# تفويت فرصة الزواج

## تعليق على قرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٦، ملف رقم ٣٧٢٢٩٠، والمتعلق بتفويت فرصة الزواج على المعقود عليها في حالة الطلاق قبل الدخول(*)

الأستاذ الدكتور/ العربي أحمد بلحاج(**)

ملخص:

حاولنا من خلال هذا البحث أن نسلط الضوء على إشكالية التعويض عن تفويت فرصة الزواج، وكان لقرار المحكمة العليا الجزائرية الصادر بتاريخ ١٥/١١/٢٠٠٦، قضية رقم ٣٧٢٢٩٠، الفضل في انتباهنا إلى هذه الفكرة.

وقد توصلنا من خلال هذه المحاولة إلى مناقشة بعض النقاط المهمة التي يثيرها هذا القرار، وإلى توضيح الحدود القانونية للحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج، وتبيان شروط إمكانية التعويض، وصعوبة تقدير الفرصة في حد ذاتها كقيمة مالية من الناحية العملية.

فإنه إذا كان الزواج أمراً احتمالياً، أو مجرد أمنية افتراضية، فإن طلاق المعقود عليها قبل الدخول، بعد مضي زمن طويل على إبرام العقد، بالتخلي

---

(*) أجيز البحث بتاريخ ٨/١٢/٢٠٠٩م.

(**) أستاذ بروفيسور لدى كليات الحقوق بالجامعات الجزائرية، وأستاذ سابق لدى الجامعات السعودية والإماراتية، وعضو مجلس البحث العلمي لجامعة الشارقة سابقاً، وعضو الهيئة العلمية الاستشارية لمجلة البحوث الفقهية المعاصرة بالرياض، المملكة العربية السعودية، وحالياً أستاذ بكلية الاقتصاد والإدارة بجامعة الملك عبدالعزيز بجدة.

**نهائياً عن مشروع الزواج، وتفويت فرصة الزواج عليها، هو ضرر جدير بالتعويض، وفي الإمكان تقديره، وفقاً لظروف كل حالة على حدة، ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة أو مقبولة.**

## المقدمة:

إذا طالت المدة بين العقد والطلاق، يفوت الزوج المطلق الذي طلق زوجته قبل البناء، على زوجته، فرصة زواجها من آخر، يمكن أن يكون أفضل من الأول، أو ضياع فرصة الزواج بالكلية بفوات السنين؛ غير أن الضرر الحاصل قد يتفاوت من طلاق قبل الدخول إلى آخر. وهذا كله زيادة على خيبة الأمل (Déception)، من جراء سوء الحظ (Malchance)، وما تتركه في النفس من الألم والمرارة والمعاناة، لما يبعثه الطلاق قبل الدخول من شكوك حول المرأة وأخلاقياتها؛ دون نسيان إثارة الألسنة بالتشهير والتجريح حول سبب تأخير الزواج، فتكثر الإشاعات ويزداد القيل والقال للكثير من الناس، فتتأذى المعقود عليها كثيراً في كرامتها وسمعتها ونفسيتها، وهي من الأضرار المعنوية المعتبرة شرعاً وقانوناً.

فإن تماطل الزوج عن إتمام الزواج بالدخول، ومضي زمن طويل على إبرام عقد الزواج دون دخول ولا بناء، يتوقع معه حدوث الضرر لا محالة، وخاصة إذا كان الزوج هو المتسبب في الضرر. حيث ينطوي هذا المسلك على إهانة للمرأة، وجرح كبير لمشاعرها، وتحطيم جميع طموحاتها المستقبلية لبناء الحياة الزوجية السعيدة. وفي هذا يقضي المثال الشعبي الجزائري المشهور: "**إذا عطا وهالكم جيبوها على حمار**"(١)؛ أي بمعنى إذا اتفق الطرفان على الزواج، تعين على الزوج أن يقوم بإحضار زوجته بسرعة إلى بيت الزوجية، ولو على ظهر حمار.

وهذا أمر واقع في الحياة العملية؛ لأن أكثر الحالات التي يطالب أصحابها بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، أو الطلاق أو التطليق قبل الدخول، إنما

(١) CF. (K) Boutarène, proverbes et dictons populaires algériens, OPU, Alger, 2ème édition, 1986, N° 577, P 167.

هي الحالات التي تخلى فيها أحد الطرفين عن الآخر، بعد طول مدة الخطبة[١]، أو بعد مضي زمن طويل على إبرام العقد[٢].

ومن هذا المنطلق تأتي أهمية القرار، موضوع التعليق الحالي، الصادر عن المحكمة العليا الجزائرية (غرفة الأحوال الشخصية والمواريث)، بتاريخ **٢٠٠٦/١١/١٥ في القضية رقم ٣٧٢٢٩٠**، الذي قضى بأنه يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها، وفقاً للمادة ٥٢ من قانون الأسرة الجزائري (المعدلة بالأمر رقم ٠٢/٠٥ المؤرخ في ٢٠٠٥/٠٢/٢٧).

ونظراً لنوعية هذا القرار الفريد من نوعه، وللمبدأ المهم الذي يحتويه في صلبه؛ وهو في الحقيقة يكشف عن تحويل أساسي من تفسير لآخر في اجتهاد المحكمة العليا في مثل هذه القضايا. فقد وجدت نفسي تواقة منذ الوهلة الأولى إلى التأمل في حيثياته، ومناقشة النقاط الأساسية التي يثيرها بالبحث والتمحيص، والوقوف على المبدأ القانوني الذي انتهى إليه قضاة المحكمة العليا الموقرة، بشأن تفويت فرصة الزواج في ضوء القانون، وما ذهب إليه الفقهاء بخصوص هذه المسألة[٣]. وهو ما يحقق في الأساس التبادل المعرفي بين البحث القانوني، والدراسة الفقهية، لتطوير الاجتهاد القضائي دائماً إلى الأمام وإلى الأعلى، بما يفيد الناس والمجتمع[٤].

---

(١) **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٩٩٦/٠٤/٢٣، ملف رقم ١٣٥٤٣٥، م.ق، ١٩٩٨، العدد ١، ص ١٣٠؛ ١٩٩٩/٠٣/١٦، ملف رقم ٢١٧١٧٩، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص ٢٠٠١، ص ١٢٢.

(٢) **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ١٩٩٩/٠٣/١٦، ملف رقم ٢١٦٨٦٥، إ . ق . غ . أ . ش، ص ٢٥٦؛ ١٩٩١/٠٤/٢٣، ملف رقم ٧٣٩١٩، م. ق، ١٩٩٣، العدد ٢، ص ٥٨.

(٣) عالج فقهاء الإسلام فكرة تفويت الفرصة ضمن نظرية الضمان عموماً، لأنها إضرار واعتداء، ولأنه لاضرر ولاضرار، وأن الضرر يزال بجبره.

(٤) وهذا في إطار اهتمامنا بالدراسات الإسلامية المقارنة، بين آراء الفقهاء المسلمين بعضهم مع بعض، وبين هذه الآراء وما جاء في القوانين الوضعية المعاصرة.

وللوصول إلى الهدف الأكاديمي الذي يسعى إليه هذا البحث، وفقاً للمعطيات السابقة، فإننا نقسم هذا التعليق إلى المطالب الآتية :

**المطلب الأول**: القرار محل التعليق.

**المطلب الثاني:** إشكالات المبدأ القانوني الذي يثيره القرار.

**المطلب الثالث :** عدم وضوح اجتهاد المحكمة العليا بشأن الفراق بين المتعاقدين قبل الدخول.

**المطلب الرابع:** طبيعة الضرر في حالة الحكم بتفويت فرصة الزواج.

**المطلب الخامس**: الحدود القانونية للحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة.

**المطلب السادس:** صعوبة تقدير الفرصة بحد ذاتها.

**المطلب السابع** : تعقيب قانوني.

# المطلب الأول
# القرار محل التعليق

## الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
## باسم الشعب الجزائري

**قرار:**[1]

في جلستها العلنية، المنعقدة بمقرها الكائن بشارع ١١ ديسمبر ١٩٦٠، الأبيار، الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتـي نصه:

و بناء على المواد: ٢٤٤، ٢٤٣، ٢٤٢، ٢٤١، ٢٤٠، ٢٣٩، ٢٣٥، ٢٣٤، ٢٣١، ٢٣٣، ٢٣١ وما يليها، و٢٥٧ وما بعدها، و٢٦٤ إلى ٢٧١ من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم ١١/١٠/٢٠٠٤.

بعد الاستماع إلى السيد بوزيد لخضر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

حيث إن الطاعن (ق = س) سجل طعناً بالنقض بواسطة محاميه الأستاذ ميمونة محمد ضد القرار الصادر في ٢٤/٠٥/٢٠٠٤ عن مجلس قضاء البليدة والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف، والقضاء من جديد بالطلاق بين الطرفين قبل البناء وعلى مسؤولية الزوج وإلزام المستأنف الدفع للمستأنف عليها مبلغ ١٠٠,٠٠٠ دينار جزائري كتعويض.

---

(١) مجلة **المحكمة العليا**، الجزائر، ٢٠٠٧، العدد ١، ص ٤٨٧ وما بعدها.

حيث بتاريخ ٢٠٠٤/٠٩/٣٠ تم تبليغ الطاعن القرار المذكور بواسطة محضر ممضي من طرف المحضر القضائي السيد حشوف موسى.

حيث ردت المطعون ضدها في ٢٠٠٥/٠٤/١٠ بواسطة محاميها طالبة رفض الطعن.

حيث إن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية، لذلك يتعين قبوله شكلاً.

## من حيث الموضوع :

حيث إن الطاعن أثار وجهاً واحداً وهو:

**الوجه الوحيد** مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ولا سيما مخالفة أحكام المادة ١٦ من قانون الأسرة.

حيث إن العارض قد دفع أمام محكمة الدرجة الثانية بأحكام المادة ١٦ من قانون الأسرة التي تنص «تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه قبل الدخول»، إلا أن قاضي الدرجة الثانية عند حيثياته للقرار قد أسس حكمه على أن العارض لا يستند إلى أي سند قانوني، فيما يتعلق بطلبه الرامي إلى تمكينه من نصف مبلغ الصداق، مخالفاً بذلك أحكام المادة ١٦ من قانون الأسرة.

**عن الوجه الوحيد :**

لكن حيث يتضح من خلال القرار المنتقد، أن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ ١٠٠,٠٠٠ دينار جزائري، هو تعويض للمطعون ضدها جبراً للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أن الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار، انتظرتها المطعون ضدها في أثناء فترة الخطبة، ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن. ومن ثم فإن ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض ينسجم والقانون.

ومن جانب آخر، فإن قضاة الموضوع أساؤوا تطبيق القانون، وخاصة المادة ١٦ من قانون الأسرة، باعتبارهم لم يفصلوا في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن، باعتبار أن الطلاق وقع بينه وبين المطعون ضدها قبل الدخول؛ مما يتعين معه نقض القرار جزئياً في هذا الشأن.

حيث تتحمل المطعون ضدها المصاريف القضائية.

**فلهذه الأسباب**

**قررت المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية والمواريث –**

قبول الطعن شكلاً وموضوعاً، ونقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ ٢٤/٠٥/٢٠٠٤، جزئياً فيما يخص الصداق، وإحالة القضية وطرفيها لنفس المجلس للفصل فيها وفق القانون بتشكيلة أخرى غير التي فصلت فيها قبل.

وحملت المطعون ضدها المصاريف القضائية.

بذا صدر القرار، ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس عشر من شهر نوفمبر سنة ألفين وستة للميلاد من قبل المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – المتكونة من السادة :

| | |
|---|---|
| العوامري علاوة | الرئيس |
| أمقران المهدي | المستشار |
| ملاك الهاشمي | المستشار |
| نعمان السعيد | المستشار |
| بوزيد لخضر | المستشار المقرر |

بحضور السيدة / خيرات مليكة المحامية العامة،

وبمساعدة السيد / زاوي الناصر أمين قسم الضبط.

## المطلب الثاني
## إشكالات المبدأ القانوني الذي يثيره القرار

إن المحكمة العليا الموقرة، وهي تناقش الوجه الوحيد الذي أقيم عليه الطعن، والذي ينعى الطاعن منه على القرار المنتقد المطعون فيه الخطأ في تطبيق نص المادة ١٦ من ق. أ. ج، عندما لم يفصل قضاة الموضوع في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن، بسبب أن الطلاق الذي وقع بينه وبين المطعون ضدها قد حصل قبل الدخول ؛ فإنها وهي تؤيد ما انتهى إليه قضاة الاستئناف، أثارت تلقائياً بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن والمقدر بمبلغ ١٠٠,٠٠٠ دينار جزائري، هو تعويض للمطعون ضدها جبراً للضرر الذي أصابها من جراء ضياع فرصة الزواج عليها؛ باعتبار أن الطاعن طلب فسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرتها المطعون ضدها، في أثناء فترة الخطبة ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن.

