

جامعة زيان عاشور  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق

التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن فك الرابطة الزوجية  
في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري  
(دراسة مقارنة)

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

إشراف الدكتور

مسعود هلالي

إعداد الطالبة

ليلى كتو

لجنة المناقشة:

.....رئيسا.

.....مقررا.

.....مناقشا.

الموسم الجامعي 2013-2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

أمي الحنونة، التي لازمتني بدعائها طوال مشوار حياتي، أطال الله في عمرها و أعانني على إسعادها، إلى أبنائي و والدهم الفاضل حفظهم الله، وإلى كل من كان معي بقلبه من الأهل و الأصدقاء دون أن أنسى زميلات و زملائي في العمل.

## شكر و تقدير

الحمد و الشكر لله أولا و أخيرا على نعمة العلم.

وأقدم بشكري الجزيل لأستاذي الفاضل الأستاذ مسعود هلالي الذي اشرف على هذه المذكرة و كان ذلك شرفا لي، فلم يبخل علي بما أكرمه الله من علم، لا بصغيرة ولا كبيرة، جزاه الله خيرا وزاده علما وحفظه لأهله. كما أتقدم بالشكر و العرفان إلى كل المعلمين و الأساتذة الكرام الذين غرسوا في نفسي بذور المعرفة و حب العلم في جميع أطوار مسيرتي العلمية.

جاء الإسلام يهدي الناس و يخرجهم من الظلمات إلى النور، و يحقق لهم السعادة في الدنيا و الآخرة ، في مجتمع صالح ملتزم بالإسلام عقيدة و عبادة و معاملة و أخلاقا.

ومما لا شك فيه أن صلاح هذا المجتمع أساسه صلاح الأسرة، و صلاح الأسرة أساسه الزواج الذي تتحقق فيه مقاصد الشريعة الإسلامية، فإن تحقق فيه ذلك أثمر أسرة قوية، قائمة على المحبة، الرحمة و حسن المعاشرة.

و إذا حاد هذا الزواج عن الطريق السليم المسطر له، تصبح الأسرة بؤرة للمآسي و المشاكل يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية، وبما أن الإسلام دين كل زمان و مكان عالج هذا الواقع الأليم بتشريع الطلاق رحمة و رأفة بالزوجين، و درءا للأضرار القاسية التي قد تصيبهما في حالة يكون الطلاق أخفها.

غير أن الواقع يُظهر عكس ذلك، لأن الكثير يعتبرون هذا الطلاق حقا يستعملونه متى شاءوا و كيفما أرادوا، ناسين بذلك أنه أبغض الحلال عند الله، وما شرع إلا لتفادي ضررا أشد، دون الاكتراث إلى الأضرار الجسيمة التي يتسببون بها مادية كانت أو معنوية مع أن القانون اعتبر هذا تعسفا في استعمال حقهم، و أوجب عليهم تعويضا عما يلحق بالمتضرر جراء ذلك.

و عليه اخترت أن يكون عنوان مذكرتي:

**التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن فك الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي**

**و قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة).**

**إشكالية البحث:** للوصول إلى الهدف المرجى من هذه الدراسة ، مجموعة من التساؤلات تتبادر إلى أذهاننا لا بدّ من التطرق إليها و هي: ما مفهوم الضرر المعنوي؟ متى يشكل انحلال الرابطة الزوجية ضررا معنويا يُوجب التعويض؟ أو بمعنى آخر، هل التعويض

موجب عن كل الأضرار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية دون استثناء؟ و كيف عالج  
المشرع الجزائري هذه المسألة في قانون الأسرة مقارنة بمعالجة الفقه الإسلامي لها؟.

### أسباب اختيار الموضوع:

لم يعد الطلاق ذلك الأمر النادر والغريب في مجتمعنا، ففك الرابطة المقدسة أصبح  
أفة اجتماعية، يتم بعد فترات قصيرة من الزواج وحالاته متزايدة باستمرار و كأنه موضة  
العصر، خاصة في ظل التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري مع الكم الهائل من طلبات  
التعويض المطروحة أمام القضاء في مجالات الطلاق، التطلاق و الخلع.

