الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د. الطاهر مولاي بسعيدة

معهد العلوم القانونية والإدارية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية

العناصر المعتمدة للتعويض في الأحوال الشخصية

من إعداد الطلبة:

*سنساوي فاطمة

* رحيم لحسن صادق

* راشدي رضوان

تحت إشراف الأستاذ:

*عثماني.ع

السنة الجامعية

2010/2009

المقدمـــة

لقد اخذ موضوع التعويض مجالاً واسعاً للبحث والإثبات في جميع فروع القانون خاصة في القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة للقوانين فإن المشرع نظم التعويض فيه في مواد عديدة، وجعله يرتكز على دعامتين أساسيتين هما المسؤولية العقدية، والمسؤولية التقصيرية فمتى أخل طرف في العلاقة بإحدى التزاماته تترتب عليه إحدى المسؤوليتين المذكورتين.

أما بالنسبة للأحوال الشخصية فإن مصطلح التعويض لا يتداول بكثرة في موادها وهذا لا يعني انتقاءه تماماً بل أنه مذكور بداية من المادة 05من قانون الأسرة الجزائري والتي خولت للمتضرر من العدول عن الخطبة حق التعويض، إضافة إلى المادة 52 ق.أ.ج والتي عوضت المرأة المتضررة جراء الطلاق التعسفي ولم يقف القانون الأسرة الجزائري عند هاتين المادتين فقط بل نجد المادة 54 ق.أ.ج التي تمنح للزوج مالاً على مخالعة زوجته له وكذا المادة 55 ق.أ.ج والتي تعوض للطرف المتضرر عن نشوز أحد الطرفين.

كما نجد في القانون تعويضاً له أساس يخرج عن نطاق العلاقات التي نضمها الكتاب الأول بعنوان" الزواج وانحلاله"، ويتضح ذلك من خلال المادة 98 ق.أج:" يكون الوصي مسئولا عما يلحق أموال القاصر من ضرر بسبب تقصيره".

ومن خلال ما سبق يتضح أن المشرع ذكر المواد المنظمة لمسألة التعويض على سبيل الحصر، فإذا لم تتعلق المسألة المطروحة على القاضي بإحدى هذه المواد رجع إلى المادة 22 ق.أ.ج والتي تحيله إلى المصدر الأصلي لقانون الأحوال الشخصية الجزائري وهو أحكام الشريعة الإسلامية.

ولكي نسلط الضوء على مسألة التعويض في الأحوال الشخصية وكيفية تقديره، سنحصر دراستنا على حالتين او واقعتين هما: العدول عن الخطبة والطلاق باعتبارهما مسائل واقعية تنتشر في مختلف المجتمعات ومرحلة يمر بها أغلبية الناس إن لم يكن كلهم خاصة بعد كثرة القضايا التي أصبحت ترفع أمام قسم الأحوال الشخصية والتي موضوعها الطلاق والعدول عن الخطبة ضف إلى ذلك ما يجعل الموضوع ذو أهمية كبيرة أن كلا من هاتين الواقعتين هما حق ثابت لكلا الطرفان مشروعان من المولى عز وجل رحمة لعباده وعلاج حاسم ونهائي للمشاكل التي استعصى حلها، وهذا ما يجعل من الصعب أن يقابل هذا الحق التعويض لكن هذه الصعوبات لا تقلل من وجود هذا الأخير ذلك لأنه يتأكد كلما توفر عنصرين أساسين هما:

الضرر المادي والضرر المعنوي، وبالتالي على طالب التعويض أن يثبت هذين الضررين ليتحصل عليه.

1- وبالتالي ما معنى عناصر التعويض؟
2- ومتى يستوجب العدول عن الخطبة التعويض؟
3- وهل كل طلاق يترتب عليه التعويض
   - وإذا توفر عناصر التعويض أو إحداها.
4- كيف يتم تقدير التعويض؟ وعلى أي أساس يتم تقديره؟

سنحاول الإجابة على هذه الإشكالات في فصلين ولتوضيح الصورة سنخصص الفصل الأول لدراسة عناصر التعويض في العدول عن الخطبة وكيف نظم المشرع الجزائري ذلك ، أما الفصل الثاني سنحاول أن نوضح الطلاق الذي يستوجب التعويض وسلطة القاضي وتقديره.

الفصل الأول: العناصر المعتمدة في التعويض عند العدول عن الخطبة.

الزواج هو عقد يجريه الإنسان في حياته باخذ طابع ابدي غير قابل للتوقيت أساسه المودة والرحمة وعاطفة قوية ما بين الزوجين ولكونه اخطر عقد في الحياة اختص من بين سائر العقود الأخرى بأحكام تمهيدية متمثلة في مقدمات أو ما نسميه بالخطبة يتم فيها التعارف والتفاهم بين الخطيبين واكتشاف ما يحتويه الطرف الآخر من سلوك وأخلاق وعادات وما قد يتبادله الطرفان من أمور مادية حتى تنبني الحياة الزوجية على أسس سليمة وقوية وقد سبقتنا العديد من الدراسات في الخطبة وماهيتها وشروط صحتها أما نحن فبحثنا هو في حالة عدم التفاهم أي العدول عن هذه الخطبة وما يهمنا ليس العدول في حد ذاته وإنما نحن في موضع الحديث عن العدول المسبب للضرر والذي يستوجب التعويض إذ من المعلوم أن العدول حق، والحق لا يعوض عليه وهذا ما أجمعت عليه الأحكام الشرعية وكذا القواعد الوضعية.

وبما أن الضرر الذي ينتج عن العدول عن الخطبة هو الذي يستوجب التعويض فيثور التساؤل: هل نحن بصدد التعويض عن الضرر المادي أم الضرر المعنوي أم كليهما معا؟

وهذا ما سنفضل فيه في فصلنا هذا على النحو الآتي بيانه ولقد ارتأينا تقسيمه إلى مبحثين:

في المبحث الأول تطرقنا فيه إلى التعويض عن الضرر المادي أما الثاني ففتحنا المجال لمناقشة مسالة التعويض عن الضرر المعنوي.

المبحث الأول : الضرر المادي كأساس للتعويض في العدول عن الخطبة.

من المتعارف عليه أن الضرر المادي حتما يستوجب التعويض، لكن ثار الخلاف حول الأسس التي ينبني عليها وجوب هذا التعويض في فقه الشريعة الإسلامية، وكذا قواعد القانون الوضعي الجزائري، وهذا ما سنتعرض له في هذا المبحث متطرقين ابتداء للتعريف بهذا الضرر المادي، وذلك حسب التفصيل الآتي:

المطلب الأول: تعريف الضر المادي وشروطه.

الفرع الأول: تعريف الضرر المادي.

الضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضر الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية وهذا النوع متفق على التعويض عنه بالإجماع.

فكل إخلال بحق مالي ثابت عينيا كان هذا الحق أو شخصيا هو ضرر مادي، كذلك كل مساس بصحة الإنسان وسلامته إذ كان يرتب عجزا كليا أو جزئيا يتطلب علاجا يكلف مصاريف و نفقات[1].

والركن المادي هو إخلال بواجب قانوني سواء ما تفرضه النصوص القانونية او ما يستمد من مبادئ العامة للقانون، وبقياس هذا الإخلال بمقياس سلوك الشخص العادي ليس شديد الذكاء وبالتالي ننظر إلى سلوك الشخص العادي ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب عليه التعدي، فان هذا الأخير لنم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي، فهو لم يتعدي وبالتالي ينتفي ركن الخطأ ورفع عن عاتقه ركن المسؤولية أما إذا كان قد انحرف فمهما كان من إدراك وفطنة فقد تعدى وثبت عليه الخطأ وترتب المسؤولية في ذمته وفي هذا قضى بان الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية[2].

الفرع الثاني: شروط الضرر المادي.

كما رأينا الضرر المادي هو الضرر المتفق على تعويضه لذلك فان التعريف به لا يكفيه بل الواجب ذكر الشروط الأساسية التي تتمثل في شرطين أساسين هما :

1- الشرط الأول : الإخلال بمصلحة المضرور

---

[1] – مقدم سعيد : نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992 ، ص 37– 38

[2] – محمد أمين عابدين، التعويض بين الضرر الأدبي والمادي والموروث. ص 28–29

الضرر المادي يكمن في إخلال بمصلحة مالية للمضرور فان هذه المصلحة المالية[3] للمضرور قد تكون حقا أو مصلحة مالية ويجب أن يكون الضرر واقعا على كمصلحة مشروعة، فالمصلحة إذن شرط للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، ولابد أن تكون هذه المصلحة مشروعة أمام المصلحة الغير المشروعة فلا يبعتد بها لان القانون لا يحميها وهناك جانب من الفقه والقضاء يقول بعدم الاكتفاء بالإخلال بالمصلحة بل لابد أن يكون الإخلال بحق، لان الإخلال بالمصلحة أمر غير محقق ومن ثم الواجب على من يدعي الإخلال أن يثبت اثر ذلك على حق ثابت له[4].

2- الشرط الثاني : أن يكون الضرر محققا.

لا يكفي الإخلال بمصلحة المضرور بالمطالبة بالتعويض بل لابد أن يكون هذا الإخلال محققا[5]. أي لابد أن يكون قد تحقق بالفعل ويذهب الرأي إلى انه لا يشترط أن يكون قد تحقق بالفعل ولكن يكفي أن وقوعه أصبح مؤكدا ولو تراخى إلى المستقبل فيجب التمييز بين ضرر المستقبل والضرر المحتمل[6].

أ- الضرر المستقبل : هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره إلى المستقبل وبالتالي هذا الضرر هو مؤكد يمكن اعتباره محققا يستحق التعويض ، وبإمكان القاضي تقدير هذا الضرر المستقبل حالا ومقدار تعويضه، وان كان ذلك ممكنا، أما إذا كان غير ممكن لعدم التأكد من مقداره فبوسع القاضي الحكم بمبلغ التعويض عن الضرر الحالي[7].

ب- الضرر المحتمل : اما اذا كان الضرر المستقبل غير مؤكد، فإننا نكون أمام ضرر احتمالي والأصل في هذا النوع من الضرر ان يحكم فيه بالتعويض الا اذا وقع فعلا، لان الضرر المحتمل هو ضرر لم يقع ولا يوجد، ما يؤكد انه سيقع غاية ما في الامر انه يحتمل وقوعه، كما يحتمل عدم وقوعه وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفا وقد تبلغ من الضعف حد يعتبر وهميا ، وهو على اية حال لا يكفغي لقيام المسؤولية المدنية ولا تقوم هذه المسؤولية الا بعد ان يتحقق فعلا.[8]

---

[3] – محمد أمين عابدين، التعويض منشاة المعارف بالإسكندرية ط 1995، ص135

[4] – مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992، ص38

[5] – المرجع نفسه ، ص39

[6] – عبد الحكيم فوده، التعويض المدني" المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية " دار المطبوعات الجامعية، ام كلية الحقوق الاسكندرية 1992 ، ص19

[7] – مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق ص 40

[8] – مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مرجع سابق ص 41

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المادي عند العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية.

