

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان الحقوق والعلوم السياسية
فرع الحقوق
تخصص قانون اسرة

رقم:

إعداد الطالب:
عبد الحكيم حسينات

يوم: 2020/10/07

تقدير الضرر للزوجة في حالة التطليق

لجنة المناقشة:

رئيسا	أ.مح.أ.	بسكرة	رياض دنش
مشرفا	أ.ت.ع.	بسكرة	حاحة عبد العالي
مناقشا	أ.مح.أ.	بسكرة	شوقي يعيش تمام

السنة الجامعية: 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى:

” وَلَا تُفْسِدُوا هُنَّ
ضِرَارًا لَّتَعْتَدُوا ”

شكر و عرفان:

قال النبي الكريم صل الله عليه وسلم (لا يشكر الله من لا يشكر الناس) أشكر الله على

نعمة التي أنعمها علي بأن أكملت هذه الرسالة

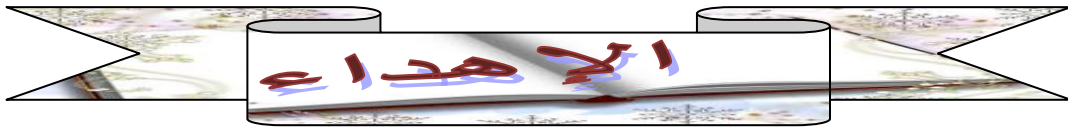
أشكر جامعة محمد خيضر بسكرة التي فتحت لنا أبوابها واخص بالذكر قسم الحقوق

أشكر الدكتور حاحة عبد العالي على إرشاداته وتوجيهاته التي قدمها لي طوال فترة

دراستي

إلى أساتذتي الكرام:حسينات لزهري،مبروك محمد العربي،مردف فرحات.

وأقدم بالشكر كذلك كل أساتذة قسم الحقوق



بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: "قل هذا من فضل ربي ليبلوني لأشكر أم أشكر و من شكر فإنما يشكر لنفسه إن ربي غني حريم"

أما بعد:

أهدي ثمرة جهدي إلى الذي عرف قيمة العلم و شجعني عليه، وقدوتي في تعليم الجبل الذي بنيت منه سلما للعلم، إلى الذي ضمنني بأجنحة العز و الدلال و كان لي سندا و كافح لأجلي طيلة حياتي إلى

أبي العزيز أطل الله في عمره.

إلى المدرسة التي علمتني أبجديات الحياة و الشمعة التي تذوب لتتير دربي، إلى التي علمتني العطاء دون مقابل و السهر دون ملل و كرست حياتها حتى تراني في أعلى الرتب إلى أغلى ما أملك في الوجود

أمي العزيزة أطل الله عمرها.

إلى زوجتي العزيزة التي ساندتني و شجعنتي طوال مساري الدراسي فاطمة الزهراء جروني وإلى ابنتي قرة عيني شهد

إلى إخوتي و أخواتي الذين ساندوني طيلة مشواري الدراسي و واجهوا الصعاب لأجلي:

محمد وزوجته فطوم، سمية، جهاد وزوجها العيد، عبد العزيز، زياد، معتز، إسلام وإلى رموز البراءة والأمل الكتاكيت أسيل، تسنيم، بتول، وعبد الودود

إلى من توفاهم الله جدتي رقية، وعمي العيد حسينات وزوجته فاطمة الزهراء

دون أن أنسى ومستحيل أن أنسى من تقاسمت معهم حلاوة العيش ومره: عبد العالي بشرير وسليم شناف ورشيد شناف وسمير رهيوي ومحمد بن عمر ولا أنسى روح من توفاهم الله من اصدقائي عمار مردف ومحمد حسينات.

و إن عجزت الأوراق على احتواء جميع الذين أعرفهم و أحبهم يبقى القلب يتسع لهم و يحويهم مهما كثروا.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي. * عبد الحكيم حسينات *

مقدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في المجتمع بصلاحتها يصلح وبفسادها يفسد و قد جعل الله لها أهمية كبيرة سواء في كتابه الكريم أو في سنة نبيه الكريم صل الله عليه وسلم. و قد شرع الله الزواج كوسيلة للاستقرار و الحفاظ على النوع الإنساني و ارتياح كل من الزوجين للأخر نظرا للكيان الذي يجمع بينهما بعد الزواج ،بحيث كل منهما لباسا للأخر لقوله تعالى :
 "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"

و قد جعل الإسلام الزواج من أوثق العلاقات بين الناس و أولاه عناية كبيرة حيث وصفه القرآن الكريم بأنه ميثاق غليظ و ذلك في قوله تعالى: " و كيف تأخذونه و قد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا. "

يعد عقد الزواج عقدا مدنيا يترتب عليه حقوق وواجبات لكلا الطرفين فهو ليس عقد تمليك لعين أو منفعة كالبيع و الإجارة.بل هو عقد مستمر يؤدي إلى المودة و الرحمة , حتى يكاد الشخصان يصبحان شخصا واحدا . و أهميته كبرى تكمن في رفاهية الإنسان لما يحتوي من طهارة و تقوى.

لكن رغم إن الإسلام قدس الزواج ووضع له من القواعد ما يضمن بقاءه و استمراره حيث أن أصل العلاقة الزوجية تكمن في استمرارها.فإنها قد تسوء العشرة بين الزوجين و يتعثر العيش ، و قد تفشل محاولات الإصلاح بينهما،لذا شرع الإسلام إنهاء العلاقة بينهما بالطلاق .و قد وضع لذلك جملة من الأحكام و الإجراءات التي ينبغي إتباعها حتى يقع طلاقه و يكون صحيحا .

فكما جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الزوج لاعتبارات تشريعية عديدة، إلا انه منح كذلك للمرأة حق حل الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة خاصة في حالة تضررها من هذه

العلاقة. إذا أثبتت إضرار الزوج بها عند توافر أحد الأسباب المنصوص عليها شرعا و قانونا، و هذا ما يعرف بالتطليق. أما إذا لم تستطع إثبات ذلك الضرر منح لها حق افتداء نفسها من زوجها في مقابل مال تدفعه له و ذلك ما يعرف بالخلع.

و قد أجاز المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري حق الزوجة طلب التطليق بناء على إرادتها المنفردة عند توافر الأسباب.

ونستنتج من نص هذه المادة إن للزوجة الحق في طلب التطليق.

لكن موضوع دراستنا منصب حول تقدير الضرر للزوجة في حال التطليق والتعويض عنه. و هذا ما تناوله كل من الشرع و القانون .حيث يتوجب علينا بيان كيفية ومدى تقدير الضرر للزوجة في هذه الحالة والتعويض عنه إن لزم من طرف قاضي شؤون الأسرة و كذلك القيود الواردة على قاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر ورقابة المحكمة العليا عليه.

و من اجل دراسة موضوعنا هذا، يتعين علينا طرح الإشكالية التالية:

الإشكالية :

إلى أي مدى يمكن لقاضي شؤون الأسرة تقدير التعويض عن الضرر في حال التطليق في ظل القيود الواردة عليه ؟

ولقد تفرعت عن هذه الإشكالية الرئيسية إشكاليات فرعية:

هل وسع المشرع الجزائري من السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة بإضافته للفقرة الأخيرة

من المادة 53 من ق - أ وماهي انعكاساته على العلاقة الزوجية؟

إلى أي مدى يعتبر الضرر سببا موجبا لتطليق؟وماهي أنواعه؟

ماهي القيود الواردة على قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر؟

كيف أثرت رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة؟

أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية الموضوع في أثره و تأثيره على المجتمع بصفة عامة على المرأة بصفة خاصة .

حيث أن الأصل في فك الرابطة الزوجية هو بيد الرجل إلا إن الإسلام منح للمرأة كذلك الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة إذا توافرت احد الأسباب التي حددها لذلك و ذلك لرفع الضرر عنها لا لتحميلها إياه.

أسباب اختيار الموضوع:

و من الأسباب التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع هي:

-السبب الأول و الرئيسي هو ميولي لمادة الأحوال الشخصية دون غيرها من المواد في مختلف الفروع القانونية.

-يكتسي موضوع هذا البحث أهمية خاصة لما له من علاقة وطيدة بالمرأة و بحريتها و بعلاقتها بالرجل، الذي هو في هذه الحالة زوجها. من اجل هذا قررت الكتابة في هذا الموضوع لأساهم في تبديد مايشاع حول أحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية ، وما يدور حوله من إيهاءات أحيانا و اتهامات مباشرة أحيانا أخرى بأنه لا يصلح لتنظيم شؤون الأسرة ، و انه لظالما ظلم المرأة ، و حرماها من حقها في فك الرابطة الزوجية .

أهداف الدراسة:

- معرفة مدى استعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في التعويض عن الضرر
الموجب التطلق

- معرفة تأثير رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

الصعوبات:

أما الصعوبات التي واجهتني خلال دراستي هو تشعب الموضوع وتضارب الآراء فيه
مما أدى إلى صعوبة ضبط الخطة ،وانتقاء ما يلائم الموضوع بدقة، صعوبة التواصل مع
الأستاذ في ظل ظروف الحجر الصحي وغلق المكتبات وظروف صحية إلا أنني حاولت
بإصرار ويجد على مواصلة مابدأته رغم هذه الصعوبات.

الدراسات السابقة:

في هذا الصدد نذكر أهم الدراسات التي تناولت موضوع التعويض عن الضرر للزوجة
في حالة التطلق ومن خلال رسالة مذكرة الدكتورة للدكتورة أسمهان عفيف - السلطة
التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - في التعويض عن الضرر والتي تناولت فيها سلطة القاضي
في تقديره على الضرر

وكذلك رسالة الدكتوراه للدكتور شامي احمد - السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ()
دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية (والتي تناول فيها السلطة التقديرية
لقاضي شؤون الأسرة

وبالإضافة إلى رسالة الدكتورة ايت شاوش دليلة - إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعا عبد الرحمان الصابوني والتي تناولت الموقف الفقهي والقانوني في التطلاق للضرر.

المنهج المتبع :

اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي في أغلب مراحل البحث وذلك لما تتطلبه المادة من قراءة للنصوص سواء القانونية أو الشرعية وتحليل محتواها وكذلك مختلف الاجتهادات القضائية وقرارات المحكمة العليا

واعتمادنا أيضا على المنهج المقارن وذلك في مقارنة بين المذاهب الفقهية في حد ذاتها أو بين الشريعة والقانون

وبناء على ماتقدم عرضه ومن أجل الإجابة على الإشكالية الرئيسية والمشكلات الفرعية ارتأينا تقسيم الموضوع الى فصلين كل فصل ينقسم الى مبحثين:

الفصل الأول: ماهية التطلاق و التطلاق للضرر ينقسم الى مبحثين

المبحث الأول: ماهية التطلاق.

المبحث الثاني: التطلاق للضرر.

الفصل الثاني: تطبيق قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر الموجب التطلاق يتضمن مبحثين

المبحث الأول:سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير وتقدير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر الموجب للتطلاق.



المبحث الثاني: القيود الواردة على قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر ورقابة المحكمة
العليا عليه

الفصل الأول الاطار

المفاهيمي للتطبيق

والتطبيق لضرر

جعل الله سبحانه و تعالى الزواج لنا وسيلة للاستقرار و السكن وبناء اسرة متماسكة لكن لكل اصل استثناء وهو انه قظ يحدث وان يصيب بعض الاسر التفكك و قد يصبح العيش مستحيلا بين الزوجين لاي سبب كان رغم ان الطلاق هو ابغض الحلال عند الله الا انه سبحانه و تعالى اجازه في الاحوال التي نصعب فيها استمرارية الحياة.

وقد منح بعض فقهاء الشريعة الاسلامية وكذلك المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الاسرة للزوجة الحل في طلب الطلاق اذا توفر سبب من الاسباب الواردة في هذه المادة وه ما نعالجه في المبحث الاول من هذا الفصل اما المبحث الثاني فقد تطرقنا الى التطبيق لضرر وقد تناولنا فيه مفهوم الضرر و انواع الضرر اللاحق بالزوجة وحقها فب دفعه عنها.

المبحث الأول: ماهية التطبيق.

المطلب الأول: تعريف التطبيق.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

طلق - طلوقا، و طلاقا : تحرر من قيده و نحوه. و- المرأة من زوجها طلاقا: تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته.
طلق - طلقا: تباعد .

طلق - طلوقة، و طلاقة : طلق .و المرأة من زوجها طلاقا : طلقت .

أطلق القوم : طلقت إبلهم و نحوها في طلب الكأ و الماء. وأطلقا المرأة: حررها من قيد الزواج.

الطالق:يقال امرأة طالق , محررة من قيد الزواج.

الطلاق:التطبيق. و- في الشرع رفع قيد النكاح المنعقد بين زوجين بألفاظ مخصوصة.الطاقة من الرجال الكثير التطبيق للنساء¹.

ومعنى كلمة تطبيق في اللغة أيضا يعود إلى (طلق-تطبيقا) إي طلقت المرأة زوجها،و تطبيقها منه، بمعنى خلاها من قيد الزواج، و تطبيق الرجل من قومه يعني تركهم ومفارقتهم².

الفرع الثاني:التعريف الاصطلاحي.

المقصود بالتطبيق هو التفريق بمعرفة القاضي فقد جعل الإسلام الطلاق بيد الرجل الذي سعى إلى بناء الزوجية، وفي نفس الوقت شرع التطبيق للأخذ بناصر من يلحقه الأذى و

¹ مجمع اللغة العربية:المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة طبعة 4 ، 2004 ص 563
² المنجد الأبجدي :دار المشرق ، بيروت ،لبنان ،توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،الطبعة الثامنة ص665

الضرر من الزوجات إذا كانت الإساءة آتية من الزوج حتى لا تقوم العلاقة الزوجية على الضرر. فإذا اثبت الضرر أمام القاضي وجب عليه التفريق.

و التطبيق الذي يوقعه القاضي، إنما يوقعه نيابة على الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولا يعاشر بإحسان ولذلك يقال (طلق عليه القاضي)¹

فإذا كان القانون قد منح الزوج الحق في طلاق زوجته بإرادته المنفردة باعتبار العصمة في يده فإن حق المرأة في طلب التطلاق بإرادتها المنفردة مقيد بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة. و هذه الحالات سنذكرها لاحقا في أسباب التطلاق.

الفرع الثالث: التعريف القانوني.

قد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "التطلاق" في المادة (53) من قانون الأسرة للدلالة على فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة ، على غرار المشرع المغربي الذي أورد نفس العبارة في الفصل (53) وما بعده من مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، خلافا للمشرع السوري الذي استعمل مصطلح "التفريق" في المادة (105) من قانون الأحوال الشخصية ، أما المشرع التونسي فلم يورد هذين المصطلحين بل عبر عن ذلك بانحلال عقد الزواج بناء على رغبة الزوجة، و بالرجوع إلى جميع الآيات القرآنية التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب حل عقد الزواج صادرا عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا.

ونجد إن قانون الأسرة الجزائري في بابه الثاني المعنون بانحلال الزواج، استعمل في المادة (48) منه، مصطلح الطلاق للتعبير عن كل أنواع الفرق ، وهذا اعتمادا على ظاهر النص ، غير انه إذا تعمقنا في أحكام هذه المادة نجد إن هذا المصطلح يقصد به فقط ما يقع بإرادة الزوج ، أما ما يكون بإرادة الزوجة فيسمى "تظليقا" وذلك استنادا إلى أحكام المادة (53) من

¹ احمد نصر الجندي: الطلاق والتطبيق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر ، 2004، ص 167

نفس القانون والتي جاء فيها " يجوز للزوجة إن تطلب التطبيق ... " مما يدل على إن المشرع فرق بين مدلولي الطلاق والتطبيق لاختلاف أثارهما, لاسيما من حيث الدور الذي يلعبه القاضي في كل منهما ومن حيث طبيعة الأحكام القضائية الصادرة فيهما¹.

المطلب الثاني: مشروعية التطبيق و أسبابه.

الفرع الأول: مشروعية التطبيق.

ثبتت مشروعية التفريق بين الزوجين بالكتاب و السنة و الإجماع و القانون .

أولا : من الكتاب :

1- قول الله سبحانه وتعالى : {الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}²

وجه الدلالة :

الأصل في العلاقة بين الزوجين أن تقوم على المعاشرة بالمعروف و أن تقوم على تبادل الحقوق المشروعة بينهما , فإذا انتفى أهم هذه الحقوق و هو الإمساك بالمعروف تعين التسريح بإحسان لرفع الضرر عن الزوجة , فان قام به الزوج استجابة لأمر الشارع فقد فعل خيرا , و إن لم يقم بذلك فان القاضي هو الذي يوقع الفرقة لرفع الضرر عن الزوجة.

2- قول الله سبحانه وتعالى: (فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه)³.

وجه الدلالة:

إن لم يتحقق الإمساك بالمعروف-والمقصود به هنا هو ما عرفه الناس في معاملاتهم من الحقوق التي قررها الإسلام أو قررتها العادات التي لا تتنافي أحكام الإسلام- فالبديل هو

¹ منصورى نورة: التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى للطباعة ، ط 1 ، الجزائر ، 2010 ، ص11-13.

² القرآن الكريم:سورة البقرة، الآية229.

³ القرآن الكريم:سورة البقرة، الآية231.