### أهمية الموضوع:

إبراز الواقع العملي لنظرية التعويض من خلال قانون الأسرة و الاجتهادات القضائية  
الجزائرية مقارنة مع الجانب النظري للتعويض في الفقه الإسلامي. وإظهار مدى عدالة  
الإسلام في تشريع الأحكام المتعلقة بالأسرة بوضع تدابير احترازية تضمن حقوق الزوج  
و الزوجة معا و تحفظ كرامتهما.

### منهجية البحث:

- أ) توثيق المصادر العلمية من مصادرها الأصلية ما أمكن ذلك.
- ب) الحرص على الالتزام بالأمانة العلمية في عزو الأقوال إلى أصحابها.
- ج) عزو الآيات القرآنية.
- د) تخريج الأحاديث النبوية.
- هـ) تخريج الآثار.
- و) التوثيق العلمي للمصادر و المراجع المعتمدة.

**صعوبات البحث:** أول صعوبة واجهتني، صراحةً، هي تخوفي من أنني لن أكون في  
المستوى المطلوب لإعداد هذه المذكرة، ثم عدم توفر عنصر الوقت للاطلاع على كل  
المراجع التي توفرت لدي خاصة مع رحابة الفقه الإسلامي على تعدد مذاهبه واختلافها في  
جزئيات الموضوع التي عدم ذكرها يخل و ينقص من المادة العلمية و بالتالي من جوهر  
الموضوع.

## منهج الدراسة:

أما منهج البحث فهو المنهج الاستقرائي المقارن لمعالجة هذا الموضوع : فالمنهج الإستقرائي لجزئيات الموضوع المتنوعة المورد بين الفقه والقانون في حدود ما يتحملة هذا البحث. و المنهج المقارن بين ما أقرته الشريعة و ما أخذ به المشرع الجزائري، بحيث سرت على تأصيل المفاهيم و الآراء الفقهية المختلفة بإيراد ما استدل به أصحاب كل رأي على ما ذهبوا إليه، ثم قارنت ذلك بما ذكره فقهاء القانون في الموضوع، و ببعض النظم القانونية الحديثة، إبرازاً لشمولية الفقه الإسلامي ودقته في الحلول والمعالجة، ثم ناقشت أدلة كل رأي بما يرد عليها من نقد واعتراض، و بينت الرأي الراجح و موقف المشرع الجزائري من ذلك.

## خطة البحث: و قد اعتمدت في دراسة الموضوع الخطة التالية:

-المقدمة: وقد ضمنته العناصر المبينة آنفا.

-الفصل الأول: وجاء بعنوان الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر المعنوي وقد

ضمنته مبحثين:

مبحث أول شمل مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري.

مبحث ثاني تطرقت فيه إلى مبدأ التعويض المعنوي في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

-الفصل الثاني: وعنوانه تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة

الزوجية و ضمنته مبحثين:

مبحث أول وجاء فيه حكم الطلاق و التعسف في استعماله.

مبحث ثاني معايير التعسف في فك الرابطة الزوجية و صورته.

الخاتمة: و ضمنتها مجموعة من النتائج التي توصلت إليها من الفقه والقانون الجزائري و بعض المقترحات.

# الفصل الأول



## المبحث الأول

### مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

الضرر هو إلحاق المفسدة بالغير بسبب الظلم و العدوان سواء كان ماديا أو معنويا ولهذا أوجبت الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية التعويض للمتضرر حفاظا على كرامته و حقوقه. ومنه نتطرق إلى مفهوم الضرر بصفة عامة، والضرر المعنوي بصفة خاصة لكونه محور الموضوع.

**المطلب الأول: تعريف الضرر و أقسامه:**

**الفرع الأول :تعريف الضرر في اللغة و الاصطلاح:**

**أولاً: في اللغة:** الضرر لغة يعني عدم النفع، والشدة، والضيق وسوء الحال، والنقص في الأموال والأنفس. و الضرر لغة مأخوذ من الضّر (بفتح الضاد وتشديدها)، إذا جمعت بين الضّر و النفع فتحت الضاد، و إذا أفردت الضّر ضمنت الضاد إذا لم تجعله مصدرا، كقولك ضَرَرْتُ ضَرّاً<sup>1</sup>.

**1)معاني لفظ الضرر في القرآن الكريم :** قال الفقيه الدامغاني في كتاب (الوجوه و النظائر) "تفسير الضّر على سبعة أوجه: البلاء و الشدة، قحط المطر، الأهوال، المرض النقص، الجوع، الضرر بعينه"<sup>2</sup>.

