلا يجب أن تكون هذه السلطة تحكمية[1]. و التسبيب هو الشيء الوحيد الذي يحقق ذلك لأنه يؤدي إلى إخفاق أي تحكم قد يحدث من القاضي وهو الشيء الذي يضمن أن القاضي قام باستخدام سلطته بشكل صحيح دون أن يسيء إلى هذا الاستخدام.

ويرى الفقه أن سلطة القاضي تواجه ثلاثة فروض:

الفرض الأول هو: عدم وجود سلطة تقديرية للقاضي.

الفرض الثاني هي: وجود السلطة التقديرية بشكل مطلق وبدون أية قيود.

والفرض الثالث هو: وجودها بشكل واسع غير مطلق[2].

فهذه الفروض تحدد التزام القاضي بالتسبيب،ففي الفرض الأول لا تكون هناك حاجة للتسبيب لأن القاضي ليست له سلطة تحتاج إلى تبرير.وفي الفرض الثاني فإن السلطة بيد القاضي فهي لا تحتاج أيضا للتسبيب.أما في الفرض الثالث فالتسبيب يكون لازما[3].

والقاضي بحكم وظيفته القضائية فهو يتمتع بسلطة تقديرية وهذا في نطاق ما يسمح له القانون به، وليس فقط عندما تكون هناك عبارات تدل على منحه التقدير،وليس فقط في بعض المجالات دون البعض الآخر. وإنما للقاضي سلطة تقديرية في جميع الحالات التي يصادفها من أجل فهم الواقع والقانون على حد سواء.

وعليه فإن كل قاض في آن واحد يتمتع بسلطة قضائية وسلطة تقديرية فلا يمكن إعمال السلطة القضائية دون تقدير مسبق للواقع كما أن هذا التقدير يمهد الطريق للتكييف القانوني والذي بدوره يمهد لإعمال السلطة القضائية وإصدار العمل القضائي.

---

[1] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص503-504.

[2] نبيل إسماعيل عمر،مرجع نفسه،508-509.

[3] محمد فاضل زيدان،مرجع سابق،ص324ومابعدها.

غير أن بعض امن الفقهاء ذهب إلى القول بأن السلطة التقديرية الكاملة ليست هي الأصل في سلطة القضاء إلا أن هذا خطأ،لأن القاضي في جميع الحالات له إلى جانب السلطة القضائية سلطة تقديرية.

كما يرى بعض الفقهاء أن العمل التقديري البحت لا يوجد لأن الأصل أن العمل القضائي عمل مقيد.فالقاضي يقوم باستخدام سلطته التقديرية من أجل إعمال سلطته القضائية فلا يوجد فعلا عمل قضائي تقديري بحت،وإنما يوجد تقدير ومن ثم يأتي عمل قضائي[1].

كما أن القاضي لا يلتزم بالتسبيب إذا كان يتمتع بسلطة تقديرية،كما يرون أن سلطة القاضي تتحقق إذا أعطيت للقاضي الحرية في اختيار الحل الذي يراه وفقا لما يمليه الواقع والقانون في الحالات المعينة كما أن سلطة القاضي في التقدير يجب أن تسبب فإذا أراد القاضي مثلا أن يجعل الجلسة سرية فإنه يجب أن يسبب حكمه في هذا الشأن[2].وبالتالي فإن إعمال السلطة القضائية لا يمكن أن يقع دون أن يسبقه تقدير لأن هذا التقدير ضروري.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي في هذا الصدد نجد أن هناك من الفقهاء أيضا من قال بعدم وجود رقابة قضائية عن ما يصدره القاضي بحكم نشاطه التقديري،فلا ينقض الحكم الذي كان مبنيا على اجتهاد القاضي مادام ليس فيه إجماع لم يوجد حكمه في الكتاب أو السنة[3].

استنادا إلى ما سبق ذكره يمكن القول أنه مع أن الفقه يختلف في الأصل حول مدى قيام هذه الرقابة على السلطة التقديرية للقاضي إلا أنه لا بد من وجود هيئة تكون مقومة لنشاط القاضي التقديري،حيث أن هذه الرقابة لا تمارس على النشاط الذهني وما يقوم به من تفكير بغية إيجاد الحل القانوني للنزاع المطروح وإنما هذه الرقابة تمارس على ما ينصب عليه هذا النشاط التقديري والمتمثل في مادته.والرقابة القضائية التي تمارس على القاضي هي ضمانة للتأكد من تطبيقه للقانون.

---

[1] نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص505-504.

[2] نبيل إسماعيل عمر،مرجع نفسه،ص509-510.

[3] محمود محمد ناصر بركات،مرجع سابق ،ص477.

خلاصة:نصل مما سبق إلى نتيجة مفادها أن رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية تتجلى في مراقبة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم والمجالس القضائية وهي لا تنصب على النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي وإنما تنصب على مادة هذا النشاط أو مصادره للتأكد من عدم انحراف القاضي عن الغاية التي منح لأجلها هذه السلطة والممتثلة في عدم التعسف في استعمالها والتقيد بتطبيق القانون.

المطلب الثالث:نطاق رقابة المحكمة العليا على إعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر

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

وفي هذا الصدد نتساءل عن نطاق رقابة المحكمة العليا على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر هل تنصب على نشاطه التقديري الذي يمارسه بصدد استخلاص الوقائع المنتجة في الدعوى وما تقدم إليه من أدلة أم أن هذه الرقابة تقتصر على الجانب القانوني من خلال مراقبة مدى تطبيق القانون؟أم تشمل هذه الرقابة الواقع والقانون معا؟وما هي الوسائل التي تعتمدها المحكمة في كل ذلك؟

وسنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال هذا المطلب المقسم إلى ثلاثة فروع كالآتي:

الفرع الأول:نطاق الرقابة على إعمال القاضي لنشاطه التقديري في مجال التعويض عن الضرر.

الفرع الثاني:وسائل رقابة المحكمة العليا.

الفرع الثالث: أهمية الرقابة القضائية على سلطة القاضي التقديرية للقاضي.

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

إن تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا على نشاط قاضي شؤون الأسرة التقديري في مجال التعويض عن الضرر يتطلب منا البحث عن مدى قيام هذه الرقابة عند تقدير القاضي لاستحقاق التعويض عن الضرر وكذا عند تقديره للتعويض وهل تشمل الجانبين معا أم تقتصر عن جانب دون الآخر؟

أولا:رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي لاستحقاق التعويض:من الثابت قضاء أن فهم الوقائع والتأكد من قيامها يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو من يقدر مدى قيام الضرر من عدمه انطلاقا من أوراق الدعوى وما تقدم به الخصوم ،وهو ما أثبتته جملة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا؛ وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18-11-1970"من المقرر قانونا بأن الوقائع يرجع الأمر في تقديرها إلى سلطة قضاة الموضوع لا غير، فليس للمجلس الأعلى رقابة عليهم في ذلك."[1] كما جاء في قرار آخر: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر هو مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ومتى تبين في القضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن. "[2]

فالمحكمة العليا لا تراقب سلطة القاضي التي مارسها على الوقائع وكيف استنتج العناصر الفعالة فيها وترك ماعدا ذلك ولا تراقب ما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر ولا تعقب على صحتها في حد ذاتها، ولكن تراقب التكييف القانوني لهذه الوقائع من

---

[1] المحكمة العليا،غ،ق،خ،نشرة القضاة،العدد الأول،1972،ص67.نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02،مرجع سابق،ص303.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم(216865)القرار بتاريخ 16-3-1999اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص256.

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(221329)اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص60.

- المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(222134)،قرار بتاريخ 18-5-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص126.

-المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(222134)،قرار بتاريخ 18-5-1999،اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001،ص126.

خلال رقابتها على مدى كفاية هذه الوقائع في تكوين الضرر وطبيعة الضرر الواقع هل هو ضرر قائم ومحقق أم هو مستقبلي[1] وما نوع الضرر الذي اعتمد عليه القاضي في التكييف وترتيب الحق في التعويض هل هو مادي أم معنوي فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 27-11-1989أن:"من المقرر شرعا وقانونا أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل إثبات الضرر،فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون،ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة(53) فقط، وكذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق"[2] فالقاضي يستقل 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 القاضي لأدلة الإثبات وإن كان يخضع لمطلق اجتهاده إلا أنه يشترط أن يكون مرتكزا على عناصر لها مأخذ صحيح من تلك الأدلة ؛كما يتوجب عليه بيان وسائل الإثبات التي بموجبها كون اقتناعه الشخصي بقيام الضرر من عدمه[3] .

وفيما يتعلق بضرورة بيان عناصر الضرر فقد جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 27-11-1992 أن:"من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا وما ثبت في القضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة خمس سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها يبرر التعويض الممنوح لها..."[4]

فتقدير عناصر الضرر الموجب للتعويض يستقل به قاضي الموضوع ،غير أنه ملزم ببيانها في الحكم لأنها تعد من المسائل القانونية التي يتم فحصها من قبل المحكمة العليا .

---

[1] جاء في قرار صدر عن محكمة النقض المصرية أن استخلاص ثبوت الضرر أو نفيه من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع مادام الدليل الذي أخذت به المحكمة مقبول قانونا .نقض مدني بتاريخ 31-12-1970،مجلة أحكام النقض،السنة21،ص1311.نقلا عن: محمد صبري السعدي،مرجع سابق،ص160.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(56490)،"غير منشور"نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الأمر رقم05-02،مرجع سابق،ص276.

[3] المحكمة العليا،غ،ق،خ،قرار بتاريخ 17-2-1972،نشرة القضاة،العدد الثاني،ص53.نقلا عن:العربي بلحاج،مرجع نفسه ،ص216.

[4] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم (56249)،مجلة قضائية،العدد الأول،1992،ص51.

يتضح مما سبق أن المبدأ العام هو أن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الضرر والقول باستحقاق التعويض مادام استند في تقدير ذلك إلى جملة أدلة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى ،وهو ملزم ببيان عناصر الضرر 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.

و نلاحظ في هذا الصدد أن المحكمة العليا وإن كانت تقضي مبادئها أن تقدير الوقائع وقيام الضرر هي مسائل مادية بحتة تخضع لمطلق سلطة قاضي الموضوع إلا أننا نجد أن بسط رقابتها على التكييف القانوني للوقائع هو رقابة للوقائع التي تم استخلاصها من طرف قاضي الموضوع وهذا بشكل غير مباشر.

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

لقد سبق القول أن قاضى الموضوع يستقل بتقدير مدى استحقاق التعويض المحكوم به طالما كان تقديره مبنياً على أسس لها أصل ثابت بالأوراق ومن ثم لا يجوز التعقيب على قضائه في هذا الشأن.وتم التأكيد أن ما يخضع لرقابة المحكمة العليا هو عناصر الضرر، فالتعويض يقدر بمقدار الضرر ويدور معه وجوداً وعدما، و لا يؤاخذ القاضي إن هو لم يبين الضرر بنوعيه لأنه بإمكانه دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض ولا تعقيب على ذلك.

وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أن تقدير التعويض المستحق لجبر الضرر المتحقق إنما هو من سلطة محكمة الموضوع تجريه على أساس ما يقدم إليها من أسانيد تبين حقيقة الأضرار المادية والأدبية التي تكون قد لحقت بالمضرور وكل ذلك على نحو ما تبينه هي من ظروف الدعوى،ولا تقبل المنازعة في سلامة هذا التقدير ما دامت العناصر القانونية للحكم بالتعويض قد اكتملت وكان بذلك جابرا لكافة الأضرار المادية والأدبية[1] فقد جاء في قرار للمحكمة العليا"أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(39689)،قرار بتاريخ24-02-1986"غير منشور"نقلا عن:العربي بلحاج،قانون الأسرة مع تعديلات الامر05-02،ص246.

الموضوع الذي يستنتجه من الوثائق المعروضة وليست عليه رقابة فيه"[1]، كما جاء في قرار آخر أن تقدير النفقات والتعويضات يدخل في باب التقدير المخول للقضاة ولا يسوغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك[2].

وعليه فإن المبدأ العام يقضي أن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض دون تعقيب من المحكمة العليا لأن ذلك يدخل في صميم اختصاص قاضي الموضوع الذي تكون له الدراية و الإحاطة الكافية بحجم الضرر ومبلغ التعويض الذي يكفل جبر الضرر وترضية المضرور؛غير أنه من جانب آخر نجد أن هذا الإطلاق ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة ذكر القاضي للعناصر التي استند إليها في تقدير التعويض فبيان هذه العناصر هو من مسائل القانون التي تبسط المحكمة العليا رقابتها عليه.

ولذلك نجد أن القاضي وإن كان من الناحية القانونية يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض إلا أنه من الناحية العملية والتطبيقية يكون محل رقابة قضائية ولذلك فإنه ليس حرا تماما في تقدير مبلغ التعويض وإنما هو مرتبط بضرورة تسبيب ما قام بمنحه من تعويض انطلاقا من بيان القاعدة القانونية أو الشرعية التي استند إليها في تقدير التعويض، وكذا الأسس التي اعتمدها في ذلك.وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ بتاريخ2-4-1984[3]، أنه:"من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع،فإن تسبيبه وبيان حال الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

كما إذا كان من الثابت أن قضاء القضاة الاستئناف قد رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به إلى الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون

---

[1] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(40853)،قرار بتاريخ5-5-1986"غير منشور"نقلا عن:العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الامر05-02،مرجع سابق،ص 247.

[2] المحكمة العليا،غ.أ.ش،ملف رقم(41703)،قرار بتاريخ5-5-1986'غير منشور"نقلا عن:العربي بلحاج،مرجع نفسه،ص247.

3 غ,أ.ش،ملف رقم(32779)،سبق ذكره،ص61.

اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما وفقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الأخر ودون اعتبار كذلك لما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانات الزوج المادية،فإن هؤلاء القضاة فصلوا دون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية ،ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة."

كما جاء في قرار آخر أن تقدير التعويض وإن كان يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فإنه يجب أن لا يكون مجحفا في حق احد الزوجين إجحافا مألوفا بالنسبة لحالتهما[1]

فيتضح من جملة هذه الأحكام القضائية أن تقدير قاضي شؤون الأسرة لمبلغ التعويض ليس بمنأى عن الرقابة القضائية للمحكمة العليا التي تراقب مدى عدالته من خلال ما تتضمنه أسباب الحكم من ذكر للأسس التي اعتمدها القاضي في تحديده لمبلغ التعويض

ويلاحظ من جملة الأحكام القضائية التي تم الاطلاع عليها أن القاضي مع أنه ملزم بتبرير المبلغ المحكوم به إلا أنه يكتفي بذكر مبلغ التعويض دون بيان حال الطرفين وظروفهما الاجتماعية والاقتصادية وغير ذلك.

وعليه نجد أن ما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا هو أن محكمة الموضوع عندما تقدر قيمة التعويض فإنها تطبق القانون فيما يقدم لها من أدلة وبيانات على قيام الضرر وتحدد عناصره ، فإذا ما صدر حكمها محيطا بكافة عناصر الضرر وكان عادلا في حق المضرور دون أن يكون فيه إثراء له على حساب المسؤول فقد أصابت صحيح حكم القانون في ما انتهت إليه من تقدير لقيمة التعويض ، بغير معقب عليها فيما هو متروك لتقديرها ووزنها لمدى جسامة الضرر وقيمة التعويض الجابر له طالما كان تقديرها سائغاً و مستمداً من أصول مادية؛ مع الوضع في الاعتبار أنه لا توجد معايير معينة يجب على المحكمة إتباعها في خصوص تقدير مبلغ التعويض متى بينت عناصر الضرر المستوجب للتعويض ، ومن ثم فإنه لا تثريب

[1] ملف رقم(39689)،قرار سبق ذكره.

عليها إن هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة ما دامت قد ناقشت كل عنصر على حدى وبينت أوجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته .

يمكن أن نصل مما سبق إلى استنتاج منطقي يقضي بأنه توجد صعوبة في التمييز بين الواقع والقانون لذلك نجد أن المحكمة العليا تبسط الرقابة على الجانبين عند ممارسة القاضي لنشاطه التقديري وتعد الرقابة الضمانة الأساسية لعدم تعسف القاضي في تقدير استحقاق التعويض أو تقدير قيمته كما تجعل من القاضي من كل الميول الشخصية والذاتية،ومتقيدا بالموضوعية التي هي غاية القانون الأساسية.

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

ذكرنا في الفصل الأول من هذا البحث أن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تخضع لجملة من القيود التي فرضها القانون ومن ذلك التقيد بالغاية التي رسمها القانون إضافة إلى التقيد بالحياد وعدم القضاء بعلمه الشخصي وكذا ضرورة تسبيب الأحكام القضائية وهذا القيد الأخير يعد الوسيلة التي تقوم بواسطتها المحكمة العليا بمراقبة مدى صحة تطبيق القانون على الأحكام القضائية الصادرة، وذلك من خلال مراقبة الأسباب سواء الواقعية أو القانونية، وهذا بغية التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع[1].

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ22-12-1988أنه:[2]" من المقرر قانونا أن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وأن يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبيب ومخالفة للقانون استنادا للقانون الإجرائي."كما أضافت:" أن إهمال الجواب على دفوع الخصوم يساوي انعدام التسبيب".

---

[1] عبد الحميد الشواربي،المسؤولية القضائية،مرجع سابق،ص232-233.

2المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم (54271)، المجلة القضائية العدد الثالث،1990، ص296.

-المحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم 51887)،الصادر بتاريخ 13-2-1989،المجلة القضائية العدد الرابع 1989،ص78.

فرقابة المحكمة العليا لا تقوم بفحص واقع الدعوى بهدف الفصل فيه،وإنما هذه الرقابة تقوم بالتأكد فقط من وجود هذه الأسباب الواقعية ومن صلاحياتها لإعمال القانون الذي طبقته محكمة الموضوع، وهذا راجع إلى أن الأسباب الواقعية تسمح بالتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا،لأن الحكم إذا كان لا يحتوي على أدلة وشواهد توضح وتبين ملابسات وظروف وقائع الدعوى فلا يمكن حينئذ استخلاص الوقائع الأساسية التي ساعدت على إعمال القانون.وهذا ما يؤدي حتما إلى صعوبة لدى المحكمة لكي تتحقق من أن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا وبالتالي لا يمكن التحقق من النتيجة التي وصل إليها القاضي[1].

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 تعويضا يجبر الضرر المادي والمعنوي الذي ألم به.

الفرع الثالث: أهمية الرقابة على سلطة القاضي التقديرية في مجال التعويض عن الضرر

إن أهم ما تحققه عملية الرقابة القضائية للمحكمة العليا على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة، هو أنها توحد تفسير القانون وتطبيقه على امتداد إقليم الدولة وإزاء جميع الخاضعين لقضائها، مما يضمن وحدة القضاء، فهي تقوم بدور الرقيب والمصحح لأخطاء قضاة الموضوع فتبطل الحكم الذي ينطوي على خطأ، وتكفل سلامة العمل القضائي ودقته، بل أنها تباعد بينه وبين احتمال الخطأ، وذلك أن علم القاضي باحتمال أن تبطل المحكمة العليا عمله، يجعله يتحرى الدقة في عمله والالتزام الدقيق بحكم القانون فيما يصدره من أحكام[2] و على هذا فإن كل حكم خال من الأسباب يستوجب نقضه و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ22-12-1988أنه[3]: " من المقرر قانونا أن كل منطوق يجب

---

[1]نبيل إسماعيل عمر،سلطة القاضي التقديرية،مرجع سابق،ص513-514.

[2]فاضل زيدان محمد،سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة،ص324ومابعدها.

[3]المحكمة العليا غ.أ.ش ملف رقم(54271)، المجلة القضائية، العدد الثالث،1990، ص296

لمحكمة العليا،غ.أ.ش ملف رقم(51887) الصادر بتاريخ 13-2-1989،المجلة القضائية، العدد الرابع 1989،ص78.

أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وأن يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية 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:"أن إهمال الجواب على دفوع الخصوم يساوي انعدام التسبيب".

ويمكن القول أن أهمية رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية بشكل عام وعلى نشاط القاضي الذي يمارسه بشأن منح التعويض عن الضرر تكمن في منع القاضي من اتخاذ هذه السلطة كوسيلة تحكمية تخضع لميوله الشخصي مما قد يؤدي به إلى الانحراف بهذه السلطة وبالتالي عدم تحقيق الغاية الموضوعية التي يصبو إليها القانون.

خلاصة:

نخلص مما سبق إلى نتيجة مفادها أن المحكمة العليا لا تطبق رقابتها على نشاط القاضي الذهني وكيف يقوم به للاستنتاج والتحليل وغيرها من الأمور التي تخضع لباطن التفكير الشخصي للقاضي وإنما رقابتها تكون على مصادر هذا النشاط التقديري من خلال الرقابة على الوقائع لإلزامها القاضي بذكر عناصر الضرر التي استند إليها، وتشمل القانون من خلال الرقابة على التكييف القانوني الذي توصل إليه القاضي. وأداة المحكمة العليا في اكتشاف صحة الاستدلال القضائي من فساده تتمثل في حتمية ذكر أسباب إصدار الحكم القضائي والتي من خلالها يتوصل إلى المنهج القانوني الذي سلكه القاضي في حل النزاع وكذا أنواع المنطق القضائي التي عمل بها في هذا الاستدلال.

وعليه نقول أنه لا يوجد سلطة تقديرية مطلقة وإنما سلطة القاضي في جميع الحالات هي مقيدة برقابة المحكمة العليا على مدى صحة القياس القضائي الذي قام به القاضي بموجب سلطته القضائية وهي تطبق على الواقع والقانون معا.

خلاصة المبحث الثالث

من خلال عرضنا لهذا المبحث توصلنا إلى النتائج الآتية:

1-أن الأحكام القضائية الصادرة في مجال التعويض عن الضرر تتعلق بالجوانب المادية التي تكون أحكامها ابتدائية قابلة للطعن فيها بالطرق العادية والطرق غير العادية.

2-تبسط المحكمة العليا باعتبارها محكمة اجتهاد ومحكمة قانون رقابتها القضائية على إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

3-إن رقابة المحكمة العليا لنشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر لا تنصب عن النشاط الذهني الذي يقوم به ولكن هذه الرقابة تكون على مصادر النشاط التقديري، فتشمل الرقابة على الوقائع من خلال إبراز القاضي لعناصر الضرر التي استند إليها في تقدير التعويض وكذا على القانون من خلال رقابتها للتكييف القانوني الذي يقوم به القاضي.