العدول عن الخطبة حق لكل من الخطبتين في الشريعة الإسلامية غير أن ممارسة الحقوق يجب أن تكون في حدود لا تسبب أضرارا للغير سواء كانت هذه الأضرار لها باعث مشروع كالقصد ونية الأضرار بالغير، أو كان هذا الضرر نتيجة لاستعمال حق.

وحق العدول عن الخطبة لا يثير إشكالا إن كان لسبب مقبول لكن إذا سبب ضررا ماديا للطرف الآخر فإننا نكون بصدد طرح عدة إشكاليات:

ما حكم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق احد أطراف ماديا في الشريعة الإسلامية؟

وما هو الأساس الذي يسند عليه طالب التعويض عن الضرر المادي؟

الفرع الأول: قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**"[9].

جاءت هذه القاعدة لتحقيق مبدا اساسي في الاسلام وهو مبدا العدل، فيجب على الشخص ان يمارس حقه في الحدود المشروعة ولا يتجاوزها بما يسبب ضررا لغيره، وفي المقابل لا يجب على الغير مقابلة الضرر بالضرر.

والبحث في موضوع الضرر المادي الناتج عن العدول عن الخطبة يحتم علينا الرجوع الى اسبابه عند المسلمين الاوائل لنطرح هذه الاشكاليات.

---

[9] – رواه مالك في كتابه الموطا الجزء الثاني الطبعة الجديدة، دار الكتب العلمية ، مصر لبنان، ص805

هل كان في المسلمين الاولين من يشترط على الزوجة جهازا معينا؟ او يشترط عى الزوج شراء اشياء معينة غير ما قدمه من مهر ؟ هل كان فيهم من يترك الخاطب ياخذ مخطوبته ويذهب بها حيث شاء دون رقيب بدعوى تعرف كل منهما على الاخر قبل الدخول في الحياة الزوجية[10].

في الحقيقة ان مثل هذه الامور لم تكن موجودة، ولكن ما دامت شريعتنا تتصف بالشمول، فانها لم تقف عاجزة عن اعطاء كل محدث من الامور حكمه المناسب.

فكما جعلت الشريعة العدول حق لكل من الخطيبين فانها قيدت هذا الحق، بقيد استعماله دون الاضرار بالغير وبالتالي فان فسخ الخطبة لا يوجب التعويض ولكن اذا رافقه افعال تسبب اضرار مادية بالطرف الاخر ولم يكن لهذا العدول سبب مشروع فان التعويض للطرف المتضرر يكون واجبا.

ويرى الدكتور "عبد الرحمان الصابوني" ان: "تقدير السبب الذي على اساسه يحكم بالتعويض يجب ان يقدره القاضي على ضوء الشريعة الاسلامية، فقد يكون هناك من الاسباب الشرعية التي تقدرها الشريعة وتنظر اليها بعين الاعتبار ما يجعل الخاطب يعدل عن خطوبته"[11].

الفرع الثاني: الجواز الشرعي ينافي الضمان.

من المقرر في الشريعة الاسلامية ان الجواز الشرعي ينافي الضمان بمعنى من يارس حقا مشروعا، لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر، وهنا الخاطب لا يكون متعديا اذا استعمل حقه في العدول لان تصرفه صحيح ومشروع حتى ولو رافق استعماله ضررا بالغير، هذا لكون الحاق الضرر دون وجه حق محرم في الاسلام، حيث انه حسب احكام الشريعة الاسلامية، يجوز للخاطب فسخ الخطبة اذا كان له سبب معقول، وهذا تفاديا للنتائج التي ترتبها الخطبة اذا انتهت بالزواج.

ومن المقرر ايضا في الشريعة الاسلامية، ان من تسبب بضرر للغير يكون ضامنا الحقه من ضرر، اذا كان هذا الاخير نتيجة لاعتداء على حق وليس لاستعمال حق.

واسباب الضمان في الفقه الاسلامي، يكون اما نتيجة عقد وهكذا لا نستطيع تطبيقه على الخطبة، واما ان يكون بسبب التعدي وهنا نفرق بين:

---

[10] – محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الاسلام، الطبعة الثالثة، 1988 دار النهضة العربية، ص71–72

[11] – الدكتور عبد الرحمان الصابوني قانون الاحوال الشخصية السوري "الزواج، الطلاق"الطبعة الخامسة ص54

أ- اذا كان للطرف دخل فيه بسبب حصل منه حكم بالتعويض، كما اذا تركت المراة وظيفتها بتحريض من الخاطب لنتفرغ لشؤون البيت بعد الزواج او قامت باعداد الجهاز اللازم بايعاز منه ثم عدل عن الخطبة، ومثل ذلك اذا قام الخاطب باعداد بيت الزوجيةبايغاز من مخطوبته ثم عدلت عن الخطبة حكم عليها بالتعويض لان الضرر الذي لحقه بسبب تغريرها[12].

ب- اما اذا فعل كل منهما ذلك بدون ايعاز من الاخر، ثم فسخت الخطبة، فيكون الضرر اللاحق باحدهما نتيجة اغتراره، وهو عدم تريثه في الامر فلا تعويض له لانه جلب لنفسه الضرر[13] .

المطلب الثالث : التعويض عن الضرر المادي عند الفقهاء (بين المؤيدين والمعارضين).

من خلال ما قدمنا توصلنا الى ان مسالة التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة لم يكن قد تعرض له الفقهاء المسلمون بصفة مباشرة وانما تم استنتاجها بصفة غير مباشرة من السنة لقوله عليه الصلاة والسلام : "**لا ضرر ولا ضرار**" على النحو الذي قدمناه. ذلك لانه لم يكن معروفا لديهم ان في التراجع عن الخطبة ما يلحق الضرر بالخاطب والمخطوبة[14]. اما اليوم وقد تطورت والمجتمعات الاوروبية، ومع تقليدنا لانواع السلوك المغرية ولمظاهر الحياة اليومية وبسبب التشتت الفكري والاخلاقي، فقد اصبح من الممكن ان ينشا عن العدول اثار تضر باحد طرفي الخطبة، وهو ما دفع بالكثير من رجال القانون والقضاء ان يفكروا في مبدا التعويض عملا بنظرية التعسف في استعمال الحق وعملا بالقاعدة الفقهية "**التغرير يوجب الضمان**". غير ان تفسيرهم لمسالة التعويض اختلف بحسب بيانهم لطبيعة الخطبة وبذلك نتطرق الى رايين:

---

[12] – محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الاسلام، الطبعة الثالثة، 1988 دار النهضة العربية، ص71

[13] – المرجع نفسه ،ص72

[14] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 1996، ص88

- **الرأي الأول:** وهو القائل بان الخطبة عقد ملزم وبذلك وجوب التعويض عن الضرر الناجم عنها.
- **الرأي الثاني** : وهو القائل بان الخطبة وعد وظهرت اراء في هذه المسالة كذلك:

الفرع الأول : التعويض عن الضرر المادي في الخطبة على أساس اعتبارها عقد.

وهم الذين قالوا بان الخطبة عقد، وهي عقد من نوع خاص، ولو انه ليس عقد زواج، إلا إن تلاقي الإيجاب والقبول بين الخاطب والمخطوبة ووجود أهم مقوم للعقد وهو التراضي، يجعل الخطبة عقدا من نوع خاص وهذا ما يجعل أي إخلال به وأي ضرر يترتب عنه هذا الإخلال يكون محلا للتعويض أساسه ذلك الالتزام.

ومن هؤلاء الانصار الفقيه "**حسني نصار**" الذي يرى فيها : "**عقدا يشرع المتعاقدان في تنفيذه فورا تنفيذا عمليا، فيدخلان في علاقات يمهدان بها للزواج**"[15].

وكذلك "**سمير اورفلي**" الذي يرى ان : "**الخطبة عبارة عن ايجاب يصدر عن الخاطب يقترن بقبول على الوعد بالزواج يصدر من المخطوبة، فهو اتفاق اراد الطرفان فيه ان ينشا علاقة قانونية بينهما، فهو ارتباط قانوني وعقد كامل يلتزم فيه كلا من الطرفين باجراء التعاقد النهائي في الوقت الملائم ... وانه لاي من الطرفين ان يطالب الاخر بالتعويض عن رجوعه في هذا الوعد**"[16].

الفرع الثاني : مسالة التعويض عن الضرر المادي على اساس الخطبة وعد بالعقد.

وأصحاب هذا الرأي رأوا أن الخطبة ليست عقدا بل مجرد وعد غير أن مسالة إلزامية التعويض الناتج عن الإخلال به قد اختلفوا فيها.

الرأي الأول : هو ما ذهب إليه الشيخ "محمد بخيت المطيعي" مفتي الديار المصرية سابقا : إلى أن الخطبة وعد وهذا الوعد غير ملزم لا من حيث الوفاء به ولا من حيث التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة حيث يقول الشيخ "**محمد بخيث المطيعي**" : "**لا وجه ان يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطبة او المخطوبة بتعويض لان**

---

[15] – محمد محدة، الخطبة والزواج، سلسلة فقه الاسرة، ط 2 / 1994 ، ص 67–68

[16] – المرجع نفسه، ص 67–68

كل واحد منهما لم يفوت على الاخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في ان يتزوج بمن يشاء"[17].

ويقوم هذا الراي على عدة اسانيد:

1- اذا كان العدول عن الخطبة وهو عمل غير مشروع فكيف يتحمل المسؤولية على عمل مباح، فالعمل المباح لا يوجب الضمان حيث قال "**صبحي محمصاني**" في هذا الصدد: "**اذا كان الحق يفهم من نفس تعريفه بانه مصلحة التي يقرها الشرع والقانون بسلطته ويحميها بقوته وهو معين الحدود باسم القانون نفسه ودون معارضة من احد من الناس، وبديهي انه حتى قيل ان الانسان يستعمل حقه فهم انه لا يستعمل الا ما اولاه القانون واجازه له، وبديهي ان هذه الاجازة القانونية ترفع عنه في الاصل كل تبعة تجاه الغير من جراء ما ينتج عن استعمال حقه ضمن الحدود القانونية**"[18].