الفراق بالمعروف و معروفه منحصر في الإحسان إلى المفارقة بالقول و الفعل , وان المعروف في الإمساك حيثما تحقق انتفى الضرر, و حيثما انتفى المعروف تحقق الضرر, فيصير الضرر مساويا لنقيض المعروف , والذي يمسك زوجته ضرارا يظلمها و يظلم نفسه حيث جعل الله سبحانه وتعالى -ظلم الأزواج لنسائهم ظلما لأنفسهم, لأنه يؤدي إلى اختلال المعاشرة واضطراب حال البيت و فوات المصالح بانشغال الأذهان في المخاصمات, ولأنه يؤدي إلى تعريض الظالم لعقاب الله في الآخرة , وطريقة رفع الضرر و الظلم عن الزوجة هي التفريق بين الزوجين.

3- قول الله سبحانه وتعالى:(وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما)¹.

وجه الدلالة:

تدل الآية على جواز التفريق بين الزوجين إذا تعذر الصلح بينهما , ويكون التفريق بينهما في هذه الحالة خيرا لهما من استمرار حياة التعب و الشقاق, وإذا لم تتم الفرقة بإرادة الزوج (بالطلاق) أو كليهما (بالخلع) يمكن للقاضي أن يتدخل بطلب من احد الزوجين التفريق بينهما لرفع الضرر وحل النزاع والشقاق بينهما .

4- قوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء)².

فهذه الآية تنفي الجناح والإثم عن فعل الطلاق إذا تم في حدوده الشرعية

ثانيا: من السنة:

1-قول الرسول صل الله عليه وسلم:(لا ضرر ولا ضرار)³.

¹ القرآن الكريم:سورة النساء،الآية130.

² القرآن الكريم:سورة البقرة،الآية236.

³ روه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما عن أبي سعيد الخدري وابن عباس و عبادة بن الصامت رضي الله عنهم مسندا , ورواه مالك في الموطأ مرسلا

وجه الدلالة:

الحديث فيه نهي عن الضرر بشكل عام، والضرر الواقع على الزوجة من جملة ما نهى عنه الحديث، ولا بد من إزالته وفقاً للقاعدة الفقهية (الضرر يزال) ، حيث يبنى على هذه القاعدة الفقهية كثير من الأحكام الشرعية، ومن هذه الأحكام التفريق بين الزوجين لرفع الضرر، ولا يتعارض ذلك مع القاعدة الفقهية (الضرر لا يزال بالضرر) لأنه يستثنى من ذلك كون أحد الضررين أخف من الآخر، فشرع التفريق بين الزوجين لأن ضرره أخف من استمرار الحياة الزوجية مع الشقاق والنزاع .

2-ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما -قال: (جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى رسول الله صل الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله صل الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم فقال رسول الله صل الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها تطليقة¹).

وجه الدلالة :

عدم إنكار النبي صل الله عليه وسلم على زوجة ثابت بن قيس طلبها التفريق بينها وبين زوجها بل تقبل الأمر وساعدها عليه حتى لا تقصر في حق زوجها فتقع في الحرام مع أنها لاتعيب على زوجها خلقاً ولا ديناً، فالأولى جواز التفريق بين زوج ظالم لزوجته مضر بها .

3-عن محارب قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم (ما احل الله شيئاً ابغض إليه من الطلاق)².

¹ صحيح البخاري: 05/2021_رقم 4971.

² عبد الجواد الجنيدي: عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون ، جامعة الخليل كلية الدراسات العليا قسم القضاء الشرعي ، 1428هـ، 2007م ، رسالة ماجستير ، ص 214-216.

4- قال رسول الله صل الله عليه وسلم: (ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق و النكاح والعنق)¹

ثالثا: من الإجماع:

انعقد الإجماع منذ عصر الرسول صل الله عليه وسلم حتى اليوم على جواز الفرقة , وهي محظورة أصلا ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة , وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام وتكفل تحقيق التوازن بين حقوق كل من الزوجين وواجباتهما ذلك أن الزوجية ميثاق غليظ لا ينفصم إلا لأسباب ملحة .

وخلاصة القول أن الطلاق مشروع باعتباره ضرورة و الضرورة تقدر بقدرها وعند عدم الحاجة فحرام على الرجل إيقاعه وحرام على الزوجة طلبه² .

رابعا : من قانون الأسرة الجزائري:

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلق من زوجها عن طريق القاضي وذلك لرفع الضرر عنها والذي منحت له السلطة التقديرية لتقديره والتعويض عنه.

وقد تناول المشرع الجزائري التطلق في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري بذكر أسبابه وقد جاء فيها:

المادة 53 (معدلة) يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

* عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج, مع

مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون,

* العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ,

¹ احمد بن حسين البيهقي : السنن الكبرى ما جاء في كراهية الطلاق ، تحقيق ، محمد عيد القادر عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة 1994 ، ج 7 ص

322

² الحافظ أبي القاسم سليمان بن احمد الطبراني : المعجم الكبير ، مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، الجزء 18 ، ص 304.

- * الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ,
- * الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية,
- * الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة,
- * مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه ,
- * ارتكاب فاحشة مبينة,
- * الشقاق المستمر بين الزوجين ,
- * مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج,
- * كل ضرر معتبر شرعا¹ .

الفرع الثاني: أسباب التطبيق.

1-1 عدم الإنفاق .

تعد النفقة حق للزوجة يثبت لها بعقد الزواج الصحيح و تسقط بنشوزها وينتهي بانفصام العلاقة الزوجية, فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إغسارا فهل يحق للزوجة طلب التطبيق لهذا السبب².

*الموقف الفقهي: لقد انقسم الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات ولكل في ذلك حججه.

– رأي جمهور الفقهاء: يقول هذا الرأي بجواز طلب الزوجة التطبيق على زوجها لعدم إنفاقه عليها, ويجب على القاضي إذا ثبت له ذلك أن يقضي بتطبيقها على زوجها.

¹ المادة 53 من قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري ج.ر 15 ص 21.
² منصورى نورة:مرجع سابق،ص21.

هذا الفريق من الفقهاء أجاز للزوجة -إذا طالبت زوجها بالنفقة، وامتنع عن الإنفاق- أن تطلب من القاضي التطبيق عليه لعدم الإنفاق. وقد استند الجمهور إلى العديد من الأدلة و هي:

(1) أن الله تعالى يقول " فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " و مما لا شك فيه أن إمساك الزوجة وعدم الإنفاق عليها ليس إمساكا بمعروف، فيتعين التسريح.

(2) قال تعالى: "ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا" والإمساك مع عدم الإنفاق اشد أنواع الضرر.

(3) قال رسول الله صل الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار " و الإمساك مع عدم الإنفاق مضارة، وعلى القاضي أن يزيل الضرر، بفك عقدة النكاح التي أصبحت ضررا لا مصلحة فيها.

(4) يقول الشافعي "إن من حق الزوجة على زوجها أن يعولها، ومن حقه أن يستمتع بها، فاحتمل إذا لم يجد ما ينفق أن تخير المرأة بين المقام معه و فراقه، فان اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق¹.

(5) وأدلتهم من المعقول: أن العجز عن الإنفاق بسبب الإعسار كالعجز عن الجماع بسبب الجب أو العنة، فإذا ثبت جواز الفسخ بالعنة والجب ثبت جواز الفسخ بالإعسار وعدم الإنفاق، بل الفسخ هنا أولى لان النفقة لا يقوم البدن بها أما لذة الجماع فيقوم البدن بدونها. و مع اتفاقهم في ذلك كله إلا أنهم اختلفوا في التفاصيل:

بالنسبة للإعسار: فقد قرر مالك انه لا يثبت إلا بالدليل، أو بإقرار الزوج به، اما الشافعي فرأى انه يثبت بالبينة أو إقرار الزوج به، فإذا ادعاه كان ذلك كافيا للتفريق.

¹ احمد نصر الجندي: مرجع سابق: صص 169_170.

بالنسبة للتفريق: مع اتفاقهم على انه إن كان للزوج مال ظاهر لا يفرق بينه وبين زوجته اختلفوا في حالة ما إذا كان ممتعا لم يدعي الإعسار أي لم يثبتة ببينة¹.

- رأي الأحناف: يقول الأحناف بعدم التفريق بين الزوجة وزوجها الذي لا ينفق عليها حتى ولو أعلنت عدم رضاها بذلك، وتمردت على الوضع القائم وطلبت من القاضي فك الرابطة الزوجية بينهما.

وليس في مذهبهم مايجيز تطليق الزوجة من زوجها لعجزه عن نفقتها أو لامتناعه عنها، حتى ولو لم يكن له مال ظاهر و ودليلهم في ذلك:

(1) قال تعالى: "وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة" هذه الآية تضع قاعدة عامة لكل من أعسر، والزوج إذا أعسر فهو مدين بالنفقة والله يأمره بالنظر إلى ميسرة.

(2) على الرغم أن أصحاب الرسول -صل الله عليه وسلم- كان منهم الغني والفقير فلم يرد عن رسول الله -صل الله عليه وسلم- انه مكن زوجة من فسخ النكاح بإعسار زوجها .

(3) ودليلهم من المعقول: من المقرر شرعا إذا اجتمع ضرران اختير أخفهما فالضرر المترتب على التفريق يؤدي إلى ضياع حق الزوج، أما الضرر المترتب على عدم التفريق يؤدي إلى التأخير حق الزوجة، وعملا بهذه القاعدة فعدم التفريق هو اخف الضررين.

كما أن إبقاء الزواج مع الإعسار يفوت المال وهو من التوابع، أما إنهاء الزواج بالإعسار فيؤدي إلى فوات التناسل وهو مقصود أصلي من الزواج، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي ليبقى المقصود التبعي² .

-أما الرأي الثالث: فخلاصته التفرقة بين المرأة التي غر بها زوجها فلها طلب التفريق، أما إذا انتفى الضرر فليس لها هذا الحق، وقد ذهب إلى ذلك الإمام ابن القيم الجوزية.

¹ منصورى نورة: مرجع سابق، ص ص23-24.

² مرجع نفسه

*الموقف التشريعي:

لقد استمد المشرع الجزائري موقفه في شأن التطلاق لعدم الإنفاق من موقف جمهور الفقهاء (مالك، احمد والشافعي) وقد نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة (53) من قانون الأسرة "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78, 79, 80) من هذا القانون ..."

تعتبر النفقة حق للزوجة يثبت لها بموجب عقد الزواج الصحيح وتسقط بنشوزها وينتهي بفك العلاقة الزوجية و فإذا امتنع الزوج عن أداء هذا الالتزام تعسفا أو إعسارا فهل يحق للزوجة طلب التطلاق¹؟

يشترط لتحقيق ذلك توافر الشروط التالية:

1- يجب على الزوجة إلا ترفع دعوى ضد الزوج لاستصدار حكم يأمره بالنفقة، وإذا امتنع عن تنفيذ الحكم ، فان رفعت دعوها لأول مرة تطالب بالنفقة ، فان القاضي يحكم لها بذلك و يأمرها بالعودة لمقر الزوجية، إلا إذا ثبت امتناعه بعد الحكم، فان رفعت دعوى التطلاق بعد ذلك ، فعلى القاضي الاستجابة لطلبها في هذه الحالة .

• ألا يكون امتناعه عن النفقة بسبب إعسار، لان هذا الأخير بيد الله، ولا يعتبر مبررا لطلب التطلاق، مصداقا لقوله تعالى " الله يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر وفرحوا بالحياة الدنيا وما الحياة الدنيا في الآخرة إلا متاع " و قال في أية أخرى " وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وان تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون " .

فالزوج في هذه الحالة ليس بظالم حتى يطلق عليه القاضي ويرفع ظلمه عن زوجته .

¹ منصورى نورة: مرجع سابق، ص25.

• إلا تكون عالمة بإعساره وقت زواجهما، فإذا كانت تعلم أن زوجها يعيش انفراجا ماليا أحيانا ويفتقده أحيانا أخرى ورضيت بالزواج به على هذه الحال فهي على علم بعسره فان رفعت دعوها للقاضي تطلب تطليق العسر، رفضت دعوها لورود النص: "...مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..."¹ .

وقد قررت المحكمة العليا بان عدم إنفاق الزوج على زوجته لمدة تزيد عن شهرين متواصلين يمنحها حق طلب التطليق من زوجها، وذلك وفقا لما نص عليه الفقيه المالكي بن عاصم².

• ولا يجوز للزوجة رفع دعوى التطليق إلا إذا رفعت دعوى النفقة، واكتسب الحكم الصيغة النهائية وقوة الشيء المقضي به وبعد أخطار زوجها عن طريق المحضر القضائي، هذا وقد اجاز المشرع الجزائري نظرا لطول إجراءات التقاضي استعمال القضاء الاستعجالي لطلب استصدار أمر بنفقة مؤقتة مشمولة بالنفذ المعجل، وكما نصت ذلك المادة 57 مكرر من الأمر 02/05 .

ويكون الحكم بالنفقة لأحكام المواد 80/78 من هذا القانون بان يراعى في تقديرها حال الزوجين وان يتجاوز القاضي مدة سنة قبل رفع الدعوى عند الحكم بها أن تثبت لديه متى يدع لذلك وإلا فان تقديرهما يكون ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى أن يزول مبررها³.

• الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر الذي يأخذ به هو الهجر دون سبب أو مبرر شرعي أو مصوغ قانوني (الإيلاء) وهذا ماجاء في الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، أما إذا كان الهجر خارج إرادة الزوج كان يكون مجبرا على السفر للعمل أو دخوله

¹ منصورى نورة:مرجع سابق،ص26.

² بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ص 280.

³ الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم

المستشفى أو للتأديب مع العلم أن هذا الأخير غير محدد المدة ففي هذه الحالة لا تسمع طلبات الزوجة أي لا يحق لها طلب التطبيق¹.

• الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة:

أجاز بعض الفقهاء للزوجة الغائب زوجها طلب التطبيق لأنها تتضرر معنويا من زوجها إذا كانت المدة تفوق السنة حتى ولو كان للزوج مال ظاهر تتفق منه الزوجة لتعدد مطالب الحياة التي لا تنحصر فقط في السكن والغذاء و الكسوة.

والموقف الفقهي من موضوع التطبيق للغيبة على اتجاهين:

– الاتجاه الأول وهو للأحناف والشافعية، وأصحابه لا يعتبرون الغيبة سببا للتفريق بين المرأة وزوجها سواء كانت الغيبة بعذر أم بدون عذر.

– الاتجاه الثاني وهو للمالكية والحنابلة وهم على خلاف في التفاصيل، وأصحابه يعتبرون الغياب سببا للتفريق بين الزوجين.

ولابد من مرور سنة كاملة على الغياب غير مبرر مصحوب بعدم الإنفاق لتمتكن الزوجة من طلب التطبيق حسب قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال مانصت عليه الفقرة الخامسة من المادة 53.

ولهذا أجاز الفقهاء للزوجة طلب التطبيق ولكن بعد أن يرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته أو يصحبها معه حتى لا تتضرر².

أما في القانون المقارن فإن جل التشريعات اعتمدت التطبيق للغياب مع بعض التفاصيل في الموضوع¹.

¹ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للكتب الجزائر 1986

²² يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2008، ص 54.

• ارتكاب فاحشة مبينة:

يمكن تعريف الفاحشة من خلال مدلولها اللغوي الشائع فنقول عن الأمر انه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول أو كما ورد في القرآن في قوله تعالى: " ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا " يتبين من خلالها تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة إخلالا كبيرا. وبناءا عليه فعندما ترفع الزوجة طلب التطبيق لارتكاب زوجها الفاحشة فعلى القاضي إلا يستجيب لطلبها إلا بعد أن يتأكد من انطباق هذا الوصف على الفعل المرتكب والمؤسس عليه الدعوى وذلك اعتمادا على ثلاثة أمور أساسية على ضوءها يبين ما إذا كان الفعل فاحشا أم لا:

- أ. نظرة الدين إلى الفعل: يعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل من الكبائر كالشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو الفواحش بين المحارم سواء ظهرت للناس أم لم تظهر.
 - ب. مقتضى العقل السليم: ومفاده إن العقل يرفض الانحراف ويفر من الخطأ معتمدا في أحكامه هذه على القواعد الإسلامية والعرف وظروف المجتمع.
 - ت. الإرادة الاجتماعية : القاضي ابن بيئته، فيبني أحكامه على ما هو سائد في مجتمعه من عادات وتقاليد وقيم وأعراف وثقافات وعلى نحو يطابق كتاب الله وسنة رسوله صل الله عليه وسلم وبالتالي فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية وأخلاق المجتمع العربي، يكون عملا فاحشا يبيح للزوجة طلب التطبيق.
- الموقف التشريعي:

لقد نصت الفقرة السابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على انه يجوز للزوجة طلب التطبيق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة، ويلاحظ إن المقصود هنا هو جريمة الزنا .

¹ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى 1429 هـ ، 2008 م ، ص 200.

و عرفت المادة 337 مكرر من قانون العقوبات جريمة الفاحشة والمتمثلة في ارتكاب العلاقة الجنسية بين الأقارب من الفروع والأصول. وجريمة الفاحشة حسب أحكام المادة 337 مكرر من قانون العقوبات لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها كقيام العلاقة الجنسية وقيام علاقة القرابة، وقيام القصد الجنائي علاوة على ذلك إن يتم إدانة الزوج و يصبح الحكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به¹.

وقد ذكر المشرع على سبيل الحصر تلك الفواشش في ذات القانون لذلك فإنه ليس في حاجة إلى إعادة ذكر ما يعد فاحشة ضمن قانون الأسرة.