4-تعتمد المحكمة العليا في رقابتها على النشاط التقديري للقاضي على وسائل تتجلى في أسباب الحكم القضائي التي يتوصل من خلالها إلى مدى صحة الاستدلال القضائي الذي قام به القاضي.

5- إن القول بأن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في مجال التعويض عن الضرر لا يعني أنها مطلقة من أي قيد ،فإلزامية تسبيب الأحكام القضائية تجعل من نشاط القاضي التقديري مقيدا بعدم الانحراف في الاستدلال ووجوب تحري الموضوعية وإلا تعرض للمساءلة القضائية.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما عرضناه في هذا الفصل نستنتج ما يلي:

1-أن تقدير استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطليق والنشوز من الناحية القانونية يخضع لمطلق سلطة القاضي لأن المشرع وضع شرط حصول الضرر وترك للقاضي بحث عناصره وشروط قيامه ؛ أما من الناحية العملية والتطبيقية فقد اعتاد القضاة على الاستناد إلى جملة من الشروط يجب توفرها لتقرير استحقاق التعويض عن الضرر للطرف المضرور.

2-يستند قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر إلى المعيار الموضوعي وكذا المعيار الشخصي وهذا للموازنة بين الحقوق وحدود استعمالها والبحث في الظروف والاعتبارات الشخصية.

3- ويستند القاضي في تقرير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطليق والنشوز إلى نظرية التعسف في استعمال الحق طبقا لأحكام قانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية والتي مبناها القاعدة الدينية الكبرى{لا ضرر ولا ضرار}؛وليس استنادا لأحكام المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق المقررة في القانون المدني.

4-الضرر هو مسألة موضوعية يقع عبء اثباته على المدعي به ويخضع لتقدير قاضي الموضوع ولا رقابة من قبل المحكمة العليا على تقدير قيامه من عدمه،غير أن بيان عناصره هو أمر ملزم للقاضي لأن ذلك يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.

5 -إن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية تخضع لسلطة قاضي الموضوع،أما عناصر تقدير التعويض فتعد من مسائل القانون يلزم القاضي بذكرها.

6- يمارس قاضي شؤون الأسرة نوعين من التقدير تقدير موضوعي حتى يصل إلى منح تعويض عادل للطرف المضرور، و تقدير شخصي يأخذ فيه بعين الاعتبار الظروف الشخصية للأطراف لأن الضرر مسألة شخصية تختلف من شخص إلى آخر.

7- إن تحديد مقدار التعويض وطريقة دفعه موكول للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة سواء فيما يتعلق بحالة العدول عن الخطبة أو الطلاق التعسفي والتطليق والنشوز ويستند القاضي في تقدير ذلك إلى القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار".

8- يعتد عند تقدير التعويض عن الضرر بتاريخ صدور الحكم وليس من تاريخ حصول الضرر باعتبار أن الأحكام الصادرة بالتعويض عن الضرر هي أحكام مقررة للحقوق وليس منشئة لها، فيقوم الحق في التعويض ويكون ملزم الدفع ويتمتع بحماية قانونية من تاريخ الحكم.

9-تعتبر الأحكام القضائية الصادرة في مجال التعويض عن الضرر أحكاما ابتدائية قابلة للطعن فيها بجميع طرق الطعن العادية وغير العادية لأنها تتعلق بجوانب مادية.

10-إن المحكمة العليا باعتبارها محكمة اجتهاد ومحكمة قانون فإنها تبسط رقابتها القضائية على النشاط الذهني الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة عند تقدير استحقاق التعويض وكذا تقدير قيمته.

11-إن رقابة المحكمة العليا لنشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر لا تنصب عن النشاط الذهني الذي يقوم به ولكن هذه الرقابة تكون على مصادر النشاط التقديري، فتشمل الرقابة على الوقائع والقانون معا.

الخاتمة

الخاتـــمـــــــــــــــــــــــــــــة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، فبتوفيق من الله أشرفت على نهاية هذا البحث المتعلق بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.

حيث حاولت الإحاطة بمختلف جوانب هذا الموضوع وهذا من خلال المزاوجة بين الجانب النظري الذي كانت مادته القواعد القانونية وما جاد به الفقه القانوني والإسلامي فيما يتعلق بهذه السلطة واستعمالها في مجال التعويض ،والجانب التطبيقي الذي كان حقله التطبيقات القضائية المتمثلة في جملة الأحكام والقرارات القضائية وما توصلت إليه المحكمة العليا من اجتهادات تتعلق بموضوع البحث. وقد توصلت إلى نتائج وتوصيات بشأنه، قد تساهم في إرساء نظرية قانونية متكاملة مبنية على أسس علمية موضوعية تعمل على تحقيق الغاية من منح قاضي شؤون الأسرة لهذه السلطة التقديرية في التعويض عن الضرر وتكفل حكما عادلا لا يكون محلا للتعسف في استعمال الحق.

ونبدأ بأهم النتائج التي توصلت إليها وتتمثل في الآتي:

ففي مجال التأصيل التاريخي لسلطة قاضي شؤون الأسرة خلصت إلى القول أن فكرة السلطة التقديرية وجدت حتى في ظل المجتمعات البدائية،أما فكرة السلطة التقديرية للقاضي فقد وجدت منذ الفتح الإسلامي مع أنها كانت تحت مسمى اجتهاد القاضي،في حين أن مصطلح السلطة التقديرية للقاضي –وهو مصطلح قانوني– كان محل سجال لدى فقهاء القانون انتهى بالاعتراف بها للقاضي في القرن 19م.

وبشأن موقف مشرعنا من فكرة السلطة التقديرية للقاضي فقد كرسها في مختلف فروع القانون بما في ذلك قانون الأسرة وهذا منذ فجر الاستقلال،وقد جعل من القواعد الصادرة بموجب هذه السلطة التقديرية قواعد خاصة لا ترقى إلى العمومية إلا إذا تم إقرارها من طرف المحكمة العليا بجميع غرفها مجتمعة؛ حينها تصبح اجتهادا قضائيا واجب التطبيق.

وفيما يتعلق بتعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة فتوصلت إلى أنها مكنة قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في إطار قاعدة قانونية معينة تكون صالحة التطبيق على النزاع،مع مراعاة أحوال المتقاضين، ويخضع القاضي بصدد ذلك إلى الرقابة القضائية.

كما توصلت إلى أن هذه السلطة هي جوهر العمل القضائي وهي ملازمة له،يمارسها القاضي في كل مراحل الدعوى فهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون غير أنها تكون متميزة في قانون الأسرة بحكم خصوصية المسائل التي يتناولها مما يجعل من دور قاضي شؤون الأسرة ايجابيا وفعالا.

أما بخصوص المصادر التي يستمد منها قاضي شؤون الأسرة سلطته التقديرية فهي ثلاثة: مصدر مادي يتمثل في عناصر النزاع التي يتصل القاضي من خلالها بالدعوى وتحدد اختصاصه،ومصدر شكلي وهو القاعدة القانونية بمفهومها العام حيث يستمد منها القاضي شرعية نشاطه التقديري ويستند إليها في أحكامه،ومصدر احتياطي يتجلى في جملة الوسائل القانونية والمنطقية التي يستعين بها القاضي لإيجاد حل للمركز القانوني المتنازع عليه.

وبشأن مفهوم التعويض عن الضرر توصلت إلى أنه الأداء المالي الذي يدفع للشخص مقابل كل أذى يصيبه نتيجة المساس بحق أو مصلحة مشروعة له فيما يتعلق بنفسه أو ماله ويترتب عنه مفسدة معتبرة. الأمر الذي أجازته الشريعة الإسلامية وسار على نهجها المشرع الجزائري حيث أقر مبدأ التعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي دون تمييز.

كما توصلت إلى أن أساس التعويض عن الضرر في قانون الأسرة هو ترضية للطرف المضرور بمنحه تعويضا عادلا يكفل جبر الضرر الذي أصابه ويكون مقياسه مدى جسامة الضرر وليس الخطأ، وهذا الأساس له أصل في الفقه الإسلامي وهو منحى المسؤولية التقصيرية في الوقت الحالي التي أصبحت تقتصر على ركني الضرر والرابطة السببية.

وبخصوص ممارسة قاضي شؤون الأسرة للسلطة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر فقد قيدها المشرع في أربع حالات ذكرها على سبيل الحصر في قانون الأسرة وتتمثل في حالة العدول عن الخطبة،والطلاق التعسفي،والتطليق،والنشوز.وقد خول للقاضي في شأنها سلطة تقديرية واسعة في بحث مدى قيام الضرر واستحقاق التعويض عنه وكذا تقدير قيمته.

ويتوصل القاضي إلى حل النزاع المطروح أمامه ومنح المضرور التعويض عن طريق إعمال المنهج القانوني وكذا المنطق القضائي في فحص الوقائع وتمحيص الأدلة والقيام بعملية التكييف القانوني واختيار النص القانوني المتطابق مع التكييف،بعد ذلك يقوم ببناء الحكم وهذا عن طريق القياس القضائي للمقدمة الكبرى المتمثلة في القاعدة القانونية النموذجية على المقدمة الصغرى المتمثلة في الوقائع ليصل إلى النتيجة أو تطبيق الأثر القانوني الوارد في القاعدة القانونية.

أما فيما يخص المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر فتوصلت إلى أنها تعني ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي من خلال فحصه للوقائع وأدلة إثباتها ومحاولة استخلاص العناصر الفعالة من أجل تقرير الحق في استحقاق التعويض وتقدير تعويض عادل يكفل جبر الضرر الواقع على المضرور ويتوصل القاضي إلى ذلك عن طريق الاستدلال القضائي الذي يتوصل به إلى بيان أن الحكم غير تحكمي.

وبخصوص كيفية ممارسة قاضي شؤون الأسرة للسلطة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر من الناحية العملية فقد اعتمدت على تحليل هذا النشاط انطلاقا من تسليط الضوء على كيفية اعماله على الحالات التطبيقية لهذه السلطة والمتمثلة في حالة العدول عن الخطبة وحالة الطلاق التعسفي وحالة التطليق وحالة النشوز.

وقد اتضح أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتقدير مدى استحقاق التعويض حيث وضع المشرع للقاضي شرط قيام الضرر لمنح الحق في التعويض دون ذكره لعناصر الضرر أو المعايير التي يستند إليها القاضي في تقدير قيامه، وقد تبين من جملة التطبيقات القضائية أن القضاء أوجد لنفسه جملة من المعايير اجتهد في وضعها –حيث يرجع إليها لتقرير مدى استحقاق التعويض عن الضرر– حيث استمدها من أحكام الشريعة الإسلامية وعرف الناس وكذا الظروف والملابسات المتعلقة بأطراف الخصومة.

أما فيما يتعلق بالتشريعات المقارنة فقد وجدت أن أغلبها وضعت للقاضي معايير معينة يستند إليها في تقدير الضرر مع منح هامش من الحرية للقاضي في بحث مدى تطابق هذه المعايير مع الوقائع التي ينظر فيها ومن ذلك التشريع السوري والأردني والمصري.