2- المهر الذي دفعه لها فكيف نحمل الخاطب تعويضا قد يفوق نصف المهر.

3- ان التعويض هو عقوبة، والعقوبة لا تفرض الا على الفعل المحرم فكيف تلزم من الخطيبين اذا كان العدول امرا مشروعا قانونا.

4- الزواج اساسه الاختيار والتراضي فاذا فرضنا على الخطيبين حين العدول تعويضا. الا يتنافى هذا والحرية في الزواج؟، الا يكون بمثابة اكراه عليه لكل منهما؟.

5- الضرر الذي يكون محل للتعويض اساسه حيطة المعدول عنه، لا تغرير العادل ولا خداعه وذلك لانه يعلم مسبقا بان الخطبة هي عقد غغير ملزم من وقوع الخطبة، وهو بذلك يعلم بان العدول عنها هو فعل محتمل الوقوع وبذلك فهو لم يغرر به.

- ومثال ذلك ان الخاطب اذا قام ببناء بيت بجوار المخطوبة بناءا على طلبها، فيكون في هذا مغتر لا مغرر به، متى قام بذلك دون عقد زواج او فسخ الخطبة.

ونفس الشيء يقال في حالة ما اذا قامت المراة بترك عملها بناءا على طلب الخاطب فهي مغترة ولتتحمل نتيجة تقصيرها.

---

[17] – عبد الرحمان الصابوني – قانون الاحوال الشخصية السوري – في الزواج والطلاق، ط 5، المطبعة الجديدة ، دمشق، ص48

[18] – محمد محدة – الخطبة والزواج– سلسلة فقه الاسرة ، ط2 ، 1994 ، ص70

الرأي الثاني: وهو ما ذهب إليه "**محمد زكريا البرديسي**" الذي جاء في مضمون قوله: "**إن مجرد العدول لا يوجب التعويض طالما انه قد مارس حقا ممنوحا له شرعا وقانونا، أما إذا خرج عن استعمال هذا الحق فهنا وجب التعويض**"[19] .

ومعنى هذا الرأي إن الخطبة هي مجرد وعد غير ملزم من حيث الوفاء به غير انه اذا صاحبت العدول أفعال أخرى مستقلة وألحقت أضرارا وجب تعويض ذلك بغض النظر عن العدول المجرد فان هذه الأفعال المصاحبة له تعتبر أفعالا ضارة تستلزم التعويض.

الرأي الثالث : وهو ما ذهب إليه "**عبد الرزاق السنهوري**" من أن الخطبة وعد غير ملزم يجوز لهما العدول عنه ولكن فسخها يترتب عليه تعويض لا على أساس المسؤولية العقدية بل على أساس المسؤولية التقصيرية، فالخطأ يرتكبه من يقدم على فسخ الخطبة هو انحراف عن السلوك المعروف للشخص العادي بالنظر إلى الظروف التي رافقت هذا العدول[20].

المطلب الرابع : التعويض عن الضرر المادي أمام المشرع والقاضي الجزائري.

الفرع الأول : التعويض الناتج عن العدول في القانون الجزائري.

البند الأول : التعويض على أساس التعسف في استعمال الحق.

---

[19] – عبد الرحمان الصابوني – قانون الاحوال الشخصية السوري – في الزواج والطلاق، ط 5، المطبعة الجديدة ، دمشق، ص48

[20] – عبد الرحمان الصابوني – قانون الاحوال الشخصية السوري – في الزواج والطلاق، ط 5، المطبعة الجديدة ، دمشق، ص50

إن الخطبة في القانون الجزائري كما في الشريعة الإسلامية عبارة عن وعد بالزواج وليست عقدا وعلى هذا الأساس فقد منحت حتى العدول عنها لكل من طرفيها وهذا وفقا لما جاء في المادة 5 في فقرتها الأولى حيث تنص على : "**الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها**".

غير أننا عند استقرائنا للفقرة الثانية من نفس المادة نجدها تنص على انه "**إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض**".

وعليه فقد يطرح البعض التساؤل التالي : كيف اعتبر المشرع حقا ثم فرض عليه تعويضا؟ فهذا ليس له إلا معنى واحد وهو أن العدول الذي ذكره المشرع في الفقرة 1 والذي اعتبره حقا ليس هو العدول الذي اوجب له تعويضا، أي بمعنى آخر أن العادل عن الخطبة لم يمارس حقه في العدول الممنوح له قانونا وإنما تعسف فيه لدرجة الضرر بالطرف الآخر ولذلك فرضه عليه القانون.

وعليه فان المسؤولية الموجبة للتعويض قد قامت على أساس التعسف في استعمال الحق أي بمعنى آخر قامت على مبدأ إساءة استعمال الحق فيكون التعويض بذلك في الحقيقة ليس عن مجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر قانونا لكل من الطرفين وإنما عن الضرر الناشئ عن أفعال صاحبت العدول أو سبقته[21].

وعليه نطرح التساؤل التالي: كيف نقيس حالة التعسف في العدول عن الخطبة؟ فقد يقوم الخاطب مثلا رغم علمه بان الخطبة مجرد وعد قابل للعدول عنه وهو مهدد بالفسخ بين لحظة وأخرى، ورغم ذلك يقوم بالحجز في فندق بثمن باهظ تحضيرا لاقامة حفل زفاف فيه، او تقوم هي بشراء جهاز كلفها اكثر من طاقتها فهنا هل يجوز المطالبة على اساس هذا الضرر؟.

هنا نقول ان المعيار الذي يقاس على اساسه المسؤولية هو السلوك المالوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي احاطت به وجب التعويض عن هذا الفسخ.

الفرع الثاني : بعض الأعمال المادية التي تستوجب التعويض.

[21] – محمد مصطفى شلبي – احكام الاسرة في الاسلام – دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية ، بيروت، ط2 ،1398هـ 1988 م، ص82

الخطبة كما راينا ليست عقد وبالتالي ليس هناك ما يلزم الخاطب وله الحق في العدول عن الخطبة ولا ينكر احد هذا الحق ويمكن له استعماله متى شاء لكن على ان يستعمل هذا الحق بحرص وعناية لا يحقق للمخطوبة ضررا وبالتالي ما يعوض في العدول ليس العدول في حد ذاته بل ما ينتج عنه من اضرار وحالة العدول من دون سبب معقول.

1- فاذا قدم الخاطب عللا واسباب كان بامكانه تقديمها عند الخطبة فان هذه الاسباب ليست مقبولة اذا قدمها وقت العدول سواء اكانت صدقا او كذبا.

2- وليس للخاطب ان يذيع فسخ الخطوبة او يهيا له الاسباب العلانية وذلك محافظة على مستقبل المخطوبة وسمعتها.

3- واذا كان هذا الخطيب مريضا او به عاهة تمنعه من الزواج ليس له ان يتخذها ذريعة تبرر عدوله لانه من واجبه ان لا يتقدم الى خطبة هذه الفتاة وعنده من الاسباب ما يمنعه ويعوقه عن اتمام الزواج[22].

وبالتالي كل الاسباب التي يقدمها الخاطب عند العدول وتتضمنها هذه الحالات فهي اسباب غير مقبولة وليست اسباب مقنعة للعدول، اما الاعمال المادية التي تصاحب العدول هي الاخرى تستوجب التعويض.

فقد يعدل الخاطب عن الخطبة بعد ان طلب من الخطوبة ترك دراستها او الاستقالة من وظيفتها او اعداد جهاز مهم ومكلف[23].

فكل هذه الأعمال الواجب تعويضها لانها خسائر مادية سقطت على عاتق هذه الفتاة بالاضافة الى ضرر العدول، ولا يمكن للمخطوبة تصحيحها خاصة اذا تركت دراستها او استقالت من عملها الذي يصعب عليها ان تجده في وقتنا الحالي.

وبما ان العدول عن الخطبة حتى للطرفين فان شرر العدول قد يلحق الخاطب من جراء عدول الخطيبة والواجب ذكر هذه النقطة لان الناس قد تعودوا التحدث عن الفتاة الي يتركها خطيبها، ولكن هذا لا يمنع ان يكون الخطيب قد اشترى بعض الملبوسات على مقياس الخطيبة او اشترى اشياء من شان العدول عن الخطبة ان ينتج عنه انخفاض قيمتها او فوات فائدتها مما يعطي للخاطب حق طلب التعويض[24].

وقد يكلف الخاطب نفسه باعداد مسكن للزوجية حسب الاوصاف التي تريدها الخطيبة ويكلفه ذلك تكاليف باهضة وبعد ذلك تعدل فهنا الواجب ان تعوض خسائره.

---

[22] – محمد امين عابدين، التعويض بين الضرر الادبي والمادي والموث، منشاة المعارف بالاسكندرية 1995. ص 50

[23] – الدكتور بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، (الزواج والطلاق)، الجزء1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط 1999، ص55

[24] – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،ط3،1996، ص89

الفرع الثالث : السلطة التقديرية للقاضي.

نعرف انه لا اكراه في الزواج لان التنفيذ العيني لاتمام الزواج بمس الحرية الشخصية لذلك لا يعوض الا على الاضرار التي رافقت العدول وبالتالي التعويض هو حق لكل متضرر لكن على هذا الاخير عبء الاثبات اذ يجب عليه ان يثبت قيام الخطبة اولا ثم حصول الضرر الذي اصابه نتيجة لهذا الفسخ.

رغم ان قانون الاسرة الجزائري في مادته 05 قد اعط حق التعويض عن الضرر المادي الذي يصاحب العدول لكن لم يحدد مقدار هذا التعويض بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي وله واسع النظر في تقدير الضرر الذي اصاب المتضرر والحكمة من ذلك انه لا يمكن ان نضع ميزانا واحدا نقيسه على كل الحالات التي ترد خاصة واننا نعلم علم اليقين ان الضرر يختلف باختلاف المتضرر حتى ولو كان السبب واحد، زد الى ذلك ان حساسية الموضوع وارتباطه بحالة الانسان المادية والمعنوية تجعل من المستحيل تقيده بمادةقانونية بل من الاحسن تركه في ايادي على ثقة وخبرة كبيرة في هذا المجال وهي خبرة القاضي واضطلاعه الواسع تجعل منه انسب لتقدير التعويض المناسب.

لكن هناك من يرى ان تقدير التعويض من طرف القاضي ليس مطلق بل الواجب ان يكون مقيدا بنصف المهر، لانه لا يجوز الحكم بالتعويض على فسخ خطوبة باكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تم العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدخول، لان الزوج اذا طلق زوجته قبل ان يدخل بها يترتب عليه دفع نصف المهر لزوجته.

وضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر هو خشية التعسف في التقدير هذا التعويض.

اما تقدير السبب الذي على اساسه يحكم بالتعويض يجب ان يقدره القاضي على ضوء الشريعة الاسلامية فهناك من الاسباب الشرعية التي يقدرها الشريعة وتنظر اليها بعين الاعتبار ما يجعل الخاطب بعدل عن خطوبته[25].

المبحث الثاني: الضرر المعنوي كاساس للتعويض في العدول عن الخطبة.

لقد عوض المشرع عن الضرر المادي لانه يرتب خسائر مالية للمضرور فيثور التساؤل:

---

[25] – عبد الرحمن الصابوني– شرح قانون الاحوال الشخصية السوري– الطلاق وآثاره المطبعة الجديدة (ط 5)، دمشق 1979 ج1 ، ص53

هل ينتفي التعويض بانتفاء الخسائر المالية وبانتفاء الاضرار المادية خاصة في العدول عن الخطبة؟. لا يقف الأمر عند الضرر المادي بل يترك اثرا في نفس الخطيبة وهذا ما يدفعنا الى البحث في إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي وكيف نظر الفقهاء لهذا الضرر وعلى اي اساس عوض المشرع الجزائري عنه.

المطلب الأول : الضرر المعنوي وشروطه.

كان الضرر المعنوي دوما مبهما ذلك لارتباطه بالشعور والعاطفة وبما اننا نود ان نصل الى تعويضه سنعرف به ولتوضيح الامر سنذكر الشروط الاساسية الواجب توفرها فيه ليتمكن القاضي من تحديده وتعويضه.

الفرع الأول : تعريف الضرر المعنوي.

" يلحق الضرر المعنوي بما يسمى بالجانب الاجتماعي للذمة المعنوية او الادبية la partie sociale du partrimoine " ليكون في العادة مقترنا بالاضرار المادية او يلحق بالعاطفة او الشعور بالالام التي يحدثها في النفس " la partie effective du patrimoine moral والاحزان، ومن ثمة ينعت بالجانب العاطفي للذمة المعنوية " ليقوم وحده غير مصحوب باضرار مادية يكون قد لحق امورا اخرى غيرها ذات طبيعة مالية، كالعقيدة الدينية او الافكار الخلقية[26].

الفرع الثاني : شروط الضرر المعنوي.

الشرط الأول : أن يكون الضرر شخصيا.

معنى هذا ان يكون الضرر قد اصاب طالب التعويض شخصيا فليس له ان يطالب بتعويض عن ضرر اصاب غيره[27].

لان المتضرر هو اكثر الناس معرفة بهذا الضرر وهو اكثر الناس مساسا به خاصة اذا مس سمعته مثلا.

الشرط الثاني: ان يكون ضررا محققا.

---

[26] – مقدم سعيد –نظرية التعويض عن الضرر المعنوي– المؤسسة الوطنية للكتاب– الجزائر 1992، ص45–46

[27] – محمد احمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والادبي والمورث، منشاة المعارف الاسكندرية، 1995، ص59

الضرر الموجب للتعويض يجب ان يكون محققا ومن تم فلا يصلح الضرر المحتمل او الجائز وقوعه[28]. واشترط وقوع الضرر وتحققه لامكانية اثباته هذا ما يستبعد الضرر المحتمل فالمخطوبة لا يحق لها طلب التعويض عن ضرر قد يقع، او لا يقع كان تطالب بالتعويض لان خطيبها يفكر ان يعدل عن الخطبة.

الشرط الثالث : ان يصيب حقا مكتسبا للمضرور.

يشترط في الضرر الذي يصلح اساسا للمطالبة بالتعويض ان يصيب حقا مكتسبا للمضرور، والحق هنا هو الفائدة التي يحميها القانون وتفريعا على ذلك اذا اصاب الضرر فائدة لا تتناولها الحماية القانونية فلا يصلح اساسا للمطالبة بالتعويض[29]، فالمخطوبة تستحق التعويض اذا فسخ الخاطب الخطوبة من دون سبب معقول ذلك انه حر من فائدة كانت ستنجر عن اتمام تلك الخطوبة بالزواج على عكس التي لا تستحق تعويضا من قتل خليلها.

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الضرر المعنوي.

الفرع الأول : الضرر الناتج عن منع الخطبة على الخطبة.

لقد نصت الشريعة الإسلامية على عدة مبادئ وجب احترامها في مجال الخطبة ومن بين هذه المبادئ، تحريم الخطبة على الخطبة.

فعن عقبة بن عامر أن الرسول **صلى الله عليه وسلم** قال : "**المؤمن اخو المؤمن، فلا يحل أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر**"[30]، وسبب هذا المنع هو ما ينتج عن ذلك من شقاق ونشر الاحقاد بين الخاطب الاول والثاني، فطالما الخاطب صرح بايجابه وصرحت هي بقبولها فقد حصل الركون، فلا يجوز ان تخطب لرجل آخر غيره.

اذن فالشريعة الاسلامية منعت خطبة المخطوبة، فاي خاطب يتقدم لها في فترة الخطبة يعتبر مرفوظا طبقا لهذا المبدا، فنفرض اذن ان الخاطب قرر ممارسة حقه في العدول الممنوح له شرعا وقانونا، وعدل فعلا بعدما كان مانعا لخطبتها لاخر مدة طالت ولتكن 10 سنوات مثلا، الا يعتبر هذا بمثابة تفويت الفرصة عليها بحرمانها من الارتباط برجل اخر؟، الا يمكن اعتبار

---

[28] – محمداحمد عابدين، المرجع السابق، ص58

[29] – محمداحمد عابدين، المرجع السابق، ص59

[30] – الامام عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي –صحيح البخاري–ج5 ، نشر مشترك، موقع للنشر والتوزيع، عين مليلة، ص 1984 (باب النكاح)

هذا كاساس للتعويض؟، خصوصا ونحن نعلم انه في القوانين الوضعية تعتبر فكرة تفويت الفرصة اساسا للمطالبة بالتعويض عن الاضرار بما فيها العاطفية منها كاصطدامها بفكرة تقدم سن زواجها وتوقف الخطاب عن طلب يدها للزواج.

وعليه فان فكرة التعويض عن الاضرار المعنوية باتت واجبة التطبيق خصوصا وقد وجدت اصلا لها في الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي بين الشريعة والقانون.

سبق لنا وان عرفنا اثناء بيانا لطبيعة الضرر لطبيعة الضرر المعنوي انه ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله بل في عرضه وشرفه كهتك العرض والسب مثلا.

غير ان مسالة المساس بالعرض وهتكه لم تكن معروفة في القديم أو بالأحرى في الوقت الذي كانت تنتهج فيه السبل السليمة، يوم كانت الشريعة الإسلامية هي المنهج والقانون.

فمسالة التعرف على الخطيبة مثلا بعد طلب يدها للزواج لم تكن تتم بالطريقة المعروفة حاليا، بل تحت مبادئ وقيود الشرع، كعلم الأبوين أو المسؤولين عنها، ووجود احد المحارم معها، وغيرها من الأمور المشروعة شرعا، وعليه فلم تكن هذه الأضرار تقع.

اما اليوم ومع تطور المجتمعات الاوربية وانبهارها بحضارتهم وبسلوكهم، تبدلت المفاهيم وتغير الفكر وبدانا نبتعد عن شرعنا وننتهج سياسة التقليد الاعمى.

وعليه فقد غدت مسالة التعارف بين الخطيبين تخرج عن اطارها المالوف الى اصطحابها والتجول معها والاختلاء بها لنيل الوطء منها في بعض الحالات امر عادي وكثير الوقوع وواجب الاتباع.

وكانت نتيجة ذلك ظهور هذا النوع من الاضرار اي هتك العرض والمساس بالشرف والعاطفة وبظهور هذه الاضرار وجدت فكرة التعويض.

فالمسالة اذن لم تكن ناتجة عن قصور الشريعة الاسلامية لان الشرع صالح لكل زمان ومكان، ولكن لو تم اتباع الشرع ما وقع هذا الخطا الموجب للتعويض، فكيف تحرم الشريعة الاسلامية امرا ثم توجب للمخالف لها تعويض.

وهذا ما دفع بالكثير من الفقهاء امثال "**عبد الرازق السنهوري**" الى القول بعدم وجود الزامية التعويض عن هذا الضرر اي الضرر المعنوي. ونفس الشيء قال به "**الشيخ محمد بخيت**" من ان التعويض غير لازم لا عن الضرر المادي ولا على المعنوي اذا ما استسلم الخاطب للضعف الجنسي.

ولكن الواقع هو الواقع فحصول الخطبة يقتضي بالضرورة الاختلاء بالخطيبة، وبالتالي امكانية وجود الضرر وعليه وبما ان القاعدة القانونية يجب ان تستجيب للواقع فلابد من وجوب التعويض عن هذا الضرر باعتباره امرا ممكن الوقوع لا محالة، ولعل هذا هو السبب الذي دفع بالكثير من الفقهاء امثال "**صالح العياري**" الى ضرورة وجوب التعويض عن الضرر المعنوي ولنفس السبب شرع مشرعنا الجزائري المادة 05 التي تعوض عن الضرر المادي والمعنوي[31]، في العدول عن الخطبة.

المطلب الثالث : موقف التشريع الجزائري والقضاء من التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة.

[31] – محمد محدة – الخطبة والزواج، سلسلة فقه الاسرة،ط2، 1994.

ان العدول عن الخطبة من دون سبب مقبول يترتب عنه ضرر موجب للتعويض على اساس المسؤولية التقصيرية وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الاسرة في المادة 5 الفقرة الاولى: "**اذا ترتب عن العدول ضرر مادي او معنوي لاحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض**"، بالتالي يحكم القاضي بالتعويض اما للضرر المادي او المعنويفي هذا المطلب سندرس نظرة القضاء الجزائري للضرر المعنوي.

الفرع الأول : الإضرار المعنوية الموجبة للتعويض.