- الوجه الأول: الضّر و الضراء في قوله تعالى في سورة البقرة: الآية 177 " وَالصّٰبِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ " ويعني في الشدة و البلاء<sup>3</sup>.

- الوجه الثاني : الضّر في قوله تعالى في سورة الأنعام: الآية 42 " وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَىٰ أُمَمٍ مِّن قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُم بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ " و يعني بقحط المطر<sup>4</sup>.

- الوجه الثالث: الضّر في قوله تعالى في سورة الإسراء: الآية 67 " وَإِذَا مَسَّكُمُ الضُّرُّ فِي الْبَحْرِ " و يعني الأهوال في البحر<sup>5</sup>.

1) ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت ، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الاولى 2008 م ،ص1775.

2) ،،،5) بن محمد الدامغاني، إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن الكريم، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، 1980م،289.

-الوجه الرابع: الضّر في قوله تعالى في سورة يونس: الآية 12 " وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ " و أيضا " كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ " و يعني مرضه. و في سورة الأنبياء: الآية 83 " أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ " و يعني المرض في الجسد<sup>1</sup>.

-الوجه الخامس: الضّر في قوله تعالى في سورة النساء الآية 113 " وَمَا يَضُرُّوكَ مِنْ شَيْءٍ " أي وما ينقصونك بمعنى النقص<sup>2</sup>.

-الوجه السادس: الضّر في قوله تعالى في سورة يوسف الآية 88 " مَسَّنَا وَاهْلَلْنَا الضُّرُّ " و يعني الجوع<sup>3</sup>.

-الوجه السابع: الضّر في قوله تعالى في سورة الشعراء الآية 73 " أَوْ يَنْفَعُونَكُمْ أَوْ يُضُرُّونَ " و يعني الضّر بعينه أي الأذى<sup>4</sup>.

**2) معاني الضرر في السنة (الحديث الشريف):** جاء في الحديث الشريف عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال: " لا ضَرَّ و لا ضِرَارَ في الإسلام "<sup>6</sup> قال: " و لكل واحد من اللَّفْظَيْنِ معنى غير الآخر، فمعنى قوله " لا ضَرَّ " أن لا يضرَّ الرَّجُلُ أخاه، و هو ضدُّ النَّفْعِ ، و قوله " و لا ضِرَارَ " أي لا يُضَارُّ كل واحد منهما صاحبه، فالضَّرَّارُ منهما معاً و الضَّرَّرَ فعل واحد<sup>5</sup>.

---

(2،1) الحسين بن محمد الدامغاني، ، إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن الكريم، المرجع السابق، ص 289

(4،3) الحسين بن محمد الدامغاني، ، إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن الكريم، المرجع نفسه، ص 290

(5) ابن منظور ،لسان العرب ، المرجع السابق ،ص1775

(6) أبو الحسن الحنفي، شرح سنن ابن ماجة ، كتاب الأحكام، د ط، ص 58.

3) معاني الضرر في معاجم اللغة العربية : الضر: ضد النفع ضره يضره ضراً و ضراراً و أضر به يضرّ إضراراً، والضرار: فعالٌ من الضرّ أي لا يجازيه على إضراره بإدخال الضرر عليه، و الضرر: ابتداء الفعل و الضرار: الجزاء عليه. و قيل الضر ما تضر به صاحبك و تنتفع به أنت، و الضرار أن تضره من غير أن تنتفع به. و قيل هما بمعنى وتكرارهما للتأكيد<sup>1</sup>.

ثانياً : في الاصطلاح : تعددت التعاريف لمعنى الضرر، غير أنها جاءت وصفاً للأفعال الموجبة للضمان أو للتعويض أكثر منها تعريفاً للمعنى ونذكر منها:

أولاً: تعريف الضرر عند الفقهاء القدامى:

- 1) عرّفه الفقهاء عند شرحهم لقاعدة " لا ضرر ولا ضرار"، بأن معناها الأول(ضرر) إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، و معناها الثاني ( ضرار) إلحاق مفسدة بالغير على وجه المقابلة له<sup>2</sup>.
- 2) عرّف بمعنى الإلتلاف و ذكّر أنه " إلتلاف جزئي أو كلي لشيء مادي والمقصود أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضاً<sup>3</sup> ". كإلتلاف حاسة من الحواس التي أنعم الله على الإنسان بها.