وأثبتت التطبيقات القضائية أن الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في قانون الأسرة الجزائري هو فكرة التعسف في استعمال الحق التي مبناها القاعدتان الشرعيتان{لا ضرر ولا ضرار ،والضرر يزال} طبقا لأحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية تأسيسا على نص المادة(222) من قانون الأسرة الجزائري،وليس على أحكام المسؤولية التقصيرية والتعسف في استعمال الحق المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري.

في حين وجدت أن التشريعات المقارنة تستند في منح التعويض عن هذه الحالات التطبيقية إلى القانون المدني تأسيسا على أحكام المسؤولية التقصيرية ونظرية التعسف في استعمال الحق المقررة في أحكام هذا القانون،كما أن الجهة المختصة بالنظر في هذا التعويض هو القاضي المدني وليس القاضي الشرعي.

وبشأن مدى إلزام القانون للقاضي بالحكم بالتعويض توصلت أن القاضي ملزم بالحكم بالتعويض عن الضرر إذا ثبت تعسف الزوج في الطلاق وفي حالة ثبوت نشوز أحد الزوجين،أما في حالة العدول عن الخطبة فإنه وبالرغم من أن المشرع جعل من الأمر مسألة جوازيه للقاضي إلا أن الرقابة القضائية التي ترد على القاضي بشأن تسبيب الحكم بالتعويض من عدمه تفرض عليه ضرورة الحكم بالتعويض عن الضرر في حالة ثبوته،أما فيما يتعلق بحالة التطليق فإن للقاضي سلطة مطلقة في الحكم بالتعويض عن الضرر من عدمه حتى في حالة قيام الضرر وثبوته.

و فيما يخص نوع التقدير القضائي الذي يقوم به قاضي شؤون الأسرة بشأن التعويض عن الضرر خلصت إلى القول أنه نظرا لخصوصية المسائل التي ينظمها قانون الأسرة لكونها تتعلق بالنظام العام من جهة،وتتضمن أمور إنسانية بحتة من جهة أخرى؛ فإن القاضي يقوم بنوعين من التقدير أحدهما موضوعي يرتكز فيه على معيار موضوعي مجرد ؛وآخر شخصي يرتكز فيه على معيار شخصي ذاتي،ويقوم بهذين النوعين من التقدير في مرحلة البحث عن قيام الضرر وتقرير استحقاق التعويض وكذا عند تقدير التعويض.

أما بالنسبة لتقدير قاضي شؤون الأسرة للضرر فتوصلت إلى أن الضرر هو مسألة شخصية تخضع للسلطة الموضوعية لقاضي شؤون الأسرة ولا رقابة للمحكمة العليا على نشاطه التقديري فيما يتعلق بتقدير قيام الضرر من عدمه؛أما عناصر الضرر فقلت أنها تعد من مسائل القانون التي يتوجب على القاضي ذكرها في أسباب الحكم فهي محل رقابة من طرف المحكمة العليا.

تستند التطبيقات القضائية فيما يتعلق بتقرير استحقاق التعويض إلى ضرورة توفر جملة من الشروط تمثل عناصر الضرر استمدها القضاء الجزائري اجتهادا من أحكام الشريعة الإسلامية.

تتمثل هذه الشروط في حالة العدول عن الخطبة في ضرورة إثبات قيام الخطبة وانعدام المسوغ الشرعي أو القانوني للعدول عن الخطبة،وأن يكون العدول بسبب لا دخل للمعدول عنه فيه،وأن يصاحب فعل العدول أفعال تلحق بالمعدول عنه أضرارا،أما عبء إثبات الضرر فيقع على المدعي بقيامه.

أما في حالة الطلاق التعسفي فتتجلى شروط استحقاق التعويض في ضرورة إثبات قيام عقد زواج صحيح،وإنفراد إرادة الزوج في الطلاق ومبرر شرعي أو قانوني ،وأن لا يكون للزوجة ضلع في توقيع الطلاق أو أن يكون برضاها،أما فيما يتعلق بقيام التعسف من عدمه فإن عبء إثبات عدم تعسف الطلاق يقع على الزوج.

وفي حالة التطليق يشترط لاستحقاق التعويض وجود ضرر بيِّن لحق بالزوجة وغالبا ما يتقرر منح التعويض عن الضرر في حالة وجود حكم قضائي يدعم ثبوته.ويقع عبء إثبات قيام الضرر على الزوجة.

أما في حالة النشوز فإن الضرر مفترض قانونا ويشترط لاستحقاق التعويض ثبوت حالة النشوز بموجب حكم قضائي يقضي بالرجوع إلى بيت الزوجية يبلغ إلى الخصم ويحرر محضر امتناع من طرف المحضر لإثبات ذلك.

وفي مجال تقدير التعويض خلصت إلى القول أن لقاضي شؤون الأسرة حرية تقدير التعويض مادام يستند في ذلك إلى أصل ثابت في أوراق الدعوى ولا رقابة للمحكمة العليا على ذلك لأنه يعد من المسائل الموضوعية التي تخضع لمطلق تقديره؛غير أنه من جانب آخر يكون القاضي ملزما ببيان عناصر تقدير التعويض لأن هذا يعد من مسائل القانون الخاضعة لرقابة المحكمة العليا.

وقد اثبتت التطبيقات القضائية أن القاضي يستند عند تقدير التعويض عن الضرر في ظل انعدام معايير محددة بموجب القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية وكذا العرف باعتبارهما مصدرين احتياطيين لقانون الأسرة،ويراعي في تحديد مقدار التعويض الظروف الملابسة في الدعوى وكذا حجم الضرر ومدى جسامته.

يستند قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي إلى أحكام المتعة التي تعد الأساس الفقهي له، ويراعي في تقديره ظروف الطرفين المادية وحجم الضرر الواقع على

المرأة،كما يعتد في تقدير ذلك بالعرف والمألوف مع الوضع في الاعتبار مركز المرأة الاجتماعي والاقتصادي والثقافي،وكذا سن المرأة ومدة الزواج،ودرجة تعسف الزوج.

وقد اختلفت التطبيقات القضائية بشأن مقدار التعويض في حالة الطلاق التعسفي قبل الدخول حيث هناك من يمنح للمرأة نصف الصداق و مبلغا من التعويض ويمنحها آخرون نصف الصداق كحق مقرر لها شرعا وهو بذاته تعويض لها عن الضرر اللاحق بها ،وأيدت في هذه المسألة الرأي الأول باعتبار أن نصف الصداق تستحقه المرأة شرعا وقانونا استنادا إلى المادة(16)من قانون الأسرة في حين أن التعويض هو نتيجة تعسف في إيقاع الطلاق تستحقه استنادا لأحكام المادة(52) من نفس القانون.

وبالنسبة للتشريعات المقارنة إنفرد المشرع التونسي بأحكامه حيث فرق بين التعويض عن الضرر المعنوي دفعة واحدة في حين يتم تعويض عن الضرر المادي بموجب جراية عمرية تدفع للمرأة عن كل طلاق ينشئه الزوج .

و فيما يتعلق بطبيعة الأحكام القضائية الصادرة في التعويض عن الضرر فهي أحكام ابتدائية قابلة للطعن فيها بجميع طرق التعويض ويمكن أن تتصل بدعوى الطلاق أو التطليق ويمكن أن ترفع بشكل مستقل.

إن دور القاضي في مجال التعويض عن الضرر يأتي من باب سد الذرائع وتحقيق مقاصد الشريعة من خلال حفظ الحقوق والأموال ومنع إلحاق الأذى بالغير دون وجه حق وعليه فالتعويض في الوقت الراهن لا بد أن يحمل في طياته نوعا من العقاب لردع المتسبب في الضرر وهذا لحفظ قدسية العلاقات الأسرية .

ويخضع قاضي شؤون الأسرة أثناء ممارسته للسلطة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر إلى رقابة قانونية تتمثل في جملة القيود التي يخضع لها أثناء أدائه للوظيفة القضائية عموما ، إن القول بأن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية في مجال التعويض عن الضرر لا يعني أنها مطلقة من أي قيد ،فإلزامية تسبيب الأحكام القضائية تجعل من نشاط القاضي التقديري مقيدا بعدم الانحراف في الاستدلال عند إجراء القياس القضائي للمقدمتين الكبرى والصغرى من أجل منح التعويض ويجب عليه تحري الموضوعية والابتعاد عن الميول والأهواء الشخصية وإلا تعرض للمساءلة القضائية.

وخلصت إلى القول في الأخير إلى أن استخدام قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر واسع يشمل البحث في مدى استحقاق التعويض عن الضرر وتقدير قيمته وطريقة دفعه،غير أن هذا الاستخدام وإن كان واسعا فإنه غير مطلق لأنه خاضع لجملة من القيود القانونية والقضائية تكفل المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون واجتهاد التقيد بها من خلال فرض رقابتها على مادة هذا النشاط التقديري المتمثلة في الواقع والقانون معا؛ناهيك عن قيد العرف القضائي داخل المجالس القضائية والمحاكم الذي فرض حدا معينا من التعويض الذي ينبغي للقاضي عدم تجاوزه بالرغم من أن هذه الأعراف لا تتمتع بالإلزامية القانونية ومع ذلك فرضت وجودها في الممارسة القضائية مما جعل من تقدير التعويض في كثير من الأحيان مجحفا في حق المضرور ولا يكفل جبر الضرر الحاصل له وخاصة بالنسبة للمرأة المطلقة طلاقا تعسفيا.ولعل هذا يعد من أبرز الأسباب التي تؤدي بالمرأة التي ليس لها دخل أو معيل بعد الطلاق دخول متاهة الإجرام و الانحراف.

أما فيما يتعلق بالتوصيات والاقتراحات فقد أوجزتها في الآتي:

1-نوصي المشرع الجزائري بتعديل الفقرة الثالثة من المادة(5)من قانون الأسرة وهذا بالنص على إلزام القاضي بالحكم بالتعويض إذا ثبت لديه الضرر وهذا تكريسا للاجتهادات القضائية،وبذلك تكون صياغتها كالأتي:"**إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين حكم القاضي بالتعويض.**"

-وكذا تعديل المادة (52) من نفس القانون وهذا بالنص على منح الزوجة التعويض عن الطلاق دون البحث في أسبابه ومدى تعسف الزوج في إيقاعه اقتداء بالشريعة الإسلامية التي تمنح المتعة لكل مطلقة.فتكون صياغة المادة(52) من قانون الأسرة كالأتي: "**إذا تم إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حكم القاضي بالتعويض للزوجة عن الضرر اللاحق بها.**"

2-نوصي المشرع الجزائري بتحديد أسس تقدير التعويض في قانون الأسرة الجزائري كما هو عليه الحال في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن. والتقييد من سلطة قاضي شؤون الأسرة في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد سقف أدنى من التعويض لكل من حالة العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطليق والنشوز لا يتجاوزه القاضي ويحفظ حق المضرور حتى لا يقع في تعسف ثان يكون هذه المرة من القاضي .

3-كما نوصي القضاة بالرفع من مبالغ التعويض عن الضرر المحكوم بها نتيجة الطلاق التعسفي لسد الذرائع ومنع الزوج من الاستخفاف بالطلاق والتلاعب بمصير الأسرة ذلك أن أضرار الطلاق لا تتوقف عند المرأة فقط وإنما تمتد إلى الأولاد والأهل والمجتمع ككل.