يجوز للخطيب والخطيبة العدول عن الخطبة باعتبارها تمهيد للزواج كما ان الوعد بالزواج لا يقيد الواعد او الموعود له لكل منهما الحق في العدول، ولا يطرح التعويض الا عند حصول الضرر المادي او المعنوي، وبما اننا بصدد دراسة الضرر المعنوي، فيفوت الخطيب مثلا على خطيبته فرصة الزواج من غيره بعد تماديه من خطبته زمنا طويلا واظهارها معه في مظهر زوجته المستقبلية مما ترتب عليه ان ينصرف عنها رغبة غيره من طلب الزواج بها ثم عدل عن الخطبة بدون مبرر وبطريقة عنيفة قبل الموعد المحدد للاحتفال باتمام العقد، ومثل هذا العدول لا شك انه يؤثر على مستقبل زواج الفتاة المخطوبة لان العدول في مثل هذه الظروف يتركها نهبا للظنون ويلحق بها ضررا معنويا له اثره المادي في حياتها[32]، وهو ما اكدته دائرة العرائض الفرنسية " التي حكم لها بمبلغ 01 فرنك فرنسي كتعويض رمزي طالبت به عن الضرر المادي *Groffeirre* بصدد قضية الانسة " والمعنوي الذي لحقها من جزاء وفاة خطيبها[33]، كما ينطبق هذا الحكم على حالة الخطيب الذي كان عاطلا واعالته خطيبته طيلة عامين كاملين ثم عدل عن الزواج منها دون اي مبرر.

فالتعويض عن الاضرار المعنوية المترتبة في هذه الحالات حق من المضرور على اساس ان العدول كان مقترنا بالاغواء والطمع وفي ذلك انحراف عن سلوك الرجل العادي يستوجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية.

وبهذا الصدد يقول الاستاذ: "مصطفى مرعي" : "**لا نذكر على الخاطب حقه في العدول لكننا نلزمه بان يستعمل هذا الحق بعناية وحرص حتى لا يسبب لمخطوبته ضرار او حتى لا يسبب لمخطوبته الا اقل ضرر ممكن فليس له ان يتركها معلقة برحمته امدا طويلا ثم ياتي بعد ذلك ويزعم انه راجع نفسه فوجد الخير ان لا يقترن بها**"[34]

---

[32] – مقدم سعيد، المرجع السابق ص250

[33] – مقدم سعيد، المرجع السابق، ص247

[34] – مقدم سعيد، المرجع السابق، ص247

الفرع الثاني : تقدير التعويض عن الضرر المعنوي.

ان مسالة التعويض عن الضرر المعنوي مسالة محاطة بعدة مبادئ فالواجب ثبوت الخطا والظروف المكونة لانهاء الضرر الذي لحق المضرور من جراء عدم تحقق الزواج.

خاصة فيما يتعلق بالاضرار المعنوية، ولتقدير هذه الاضرار يلجا القضاة الى اعتبارات معينة نذكر منها مثلا: مدة الخطبة والدعاية التي يتم بها الانهاء. وسلوك الخطيبين اثناء سير اجراءات الدعوى وعدم قيام الطرف الذي قام بالانهاء باتخاذ الحيطة او عدم اخطار الخطيبة او عائلتها برغبته تلك[35].

اما فيما يخص تقدير التعويض في حد ذاته فكما ذكرنا سابقا هناك من كان يحدد مبلغ التعويض سالفا ولا يترك تقدير ذلك لقاضي الموضوع والا كان فيه اكراه، مما يتنافى ورضائية هذا العقد المقدس واقتراح ان يكون مبلغ التعويض محددا بنصف المهر.

الا اننا نرى ومن الاحسن ترك تقدير مبلغ التعويض لقضاة الموضوع مع مراعاة درجة الضرر الحاصل ذلك لان المهر قد يكون مرتفعا، ونصفه يفوق نسبة الضرر او العكس لذلك فان تقدير التعويض مسالة موضوعية بحتة، يستحسن ترك تقديرها لرقابة المحكمة العليا خاصة وان قيام القضاء كرقيب على هذه الامور الشخصية ما يردع عن على اي نحو لاي غرض وفي اي وقت دون ان يتعرض اصحابها للمسؤولية، مما قد يترتب على استعمالها من الاضرار لان الحقوق مقيدة بالاغراض التي اعدت لها وبما يجب على صاحب الحق ان ياخذ به نفسه من الحرص والحيطة في استعمال حقه[36].

---

[35] – مقدم سعيد، المرجع السابق، ص251

[36] – مقدم سعيد، المرجع السابق، ص251–252

الفصل الثاني: العناصر المعتمدة للتعويض عن الطلاق.

عقد الزواج ليس كباقي العقود الأخرى بل هو عقد من نوع خاص ذلك لارتباطه بحياة الإنسان بالإضافة لأثره العميق في المجتمع لذلك أحيط بأحكام شرعية وقانونية تنضم إقامته وانحلاله وسنحصر الدراسة في انحلال هذه الرابطة وفكها عن طريق الطلاق.

وقد جاءت المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري تنص: "**الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون**".

فقد وضحت لنا المادة طرق وقوع الطلاق وما يهمنا هو الحالة الأولى المتمثلة في الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج لان الطلاق حق ثابت لزوج يستعمله كلما استعصي عليه متابعة الحياة الزوجية لكن استعمال الحق يرد في حدوده، فإذا خرج المطلق عن هذه الحدود يعني انه اضر بالطرف الآخر، وكلما طلق الزوج زوجته مع عدم احترام تلك القيود يجد نفسه إمام الطلاق التعسفي الذي يستوجب التعويض فيحق للمرأة المطلقة التعويض متى كان طلاقها تعسفيا لذلك سنوضح لها متى يكون الطلاق تعسفيا؟ وسنبحث عن نظرة الشريعة الإسلامية لهذا الطلاق.

وهل عوضت المطلقة عليه وبأي معنى طرحت ذلك؟ هذا ما سندرسه في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني سندرس الأمر من الناحية التطبيقية بمعنى تقدير التعويض خاصة وان المشرع الجزائري لم يحدد لنا في قانون الأسرة لا الحد الأدنى، ولا الحد الأقصى لهذا التعويض بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

المبحث الأول : الطلاق الذي يستوجب التعويض.

لقد عالج المشرع آثار الطلاق من المادة 58 الى73 من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي استبعد أن يكون التعويض كأثر من آثار الطلاق لأنه ليس إلى نتيجة للطلاق التعسفي الذي يلحق الأذى بالمطلقة لذلك سنعرف بالطلاق التعسفي ونذكر

شروطه كما أننا سنتطرق للضرر الذي يستوجب التعويض المتمثل في الضرر المادي والمعنوي كما أننا سنبحث في الشريعة الإسلامية عن هذا التعويض وما الحكمة منه.

المطلب الأول : الطلاق التعسفي وشروط التعويض عليه.

إن الطلاق في الشريعة والقانون حق شرعي من حقوق الزوج يستعمله بكل حرية وعلانية لكن هذه القاعدة غير مطلقة بل مقيدة بشرط عدم التعسف في استعمال هذا الحق وهذا ما جاء في مضمون المادة 1/52 ق.أ.ج: "**إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

ويرى المشرع من خلال هذه المادة انه إذا لم يكن هناك سببا أو مبررا معقولا يدعو إلى استعمال الطلاق، فان الزوج في هذه الحالة يعتبر متعسفا وإذا كان هذا التعسف يؤدي بالإساءة والإضرار بالزوجة يحق للمطلقة طلب التعويض.

وبذلك نستخلص إن طلب التعويض لا يكون إلا في الطلاق التعسفي وهذا الأخير لا يكون إلا بتوفر شرطين يتمثلان في:

1- تعسف الزوج في استعمال الطلاق.
2- إلحاق الضرر بالزوجة من إجراء الطلاق.

الفرع الأول : التعسف في استعمال الطلاق.

التعسف : نعني إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الأضرار بالغير[37]، وبالتالي كلما استعمل الزوج حق الطلاق بتعسف استحقت المطلقة التعويض ذلك من مقرر شرعا وقانون إذا كان طلاق الزوج غير مبرر فان للمطلقة الحق في النفقة وتعويض وسائر توابع العضمة[38]. وقد شرع الله عز وجل الطلاق لعباده من اجل دفع ضرر قد يلحق الطرفين نتيجة للشقاق والخصام وبالتالي لا يباح الطلاق إلا عند الضرورة القصوى وبذلك حددت لنا الشريعة الإسلامية الأسس التي ينبني عليها التعسف، فمذهب الإمام مالك، ومذهب أبو حنيفة اللذان يشتركان في الأسس التي تقوم على فكرة وجوب حفظ التوازن بين حقوق الأفراد إذا دعت إلى ذلك مصلحة الجماعة وتتمثل في المبادئ الثلاثة التالية:

---

[37] – وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وادلته...."دار الفكر للطباعة، الجزائر، الطبعة الثانية، **1404 – 1984** جزء السابع، ص**350** .

[38] – بلحاج العربي: قانون الاسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، وفقا لقرارات المحكمة العليا، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ، ط**2000** ، ص**76**، قرار م.ع.غ.ا.ش **12–11–1982** الملف رقم **28784** ن.ق **1986** ن عدد **02**،ص **32**

1- لا يجوز استعمال الحق إلا لتحقيق الغرض الذي وجد من اجله هذا الحق.

2- يعتبر استعمال الحق غير مشروع إذا تولد عنه ضرر غير عادي.

3- لا يسوغ استعمال الحق لا للحصول على المنفعة بل الإضرار بالغير[39].

أما المشرع الجزائري اخذ بالنظريات الحديثة في حل مشكلة التعسف على أساس ترجيح المصلحة العامة لا المصلحة الفردية لصاحب الحق باعتبار الحق وظيفة اجتماعية، فلا يجوز ممارسة الحق إذا اخل بمصلحة مشروعة للغير[40].

وهذا ما يتضح من خلال استقرائنا نص المادة 41، القانون المدني الجزائري، لوجدنا ثلاثة مبادئ أساسية يتحقق من خلالها التعسف وهي كالتالي:

1) إذا وقع بقصد الإضرار بالغير:

بحيث يقصد بالضرر هنا هو توفر القصد لدي صاحب الحق في استعمال الطلاق، كان يطلق الزوج زوجته ليتفرغ من اجل الزواج بغيرها أو لتحقيق نزوته الشخصية هي إعادة الزواج مع العلم انه لن يعدل بينهما فيلجا إلى طلاق الولى، فهنا الطلاق بدون سبب قوي ودون حاجة شرعية تدعو إليه ضف إلى ذلك غرض الزوج هو الإضرار بها وإيقاع الزوجة في بؤس وحاجة، فالتعسف هنا ظاهر وتستحق الزوجة أو المطلقة التعويض إلى جانب استحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها.

ملاحظة :

ونشر انه ليس الشرط ان تقع الزوجة في البؤس والحاجة، ا وان لا تكون موظفة حتى تستحق التعويض بل هو حق لها كلما كان الزوج متعسفا في استعمال الطلاق.

2) إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير:

فاذا كان الطلاق سببا لتفكك الاسرة وتشرد الابناء فان هذا الشقاق بين الزوجين نتائجه وخيمة متمثلة في فقدان الزوج ابناءه بالاضافة الى تحمله النبعات المالية المتمثلة في اثار الطلاق مثل النفقة، العدة، واجرة الحضانة كما تحضى بمسكن لحضانة ابنائها والتعويض عن تعسف الزوج، والخوض في بناء اسرة جديدة بكلفة نفقات واتعاب باهضة مما يسبب له خسارة مادية كبيرة لا يمكن مقارنتها بالضرر الناشئ للمطلقة.

---

[39] – عبد الرحمن الجزائري: كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، قسم الاحوال الشخصية، دار الفكر،لبنان سنة 1986 ج4، ص320

[40] – اسحاق ابراهيم منصور نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجزائرية، ط 99، سنة النشر 1994، ص274

3) إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة:

استنادا للمبدأ القائل بان الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير فان المشرع الجزائري يعوض كلما استعمل الزوج حق الطلاق لغرض غير مشروع، أو بدون سبب معقول[41].

فمن غير المنطقي أن يطلق الزوج ويسقط هذه الرابطة المشروعة لأجل تحقيق نزوته الشخصية المنافية للآداب العامة والغير المشروعة ولأتفه الأسباب يخرج هذه المرأة من حياته ويلصق بها اسم "المطلقة" الذي يعتبر عارا في مجتمعاتنا العربية فهذه المطلقة حتى التعويض لن يسمح الأذى الذي حصل لها وبالتالي لخطورة هذا الأمر على الأقل الواجب أن ينبني الطلاق على أسباب جدية ومشروعة.

الفرع الثاني: إلحاق الضرر بالزوجة من جراء الطلاق.

يحق للمطلقة طلب من المحكمة أن تقضي لها بالتعويض المالي كلما أصابها ضرر من جزاء الطلاق وهذا ما أكدت عليه المادة 52-01، من قانون الأسرة الجزائري وقد أحسن المشرع عندما ذكر الضرر في هذه المادة وسكت لان الضرر قد يكون مادي وقد يكون معنوي:

- والضرر المادي يتحقق كلما احل الزوج بحقوق زوجته كان يطلقها بالرغم من انه لم يكن ينفق عليها.
- كما قد يحصل نتيجة لإخلال بمصلحة مالية للزوجة المطلقة بحيث يتحقق ذلك في حالة فقدانيها لزوجها الذي ينفق عليها وعلى أبنائها كما تتضرر عند تركها لوظيفتها وعملها بأمر من زوجها ليتزوج بها، وبعد ذلك يطلقها دون أن ترتكب أي خطا من جانبها مما يجعلها بحاجة ماسة إلى مساعدة مادية، لكن إذا وجد الضرر المادي فينبغي على الزوجة أن تثبته[42].

وفي هذا الصدد قضى مجلس قضاء سعيدة غرفة الأحوال الشخصية في القرار الصادر في 10 سبتمبر 2001 والمسجل تحت رقم 2001/2273 بفك الرابطة الزوجية بين المدعية (ص.م) والمدعى عليه (م.ع) وتمكين المطلقة بتعويض قدره

---

[41] – بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الزواج والطلاق) ديوان المطبوعات الجامعية،ط 1999، ج1، ص238

[42] – عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري مدعمة بالاجتهادات القضائية دار هومة، الجزائر، ط3، 1416-1996.

30.000 دج مع جميع توابع العصمة لان المدعى عليه التمس الطلاق دون أن يقدم للمحكمة ادني المبررات وعليه يكون لهذا الطلاق سلوك تعسفي ويكون للمطلق مسؤولية الضرر الحاصل للزوجة[43].

والضرر هنا ضرر مادي لان المطلقة قد فقدت زوجها الذي يتفق عليها وعلى أبناءها مع فقدانها لمسكن الزوجية الذي يعتبر ملكا لها باعتبارها كانت زوجة للمدعي عليها.

أما فيما يخص الضرر المعنوي فهو أكثر وقعا من الضرر المادي حيث إن هذا الأخير يمس المطلقة في كرامتها وشرفها ويسيء إليها في نظر المجتمع رغم اختلاف الفقهاء حول جوازية التعويض عن الضرر المعنوي فمن الواجب تعويض المطلقة ما لتعويض لان التعويض عن الضرر أمر ثابت بمجرد وقوع الطلاق، ليس هذا فحسب بل حتى طلاقهما قبل الدخول في بعض الحالات يحق لها طلب التعويض فيه إذا رافقه أضرار معنوية ولم يرتكز على أسباب تدعو إليه.

قد قضت محكمة العلمة بسطيف بطلاق قبل الدخول بين المدعو (ب.ك) والمدعوة (ح.ص.س)، التزام المدعي بدفع نصف المهر بالإضافة إلى تعويضها عن الضرر المعنوي بمبلغ قدر بـ50.000 دج.

وقد تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها هذا الشخص لطلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وان عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بها وعليه فان قضاة المجلس قد طبقوا صحيح القانون بطلاق الزوجة قبل الدخول وحكم لها بالتعويض[44].

ومن المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزواج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته فان كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقهما من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فان القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.[45]

لكن بما أن هناك المادة 1/52 التي تعوض على الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا هناك العديد من الأزواج يقومون بالعديد من الأعمال والأفعال التي تفقد الزوجة قدرتها على احتمال معاشرة هذا الزوج وتطلب التطليق ويكون هو الرابح لان التطليق يفقد الزوجة حقهما في التعويض وبالتالي هل إذا حكم لها بالتعويض في هذه الحالات بالرغم من طلب التطليق هل يعتبر فهما خاطئا للقانون.

---

[43] – ملحق: مجلس، قضاء، سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 2001/2273 صادر في تاريخ 2001/09/10

[44] – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص،م.ق.ج.غ.أ.ش، ملف رقم 216865 صادر في تاريخ 1999/03/16

[45] – بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ط 2000

بالطبع، لا ..... لأنها تستحق التعويض لان الزوج رغبته الأولى هي فراق الزوجة وإلا لما قدم بتلك الأفعال التي دفعنها للتطليق.

وقد قضى مجلس قضاء محكمة العلمة غرفة الأحوال الشخصية في القضية رقم ملف 245209 الصادر في تاريخ 2000/06/20 بتطليق السيدة : (غ.ض) من (م.م) وكان تطليق بسبب الضرب نتيجة للضرر الحاصل تستحق التعويض، ولا يعتبر هذا الحكم مخالفا للمادة 55 لان المدعية هنا متضررة وليست في حالة نشوز[46].

المطلب الثاني: المتعة كأساس للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق.

تعتبر المتعة الأصل في تشريع التعويض، حيث أننا لا نجد في نصوص القران الكريم مصطلحا بكلمة التعويض، أما مصطلح المتعة فنجده ويبرز ذلك من خلال آيات متعددة، التي من خلالها تم استنباط قواعد التعويض.

الفرع الأول : مفهوم المتعة.

المتعة لغة : هي ما يتمتع به المرء أو ينتفع به انتفاعا قليلا محدودا ومؤقتا[47].

اصطلاحا: هي ما وصلت به المرأة بعد طلاقها من ثياب وغيرها، أو ما يقدمه الرجل لطليقته بعد الفرقة بينهما، وسميت بالمتعة لان المطلقة تنتفع بها، وتتمتع بها، وقد يدفع فيها، الزوج لمطلقته نقودا جبرا لوحشة الطلاق[48].

فالقضاة قديما كانوا يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب تعسفه في استعمال الطلاق، وكانوا يسمون هذا المبلغ بتسميات مختلفة فمرات يسمونه "بارشا" ومرات أخرى يسمونه بالتعويض[49].

وبثبوت المتعة في نصوص القران الكريم والسنة الشريفة ثم التخلي عن كلمة "آرشا"، واستبدالها بكلمة التعويض.

---

[46] – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 2001 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، "عدد خاص"،م.ق.ج.غ.أ.ش، ملف رقم 245209 صادر في تاريخ 2000/06/20

[47] – ابن منظور، لسان العرب، دار صابر بيروت، الطبعة السادسة، 1997، ص95–97

[48] – حسن علي السمني، الوجيز في الأحوال الشخصية، الزواج والعدة والمتعة، ط 1998/1999 ، ص54

[49] – عبد العزيز سعد : المرجع السابق، ص 308–309

الفرع الثاني: دليل مشروعيتها.

لقد ثبتت مشروعية المتعة بالقران الكريم والسنة الشريفة كما ثبتت أيضا برأي جمهور الفقهاء.

من الكتاب :

قوله تعالى : "ولكم في الأرض مستقر ومتاع إلى حين"[50].

وقوله أيضا : "فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا"[51].

وقوله أيضا : "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين"[52].

وكذلك قوله : "ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متعا بالمعروف حقا على المحسنين"[53].

ومن السنة :

جاء في حديث صفيان، عن عمر، وعن سعيد ابن الجبير عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمتلاعبين :

"**حسابكما على الله أحدكما كاذب، ولا سبيل لك، قال الرسول الله: مالي؟ قال : لا مال لك ، أن كنت صدقت عليها، فهو بما استحللت من فرجها، وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها**"[54].

المطلب الثالث: علاقة المتعة بالتعويض والحكمة تشريع التعويض.

---

[50] – سورة البقرة، الآية **3**

[51] – سورة البقرة، الآية **241**

[52] – سورة الأحزاب ، الآية **49**

[53] – سورة البقرة، الآية **236**

[54] – رواه البخاري، كتاب الطلاق، باب المتعة لمن لم يفرض لها مهر، حديث **5035**، ص**2042**

إن شريعتنا الإسلامية عملت جاهدة لحماية حقوق الزوجة واهم الأدلة أكدا الله عز وجل حق المرأة في المتعة قوله تعالى:" وللمطلقات متاع بالمعروف...."[55] وعلى هذا الأساس ومن هذا المنطلق نصت المادة 52 ق.أ.ج، في فقرتها الأولى على تعويض الزوجة وبما أن كل من المتعة والتعويض هما من حقوق الزوجة، هل يمكن أن يحكم القاضي بهما معا؟ وما العلاقة بين المتعة والتعويض؟

وما الحكمة من تشريع ذلك؟

الفرع الأول: علاقة المتعة بالتعويض.

إن كل من المتعة والتعويض يشتركان في مدلول واحد هو اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ من المال نقدا أو عينا إلى المطلقة.