كما خص المشرع الجزائري جريمة الفاحشة بحكم خاص، فقد اشترط أن تكون الجريمة المرتكبة من الفواشش مهما كانت العقوبة ولو لمدة تقل عن سنة ولو كانت غير سالبة للحرية فإنه يحق للزوجة طلب التطبيق. وحسنا ما فعل المشرع لما منح للزوجة هذا الحق إذا تعلق الأمر بارتكاب الزوج فاحشة مبينة دون حاجة لاستصدار حكم يقضي بإدانته².

• الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة الزوجية:

لقد منح القانون للزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل طلب التطبيق عند الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة الزوجية وذلك ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ومن خلال هذه الفقرة نلاحظ أن باستعمال المشرع لعبارة "فيها مساس بشرف الأسرة" قد عم الوصف وجعله غير دقيق. لان الجرائم الماسة بشرف الأسرة يصعب عدها وحصرها لدرجة انه يمكن القول أن معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من

¹ بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 202.

² منصور نورة ، مرجع سابق ، ص 59.

الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف خاصة جريمة الزنا والفاحشة بين المحارم وبالتالي تبقى السلطة التقديرية للقاضي هي الفاصل¹.

ومن جهة أخرى نلاحظ أن المشرع قد بالغ حين استعمل لفظ "...تستحيل..." فارتكاب الزوج لهذه الجرائم قد يجعل من استمرار الحياة الزوجية أمرا صعبا لكن لا يؤدي إلى حتمية استحالة مواصلتها.

وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير درجة التوتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها أقبول طلب الزوجة أو رفضه².

• مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة:

أجازت المادة 53 من الفقرة السادسة للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 8 من قانون الأسرة الجزائري.

وتنص هذه المادة على يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل".

إذ انه يتوجب على الزوج أخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل الزواج بها وان يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة بمكان مسكن الزوجية.

إذا تأكد رئيس المحكمة من موافقتها واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية ، فانه يمنه الترخيص بالزواج الجديد.

وتنص المادة 8 مكرر من قانون الأسرة انه في حالة التدليس يجوز للزوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق³.

¹ منصورى نورة ، مرجع سابق ، ص 62.

² نفسه،ص57.

³ يوسف دلاندة،مرجع سابق،ص57.

فإذا لم يلتزم الزوج بالشروط السالف ذكرها دون عذر مقبول، ولم يحترم ضوابط التعدد المنصوص عليها في القانون جاز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطبيق في حالة عدم الرضا.

لكن يجب على الزوجة إثبات ما تدعيه حتى يقضى لها بالتطبيق، وتبقى المسألة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي¹.

-أما فيما يخص الموقف الفقهي فلم يعتبر الفقهاء أن التعدد من الأسباب التي تتيح للزوجة طلب التطبيق إلا إذا تضررت من هذا الزواج كعدم توفر العدل وذلك مصداقا لقوله تعالى: "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة" وفي هذه الحالة فمن حق الزوجة أن تطلب التطبيق لرفع الضرر عليها.

• مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

المقصود بشروط عقد الزواج هي الشروط التي يضعها كل من الزوجين قبل أو أثناء العقد، أو هو ما ينشؤه احد الزوجين بتصرفه فيجعل من هذه الشروط عقودا مرتبطة به، إذا لم تتحقق لم يلتزم بالعقد.

-الموقف الفقهي:

اختلفت الآراء الفقهية في نظرهم للشروط بين مضيق وموسع، فالظاهرية لم يعتمدوا الشروط إلا ما نص عليه شرعا، بينما وسع والحنابلة من دائرة الشروط واعتبروها صحيحة إلا ما منعه الشرع الحكيم.

واعتمد المالكية والشافعية والحنفية الشروط التي تتفق مع مقتضى العقد ولا تنافيه إلا يبطل الشرط ويصح العقد.

¹ بن شويخ الرشيد: مرجع سابق، ص 204.

وكره الإمام مالك الشروط في النكاح. أما الأحناف يقسمون الشروط إلى مجموعة من الأقسام، شروط يقتضيها العقد كالنفقة عليها، وشروط تؤكد مقتضى العقد كوجود ضامن للمهر و النفقة، وشروط يجيزها الشرع، كان تكون العصمة بيد المرأة، وشروط جرى بها العرف كتعجيل بعض المهر وتأجيل الباقي.

والحنابلة يقسمون الشروط إلى صحيحة وغير صحيحة، فالصحيحة ما كان فيها منفعة لأحد الزوجين ولم يرد نهي عنها، ومنها إلا يسافر بها إلى مكان لا تريده أو لا يتزوج عليها.

وهذه الشروط واجبة الوفاء وإلا حق للطرف الآخر فسخ الزواج.

وإما الشروط غير الصحيحة فهي تلك التي ورد النهي كاشتراطها أن يطلق امرأته الأولى أو تشتترط إلا يستمتع بها وهنا تلغى الشروط ويصح العقد¹.

ب-الموقف التشريعي:

نصت المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري "للزوجين أنيشتترطا في عقد الزواج أوفي عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون" ونصت المادة 37 من قانون الأسرة (معدلة) في فقرتها الثانية ب"غير انه يجوز للزوجين إن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

إذن فالمشرع الجزائري منح للزوجين وبصريح النصوص على الاتفاق على شروط معينة مالم تخالف القانون، وعليه فإذا اخل الزوج بالتزاماته التعاقدية،فانه واستنادا لأحكام الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة أنترفع ضده دعوى قضائية وتطلب تطليقها².

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص ص 130-131.

² يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 57

• الشقاق المستمر بين الزوجين:

إذا حصل خصام و شقاق بين الزوجين و ساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب التطبيق .

وهو ما نصت عليه الفقرة الثامنة من المادة 53 قانون الأسرة التي منحت للزوجة الحق في طلب التطبيق نظرا للشقاق المستمر بينها وبين زوجها كاستفحال الخصام بينهما ولمدة طويلة تصبح معها الحياة الزوجية مستحيلة.

و بمجرد رفع دعوى التطبيق من طرف الزوجة يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في اجل شهرين من تاريخ تعيينهما.¹

ونرى أن موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد قد وافق ماجاء في كتاب الله العزيز في قوله: " وان خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها أن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما"²

والشقاق المعتبر كأساس للمطالبة بالتطبيق هو الناتج عن الخلاف الدائم ويستحيل معه التوفيق بين الزوجين وان هذا الشقاق أو الخصام طال لمدة مما يؤثر سلبيا على الحياة الزوجية ويحول دون استمرارها مما ينتج الضرر الذي يبعث بالزوجة للمطالبة بالتطبيق وهو ما يتوافق كذلك مع قوله تعالى: " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا" .³

• كل ضرر معتبر شرعا:

¹ قرار المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999

² سورة النساء الآية 35

³ يوسف دلاندة، مرجع سابق ، ص59

اجاز الشرع الإسلامي وكذا القانون للزوجة أن تطلب التطبيق للضرر لقوله تعالى: " ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه¹ ".

والمقصود بالضرر هنا هو التضييق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي. فقد تتضرر احد الزوجات من ظلم زوجها لكونه أهملها بسبب هذا أو انه اضر بها بشكل من الإشكالحتى وان كانت هي الزوجة الوحيدة لديه. ولذلك اجاز العديد من الفقهاء خصوصا فقهاء المالكية للزوجة أن تطلب التطبيق للضرر، ويتعين عليها أن تثبت أمام القاضي حصول الضرر بكافة الطرق.

وحسنا ما فعل المشرع في توسعه في مفهوم الضرر لان الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أن يكون هذا الضرر معتبرا شرعا أو عرفا²، ولم يتقيد بضرر معين تاركا للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع وحسنا ما فعل لأنه مايعتبر ضررا بالنسبة لزوجته ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى.

فضلا عن ذلك فان عبارة "كل ضرر معتبر شرعا" بمفهومها الواسع يمكن أن تستغرق كل الأسباب التي تضمنتها المادة 53 من قانون الأسرة كما يعتبر نشوز الزوج المنصوص عليه بالمادة 55 من نفس القانون سببا لطلب الزوجة التطبيق³، وذلك ما يدعمه قرار المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية- تحت رقم 181 بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه: " ومن المقرر أيضا انه يحق للزوجة أن تطلب التطبيق لكل ضرر معتبر شرعا،ومن المقرر أيضا انه: في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر،ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا من طرف الزوج، فان تطبيق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فان القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة

¹ سورة البقرة ، الآية 231.

² بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق ، ص 207

³ منصور نورة، مرجع سابق ص 67

نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون،ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹ .

¹ القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 181648 المجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد الأول ، ص 49

المبحث الثاني: التطبيق للضرر.

المطلب الأول: مفهوم الضرر الموجب للتطبيق.

الفرع الأول: تعريف الضرر.

أولاً: التعريف اللغوي:

الضرر: الضيق. والعلة تقعد عن جهاد ونحوه.

الضرارة: الضرر. والنقص في الأموال و الأنفس.

الضر: ما كان من سوء حال أو فقر أو شدة في بدن. ويقال تزوج فلان على ضر: مضارة بين امرأتين أو أكثر¹.

الضر: ضد النفع.

ضر: ضرا أو ضرا فلانا و به: جلب إليه الضرر².

وجاء في المصباح المنير أن الضر بمعنى الفاقة و الفقر ، ويطلق على نقص يدخل الأعيان كالأموال والأنفس³.

من خلال مجمل هذه المعاني يتبين أن الضرر يشمل الشدة التي تصيب الإنسان في جسمه و ماله ، من مرض وفاقة وغيرها. ومن خلال هذه المعاني يفهم أن هناك نوعين من أنواع الضرر حسي و معنوي.

¹ مجمع اللغة العربية ، مرجع سابق ، ص 538

² قاموس المعتمد ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ص 359

³ احمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، دار الفكر للطباعة ، القاهرة ، مصر ، ج 2 ، مادة الضرر ، ص 360..

ثانيا : التعريف الاصطلاحي.

المقصود بالضرر هو إلحاق المفسدة بالغير، وهو كلمة شاملة تضم كل أوجه الأذى والإساءة التي تسيء للإنسان ماديا أو معنويا. فأى إساءة تصيبه في شيء من ذلك فهي ضرر يشرع للإنسان دفعه عنه أو تجنبه¹.

وجاء في المنتقى : (الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة)².

وعرفه ابن العربي بأنه : (الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه ، وهو نقيض النفع)³.

و قال الدسوقي بان "للزوجة حق طلب التظليق للضرر وهو ما لا يجوز شرعا"⁴.

وهذا الضرر الموسوغ لطلب التظليق بأنهاإيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل، كالشتم و الضرب والهجر من غير سبب يبيحه⁵.

ثالثا: التعريف القانوني.

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه من الأركان الأساسية فيها، وتتجلى أهميته في أنأي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيرها الرفض⁶.

وعلى الرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع، إلا انه يبدو من الصعب استنتاج تعريف منضبط للضرر، ومن المحاولات الكثيرة لضبط مفهوم دقيق للضرر هو ما استقر عليه الفقه

1 ابن حجر الهيتمي ، فتح المبين لشرح الأربعين النووية ، مطبعة العامرية الشرقية ، القاهرة ، ص 211

2 أبو الوليد الباجي ، المنتقى شرح موطأ مالك ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ج 6 ، 1332 هـ ، ص 40

3 بن زيطة عبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2007 ، ص 19.

4 محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار احياء الكتب العربية ، القاهرة ، ج 2 ، ص 345

5 وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته ، دار الفكر ، الجزائر ، الطبعة الاولى ، ج 7 ، 1991 ، ص 527

6 بن زيطة عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص 22

وقد عرف على انه " الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية¹ ".

ومن مجمل التعاريف السابقة نستطيع تحديد مفهوم شامل لها وهو المساس بحق او بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة. ويترجح هذا التعريف للأسباب الآتية² :

(1) نوع الاعتداء: المساس الذي لا يشترط فيه ظاهر التعدي، لان مجرد ذلك يشكل ضررا.

(2) محل الضرر: ويتضمن الحق والمصلحة المشروعة، بغية التوفيق بين ممارسة الحق بحرية وعدم التعسف في استعماله.

(3) المضرور: وهو الغير كما النفس، إذ أن الاعتداء على النفس غير جائز بحال.

(4) اثر هذا الضرر: وهو المفسدة المعتبرة. وتظهر أهمية هذه هذا الأثر في التمييز بين ما يجب التعويض عنه وما لا يجب، وهذا ضمان لعدم تعويض الأضرار الناشئة عن مخالفة الشرع.

(5) أما بالنسبة لقانون الأسرة فقد منح المشرع الجزائري للزوجة الحق في طلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا وهذا ما نصت عليه الفقرة العاشرة من المادة 53 دون ان يضع تعريفا محددًا لهذا الضرر وتركه للسلطة التقديرية للقاضي. وتستغرق هذه الفقرة كل الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من ذات القانون.

الفرع الثاني: أنواع الضرر.

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة المعتدى عليها والتي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية، وبالتالي ينقسم إلى قسمين: مادي و معنوي.

¹ العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ج 2 ، 1994 ، ص 147
² بن زبطة عبد الهادي ، المرجع نفسه ، ص 25

فالفقه الإسلامي يميل إلى التقسيم الثنائي: مادي ومعنوي. أما الفقه الغربي فيميل إلى التقسيم الثلاثي: مادي، معنوي و بدني. حيث يتعلق هذا الأخير بالمساس بجسم الإنسان من جروح طفيفة أو جسيمة و بشكل اخطر الموت¹.

ونرى أن التقسيم الأرجح هو التقسيم الثنائي لان الضرر البدني في حد ذاته يحتوي على شقين: شق مادي يتمثل في الجروح وما شابهها مما يترك آثارا على الجسم، و شق معنوي يتمثل في ما يخلفه ذلك المساس بالجسم على الصعيد النفسي.
أولاً: الضرر المادي.

- هو كل أذى يمس الإنسان في جسمه أو ماله كما عرفه الدكتور العربي بالحاج(الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب عن المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق مالياً أو غير مالي)².
- وعرفه السنهوري بأنه:(إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً، ولا يكفي أن يكون محتملاً أي يقع أو لا يقع). وبالتالي فان الضرر المحتمل وقوعه لا يعرض عنه إلا إذا تحقق³.
- أما الضرر الذي يلحق بالزوجة فيعرف على انه إيذاء المرأة من الناحية الجسدية مثل ضربها أو إجبارها على عمل شاق عليها، وقد يكون بوسيلة غير الضرب بإلقاء شيء مؤذ على جسدها مثل الزيت أو الماء الساخن أو البارد أو الوسخ أو النجس إلى غير ذلك من الأشياء المؤذية، فكل ذلك محرم ولا يجوز القيام به⁴.

¹ بن زبطة عبد الهادي ، مرجع سابق ، ص 26

² العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 145

³ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة 3 ، المجلد 2 ، 1998 ، ص

969

⁴ نايف محمد عبد الجواد الجنيدي ، مرجع سابق ، ص 45

حيث قال الرسول صل الله عليه وسلم عندما سئل عن حق المرأة على زوجها: "أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت"¹.

من خلال هذه التعريفات نستنتج بان الضرر المادي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، فالضرر هنا يترتب على المساس بحق أو مصلحة، سواء كانت مالية أو غير مالية. فهذا كله ضرر مادي بشرط أن تكون المصلحة مشروعة، وهذه المصلحة هي كل ما يلحق الشخص من خسارة و يفوته من كسب. فبالتالي فهذا الضرر له وجهان، أولهما يمس بحقوقه المالية أو تفويت مصلحة مشروعة ذات صفة مالية، وثانيهما يصيب الإنسان في سلامة جسده و حياته كضرب الزوجة.

ثانيا: الضرر المعنوي.

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب غير المالي لذمة الإنسان وهو المتعلق بالمشاعر، وعلى هذا الأساس يسمى بالضرر المعنوي أو الأدبي.

واجتهد بعض الفقهاء المسلمين والغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي، ويذكر من ذلك:

– الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية.

– الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي.

وهذا التعريف نستنتجه من السياق الذي أورده الفقيهان الفرنسيان Planiol و Ripert حول قابلية الضرر للتعويض إذ يقولان: (كل نوع من الضرر يمس بمصلحة محمية من طرف القانون يبرر دعوى قضائية بشأنه، وهذا سواء تعلق بالأشخاص أو الأموال، ماديا كان أم معنويا، قابلا للتقدير الدقيق بالمال أم لا)².

¹ حديث حسن، رواه أبو داود

² بن زبطة عبد الهادي، مرجع سابق، ص 28

أما الضرر الذي يلحق بالزوجة فهو كل ما يلحق الأذى بنفسية الزوجة وسمعتها ومعنوياتها، مثل إهانتها أو تخويفها أو تحقيرها أو الإساءة إليها أو شتمها أو شتم أهلها، وكل هذا منهي عنه بقوله صل الله عليه وسلم: "ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت"، ومن الأذى النفسي أن يهجرها في المضجع¹ وان يترك الكلام معها دون سبب، ومن الأضرار النفسية عدم الإصغاء إلى حديثها وعدم إعطائها أي اهتمام وإشعارها انه لا قيمة لها عنده بتجاهلها دون سبب، كذلك مما يسيء للزوجة أيضا فعل الزوج للفواحش وكل ماتعير به جراء أفعاله مثل شرب الخمر وتناول المحذرات أو الزنا أو السرقة وغير ذلك من وجوه العار والخيانة ومن الجرائم المسيئة لنفسه وزوجته¹ . وينصب هذا التعريف على وصف الضرر المعنوي الذي يخول للزوجة حق طلب التطبيق.