4- نوصي المشرع الجزائري بالنص على إمكانية تعويض الزوج عن الضرر اللاحق به في حالة مخالفة الزوجة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج،أو ارتكابها لفاحشة مبينة،أو الحكم عليها لارتكابها جريمة"جنحة أو جناية" تمس شرف الأسرة.

5-ندعو إلى ضرورة تخصيص القضاة في مجال شؤون الأسرة وكذا تولية هذا الفرع الأهمية اللازمة من خلال وضع القضاة ذوي الخبرة والكفاءة وخاصة على مستوى المحاكم وهذا نظرا لحساسية المسائل التي ينظر فيها.

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

وأخيرا أسأل الله العظيم أن أكون قد وفّقت لما يحبّه ويرضاه وأستغفره عمّا أبديت من تجاوز أو نقصان إنه وليّ ذلك والقادر عليه والحمد لله رب العالمين.

-تمّت بحمد الله-

الملاحـــق

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية الكريمة

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية:

الرقم	النص القرآني	السورة	الآية	الصفحة
1	﴿ وَ مِنْ ءَايَتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَجاً لِّتَسكُنُوا إِلَيْهَا وَ جَعَلَ بَيْنَكم مَّوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنَّ فى ذَلِك لاَيَت لِّقَوْم يَتفَكَّرُونَ﴾	الروم	الآية (21)	أ
2	﴿وَجَعَلْنَاكُم شُعُوبًا وَقَبَائِل لِتَعَارَفُواْ﴾	الحجرات	الآية (13)	أ
3	﴿ وَ إِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كلاًّ مِّن سعَتِهِ وَ كانَ اللَّهُ وَسِعاً حكِيماً ﴾	النساء	الآية(139)	ب
	﴿وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾	البقرة	الآية(237)	ب
4	﴿ وَٱلَّذِينَ جَاهَدُواْ فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ ٱللَّهَ لَمَعَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾	العنكبوت	الآية (69)	30
5	﴿ يَا أَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلأَمْرِ مِنْكُمْ ﴾	النساء	الآية (59)	31
03	﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعاً بِٱلْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾	البقرة	الآية(236)	31
04	﴿ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ فَلَقَتَلُوكُمْ فَإِنِ ٱعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْاْ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَمَ فَمَا جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلاً﴾	النساء	الآية (90)	45
05	﴿ وَقَدِّرْ فِي السَّرْدِ ﴾	سبأ	الآية (11)	45
06	﴿وَٱللَّهُ يَقْضِي بِٱلْحَقِّ ﴾	غافر	الآية (20)	45
07	﴿كُلَّ يَوْمٍ هُوَ فِي شَأْنٍ﴾	الرحمان	الآية (29)	46
08	﴿ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُواْ ﴾	االبقرة	الآية 231)	68
09	﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾	الانعام	الآية(164)	75
10	﴿ وَجَزَآءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾	الشورى	الآية (40)	75
11	﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾	النحل	الآية(126)	75
12	﴿ يَأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُوۤاْ أَمْوَلَكُمْ بَيْنَكُمْ بِٱلْبَطِلِ ﴾	النساء	الآية (29)	81

13	﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾	النساء	الآية (34)	96
	﴿وَإِنِ ٱمْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً ﴾	النساء	الآية(128)	96
15	﴿ يٰأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً ﴾	الاحزاب	الآية(237)	190
16	﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاَّ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾	البقرة	الآية(237)	196
17	﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾	البقرة	الآية(241)	191

فهرس الأحاديث النبوية والآثار:

الرقم	الحديث	الصفحة
1	« حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، قال:"**كيف تقضي إذا عَرَض لك قضاء؟**»	31
2	رسالة عمر ابن الخطاب رضي الله عنه إلى أبى موسى الأشعري المعروفة بـــ:"دستور القضاء..."	32
	«لا ضرر ولا ضرار... »	68
3	**«طعام بطعام وإناء بإناء...»**	75
4	**«إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إليّ...»**	115
5	"كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب..."	206
6	**«ألا أخبركم بأفضل من درجة القيام والصلاة والصدقة قالوا بلى يا رسول الله**	209
7	**قال:إصلاح ذات البين فان فساد ذات البين هي الحالقة»**	

فهرس المصادر والمراجع

ا-المصادر والمراجع باللغة العربية

القرآن الكريم

أولا- النصوص القانونية

1-الدساتير

1-الدستور الجزائري رقم(96-438)مؤرخ في26 رجب1417 الموافق لـــ7 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية رقم76 معدل ب:القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل،2002 الجريدة الرسمية العدد(25)المؤرخة في 14 أبريل 2002 والقانون رقم(08-19)المؤرخ في 15 نوفمبر 2008،الجريدة الرسمية العدد(63)المؤرخة في 16 نوفمبر2008.

2- النصوص التشريعية الجزائرية

أ/القوانين العضوية

1-القانون العضوي رقم(98-01)المؤرخ في1998/5/30المتضمن إنشاء مجلس الدولة، الجريدة الرسمية العدد(37)لسنة1998.

2-القانون العضوي رقم(05-11)المؤرخ في13جمادى الثانية 1426الموافق لـــ20 يوليو 2005المتعلق بالتنظيم القضائي الجزائري،الجريدة الرسمية العدد(51)لسنة2005.

ب/القوانين والأوامر

1-الجزائر:قانون(62-157)المؤرخ في 31-12-1962،الجريدة الرسمية العدد(02) مؤرخة في 11يناير1962.

2-الأمر رقم(66-155)المؤرخ في18صفر1386الموافق ل8ونيو1966،الجريدة الرسمية العدد (48)المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم بقانون رقم(04-14)المؤرخ في 10-11-2004،الجريدة الرسمية العدد(71)لسنة2004.

3- الأمر رقم(66-156)المؤرخ في18 صفر1386 الموافق ل8يونيو1966، الجريدة الرسمية العدد(49)المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم بقانون رقم(04-15)المؤرخ في 10-11-2004،الجريدة الرسمية العدد(71) لسنة 2004.

4-الأمر رقم(66-154) مؤرخة في 09 يونيو 1966المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري،الجريدة الرسمية العدد(47) لسنة1966.

5-أمر رقم(70-20)مؤرخ في13ذي الحجة 1389الموافق لـــ19فبراير1970المتعلق بالحالة المدنية الجزائري،الجريدة الرسمية العدد(21)لسنة 1970.

6-رقم(74-15)المؤرخ في 6محرم 1394الموافق ل30يناير1974المتعلق بإلزامية التامين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث المرور، الجريدة الرسمية العدد (15) لسنة1974، والمعدل والمتمم بالقانون رقم88-31المؤرخ في5ذو الحجة1408الموافق لـــ19 جويلية 1988 ،الجريدة الرسمية العدد(29)لسنة1988.

7-الأمر رقم(74-72)المؤرخ في12يوليو1974المتضمن تعديل الأمر رقم(63-218) المتضمن إنشاء المجلس الأعلى،الجريدة الرسمية العدد(58) لسنة1974.

8-الأمر رقم(75-58)المؤرخ في20رمضان1395 الموافق ل26 سبتمبر1975يتضمن القانون المدني الجزائري ،الجريدة الرسمية العدد(78) المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20يونيو2005،الجريدة الرسمية العدد(44) لسنة2005.

9-القانون رقم(84-11)المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم(05-02) المؤرخ في 27-02-2005،الجريدة الرسمية العدد(15) لسنة 2005.

10-قانون رقم(89-22)المؤرخ في 14جمادى الأولى عام 1410الموافق لـــ12ديسمبر 1989المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها،الجريدة الرسمية العدد(53).

11-القانون رقم(04-11)المؤرخ في21رجب1425الموافق لـــ6سبتمبر2004المتضمن القانون الأساسي للقضاء الجزائري،الجريدة الرسمية العدد(57)لسنة2004.

12-القانون رقم(08-09)المؤرخ في18صفر1429الموافق لـــ25فبراير2008المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،الجريدة الرسمية العدد(21)لسنة 2008.

جـــ/النصوص التنظيمية

1-المرسوم الرئاسي رقم(05-279) مؤرخ في 9رجب1426الموافق لـــ14أوت2005يتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا،الجريدة الرسمية العدد(55)لسنة2005.

3- النصوص التشريعية العربية

1-أمر مؤرخ في3 أوت1957يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2- الظهير الشريف رقم(22-04-1) صادر في 12من ذي الحجة 1424 الموافق لـ 03-02-2004 بتنفيذ القانون رقم(03-70) الجريدة الرسمية العدد(5184) الصادرة يوم الخميس 5فبراير2004،مستخرجة من الموقع الالكتروني لوزارة العدل المغربية: ma ejustice.justice.gov.،بتاريخ:15-02-2011.

ثانيا- الكتب القانونية:

1-الكتب المتخصصة

1 إبراهيم،سيد أحمد.**الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقها وقضاء.**"د.ط". الإسكندرية:مكتب الجامعي الحديث،2003.

2- أبو السعود،رمضان.**شرح الأحوال الشخصية لغير المسلمين.**"د.ط".مصر:دار الجامعة الجديدة،2007 .

3-أبو زهرة،محمد.**محمد محاضرات في عقد الزواج وأثاره.**"د.ط"."د.م.ن": دار الفكر العربي ،1971.

4-_____

.الأحوال الشخصية."د.ط".دمشق سوريا:دار الفكر،"د.ت.ن".

5- أبوهشهش،أحمد محمود.**الصلح وتطبيقاته في الأحوال الشخصية.**ط1.عمان الأردن: دار الثقافة،2010.

6-آث ملويا،لحسين بن الشيخ.**المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية.**"د.ط".بوزريعة الجزائر: دار هومه،2005.

7-الأشقر،عمر سليمان.**أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة.**"د.ط".الأردن:دار النفائس، "د.ت.ن".

8-البكري،محمد عزمي.**موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية.**ط1.مصر:دار محمود، 1999.

9-التكروري،عثمان.**شرح قانون الأحوال الشخصية.**ط1.الأردن:دار الثقافة،2007.

10-الجندي،أحمد نصر.**شرح قانون الأسرة الجزائري.**"د.ط".مصر:دار الكتب القانونية، 2009.

11-الداغستاني، مريم أحمد.**الآثـــار المتـــرتبة عـــن الطلاق.**"د.ط". مصر: شركة الأمل ، 1994.

12-الرجوب،نايف محمود.**أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي.**ط1.الأردن:دار الثقافة،2008.