إن حرمان المعقود عليها من فرصة الزواج، من جراء تراجع الطاعن عن إتمام إجراءات الزواج والدخول، وتفويتها عليها بعد مضي زمن طويل من الخطبة، لا يقتصر أثره القانوني على مجرد المساس بالأمل في الفوز بالزواج وبناء الحياة الزوجية، وإنما يتعلق الأمر أساساً بالحق في انتهازها، ومن ثم محاولة الفوز. وهذا هو الشيء الجوهري المهم الذي فقدته المعقود عليها نهائياً بحرمانها من تلك الفرصة، بعد مدة طويلة من الانتظار والتربص. فإن سلب هذا الحق في حد ذاته يعد ضرراً محققاً، يحسب من الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض، وإن كان زواجه أمراً احتمالياً.

والحقيقة أن المحكمة العليا الموقرة في قرارها الحالي، بحكمها بأن للمعقود عليها حق طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن حرمانها من فرصة الزواج، لم تتطرق للشروط والتفاصيل، لمواجهة ما تظهره الحياة العملية بصفة عامة من فروض ووقائع. ومن ثم، فإن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، أو

بالأحرى بهذا الاجتهاد، من دون تأصيل ولا ضوابط، قد يعمق المشكلة ولا يحلها في المجتمع.

وبالإضافة إلى هذا، فإن الأخذ بالتعويض عن تفويت الفرصة بصفة عامة، على الرغم من كونه ضرراً مستقبلاً، سيفتح الباب – لا محالة – لكلا الطرفين للمنازعات والخصومات، ليوقع كل واحد أكبر الخسائر بالطرف الآخر، مما سيرهق المحاكم؛ وهو الأمر الذي سيجعل المسألة أكثر صعوبة وتعقيداً من الناحية العملية، لأن ضرر تفويت فرصة الزواج في مسائل الطلاق قبل الدخول يقع كثيراً في المجتمع.

ومن جهة أخرى، فإن المحكمة العليا الموقرة في قضايا مماثلة، كانت لا تصل إلى وجوب التعويض عن تفويت فرصة الزواج. كما هو الحال في مسائل التماطل عن إتمام إجراءات الزواج بالدخول[1]، وكذا في قضايا العدول عن الخطبة بعد مضي زمن طويل[2]. وذلك لأن قانون الأسرة الجزائري، على الرغم من تعديلات عام ٢٠٠٥، لم يرتب على العدول في حد ذاته أي نوع من الالتزامات، ولو طالت مدة الخطبة[3].

---

(١) **المحكمة العليا** ، غ، أ، ش، ٢٣/٠١/٢٠٠٠، ملف رقم ٢٥٦٨٥٧، م، ق، ٢٠٠١، العدد ٢، ص ٢٩٤؛١٦/٠٣/١٩٩٩،/ ملف رقم ٢١٩٣١٣، إ، ق، غ، أ، ش، عدد خاص، ٢٠٠١، ص ٣٩؛ ١٦/٠٣/١٩٩٩، ملف رقم ٢١٦٨٦٥، إ، ق، غ، أ، ش، ص ٢٥٦؛ ١٣/٠٧/١٩٩٣، ملف رقم ٩٢٧١٤، م، ق، ١٩٩٥، العدد ١، ص ١٢٨؛٢٣/٠٤/١٩٩١، ملف رقم ٧٣٩١٩، م، ق، ١٩٩٣، العدد ٢، ص ٥٨.

(٢) **المحكمة العليا** ، غ. أ. ش، ١١/١٠/٢٠٠٦، ملف رقم ٣٦٩٤٩٤، م. م. ع، ٢٠٠٧، العدد ٢، ص ٤٥٤ (الخطبة تجاوزت ٥ سنوات)؛ ١٦/٠٣/١٩٩٩، ملف رقم ٢١٧١٧٩، إ – ق – غ – أ – ش، ص ١٢٢؛ ٢٣/٠٤/١٩٩٦، ملف رقم ١٣٥٤٣٥، م. ق، ١٩٩٨، العدد١، ص ١٣٠؛ ٢٠/٠٢/١٩٩١، ملف رقم ٧٥٥٨٨، م. ق، ١٩٩٣، العدد ٤، ص ٧٨ (الخطبة تجاوزت ٥ سنوات أيضاً).

(٣) وهو ما سارت عليه **المحكمة العليا**، غ، أ، ش، ١٧/٠٣/١٩٩٢، ملف رقم ٨١١٢٩، إ، ق، غ، أ، ش، عدد خاص، ص ٣٠؛ ١٣/٠٧/١٩٩٣، ملف رقم ٩٢٧١٩، مذكور سابقاً.

فإن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج، ولكل من الطرفين (ولو تم إبرام العقد) حق العدول عنها (م٥/١ و٢ من ق.أ.ج المعدلة سنة ٢٠٠٥)[١]، بل إنهم غير ملزمين قانوناً إتمام مشروع الزواج بالبناء[٢]. كما أن التعويض لا يترتب قانوناً إلا عن فعل يكون خطأ، يلحق ضرراً مادياً أو معنوياً أو كليهما للطرف الآخر[٣] (م٥/٣، و٥٢، و٥٣ مكرر، و٥٥ من ق.أ.ج). ومن ثم، يستوجب من الناحيتين الشرعية والقانونية عدم الخلط بين الخطبة (Fiançailles) وعقد الزواج (Contrat de mariage)؛ لأن العدول عن الخطبة في قضية الحال، هو طلاق قبل البناء شرعاً وقانوناً، لكون المخطوبة معقوداً عليها، وإن سميت عرفاً بالمخطوبة لتأخر الدخول، وعدم التحاق هذه الأخيرة ببيت الزوجية، لسبب أو لآخر، من أحد الزوجين أو كليهما[٤].

---

(١) **المحكمة العليا** ، غ. أ. ش، ٢٤/٠٥/٢٠٠٠، ملف رقم ٢٢٣٨٥٢، م. ق، ٢٠٠١، العدد١، ص ١٣٨؛ ١٧/٠٣/١٩٩٢، ملف رقم ٨١١٢٩، مذكور سابقا؛ ١٤/٠٤/١٩٩٢، ملف رقم ٨١٨٧٧، إ. ق. غ. أ. ش، عدد خاص، ص ٣٣؛ ٢٢/١٢/١٩٩٣، ملف رقم ١٠٦٧٧٦، م. ق، ١٩٩٤، العدد ٢، ص ٢٧؛ ٢٦/٠٣/١٩٩٠، ملف رقم ٥٦٥٠٠، م. ق، ١٩٩٢، العدد ٣، ص ١١٢؛ ١٩/١١/١٩٨٤، ملف رقم ٣٤٠٤٦، م. ق، ١٩٩٠، العدد ١، ص ٦٧.

(٢) إن أحكام الشريعة الإسلامية تجيز للزوجة العدول عن إتمام إجراءات الدخول، شريطة تحميلها مسؤولية ذلك. **المحكمة العليا**، غ، أ، ش، ١١/١٠/٢٠٠٦، ملف رقم ٣٦٩٤٩٤، مذكور سابقاً.

(٣) د. الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، ص ٢٣ و٢٤؛ أ. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص ١٧ و١٨؛ د. محمد محده، الخطبة والزواج، ص ٦٦؛ د. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص ٣٠؛ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ص ٣٠ وما يليها؛ أ. د. بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج١، ص ٥٨.

(٤) ومن ثم، فإن تطبيق المادة ٥ من ق ، أ ، بدل المادة ٥٢ منه، المتعلقة بالمسؤولية بشأن الفراق بين الزوجين، هو خطأ في تطبيق القانون؛ والواجب هنا هو تطبيق أحكام الطلاق قبل الدخول.

وعلى هذا الأساس، فإن الخاطب قد يستعجل في الحياة العملية إبرام عقد الزواج، لترتيب بعض أموره للحصول على مسكن وظيفي، أو للاستفادة من امتيازات الزوجية لتقديم ملف إداري، أو حتى باتفاق الطرفين على أن الدخول يكون بعد الانتهاء من الدراسة الجامعية، أو بعد تأدية الزوج للخدمة الوطنية أو العسكرية وغيرها[١].

فإن العدول عن المعقود عليها، في مثل هذه الحالات، هو طلاق حتماً، وله أحكامه الشرعية والقانونية قبل البناء أو بعده، مع مراعاة طول المدة قبل البناء أو بعد البناء. وهو ما حدا بقرار المحكمة العليا الحالي، بإقرار حق المعقود عليها في الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج، في حالة الطلاق قبل البناء، إذا طالت المدة بين العقد والطلاق (وفقاً للمادة ٥٢ من ق.أ.ج)، وحق الزوج باسترجاع نصف الصداق المسمى الذي دفعه (طبقاً للمادة ١٦ من القانون نفسه)، كما يظهر ذلك من أسباب القرار ومنطوقه[٢].

(١) التعويض ههنا، يكون وفقاً للضرر الحاصل، بما في ذلك حرمان الشخص من فرصة كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة.

(٢) طول المدة بين العقد والطلاق قبل الدخول، يتوقع معه حدوث الضرر لا محالة، وخاصة إذا كان الزوج هو المتسبب في الضرر. **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٩٩٩/٣/١٦، ملف رقم ٢١٦٨٦٥، مذكور سابقاً (إن عدم إتمام الزواج بالبناء يلحق ضرراً معنويا بالمخطوبة جديراً بالتعويض).

## المطلب الثالث
## عدم وضوح اجتهاد المحكمة العليا بشأن الفراق بين المتعاقدين قبل الدخول

نلاحظ في قضية الحال، وكذا من قراءة نماذج لقرارات صادرة عن المحكمة العليا الجزائرية أن اجتهادها لم يستقر على تفسير واضح المعالم، فيما يتعلق بالمصطلح المقبول بشأن الفراق بين المخطوبين المتعاقدين، والمسؤولية المترتبة على ذلك. هل نطبق المادة ٥ من ق.أ، أو المادتين ٥٢ أو ٥٣ من القانون نفسه، على الرغم من أننا مازلنا في مرحلة الخطبة، وأن البناء بين الطرفين لم يتم بعد؟ فإن موقف القضاء الجزائري، بخصوص هذه المسألة، يعمه عدم الوضوح.

فقد قررت المحكمة العليا أن التعبير السليم هو فسخ الزواج، لعدم إتمام عقد الزواج بالبناء بين الطرفين،(١) وقد استعمل قضاة المحكمة العليا اصطلاح "فسخ الزواج" بعد مدة طويلة من الانتظار، وهم يناقشون الوجه الوحيد الذي تقدم به الطاعن في القرار محل التعليق الحالي.

في حين حكمت في قرارات أخرى، بأن التعبير الصحيح المقبول هو الطلاق قبل الدخول لوجود العقد بين الطرفين(٢).

وتأسيساً على ما تقدم، فإنه ينبغي عدم الخلط بين المخطوبة والمعقود عليها، ومازال يبدو واضحاً من خلال دراسة بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا الموقرة، الخلط الكبير بين ما يعتبر زواجاً، وما يعد مجرد

---

(١) المحكمة العليا، غ. أ. ش، ٢٠٠١/٠٢/٢١، ملف رقم ٢٥٥٧١١، م. ق، ٢٠٠٢، العدد ٢، ص ٤٢٤؛ ١٩٨٦/١١/١٣، ملف رقم ٤٢٦٨١، م. ق، ١٩٨٩، العدد ٢، ص ٩٣؛ ١٩٨٥/١٢/٠٢، ملف رقم ٣٨٣٤١، ن. ق، العدد ٤٤، ص ١٩٠.

(٢) المحكمة العليا، غ.أ.ش، ٢٠٠١/٠١/٢٣، ملف رقم ٢٥٦٨٥٧، م. ق، ٢٠٠١، العدد ٠٢، ص ٢٩٤؛ ١٩٩٦/٠٤/٢٣، ملف رقم ١٣٥٤٣٥، م. ق، ١٩٩٨، العدد ١، ص ١٣٠؛ ١٩٩٣/١٠/١٦، ملف رقم ٩٦٨٠١، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص ٢٦٦.

خطبة[1]؛ فكان يستحسن توضيح هذه المصطلحات، وتحديدها وحسم الاختلاف بينها.

فإن أحكام الطلاق قبل الدخول واضحة في الفقه الإسلامي، والزوجة غير المدخول بها إذا طلقت قبل البناء، تجب لها النفقة الزوجية، ولو لم تطالب هي أو وليها بالدخول، مالم تمتنع من الدخول لو طلب منها[2]. كما أنها تستحق نصف الصداق المسمى، لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[3]، إذا حصل الطلاق قبل الدخول في النكاح الصحيح[4]. ولها الحق في التعويض في حالة الضرر المعتبر شرعا[5]. والطلاق قبل الدخول كله بائن لا رجعة فيه[6]؛ لأن الرجعة لا تكون إلا في العدة، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها[7]، لقوله سبحانه: ﴿فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[8].

---

(١) المحكمة العليا، غ. أ. ش، ٠٤/٠٤/١٩٩٥، ملف رقم ١١١٨٧٦، إ. ق.غ. أ. ش، ص ٣٦؛ ١٧/٠٣/١٩٩٢، ملف رقم ٨١١٢٩، مذكور سابقاً.