---

1) محي الدين أبي السعادات بن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، دار بن الجوزي، المملكة السعودية، الطبعة الأولى، جمادي الأولى 1421هـ.

2) محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 2، 1409هـ-1989م، ص 165

3) باسل محمد يوسف قبيها، التعويض عن الضرر الأدبي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2009.

(3) عرفه الإمام النووي بأنه: "الأذى"<sup>1</sup>.

(4) كما عرفه ابن رجب: "أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به"<sup>2</sup>.

### مناقشة التعاريف:

ما يلاحظ على هذه التعاريف هو أنه:

-في التعريف الأول "إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً" نلاحظ حصر الضرر بكونه على الغير وإطلاق المفسدة يُدخل في الضرر ما ليس منه كالعقوبات.

-في التعريف الثالث "الأذى" فقد اقتصر على المعنى اللغوي فقط، ولم يذكر نوع الأذى الذي يلحق الإنسان، وفي أي شيء يلحقه.

-في حين التعريف الرابع قيد الضرر بانتفاع الضار بضرر غيره مع أن الانتفاع ليس على الإطلاق.

ومنه نخلص إلى أن التعاريف السابقة جاءت غير جامعة ولا شاملة، كما أنها قيّدت الضرر بعدم المنفعة.

### ثانياً: تعريف الضرر عند الفقهاء المعاصرين:

الفقهاء المعاصرون عرّفوا الضرر بأنه إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته، فهو يشمل الضرر المادي كتلف المال، و الضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان<sup>3</sup>.

---

(1) محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، الرياض، 2011، ص 43.

(2) محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، المرجع نفسه، ص 43.

(3) وهبة الزجيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ط 9، 1433 هـ - 2012 م، ص 29.

وهناك تعاريف<sup>1</sup> أخرى نذكر منها:

- 1) الضرر هو " كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها " .
- 2) أنه:"ما يصيب المعتدى عليه من الأذى فيتلف له نفسا، أو عضوا، أو مالا متقوماً محترماً
- 3) وهو:"إلحاق الأذى بالغير مطلقا سواء في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص".
- 4) وهو:"كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم أو جسمه أو جسم معصوم أو عرض مصون".

#### مناقشة التعاريف:

-بالنسبة للتعريف الأول نجده لم يذكر أنواع الضرر الجسمي و الأدبي، فليس كل ضرر يسبب خسارة مالية، كما أنه غير مانع لدخول الأذى المشروع.

-أما التعريفان الثاني و الثالث فلم يشملا الضرر الأدبي.

و منه التعريف الأرجح يجب أن يكون مانعا و شاملا وهو أن " الضرر كل أذى يصيب الإنسان سواء كان ماديا أو معنويا بغير وجه حق". فهذا التعريف يشمل الضرر بنوعيه المادي و المعنوي، و مقيد بكونه بغير حق ليكون مانعا من دخول الضرر المشروع كالضمان والعقوبة لأنهما ليسا أضرارا.

و في الفقه الإسلامي، الضرر هو علة وجود التعويض أي الضمان، فإذا وقع الضرر وجب التعويض، وإذا انتفى الضرر انتفى معه التعويض<sup>2</sup>.

---

1) محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، الرياض، المرجع السابق، ص 44 .

2) محمد بن عبد العزيز أبو عباة ، عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، المرجع نفسه، ص 45.

### ثالثاً: تعريف الضرر عند فقهاء القانون:

بالنسبة لفقهاء القانون فهم يربطون معنى الضرر بالحقوق والمصالح المشروعة ما يعني أنّ وجود الضرر مرتبط بمشروعية المصلحة محلّ التعدي، فكل ما يضمن حفظ هذه المصالح المشروعة فهو مصلحة و كل ما يفوتها فهو مفسدة<sup>1</sup>.

- فعرفه الدكتور السنهوري بأنه: "إخلال بحق أو بمصلحة" غير أنّه أخلّ بلزوم كون التعريف أوضح من المعرف، فاضطر إلى تقديم إيضاحات وتفسيرات للمراد بالحق وبالمصلحة.

- والضرر عند الدكتور علي سليمان هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>.

- وهو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية فليس يكفي لتحقق المسؤولية أن يقع الخطأ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً<sup>3</sup>.

---

(1) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص24.