13-الزحيلي،محمد.**التعويض المالي عن الطلاق**.ط1.دمشق سوريا:دار المكتبي، 2008.
14-السنهوري،عبدالرزاق.**الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**.ط3.بيروت:منشورات الحلبي الحقوقية،1989.
15-الشواربي،عبد الحميد.**مجموعة لأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء**."د.ط". الإسكندرية:منشاة المعارف،2001.
16- الشيخ،شمس الدين.**قانون الأسرة والمقترحات البديلة**.ط1.الجزائر:دار الأمة،2003 .
17-الصابوني،عبدالرحمان.**شرح قانون الأحوال الشخصية السوري**."د.ط".دمشق: المطبعة الجديدة،1979.
18-العربي،بلحاج.**مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة** . "د.ط".الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2000.
19-

.قانون الأسرة مع تعديلات الامر02/05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين عاما 1966-2006."د.ط".الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2007.
20-العمروسي،أنور.**موسوعة الأحكام الشرعية في الزواج والطلاق والخلع**.ط1.الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، 2003.
21-العيش،فضيل.**شرح وجيز في القانون الأسرة الجزائري الجديد**."د.ط".الجزائر:مطبعة الطالب ،2008/2007.
22-الغوتي،بن ملحة.**قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**.ط2.بن عكنون الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
23-الفقي،عمروعيسى.**الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية**.ط1.الإسكندرية:المكتب الجامعي الحديث،2005 .
24-القدومي،عبير ربحي شاكر.**التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية**. ط1.الأردن:دار الفكر ،2007.
25-القرم،ناصر جبر.**دور القضاء الشرعي في الإصلاح الأسري**.ط1.الأردن:دار الثقافة،2010.
26-المصطفى،أحمد.**في الأحوال الشخصية**."د.ط".لبنان:المؤسسة الحديثة للكتاب،2001.

27-المومني،أحمد محمد ونواهضه،إسماعيل نبيل.**الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**.ط1.الأردن:دار المسيرة،2009.

28-إمام، محمد كمال الدين،والشافعي،جابر عبد الهادي سالم.**مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء**."د.ط".بيروت لبنان:منشورات الحلبي الحقوقية،2003.

29-بدران،أبو العينين بدران.**الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والجعفري والقانون**."د.ط".لبنان:دار النهضة العربية،"د.م.ن".

30-بلباقي،عبد المؤمن.**التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي**."د.ط". الجزائر:دار هومه،2000.

31-بلخضر،مخلوف.**النصوص القانونية مع الاجتهادات القضائية**."د.ط".عين مليلة الجزائر:دار الهدى،2004.

32-بن حرزالله،عبد القادر.**الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**.ط1.القبة الجزائر: دار الخلدونية ،2007.

33-بن زيطة،عبد الهادي.**تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري**.ط1. الجزائر:دار الخلدونية،2007.

34-بن محمود فاطمة الزهراء،ودولة سامية.**اجتهادات قضائية معلق عليها**."**د.ط**" «تقديم:زهير اسكندر»تونس:مركز الدراسات القانونية والقضائية،2006.

35-بهنسي،أحمد فتحي.**نفقة المتعة بين الشريعة والقانون**.ط1.القاهرة:دار الشروق، 1988.

36-جانم،جميل فخري محمد.**مقدمات عقد الزواج"الخطبة"في الفقه والقانون**.ط1.عمان:دار حامد، 2009.

37-دلادنة،يوسف.**دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة**.ط2.الجزائر:دار هومة، .2008

38- ديابي،باديس.**آثار فك الرابطة الزوجية**."د.ط".الجزائر:دار الهدى،2008.

39-سعد،عبد العزيز.**قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد**.ط2.الجزائر:دار هومة،.2009

40-سلمان، نصر وسطحي،سعاد.**أحكام الطلاق**."د.ط".الجزائر:دار الفجر،"د.ت.ن".

41-سمارة،محمد.**أحكام وآثار الزوجية**.ط1.الأردن:دار الثقافة،2008.

42-شاكر،أحمد محمد.**نظام الطلاق في الإسلام**.ط1.مصر:مكتبة السنة،1354هـ.

43-شلالا،نزيم نعيم.**دعاوى الوعد بالزواج**."د.ط".طرابلس لبنان:المؤسسة الحديثة للكتاب ،2010.

44-صقر،نبيل.**قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا**."د.ط".الجزائر:عين مليلة،2006.

45-عامر،عبد العزيز.**الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء**.ط1. القاهرة:دار الفكر العربي، 1984.

46-عمرو،عبد الفتاح.**السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية**.ط1.الأردن:دار النفائس، 1998.

47-عمر،عبد الله وقمحاوي،محمد حامد.**أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين**."د.ط".الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2003.

48-قادر، محمد خضر.**دور الإرادة المنفردة في أحكام الزواج والطلاق والوصية**.ط1. الأردن:اليازوري ، 2010.

49-قاسم، علي محمد علي.**التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط "دراسة مقارنة"**. "د.ط".الإسكندرية:دار الجامعة الجديدة،2005.

50-لوعيل،محمد لمين.**المركز القانوني للمرأة في القانون الأسرة الجزائري**."د.ط".الجزائر: دار هومة،2004.

51-مروك،نصرالدين.**قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق**."د.ط"."د.م.ن":دار الهلال،2004.

2-الكتب العامة

1-أبرباش،أرزقي العربي.**تاريخ النظم القانونية والاجتماعية القديمة-الإسلامية-الجزائرية**. "د.ط".القبة الجزائر:دار الخلدونية،2006.

2-إبراهيم،سيد أحمد.**التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء**.ط2.الإسكندرية:دار الفكر الجامعي،2002.

3-أبو العثم،فهد عبد الكريم.**القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق**."د.ط".عمان الأردن:دار الثقافة،2005.

4-أبوطالب،صوفي حسن.**تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**."د.ط"."د.م.ن":دار النهضة العربية ،2007.

5-أث ملويا،لحسين بن الشيخ.**المنتقى في القضاء العقابي**.ط1.الجزائر:دارالخلدونية، 2008.

6-الخطيب،محمد.**الفكر الإغريقي**.ط1.الاسكندرية:دار علاء الدين،1999.

7-الخليلي،حبيب إبراهيم.**مدخل للعلوم القانونية**.ط9.بن عكنون الجزائر:ديوان المطبوعات الجامعية،2008.

8-الخولي،احمد محمود.**نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**.ط1.القاهرة مصر:دار السلام، 2003.

9-السعدني،محمود إبراهيم.**حضارة الرومان**.ط1."د.م.ن":عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية،1998.

10-السعدي،محمد صبري.**مصادر الالتزام"النظرية العامة للالتزامات** ".د.ط".الجزائر:دار الكتاب الحديث،2003.

11-الشواربي،عبد الحميد.**المسؤولية القضائية**."د.ط".الإسكندرية:منشأة المعارف،1997.

12-الصدة،عبد المنعم فرج.**أصول القانون**."د.ط".بيروت لبنان:دار النهضة العربية،"د.م.ن".

13-العيش،فضيل.**شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد**."د.ط".الجزائر:منشورات أمين،2009.

14-الفضل،منذر.**تاريخ القانون**.ط1. عمان الأردن: منشورات بنك الأعمال،1996.

15-الكيك، محمد علي.**السلطة التقديرية للقاضي الجنائي**."د.ط"الإسكندرية:دار المطبوعات الجامعية،2007.

16-المبشر،يحي المصطفى.**تاريخ القوانين"القانون الروماني**."د.ط"."د.م.ن":"د.ن"،2000.

17-بربارة،عبد الرحمان.**شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية**.ط1.الجزائر:منشورات بغدادي،2009.

18- بلعيد،بشير.**القواعد الاجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية**."د.ط".قسنطينة:دار البعث،2000.

19بن ملحة،غوتي.**القانون القضائي الجزائري**.ط2.الجزائر:الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000.

20-بو غابة، خالد عبد العظيم.**طرق اختيار القضاة"دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية**"."د.ط".مصر:دار الكتب القانونية،2009.

21-تروبيير،ميشال.**فلسفة القانون**.ط1«ترجمة:سعد جورج»"د.م.ن":دار الانوار،.2004

22-حمدي باشا،عمر.**القضاء التجاري**."د.ط".عنابة الجزائر:دار العلوم،2000.

23-دربال،عبد الرزاق.**الوجيز في النظرية العامة الالتزام**."د.ط".عنابة الجزائر:دار العلوم، 2004.

24-دلادنة يوسف.**قانون الإجراءات الجزائية**."د.ط". بوزريعة الجزائر: دار هومة،2001.

25-روسكو،باوند.**مدخل الى فلسفة القانون**."د.ط"«ترجمة:صلاح الدباغ»،«مراجعة أحمد سلم»بيروت:المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر،1967.

26-زبدة،مسعود:**القرائن القضائية**."د.ط".الجزائر:نوفمبر للنشر،2001.

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

28- **شريعة حمورابي وأصل التشريع القديم.ط2**«ترجمة:سرّار أسامة»دمشق:دار علاء الدين ،1993.

29- شطاوي،علي خطار.**موسوعة القضاء الإداري**.ط1.عمان الأردن:مكتبة الثقافة،2004.

30- شميشم،رشيد.**مناهج العلوم القانونية**."د.ط"؛الجزائر:دار الخلدونية،2006،ص52-53.

31-صراف،عباس، وحزبون،جورج.**مدخل إلى علم القانون**.ط2.عمان الأردن:مكتبة الثقافة، 1991.

32- طه،عبد المولى طه.**التعويض عن الأضرار الجسدية في ضوء الفقه وقضاء النقض الحديث**."د.ط".مصر:دار الكتب القانونية،2002.

33 عجة،الجلالي.**مدخل للعلوم القانونية"نظرية القانون بين التقليد والحداثة**"."د.ط".القبة الجزائر:دار الخلدونية،"د.ت.ن".

34- عمر،نبيل إسماعيل.**امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي**."د.ط".الإسكندرية مصر:دار الجامعة الجديدة،2004.

35-

_____.سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية."د.ط".مصر:دار الجامعة الجديدة،2008.

36-

_____.التقدير القضائي المستقبلي.ط1.مصر:دار الجامعة الجديدة للنشر، .1999

37- فودة،عبد الحكم.**التعويض المدني**."د.ط".مصر:دار المطبوعات الجامعية،"د.ت.ن".

38- فوضيل،نادية.**دروس في المدخل للعلوم القانونية**."د.ط".بن عكنون- الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية،1999.

39- فاضل زيدان،محمد.**سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة**.ط1.عمان الأردن:دار الثقافة،2006.

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

41-واصل،نصرفريد محمد.**السلطة القضائية ونظام القضاء في الإسلام**."د.ط".مصر:المكتبة الوقفية،"د.ت.ن".

ثالثا- كتب الشريعة الإسلامية

1- كتب التفسير:

1-ابن كثير،ابي الفداء الحافظ.**تفسير القرآن العظيم**.ط1؛بيروت لبنان:دار الفكر العربي،2000.

2-الماوردي،أبو حسن علي بن محمد بن حبيب.**تفسير الماوردي النكت والعيون**."د.ط"« تحقيق : بن عبد المقصود بن عبد الرحيم ».بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،"د.ت.ن".

3-رضا،السيد محمد رشيد:**تفسير القرآن الكريم"المشتهر باسم تفسير المنار**"،ط2؛مصر: مطبعة المنار،1350هـ.

2- كتب الحديث

1-البيهقي،أحمد بن الحسين.**السنن الكبرى**."**د.ط**".لبنان:دار الفكر،"د.ت.ن".

2-النيسابوري،أبي عبد الله الحاكم.**المستدرك على الصحيحين،كتاب الأشربة والحد فيها**."د. ط":بيروت:دار الكتاب العربي،"د.ت.ن".

3-**موسوعة الحديث الشريف:الكتب الستة**،إشراف ومراجعة:آل الشيخ،صالح بن عبد العزيز بن محمد بن ابراهيم.ط1.المملكة العربية السعودية:دار السلام،1999.