(٢) فإن امتنعت المعقود عليها من الانتقال إلى بيت الزوج، من غير عذر شرعي، كانت ناشزاً فلا تجب لها النفقة قبل الدخول. راجع شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج٤، ص ٢٤٤، الحطاب. مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج٤، ص ١٨٢. وقد اشترط المالكية لوجوب النفقة قبل الدخول أن يكون الزوج بالغاً، والتمكين من الدخول، وأن تكون الزوجة مطيقة للوطء، وألا يكون أحد الزوجين مشرفاً على الموت. انظر ابن جزي. القوانين الفقهية، ص٢٢١.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٧.

(٤) لأن الطلاق لا يقع إلا من نكاح صحيح، **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ١٢/١٠/٢٠٠٥، ملف رقم ٣٤٠٦٧١، م. م. ع، ٢٠٠٥، العدد ٢، ص ٣٩٧.

(٥) د. وفاء فراش، الطلاق وآثاره المعنوية والمادية في الفقه الإسلامي، ص ٢٧٧.

(٦) المحكمة العليا، غ. أ. ش، ١٠/٠٢/١٩٨٦، ملف رقم ٣٩٤٦٣، م. ق، ١٩٨٩، العدد ١، ص ١١٥، انظر د. ناصر النشوي، الخلوة والآثار المترتبة عليها في الشريعة الإسلامية، ص ٢٦٧ وما يليها.

(٧) المحكمة العليا، غ.أ.ش، ١٨/٠٦/١٩٩٦، ملف رقم ١٣٧٥٧١، م.ق، ١٩٩٧، العدد ٢، ص ٩٣.

(٨) سورة الأحزاب، الآية ٤٩.

وفي هذا السياق، فإن الشريعة الإسلامية تجيز للزوجة المعقود عليها، التطليق قبل البناء، والعدول عن إتمام إجراءات البناء شريطة تحميلها مسؤولية ذلك (م ٥٣/٦ من ق. أ. ج)[١]؛ كما أنه يجوز لها طلب التطليق مع التعويض، لوجود الضرر المعتبر شرعاً، كطول أمد الخطبة، مما يتوقع معه حدوث الأضرار المادية والمعنوية[٢].

ومن جهة أخرى، فإن المحكمة العليا الموقرة، اكتفت في الحيثية الثانية بالإشارة إلى أن قضاة الموضوع أساؤوا تطبيق القانون، وخاصة المادة ١٦ من ق.أ.ج، باعتبارهم لم يفصلوا في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن، على أساس أن الطلاق وقع بينه وبين المطعون ضدها قبل الدخول؛ مما يتعين معه نقض القرار جزئياً في هذا الشأن.

وهذا اجتهاد صائب يساير الفقه الإسلامي، الذي يقضي بأنه تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول، لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[٣]. وهنا يشترط الفقهاء أربعة شروط مهمة هي:

١ – أن يكون عقد الزواج صحيحاً، فإن كان فاسداً لا تستحق الزوجة شيئاً من الصداق، غير أنه يصحح بعد الدخول بصداق المثل (م ٢/٣٣ من ق.أ.ج)[٤].

---

(١) المحكمة العليا، غ.أ.ش، ٢٠٠٦/١٠/١١، ملف رقم ٣٦٩٤٩٤، مذكور سابقاً.

(٢) **المحكمة العليا** ، غ.أ.ش، ١٩٩٩/٠٣/١٦، مكلف رقم ٢١٧١٧٩، مذكور سابقاً؛ ١٩٩٦/٠٤/٢٣، ملف رقم ١٣٥٤٣٥، مذكور سابقاً، وترفع دعوى التطليق قبل البناء من طرف الزوجة وليس من طرف الولي، ٢٠٠٦/١٠/١١، ملف رقم ٣٦٩٤٩٤، المشار إليه.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٧.

(٤) **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٩٩٨/١١/١٧، ملف رقم ٢١٠٤٢٢، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ٢٠٠١، ص ٥٣؛ ٢٠٠١/٠١/٢٣، ملف رقم ٢٥٣٣٦٦، م. ق، ٢٠٠٢، العدد ٢، ص ٤٤٠.

٢ – أن يكون الصداق مسمى (م ١٦ من ق. أ. ج)[١].

٣ – أن يقع الطلاق قبل الدخول الحقيقي بالإجماع، وقبل الدخول الحكمي على الراجح[٢]، وقبل ما يقوم مقامه من بقائها سنة مع زوجها عند المالكية[٣]. وهذا لقوله عز وجل: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾.

٤ – أن يكون الفراق باختيار من الزوج، لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾، كما هو الشأن في قضية الحال. فإذا لم يكن الطلاق باختياره فلا شيء لها من الصداق، وجازت لها المتعة، كما إذا ردها قبل الدخول لعيب فيها، أو تم التطليق بطلب منها[٤].

وعلى هذا الأساس، ومن باب سد الثغرات التشريعية، فإنه يستوجب تكملة صياغة المادة ١٦ من قانون الأسرة الجزائري الناقصة، على الرغم من تعديلات الأمر الرئاسي رقم ٠٢/٠٥ المؤرخ في ٠٢/٢٧/ ٢٠٠٥؛ وهذا يكون بإضافة الفقرة التالية : "وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، إن طلقها زوجها قبيل البناء بها اختيارياً".

ونلاحظ أنه إذا حازت المعقود عليها الصداق المسمى كله، ثم طلقت قبل البناء باختيار من الزوج، كما هو الشأن في القرار موضوع التعليق، فإنها ترد له

---

(١) **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ١٩٩٦/٠٩/٢٤، ملف رقم ١٤٣٧٢٥، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ٢٠٠١، ص ٢٦٩.
أما إذا كان في نكاح التفويض (من غير ذكر للصداق أثناء العقد)، فلا شيء للمرأة إذا حصل الطلاق قبل الدخول. انظر الموطأ للإمام مالك – رحمه الله تعالى – ص ٥٢٧.

(٢) قال الحنفية والشافعية والحنابلة إن متعة المطلقة قبل الدخول واجبة، إن لم يكن لها نصف الصداق بأن كانت مفوضة. انظر السرخسي. المبسوط، ج٦، ص ٦١؛ الشربيني، الإقناع، ج٢، ص ٨٨؛ ابن قدامة، المغني، ج٨، ص ٤٨ و٤٩.

(٣) وقال المالكية إن متعتها مستحبة. انظر الشرح الكبير للدردير، ج٢، ص ٤٢٥.

(٤) ابن جزي، القوانين الفقهية، ص ١٥٠، **المجلس الأعلى المغربي**، ١٩٧٧/٠٥/٢٦، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد ٢٦، ص ١٣٩.

نصفه، وتكون ضامنة له إذا تصرفت فيه[١]. ولكن الله تعالى دعا الزوجين إلى العفو والمسامحة، لقوله سبحانه: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[٢] فهنا يستحسن للزوج أن يعفو عن النصف الباقي من الصداق، تخفيفاً للزوجة عن ألم الفراق والوحشة، ومرارة خيبة الأمل ومعاناتها في بداية الحياة الزوجية، ولأنه قد ابتذلها بالطلاق قبل البناء[٣].

وقد أجمع الفقهاء على وجوب نصف الصداق المسمى للمرأة المطلقة قبل الدخول(أي قبل المساس بها)[٤]، وهو ما قررته المحكمة العليا في قضية الحال، بنقضها للقرار المطعون فيه جزئياً، وفقاً للمادة ١٦ من ق. أ. ج. والهدف في مثل هذا الاجتهاد هو المحافظة على القرار المطعون فيه بالنقض، ولو في بعض جوانبه، مادام أنه صائب من الناحية القانونية.

فإن لم يكن هنالك صداق مسمى لهذه المرأة فقد أوجب لها الشرع المتعة، لقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾[٥]، و كذا قوله سبحانه: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[٦]، كنوع من التعويض عما لحقها من ضرر معنوي بسبب

---

(١) وذلك لأن الصداق شرط من شروط صحة الزواج (م ٩ مكرر من ق. أ. ج)، وما دام الزواج لم يتم فعلاً بالدخول الحقيقي، فلا حق للمطلقة قبل البناء في الاحتفاظ به كاملا (م ١٦ منه). **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٧/١٠/٢٠٠١، ملف رقم ٢٦٤٥٥٥، م.ق، ٢٠٠٣، العدد ٢، ص٢٨٢؛ ١٧/٠٣/١٩٩٨، ملف رقم ١٨٨٧٠٧، إ.ق.غ.أ.ش، ص ٥٠؛ ١٦/١٠/١٩٩٣ ملف رقم ٩٦٨٠١، نفس المرجع، ص٢٦٦.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٣٧.

(٣) ابن العربي، أحكام القرآن، ج١، ص ٢٢٠.
Cf. Tchouar (D). Le régime juridique de la dot en droit algérien, Rev. Alg,1996, Nº 4, P 569 et S.

(٤) ابن رشد. بداية المجتهد، ج٢، ص١٨.

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٣٦.

(٦) سورة البقرة، الآية ٢٤١.

هذا الطلاق[١]. غير أنه لا يجوز أن يجتمع نصف الصداق مع المتعة؛ لأن وجوبها هو على سبيل البدل من نصف الصداق المسمى[٢]. ومن هنا، يفهم اقتصار المحكمة العليا الموقرة على حق الزوج باسترجاع نصف الصداق الذي دفعه دون تعرضها للطلبات الأخرى، وإشارتها في الحيثية الأولى إلى أن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن، والمقدر بمبلغ ١٠٠,٠٠٠د. ج هو تعويض للمطلقة لجبر الضرر الذي لحقها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، بعد مدة طويلة من الانتظار.

وكان يستوجب على المحكمة العليا الموقرة، استعمال مصطلح الطلاق قبل الدخول، والتركيز على أحكام هذا الأخير، بدلاً من تعبير فسخ الزواج "الوارد في الحيثية الأولى"، بما يدل أنه تأثر بأفكار القانون المدني.

فإن الفسخ (Résiliation) لا يرد إلا على عقد ولو صحيحاً، لكنه اختل فيه شرط من شروط الصحة، أو شابه عيب من عيوب الإرادة، أو اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو تزوج أحد الزوجين في مرض الموت ؛ وكذا إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثاً (م٣٢ و٣٣ و٣٥ و٢٢٢ من ق.أ.ج)[٣]. في حين أننا بصدد حق المطلقة قبل البناء، عما أصابها من

---

(١) ومقدار المتعة منوط بحال الزوج المطلق يساراً وإعساراً؛ كما أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها. **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٩٨٨/١١/٢١، ملف رقم ٥١٦١٤، م. ق، ١٩٩٠، عدد٤، ص ٦٤. وقال بعض المالكية: إن المتعة مندوبة لكل مطلقة سواء قبل الدخول أو بعده، راجع الدردير. الشرح الصغير،ج٢، ص٢٨١.

(٢) فهي خلف عنه، فلا تجتمع مع الأصل؛ كما أن المطلقة بطريق الخلع قبل الدخول والمفروض لها صداق فليس لها المتعة. انظر د. جمال عبد الغفار. الخلع في الشريعة الإسلامية، ص١٨١ ومايليها.

(٣) ومن المعلوم أنه يعتبر الفسخ في الزواج الفاسد طلاقاً (م٣٣/٢ من ق.أ.ج)، وأن الفسخ لا يرد على عقد الزواج العرفي **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ٢٠٠٥/١٠/١٢، ملف رقم ٣٤٠٦٧١، م.م.ع، ٢٠٠٥، العدد ٢، ص ٣٩٧)، وأنه لا يجوز للمعقود عليها طلب فسخ الزواج قبل البناء إلا بمقابل خلع تدفعه للزوج (م ٥٤ ق.أ.ج المعدلة عام ٢٠٠٥). **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٩٨٥/١٢/٠٢، ملف رقم ٣٨٣٤١، ن.ق، عدد ٤٤، ص١٩٠.

ضرر، من جراء ضياع فرصة الزواج عليها، وخاصة بعد طول المدة بين العقد والطلاق[1]؛ فاختلط موضوع النزاع بموضوع الاستئناف في ذهن قضاة المحكمة العليا الموقرة.

(١) وقد تناول الفقهاء في هذا الخصوص: المطلقات قبل الدخول والخلوة، وكذا المطلقات قبل الدخول وبعد الخلوة، من حيث لزوم العدة، ووجوب المتعة، وحكم الصداق، وما يلحق بها من أحكام النفقة والنسب والرجعة والميراث وغيرها....، انظر ابن قدامة، المغني، ج ٨، ص ٤٨ و٤٩؛ وج٩، ص٧٦؛ ابن رشد. بداية المجتهد، ج٢، ص١٨.

## المطلب الرابع
## طبيعة الضرر في حالة الحكم بتفويت فرصة الزواج

إن الضرر الذي يكون محلاً للتعويض، والذي تقوم بناءً عليه المسؤولية المدنية، إنما هو ذلك الضرر المحقق (Dommage certain)، أي الذي وقع فعلاً (Réalisé ou actuel)، وفقاً للمواد ١٣١، ١٨٢ و١٨٢ مكرر من ق.م، المعدّلة بالقانون رقم ٠٥/١٠ المؤرخ في ٢٠/٠٦/٢٠٠٥.

وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في غرفتها المدنية، بأن يكون الضرر محقق الوقوع، وألا يكون افتراضياً أو احتمالياً (supposé ou éventuel)؛ أي بمعنى أنه الخسارة التي لحقت المدعي فعلاً[١]، وعلى قضاة الموضوع تبيان الوسائل المعتمدة في تقدير التعويضات المدنية، التي يستوجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل[٢].

ولكن ما طبيعة الضرر المترتب عن تفويت فرصة حقيقية، كان يتوقع الشخص من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة، أهو ضرر محقق أم أنه مجرد ضرر احتمالي؟ فإننا لا نستطيع في هذا الشأن، أن نقرر بكل جزم قاعدة ثابتة لا تتغير؛ فقد يعتبر تفويت الفرصة في بعض الأحيان ضرراً حالاً ومؤكداً، وقد يعتبر أحياناً أخرى ضرراً مستقبلاً بعيد المنال (أي مجرد أمل لا غير)[٣].

---

(١) **المحكمة العليا** ، غ، م، ٢٧/١١/١٩٨٥، ملف رقم ٤١٧٨٣، م، ق، ١٩٩٠، العدد ١، ص ٤٣؛ ١٨/٠٥/١٩٨٥، ملف رقم ٣٩٦٩٤، م، ق، ١٩٨٩، العدد ٣، ص ٣٤.

(٢) **المحكمة العليا** ، غ، م، ٢٤/٠٥/١٩٩٤، ملف رقم ١٠٩٥٦٨، م. ق، ١٩٩٧، العدد ١، ص ١٢٣؛ ٣١/٠٣/١٩٩٣، ملف رقم ٩٧٨٦٠، غير منشور؛ ٣٠/٠٦/١٩٩٨، ملف رقم ١٩٦٢٠٣، غير منشور. غير أن الضرر المعنوي لارتكازه على العنصر العاطفي أو النفسي لا يحتاج إلى تعليل خاص من قضاة الموضوع، ٠١/١٢/١٩٨١، ملف رقم ٢٤٥٠٠، غير منشور.

(٣) د. حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، ص ٢١٠.

ومن هنا، ينبغي على القاضي أن يفرق بين الضرر المحقق (الذي يتمثل في الحرمان من الفرصة ذاتها)، وبين مجرد الضرر الاحتمالي (الذي لا يحق للمدعي المطالبة بالتعويض عنه). وذلك تبعاً لظروف كل قضية على حدة، ويقتصر التعويض عن الضرر المحقق دون الضرر الاحتمالي[١]. وبهذا يكون قد التزم باحترام القانون من جهة، وساهم في تحقيق العدالة من جهة أخرى.

فهي بعض الاعتبارات التي قد تحول في الحياة العملية، أو التي ستزيد من صعوبة تقدير التعويض عن ضرر تفويت الفرصة في مسائل الزواج والطلاق؛ لأن ذلك سيؤدي للاعتراف بالطابع الملزم للمرحلة السابقة للدخول[٢]، وهذا على الرغم من أن المحكمة العليا، سبق أن قررت أن القانون المدني لا يطبق بكل حذافيره على قضايا الأحوال الشخصية[٣]، وذلك لأن قانون الأسرة يعتبر نصاً خاصاً، مقدماً على النص المتضمن في القانون المدني، ولا فرق في ذلك بين القانون الموضوعي والقانون الشكلي[٤].

والذي يهمنا في هذا الخصوص، هو إقرار المحكمة العليا الموقرة لمبدأ تفويت فرصة الزواج، من جراء طول المدة بين إبرام العقد ووقوع الطلاق قبل الدخول؛ مما يتوقع معه حدوث الضرر. ومن المعلوم أن فكرة تفويت الفرصة

---

(١) Cf. (A) Bénabent. La chance et le droit, Thèse, Paris, 1971, P55 et S, (Ph) le Tourneau. Droit de la responsabilité civile, éd 2002, par L.Cadiet, Nº 1507. voir, Reims.30/06/1983,D, 1986,I.R,64. Paris, 26/11/1987,D.1988,I.R,7, Cass.-Civ, 24/06/1987,D, 1987, I.R,169.

(٢) د. السعيد مصطفى، مدى استعمال الحقوق الزوجية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٣٦، ص ٨٣ وما يليها.

(٣) **المحكمة العليا** سبق أن قررت عدم تطبيق المادة ١٢٤ من ق. م المتعلقة بالمسؤولية عن الفعل الضار على قضايا الأحوال الشخصية، لخضوعها لأحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية؛ غ.أ.ش، ٢٢/٠٢/٢٠٠٠، ملف رقم ٢٣٥٣٦٧، م. ق، ٢٠٠١، العدد ١، ص ٢٧٥.

(٤) أ. د. علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة الشرطة، ١٩٩٠، العدد ٤٥، ص ٩ وما بعدها.

عالجتها الاجتهادات القضائية والفقهية ضمن أحكام الضرر في المواد المدنية ؛ وهي مطبقة في قضية الحال في مجال الأحوال الشخصية، مما يستوجب أن ترتكز على سياسة قانونية واضحة لتحقيق العدالة، وتدعيم المصلحة التي تحميها الإرادة التشريعية في قانون الأسرة(١).

والمشكلة في الحياة العملية، أنه يتقدم بعض الشباب للخطبة، ويستعجل إبرام العقد، هو على غير استعداد كاف للبناء، فتطول فترة الانتظار ويتأخر الدخول. فتزداد النفقات والمصاريف والمشتريات، والأسعار جنونية وكل شيء في زيادة، وجهاز المعقود عليها مكلف جداً، فتظهر العيوب الخفية ويبدأ القيل والقال وتكثر الإشاعات هنا وهناك، فتدب الخلافات من جراء تردد الزوج على بيتها من كثرة الاتصالات والزيارات والألسنة لا ترحم. فيقع الشاب في ضغط نفسي ومالي كبيرين؛ ويريد أهل المعقود عليها الإسراع بالدخول، فيطلب الزوج بعض الوقت، فلا يقتنع أهل المعقود عليها، فيضطر الزوج للطلاق قبل الدخول، وتتحطم آمال المعقود عليها المستقبلية في الزواج، وتصطدم بما لم يكن في الحسبان بفعل مضي فترة طويلة على العقد. وهذا كله من الاستعجال في أمر كان لهم فيه سعة وأناة، والمثال الشعبي الجزائري ينص مرة أخرى: "**في الزواج التدبير سنة والقطع ساعة**"(٢).

فإن أكثر الحالات التي يطالب فيها أصحابها بالتعويض عن ضرر الطلاق قبل البناء، هي القضايا التي تم فيها الطلاق بعد مضي فترة طويلة بين العقد والطلاق(٣)، وهو ثابت في قضية الحال، ذلك أن عدم إتمام الزواج بالدخول، ومن دون أسباب معقولة، يلحق ضرراً معنوياً كبيراً بالمعقود عليها ؛ وبخاصة في

---

(١) أي بمعنى أن تنسجم مع طبيعة ومقتضيات قانون الأسرة.

(٢) Cf., (K) Boutarène, Proverbes et dictons populaires algériens, Op Cit, P 175.

(٣) **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ١٩٩١/٠٤/٢٣، ملف رقم ٧٣٩١٩، مذكور سابقاً، ١٩٩٦/٠٤/٢٣، ملف رقم ١٣٥٤٣٥، مذكور سابقاً، ١٩٩٩/٠٣/١٦، ملف رقم ٢١٧١٧٩، مذكور سابقاً.

مجتمعاتنا الشرقية، وخاصة إذا تماطل الزوج عن البناء، فيكون الألم شديداً إذا جاء الطلاق بسبب من قبل الزوج[١].

وقد أحسن قولاً أحد العلماء المسلمين، حينما عبر عن ذلك بكل صراحة ووضوح، بقوله: «إن في الطلاق قبل الدخول غضاضة، وإيهاماً للناس بأن الزوج ما طلقها إلا وقد رأى منها شيء، فإذا هو متعها متاعاً حسناً تزول الغضاضة، ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة لنزاهتها؛ والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها، فجعل الله هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامح به الناس...»[٢].

(١) **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ١٦/٠٣/١٩٩٩، ملف رقم ٢١٦٨٦٥، مذكور سابقاً.

(٢) الشيخ محمد عبده. تفسيرالقرآن الكريم المعروف بتفسير المنار للشيخ محمد رضا، ج٢، ص ٤٣٠.

## المطلب الخامس
## الحدود القانونية للحكم بالتعويض عن تفويت الفرصة

على الرغم من هذا، فإن القرار محل التعليق الحالي، بتأييده لما حكم به قضاة الموضوع لدى مجلس قضاء البليدة بتاريخ ٢٤/٠٥/٢٠٠٤، بتفويت فرصة الزواج على المعقود عليها التي أساء إليها زوجها بطلاقها قبل الدخول، بعد مضي زمن طويل من الانتظار، مما يتوقع معه حدوث الضرر، هو قرار يتحلى بالشجاعة لتحقيق العدل.

ومن المعلوم أنه كان القضاء الفرنسي القديم، يرى في تفويت الفرصة (La perte d'une chance) ضرراً بعيد الاحتمال (dommage incertain)؛ فلا يقضي بتعويضه على أساس أن الضرر ليس محققاً؛ لكونه يقوم على مجرد الأمل (Une simple espérance)؛ والأمل هو أمر احتمالي غير مؤكد تحققه[١].

غير أنه – في عالم متطور – فتح المجال واسعاً للاجتهاد عدل عن ذلك، وقضى بإعطاء المخطوبة حق طلب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، من الشخص المسؤول عن وفاة خاطبها في حادث مرور مؤلم ؛ على أساس الضرر المعنوي، وفقدان شخص عزيز، وكذا حرمانها من فرصة الزواج به[٢]. وقد أثبتت المخطوبة الضرر الناجم عن ضياع فرصة الزواج، بأن أوراق الدعوة لحفلة الزفاف قد وزعت على الأصدقاء، وحدد تاريخ الحفلة[٣]. فإن القتل الذي

(١) Cf., (J) Vacarie. la perte d'une chance, R.R.J, 1987, p 903, (C) Ruellan. la perte d'une chance en droit privé, R.R.J, 1999, 3, P 729, Boré (J). L'indemnisation pour les chances perdues, J.C.P, 1974, 1, 2620, le sourd. la perte d'une chance, G.P, 1963 doct, 49, Bénabent (A). la chance et le droit, thèse Paris, 1971. Cf. Laroque (M). La réparation de la perte de chance, G.P, 1985, doct, 6074

(٢) C. App, Rouen, 09/07/1952, D. 1953, JP, 13, Cass, Crim, 05/01/1956, D, 1956, N" 216,Reims, 30/06/1983, D.1986, I.R, 64.

(٣) C. App. Lyon, 26/05/1966, D1967, P9, Cass. Civ, 02/04/1977, Bull, Civ, 1 N": 118.

تعرض له الخطيب، يعتبر ضرراً محققاً بالمخطوبة، أضاع عليها فرصة الزواج من خطيبها القتيل، وبناء أسرة زوجية تنفع نفسها والمجتمع دون أي شك[١].

كما أن القضاء اللبناني سار في هذا الاتجاه، فقضى بالتعويض للمخطوبة عن وفاة خطيبها، وحرمانها بذلك من فرصة حقيقية للزواج منه[٢].

وقد اشترط القضاء الفرنسي لإمكانية التعويض عن تفويت الفرصة، أن تكون **حقيقية وجادة**[٣]، وكلما أثبت المضرور أن المدعى عليه قد حرمه من فرصة خلال ممارسته إياها، أو كان على وشك ممارستها، كانت الفرصة حقيقية (Sérieuse) وليست افتراضية. فإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها هو أمر محقق يجب التعويض عنه، مادام الأمل (l'espérance) في جني الكسب أو في تفادي الخسارة، له أسباب معقولة أو مقبولة[٤].

فالضرر المحقق هنا، هو فوات الفرصة، أو خيبة الأمل، ما دامت المصلحة المعتدى عليها مشروعة، لا تخالف النظام العام أو الآداب، وإلا فإنها لا تستحق التعويض[٥]. فإن الطالب الذي يحرم من فرصة الاشتراك في الامتحان (أو المسابقة)، لا يمكن القول إنه لن ينجح في الامتحان حتماً، وإنما كل ما يمكن قوله إن الطالب قد فوتت عليه فرصة النجاح[٦]، وهذا بحد ذاته ضرر محقق وأكيد.

---

(١) Cass. Civ, 02/04/1977, Bull. Civ, 1, N" 118.

(٢) تمييز بيروت، ١٩٥٣/٠٦/٠٩، مجموعة خليل جريج، ص ١٥٣.
La chance n'est réparée que si elle était sérieuse, c'est-à-dire s'il est probe que l'évènement heureux aurait pu se réaliser. Cass. CIV, 1er, 18/07/2000, somm, N":143, Cass, Crim, 06/06/1990, Bull, Crim Nº 224.

(٣) Cass, civ, 1er, 18/07/2000, J.C.P, 2000, 4, N" 25870, 08/01/1985, D.1986, P 390, note (J) Penneau, Cass. Civ, 1er, 27/03/1973, J.C.P, 19774, 2 N" 17643, note Savatier.