والشيء الملاحظ أن هناك من يعرف الضرر المعنوي بدلالة المصلحة المحمية، في حين يعرفه آخرون بدلالة صورته المتعددة. وهذا الأخير هو الأرجح لان اقتران الضرر المعنوي بالمصلحة يظل معلقا بمدى مشروعيتها، إذ قد تكون المصلحة غير مشروعة كما أن وصف المصلحة قاصر عن تغطية جميع صور الضرر، وبالتالي فلا موجب لاعتبار الضرر المعنوي الناتج عن المساس بها.

ومن خلال هذه التعاريف يمكننا استخلاص أن الضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص من الأذى في جسمه والآلام التي لاتصل إلى حد التأثر أو ما يصيبه في عرضه أو في عاطفته أو من خلال الاعتداء على حق من حقوقه ومصالحه المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها.

¹ نايف محمد عبد الجواد الجنيدى ، مرجع سابق ، ص 45.

الفرع الثالث: الضرر اللاحق بالزوجة وحققها في دفعه عنها.

كيفية إلحاق الضرر بالزوجة من طرف زوجها: يتحقق هذا الضرر بتجاوز الزوج حدود المعاشرة بالمعروف بسوء الخلق وسوء المعاملة بجميع صورها والمذكورة آنفا. وقد يتجاوز معها حق التأديب الشرعي أو يمنعها حقا مشروعاً، وهذه الأنواع من الضرر لا تستقيم معها العشرة الزوجية. كما أن آثار هذا الضرر لا تلحق بالزوجة فقط بل تتعداها على الأولاد بتأثيرها سلباً، وقد يؤدي بهم إلى أمراض نفسية أو الى التشرذم أو الانحراف الأخلاقي... الخ.

من اجل كل هذا الضرر الذي يقع على الزوجة من طرف الزوج، وجب السؤال عن كيفية تمكن الزوجة من دفع هذا الضرر عنها، وهل منح الشرع الإسلامي وسائل لذلك قبل أن تصل إلى خيار التطلاق إن سمح به.

2- حق الزوجة في رفع الضرر عنها وكيفية ذلك: لقد اتفق الفقهاء على تحريم الضرر وانعقد الإجماع على ذلك، لكنهم اختلفوا في كيفية رفع الضرر عنها، هل يصل إلى حد التفريق بينها وبين زوجها، أم أن القاضي يكتفي بمحاولة الصلح أو بإجراءات تعزيرية؟ أي هل يكون الضرر سبباً موجباً للتطلاق أم انه ليس من الأسباب التي تخول للزوجة طلبه¹ ؟

كما أن منهجية القاضي في دفع الضرر عن الزوجة مقيدة وواقعية، لان ظاهرة الضرر بين الأزواج مشاهدة وكثيرا ما تحدث فهو ملزم أولاً باللجوء إلى إجراءات الصلح فإذا لم تفلح ولم تأتي بنتيجة يلجا إلى التطلاق إذا أثبتت الزوجة الضرر الذي تدعيه عن الزوج.

¹ ايت شاولس دلييلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، رسالة دكتوراه، ص 202

المطلب الثاني: الفقهي والقانوني من التطبيق للضرر.

الفرع الأول: الموقف الفقهي من التطبيق للضرر.

التطبيق للضرر محل خلاف بين الفقهاء، فقال رأي بان الضرر ليس سببا للفرقة، واعتبره رأي آخر سببا لها.

أولاً: الأحناف والشافعية ومعهم الشيعة يرون إن الضرر ليس سببا للفرقة بين الزوجين لان الله تعالى يقول: " وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا " ويرون أن الزوجة تملك أن تطلب من القاضي ردع الزوج ونهيه عن الإساءة إليها، والقاضي يأمره بحسن العشرة، وينهاه عن إيذائها، فان عاد إلى إساءتها عزره بما يراه رادعا له، هذا الرأي يرى ان بعث الحكامين هو للإصلاح بين الزوجين فقط، لان ظاهر الآية لا يدل على ولايتهما للتفريق¹.

ثانياً: يتبنى هذا الرأي المالكية والحنابلة واحد أقوال الشافعية، والذي أعطى للزوجة حق الخيار بين إن تطلب دفع الضرر عنها مع البقاء مع زوجها، فيلجا القاضي إلى وعظه وتهديده وربما تعزيره وبين أن تطلب التفريق عنه إذا ثبت الضرر. وسندهم في ذلك نفي الآية التي استند عليها أصحاب الرأي الأول، لكنهم نظروا إلى الأمر بطريقة مختلفة بحيث اعتبروا الحكامين كالسلطان أو القاضي ومهمتهما الإصلاح والجمع أو التفريق، وكذلك يستندون إلى المصلحة في تشريع الزواج وكذلك الطلاق. فكما شرع الزواج لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانها وبث المودة بينهما بجعل كل منهما سكنا للآخر، شرع الطلاق إذا كانت هذه العلاقة الزوجية مجلبة للضرر بسوء العشرة. وبذلك لا تصبح المصلحة في الإبقاء على العلاقة الزوجية وإنما في إزالتها،

فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان.

¹ احمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 210

نستنبط مما سبق قواعد غاية في الأهمية، وأهمها عدم الإشارة إلى ضرورة تكرار الضرر، وكذلك وضع معيار " ما لا يجوز شرعا "، والتي ستظهر أهميتها أكثر عند مقارنتها بمعايير وضوابط الضرر في التشريعات العربية.

ونفهم مما سبق انه من بين ما يشترط في الضرر لكي يكون موجبا للتطبيق ان يكون:

- من جانب الزوج،
- واقعا على الزوجة،
- متعمدا،
- لا يشترط أن يقع بعد الدخول،
- عدم اشتراط تكراره،
- المناط في الضرر تحققه ولا عبء بإزالته.

يظهر من خلال ما سبق أن المذهب المالكي قد توسع في تصنيف صور الضرر التي يحق للزوجة أن تطلب التفريق بها، ويرى البعض أن ما ورد في كتب هذا المذهب يعد مبالغة في الحفاظ على مشاعر الزوجة، مثل ما ورد من عدم الإصغاء لحديثها أو التشاغل عنها أو تركها

تتكلم وينصرف عنها أو إظهار العبوس في وجهها وغير ذلك¹.

الفرع الثاني: موقف بعض التشريعات العربية من التفريق للضرر.

أولا: موقف المشرع المصري.

كان المشرع المصري يأخذ بالمذهب الحنفي قبل 1929 حيث لم يكن يأخذ بالتطبيق للضرر. لكن بعد صدور القانون رقم 1929/25 وجد المشرع المصري نفسه مضطرا للأخذ

¹ ايت شاوش دليلة ، مرجع سابق ، ص 206.

بالمذهب المالكي في هذا المضمار والذي يتماشى أكثر مع مقاصد الشريعة الإسلامية و مع الظروف الاجتماعية والمستجدات المعاصرة، التي أدت إلى تزايد ظاهرة العنف ضد الزوجات فنص في المادة 6 منه على (إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، يجوز لها إن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً، إذا ثبت الضرر، وعجز عن الإصلاح بينهما. فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكماً، وقضى على الوجه المبين بالمواد 7، 8، 9، 10، 11¹.

يظهر من خلال النص السابق إن المشرع اخذ بالتطبيق للضرر وفقاً للمذهب المالكي، وهذا صحيح من حيث المبدأ. لكن إذا تمعنا في المعايير والضوابط التي وضعها المشرع المصري،

نجد إن الفقه المالكي لم يتعرض لها ولم يضيق على المرأة لإثبات الضرر الواقع عليها من طرف الزوج.

إن أهم الضوابط التي وضعها المشرع هي أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما. ولم يأخذ المشرع المصري بالمعيار المادي للضرر الواقع على الزوجة والموجب للتفريق، إنما اخذ بالمعيار الشخصي، أي مدى تحمل ذلك الضرر من طرف الزوجة ومدى تمكنها من مواصلة العشرة الزوجية. وهذا مناف للأساس الشرعي الذي استند عليه الفقهاء في الأخذ بالتطبيق للضرر.

يرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني إن الاجتهاد القضائي المصري افرز مبادئ غاية في الأهمية، من شأنها التوسع في دائرة الضرر المعتبر شرعاً، رغم انه يظهر من المادة السابقة انه قيده بعبارة "ما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما"، واهم هذه المبادئ أن الضرر

¹ احمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 210

أمر تقديري يخضع لرأي القاضي، أيان للقاضي سلطة في تقدير الضرر دون رقابة محكمة
النقض¹

وهذا ما جاء في اجتهاد محكمة النقض:

– "معيار الضرر المادة 6 من القانون رقم 25 لسنة 1929 شخصي لا مادي تقديره يجعل دوام العشرة مستحيلا، موضوعي من سلطة قاضي الموضوع ..."

– "...الحكم بالتطبيق المادة 6 من قانون 1929 شرطه والضرر معياره شخصي لا مادي تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا و موضوعي، واستقلال محكمة الموضوع به دون رقابة محكمة النقض طالما أقامت قضائها على أسباب سائغة..."²

لم يفصل المشرع المصري كثيرا في أنواع الضرر، وإنما بعد ذكره للتطبيق للعييب وعدم الإنفاق والغيبة تحدث عن التطبيق للضرر والشقاق. وكان القضاء المصري يعتبر إضافة لأنواع الضرر المذكورة سابقا تضرر الزوجة من زواج زوجها بأخرى سببا موجبا للتفريق، وليس مجرد زواجه بأخرى وإنما إثبات تضررها من ذلك وهذا قبل قانون 1979 والذي أشار مباشرة إلى حق الزوجة في طلب التطبيق لزواج زوجها بأخرى. كما اعتبر القضاء المصري الهجر في المضجع من الضرر الموجب للتفريق دون إن يخصص له نصا قانونيا³.

الجدير بالذكر إن القاضي ثبت لديه الضرر ولم يستطع الإصلاح حكم بالتطبيق واعتبره طلقة بائنة وان القضاء المصري اقر مبدأ مهم في مسألة إثبات الضرر، حيث جاء في احد طعون محكمة النقض مايلي: (من المقرر انه يكفي لاكتمال نصاب الشهادة في دعوى التطبيق للضرر ان تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه

¹ عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية ، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الاجنبية وقوانين الاحوال الشخصية العربية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر ، رسالة دكتوراه ، 1962 ، ص 782

² الطعن رقم 10 لسنة 63 قضائية احوال شخصية ، جلسة 1996/10/28

³ الطعن رقم 135 لسنة 63 قضائية ، احوال شخصية ، جلسة 1997/03/17، نقلا عن عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الاحوال الشخصية ، د.د.ن، الاسكندرية، د.ت.ن، ص 712

دون ان يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء باعتبار أن تلك الوقائع ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكا تنتضرر منه الزوجة ولا يقره الشرع..¹ .

ثانيا: موقف المشرع السوري.

لقد نص المشرع السوري على الضرر والتفريق به في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية تحت الفصل الرابع المعنون ب " التفريق للشقاق بين الزوجين ". وقد جاء في نص هذه المادة الفقرة 1 و2 مايلي:

1- إذا ادعى احد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطيع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق.

2- إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقه بائنة.²

والملاحظ من عنوان هذا الفصل إن المشرع السوري لم يدرج كلمة الضرر، وإنما ذكر الشقاق فقط ثم تطرق للضرر وثبوته منفصلا في الفقرتين 1 و2 من المادة 112.

وما يلاحظ أيضا إن المشرع السوري أشار إلى الضرر الواقع بين الزوجين وحق كل منهما في طلب التفريق به، و يكون هنا قد ساوى بين الزوج والزوجة في طلب التفريق للضرر الواقع من احدهما على الآخر، رغم أن الزوج يملك حق الطلاق بإرادته المنفردة.

كما اشترط المشرع السوري في الضرر الموجب للتفريق إن يكون بما لا يستطيع معه دوام العشرة وهذا يعني أن المشرع السوري قد أضاف قيادا آخر لاعتبار الضرر ضررا يبيح

¹ ايت شاوش دليلة ، مرجع سابق ، ص 210

² الطعن رقم 82 لسنة 63 قضائية ، احوال شخصية ، جلسة 1997/01/28، نقلا عن ابراهيم سيد احمد ، الوجيز في الاثبات في مواد الاحوال الشخصية فقها وقضاء ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، 2003 ، ص 31

التطبيق وهو استحالة دوام العشرة به. والسلطة بطبيعة الحال تعود لقاضي الموضوع لتقدير الضرر.

ويرى الدكتور عبد الرحمان الصابوني أن للمشرع ربما عذره في ذلك - أي في اشتراط استحالة دوام العشرة - إذ لا يجوز أن يكون ابط ضرر سببا لإيقاع الطلاق، ويرى انه لو استبدل المشرع النص بعبارة اخف لكان اقرب إلى المصلحة والى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكي¹.

أما عن التطبيق للضرر فان المشرع السوري كذلك اعتبر ثبوت الضرر لدى القاضي وعجزه عن الإصلاح مسوغ ليحكم بالتفريق ويعتبر ذلك طلقة بائنة².

ثالثا: موقف المشرع المغربي.

نص المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات العربية على التطبيق للضرر في المادة 98 من المدونة الجديدة للأسرة وذلك في الفقرة الثانية، كما أشار في المادة 99 إلى صورة من صور الضرر والتي جاء نصها كما يلي:

- يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطبيق.
- يعتبر ضررا مبررا لطلب التطبيق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية³.

لقد أولى المشرع المغربي للضرر أهمية كبيرة كسبب من أسباب التطبيق وجعله قبل الغياب وعدم الإنفاق والعييب. وقد صنف بعض التصرفات على إنها ضرر، وكان أولها الإخلال

¹ عبد الرحمان الصابوني ، مرجع سابق ، ص 780

² محمد ابراهيم الكويقي، قانون الاحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الايضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 واسبابه الموجبة، مع مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الاحوال الشخصية، د.ب.ن، د.د.ن، 2006 ، ص

42

³ المادتين 98 و 99 من مدونة الأسرة المغربية

بشروط من شروط عقد الزواج، ثم وصف بعض التصرفات التي تصدر من الزوج على إنها ضرر يببر طلب التطلاق إذا ألحقت بالزوجة إساءة تجعلها غير قادرة على مواصلة الحياة الزوجية معه، وهو كل تصرف مشين أو مذل بالأخلاق الحميدة. ويعتبر هذا الوصف معيارا عاما وفضافضا يلحق تصرفات كثيرة بالضرر بحيث يمكن للزوجة الاعتماد عليها لتبرير طلبها للتطبيق، وهذا ما يتماشى مع معيار الضرر الموجب للتفريق وفقا للفقهاء المالكي خاصة وهو "ما لا يجوز شرعا". واذاف له المعيار الشخصي الذي يعود على مدى الإساءة المادية والمعنوية للزوجة ومدى قدرتها أو عدم قدرتها على مواصلة الحياة الزوجية، وهذا من شأنه توسيع دائرة الضرر.

رابعا: موقف المشرع الإماراتي.

لقد منح المشرع الإماراتي للزوجين حق طلب التطلاق للضرر وذلك مانصت عليه المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي والتي نصت على مايلي:

لكل من الزوجين طلب التفريق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف.

تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقا للمادة 16 من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين فان عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما، فان تعذر وثبت الضرر حكم بالتطلاق¹.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التطلاق للضرر.

لقد منح المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق للضرر من خلال قانون الأسرة في مادته 53. والتي أورد فيها المشرع عشرة أسباب تسمح للزوجة عند ثبوت إحداها أن تطلب التطلاق من الزوج.

¹ ايت شاوش دليلة ، مرجع سابق ، ص 214

وقد ختم المشرع نص المادة بالفقرة الأخيرة (العاشرة) " كل ضرر معتبر شرعا "، وهذا يدل على انه اخذ بالمذهب المالكي في موقفه من التطبيق للضرر. وعبارة "كل ضرر معتبر شرعا " بمعناها الواسع تستغرق كل الأسباب الواردة في نفس المادة، والتي تعد ضررا واقعا على الزوجة سواء كان الضرر ماديا أو معنويا وان كل الأسباب تستحيل معها استمرارية الحياة الزوجية التي يكون أساسها الاستقرار والمودة والرحمة.

ففي حالة إساءة الزوج أو تعسفه في استعمال حقه ولحق بالزوجة ضرر بأي نوع من الأنواع التي لا يستطيع معها دوام العشرة وثبت هذا الضرر وعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين فله أن يطلقها منه. وفي هذه الحالة فان المشرع الجزائري ترك للقاضي السلطة التقديرية فيما يتعلق بالضرر وتقديره بعد ثبوته من طرف الزوجة، لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا التي تضطلع برقابة مسائل القانون دون الواقع وحسنا ما فعل لأنه ما يعتبر ضررا بالنسبة لزوج ما قد لا يكون كذلك في نظر أخرى.

إن المشرع الجزائري بسنه للمادة 53 من قانون الأسرة الخاصة بالأسباب التي تمنح الزوجة الحق في طلب التطلاق أراد دفع الضرر عنها وجعل من التطلاق ذاته جبرا للضرر الواقع بها.

وفي المادة 53 مكرر ذكر المشرع انه في حالة حكم القاضي بالتطلاق إن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر ألحق بها دون تفصيل في نوع الضرر سواء كان ماديا أم معنويا.