3- كتب الفقه:

1- ابن عابدين، محمد أمين.**حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**.ط2. بيروت:دار الفكر،1966.

2-ابن قدامة،موفق الدين عبد الله ابن احمد.**روضة الناظر وجُنة المُناظر**."**د.ط**".بيروت:دار الندوة الجديدة،"د.ت.ن".

3-

ـــــــ.**الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل**.ط1.لبنان:دار الكتب العلمية،1994.

4--الجزائري،أبوجابر.**منهاج المسلم**."د.ط"مصر:دار ابن حزم ومكتبة العلوم والحكم،2008.

5-الجزائري،عبدالمجيد.**القواعد الفقهية المستخرجة من أعلام الموقعين لابن القيم**.ط1 «تقديم:بكر أبو زيد».."د.م.ن":دار ابن القيم،1421هـ.

6-الجزيري،عبد الرحمان.**الفقه على المذاهب الأربعة**."د.ط".بيروت-لبنان:دار الفكر،2008.

7- الزحيلي، وهبة.**الفقه الإسلامي وأدلته**.ط4.دمشق سوريا:دار الفكر المعاصر،1997.

8- السرخسي،شمس الدين. **المبسوط**."د.ط".بيروت:دار المعرفة،1986.

9-الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس.**الأم**.ط3«تحقيق وتخريج:عبد المطلب رفعت فوزي».لبنان:دار الوفاء، 2005.

10-الشوكاني،محمد بن علي بن محمد.**الدرر البهية في المسائل الفقهية**.ط1.طنطا:دار الصحابة،1987.

11-القرافي،شهاب الدين احمد بن إدريس.**الذخيرة.ط1**«تحقيق:محمد حجي».بيروت:دار الغرب الإسلامي، 1994.

12-القرضاوي،يوسف.**الاجتهاد في الشريعة مع نظرات في الاجتهاد المعاصر**.ط1.الكويت: دار القلم،1996.

13-الكاساني،علاء الدين أبي بكر بن مسعود.**بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**.ط.لبنان:دار الكتاب العربي،1982 .

14-بركات،محمود محمد ناصر.**السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي**.ط1«إشراف: وهبة الزحيلي».الأردن: دار النفائس،2007.

15-بن رشد،أبو الوليد محمد ابن احمد بن محمد ابن احمد.**بداية المجتهد ونهاية المقتصد**. ط1.مصر:مطبعة محمد علي الصبيح،"د.ت.ن".

16-بن عبدالرحمان،أبي عبدالله محمد بن محمد.**مواهب الجليل شرح مختصر**."د.ط".بيروت: دار الفكر،1996.

17-بن فرحون، برهان الدين ابي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله.**تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**.ط1.بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،1995.

18-خلاف،عبد الوهاب.**مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**."د.ط"."د.م.ن":دار الفكر،1993.

19-شلبي،أحمد.**موسوعة الحضارة الإسلامية"التشريع والقضاء في الفكر الإسلامي**.ط1. مصر:مكتبة النهضة،**1989**.

رابعا- المعاجم وكتب اللغة

1-ابن منظور،ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم:**لسان العرب**."د.ط".بيروت لبنان:دار صادر،2004.

2-

لسان العرب المحيط."د.ط"«قدم له:عبد الله العلايلي»«أعاد بناءه:يوسف خياط».بيروت لبنان:دار الجيل،"د.ت.ن".

3- الجرجاني،علي بن محمد الشريف.**كتاب التعريفات**."د.ط".بيروت:مكتبة لبنان،1985.

4-الجوهري،إسماعيل بن حماد:**الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**.ط3«تحقيق أحمد عبد الغفور عطار».بيروت:دار العلم للملايين،1984.

5-الحميري،نشوان بن سعيد:**شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**. "د.ط" «تحقيق:العميري،حسين بن عبد الله وآخرون».دمشق:دار الفكر،1999.

6-الزبيدي:محمد مرتضى بن محمد الحسيني:**تاج العروس من جواهر القاموس.ط1.بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،2007** .

7-السامرائي،إبراهيم:**في المصطلح الإسلامي**.ط1.بيروت،لبنان:دار الحداثة،.1990

8-الفراهيدي،الخليل ابن احمد:**كتاب العين**.ط1«ترتيب وتحقيق:عبد الحميد هنداوي».بيروت لبنان:دار الكتب العلمية،2003.

9-القوزي،عوض حمد:**المصطلح النحوي:نشأته وتطوره**.ط1.السعودية:عمادة شؤون المكتبات جامعة الرياض،السعودية،1981.

10-الفيروز آبادي،مجد الدين محمد بن يعقوب:**القاموس المحيط**."د.ط".بيروت:دار الفكر،"د.ت.ن".

11-الفيومي،أحمد بن محمد بن علي المقري:**قاموس اللغة'كتاب المصباح المنير**".".د.ط". "د. م.ن":نوبليس،"د.ت.ن".

12-مجمع اللغة العربية:**المعجم الوجيز**."د.ط".مصر:وزارة التربية والتعليم،1994.

13-وضع جماعة من المختصين:**معجم النفائس الوسيط**.ط1«إشراف:أحمد ابو حاقة». بيروت لبنان:دار النفائس،2007.

خامسا- المقالات

1-الزوادي،محمود.«**قضايا النشوز والشقاق والطلاق في ضوء القرآن الكريم**»،**مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية**،الكويت،العدد السابع والثلاثون،1999.

2-العنزي،سعد.«**المنهج العام للتلفيق**»،**مجلة الشريعة والدراسات الإسلامي**، الكويت ،العدد الثامن والثلاثون.1999 .

3- باهي،التركي:«**تقنين الشريعة الإسلامية**»**حوليات جامعة قالمة**،جامعة قالمة،2004العدد الثاني.2004.

4-بن ملحة،الغوتي.«**أفكار حول الاجتهاد القضائي**»،**المجلة القضائية**،الديوان الوطني للأشغال التربوية،العدد الأول.2000.

5-بعطوش،حكيمة.«**تعويض الضرر المعنوي**»،**نشرة القضاة**،وزارة العدل،المحكمة العليا الجزائر.العدد السابع والأربعون.1995.

6- بن داود،عبد القادر.«**الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكالات وحلها**»،**مجلة المعيار**،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة،العدد التاسع.2004.

7-بوضياف،عمار.«**دور القاضي في المجتمعات الحديث** »،**نشرة القضاة**،وزارة العدل، الجزائر،العدد الثامن والأربعون."د.ت.ن".

8-تشوار،الجلالي.«**بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة**»،**مجلة المعيار**،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة،العدد التاسع.2004.

9-سطحي،سعاد.«**التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة**»،**مجلة المعيار**،جامعة الأمير عبد القادر،قسنطينة،العدد التاسع.2004.

-10

ـــــــ.«**قراءات في تعديلات قانون الأسرة الجزائري،الخطبة والزواج نموذجا**» ، **مجلة المعيار**،جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة،الجزائر،العدد الثاني عشر.2006.

11-مبارك، حميدة.«**الجوانب المادية لأحكام الطلاق**»،**نشرة القضاة**،وزارة العدل،العدد السابع والأربعون.1995.

سادسا- المذكرات والرسائل الجامعية

1- اليزيد،عيسات **التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري**.مذكرة لنيل شهادة ماجستير،جامعة الجزائر، كلية الحقوق تخصص عقود ومسؤولية،2002-2003.

2- بالضياف خزاني **مبدأ الشرعية الجزائية وأثره على السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.** مذكرة ماجستير غير منشورة، المركز الجامعي العربي بن مهيدي أم البواقي ،معهد العلوم القانونية والإدارية،القانون الجنائي،2007-2008.

3-بن حديد،إبراهيم **السلطة التقديرية للقاضي المدني"دراسة تحليلية نقدية"**.مذكرة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،1994-1995.

4-تبوب المولودة رابحي، فاطمة الزهراء **سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات في المواد المدنية**.مذكرة ماجستير غير منشورة،العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،1997.

سابعا- المقابلات الشخصية

1-مقابلة أجرتها الباحثة شخصيا مع القاضية رايس مريم،قاضية "قسم شؤون الأسرة" بمحكمة أم البواقي،بتاريخ 22ديسمبر2010.

2-مقابلة قامت بها الباحثة شخصيا مع القاضية شراب حسينة،مستشارة"غرفة شؤون الأسرة" بالمجلس القضائي لأم البواقي، بتاريخ 30جانفي2011.

3-مقابلة أجرتها الباحثة شخصيا مع القاضية بن سالم نجوى،مستشارة بغرفة شؤون الأسرة،مجلس قضاء أم البواقي،بتاريخ30جانفي2011.

4-مقابلة أجرتها الباحثة شخصيا مع ضيف الله الربيع،محامي معتمد لدى المحكمة العليا وقاضي سابق ، يوم 20-2-2011.

ثامنا- المجموعات القضائية

1-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الأول،1989 .

2-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الثاني،1989.

3-المحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الثالث،1989.
4-المحكمة العليا،المجلة قضائية، العدد الرابع،1989.
5-المحكمة العليا، المجلة القضائية،العدد الأول،1990.
6-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الثالث،1990.
7-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الأول،1991.
8-المحكمة العليا المجلة القضائية العدد الرابع،1991.
9-محكمة العليا المجلة القضائية، العدد الأول،1992.
10-محكمة العليا، نشرة القضاة، العدد48 ،1992.
11-المحكمة العليا، المجلة القضائية،العدد الأول،1993.
12-المحكمة العليا، مجلة قضائية،العدد الثاني،1993.
13-المحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الثالث،1993.
14-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الرابع،1993.
15المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الثاني،1994.
16-المحكمة العليا،المجلة قضائية، العدد الأول،1995.
17-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الأول،1997.
18-المحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الأول،2001.
19-المحكمة العليا، اجتهاد قضائي،عدد خاص،2001
20-المحكمة العليا:**الزواج والطلاق**."د.ط".الجزائر،دار العلوم،2001.
22-المحكمة العليا، مجلة قضائية العدد الأول،2008.
23- المحكمة العليا،المجلة القضائية،العدد الثاني،2008.
24-المحكمة العليا،المجلة قضائية،العدد الأول،2009.

II.المراجع باللغة الفرنسية

Les ouvrages

1-Ghaout Ben Malha :**le Droit Algerien de la Famille**.Alger:OPU, 1993.
2-Geneviève Veney's et Patrice Jourdain :**Traité De Droit Civil –Les Conditions De La Responsabilité**.2édition paris :L .G.D.J,1998.

3-Hélène,Vanevelde :**Cours D'histoire Du Droit Musulman et Des Institutions Musulmanes**.Hydra,Alger :office des publications universitaires,1983.

4-Jean-Luc Aubert :**Droit Civil** "**Les Obligation**".9édition.Bayrouth : Delta, 2001.

5-Parquet,muriel :**droit de la famille**.2édition.1 rue de Rome :Bréal, 2007.

6 -Philippe Le Tourneau et Loic Cadiet :**Droit de la Responsabilité** . Paris: Dalloz,1998.

7 -vaiard ,Antoine :**Droit Civil Algérien**.Alger :opu,1980.