أما أوجه الاختلاف بينهما فهي كثيرة هذا ما يدفعنا إلى التفكير في إمكانية منح المطلقة المتعة والتعويض فالباعث إلى المتعة هو لجبر خاطر المطلقة للايحاش الذي يصيبها أما الدافع سبب الحكم بالتعويض هو الطلاق التعفسي بمعنى طلاق المرأة بدون سبب معقول مع الضرر الحاصل لها.

وبالتالي إذا تمعنا في الأمر نجد أن الايحاش الذي يصيب المرأة هو ضرر نفسي بمعنى ضرر معنوي، وهذا ما تقتصر عليه المتعة أما التعويض الوارد في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري فهو للضرر المادي والضرر المعنوي.

بالتالي فان التعويض يحمل في طياته المتعة، وهذا ما يدفعنا إلى القول أن الحكم بالمتعة والتعويض للمطلقة هو حكم مخالف للقانون لان غرضهما أو الدافع إليهما واحد هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فان آثار الطلاق وخيمة تقع على عاتق الزوج فمن غير المنطقي انه نزيد على ذلك المتعة والتعويض والدافع إليهما واحد.

ولهذا فان أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطي لها تخفيفا عن ا لم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعويضا، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب نقض "القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"[56].ورغم أن كلمة المتعة هي

---

[55] – سورة البقرة، الآية 241

[56] – مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، بلحاج العربي ص76. م.ع.غ.أ.ش،09/04/1985، ملف رقم 35912، م.ف1989،عدد 1 ص89

الأساس والمصدر الشرعي للتعويض وهي المرجع الأول والأخير له، إلا انه يمكن القول أن كلمة التعويض في طريقها اليوم لان تطرد كلمة المتعة من ساحة الاستعمال ثم تحل محلها في لفظها وفي معناها وفي الغرض من استعمالها[57].

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع التعويض.

شرع الله عز وجل المتعة للمطلقة فراعى في ذلك حالة المطلقة قبل الدخول وبعده وراعى حاله الرجل من حيث العسر واليسر.

فالتعويض الحسن قد يزيل الصورة السيئة عن المرأة المطلقة في نظر الناس، فيكون بمثابة شهادة على ان الطلاق لم يكن لسبب أو لعلة فيها وإنما هو نتيجة للتعسف وسوء التقدير فقط.

ويكون للتعويض دور أيضا في المحافظة على كرامة المرأة والروابط الأسرية بما فيها رابطة المصاهرة التي كانت تجمع الزوج بأسرة طليقته، فحصول الطلاق ليس معناه نسيان ما كان من مودة ورحمة بين الأسرتين، وان الإسلام يحث على صيانة كرامة الإنسان وحفظ عرضه قدر المستطاع، فيراعى بذلك الميثاق الغليظ الذي سبق واقعه الطلاق.

وإذا ما تمعنا واقع مجتمعاتنا العربية نجد أن الطلاق هو وصمة عار في جبين المطلقة، وفضيحة في حقها، فالتعويض في رأينا لا يكون دليلا ماديا فقط على أن المطلقة طلاقا تعسفيا مظلومة وإنما دليل معنوي أيضا.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض.

أن المشرع الجزائري ترك مسالة الحكم بالتعويض وتقدير أسباب وجوبه ومقداره ومدته لسلطة القاضي الذي تطرح أمامه مسالة الطلاق، لان التقدير من الأمور المرنة التي تتغير بتغير الظروف، وأحوال كل من الزوجين وبتغير الزمن والأوضاع المعيشية.

فما هي الأسس التي يستند عليه القاضي في تقديره للتعويض، وهل كل مطلقة تستحق التعويض؟ وهل تقديره للتعويض يكون صحيحا دائما؟

---

[57] – عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص310

المطلب الأول : ضوابط تقدير التعويض.

إن الهدف من تقدير التعويض هو تحقيق التوازن بين الطرفين (المطلق والمطلقة)، فيقوم القاضي بتقدير التعويض حسب نسبة الضرر والتعسف معا وحالة الزوج المالية من اجل الحكم بالتعويض، يجب أن يكون تقديره مناسبا وكفيلا بدفع الفقر والحرمان عن المطلقة واهم ضابطين يؤخذان بعين الاعتبار في هذا التقدير هما:

الفرع الأول : ضابط شخصي.

يتمثل في النية أو الباعث أو القصد الشخصي من طلب الطلاق، وذلك بمعرفة ظروف وملابسات الطلاق وحالة الزوجين الحياتية، وما أدى بهما إلى الطلاق، وقد يظهر أيضا من خلال إصرار الزوج على الطلاق رغم رفض الزوجة له، ومطالبتها بالرجوع إلى الحياة الزوجية، وكمبدأ عام أن دعوى الطلاق لابد أن تكون مسببة بأسباب ومبررات قانونية ومشروعة[58].

كما انه ينبغي على القاضي أن يحاول جاهدا لمعرفة ملابسات وظروف الزوجين واكتشاف الأسباب الحقيقية في طلب الطلاق، ما دام القانون، جعل الأمر بيده وان لم يلزمه بذلك لان مسالة الطلاق وهي مشكلة اجتماعية قبل أن تكون شخصية سوية، وإذا اتضح له أن الزوج محق بطلبه وغير متعسف في طلاقه زوجته فيرفض طلب الزوجة بالتعويض.

الفرع الثاني : ضابط موضوعي.

ويتمثل في الموازنة بين الحقوق، بحيث يراعي في تقديره حالة الزوج يسرا أو عسرا، فإذا كان موسرا الزم بتقديم التعويض، دفعة وجملة واحدة إما إذا كان معسرا فله أن يدفعه شهريا أو على شكل إقساط، لكن الغالب عادة تحكم المحاكم في قضايا مختلفة نذكر على سبيل المثال: "حكم محكمة سيدي محمد الصادر بتاريخ 1984/10/28 التي قضت بمبلغ 20.000 دج كتعويض في الطلاق تعسفي، طالما أم المشرع لم يحدد حدا أقصى ولا حدا أدنى للتعويض الذي يقدم للمطلقة في حالة التعسف في الطلاق"[59].

---

[58] – عوينان حورية،قدوس نصيرة،عرجة يمينة، الآثار المترتبة عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس تحت إشراف الأستاذة الياس نعيمة، المركز الجامعي مولاي الطاهر، دفعة 2002–2003 صفحة 50–51

[59] – فضيل سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، مدعمة بالاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر،ط3 ص334

أيضا:"الحكم الصادر عهن محكمة وهران بتاريخ 1988/01/26 للزوجة بمبلغ 15.00 دج كتعويض في الضرار اللاحقة بها من جراء الطلاق التعسفي"[60].

ان نسبة الضرر ودرجة جسامته تختلف من مطلقة لأخرى، فعلى القاضي أن يوازن مبلغ التعويض مع مقدار الضرر ولابد أن يكون مبلغ التعويض كفيلا بتحقيق الغرض منه سواء كان التعويض عن ضرر مادي أو معنوي فيؤخذ بعين الاعتبار المدة الزوجية التي قضتها الزوجة قبل طلاقها، فإذا طلقت المرأة بعد فترة زوجية قصيرة يكون تضررها أكثر من الزوجة التي قضت مدة طويلة كان تصبح مسنة مثلا.

وعليه فالقاضي قد يقتضي للمرأة التي تطلق في ريعان شبابها بتعويض أكثر المطلقة التي تطلق بعد فترة زمنية طويلة من الزواج وذلك استنادا على فكرة أن المطلقة الشابة قد تفقد فرصة الزواج برجل آخر خاصة وان مجتمعنا يصعب على المطلقة الشابة ذلك، على عكس المطلقة بعد فترة زمنية طويلة قد لا تكترث بالزواج مرة أخرى.

والمشرع ترك مسالة تقدير التعويض للقاضي ذلك أن هذا الخير يعيش الوضع الاجتماعي والاقتصادي وهو على دراية بالمتغيرات التي تطرأ على محيطه كارتفاع وانخفاض الأسعار.

وبالرغم من أن القاضي يكون في وضع متغير ومنحنى غير ثابت من العوامل إلا انه كان على المشرع تحديد الحد الأدنى على الأقل للتعويض حتى يستطيع القاضي أن يقدر مبلغا وحتى لا يكون التعويض اقل منه حفاظا على حق المرأة في تعويضها عن الضرر اللاحق من جراء الطلاق.

---

[60] – محكمة وهران 1988/01/26 رقم القضية 37/1834 غير منشور عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، الجزء الأول ص239

المطلب الثاني: استحقاق التعويض وإثباته.

الفرع الأول : استحقاق التعويض.

برجوعنا إلى الأصل في استحقاق التعويض، لوجدنا آيات تحث على المتعة حيث جاء في قوله تعالى: "وللمطلقات متع حقا على المتقين"[61].

فنتيجة لعموم الآية اختلفت المذاهب الفقهية حول استحقاق التعويض ذهب فقهاء الشافعية إلى القول أن المتعة واجبة لكل مطلقة بعد الدخول ولو سمي لها مهر[62]، وذهب فقهاء المالكية إلى القول أن المتعة ما أمر بها المطلق إلا لتطبيب خاطر المطلقة المتضررة من طلاقها[63].

أما الحنابلة فقالوا أن المتعة تستحب للمطلقة بعد الدخول ولو كان لها مهر[64].

وعن الحنفية فقالوا أن المتعة مستحبة للمطلقة بعد الدخول إذا وجب مهرا المثل للزوجة ما لم يسمى لها مهرا، لأنها سنة مؤكدة[65].

وعليه وباعتبار أن المتعة بمثابة التعويض عن الضرر الذي لحق المطلقة وتطيب لخاطرها واستكمال حياتها، فلا فرق في تعويض المرأة قبل الدخول أو بعده، وذلك لان التعسف قد يكون في الحالتين، وكذلك أن التعويض لا يستحق إلا عند البينونة وانتهاء العدة وعليه لا تستحق المرأة المطلقة طلاق رجعيا التعويض قبل انقضاء عدتها[66].

وإذا ما رجعنا إلى نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري "**إذا يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"، نجد أنها تخاطب الزوج لوحده وبالتالي فانه هو من يجب عليه التعويض إذا تعسف في طلاقه، وبهذا فالتعويض يكون فقط للمطلقة طلاقا تعسفيا والتي الحق بها ضرر والمشرع الجزائري لم يفرق بين الطلاق بعد أو قبل الدخول ولا بين الطلاق البائن والرجعي.