(٤) Cf. (C). Ruellan. La Perte d'une chance en droit privé, op. cit, p 710 et S.

(٥) Cass. Civ, 1er; 18/07/2000, J.C.P, 2000, 4, N" 235870.Cf. Mouralis(J.L). La notion d'alea et les actes juridiques aléatoires, Thèse, Grenoble, 1968,p 61et s.

(٦) Sur la Licéité de l'avantage perdu, Voir. Cass, civ, 1er, 22/06/2004, Bull, Civ, 1 N" 182, D. 2005, 189, obs. (D) Mazeaud, Cf. (G) Viney, La Responsabilité civile, les conditions, LGDJ, Paris, 1998, N" 283, 344 et 348, Cf.Le Tourneau (ph) Droit de la responsabilité, Dalloz, Paris, 2002, par (L) Cadiet, N" 1506 et 1507.

وفي هذا الخصوص، قضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها المشهور بتاريخ ١٩٧٠/٠٢/٢٤، لزوجة القتيل (الذي أنهى دراسة الطب بنجاح واشتغل كطبيب مقيم في مستشفيات باريس) بالتعويض، على أساس الوقائع التي كانت تبشر بمستقبل زاهر لهذا القتيل، والتي كانت زوجته ستستفيد منه دون أي شك، على الرغم من كونه ضرراً مستقبلاً، لكنه جاء محققاً ومؤكداً(١).

وقبل ذلك، قال فقهاء الإسلام، بجواز التعويض عن فرصة المنفعة التي انعقد سبب وجودها (Lien de causalité)، وهو نوع من أنواع الإتلاف، والإتلاف سبب من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي(٢).

ويرى بعض الفقه، أنه يجب ضمان (أي تعويض) "**مهرة الأمة عند تفويت النكاح**"(٣)، وهذا منذ خمسة عشر قرناً ودون منازع، وقبل حكم محكمة استئناف روان (Rouen) المؤرخ في ١٩٥٢/٠٧/٠٩، الذي قضى بإعطاء المخطوبة حق طلب التعويض عن الضرر الناجم عن تفويت فرصة حقيقية للزواج، من جراء وفاة شخص عزيز (خاطبها) في حادث مرور دموي ومؤلم(٤).

وذهب المالكية في هذا الخصوص، إلى أن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق(٥). ومن ثم، فإن العدول عن الخطبة دون سبب هو تعسف في استعمال الحق، والمتعدي يضمن الفعل الضار(٦)، ومثاله أن يقول الشخص: سأتزوج بك

---

(١) Cass. Crim 24/02/1970,J.C.P, 1970, 2 Nº 16456 Note (Ph) Le tourneau..

(٢) د. ناصر محمد الجوفان، التعويض عن تفويت المنفعة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، ٢٠٠٥، العدد ٦٥، ص ٩٥ وما يليها.

(٣) ابن رجب الحنبلي، القواعد، ص ٢٠٨.

(٤) المنشور في دالوز، ١٩٥٣، الاجتهاد القضائي، رقم ١٣؛ مذكور سابقاً مع النقض الجنائي المؤرخ في ١٩٥٦/٠١/٠٥، دالوز ١٩٥٦، رقم ٢١٦.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ج٤، ص ٣٧٤ و٤٧٥ و٤٩٩، القرافي، الفروق، ج٤٧، ص ٢٤ و٢٥.

(٦) د. محمد رياض، التعسف في استعمال الحق في ضوء المذهب المالكي، ص ١١٧ و٢٢٩.

إذا انتظرتني خمس سنوات، فإن العدول عن الخطبة من أحد الطرفين في هذه الحالة يسبب ضرراً للآخر، فيجب التعويض عنه[١].

إن الفقه الإسلامي يوجب الضمان، ويحرم كل ما فيه ضرر مادي أو معنوي[٢] فإذا ما حدث ضرر بسبب الطلاق قبل الدخول، أو كان الطلاق دون مبرر شرعي، أو دون سبب مقبول، وجب على من تسبب (وهو المعتدي) أن يضمن الفعل الضار بجبره، أي بإزالته بالتعويض عنه[٣] فإنه يجب الضمان في الغصب والإتلاف، لأن كل ذلك اعتداء وإضرار[٤] لقوله – صلى الله عليه وسلم: **(لاضرر ولا ضرار)**[٥].

وهذا ما ارتكزت عليه المحكمة العليا الموقرة في قرارها الحالي، كما يظهر من أسباب القرار، بقولها ضمن الحيثية الأولى وهي بصدد مناقشة الوجه الوحيد: "بأن مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن، والمقدر بمبلغ ١٠٠,٠٠٠ د.ج هو تعويض للمطعون ضدها جبراً للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها ....."

وعلى هذا الأساس، فإنه إذا كان الضرر المحتمل (Dommage éventuel)، لا يستحق أي تعويض، فإن تفويت الفرصة ينجم عنه ضرر حال يتعين

---

(١) الشيخ عبد الله بن منيع، حكم الالتزام بالوفاء بالوعد ديانة وقضاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض١٤١٣، هـ، العدد ٢٦، ص ١٢٩ وما يليها.

(٢) د. أسامة عبد السميع، التعويض عن الضررالأدبي في الفقه الإسلامي والقانون، ص ٦١ ومايليها.

(٣) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، ص ٢٧؛ وللمؤلف نفسه نظرية الضمان، ص ١٧.

(٤) د. محمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ص٣١٤ وما يليها.

(٥) رواه ابن ماجه والدارقطني مسنداً، والإمام ما لك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي (ﷺ)، وقال النووي: حديث حسن، راجع نيل الأوطار للشوكاني، ج٥، ص٢٦٠.

التعويض عنه، على الرغم من أنه أمر محتمل (Causalité incertaine)، إلا أن تفويتها هو أمر محقق وأكيد يجب التعويض عنه نظراً لظروف كل حالة[١].

إن القانون لا يمنع أن يدخل في عناصر التعويض، ما كان للمضرور من رجحان كسب أو فوز أو نجاح، فوته عليه الفعل الضار أو العمل غير المشروع[٢]؛ وذلك لأنه، وإن كانت الفرصة أمراً احتمالياً، فإن تفويتها هو قدر محقق من الضرر، يقدره القاضي على ضوء الضرر الناجم عن فوات الفرصة، وهو ما يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، ولا رقابة عليهم فيه إلا أن يشوب حكمهم عيب في التسبيب[٣].

ومن هذا القبيل حكم القضاء المصري بالتعويض عن تفويت الفرصة، للموظف عن فصله دون حق، مما فوت عليه فرصة الترقي إلى درجة أعلى[٤]. كما أن محكمة التمييز الأردنية في قرار لها، حكمت بالضمان على المحامي الذي يفوت على موكله فرصة المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة القضائية[٥].

---

(١) Cass. Civ, 1er, 22/06/2004, Bull, Civ. 1.N" 182? D. 2005, 189, obs. (D) Mazeaud.
cf. Mazeaud et Tunc, traité de la responsabilité civile, T1, Nº 219.

(٢) نقض مدني مصري، ١٩٧٧/٠٣/٢٢، م، أ، ن، س ٢٨، رقم ١٣٣، ص ٧٣٢؛ تمييز دبي، طعن رقم ١٠٣، لسنة ١٩٩٧.
L'évaluation de la chance, et par la même du dommage réparable relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, Cass, Civ, 1er, 10/12/2002, Bull. Civ, 1 N" 197, P151.

(٣) إن تحديد التعويض الذي يترتب على الطلاق، يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم. **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ٢٠٠٦/٠٧/١٢ ملف رقم ٣٦٨٦٦٠، م. م. ع، ٢٠٠٦، عدد٢، ص ٤٨٣. غير أن القضاء بالطلاق قبل الدخول دون تحديد المسؤولية عن هذا التفريق، هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة **المحكمة العليا**. انظر **المحكمة العليا**، غ. أ. ش، ٢٠٠١/٠١/٢٥، ملف رقم ٢٥٦٨٥٧، م. ق، ٢٠٠١، عدد٢، ص ٢٩٤.

(٤) نقض مدني مصري، ١٩٥٦/١١/٣١، م.أ.ن، ١٩٥٦، رقم ١٥٢.

(٥) محكمة التمييز الأردنية، ١٩٨٣/٠٣/٢٩، رقم ٨٢/٧٦٨، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٣، العدد ٥-٨، ص ٣١. وفي المعنى نفسه انظر Cf. Cass. civ, 06/05/1980, G.P, 1980, 2, 422.

## المطلب السادس
## صعوبة تقدير الفرصة بحد ذاتها

إن فرصة الزواج في قضية الحال، كانت أمراً محتملاً؛ لأنها قد لا تتحقق. ومن ثم، فإننا في الحقيقة بصدد ضرر مستقبل، وهو لا يدخل – بحسب الأصل – ضمن عناصر الضرر الذي يعوض عنه القانون الجـزائري (المواد ٣/٥، ٥٢، ٥٣ مكرر من ق.أ، و١٨٢ و١٨٢ مكرر من ق.م)[١].

غير أنه يبدو من القرار الحالي، محل التعليق، أن المحكمة العليا قد تجاوزت هذه الاعتبارات، وقررت مبدأ جواز التعويض عن ضرر تفويت فرصة الزواج على المعقود عليها، وإن كان زواجه بها أمراً احتمالياً. وسندها القانوني في ذلك، أن طول المدة بين العقد والطلاق قبل البناء، يتوقع معه حدوث الضرر، فيجوز الحكم بالتعويض إذا كان الزوج هو المتسبب في الضرر. وهو تفسير لا بأس به لإكمال النقص الوارد في التشريع.

فإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها بحرمان المخطوبة المعقود عليها (أي المضرورة) من محاولة اجتيازها هو ضرر محقق وأكيد، ومن قبيل خيبة الأمل أو سوء الحظ الذي تسبب به الزوج، وهو ما أشار إليه قضاة الموضوع في صلب القرار المطعون فيه، بحق المعقود عليها المطلقة بالتعويض عما أصابها من ضرر، وخاصة قبل الدخول، وبعد مضي زمن طويل على إبرام العقد وعدم إتمام فرصة الزواج بالبناء.

والحقيقة أن الطلاق قبل الدخول، أو فسخ الزواج قبل البناء، غالباً يؤدي إلى تفويت فرص كثيرة: كتفويت فرصة الزواج من شاب أو فتاة أخرى، وتفويت

---

(١) على المحكمة عند إصدار قرارها بالتعويض أن تبين عناصر الضرر الذي قضت بالتعويض عنه، وإلا كان قضاؤها معيباً يستوجب النقض، **المحكمة العليا**، غ.م، ٠٧/٠٧/١٩٨٤، ملف رقم ٣٤٠٠٠، غير منشور، وأن لا يكون الضرر افتراضياً أو احتمالياً، ٢٧/١١/١٩٨٥، ملف رقم ٤١٧٨٣، مذكور سابقاً.

فرصة الوظيفة أو العمل، أو تفويت فرصة الدراسة، أو تفويت فرصة التقدم للامتحان أو المسابقة، أو تفويت فرصة السفر، وغير ذلك[١]...

فإن تفويت الفرصة، وما تتركه من الألم والمرارة، يشكل نوعاً من أنواع الضرر المعنوي الذي يجب أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار عند الحكم بالتعويض. ولا شيء في القانون الجزائري يمنع من التعويض عما فات المتضرر من كسب[٢].

والغالب في الحياة العملية، أن الفرصة لا يمكن استرجاعها بعد ضياعها. فالضرر الحاصل في حد ذاته يمثل فوات فرصة الزواج، إذا طالت المدة بين العقد والطلاق، وخاصة إذا كان الطلاق قبل الدخول لا يستند إلى أسباب معقولة بعد طول الانتظار، كما هو الشأن في قضية الحال. وأما مدى الضرر فيتمثل في مدى قوة احتمال تحقق الفرصة أو ضعفه، وعلى المدعي إثبات الضرر المترتب لفقده لتلك الفرصة عند المطالبة بالتعويض؛ وهي الفرصة التي كان يتوقع من ورائها جني كسب أو تفادي خسارة.

وعلى الرغم من هذا، فإنه كان يتعين على المحكمة العليا الموقرة، ضمن حيثيات القرار الحالي، الإشارة – ولو بصيغة مركزة – إلى شروط إمكانية التعويض عن تفويت الفرصة من الناحية القانونية. وهذا لإعطاء بعض المسالك التي يهتدي بها القضاة، بأن تكون الفرصة حقيقية وجدية وليست افتراضية. ويكون ذلك كلما أثبت المضرور أن المدعى عليه قد حرمه من فرصة خلال ممارسته إياها، أو كان على وشك ممارستها؛ فلا مناص عندئذ من إدخال تفويت الفرصة ضمن عناصر الضرر، مادام الأمل له أسباب مقبولة[٣].

---

(١) لا يمكن قصر طلب التعويض على المرأة دون الرجل، فيما يتعلق بتفويت الفرصة، فالتفريق الذي يقيمه بعض الفقهاء بينهما لا أساس له شرعاً وقانوناً. ومن المعلوم أن المادة ٥ من قانون الأسرة الجزائري، أ، قد أصبحت بعد تعديلات عام ٢٠٠٥، تقوم على المساواة بين الخطيبين وإلغاء جميع أشكال التمييز بين الرجل والمرأة.