(2) علي.علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة السادسة، 2005، ص162.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام-لبنان، الجزء الأول، ص713.

-و في تعريف آخر هو الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له<sup>1</sup>. مع العلم أن مشروعية المصلحة تختلف باختلاف القواعد الأخلاقية، فمثلاً مصلحة الخلية في بقاء خليلها على قيد الحياة هي، في قوانين الدول المسلمة غير مشروعة ومن ثم لا يحق لها المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، إذا كان المضرور ينفق عليها في أثناء حياته في حال وفاته. أما في القانون الفرنسي، فقد اعتبر القضاء الفرنسي هذه المصلحة مشروعة، ومن ثم أعطى الحق للخليلة في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها نتيجة وفاة خليلها<sup>2</sup>.

#### رابعاً: تعريف الضرر في التشريع الجزائري :

بالنسبة للمشرع الجزائري ورغم ورود فكرة الضرر في عدة نصوص قانونية، لم يعط له تعريفاً، وتركه للفقهاء، وسلك بذلك مسلك المشرع الفرنسي، وبعض القوانين العربية على عكس المشرع المغربي الذي جاء بتعريف دقيق للضرر في مدونة الأسرة: "...يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطلاق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مذل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية"<sup>3</sup>.

---

(1) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص22.

(2) علي.علي سليمان، العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص162-163.

(3) الجريدة الرسمية رقم 5184 المؤرخة في 05/02/2004 المتضمنة قانون 70/03، مدونة الأسرة المادة 99 فقرة 2.

## الفرع الثاني: أقسام الضرر:

ينقسم الضرر إلى عدة أقسام باعتبارات مختلفة نذكرها فيما يلي:

### التقسيم الأول: الضرر العام والضرر الخاص:

ينقسم الضرر باعتبار شموله للأفراد وعدم شموله إلى ضرر عام وضرر خاص.

- فالضرر العام هو الضرر الذي يقع على جميع أفراد المجتمع أو أغلبهم .

- أما الضرر الخاص هو الذي يقع على فرد واحد أو طائفة معينة.<sup>1</sup>

ومن القواعد الفقهية أنه " يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام"<sup>2</sup>. مثل:

الحائط المتوهن إذا كان في الطريق، فإنه يجب نقضه على مالكة دفعا للضرر العام.

### التقسيم الثاني: الضرر المشروع والضرر غير المشروع:

ينقسم الضرر باعتبار الحكم التكليفي لإيقاعه إلى ضرر مشروع وضرر غير مشروع.

- فالضرر المشروع هو الضرر الذي لا يحرم إيقاعه، سواء كان إيقاعه واجباً أم جائزاً.

ومثال الضرر الواجب: الحدود الشرعية والتعازير فإنه يجب على الحاكم إقامتها وإن

كان فيها ضرر على الجاني.

ومثال الضرر الجائز: الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى دار جاره، فإنه

يعد ضرراً، لأنه يضر الجيران مباشرة أو يسبب اشتهاة الأطعمة للفقراء منهم فينشأ

عن ذلك ضرر لهم<sup>3</sup>.

- أما الضرر غير المشروع فهو الضرر الذي يحرم إيقاعه وهو المقصود بقول النبي صلى الله

عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>

---

(1) خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال و شمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر.

(2) محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، 1989، ط 2، ص 197.

(3) خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال و شمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، المرجع نفسه.

(4) سبق إخراجها، شرح سنن ابن ماجة، ص 58.



### التقسيم الثالث: الضرر المادي و الضرر المعنوي:

ينقسم الضرر باعتبار محله إلى ضرر مادي و ضرر معنوي.

-**الضرر المادي:** هو الضرر الذي يقع على النفس " أي الجسم أو المال " أي أنه يقع على شيء محسوس له مادة في الخارج<sup>1</sup>.

و بتعريف آخر هو ذلك النوع من الضرر الذي يشكل مساساً بحق ذي طبيعة مالية للشخص المضرور.

و قد يترتب الضرر المادي حتى و إن كان قد لحق حق غير مالي للشخص، ولكن نتج عن ذلك خسارة مالية، فالعجز الكلي أو الجزئي الذي يُصاب به الشخص نتيجة إصابة تعرض لها تمثل ضرراً وقع على حق ليس ذا طبيعة مالية بالأساس، لكن خسارة ذات طابع مالي لا شك أنّها حصلت (نفقات مالية)، حينما تقعه الإصابة عن العمل لفترة طويلة.