الفصل الثاني:

تطبيق قاضي شؤون الأسرة

لسلطته التقديرية في مجال

التعويض

تناول المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية مسألة التطلاق في قانون الاسرة الذي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ولقد راعى في ذلك، مستجدات العصر وتطور المجتمع

كما نظم أحكام التطلاق في حالة عدم الاستقرار الحية الزوجية بين الزوجين حيث منحوا زوجة الحق في طلب التطلاق والمطالبة بالتعويض وهذا ما نصت عليه المادة 53 المكرر ويركز تور التعويض عن الضرر بيد السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول وندرج تحته ثلاثة مطالب فالمطلب الأول تعريف التعويض والمطلب الثاني من مذي

سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلاق بينما المطلب الثالث حول سلطة قاضي شؤون الأسرة في تثير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلاق ، أما المبحث الثاني سأتناول فيه سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق

التعويض

عن الضرر في حالة التطلاق وندرج تحت هذا المبحث مطلبين الأول بعنوان القيود الواردة على نشاط القاضي التقديري في مجال التعويض عن الضرر، أما المطلب الثاني حول ارقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض للضرر

المبحث الأول: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير وتقدير الحق في استحقاق التعويض عن الضرر الموجب للتطبيق.

المطلب الأول: تعريف التعويض.

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

عوض يعوض تعويضاً، وتعوض اخذ العوض، والاسم العوض والمستعمل التعويض.

والتعويض من العوض ومعناه البديل والخلف، وعوضت فلانا أي أعطيته بدل ما ذهب منه¹

والعوض كلمتان صحيحتان إحداهما تدل على بدل الشيء والأخرى على زمان².

من خلال هذه التعريفات يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البديل والخلف، أما التعويض فهو لاستقبالهما أو ما يعطى لطالبيه منهما.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

لم يتطرق الفقهاء القدامى للفظ التعويض وإنما استعمل عوضاً عنه لفظ الضمان، وقد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملاً للتعويض وغيره كالكفالة، والبعض الآخر عرفه بما لا يدل البتة على التعويض.

وأما العلماء المعاصرون فقد عرفوه تعريفات كثيرة من أهمها الزحيلي في كتابه نظرية الضمان، حيث قال: (هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ³).

¹ محمد كرم ابن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الاولى ، ج7 ، ص 192

² ابو الحسين احمد ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق: عبد السلام محمد هارون ، دار الجيل ، بيروت ، الطبعة الاولى ، م4 ، 1997 ، ص 188

³ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ، دار الفكر بيروت ، لبنان ، 1389 هـ ، ص 87

وقيل هو: (المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره، والضرر إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته وقد يسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو بالتلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف)¹.

ويرى بوساق انه لا تعويض عن الأضرار المعنوية وبذلك يكون تعريفه للتعويض بأنه: (المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس أو مال)².

الفرع الثالث: التعريف القانوني.

لم يتطرق فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلأن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة وإيضاح، فهو يعني عندهم: (ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصاب بضرر فهو جزاء المسؤولية).

وقد نصت المادة 163 من القانون المدني المصري على أن: (كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض)، كما تضمنت المواد من 163 إلى 178 نفس المعنى في نفس القانون، وهي المواد التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية.

والمادة 163 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: (كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)، ويقصد من هذه المادة هو الفعل المستحق للتعويض أو ما يسمى تقليديا بالمسؤولية التقصيرية أي المسؤولية التي يتحملها الشخص بسبب إخلاله

¹ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق سوريا، 1418 هـ، ص 48
² بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص155

بالتزام قانوني نتيجة خطأ أو إهمالاً أو تقصير منه، غير انه في الوقت الحالي لم تبقى هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ أي سلوك المسؤول، بل أصبح يعتد كذلك بفكرة تحمل التبعية، حيث أصبحت العبرة بالضرر الذي أصاب الضحية أكثر مما هي بخطأ أو تقصير المسؤول المتسبب بالضرر¹.

بمعنى انه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه. بمعنى آخر مقابلة هذا الضرر بمال عوض عنه.

المطلب الثاني: مدى سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقرير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلق والنشوز.

لقد قمنا بدمج هاتين الحالتين لتشابههما في الأحكام وان النشوز يدخل في الشق المتعلق بالحالات التي يجوز فيها منح الزوجة التطلق والتعويض إن قدر القاضي ذلك. الفرع الأول: تقدير القاضي لشروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلق والنشوز.

أولاً: شروط استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلق:

لقد منح المشرع الجزائري الزوجة الحق في طلب التطلق إذا توفر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة². كما نص ذات المشرع على إمكانية تعويض الزوجة المتضررة عند الحكم بتطليقها وذلك في المادة 53 مكرر من ق 1 واخضع ذلك للسلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة. ولهذا سنبين كيفية تقدير القاضي لاستحقاق التعويض والحالات القابلة لذلك:

¹ يومعي عبد اللطيف ، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ، القانون الخاص ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة الشهيد حمه لخضر ، الوادي ، 2015-2014 ، مذكرة الماجستير ، ص 65

² تتضمن المادة 53 من قانون الأسرة عشرة أسباب للتطلق وقد ذكرناها بالتفصيل في الفصل الأول

1) ضرورة إثبات قيام العلاقة الزوجية: يرتبط بحث القاضي لمدى استحقاق الزوجة التعويض بوجود إثبات قيام عقد زواج صحيح ولا يشترط الدخول لبحث استحقاقها للتعويض.

2) تقدير القاضي للضرر الناجم عن حالة التطلاق: أن إثبات الضرر من طرف الزوجة يساعد القاضي في بحث مدى توفر أسباب طلب التطلاق، وسلطة القاضي إزاء هذا الإثبات من الناحية العملية هي بين الإطلاق والتقييد؛ ففي بعض الحالات تثبت الزوجة تضررها فتحصل على التطلاق لكن دون تعويض، وهناك حالات تحصل على كلاهما أي التطلاق مع التعويض.

وسنحاول فيما يلي بيان ذلك انطلاقاً من جملة الأحكام والقرارات القضائية:

1- السلطة التقديرية المقيدة لقاضي شؤون الأسرة في إثبات الضرر:

أن من الأسباب التي أوردتها المادة 53 المذكورة سابقاً ما يكون فيها الضرر ثابتاً بموجب أحكام قضائية أو قرائن قانونية تجعل من سلطة القاضي تجاه وسائل الإثبات هذه مقيدة مما يستلزم من القاضي الاستجابة لطلب الزوجة بالتعويض إضافة إلى التطلاق ومن ذلك:

- حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج والغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة وكذا حالة الضرب والجرح: إذ إنه في هذه الحالة لا يمكن للقاضي إن يوقع الطلاق إلا في حالة صدور الحكم يلزم الزوج بالنفقة ويمتنع عن كذلك 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 حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ 2006/11/21 أن: "التطلاق لضرر عدم الإنفاق و الضرب والجرح لا يكون إلا بموجب أحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه¹...". كما جاء في اجتهاد

¹ قسم الأحوال الشخصية، قضية رقم 06/1778، فهرس رقم 06/1000

قضائي صادر بتاريخ 21-7-1998 انه: "من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر أيضا انه إذا تعسف الزوج في الطلاق حكم للزوجة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"¹.

ومتى تبين في القضية الحال -إن 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 فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون².

نرى هنا إن لا جدوى من فرض التعويض على الزوج إذا كان معسرا ولكن إذا كان ميسورا فهنا يكون فرض التعويض عليه منطوقيا.

-مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أو مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد:

وهذه الحالة من المتيسر إثباتها من طرف الزوجة حيث يكفي إثبات تمام الزواج دون علمها في حالة التعدد، إما فحالة مخالفة الشروط فالقاضي مقيد بما تقدمه الزوجة من إثبات يتعلق بقيام شروط في عقد رسمي أو في عقد الزواج وتثبت مخالفة الزوج هذه الشروط، وهنا يقتصر دور القاضي على التأكد من مدى موافقة هذه الشروط للقانون والشريعة الإسلامية فإذا أثبتت ذلك حكم القاضي إلى جانب التطليق بالتعويض عن الضرر لثبوته³.

-الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستهيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية أو ارتكابه لفاحشة مبينة: وفي هذه الحالة فان سلطة القاضي تجاهها مقيدة بتقديم الحكم القضائي الذي يدينه بارتكاب فاحشة مبينة أو ماسة بشرف الأسرة وفي هذه الأخيرة

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، رقم 192665 قرار بتاريخ 1998/07/21، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 126

² المحكمة العليا، غ.أ.ش ملف رقم 192665، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص 116

³ قاسم علي محمد علي، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط دراسة مقارنة، د.ط، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 13

يتأكد القاضي فقط ما إذا كانت تمس بسمعة الأسرة وتأثيرها النفسي والمادي على الزوجة ثم يقضي بتطليقها وتعويضها عن الضرر اللاحق بها¹.

ب- السلطة التقديرية المطلقة لقاضي شؤون الأسرة في إثبات الضرر: و تكون في كل الحالات التي يصعب فيها إثبات الضرر ولا توجد إحكام قضائية أو قرائن تؤكدتها وفي هذه الحالة يبحث القاضي عند تقديره لحالة التطبيق واستحقاق التعويض مدى ضلوع الزوج في طلب التطلاق فقد جاء صدر عن محكمة الخروب² حكم بتاريخ 2006/01/17 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 تستحق بموجبه التعويض عن الضرر للمادي والمعنوي، وهو ما أكدته الاجتهاد القاضي الصادر عن المحكمة العليا حيث جاء فيه أن من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبرا شرعا.

ومتى تبين-في القضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فان الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا و معنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون³.

وتعد كذلك حالة الهجر في المضجع فوق 4 أشهر من أصعب الحالات التي يمكن للزوجة إثبات ضررها منه لذلك غالبا ما تحرم الزوجة من التعويض لصعوبة إثبات هذه الحالة.

¹ اسمهان عفيف ، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة ، في التعويض عن الضرر ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون شؤون الأسرة ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2011/2010 ، ص 169

² قسم الأحوال الشخصية ، قضية رقم 05/384 ، فهرس رقم 06 /51

³ المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 217179 ، قرار لتاريخ 1999/03/16 ، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001 ، ص 122

أما في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين فان القاضي يعتمد في تقديره لمدى استحقاق الزوجة لتعويض على تقرير الحكيم 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 مسؤولية استنادا إلى ما يدور أمامه بين الطرفين.

وفي حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج لا بد للقاضي من الاستعانة بالخبرة الطبية¹ في هذا المجال لأنها مسألة فنية تتعلق بوجود العيب في الزوج ويتوجب فحصه في والكشف عن مدى توفره به وانطلاقا من ذلك يقرر الحكم بالتطليق، فالقاضي مقيد بما تقضي به الخبرة الطبية. فقط قضت المحكمة العليا بقرار صادر عنها بتاريخ 1984/11/19: "أن عجز الزوج عن مباشرة زوجته يقتضي انتظار الزوج مدة سنة للعلاج و وجوب بقاء الزوجة إلى جانبه طيلة مدة العلاج"².

أما مسألة تقدير استحقاق التعويض في هذه الحالة فإنها تكون مرتبطة بغش الزوج او تدليسه لأنه إذا كانت عالمة بهذه العيوب فإنها لا تستحق التعويض في هذه الحالة، إضافة إلى أن هناك من العيوب ما يقضي فيها القاضي بالتطليق دون التعويض ومن ذلك ثبوت عقم الزوج، وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16 انه في حالة عقم الزوج وثبوته بعد العلاج يعطى للزوجة الحق في التطليق دون الحصول على التعويض³.

ثانيا: تقدير القاضي للضرر الناجم على نشوز احد 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 وان لم يستطع فعليه اللجوء إلى تعيين حكيم للتوفيق بينهما كما جاء في المادة 56 من

¹ اسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 170

² المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 222134 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث، 1989 ، ص 73

³ اسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 171

قانون الأسرة¹. وتعد هذه الإجراءات من القيود الواردة على سلطة القاضي في تقرير الحكم بالتعويض في حالة النشوز، ولكن في الحياة العملية نلاحظ أن العمل في المادة 56 قد لا يكون قائماً وهذا نظراً 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 بتاريخ 2009/01/14 "انه لا نشوز إلا بعد تنفيذ حكم القاضي بالرجوع وإعطاء مهلة المحكوم عليها للانصياع له اختياريًا، مع مراعاة الإجراءات المعمول بها قضاء"².

كما يقول القرار في حثياته أن رفض الزوجة الرجوع ليس دليلاً كافياً على نشوزها، فلا بد من إثبات سعيه لتبليغها الحكم القاضي عليها باستئناف الحياة الزوجية بينهما فإذا امتنعت حكم القاضي إلى ذلك بالطلاق مع تحميل الطرف الناشز مسؤولية التعويض بالطرف المضرور وهنا فالضرر لا يتم إثباته أو تقدير قيامه من طرف القاضي لأنه مفترض بمجرد إثبات واقعة النشوز".

كما قضت المحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 حيث قالت بان امتناع الزوجة عن السكن مع أقارب زوجها لا يعد نشوزاً من قبلها وان القضاء بإيقاع الطلاق عليها يعد تعسفاً في حقها يستلزم تعويضها وهو يدخل في نشوز الزوج . لان المحكمة العليا تعتبر الزوج في حالة نشوز عند امتناعه عن توفير سكن منفرد للزوجة³.

يبدو أن المشرع منح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تقدير الحالة التي تستحق فيها الزوجة التعويض عند الحكم بالتطليق، غير أن الاجتهادات القضائية أفرزت

¹ حميدة مبارك ، الجوانب المادية لأحكام الطلاق ، نشرة القضاة ، وزارة العدل ، العدد 47 ، 1995 ، ص 112

² غ. أ. ش. ملف رقم 476387 مجلة قضائية ، العدد الأول ، 2009 ، ص 261

³ المحكمة العليا ، غ. أ. ش. ، ملف رقم 251682 نقلاً عن العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006 ، ص 300

بعض الشروط للحصول على التعويض وهي تتمثل في الحكم القضائي في الحالات التي تستدعي ذلك إضافة إلى وجود ضرر بين لحق الزوجة وعدم ضلوعها في ترتيبه.

الفرع الثاني: مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر.

أولاً: بالنسبة للتطبيق: لقد جعل القانون الحكم بالتعويض من قبل القاضي في حالة الحكم بالتطبيق أمراً جوازياً ولم يلزم القاضي به وهذا يعد تكريساً للاجتهادات القضائية، فقد كان هناك اختلاف كبير بين القضاة في مدى استحقاق الزوجة للتعويض عن التطلاق في حالة قيام الضرر وإمكانية الحكم به لها، فسار جانب من القضاة إلى القول بان الزوجة لا يجوز لها الاستفادة مرتين مرة بتطبيقها من زوجها جبراً عنه ومرة بمنحها علاوة على ذلك تعويضاً¹ ولقد شرع التطلاق للزوجة وذلك من اجل رفع الضرر عنها، لكن لايجوز استعمال هذا الحق لإلحاق الضرر بالزوج الذي يجمع بين الم تطلاق زوجته منه دون رضاه من جهة وتحمله عبئ تعويضها من جهة أخرى.

في حين أن جانب آخر من القضاة سار إلى القول بالتعويض للزوجة، وهو ما تؤكدته جملة التطبيقات القضائية فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/32 أن الزوجة إلى جانب تطلاقها من زوجها تستحق تعويضاً عن الضرر المعتبر شرعاً².

وما يلاحظ أن معظم الأحكام القضائية الراضة للحكم بالتعويض امتد تاريخها من صدور قانون الأسرة 1984 إلى غاية 1995، لكن بعد ذلك توجهت جل المحاكم إلى إقرار استحقاق التعويض إلى غاية صدور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا سنة 2001³، ثم تكريسه في

¹ المحكمة العليا، غ.أ. ش ملف رقم 45311، قرار بتاريخ 1987/03/09، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990، ص 61

² المحكمة العليا، غ.أ. ش ملف رقم 53017، قرار بتاريخ 1989/03/27، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991، ص 56

³ المحكمة العليا، غ.أ. ش ملف رقم 181648، المجلة القضائية، العدد الأول، 1997، ص 49

المادة (53 مكرر). لتحسم هذا الجدل القضائي حيث قالت بجواز الحكم بالتعويض إلى جانب التطلاق إذا ثبت تضرر الزوجة.

ثانيا: بالنسبة للنشوز: لقد ألزمت المادة 55 من قانون الأسرة القاضي بالحكم بالتعويض إذا ثبت نشوز احد الزوجين بموجب حكم قضائي، حيث منح المشرع لكلا الطرفين دون استثناء الحق في الحصول على التعويض عن الضرر عند حكم القاضي بالطلاق لنشوز احد 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 بالتطبيق لان المشرع أجاز له ذلك حتى إذا ثبت لديه ضرر الزوجة.

الفرع الثاني: مدى إلزام القاضي في الحكم باستحقاق التعويض عن الضرر.

بالرجوع إلى نص المادة 53 مكرر 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)، 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 العلاقة¹.

-عبر إثبات الضرر الناجم عن التطلاق والنشوز: باعتبار أن الضرر هو السبب الأساسي للحصول على التعويض في حالة التطلاق والنشوز فانه يستلزم إثباته من طرف من يدعي بحصوله، ففي ما يتعلق بالتطلاق نجد أن الزوجة لها أن تثبت أسباب طلبها للتطلاق وحصولها على التعويض بكافة الوسائل القانونية والشرعية²، وفي بعض الحالات يكون لها

¹ المحكمة العليا، غ.أ. ش ملف رقم 192665، قرار بتاريخ 1998/07/21، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص 254

² اسمهان عفيف، مرجع سابق، ص 173

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 عبئ 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 2005/11/15¹ ، وما تضمنه قرار صادر عن المحكمة العليا في 1987²/03/09 والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا انه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشزا نشوزا تحرم من اجله 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 احد الزوجين.