(٢) أ. د. علي علي سليمان، مصادر الالتزام – ص ١٨٥ و١٨٦.

(٣) وهذا لإثراء القانون الوضعي الجزائري وتطويره. راجع أ. د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج٢، الواقعة القانونية، ص ١٦٥.

فإنه يجوز التعويض عن الحرمان من فرصة الزواج، وفقاً للمواد ٣/٥ و٥٢ من ق.أ المعدلة عام ٢٠٠٥، لأنها جاءت في صيغة عامة، متى كانت فرصة حقيقية وجدية. والتعويض هنا، لا يكون عن مسألة الفرصة؛ لأنه أمر احتمالي (incertain)، وإنما يكون عن تفويت الفرصة ذاتها، أي الحرمان من الزواج، وهو الضرر الذي وقع فعلاً، متى كانت المصلحة المادية مشروعة، فلا يجوز للخليلة مثلاً أن تطالب بتعويض عن فقد خليلها في القانون الجزائري.

إن الفرصة (La chance) لها قيمة مالية، وعلى القاضي أن يقدرها، وتقديرها ليس بالأمر اليسير(١)، بأن ينظر القاضي إلى أي حد كان الاحتمال كبيراً في تحقق الكسب أو الفوز، الذي ضاع على المضرور، من جراء تفويت الفرصة عليه(٢)؛ كتفويت فرصة الزواج من شاب أفضل، أو كوقوع الحادث قبل زواج المعقود عليها بأيام قليلة مثلاً، وكذا مضي زمن طويل بين إبرام العقد والطلاق قبل الدخول، بما يؤدي إلى ضياع فرصة الزواج وإلى فوات "القطار" والسنين دون أي شك.

وتكون الصعوبة ههنا، في أن الكسب (أي الفوز أو النجاح .....)، لم يكن سوى مجرد أمل (في كسب زوج آخر مثلاً وهو أمر احتمالي في الحياة)، وهذا الأمل قد يكون غير مؤكد تحققه امتداداً لواقع الأمور وجريانها(٣). غير أن صعوبة التقدير هذه، لا تعفي القاضي من التعويض، فيتعين عليه التأكد أولاً من صحة الزواج الواقع بين الطرفين (لأن الطلاق لا يقع إلا من نكاح صحيح وفقاً للمادتين ٤٧ و٤٨ من ق. أ)، كما أنه لا يمكنه الحكم بالتعويض عن مجرد الطلاق، إذا لم يتمكن المضرور أن يثبت الضرر اللاحق به (م ٥٢ من ق. أ المعدلة سنة ٢٠٠٥).

---

(١) **CF**. Terré (F), Simler (ph) et Lequette (y). Les Obligations 700, Boris (S), Obligations,,T1,p600

(٢) د. علي فيلالي، الالتزامات (الفعل المستحق للتعويض)، ص ٢٩٥، د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (الواقعة القانونية)، ص ٧٩.

(٣) أ. د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ص ٢٣٤ و٢٣٥.

وبالإضافة إلى هذا، يستوجب على القاضي التأكد من أن الفرصة محققة الوقوع، وليست مجرد احتمال أو مجرد أمنية بعيدة المنال[١]. فإنه لا تعويض عن الضرر الاحتمالي، وفقاً لأحكام القانون الجزائري، وهو الضرر الذي لم يصب حقاً من حقوق الشخص المضرور، وإنما انصب على مجرد أمل، لا يرتكز على أسباب معقولة له في الكسب أو في تفادي الخسارة.

والإثبات هنا هو فدية الحق، وقد تواتر اجتهاد المحكمة العليا على أنه إذا كان الضرر الناشئ عن الطلاق قبل الدخول، لم يتسبب فيه الزوج بطريقة مباشرة، فليس عليه تعويض[٢]. كما أن الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية تحكمه قواعد قانون الإجراءات المدنية، وأما القواعد المتصلة بذات الدليل فإنها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية لا غير[٣].

ذلك أن قضايا العدول عن إتمام الزواج بالدخول، والتماطل عن البناء، تثبت في الحياة العملية أن المدعي نفسه قد يكون ضحية للآخر، وعرضة لظلمه وطيشه ورعونة تصرفاته[٤]، وعلى هذا، ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى ضرورة، أن يكون الضرر على صلة مباشرة بالخطأ الذي ارتكبه الخاطب الناكل، وهي علاقة السببية بين الضرر الحاصل والخطأ الواقع؛ أي (Lien de causalité avec la faute qui est incertaine). فإذا كان الضرر ناجماً عن فعل المتضرر

---

(١) Cf. (A) Vialard.Droit Civil Algérien, la responsabilité civile délictuelle, OPU, Alger, 1980, P 124. Voir aussi, Esmein (p). Le prix d'une espérance de vie. 1962, chron,151.

(٢) المحكمة العليا، غ.أ.ش، ٢٠٠٦/١٠/١١، رقم ٣٦٩٤٩٤، م.م.ع، ٢٠٠٧، عدد٢، ص ٤٥٤؛ ١٩٩٣/٠٧/١٣، رقم ٩٢٧١٤، م. ق، ١٩٩٥، عدد ١، ص ١٢٨.

(٣) **المحكمة العليا**، غ.أ.ش، ٢٠٠٧/٠٢/١٤، رقم ٣٨١٨٨٠، م.م.ع، ٢٠٠٧، عدد ٢، ص٤٨٣؛ ٢٠٠٠/١١/٢١، رقم ٢٥١٦٨٢، م. ق، ٢٠٠١، عدد ١، ص ٢٩٠؛ ٠٣/١٦/ ٩٩، رقم ٢١٦٨٣٦، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ٢٠٠١ ص ٢٤٥؛ ٩٢/١٠/٢٧، رقم ٨٦٠٩٧، نفس المرجع، ص ٢٣٣.

(٤) Cf. (A) Bénabent. Les Obligations, 11e Ed, 2007, N " 563, P 400.

نفسه بتصرفاته وسلوكاته، فهنا إما أن تنتقي المسؤولية كليا عن الناكل، وإما أن توزع المسؤولية بين طرفي الخصومة[١].

ومن هذا المنطلق، فإن التعويض عن تفويت فرصة الزواج، لا يكون أوتوماتيكياً، كما يتجلى ذلك ظاهرياً من الحيثية الأولى التي اكتفت بتأييد قضاة المجلس تلقائياً، بل على قاضي الموضوع أن يقدر كل حالة على حدة، بحسب ظروفها وملابساتها، وفقاً لما قدمه المدعي من إثبات لفقده تلك الفرصة، وطبقاً لدرجة احتمال الكسب أو الفوز التي تتوافر للمضرور، مع التقيد بنطاق الخصومة.

وهذا من باب الاحتياط حتى يتجنب القاضي في مثل هذه المسائل، التعويض عن الضرر الوهمي أو الخيالي أو الاحتمالي[٢]. فإذا تعذر عليه تقدير جميع الأضرار، جاز له أن يحكم بتعويض مؤقت إلى حين اكتمال جميع عناصر الضرر[٣]، ولا بأس من الاستعانة برأي الخبراء في هذا الشأن[٤]. ولا رقابة

---

(١) Cf. (F) descorps - déclere, la Jurisprudence de la cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin, D. 2005, Chron 742.

ومن المعلوم أن قيام رابطة السببية ما بين الخطأ والضرر هي من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب إلا أن يشوب عيب في التسبيب. **المحكمة العليا**، غ.م، ٠٤/٠٥/١٩٨٥، الاجتهاد بغير معقب إلا أن يشوب عيب في التسبيب. **المحكمة العليا**، غ.م، ٠٤/٠٥/١٩٨٥، إ.ق، ص ٩٩، ٣٠/١٢/١٩٦٤، م.ج، ١٩٦٥، ص ٨٨.

Cf (N) Terki, les obligations, Nº 303. Déscorps - déclere (F), op. cit, D. 2005, Chron, 742

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٨٦، العدد ٢، ص ٨١ وما يليها، والعدد ٣، ص ١٤٥ وما بعدها.

(٣) فإن الكسب الذي فات على المضرور، كان من المحتمل الحصول عليه لأسباب معقولة، وعلى القاضي أن يأخذ ذلك بعين الاعتبار، راجع د. السنهوري، الوسيط، المجلد ١، ص ١٢٠٤، د. سليمان مرقس، الوافي، المجلد ١، ص ٤٣٧.

(٤) Voir dans ce contexte, Cass. Civ, 18/07/1972, Bull Civ, 1, Nº 188, P 164.

للمحكمة العليا على تقدير قضاة الموضوع للضرر المترتب على تفويت الفرصة، إذ هي مسألة واقع[1].

فإنه يتعين على اجتهاد المحكمة العليا الموقرة، عندما يؤسس لمبدأ قانوني مهم، كما هو الشأن في قضية الحال، أن يكون مبنياً بصورة دقيقة؛ أي متأنية، بألا يكتفي بالنص تلقائياً على المبدأ، دون بيان تفصيلي وتحليلي لكيفية الوصول إلى النتائج المعتمدة وفقاً للقانون؛ بأن يكون ذلك بتوضيح الشروط والضوابط، في إطار الثوابت الشرعية والحلول القانونية التي تنسجم مع مقتضيات العدالة.

فإن ترك مسألة تقدير التعويض عن تفويت الفرصة، دون أي معيار قانوني يمكن للقاضي الاستهداء به، قد يؤدي إلى المغالاة والتعسف، سواء من قبل القاضي أو من قبل المتقاضين. وهذا على أساس أن القول بالتعويض عن الفرص الضائعة، سيدفع بعض الخطاب (م ٥ ق.أ.ج)، وكذا بعض الأزواج قبل البناء (م ٥٢ و٥٣ من ق.أ.ج) إلى التمادي في السلوك الذي ينشأ عنه الضرر، لعلمه مسبقاً أن الطرف الآخر مكلف التعويض عند الفسخ أو الطلاق.

(١) إن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، **المحكمة العليا** ، غ، أ، ش، ١٦/٠٣/١٩٩٩، ملف رقم ٢١٦٨٦٥، إ، ق، غ، أ، ش، عدد خاص، ص ٢٥٦، ٣٠/١١/١٩٩٤، ملف رقم ١١٥٣٣٤، غير منشور.

## المطلب السابع
## تعقيب قانوني

ومن جهة أخرى، فإن المحكمة العليا تراقب المسائل القانونية لا الوقائع التي تمس الموضوع، في حدود ما يمليه القانون[١]. وعلى الرغم من هذا، وفي قرار حديث يتشابه مع قضية الحال، مؤرخ في **٢٠٠١/٠١/٢٣، ملف رقم ٢٥٦٨٥٧**؛ قررت المحكمة العليا الموقرة أن الطاعن لم يبرر تأخره في الدخول بالمطعون ضدها، وأن العدول عن مشروع الزواج لم يكن من جانبها، وأنه كان عليها أن تدعو الطاعن قضائياً للبناء، حتى يعرف الطرف المماطل، الأمر الذي لم تفعله[٢].

فإن هذا القرار ألقى عبء الإثبات على المعقود عليها وحدها، وألزمها إثبات تماطل زوجها في الدخول بها إلى أن تخلى عنها نهائياً؛ بعد أن دفع الزوج (الخاطب) باتفاق الطرفين، على أن الدخول يكون بعد تأديته للخدمة الوطنية(أي العسكرية)؛ في حين أن المادة ٥٢ من ق.أ.ج، المتعلقة بالمسؤولية بشأن الفراق بين الزوجين، والواجبة التطبيق أصلاً، جاءت عامة ومطلقة في هذا الخصوص. كما أن نص المادة ٢/٥ من ق.أ.ج، الخاصة بأحكام العدول عن الخطبة، يفرض عليها إثبات مجرد العدول لا غير (la rupture)، ولم يلزمها قانوناً مطالبة الخاطب بإتمام إجراءات الزواج والدخول.

ومن ثم، فإن القرار المذكور ألزم المعقود عليها (و هي المطعون ضدها) ما لم يفرضه عليها القانون. فإنه لا يجوز للقضاء أن يلزم الطرف الذي يعدل عن مشروع الزواج، الاستمرار فيه بالبناء، وتكملة إجراءات الزواج والدخول، ولو طالت الخطبة لفترة طويلة. فإن قانون الأسرة الجزائري لم يرتب على العدول –

---

(١) **المحكمة العليا** ، غ.أ.ش، ١٩/٠٥/١٩٩٨، ملف رقم ١٩٣٨٢٥، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص ٧٥.

(٢) المجلة القضائية، **المحكمة العليا**، الجزائر، ٢٠٠١، العدد٢، ص ٢٩٤.

في حد ذاته – أي نوع من الالتزامات (م٢/٥ من ق.أ.ج المعدّلة سنة٢٠٠٥)؛ وذلك لأن الخطبة في أساسها تقوم على مبادئ الرضا والحرية والتعارف[١].