-**أما الضرر المعنوي:** هو الضرر الذي يقع على المشاعر الإنسانية و يسبب ألماً داخلياً لا يشعر به إلا المضرور، وقد يسبب مرضاً نفسياً، وفي تعريف آخر هو ضرر لا يتعلق بالذمة المالية للشخص، ولا يمكن تقويمه بالنقود حتى و إن كان ناجماً عن الاعتداء على حق مالي وهو قد يصيب الشخص في حريته، عرضه أو شرفه، أو سمعته، وكل ما ينقص من حق الشخص في الاحترام و التقدير كونه إنساناً<sup>2</sup>.

و الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو يحدث فيه من تشويه، وقد يصيب الشرف و الاعتبار و العرض، وقد يصيب العاطفة و الحنان و الشعور<sup>3</sup>.

---

(1) خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال و شمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق.

(2) الدكتور وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، المرجع السابق، ص 78.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 559.

وما لاحظته في التعاريف المختلفة للضرر المعنوي ، أنه يُعبّر عنه بمصطلح الضرر الأدبي، و في هذه المسألة يقول الدكتور خالد عبد الله الشعيب " أن التعبير بالضرر المعنوي أولى من التعبير بالضرر الأدبي؛ لأن محل الضرر هو معاني لا جسم لها ولا مادة، وكما قلنا في الضرر الذي يقع على ما له مادة إنه ضرر مادي، فكذلك نقول على الضرر الذي يقع على ما لا مادة له - وهي المعاني - ضرر معنوي".

وفرق الشيخ علي الخفيف بين الضرر الأدبي والضرر المعنوي، ويرى أن الضرر الأدبي يتمثل في الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد مهانة له، كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم في جسمه أو عاطفته من ضرب لا يحدث فيه أثراً أو من تحقير في مخاطبته أو امتهان في معاملته.

والضرر المعنوي يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملتزم بها كما في التزام امتنع فيه الملتزم عن تنفيذ التزامه، كالوديع يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها، والمستعير يمتنع عن تسليم العارية إلى المعير، والمستأجر يمتنع عن تسليم العين المستأجرة إلى مؤجرها، ونحو ذلك من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين<sup>1</sup>.

---

1 ( خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال و شمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق.

## المطلب الثاني : صور الضرر المعنوي و شروط قيامه

### الفرع الأول: صور الضرر المعنوي

جاء في ما سبق أن الضرر المعنوي ينشأ عن الاعتداء على حق أو مصلحة مشروعة، و بتعدد هذه الحقوق و المصالح ، يظهر الضرر في صور متعددة نذكر منها:

**1)الضرر المعنوي المتصل بالضرر المادي:** و هو الذي يصيب الجسم و يسبب الجروح و الإلتلاف و التشوهات<sup>1</sup>، كبتير يد المعتدى عليه مثلا، فيسبب له أضرارا مادية تشمل تكاليف العلاج و العجز عن الكسب طول المدّة اللازمة للشفاء و فوات الفرص المالية هذا من جهة و من جهة أخرى أضرارا معنوية تتمثل في الآلام الجسمية و النفسية التي يعانيتها منذ إصابته حتى شفاؤه<sup>2</sup>.

**2) الضرر المعنوي المجرد من الضرر المادي:** و هو الضرر المعنوي الذي يصيب الجانب النفسي من العاطفة و الشعور و الحنان، مثل الآلام النفسية التي يكابدها الوالدان في عاطفتها بسبب فقد طفلها<sup>3</sup>، و ما يحدث للأولاد بسبب الاعتداء على الوالدين أو العكس و للزوج بسبب الاعتداء على زوجته أو العكس .

و يلحق بهذه الأعمال أيضا ما يصيب الشخص في معتقداته الدينية، و شعوره الأدبي<sup>4</sup>.

**3) الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على القيم المعنوية:** و هو الضرر الذي يصيب الشرف و الاعتبار والعرض، كالقذف و السب و هتك العرض و إيذاء السمعة، والاعتداء على الكرامة<sup>5</sup>، كما يلحق بهذا أن يذاع مثلا عن شخص أنه مصاب بمرض خطير.

---

(1) علي محي الدين القرّة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي، مقالة ، الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ،2011.