III.مواقع الانترنت

1- الاجتهادات القضائية الموضوعة بموقع وزارة العدل التونسية:
http://jurisprudence.e-justice.tn،تاريخ زيارة الموقع10-1-2011م.

2-فاضل حاضري: «قضايا قانونية»،مقال منشور بتاريخ25-1-2009 على الموقع الالكتروني:http://jamahir.alwehda.gov.sy/_print_veiw.asp?FileName تاريخ الزيارة:10-4-2011.

3- التشريعات الأردنية:http://www.lob.cov.jo/ui/principles/index.jsp،تاريخ زيارة الموقع 21-4-2011.

4- إيمان إبراهيم الحديد«**التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية**"» بحث مقدم للحصول على إجازة المحاماة الشرعية لعام.2009،البحث منشور في الموقع الالكتروني: http://www.alhson.com/page: تاريخ زيارة الموقع:10-6-2011.

فهرس الموضوعات

مقدمة:.....أ

الفصل الأول :المقصود بالسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.....18

المبحث الأول:ماهية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.....19

المطلب الأول:التأصيل التاريخي للسلطة التقديرية للقاضي.....20

الفرع الأول: فكرة السلطة التقديرية للقاضي في النظم القديمة.....21

الفرع الثاني: الخلاف الفقهي حول وجود السلطة التقديرية للقاضي.....26

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من السلطة التقديرية للقاضي.....33

المطلب الثاني:تعريف السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.....43

الفرع الأول:التعريف اللغوي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.....44

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.....47

الفرع الثالث:شرح تعريفات السلطة التقديرية للقاضي ومناقشتها.....49

المطلب الثالث: خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة و تميزها عن غيرها من الأفكار وأهمية وجودها.....52

الفرع الأول: خصائص السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.....52

الفرع الثاني: تمييز السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة عن غيرها من الأفكار المشابهة.....56

الفرع الثالث:أهمية السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.....57

المبحث الثاني: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة وحالات إعماله في مجال التعويض عن الضرر.....60

المطلب الأول: مصادر النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة.....61

الفرع الأول:عناصر النزاع 61
الفرع الثاني: القاعدة القانونية 62
الفرع الثالث:الوسائل القانونية التي يستعين بها القاضي.....65
المطلب الثاني:المقصود بالتعويض عن الضرر.....67
الفرع الأول:مفهوم الضرر وأنواعه.....67
الفرع الثاني:مفهوم التعويض ودليل مشروعيته.....73
الفرع الثالث:أساس التعويض عن الضرر ودور القاضي فيه.....79
المطلب الثالث:حالات إعمال النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.....84
الفرع الأول:حالة العدول عن الخطبة.....85
الفرع الثاني:حالة الطلاق التعسفي.....90
الفرع الثالث:حالة التطليق والنشوز.....93
المبحث الثالث:كيفية ممارسة القاضي لنشاطه التقديري في مجال التعويض عن الضرر...100
المطلب الأول: المنهجية التي يسلكها القاضي في حل النزاع 101
الفرع الأول: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع 102
الفرع الثاني: إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون 105
الفرع الثالث: الوسائل التي يستدل بها القاضي على أحكام القانون.....107

المطلب الثاني:أنواع التقدير القضائي في مجال التعويض عن الضرر.....110

الفرع الأول:معنى التقدير الموضوعي.....111

الفرع الثاني:معنى التقدير الشخصي.....113

الفرع الثالث:إعمال التقدير الموضوعي والشخصي في مجال التعويض عن الضرر 116

المطلب الثالث:القيود الواردة على النشاط التقديري للقاضي 120

الفرع الأول: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.....121

الفرع الثاني: عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي.....124

الفرع الثالث:الالتزام بتسبيب عمل القاضي.....128

الفصل الثاني:تطبيق سلطة قاضي شؤون الأسرة التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.....134

المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر.....135

المطلب الأول: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة العدول عن الخطبة.....136

الفرع الأول: تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.....136

الفرع الثاني:مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر.....144
الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض.....145
المطلب الثاني: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي.....151
الفرع الأول:تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي 151
الفرع الثاني: مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر.....
161
الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم باستحقاق التعويض.....162
المطلب الثالث: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.....167
الفرع الأول:تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.....
168
الفرع الثاني:مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر.....173
الفرع الثالث:الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض عن الضرر.....175
المبحث الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض.....178
المطلب الأول: تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة العدول عن الخطبة.....178
الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض.....179

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.....181

الفرع الثالث:وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة.....188

المطلب الثاني: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي..... 189

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض.....190

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض عن الطلاق التعسفي.....191

الفرع الثالث:وقت تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي.....204

المطلب الثالث:تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز.....205

الفرع الأول:مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطليق والنشوز.....206

الفرع الثاني:مقدار وطريقة التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.....208

الفرع الثالث:وقت تقدير التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز.....212

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على النشاط التقديري لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر.....214

المطلب الأول: طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر 215

الفرع الأول: إجراءات رفع دعوى التعويض عن الضرر.....215

الفرع الثاني: طبيعة الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر.....219

الفرع الثالث: طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى التعويض عن الضرر.....221

المطلب الثاني: معنى رقابة المحكمة العليا السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة..... 226

الفرع الأول:التعريف بالمحكمة العليا وتحديد مهامها.....227

الفرع الثاني:معنى رقابة المحكمة العليا على الاحكام القضائية بوجه عام.....230

الفرع الثالث:معنى رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية.....232

المطلب الثالث:نطاق رقابة المحكمة العليا على إعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.....235

الفرع الأول:نطاق الرقابة على النشاط التقديري للقاضي في مجال التعويض عن الضرر.....236

الفرع الثاني:وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة..... 241

الفرع الثالث:أهمية الرقابة على سلطة القاضي التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.....242

خاتمة.....248

الملاحق.....257

الفهارس.....278

فهرس الآيات القرآنية الكريمة.....279

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة والآثار.....280

فهرس المصادر والمراجع.....282

فهرس الموضوعات.....297

ملخص

ملخـــــــــــــــــص

ملخـــص

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى نتيجة مفادها أن هذه السلطة التقديرية هي قديمة قدم التاريخ لكن منحها للقاضي جاء بعد سجال طويل في وسط الفقه القانوني، أما الفقه الإسلامي

فمنحه هذه السلطة وأعطى له أدوات إعمالها،وفي مجال القانون نجد أنه كرسها في نصوصه وجعلها من لوازم العمل القضائي الذي أينما وجد وجدت معه،وفي إطار قانون الأسرة مجدها المشرع الجزائري حيث لا يكاد يخلو نص من إعمالها، وهذا نظرا لصغر حجم نصوصه وغموضها فكان لزاما على القاضي الاجتهاد دوما في البحث عن كل ما يطرح أمامه من إشكالات، خاصة وأن القضايا الأسرية لها خصوصية متولدة من طبيعة المسائل التي تتناولها؛ فلا يخلو أي نزاع من الاختلاف عن سابقه ولو في جزئيات دقيقة لتعلقه بمسائل شخصية بحتة، ولعل أبرز مجال أخضعه المشرع لسلطة قاضي شؤون الأسرة هو مجال التعويض عن الضرر حيث أرشده إلى حالات التعويض فيه وترك له سلطة تقديرية واسعة في تقرير استحقاق التعويض وكذا تقدير قيمته،وفي ظل انعدام معايير يهتدي بها في سبيل جبر ضرر المضرور ومنحه تعويضا عادلا،فقد دله على منارة يهتدي بها في ما يقوم به من قياس قضائي وهي الرجوع في كل ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية جاعلا منها منهلا له في أحكامه دون تقيده بمذهب معين،و بالموازاة مع ذلك ألزمه بتبرير كل ما يتوصل إليه من نتائج عن طريق ذكر أسباب الحكم القضائي وهذا حتى يتسنى للمحكمة العليا باعتبارها محكمة اجتهاد وقانون أن تكون رقيبا على نفسه من الانحراف بهذه السلطة والإساءة بها إلى المتقاضين.

وخلصنا إلى القول أن استخدام قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر واسع؛ يشمل تقدير الضرر وتقرير مدى استحقاق التعويض عنه وتقدير قيمة هذا التعويض،غير أنه ليس مطلقا من كل تقييد إذ أثبتت الدراسة التطبيقية أن هذه السلطة مقيدة بالرقابة القضائية للمحكمة العليا،ناهيك عن قيد العرف القضائي داخل المجالس القضائية والمحاكم الذي فرض حدا معينا من التعويض ينبغي للقاضي عدم تجاوزه .

Résumé :

Nous venons à travers cette étude à la conclusion que le pouvoir discrétionnaire du juge des affaires familiales est aussi vieille que l'histoire mais elle a accordé au juge et est venu après un long débat au milieu de la jurisprudence.la jurisprudence Islamique a donné ce pouvoir au juge et lui offert les outils nécessaires pour pratiquer son travail. Dans le domaine du droit, nous constatons que le législateur algérien a consacré ces outils dans ses textes et les rend fournitures du travail judiciaire.

Dans le contexte du droit de la famille , le législateur a consacré aussi ce pouvoir où presque aucun texte n'est vide de sa réalisation, et cela est dû à la petite taille des textes judiciaires et leur ambiguïté , donc c'est au juge diligent de chercher à résoudre les problématiques et surtout les questions familiales à cause de leur nature sensibles.

On constate que le sujet le plus important que le législateur soumet à l'autorité du juge dans les affaires familiales est : l'indemnisation pour les dommages où il lui a montré les cas d'indemnisation et lui a laissé un pouvoir discrétionnaire pour qu'il décide l'échéance du droit de l'indemnisation, ainsi que l'estimation de sa valeur. En l'absence de repères judiciaires le juge peut revenir à un phare :c'est le texte des dispositions de la loi Islamique mais sans adhésion à un doctrine particulier, en parallèle il l'obligeait à justifier tout ce qui lui viennent à travers les motifs de la décision qui sera contrôlé juridiquement par :la Cour suprême -qui est un sergent de la réalisation de ce pouvoir afin que le juge n'enfreinte pas et ne s'écarte pas de l'objectif final- d'une part ;et par le coutume juridique d'autre part .

Summary:

throughout this study, we may conclude that the discretion of family court is as old as history, but it was granted to the judge and came after a long debate among the Islamic jurisprudence. This has given to the judge and offered him the tools to fully perform his work. In the field of law, we find that the Algerian legislature has spent these tools in his texts and makes supplies of judicial work.

In the context of family law, the legislature was also dedicated this power and almost no text is devoid of its realization, and this is due to the small size of legal texts and their ambiguity which obliged the judge to make his own best efforts to search for and resolve the complicated issues and family matters especially those of sensitive nature.

We note that the most important topic that Parliament submits to the authority of the judge in family matters is: compensation for damage. On one hand, the parliament has guided the judge to some compensation situations which are resulted from this damage. And on the other hand, it left discretion to decide by himself the end of the right to compensation and the estimate of its value.

In the absence of judicial landmarks, the judge may return to light: the text of the provisions of Islamic law but without adherence to a particular doctrine, in parallel it was obliged to justify all that come through the reasons for the decision to be legally controlled by: the Supreme Court, which is a sergeant in the realization of this power so that the judge does not break and does not deviate from the ultimate goal on one hand, and by the legal tradition on the other.