وعلى هذا، فإنه إذا كانت تفسيرات المحكمة العليا ملزمة للقاضي، فيما ذهبت إليه، كاجتهاد قضائي وكمرجع قانوني[٢]، من أجل الوصول إلى توحيد الأحكام القضائية (م ١٥٢ من الدستور، و١٠ من القانون رقم ٢٢/٨٩ المؤرخ في ١٩٨٩/١٢/١٢)؛ فقد آن الأوان بعد مرور أكثر من خمس وأربعين سنة أن يصبح الاجتهاد القضائي السامي، أكثر تعمقاً وتأصيلاً في المسائل القانونية (La fonction juridique)، وعدم الوقوف عند مجرد مراقبة الأسباب أو الوقائع التي تمس الموضوع[٣] (en exerçant simplement son contrôle sur les motifs de fait des arrêts)[٤].

وهذا لا يكون إلا باستخلاص الاتجاهات العامة للاجتهاد القضائي السامي للمحكمة العليا، وتحليل ما سبق من تفسير، ومن ثم، تضييق شقة الخلاف بين مختلف التفسيرات القضائية والفقهية. فإن القاضي لا يستطيع الاستئناس

---

(١) وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق التي لا يملك القضاء تقييدها، مهما نجم عنها من الأضرار؛ لخضوعها **لفرضية اللاقانون**، أكثر من خضوعها للتقييد والتضمينات .Cf. Carbonnier (J). Flexible Droit, Ed. Thémis, Paris, 1991, p28 et s.

(٢) **المحكمة العليا** ، غ.أ.ش، ١٩٨٦/٠٢/١٤، ملف رقم ٤٠٣٥١، غير منشور.

(٣) وقد أصبح الناس ينظرون إلى قرارات **المحكمة العليا** باعتبارها قاعدة عامة واجبة الاتباع، راجع د. تشوار الجيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٣، العدد ١، ص ٩ وما يليها؛ وللمؤلف نفسه: نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقائص التشريعية والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، ٢٠٠٥، عدد٣، ص٣؛ وباللغة الفرنسية: Cf. Tchouar (d) Réflexions sur les questions épineuses du code Algérien de la famille, OPU, 2004,p 32 et s.

(٤) إن القاضي له دور مهم في نطاق قانون الأسرة، والذي يتطلب اجتهاداً دائماً. راجع أ.د الغوتي بن ملحة. أفكار حول الاجتهاد القضائي، م. ق، ٢٠٠٠، العدد١، ص٤٣.

بالقرار الذي يتعلق بقضية مماثلة للقضية التي ينظرها، إلا إذا كان القرار ذاته قائماً على القانون وقوة التحليل والتركيب، وهي وسائل الإقناع التي تجعل من القضاء السامي من أكثر العوامل أهمية في تطوير القانون(١).

ونلاحظ في نهاية هذا البحث، أن اجتهاد القضاء الإداري الجزائري، وبأعلى حلقاته المتمثلة في مجلس الدولة، وفي قرار حديث له مؤرخ في ٢٠٠١/٠٥/٠٧، حكم بأن الضرر الذي لحق بالمضرور، من جراء خيبة الأمل التي أحس بها، بعد حذف اسمه من قائمة المستفيدين لسكن اجتماعي من طرف مصالح البلدية، وفوت عليه فرصاً متعددة لإيجاد مسكن آخر، لا يمثل حقاً مكتسبا في حد ذاته، مما يتعين معه تأييد القرار محل الاستئناف، الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجلفة بتاريخ ١٩٩٩/٠٤/١٣، ورفض ما زاد عن ذلك من طلبات لعدم تأسيسها(٢).

فإنه على الرغم من وحدة الموضوع المتعلق بالتعويض عن تفويت الفرصة، يتبين لنا الخلاف الواضح في الاجتهاد بين جهات القضاء العادي (المحكمة العليا) والإداري (مجلس الدولة) في القضاء الجزائري.

وكان يستوجب على قضاة مجلس الدولة الجزائري التحرر من النصوص، لكفالة حقوق المتقاضين في التعويض العادل لجبر الضرر اللاحق بهم؛ ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو احتمالياً كما جاء في حيثيات قرار مجلس الدولة المذكور، فإن تفويتها هو ضرر محقق يجب التعويض عنه كما ورد في

---

(١) لاشك في أن القضاء السامي هو أكثر أنواع التفسير، غير أن القاضي لا يستطيع أن يعزز حكمه بقراراته إلا إذا كانت استرشادية، وهذا هو الدور الفعال **للمحكمة العليا** في تطوير القانون الجزائري، انظر د. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجديد معلقاً عليه بمبادئ **المحكمة العليا خلال** أربعين سنة (١٩٦٦ إلى ٢٠٠٦) د.م.ج، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٦ و٧.

(٢) مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثانية، ٢٠٠١/٠٥/٠٧، فهرس رقم ٣٧٤، مشار إليه في كتاب المنتقى لقضاء مجلس الدولة، للأستاذ حسين ملويا، ج٢، ص ٣٦١.

قرار المحكمة العليا محل التعليق الحالي؛ وإن صعوبة التقدير ههنا لا تعفي المحاكم من ضرورة القضاء بالتعويض عن تفويت الفرصة. وهو ما يستوجب في تقديرنا ضرورة التقارب بين أحكام الضرر القابل للتعويض، في كل من الاجتهادين المدني والإداري في القضاء الجزائري[1].

(١) إن تداخل أوجه النشاط المدني والإداري، يستوجب رفع بعض الاختلافات الموجودة بين جهتي القضاء العادي والإداري في القضاء الجزائري. ومن المعلوم أن مجلس الدولة الفرنسي حكم بالتعويض عن تفويت الفرصة مقتدياً بمحكمة النقض الفرنسية سنة ١٩٨٨؛ Cf. Cons. d'Etat, 18/11/1988, D, 1989, somm, 351, par Moderne et Bos.

# الخاتمة

إن تبني المحكمة العليا الجزائرية الموقرة، باعتبارها أعلى هيئة قضائية، لإمكانية التعويض عن تفويت فرصة إتمام الزواج بالدخول على المعقود عليها، في القرار محل التعليق الحالي، هو اجتهاد سليم لكن يشوبه بعض النقائص ؛ لأنه وإن جاء على شكل مبدأ عام، لم يتطرق للتفاصيل. كما أنه أغفل الإشارة إلى شروط التعويض عن تفويت الفرصة، وترك مسألة تقدير التعويض عنها دون أي معيار قانوني يمكن لقضاة الموضوع الاسترشاد به لعدم وجود النص.

وعلى هذا الأساس، يجب عدم الخلط بين المخطوبة (م ٥ من ق. أ. ج) والمعقود عليها المطلقة قبل الدخول (م ٥٢ منه)، بالتعويض عما أصابها من ضرر، وخاصة المعنوي أو الأدبي أو النفسي؛ وخاصة إذا طالت المدة بين العقد والطلاق. وبالإضافة إلى هذا، فإن الزوجة تستحق نصف الصداق المسمى، إذا طلقت قبل الدخول بإجماع الفقهاء (م ١٦ من ق. أ) ؛ فإن لم يكن هنالك صداق مسمى لهذه المرأة، فقد أوجب لها الشرع المتعة تعويضاً لها عما أصابها من ألم وابتذال كبيرين (م٥٢ من ق. أ. ج).

وغالبا ما يؤدي الطلاق قبل الدخول في الحياة العملية، إلى تفويت فرص كثيرة (كتفويت فرصة الزواج من شاب أو فتاة أخرى). ومن ثم، فإن الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً، فإن تفويتها يشكل نوعاً من أنواع الضرر الذي قد يصيب الطرف الآخر، يستوجب أن يأخذه القاضي في الحسبان عند الحكم، وفقاً لظروف كل حالة. لكن يتعين عليه أولاً التأكد من صحة عقد الزواج، وثانياً التحقق من أن الفرصة حقيقية وجادة ؛ وأن الأمل المدعى به له أسباب معقولة ومقبولة، وأنه ليس مجرد احتمال.

إن صعوبة تقدير الفرصة التي هي بحد ذاتها قيمة مالية لاشك فيها، لا تعفي قضاة الموضوع من القضاء بالتعويض عنها، وذلك تبعاً لظروف كل

قضية وملابساتها، بأن يقتصر التعويض على الضرر المحقق دون الضرر الاحتمالي، الذي هو في نهاية الأمر مجرد أمنية افتراضية بعيدة المنال؛ وهنا تكمن الصعوبة الحقيقية.

# قائمة المراجع

## أولاً- المراجع باللغة العربية :


١ - أحمد شاكر. عمدة التفسير عن الحافظ ابن كثير، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط٢، ٢٠٠٥.

٢ - ابن العربي. أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، د. ت.

٣ - ابن رشد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٨.

٤ - ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٧.

٥ - ابن حزم، المحلى، دار الجيل، بيروت، د. ت.

٦ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٣٨٧ هـ.

٧ - ابن جزي، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، فاس، د. ت.

٨ - ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٩٩٤.

٩ - د. أحمد شوقي عبد الرحمن، الدراسات البحثية في المسؤولية المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

١٠- د. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨٥.

١١- د. إبراهيم أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

١٢- أسامة الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٠.

١٣- د. أسامة عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي والقانون، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، ٢٠٠٧.

١٤- د. الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة المغربية الجديدة، دار النجاح، الدار البيضاء، ٢٠٠٤.

١٥- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٨٦، العدد ٢ و٣.

١٦- أورفلي سمير، آثار العدول عن الخطبة، المجلة القانونية التونسية، ١٩٨٧، العدد ١ و٢.

١٧- أحمد طالب، الأخطاء الشكلية والموضوعية في الأحكام القضائية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، ٢٠٠٣، العدد١، ص١٧.

١٨- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، الجزائر، طـ ٥، ٢٠٠٧.

١٩- د. بلحاج العربي. أحكام التركات والمواريث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٩.

٢٠- د. بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري الجديد، معلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربعين سنة، د. م.ج، الجزائر، ط ٣، ٢٠٠٧.

٢١- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، طـ ٦، ٢٠٠٨.

٢٢- د. بلحاج العربي، ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، ٢٠٠٨، العدد٢.

٢٣- د. بلحاج العربي، تعليق على قرار المحكمة العليا بتاريخ ١٠/٠٤/٢٠٠٢، ملف رقم ٢٩٠٨٠٨، والمتعلق بالمفقود في الأحوال الاستثنائية، مجلة المحكمة العليا، ٢٠٠٦، عدد١، ص١٠٣.

٢٤- د. بلحاج العربي، دعوى المسؤولية التقصيرية في القانون القضائي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ١٩٩٤، العدد٢.

٢٥- د. بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في ضوء القانون المدني الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ١٩٩٢، العدد٤.

٢٦- د. بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ١٩٩٠، العدد ٣.

٢٧- د. بويزري سعيد، قانون الأسرة الجزائري ما له وما عليه، مجلة البصيرة، الجزائر، مارس ٢٠٠٠، العدد٥.

٢٨- د. بن شويخ رشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة البلدية (الجزائر)، ٢٠٠٢.

٢٩- د. بن شويخ رشيد، قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دار الخلدونية، الجزائر، ٢٠٠٨.

٣٠- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر ٢٠٠٧.

٣١- بلعيد كرومي، الوعد بالتعاقد، رسالة ماجستير، جامعة الدار البيضاء، ١٩٨٥.

٣٢- د. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق، دار الجامعة، الإسكندرية، ١٩٧٤.

٣٣- د. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام، الكويت، طـ٤، ١٩٩٤.

٣٤- بن داود عبد القادر، فك الرابطة الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران (الجزائر)، ٢٠٠٢.

٣٥- بلعباسي مريم، حقوق المرأة المالية وآثارها أثناء قيام الرابطة الزوجية وبعد انحلالها، رسالة ماجستير، جامعة وهران (الجزائر)، ٢٠٠٧.

٣٦- بدوي علي، عقود الزواج العرفية، المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، ٢٠٠٢، العدد ٢.

٣٧- د. تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق في ضوء الاكتشافات الحديثة في الطب والبيولوجيا، د.م.ج، الجزائر، ٢٠٠١.

٣٨- د. تشوار الجيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، جامعة الجزائر، ٢٠٠٣، العدد١.

٣٩- د. تشوار الجيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص

التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، ٢٠٠٥، عدد ٣، ص٣ وما بعدها.

٤٠- تيودوشت نعيمة، الطلاق وتوابع فك العصمة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر العاصمة، ٢٠٠١.

٤١- التسولي، البهجة شرح التحفة، دار الفكر، بيروت، د. ت.

٤٢- د. ثروة أنيس الأسيوطي. المنهج العلمي القانوني، مجلة مصر المعاصرة، ١٩٦٩، عدد٣٣٦.

٤٣- جمال سايس، الدليل الشامل في الاجتهاد القضائي الجزائري، دار كليك للنشر، الجزائر ٢٠٠٧.

٤٤- د. جمال عبد الغفار، الخلع في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٤٥- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مطبعة الحلبي، القاهرة، د. ت.

٤٦- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت، ٢٠٠٥.

٤٧- د. حسن الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل، عمان، ٢٠٠٦.

٤٨- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٨هـ.

٤٩- حسين آث ملويا. المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٧.