(2) مرقس سليمان ، الوافي في شرح القانون المدني، دار النشر أريني للطباعة،1988، الجزء 2، ص 169.

(3) باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي،المرجع السابق، ص 21.

(4،5) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام،المرجع السابق، ص 724.

**4) الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على حق ثابت:** و هو كمن دخل أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضته ، فيجوز للمالك أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر المعنوي من جراء الاعتداء على حقه، حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء<sup>1</sup>.

و قد جاء في تقسيم الدكتور السنهوري للضرر المعنوي ما يلخص هذه الصور وهو أن "الضرر يصيب الكرامة والعرض، كما في القذف وفسخ الخطبة، وضرر يصيب الشخص فيما يكن من عواطف الحنو والحب نحو أفراد أسرته، كما إذا فقد أصلاً أو فرعاً أو أحدًا من الحواشي أو زوجاً أو خطيباً، وضرر يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حقوقه الشخصية الثابتة"<sup>2</sup>.

و منه يتبين أن الضرر المعنوي قد يكون مصحوباً بضرر مادي من تلف لعضو أو فوات لمنفعة، وقد لا يكون كذلك مثل الأضرار النفسية و الآلام بسبب الاعتداء على شخصيته، و أن الإساءات الأدبية هي العنصر الأساسي في الضرر المعنوي ، كما أنه قد يكون مباشراً للشخص المعتدى عليه، مثل ضرر التشهير، أو غير مباشر كالضرر اللاحق بأحد أفراد الأسرة.

#### الفرع الثاني : شروط قيام الضرر المعنوي:

المتفق عليه فقها ، أن الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي، من حيث وجوده و من حيث أنه سبب لقيام المسؤولية ،ومن ثم قيام حق المضرور بالمطالبة بالتعويض عنه<sup>3</sup> لذا لابد من توافر شروط حتى يستحق التعويض عنه ، وذلك لأن بعض الأضرار على الرغم من وجودها فعلاً فهي لا تستوجب التعويض، و هي نفسها بالنسبة للضررين و نذكرها كالاتي:

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 725.

(2) باسل محمد يوسف قبيها، لتعويض عن الضرر الأدبي، المرجع السابق، ص 21.

(3) باسل محمد يوسف قبيها، لتعويض عن الضرر الأدبي، المرجع نفسه، ص 24.

**أولاً: أن يكون الضرر محققاً (محقق الوقوع):** والمقصود أن يكون الضرر قد وقع بشكل مؤكد على وجه ثابت اليقين، و ليس افتراضياً، أي قد وقع فعلاً أو أنه سيقع حتماً<sup>1</sup>.

**ثانياً: أن يكون الضرر مباشراً:** أي أن يكون نتيجة طبيعية متوقعة للفعل الضار من جراء محدثه، و لم يكن باستطاعة المتضرر أن يتوقاه ببذل جهد معقول<sup>2</sup>.

**ثالثاً: أن يكون شخصياً لمن يطالب بتعويضه:** و هو أن يكون الضرر قد أصاب الشخص المطالب بالتعويض نفسه، وليس شخصاً آخر غيره إلا من له صفة قانونية\*، ذلك أن طبيعة الأمور تستلزم أن يطالب كل إنسان بحقوقه لا بحقوق غيره من المتضررين.

**رابعاً: أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مشروعة للمتضرر:** و هو أن يقع الضرر على حق مكتسب قانوناً أو على مصلحة للمتضرر يحميها القانون<sup>3</sup> ولا يسمح الاعتداء عليها أو القيام بالإضرار بها، والحقوق المكتسبة والمصالح المشروعة منها ما يتعلق بجسم الإنسان وسلامته مثل حق الحياة والعيش والحرية، ومنها ماله علاقة بالحنان الاعتباري مثل الشرف والسمعة والاعتبار والكرامة وحرية التعبير عن الرأي وهي كثيرة ومتنوعة وتُقرأ القوانين والداستاتير والمواثيق العالمية<sup>4</sup>.

---

(1) عمار شهيد، محكمة التحقيق، الضرر الأدبي، النجف الأشرف، منتدى البحوث العلمية و الأدبية و الخطابات و السير الذاتية الجاهزة.

(2) علي.علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 170.

(\*الصفة القانونية إما بالاتفاق أو بالقانون كالوكيل أو الخلف العام كالوارث الذي أصبح جزءاً من التركة.