---

[61] – سورة الأحزاب، الآية 49

[62] – محمد علي الصابوني، روائع البيان، تفسير آية الأحكام من القران، الجزائر،ط4،1990،ج1،ص382

[63] – محمد علي الصابوني، نفس المرجع، ص382

[64] – محمد علي الصابوني، نفس المرجع، ص382

[65] – محمد علي الصابوني، نفس المرجع، ص383

[66] – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص244

الفرع الثاني: إثبات التعويض.

عملا بالقاعدة الشرعية: "**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**"، ذهب البعض إلى إيقاع عبء إثبات توافر شروط استحقاق التعويض على الزوجة المطلقة طلاق تعسفيا بحيث لا ينبغي أن تبقى ساكنة أمام تعسف زوجها الذي يطالب بالفراق من دون سبب ومن دون رضاها.

وعلى الزوجة أن لا تكتفي بتقديم وثيقة الزواج وعريضة تتضمن طلبه الطلاق بل عليها أن تبين عدم رضاها وقبولها لهذا الطلاق، فتظهر التعسف بأي وثيقة أو أي بينة على ما تدعيه.

بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أن عبء الإثبات يقع على الزوج فان تقديم المستندات الخاصة بالزواج وإبداء الرغبة في الطلاق أمام القضاء يدل على أن هناك سبب يرجع إلى الزوجة، فعلى الزوج إثبات السبب المقبول والمعقول شرعا وقانونا حتى يحصل على الطلاق.

وذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1968/11/06 والذي يقضي بأنه "**إذا لم يأتي الزوجان بالبينة على مزاعمها المختلفة وجب مبدئيا إلقاء الظلم على عاتق الساعي منهما وراء الطلاق**"[67].

المطلب الثالث : القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض.

الفرع الأول : الطعن.

يتم الطعن بالاستئناف في أحكام القاضي الخاصة بالتعويض عن الطلاق التعسفي على أساس الزيادة في التعويض، وهداما أثبته قرار المحكمة العليا الصادر 1986/02/24. "**حيث تبين من القضاء المستقر للمحكمة العليا انه لا يمكن الحكم بالزيادة في النفقات والتعويضات للمستأنف عليه في حالة إذا كان هذا الأخير لم يقم باستئناف فرعي**"[68]

[67] – م.ع.غ.أ.ش، **1986/11/06**،م.أج.ص.**66**/ن.س.**1968** ص**127**

وان نص المادة 57 ق.أ.ج، "**الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا جوانبها المادية**" يبين أن الحكم بالطلاق في ذاته ليس هو سبب الاستئناف وإنما الاستئناف يكون في الجوانب المادية فقط أي في التعويض وبعبارة أوضح في مبلغ التعويض، فإذا لم ترض المطلقة طلاقا تعسفيا بالمبلغ الذي حكم لها القاضي به، ذلك أن الضرر الذي لحق بها كان كبيرا بالنسبة لها مقارنة مع هذا المبلغ جاز لها الطعن بالاستئناف، وهذا لا يعني أن الزوج لا يحق له الطعن بالاستئناف إذا كان المبلغ الذي قضى به مجحفا بدرجة كبيرة له أو فيه إرهاق له.

الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا.

تخضع أحكام التعويض الصادرة بناءا على السلطة التقديرية للقاضي للرقابة استثناء، وهذا ما يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر 1986/02/24 الذي يقضي: "**أن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان محجفا لأحد الزوجين إجحافا غير مألوف لحالتها**"[69].

وعليه فان سلطة القاضي التي منحها المشرع له من دون تحديد لا حد أدنى ولا أقصى للتعويض ولا حتى الظروف والملابسات التي على أساسها يحكم بالتعويض، غير مطلقة وإنما مقيدة ونسبية من خلال الرقابة على الحكم الذي يصدره القاضي ، فان كان المبلغ الذي قضى به القاضي كتعويض مجحف في حق احد الأطراف على وجه غير مألوف فان حكمه يطعن فيه.

---

[68] – م.ع.غ.أ.ش،24/02/1986، ملف رقم 40178 (غير منشور) عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، الاجتهادات القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط2003،ص76

[69] – م.ع.غ.أ.ش،24/02/1986،ملف رقم 40178 (غير منشور)عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، الاجتهادات القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط2003،ص76

الخاتمة

عملت المجتمعات منذ الأزل على تنزيم العلاقات الإنسانية وسن قوانين خاصة بها، وكان أن نالت العلاقات الزوجية القسط الوافر من الأهمية حتى أن عقد الزواج كان ينظر إليه نظرة مقدسة لأن الله عز وجل شرعه نظاماً حكيماً لصون الكرامة وحفظ الشرف ولآثاره ونتائجه أحيط بكل الضمانات ليستقر فيؤتي ثمراته الطيبة فقد سبق بالمقدمات وهي الخطبة ليكون المتزوج على بينة من الطرف الآخر وعلى إضطلاع بطباعه وميولاته فإذا لم يكن هناك توافق يفترق الخطيبين ولا حرج في ذلك أما إذا كان هناك توافق بين الطرفين وسكن كل منهما إلى الآخر فيصل الأمر إلى الزواج وحتى هذا الأخير ليس عقد أزلي، وإنما يكون معرض للزوال بواسطة الطلاق الذي يكون حلاً أخيراً بعد استعصاء الحلول الأخرى لذلك فهو شرع ديني واقعي يحق للرجل.

لقوله تعالى:" يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن"

و لكلا الحقين المذكورين ضوابط تحكمهما كي لا يستعملا بطرق مطلقة من شأنها أن تسبب ضرر لأحد الأطراف والضابط الذي يحكم الضرر هو التعويض فمع كل الآثار المنصوص عليها قانونياً في العدول عن الخطبة والطلاق أعطى المشرع للمتضرر منهما حق التعويض متى كان الضرر مادي أو معنوي فهما العناصر الأساسية لوجوب التعويض ولصعوبة هذا الموضوع وحساسيته لم يتوقف المشرع عند هذا الحد بل حدد لنا الطلاق الذي يستوجب التعويض وهو الطلاق التعفسي.

والملاحظ أن النصوص التي عالجت هذا الموضوع قليلة لأنه اقتصر على المادة 05 ق.أ.ج والمادة 52 ق.أ.ج ، ولم يتعرض لكافة الإشكالات التي يطرحها هذا الموضوع المهم، لذلك أحال المشرع بنص المادة 22 ق.أ.ج ، إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفتح باباً لاستعمال الأحكام من خلال النصوص القانونية والآراء الفقهية.

ولكن تداول الموضوع في قضايا الأحوال الشخصية بكثرة أظهر العديد من الثغرات خاصة عندنا تجاهل المشرع في تقدير مبلغ التعويض فلم يحدد الحد الأدنى ولا الأقصى بل ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يصعب عليه بعض الأحيان تقدير الأمور خاصة إذا كانت الزوجة متضرر وكان الزوج غير ميسور الحال.

هذا ما دفعنا إلى المطالبة بتدخل المشرع ليضع حداً لجميع النقائص وضبط الأمور من الناحية القانونية والناحية العلمية لتفادي الصعوبات.

الفهرس

مقدمة **01**

الفصل الأول : العناصر المعتمدة في التعويض عند العدول عن الخطبة..... **03**

المبحث الأول: الضرر المادي كأساس للتعويض في العدول عن الخطبة..... **04**

المطلب الأول: تعريف الضرر المادي وشروطه..... **04**

الفرع الأول: تعريف الضرر المادي..... 04

الفرع الثاني: شروط الضرر المادي

- الشرط الأول: الإخلال بمصلحة المضرور 05
- الشرط الثاني: أن يكون الضرر محققاً 05

05

المطلب الثاني: التعويض عن الضرر المادي عند العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية... **07**

الفرع الأول قاعدة لا ضرر وأضررا في الإسلام..... 07

الفرع الثاني: الجواز الشرعي ينافي المضمون..... 08

المطلب الثالث: التعويض عن الضرر المادي عند الفقهاء (بين المؤيدين والمعارضين)..... **10**

الفرع الأول: التعويض عن الضرر المادي في الخطبة على أساس اعتبارها عقد..... **10**

الفرع الثاني: مسألة التعويض عن الضرر المادي على أساس الخطبة وعد بالعقد..... 11

المطلب الرابع: التعويض عن الضرر المادي أمام المشرع والقاضي الجزائري..... **14**

الفرع الأول: التعويض الناتج عن العدول في القانون الجزائري..... 14

الفرع الثاني: بعض الأعمال المادية التي تستوجب التعويض..... 15

الفرع الثالث: السلطة التقديرية للقاضي..... 17

المبحث الثاني: الضرر المعنوي كاساس للتعويض في العدول عن الخطبة..... **18**

المطلب الأول: الضرر المعنوي وشروطه..... **18**

الفرع الأول: تعريف الضرر المعنوي..... 18

الفرع الثاني: شروط الضرر المعنوي..... 19

المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من الضرر المعنوي.....

الفرع الأول: الضرر الناتج عن منع الخطبة على الخطبة..... 20

الفرع الثاني: التعويض عن الضرر المعنوي بين الشريعة والقانون..... 20

المطلب الثالث: موقف التشريع الجزائري والقضاء من التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة..... 21

الفرع الأول: الإضرار المعنوية الموجبة للتعويض..... 23

الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر المعنوي..... 23

الفصل الثاني: العناصر المعتمدة للتعويض عن الطلاق..... 24

المبحث الأول: الطلاق الذي يستوجب التعويض..... **26**

المطلب الأول: الطلاق التعسفي وشروط التعويض عليه..... **27**

الفرع الأول: التعسف في استعمال الطلاق..... . **27**

الفرع الثاني: إلحاق الضرر بالزوجة من جراء الطلاق..... 28

المطلب الثاني: المتعة كأساس للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق..... 30 **33**

الفرع الأول: مفهوم المتعة..... 33

الفرع الثاني: دليل مشروعيتها..... 33

المطلب الثالث: علاقة المتعة بالتعويض والحكمة تشريع التعويض..... **35**

الفرع الأول: علاقة المتعة بالتعويض..... 35

الفرع الثاني: الحكمة من تشريع التعويض..... 36

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض..... **37**

المطلب الأول: ضوابط تقدير التعويض..... **37**

الفرع الأول: ضابط شخصي..... 37

الفرع الثاني: ضابط موضوعي..... 38

المطلب الثاني: استحقاق التعويض وإثباته.....

الفرع الأول: استحقاق التعويض..... 40

الفرع الثاني: إثبات التعويض.....

المطلب الثالث: القيود الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض..... 42

الفرع الأول: الطعن..... 42

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا..... 42

خاتمة: 43