من خلال ما سبق نستنتج أن تقدير القاضي لقيام الضرر في حالة التطلق والنشوز يستند الى معيار شخصي وآخر موضوعي ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية تتأرجح بين الإطلاق والتقييد في تقرير استحقاق التعويض وذلك حسب قوة أدلة إثبات الضرر، إما في ما يخص حالة نشوز احد الزوجين فان سلطة القاضي مقيدة بإثبات النشوز للحكم بالتعويض، إما 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 صل الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار " و قاعدة " الضرر يزال " .

المطلب الثالث: سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير استحقاق التعويض عن الضرر في حالة التطلق.

¹ محمد خضر قادر ، دور الإرادة المنفردة في أحكام الزواج والطلاق والوصية ، دراسة فقهية مقارنة دار البازوري للنشر ، عمان ، الأردن ، الطبعة العربية ، 2010 ، ص 300
² قسم الأحوال الشخصية ، قضية رقم 05/150 ، فهرس رقم 05/698

إن جميع أسباب التطلاق التي تعرض لها المشرع الجزائري أو المشرع المغربي أو المشرع المصري، والتي يمكن للزوجة إذ ما توافرت أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها، وبالتدقيق في هذه الأسباب تعد نوعا من الضرر الذي يصيب الزوجة أثناء الحياة الزوجية والتي يستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وعلى القاضي أثناء نظر دعوى التطلاق أن يتأكد أولا من وجود هذا الضرر، ولكن كيف يمكن للقاضي ذلك وما معيار الضرر؟ هل هو مادي أو معنوي، وهل الحكم بالتعويض جائز في جميع دعاوى التطلاق؟ وهل يشترك في ذلك المشرع الجزائري مع التشريعات الأخرى؟

أولا- التعويض عن الضرر في حالة التطلاق في التشريع الجزائري والمقارن: لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة التعويض عن الضرر في حالة التطلاق في قانون 84-11 إلا بعد تعديل القانون بموجب الأمر 05-02 في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة بقولها: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

ومن هنا فإن المشرع الجزائري لم ينص على إمكانية التعويض في حالة الحكم بالتطلاق، بل اكتفى بتحديد حالات التطلاق فقط في القانون رقم 84-11، وسكت عن مسألة التعويض ولأجل ذلك تعارضت الأحكام القضائية بين ما يجيز التعويض ومن لا يجيزه في حالة الحكم بالتطلاق¹.

فقد كان اجتهاد المحكمة العليا في السابق، انه لا يجوز للزوجة طالبة التطلاق الحصول على التعويض، وهذا ما قرره في قرارها الصادر بتاريخ 1986/12/29 بقولها: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الزوجة أقامت دعوى التطلاق، واستجابت المحكمة لطلبها

¹ شامي احمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه، القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013 م، ص 198

ووافق المجلس عليه، الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فان القضاء للمتعة المطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة¹

ومن هنا يتضح لنا أن قضاة المحكمة العليا كانوا يعتبرون أن التعويض اثر من آثار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وان الزوجة لو تضررت من استمرار الحياة الزوجية فانه يجوز لها أن تطلب التطلق، وهذا التطلق يعتبر تعويضا لها في حد ذاته، وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 1991/10/01 بقولها: " أن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطليقا، يحكم لها به عند الاقتضاء دون تحميل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض² ".

إلا أن المحكمة العليا تراجعت عن هذا المبدأ، واعتبرت انه يجوز للزوجة طالبة التطلق أن تطالب بالتعويض، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1996/04/23 على انه: " من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة طلب التطلق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا، ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزوجه لمدة 5 سنوات، فانه بذلك يعتبر تعسفا في حقها ويبرر التعويض الممنوح لها، مما يتعين رفض الطعن³ ".

وهذا ما أكدته في قرار آخر بتاريخ 1998/07/11 حيث قضت بأنه: " من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها، ومن المقرر أيضا انه إذا تعسف الزوج في الطلاق يحكم للمتعة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ومتى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطلق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع أولادها وعدم الإنفاق عليها، الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطلق والتعويض معا لثبوت تضررها، فان

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/12/29، ملف رقم 43860، مجلة قضائية، عدد 02، 1993، ص 41

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1991/10/01، ملف رقم 73992، ن، ق، عدد 47، 1995، ص 153

³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1996/12/23، ملف رقم 335435، مجلة قضائية، عدد 01، 1998، ص 130

قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن¹ .

وفي غياب نص تشريعي يجيز الحكم بالتعويض في حالة التطلق استقر هذا المبدأ في القضاء الجزائري حتى صدور الأمر 02-05 المعدل والمتمم لقانون الأسرة 84-11 والذي نص صراحة في المادة 53 مكرر من ق ا على: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وهو ما اخذ به المشرع المغربي من خلال أحكام المادة 101 من (م أ م)، بخلاف المشرع المصري الذي لم يتطرق إلى اعتبار التطلق موجبا للتعويض، وهو نفس الشئ بالنسبة للتطبيقات القضائية² .

ثانيا: الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في الحكم بالتعويض: لقد تطرق المشرع الجزائري لأسباب التطلق وذلك من خلال نص المادة 53 من ق أ، فإذا تحققت إحداها فإنه يجوز للزوجة المطالبة بالتطلق. إلا انه لم يحدد لنا كيفية إثبات ذلك إلا انه و من خلال ما سبق ذكره فان كل أسباب التطلق تعتبر أسبابا تتضرر فيها الزوجة من استمرار الحياة الزوجية، وقد نص المشرع الجزائري على التعويض في حالة التطلق من خلال المادة 53 مكرر من قانون الأسرة.

والتعويض الذي تطالب به الزوجة في هذه الحالة هل هو تعويض عن فك الرابطة الزوجية وألم فراق زوجها، أم انه تعويض عما أصابها من ضرر دفع بها إلى طلب فك الرابطة الزوجية بواسطة القاضي، لان التطلق الذي يوقعه القاضي هو طلاق منشاء ينشأ بطلب من الزوجة في حالة الضرر مع إثباتها له. ويوقعه نيابة على الزوج الذي يمسك زوجته بغير معروف ولا يعاشرها بإحسان³ .

1 المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، قرار بتاريخ 11/07/1998 ، ملف رقم 222665 ، إ ، ق ، عدد 47 ، 2002 ، ص 116

2 شامي احمد ، مرجع سابق ، ص 201

3 مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، القانون الخاص ، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2010/2009 م ، ص 238

لم يبين لنا المشرع الجزائري أي معيار أو ضابط للتمييز بين كون هذا السبب الصادر عن الزوج تجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا، وهذا يعني أن تقييم السبب ومعرفة كونه ضارا أو غير ضار ينبغي أن يقيم من وجهة نظر اجتماعية وثقافية، لأن ما يعتبر ضارا ومسيئا لزوجة قد لا يكون كذلك لزوجة أخرى، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي، وان مهمة القاضي في التمييز بين الضار و غير الضار مهمة صعبة¹.

وعليه فإن تطبيق القاضي للزوجة والحكم لها بالتعويض هو لدفع الضرر عنها، فالتعويض هنا يكون عما لحق الزوجة من ضرر من طرف زوجها، وليس عن الم فراقه عند الحكم بالتطبيق لأنها هي من طلب ذلك.

وقد حددت محكمة النقض المصرية المقصود بعبارة أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر، من انه لا بد أن يصل الضرر إلى الحد الميؤوس منه، لان الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيء فيها احد الزوجين للآخر وان يكون متعمدا من طرف الزوج.

وهذا الضرر يختلف من حالة إلى أخرى من أسباب التطلاق، ومنى ثبت فانه يجوز للزوجة طلب التفريق ويكون معيارا عاما وموحدا لجميع الزوجات، لا يتغير بتغير البيئة أو الثقافة أو الوسط الاجتماعي وليس له معيار شخصي، فإما أن يثبت الضرر أو لا يثبت، فانه يعتد به من غير الالتفات إلى مدى ثقافة الزوجة أو وسطها الاجتماعي، أما بالنسبة للشقاق بين الزوجين فالمعيار فيه شخصي يتوقف على مكانة الزوجة بين أمثالها.

فقد نصت محكمة استئناف القاهرة في قرار لها بتاريخ 1986/02/06 حين قضت بأنه: "حيث ان اعتداء الزوج على الزوجة بالسب لا يعد بالنسبة لوسطها الاجتماعي ضررا يوجب التطلاق".

¹ عيد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة ، 2007 ، ص 171

ومن هنا فان تقدير الأفعال الصادرة من طرف الزوج إن كانت من قبيل الأضرار أم لا، تبقى من اختصاص قاضي شؤون الأسرة¹.

ثالثاً: تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض عن الضرر في حالة التطلاق: لقد نص المشرع الجزائري على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناجم عن التطلاق، غير انه لم يبين للقاضي الأسس التي يستند إليها في تقدير التعويض كما لم يبين له حداً أدنى أو أعلى للتعويض تاركاً ذلك لاجتهاد القاضي الذي يقوم بذلك عن طريق أعمال القاضي لنشاطه الذهني.

من هنا يجب علينا أن نبين: هل يجوز للقاضي إدماج عناصر الضرر عند تقدير التعويض؟ وما هو مقدار وطريقة استحقاق التعويض؟

1- مدى سلطة القاضي في دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض في حالة التطلاق: لقد اجاز المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطلاق وإمكانية التعويض إذا لحقها اي نوع من أنواع الأذى من طرف زوجها سواء بالقول أو الفعل الذي لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية.

وباعتبار إن الضرر مسألة موضوعية فانه يجوز إثباته بكل الوسائل القانونية أو الشرعية، واخضع تقدير مدى صحتها وحجيتها لقاضي شؤون الأسرة، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لهل بتاريخ 18/05/1999 بقولها: " من المقرر قانوناً انه يجوز للزوجة إن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً، كما إن تقدير الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع.

ومتى تبين -من قضية الحال- إن الزوجة متضررة من عدم الإنفاق والضرب الذي تعرضت له من طرف الزوج فان قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة لثبوت تضررها

¹ شامي احمد، مرجع سابق، ص 202

فان تقديرهم كان سليما وطبقوا صحيح القانون¹؛ " فالقاضي يعتمد في تقديره لمدى قيام الضرر استنادا إلى معيارين أساسيين هما: المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، ولا بد للقاضي من بيان عناصر الضرر التي بموجبها يحكم بالتعويض وتقديره، ولا يستلزم هنا تقدير القاضي لكل عنصر على حدي وإنما يستطيع دمج كل هذه العناصر وتقدير تعويض إجمالي عنها مرة واحدة، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2000/06/20 حين قضت بأنه: " من المستقر عليه قضاء انه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة تضررها فعلا " .

ومن الثابت في هذه القضية إن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تضررها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وان القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون إن ينظر إلى الضرر اللاحق بها جراء الضرب مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض² .

ما يلاحظ من خلال القرار السابق انه ركز على ضرورة بيان الضرر من خلال بيان إن الزوجة الطاعنة قد تضررت فعلا، فالضرر محقق وحال، كما انه مس بمصلحة مادية ومعنوية للطاعنة جراء الاعتداء الذي كان من طرف الزوج الذي أدى إلى سقوط حملها، فهذه العناصر في مجملها تجعل من طلب التعويض مجابا من طرف القاضي وعلى أساسها يتم تقدير التعويض الذي يمكن ان يكون بناء على كل عنصر على حدى أو القيام بنشاط ذهني يدخل ضمنه كافة عناصر الضرر، ثم يقضي بتعويض إجمالي عن مختلف الأضرار التي أصيبت بها الزوجة.

2-مقدار وطريقة دفع التعويض: إن الشريعة الإسلامية لم تقض لمن تضررت من زوجها الحق في التعويض وإنما منحها إمكانية التطلق وفيما يتعلق بالشقاق المستمر بين الزوجين

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1999/05/18، ملف رقم 222134، إ، ق، عدد خاص، 2001، ص 126
² المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2000/06/20، ملف رقم 245159، إ، ق، عدد خاص، 2001، ص 259

فان الشريعة الإسلامية وضعت تدابير تسبق التفريق بينهما حيث يتم إرسال حكيمين لمحاولة التوفيق بينهما وفي حال فشلهما في الإصلاح وتبين لهما إن الإساءة كانت من الزوج فانه يتم تطبيقها منه دون تعويض يدفع لها، إما في حالة كانت الإساءة منها فان لها الخيار إن تبقى مع الزوج وأن يكون أمينا عليها حريصا على حسن العشرة بينهما إن كان ذلك صلاحا لهما أو يفرق بينهما بعوض يأخذانه منها يكون اقل من المهر أو أكثر منه أو مساويا له إذا كانت الإساءة منهما معا¹.

وبالرجوع إلى القضاء نجد إن من المبادئ القانونية التي استقر عليها في ذلك إن 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 الإضرار المادية والمعنوية التي تكون قد لحقت المضرور، ذلك إن التعويض يقدر بمقدار الضرر وجودا وعدما.

وعليه لا يكون هذا التقدير محل طعن مادام انه كاف لجبر كافة الإضرار وادي وظيفته في إرضاء المضرور ولا تعقيب على المحكمة إن هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة مادامت قد ناقشت كل عنصر على حدي وبينت وجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته² ، وعليه نجد أن التطبيقات القضائية جاءت تقديراتها مختلفة بشأن مبلغ التعويض إلى يدفع مقابل الضرر الناجم عن التطلق أو النشوز فالنسبة للتطلق تجد انه في حالة فك الرابطة الزوجية قبل البناء بطلب من الزوجة وهذا لثبوت تضررها فان هناك من الأحكام القضائية ما منحت للزوجة الحق في نصف الصداق الذي يعد تعويضا لها وجبرا

¹ وهذا هو القول الراجح عند المالكية مع العلم انه يوجد منهم من يقول بتطبيق الزوجة دون تعويض

² اسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 209

للضرر الذي ألم بها¹ ، كما نجد أحكاماً أخرى تقضي لها بنصف الصداق إضافة إلى مقدار مالي تعويضا عن الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها² .

أما فيما 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 و بالتالي التعويضات الممنوحة نتيجة نشوز احد الزوجين هي زهيدة جدا مقارنة بحجم الضرر اللاحق بالطرف المضرور³.

يتضح لنا من خلال ما سبق إن الأساس الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض هو حجم الضرر الواقع على المضرور ويعتمد القاضي في ذلك على المعيار الشخصي الذاتي، لأن الضرر يختلف من شخص إلى آخر.

3- وقت تقدير التعويض عن الضرر: يبدأ تاريخ التعويض عن الضرر الناجم عن حالة التطليق والنشوز من يوم الحكم باعتبار أن الحكم القضائي ليس مصدرا للحق في التعويض، " إلا انه يقوم الحق في التعويض ويقومه " فالحكم بالتعويض هو مقرر للحقوق وليس منشأ لها ومنه 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 ان الوقت الذي يعتد به القاضي عند تقدير التعويض هو تاريخ الحكم وليس وقت حصول الضرر⁴ .

1 الحكم الصادر عن محكمة الخروب قضية رقم 05/384 ، سبق ذكره

2 المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، ملف رقم 216865 ، إ.ق ، عدد خاص ، 2000 ، ص 256

3 المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، ملف رقم 217179 ، إ.ق ، عدد خاص ، 2000 ، ص 122

4 اسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 211

المبحث الثاني: القيود الواردة على قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر ورقابة المحكمة العليا عليه.

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

بالرغم أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في مسألة التعويض عن الضرر، إلا أنه وبحكم أن هذه السلطة التقديرية هي ملازمة للولاية القضائية يجب إخضاعها إلى مجموعة من الضوابط التي تحكم العمل القضائي بشكل عام، وعلى القاضي الالتزام بها عند استخدامه لهذه السلطة حتى لا يسيء استغلالها فتصبح مناط تعسف من قبله.

ونظرا لكثرة هذه القيود وصعوبتها سنحاول التطرق لأهمها.

الفرع الأول: عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون.

لقد خول القانون للقاضي سلطة تقديرية في بحث النزاع المطروح أمامه، حيث 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:

إن القاضي إذا ما عرض عليه نزاع حول مركز قانوني معين فهو مطالب برفع التجهيل الذي أحاط بهذه المراكز القانونية، وإنزال حكم القانون عليه. وهنا يجب أن يكون على دراية كافية بالقانون وهذا حتى يتمكن من تحقيق الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها.

إذا واجهت القاضي مسائل فنية أو معقدة فانه يقوم بالاستعانة بذوي الخبرة وهذا من أجل تحديد بعض المسائل القانونية الواجبة التطبيق¹ وهذا حتى لا يفصل في النزاع عن جهل لان ذلك من شأنه إن يؤدي إليإهدار حقوق الأشخاص، والمشرع عينه قائم على هذه الحقوق وحمي لها، وحكمه من غير فهم وتحر يجعله يجور ويحيد عن الحق وهذا الأمر 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 والعدل².

لذلك فان القاضي يسعى جاهدا إليإحقاق الحق وعدم الميل عنه، فهو مأمور وملزم بالفصل 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 يعد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة³.

ثانيا: المصلحة وتصرف القاضي:

إن القاضي مقيد بأعمال سلطته التقديرية من اجل تحقيق المصلحة العامة التي يهدف إلى تحقيقها القانون وبالتالي لا يجوز له إن يتخذ من هذه السلطة وسيلة لتحقيق مصالح أو مكاسب شخصية لأنه بذلك ينحرف عن الهدف الذي رسمه المشرع عند منحه هذه السلطة.

¹ إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص120.

² محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، اشراف: وهبة الزحيلي ، دار النفائس ، الاردن

2007، ص151

³ إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص120

إن الغاية الأساسية من وجود القانون هي تحقيق المنفعة لكل مجتمع دون استثناء، لذلك جاءت قواعده عامة ومجردة تخاطب الجميع على منبر من المساواة، والقاضي بموجب ولاية القضاء يعد منفذاً و مترجماً لإرادة المشرع، لذلك فإن أي نشاط ذهني يقوم به يجب أن يصدر منه بصفة موضوعية واضعاً صوب أعينه المصلحة العامة للمجتمع ككل، مجتنباً النظر في مصلحته الشخصية، فإذا وضع هذه القاعدة أمامه عند ممارسته نشاطه التقديري تمكن من إحقاق الحق وبسط الأمن والاستقرار¹.

وقد قيل في هذا الصدد: "إن الأحكام تتبع المصالح" والمقصود من ذلك أن القاضي عندما يقوم بنشاطه الذهني في حل النزاع فإنه بالدرجة الأولى يهدف إلى تحقيق المصلحة التي ورد من أجلها هذا النص وبالتالي تحقيق الحماية للأشخاص وأمنهم على مراكزهم القانونية وهذا من شأنه جلب المنفعة العامة ودرء المفساد والاعتداء لذلك نجد أن هذه المصالح المحمية دائماً تكون مصالح مشروعة وثابتة مبنية على نصوص وقواعد قانونية².

ثالثاً: التقيد بمجال الاجتهاد: إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لا تأتي من فراغ وإنما يمارسها بموجب نص قانوني، لذلك فهي مخولة بموجب قانون وتمارس في ظله، ولذلك نجد إن المشرع عندما يخول للقاضي ممارسة نشاط تقديري فإنه يحدد له مجال هذه الممارسة، وهذا بذاته يعد قيوداً على حرية تقديره، فتحديد المشرع لقاضي شؤون الأسرة حالات ممارسة سلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر تقتضي من القاضي عدم ابتداع حالات خارجة عنها. فالقاضي ملتزم بإتباع النص القانوني وهو مقيد به إذ " لا اجتهاد في مورد النص ". غير أنه يمكن ممارسة سلطته التقديرية في الحكم بالتعويض لأن القانون رخص له بذلك³.

¹ محمود محمد ناصر بركات ، ص 152

² محمود محمد ناصر بركات ، ص 152

³ إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 121

نستنتج من خلال ما سبق إن القانون رسم للقاضي غاية موضوعية وألزمه بعدم الخروج عنها حيث تتلخص بضرورة التقيد بالواقع ونصوص القانون ورفع التجهيل عن المراكز القانونية ، وان 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.

أولاً: المقصود بعلم القاضي الشخصي: لقد ذهب فريق من فقهاء القانون واستنادا على مبدأ " مشروعية وسيلة الإثبات " التي يعني بها الحصول على الأدلة المتعلقة بالنزاع المطروح من ضمن ما تم تقديمه من طرف الخصوم، إلى القول انه لا يجوز للقاضي بناء اقتناعه على حثيات خارجة عن أوراق الدعوى انطلقا 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 آخر إلى القول انه 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 بشأنها¹ ، 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 لان هذا من شأنه أن يؤدي إلى إدخال عناصر جديدة تحدث تغيير على الدعوى وادعاءات الخصوم² ، كما أنها تشكل اعتداء على القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز الاحتجاج تجاه الخصم بأي وقائع أو أدلة تطرح في الجلسة أو لم تكن محل مناقشة من طرفهم³ ، لأن إدعاءات الخصوم هي دائما مرتبطة بإثباتها في حالة

نبيل إسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، د. ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 9.

² تنص المادة 451 من ق إ م إ : " يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الاسباب المدعمة لطلب التطبيق طبقا لاحكام قانون الاسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب اخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها الطلب.

³ المادة 26 من ق إ م إ : " لا يجوز للقاضي ان يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات ومرافعات..."

إدخالها¹ ، لكنه من جنب آخر يمكنه أن يأخذ بعين الاعتبار الوقائع التي أثرت من طرف الخصوم ولم يؤسسوا عليها إدعائهم.

ويتحدد من خلال ما سبق تعريف امتناع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي أنه: " لا يجوز له تأسيس حكمه إلا على وقائع مقدمة ومثبتة بواسطة الخصوم² ".

وعليه واستنادا على قاعدة منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي فانه يجب على القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية³:

- 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.

ثانيا: منع القاضي من القضاء بعلمه الشخصي استنادا لمبدأ حياد القاضي. المقصود بحياد القاضي هو تجرد القاضي من أي مصلحة شخصية في النزاع وعدم تحيزه إلى أي طرف من أطراف الدعوى على نحو يؤهله إلى الحكم بصفة موضوعية⁴.

وما يلاحظ في هذا التعريف إن القاضي له دور ايجابي في حل النزاع وذلك من خلال منحه الحماية القضائية التي نص عليها القانون دون إقحام لمصلحته الشخصية أو الانحياز إلى طرف دون الآخر حيث انه بحياده يمنح الفرصة لكلا الطرفين لإثبات ادعائهم ويقوم هو بدراسة تلك الوقائع وتمحيص ما قدم من إثبات وهذا حتى يقوم باستخلاص الوقائع المنتجة

¹ نبيل إسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، مرجع سابق ، ص 10

² مرجع نفسه:ص11.

³ نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، د.ط ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 130.

⁴ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1997 ، ص 61

والتي تولد الأثر القانوني المطالب به، فهنا نجد أن القاضي من جانب لم يقدم أيًا تأييداً لأحد الخصوم وفي نفس الوقت مارس سلطاته التقديرية في بحث مدى صحة الادعاءات المتقدم بها.

غير أن هناك من يرى أن المقصود بحياد القاضي هو وقوف القاضي من النزاع موقفاً سلبياً من كلا الخصمين. غير إن هذا المفهوم يقودنا إلى مبدأ حياد القاضي في نظر المذهب الفردي وهو المذهب التقليدي الذي يجعل من القاضي عنصراً غير فعال في القضية وهذا عكس المذهب الاشتراكي أو الشمولي وهو المذهب الحديث الذي يجعل من القاضي عنصراً فعالاً في بحث القضية حيث لا يكتفي بالنظر، وإنما يقوم بمبادرات كندب خبير أو إجراء معاينة تساعد على إيجاد الحل القانوني للنزاع¹.

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 اوجب عليه إجراء جلسة الصلح² والتي من خلالها والتي مكن خلالها يكشف عن الغموض الذي 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 الشخصي³ ولا يمكن القول في هذه الحالة أن القاضي خرق مبدأ حياد القاضي أو قام بالقضاء بعلمه الشخصي لان كل المعلومات التي يحصل عليها كانت بموجب القانون وفي إطار ممارسة عمله القضائي ولم يستند إلي أي معلومات شخصية مسبقة تتعلق بموضوع النزاع أو أطرافه.

¹ نبيل إسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، مرجع سابق ، ص 125
² تنص المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري على: " لا يثبت الطلاق الا بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون ان تتجاوز مدته 3 اشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى بتعين على القاضي تحرير محضريين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين..."
³ جاء في نص المادة 425 من ق. ا. م. إنه: "... ويجوز اضافة الى الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة إجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أي مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الإستشارة..."

ثالثاً: الأمور التي يجوز للقاضي الاستناد فيها لعلمه الشخصي: يمكن للقاضي عند بحث النزاع الاستناد إلى معلومات شخصية تتعلق بأطراف الخصومة ويفترض علم الجميع بها فالخصوم يفترض بهم العلم بالوقائع ومن مصلحة المتقاضي ذكر النص الذي يستند إليه في دعواه وبخاصة إذا كان من التشريعات الفرعية، التي يحتمل ألا يرجع القاضي إليها بسبب كثرتها، وهذا لا يعتبر من قبيل الإثبات بالمعنى الفني، وإنما يعتبر من قبيل مساعدة القاضي في أعمال القانون. والقاضي يفترض فيه العلم بالقانون، والالتزام بتطبيقه على النزاع المطروح عليه انطلاقاً 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 معه¹.

ومن خلال ما سبق يمكننا القول أن القاضي عند ممارسته لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر يمنع عليه الاستناد إلى علمه الشخصي لأن ذلك من شأنه المساس بمبدأ حياد القاضي وتحيزه إلى أحد الخصوم وقد يؤدي كذلك إلى تغيير موضوع الدعوى. 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 معرفتها.

الفرع الثالث: الالتزام بتسبب عمل القاضي.

إن قاضي شؤون الأسرة ينبغي عليه أن يتقيد بمبادئ التسبب، العلانية، حقوق الدفاع في جميع أحكامه ولهذا نجد كثيراً من قضاة الأسرة على مستوى المحكمة العليا يصدرن قرارات تراقب تسبب الأحكام والقرارات التي يصدرها قضاة شؤون الأسرة على مستوى المجالس والمحاكم. بقولها مثلاً "متى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلاً حسب عاد المنطقة،

¹ نبيل إسماعيل عمر ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، مرجع نفسه ، ص 43.

فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبب لأن تحديد الصداق لا يبطل الزواج".

ونصت المادة 144 من دستور 1996 على ما يلي: "تعطل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علنية".

تعد هذه المادة بلا منازع ضمانا دستوريا لإرساء القاضي حقوق وحرية المتقاضين، فكلمة تعطل الأحكام القضائية، جعل من التسبب التزاما دستوريا، على غرار ما فعله الدستور الإيطالي في المادة 111، والمادة 97 من الدستور البلجيكي، والمادة 93 فقرة 3 من الدستور اليوناني¹.

فالقصد من التزام القاضي بالتسبب 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- وأن ما توصل إليه هو أقرب ما يكون إلى الحق ومطابقة الوقائع.

ولقد اهتم المشرع الجزائري وكغيره من التشريعات بتسبب الأحكام القضائية حيث نص في المادة 11 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على وجوب "إن تكون الأحكام والقرارات القضائية مسببة"، فعلى القاضي بيان الوقائع واستخلاص المنتج منها ومناقشة الطلبات والدفع المقدمة من طرف الخصوم وجعل منطوق الحكم متناسقا مع عرض الأسباب وما تم طرحه من الخصوم، يعد ضمانا من تعسف القاضي في حكمه وعدم القضاء

¹ يامن بن دريس، دور قاضي شؤون الاسرة في تكريس مصادر الاجتهاد القضائي، مجلة التواصل في الاقتصاد والادارة والقانون، العدد 51، سبتمبر 2017، كلية الحقوق ابن عكنون، جامعة الجزائر 01، ص 133

وفقا لاهوائه وميولاته الشخصية، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن: "تسبب الإحكام 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 مظلمة الاستبداد، لأنه كالعذر يقدمونه بين يدي الخصوم والجمهور"¹.

وما يمكننا استنتاجه مما سبق أن القاضي ملزم بتسبب 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 ضمانا من تعسف القاضي في ممارسة نشاطه التقديري وخضوعه لميوله وأهوائه الشخصية.

المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض للضرر.

سبق لنا أن بينا انه لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا.

إلا أنه وان كان التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع، فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض، ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر التعويض بعين الاعتبار².

¹ إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص127

² حمليل صالح ، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري ، مجلة الفقه والقانون ، العدد 21 ، يوليو ، 2014 ، جامعة أدرار ، الجزائر ، ص 66

الفرع الأول: نطاق الرقابة على أعمال قاضي شؤون الأسرة لسلطته التقديرية في مجال التعويض عن الضرر.

أولاً: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية فيما يخص استحقاق التعويض: إنه من الثابت قضاء أن فهم الوقائع والتأكد من قيامها يخضع لمطلق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فهو من يقدر مدى قيام الضرر من عدمه انطلاقاً من أوراق الدعوى وما تقدم به الخصوم، وهو ما أثبتته جملة من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا¹؛ وهو ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1970/11/18 " من المقرر قانوناً بان الوقائع يرجع الأمر في تقديرها إلى سلطة قضاة الموضوع لا غير، فليس للمجلس الأعلى رقابة عليهم في ذلك² " ، كما جاء في قرار آخر: " من المقرر قانوناً 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 وان عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن³ " .

فرقابة المحكمة العليا ليست رقابة على رأي القاضي من حيث النتيجة التي انتهى إليها بالنسبة للوقائع، فهي لا تملك ذلك، وإنما هي رقابة على طريقة تكوين هذا الرأي أو الأساس الذي يقوم عليه⁴.

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماساً بحق أو مصلحة مشروعة، وتكليفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبلي أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه

¹ إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 235

² المحكمة العليا ، غ.ق.خ ، نشرة القضاة ، العدد الاول ، 1972 ، ص 67. نقلاً عن العربي بلحاج ، قانون الاسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ،

مرجع سابق ، ص 303

³ المحكمة العليا ، غ.أ.ش ملف رقم 216865 ، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، اجتهاد قضائي ، عدد خاص ، 2001 ، ص 256

⁴ نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية ، مرجع سابق ، ص 512

ضرر مادي أو ضرر معنوي¹. فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/11/27 إن: "من المقرر شرعا وقانونا انه عند الحكم بالتطبيق يتبين 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 التطبيق²"

كما أن تقدير القاضي لأدلة الإثبات وان كان يخضع لمطلق اجتهاده إلا انه يشترط أن يكون مرتكزا على عناصر لها مأخذ صحيح من تلك الأدلة كما يتوجب عليه بيان وسائل الإثبات التي بموجبها كزن اقتناعه الشخصي بقيام الضرر من عدمه³.

يتضح من خلال ما سبق إن المبدأ العام هو إن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الضرر والحكم 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 لان بموجبها يتم تكييف الوقائع وتقدير كفايتها لتكوين ركن الضرر فهذه العناصر هي التي يتم مراقبتها من طرف المحكمة العليا.

ونلاحظ انه على الرغم من إن مبادئ المحكمة العليا تقضي بان تقدير الوقائع وقيام الضرر هي مسائل مادية تخضع للسلطة المطلقة لقاضي الموضوع إلا أننا نجد ان بسط رقابتها على التكييف القانوني للوقائع هو رقابة للوقائع التي يتم استخلاصها من طرف قاضي الموضوع وهذا بشكل غير مباشر.

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على سلطة القاضي التقديرية فيما يخص تقدير التعويض:

¹ حمليل صالح، مرجع سابق، ص66

² المحكمة العليا، غ.أ.ش، ملف رقم 56490، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05، مرجع سابق، ص 276

³ المحكمة العليا، غ.ق.خ، قرار بتاريخ 1972/02/17، نشرة القضاة، العدد الثاني، ص 53. نقلا عن العربي بلحاج 02/05، مرجع نفسه،

لقد سبق وان اشرنا إلى أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير مدى استحقاق التعويض المحكوم به طالما كان تقديره مبني على أسس صحيحة. وتم كذلك التأكيد على إن ما يخضع لرقابة المحكمة العليا هو عناصر الضرر حيث إن القاضي لا يؤاخذ إذا لم يبين نوع الضرر لأنه بإمكانه دمج عناصر الضرر عند تقدير التعويض¹.

وقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا: "إن تقدير التعويض المستحق لجزر الضرر المتحقق إنما هو من سلطة محكمة الموضوع تجريه على أساس ما يقدم إليها من أسانيد تبين حقيقة الإضرار المادية والأدبية التي تكون قد لحقت بالمضروب وكل ذلك على نحو ما تبينه هي من ظروف الدعوى، ولا تقبل المنازعة في سلامة هذا التقدير مادامت العناصر القانونية للحكم بالتعويض قد اكتملت وكان بذلك جابراً لكافة الأضرار المادية والأدبية²" ، وقد جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا: "إن تقدير النفقات والتعويضات يدخل في باب التقدير المخول للقضاة ولا يسوغ للمحكمة العليا ممارسة رقابتها في شأن ذلك³".

وعليه فإن للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير مبلغ التعويض دون تعقيب من المحكمة العليا إلا انه من جانب آخر نجد أن هذا الإطلاق ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة ذكر القاضي للعناصر التي اعتمد عليها في تقدير التعويض فبيان هذه العناصر هو الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا.

ولذلك نجد في الواقع العملي انه ولما له من سلطة تقديرية مطلقة إلا انه يخضع للرقابة القضائية وعليه فانه لا يمتلك الحرية التامة في تقدير مبلغ التعويض وإنما هو مرتبط بضرورة تسبيب ما قام بمنحه من تعويض انطلاقاً من الأسس التي اعتمد عليها في ذلك.

¹ إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص237

² المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 39689 ، قرار بتاريخ 1986/02/24 ، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الاسرة مع تعديلات الأمر 02/05

، مرجع سابق ، ص 246

³ مرجع نفسه، ص247

وهو ما قضى به المجلس الأعلى في قراره بتاريخ 1984/04/02 بأنه: " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فان تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت إن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم به للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتى الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناها أو فقرهما، أو غنى احدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية ، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير مألوف، ودون الاستناد إلى آي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة¹ ".

وعليه نجد إن ما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا هو إن 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 ان يكون فيه إثراء على حساب المسؤول فقد أصابت صحيح القانون فيما انتهت إليه من تقدير لقيمة التعويض ولا يعب عليها أن هي قضت بتعويض إجمالي عن أضرار متعددة مادامت قد ناقشت كل عنصر على حدى وبينت أوجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته².