٥٠- حليمة آيت حمودي، الشريعة الإسلامية كمصدر من مصادر القانون الوضعي الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ٢٠٠١، العدد ١٢٣.

٥١- د. الخمليشي أحمد، التعليق على قانون الأحوال الشخصية المغربي، مكتبة المعارف، الرباط، ١٩٨٧.

٥٢- د. دنوني هجيرة، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ١٩٩٤، العدد١.

٥٣- رضا بن علي، هل العدول عن الخطبة يوجب الغرم ؟ مجلة القضاء والتشريع التونسية،١٩٥٩، العدد ١.

٥٤- د. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، دار التراث العربي، بيروت، ١٩٦٤ (الجزء الثالث).

٥٥- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، دار النهضة، القاهرة، ط ٥، تنقيح الدكتور حبيب الخليلي، ١٩٨٨.

٥٦- السرخسي، المبسوط، مطبعة السعادة، القاهرة، د. ت.

٥٧- د. السعيد مصطفى، مدى استعمال الحقوق الزوجية، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٣٦.

٥٨- سعيد خندر، التكييف القانوني للخطبة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر العاصمة، ٢٠٠٢.

٥٩- سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق، القاهرة، ط١٦، ١٩٩٠.

٦٠- د. سعيد البرزنجي. ملاحظات نقدية في القانون المدني، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.

٦١- شرح الزرقاني، على موطأ الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، د. ت.

٦٢- شرح الزرقاني، على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د. ت.

٦٣- الشيرازي. المهذب في الفقه الشافعي، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٤.

٦٤- د. شوكت عليان، أحكام خطبة النكاح في الإسلام، دار الرشيد، الرياض، ١٤٠٢هـ.

٦٥- صالح الجديعي، مقدمات الزواج، رسالة ماجستير، جامعة الإمام، الرياض، ١٤٠٦هـ.

٦٦- الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٤، ١٩٦٠.

٦٧- صحيح مسلم، بشرح النووي، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٥.

٦٨- الطيب العنابي، من الخطبة إلى الخليلة، مجلة القضاء والتشريع، تونس، ١٩٨١، العدد١.

٦٩- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٧.

٧٠- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ٢٠٠٦.

٧١- د. علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، ١٩٩٤.

٧٢- د. علي علي سليمان، حول قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ١٩٨٦، العدد٢.

٧٣- د. علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة الشرطة، الجزائر، ١٩٩٠، العدد ٤٥.

٧٤- د. عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، الكويت، ٢٠٠١، العدد١.

٧٥- د. علي فيلالي، الالتزامات، م.و.ف.م، الجزائر، طـ٢، ٢٠٠٨.

٧٦- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧.

٧٧- د.عدنان سرحان ود. نوري حمد خاطر. شرح القانون المدني (الالتزامات)، دار الثقافة، عمان، ط٢، ٢٠٠٥.

٧٨- العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار السلام، الرياض، ١٩٩٧.

٧٩- د. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.

٨٠- د. عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية التي تثيرها القانون رقم ٨٤/١١ المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية، ٢٠٠٣، العدد٢.

٨١- د. عبد الفتاح تقية، عوارض الطلاق بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية، ٢٠٠٩، العدد٢، ص٢١٣.

٨٢- علي الفطناسي، أحكام الخطبة، مجلة القضاء التونسية، ١٩٨٢، العدد ٥.

٨٣- د. عمار الداودي، الشروط الشكلية لعقد الزواج، المجلة التونسية للقانون، ٢٠٠٥، ص ١٠١.

٨٤- عبد الله بن منيع، حكم الإلزام بالوفاء بالوعد ديانة وقضاء، مجلة البحوث الإسلامية، الرياض، ١٤١٣هـ، العدد ٢٦.

٨٥- د. العنزي سعد، العرف والعادة في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٩٩، العدد١.

٨٦- عيساوي عبد النور، التعويض بعد الطلاق في الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة بشار (الجزائر)، ٢٠٠٧.

٨٧- د. عبد الناصر العطار، خطبة النساء في الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ١٩٨٧.

٨٨- عمرو الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٨٩- د. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣.

٩٠- د. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (في الزواج والطلاق)، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٩.

٩١- عبد العزيز توفيق، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقضاء المجلس الأعلى، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ١٩٩٨.

٩٢- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار العلم، الكويت، ١٩٩٠.

٩٣- د. الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، د. م.ج، الجزائر، ٢٠٠٥.

٩٤- د. الغوتي بن ملحة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، المجلة القضائية،٢٠٠٠، العدد١، ص٤٣.

٩٥- د. فهد السنيدي، التعارف والتعريف للزواج، دراسة فقهية تأصيلية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، ٢٠٠٩، العدد ٨١.

٩٦- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج١، م.و.ك، الجزائر، ١٩٨٦.

٩٧- د. فاضلي إدريس. قانون الأسرة الجزائري بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ١٩٩٦، عدد٤، ص٦٤٢.

٩٨- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار القلم، دمشق، ١٩٦٦.

٩٩- الكاساني، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت ١٩٨٢.

١٠٠- الشيخ محمد عبده، تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار للشيخ محمد رشيد رضا، دار المعرفة، ط٢، بيروت.

١٠١- د. محمد عمرو، العدول عن الخطبة وآثاره، مجلة دراسات، الجامعة الأردنية، ١٩٨٩، المجلد ١٦، العدد١٦.

١٠٢- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ١٩٧١.

١٠٣- د. محمد السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر.

١٠٤- د. محمد رياض، التعسف في استعمال الحق في ضوء المذهب المالكي، المطبعة الوطنية، مراكش، طـ٢، ١٩٩٢.

١٠٥- د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ٢٠٠١.

١٠٦- د. محمد الشافعي، أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مراكش، ١٩٩٨.

١٠٧- د. محمد محدة، الخطبة والزواج في قانون الأسرة الجزائري، دار الشهاب، الجزائر، ٢٠٠٠.

١٠٨- د. محمد الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، دار القلم، دمشق، ٢٠٠١.

١٠٩- د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع الأديب، دمشق، ١٩٦٨.

١١٠- الإمام مالك، المدونة الكبرى برواية سحنون، دار صادر، بيروت، د. ت.

١١١ – المنصف بوقرة، الطبيعة القانونية للخطبة، مجلة القضاء والتشريع التونسية، ١٩٨٣، ص ٨٣.

١١٢ – د. محمد شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٣.

١١٣ – المحكمة العليا الجزائرية، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، المجلة القضائية، الجزائر، ٢٠٠١.

١١٤ – د. محمد جعفور، بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، ٢٠٠١، العدد٣.

١١٥ – د. محمد إسماعيل، خطبة النساء في الإسلام، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ٢٠٠٢، العدد ٥٥.

١١٦ – د. محمد حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، ١٩٩٨، العدد٢.

١١٧ – د. محمد الكشبور، قانون الأحوال الشخصية المغربي، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، ١٩٩٤.

١١٨ – محمد الشريف، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، دار الميزان، تونس، ١٩٩٤.

١١٩ – الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة الكويت.

١٢٠ – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد المصري والسوري، دار القلم، دمشق، ١٩٩٦.

١٢١ – د. محمد فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن، جامعة دمشق، ط٥، ١٩٩٧.

١٢٢ – د. محمد سوار، النظرية العامة للالتزام، ج١، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٧.

١٢٣ – محمد العثيمين، الجامع لأحكام فقه السنة، دار الغد الجديد، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٢٤ – محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، ٢٠٠٤.

١٢٥ – د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة،١٩٩٠.

١٢٦ – د. نبيل سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٢٧ – د. نبيل سعد، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

١٢٨ – د. ناصر الجوفان، التعويض عن تفويت المنفعة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، ٢٠٠٥، العدد ٦٥.

١٢٩ – نايف الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.

١٣٠ – د. ناصر النشوي، الخلوة والآثار المترتبة عليها، دار الجامعة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٣١ – د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق ١٩٨٢.

١٣٢ – د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق ١٩٨٢.

١٣٣ – د. وفاء فراش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية، دار القاهرة، ٢٠٠٠.

١٣٤ – د. يوسف القرضاوي، فتاوى للمرأة المسلمة، دار الفرقان، عمان، ١٩٩٦.

## ثانياً – المراجع باللغة الفرنسية :

135- Belhadj (L). Les atteintes à la liberté du mariage en droit Maghrébin, Rev, Algé, 1988, Nº02, P 425.

136- Bénabent (A). La famille, Ed. Litec, Paris, 11$^{e}$ed. 2003.

137- Bénabent (A). Les Obligations, Litec, Paris, 11$^{e}$ éd. 2007.

138- Bénabent (A).La chance et le droit, Thèse, Paris, 1971.

139- Bénabent (A).La liberté individuelle et le mariage, Rev. R.T.D.C, 1973, P440.

140- Benmelha (Gh). Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993.

141- Bermond (v). La promesse d'épouser sa maîtresse, D, 1966 Chron, 137.

142- Boutarène (K). Proverbes et dictons populaires Algériens, O.P.U, Alger, 2ème éd, 1986.

143- Boré (J).L'indemnisation pour les chances perdues, J.C.P, 1974, 1, 2620.

144- Boré (J). La cassation en matière civile, Sirey, Paris, 1987.

145- Carbonnier (J). La famille, Thémis, Paris, 1991.

146- Carbonnier (J). Flexible droit, L.G.D.J, Paris, 1979.

147- Chehata (ch.). Etudes de droit musulman, P.U.F, Paris, 1971.

148- Déscorps (d.f). La jurisprudence de la cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin, D.2005, Chron, 742.

149- Esmein (p).le prix d'une espérance de vie.1962, chron151.

150- Huet (A).Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques, R.T.D.C, 1967, P45.

151- Josserand (L).le problème de la rupture des fiançailles, D.H, 1927, Chron 21.

152- Koudri (M), La formation du contrat de mariage en droit Algérien, Thèse, Univ d'Alger, 2001.

153- Laroque (M), La réparation de la perte de chance, G.P, 1985, doc, 6074.

154- Lefebvre (J). La rupture des fiançailles en droit français, Thèse, Dijon, 1935.

155- Le sourd (J), La perte d'une chance, G.P, 1963, doc, 49

156- Le Tourneau (Ph), Droit de la responsabilité civile, Dalloz, Paris, 2002, Par (L) Cadiet.

157- Linant de belle fonds (Y), Traité de droit musulman comparé, Paris, 1965/1973 (3 tomes).

158- Malaurie (ph) et Aynes (L). Droit civil.La famille, Cujas, paris,1987.

159- Mazeaud et Tunc. Traité de la responsabilité civile, Sirey, Paris, 1958.

160- Messaoud (S). La consommation du mariage en droit Tunisien, Mém, droit privé, Univ.Tunis,1979.

161- Milliot (L).Introduction à l'étude de droit musulman, Ed. Sirey, Paris, 1971.

162- Mouralis (J.L). La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires, Thèse, Grenoble, 1968.

163- Mousseron (J.M). La durée dans la formation du contrat in mélange Jauffret, 1974, P 514.

164- Ruellan (C). La perte d'une chance en droit privé, R.R.C,, 1999, Nº03, P 729.

165- Starck (B), Roland(H) et Boyer (L).Obligations, T1, Litec, Paris, 1991.

166- Tchouar (D). Causes de nullité du mariage et causes de divorce en droit Algérien, Thèse, Rennes, 1987.

167- Tchouar (D). Le régime juridique de la dot en droit Algérien, Rev Algé, 1996, Nº4 P 569.

168- Tchouar (D). Réflexions sur les questions épineuses du code Algérien de la famille, O.P.U,Alger,2004.

169- Terki (N). Les obligations,Alger, 1982.

170- Terré (F) et fenouillet (D). Droit Civil. les personnes, Dalloz, Paris, 7e éd 2005.

171- Terré (F), Simler (Ph) et Lequette (Y). Droit Civil, Les Obligations, Dalloz, Paris, 8ed,2002.

172- Vialard (A). La responsabilité Civile en droit Algérien, O.P.U, Alger 1980.

173- Vacarie (J). La perte d'une chance, Rev. Rech, Jurid, 1987, P 903.

174- Viney (G). La responsabilité civile (les conditions), L.G.D.J, Paris, 1998.

## قائمة أهم المصطلحات الواردة في هذا البحث:

**إ. ق. غ. أ. ش:** الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ٢٠٠١.

**غ. أ. ش :** غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا.

**غ. م :** الغرفة المدنية، المحكمة العليا.

**ق. أ :** قانون الأسرة.

**ق. م :** القانون المدني.

**م :** المادة.

**م. أ :** مجموعة الأحكام، وزارة العدل، الجزائر.

**م. ج :** المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

**م. م. ع :** مجلة المحكمة العليا، الجزائر.

**م. ق :** المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر.

**ن. ق :** نشرة القضاة، وزارة العدل، الجزائر.

Bull.Civ Bulletin civil, Paris.

D Dalloz, Paris.

G.P Gazette du palais,Paris

J.C.P Juris classeur périodique, Paris.

Rev. Alg Revue Algérienne, Univ d'Alger

R.T.D.C Revue trimestrielle de droit civil, Paris.

R.R.J Revue de la Recherche Juridique,Paris.