نستخلص مما سبق إن رقابة المحكمة العليا تكون عل جانبيين مهمين عند ممارسة القاضي لسلطته التقديرية وهما الواقع والقانون وذلك لأنه يوجد صعوبة في التمييز بينهما. وتحت ظل

¹ المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 39689 ، قرار بتاريخ 1986/02/24 ، نقلا عن العربي بلحاج، قانون الاسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ، مرجع سابق ، ص 246
² إسمهان عفيف ، مرجع سابق ، ص 239

هذه الرقابة يضمن عدم تعسف القاضي في تقدير استحقاق التعويض أو تقدير قيمته كما تجعل من القاضي سليما من كل الميول الشخصية والذاتية، ومتقيدا بالموضوعية التي هي غاية القانون الأساسية.

الفرع الثاني: وسائل رقابة المحكمة العليا.

لدراسة هذه الوسائل يجب أن يكون واضحا في الأذهان إن محكمة العليا إذ تراقب أسباب الأحكام، فهي تعمل هذه الرقابة بهدف التحقق من صحة تطبيق القانون في العمل القضائي محل الرقابة. فهي إذ تراقب الأسباب فإنها تراقب السلطة القضائية ذاتها بصدد صحة ما انتهت إليه من تطبيق القانون. هذه الرقابة تشمل ما يسمى رقابة التكيف.

ووسائل الرقابة على أعمال القاضي لسلطته التقديرية تجد مجالها أساسا في الرقابة على أسباب الحكم القضائي.

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1988/12/22 انه: " من المقرر قانونا ان كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وان يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبب ومخالفة القانون استنادا للقانون الإجرائي¹ " ، كما أضافت: " إن إهمال الجواب على دفرع الخصوم يساوي انعدام التسبب² " .

فرقابة المحكمة العليا لا تقوم بفحص واقع الدعوى بهدف الفصل فيه، وانما تقوم هذه الرقابة بالتأكد فقط من وجود هذه الأسباب الواقعية ومن صلاحياتها لإعمال القانون الذي طبقته محكمة الموضوع، وهذا راجع إلى أن الأسباب الواقعية تسمح بالتحقق من إن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا، لان الحكم إذا كان لا يحتوي على أدلة وشواهد توضح وتبين

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 54271 ،المجلة القضائية ، العدد الثالث، 1990 ، ص 296.

² المحكمة العليا، غ.أ.ش ،، ملف رقم 51887 قرار بتاريخ 1989/02/13 ،المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1989 ، ص 78

ملايسات 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 إن القانون قد طبق تطبيقا صحيحا وبالتالي لا يمكن التحقق من النتيجة التي وصل إليها القاضي¹.

ومما سبق يمكننا الوصول إلى نتيجة مفادها إن المحكمة العليا تقوم بمراقبة مدى صحة الاستدلال القضائي الذي يقوم به القاضي لحل النزاع وذلك عن طريق رقابة أسباب الحكم المتعلق بمنح التعويض عن الضرر الذي أصدره القاضي على أن يكون الحكم أوالقرار عادل وان يكفل للمضرور تعويضا يجبر الضرر الذي الم به.

الفرع الثالث: أهمية الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للقاضي.

تسعى المحكمة العليا من خلال الرقابة القضائية على النشاط التقديري على قاضي شؤون الأسرة إلى تحقيق توحيد تفسير القانون وتطبيقه على امتداد إقليم الدولة وإلزام جميع الخاضعين لقضائها، مما يضمن وحدة القضاء، فهي تقوم بدور المراقب والمعقب والمصحح للأخطاء التي قد ترد من قضاة الموضوع فتقوم بإبطال الحكم الذي يتضمن خطأ، وتكفل سلامة العمل القضائي ودقته، بل إنها تباعد بينه وبين احتمال الخطأ، حيث أن عند علم القاضي باحتمال ان تبطل المحكمة العليا عمله، يجعله حريصا ودقيقا فيما يصدره من أحكام² وعلى هذا فان كل حكم خال من الأسباب يستوجب نقضه وفي هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1988/12/22 انه: "من المقرر قانونا إن كل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة وان يتفق مع الأسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الأسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثم فان القضاة بما يخالف هذين المبدأين يعد قصورا في التسبب

¹ نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية دراسة تحليلية وتطبيقية ، مرجع سابق ، ص 513
² فاضل زيدان محمد ، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الادلة دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة ، المملكة الأردنية الهاشمية ، 2010 ، ص 324

ومخالفة القانون استنادا للقانون الإجرائي¹ ، كما أضافت: " أن إهمال الجواب على دفع الخصوم يساوي انعدام التسبيب² .

يمكننا القول أن رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية بشكل عام وعلى نشاط القاضي الذي يمارسه بشأن منح التعويض عن الضرر تتمثل في منع القاضي من إخضاع هذه السلطة لميوله الشخصي مما قد يؤدي به إلى الانحراف بهذه السلطة وبالتالي عدم تحقيق الغاية الموضوعية التي يسعى إليها القانون

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش ، ملف رقم 54271 ،المجلة القضائية ، العدد الثالث، 1990 ، ص 296
² المحكمة العليا، غ.أ.ش ،، ملف رقم 51887 قرار بتاريخ 1989/02/13 ،المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1989 ، ص 78

خاتمة

الخاتمة

وفي ختام هذا البحث الذي تناولنا من خلاله موضوعا من أهم المواضيع التي تهتم المجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة، فقد تناولنا موضوع التظليق وذلك لما له من حساسية وتأثير على كل من المجتمع والأسرة وقد ذكره المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة، وانكبت دراستنا على الفقرة الأخيرة من هذه المادة التي نصت على " الضرر المعتبر شرعا " والتي استغرقت جميع أنواع الضرر الموجب للتظليق وكان التركيز الأكبر على مدى استحقاق الضرر وتقديره و التعويض عنه إن لزم ويكون ذلك من طرف قاضي شؤون الأسرة الذي يملك السلطة التقديرية. وقد توصلنا إلى مجموعة من النتائج والملاحظات يمكننا تلخيصها فيما يلي:

- 1- اختلاف الفقهاء حول التظليق للضرر.
- 2- انتهاج المشرع الجزائري منهج الفقه المالكي فيما يخص حق الزوجة في التظليق لكل ضرر معتبر شرعا.
- 3- لقد وسعه المشرع الجزائري من السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة وذلك من خلال صياغة الفقرة العاشرة من المادة 53 بذلك اللفظ الواسع.
- 4- عند توفر احد الأسباب الواردة في المادة 53 من ق.أ فإنه يحق للزوجة طلب التظليق للضرر حيث أن كل هذه الأسباب جاءت لرفع الضرر على الزوجة.
- 5- يوجد للضرر نوعان مادي ومعنوي وكلاهما لا يجب أن يلحق بالزوجة ويجب دفعه عنها.

6- يقدر التعويض بمقدار الضرر إن لزم.

7- لا يجب على القاضي أن يبين في حكمه بالتعويض عن الضرر كيفية توصله إلى ذلك

ولكنه مجبر على بيانه لعناصر الضرر وذلك لتفادي نقض قراره من طرف المحكمة العليا.

وفي نهاية بحثي ندرج بعض التوصيات التي اراها مناسبة وضرورية هي:

1. ضرورة اعطاء قضاة الأحوال الشخصية تكويننا خالصا ليتمكنوا من الرجوع الى احكام

الشريعة من فقه و اصول

2. نقترح ضبط صياغة المادة حتى لا تكون ذريعة للقضاء على الأسرة الجزائرية حيث

جاءت كل التعديلات لفائدة حل الرابطة الزوجية عرض الاحتياط للحفاظ عليها وهذا الضبط

يكون بتحديد أسباب، على سبيل الحصر وان كان الإشارة إلى الضرر فلا بد بتاروده

بالجسامة وذكر أنواع محددة او تقيده بالمصالح التي تمس بها الأن التطليق استثناء ولا

يمكن الاستثناء أوسع من الأصل الذي هو الحفاظ على الحياة الزوجية

3. يجب على المشرع الجزائري نص مواد قانونية في قانون الاسرة الجزائري تضبط مقدار

التعويض عن الضرر وذلك لتفادي تعسف القاضي الاستعمال سلطته التقديرية

4. يجب على القاضي مراعاة الحالة الاجتماعية للزوج عند الحكم في التعويض لضرر وفي

الأخير اقترح على الباحثين المقبلين موضوعات مكملة لهذه الدراسة كالأليات القانونية

الحماية الأسرة،

المخلص

إن في الأصل أن فك الرابطة الزوجية بيد الرجل لان هو الذي في يده العصمة، لكن مخافة تعسف الزوج في استعمال هذا الحق منح كل من الشرع والقانون للزوجة الحق في فك هذه الرابطة وذلك إذا لحق بها ضرر وأثبتته. وهذا الضرر هو كل ما يسيء للزوجة سواء ماديا كان أم معنويا. وتقدير هذا الضرر يعود للسلطة التقديرية للقاضي، والذي له سلطة تقدير استحقاق التعويض عن الضرر و مقداره إن كان لازما. كما أنه ملزم ببيان عناصر الضرر حين إصدار حكمه بالتعويض عن الضرر وذلك لتفادي نقض قراره من طرف المحكمة العليا.

Summary

In principle, the dissolution of the marital bond is the man's hand because he is the one in whose hand is infallibility, but for fear of the husband's abuse of the right, both Shria and the Law grant the wife the right to break this bond if it is harmed and prove it. This harm is every thing that harms the wife, whether materially. Or the moral and the assessment of this damage is up to the discretionary authority of the judge, who has the power to estimate the entitlement to coponsation for the damage and its amount if necessary, and he is also obligated to clarify the elements of the damage when issuing his judgement for coponsation for the damage in order to avoid deficiency of his decision by the Supreme Court

قائمة

المصادر و المراجع

المصادر:

أولاً: القرآن الكريم

النصوص القانونية و الأوامر:

1. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 222134 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث، 1989
2. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، ملف رقم 251682 نقلا عن العربي بلحاج ، قانون الأسرة مع
3. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 181648 ، المجلة القضائية ، العدد الأول، 1997 المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 192665 ، قرار بتاريخ 1998/07/21 ، اجتهاد قضائي ، عدد خاص، 2001
4. المادة 26 من ق إ م إ : " لا يجوز للقاضي ان يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل مناقشات ومرافعات..."
5. المادة 49 من قانون الاسرة الجزائري
6. المادة 425 من ق. إ. م. إ
7. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، ملف رقم 54271 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث، 1990 ،
8. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 41703 ، قرار بتاريخ 1986/05/05.
9. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، قرار بتاريخ 1986/12/29 ، ملف رقم 43860 ، مجلة قضائية ، عدد 02 ، 1993
10. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ملف رقم 45311 ، قرار بتاريخ 1987/03/09 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث، 1990
11. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، ، ملف رقم 51887 قرار بتاريخ 1989/02/13 ،
12. المحكمة العليا ، غ.أ. ش ، ، ملف رقم 51887 قرار بتاريخ 1989/02/13 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1989 ،

13. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ملف رقم 53017 ، قرار بتاريخ 1989/03/27 ،
المجلة القضائية ، العدد الأول، 1991
14. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 1991/10/01 ، ملف رقم 73992 ، ن
ق ، عدد 47 ، 1995
15. الطعن رقم 10 لسنة 63 قضائية احوال شخصية ، جلسة 1996/10/28.¹
16. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 1996/12/23 ، ملف رقم 335435
،مجلة قضائية ، عدد 01 ، 1998¹
17. القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 تحت رقم 181648 المجلة القضائية لسنة
1997 ، العدد الأول
18. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 1998/07/11 ، ملف رقم 222665 ، إ
ق ، عدد 47 ، 2002
19. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، ملف رقم 216865 ،
إ ، ق ، عدد خاص ، 2000
20. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 1999/03/16 ، ملف رقم 217179 ،
إ ، ق ، عدد خاص ، 2000
21. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 1999/05/18 ، ملف رقم 222134 ، إ
ق ، عدد خاص ، 2001
22. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ، قرار بتاريخ 2000/06/20 ، ملف رقم 245159 ، إ
ق ، عدد خاص ، 2001
23. الأمر 02/05 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
24. المحكمة العليا ، غ. أ. ش ملف رقم 39689

المعاجم:

1. ابو الحسين احمد ابن فارس - معجم مقاييس اللغة - تحقيق: عبد السلام محمد هارون - دار الجيل - بيروت - الطبعة الاولى - م 4 - 1997
2. قاموس المعتمد - دار صادر - بيروت - لبنان - الطبعة الثانية
3. مجمع اللغة العربية - المعجم الوسيط - مكتبة الشروق الدولية - القاهرة طبعة 4 - 2004 .
4. محمد كرم ابن منظور - لسان العرب - دار صادر - بيروت - لبنان - الطبعة الاولى - ج 7
5. المنجد الأبجدي - دار المشرق - بيروت - لبنان - توزيع المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - الطبعة الثامنة

المراجع:

1. ابن حجر الهيتمي: فتح المبين لشرح الأربعين النووية ، مطبعة العامرية الشرقية - القاهرة
2. أبو الوليد الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - الطبعة الأولى - ج 6 - 1332 هـ
3. احمد بن حسين البيهقي: السنن الكبرى ما جاء في كراهية الطلاق، تحقيق - محمد عبد القادر عطا - مكتبة دار الباز - مكة 1994 - ج 7
4. احمد نصر الجندي: الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية - مصر 2004
5. بن زيطة عبد الهادي: تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) دار الخلدونية - الجزائر - الطبعة الأولى - 2007

6. بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل (دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية) - دار الخلدونية للنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الأولى 1429 هـ - 2008 م
7. بوساق محمد بن المدني: التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي - دار اشبيليا للنشر والتوزيع - الرياض - المملكة العربية السعودية
8. الحافظ أبي القاسم سليمان بن احمد الطبراني: المعجم الكبير - مكتبة ابن تيمية - القاهرة - الطبعة الثانية - الجزء 18
9. الزحيلي: نظرية الضمان - دار الفكر بيروت - لبنان - 1389 هـ
10. عبد الحميد الشواربي: المسؤولية القضائية في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1997
11. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - بيروت - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة 3 - المجلد 2 - 1998
12. عبد العزيز سعد: قانون الأسرة في ثوبه الجديد - (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل) - دار هومة للنشر - الجزائر - الطبعة الثالثة - 2007
13. العربي بلحاج: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري - ديوان المطبوعات الجامعية - ج2 - 1994
14. فضيل سعد: شرح قانون الأسرة في الزواج والطلاق - الجزء الأول - المؤسسة الوطنية للكتب الجزائر 1986 .
15. قاسم علي محمد علي: التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط (دراسة مقارنة) - د.ط - الإسكندرية - دار الجامعة الجديدة - 2005
16. محمد ابراهيم الكويقي: قانون الاحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 ومذكرته الايضاحية، المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975

- واسبابه الموجبة، مع مختارات من اجتهادات محكمة النقض السورية في قضايا الاحوال الشخصية- د.ب.ن - د.د.ن - 2006
17. محمد بن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - دار احياء الكتب العربية - القاهرة - ج 2
18. محمد خضر قادر: دور الإرادة المنفردة في أحكام الزواج والطلاق والوصية - (دراسة فقهية مقارنة) دار اليازوري للنشر - عمان - الأردن - الطبعة العربية - 2010
19. محمد كمال إمام: الطلاق عند المسلمين (دراسة فقهية وقانونية) دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - طبعة 1997
20. محمود محمد ناصر بركات: السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي - الطبعة الاولى - (اشراف: وهبة الزحيلي) - دار النفائس - الاردن - 2007
21. منصور نورة: التطلاق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية - دار الهدى للطباعة - ط 1 - الجزائر - 2010
22. نبيل إسماعيل عمر: امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي - د. ط - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - مصر - 2004
23. نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية) - دار الجامعة الجديدة للنشر - د.ط - الإسكندرية - 2002
24. وهبة الزحيلي: الفقه الاسلامي وادلته - دار الفكر - الجزائر - الطبعة الاولى - ج 7 - 1991
25. وهبة محمد الزحيلي: التعويض المالي عن الطلاق - دار المكتبي - دمشق سوريا - 1418 هـ -

26. يوسف دلاندة: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة (الزواج والطلاق) - دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر - الطبعة الثانية 2008

الرسائل والاطروحات:

1. اسمهان عفيف - السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة - في التعويض عن الضرر - مذكرة ماجستير - تخصص قانون شؤون الأسرة - جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي - كلية الحقوق والعلوم السياسية - قسم الحقوق - 2011/2010
2. ايت شاوش دليلة - إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعا عبد الرحمان الصابوني - مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية - دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الاجنبية وقوانين الاحوال الشخصية العربية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - مصر - رسالة دكتوراه الاحوال الشخصية العربية - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مولود معمري - تيزي وزو - رسالة دكتوراه
3. شامي احمد - السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية) - رسالة دكتوراه - القانون الخاص - جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2014/2013 م
4. مسعودة نعيمة إلياس - التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة) - - رسالة دكتوراه - القانون الخاص - جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية - 2010/2009 م
5. نايف محمد عبد الجواد الجنيدي- عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشريعة والقانون -جامعة الخليل كلية الدراسات العليا قسم القضاء الشرعي - 1428هـ - 2007م - رسالة ماجستير

6. يومبي عبد اللطيف - التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي - القانون الخاص - تخصص أحوال شخصية - جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي - 2014-2015 - مذكرة الماجستير

المجلات:

1. حمليل صالح - سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري - مجلة الفقه والقانون - العدد 21- يوليو - 2014 - جامعة أدرار - الجزائر
2. حميدة مبارك - الجوانب المادية لأحكام الطلاق - نشرة القضاة - وزارة العدل - العدد 47 - 1995