(3) عامر عاشور و هالة صلاح الحديثي،المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الأبراج الرئيسية و الثانوية للهواتف النقالة،مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة تكريت، العراق.

(4) عمار شهيد، محكمة التحقيق، الضرر الأدبي، المرجع السابق.

الفصل الأول .....الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر المعنوي

**خامسا: ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه:** الغاية الأساسية من التعويض هي جبر الضرر الحاصل نتيجة العمل غير المشروع، و عليه فإنه لا يجوز أن يكون وسيلة لإثراء المضرور بلا سبب على حساب المدعى عليه، و من غير الممكن أن يعوّض مرتين أو أكثر مما يلزم لجبر الضرر<sup>1</sup>.

---

(1) عمار شهيد، الضرر الأدبي، المرجع السابق.

## المبحث الثاني

### مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي

يقوم مفهوم التعويض على مبدأ إزالة الضرر المعنوي الذي يمس الأشخاص في نفسيتهم، أو شرفهم أو اعتبارهم و الناتج عن أي اعتداء أو إتلاف أو عمل غير مشروع.

#### المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر المعنوي:

##### أولاً: التعويض في اللغة:

التعويض لغة: العوض، والعوض، كعَنْبٍ هو الخَلْفُ أو البديل، وتقول: تعويضاً إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والجمع أَعْوَاضٌ.، واعتاض منه: أخذ العوض، واعتاض فلاناً أي سأل العوض<sup>1</sup>، وجاء في لسان العرب أيضاً، العوض: البديل، والجمع أعواض، عاضه منه وبه، والعوض مصدر قولك عاضه عوضاً وعياضاً ومعوضة وعوضه وأعاضه وعأوضه والاسم المعوضة<sup>2</sup>.

##### ثانياً: التعويض في الاصطلاح الفقهي:

فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون مصطلح "التعويض" عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون مصطلح الضمان الذي يقابله عند فقهاء القانون المدني<sup>3</sup>. ومنه الضمان لغة: هو الكفالة و الغرامة، قال ابن منظور "ضَمِنَ الشَّيْءَ وَبِهِ ضَمَانٌ وَضَمَانًا: كَفَلَ بِهِ. وَضَمَّنَهُ إِيَّاهُ: كَفَّلَهُ، وَضَمَّنَهُ الشَّيْءَ تَضَمِينًا فَتَضَمَّنَهُ عَنِي: مَثَلُ غَرَمْتَهُ"<sup>4</sup>. أما الضمان اصطلاحاً: فهو عند المالكية "شغل ذمة أخرى بالحق"<sup>5</sup>.

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، 2004، ص 637.

(2) ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، 2008، ص 2588.

(3) باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، المرجع السابق.

(4) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1968، ج 13، ص 257.

(5) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 33.

الفصل الأول .....الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر المعنوي

وعند الشافعية " هو عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير"<sup>1</sup>.

و يقول الأستاذ علي الخفيف " شغل الذمة بواجب يُطلب الوفاء به إذا توافرت الشروط"<sup>2</sup>

و بعبارة أخرى" هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل"<sup>3</sup>.

و عليه، فالضمان إذًا، في معناه العام يكاد يوازي الالتزام عند القانونيين الذين يجعلونه ناشئاً

عن أحد المصادر:العقد، الإرادة المنفردة، أو العمل غير المشروع أو القانون.

### ثالثاً: التعويض في الاصطلاح القانوني:

لم يتعرض فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محدده تبين تعريفه

وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية ، ومع ذلك

حاول بعض فقهاء القانون المدني تعريف التعويض ومن هذه التعريفات:

- "إن التعويض هو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر فهو

جزاء المسؤولية"<sup>4</sup>، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع ، نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي

نجم عنه، وعلى هذا ينبغي مقابلة هذا الضرر بما يعوض عنه.

-وعرّف في معجم المصطلحات القانونية " بأنه ما يعطى للمرء مقابل ضرر لحق به ويقدر

في المسؤولية غير التعاقدية طبقاً لحجم الضرر "مبدأ الموازنة بين الضرر والتعويض".

---

1) بن زيطة، عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 33.

2) الخفيف، الشيخ علي، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص 3 و 4.

3) الخفيف، الشيخ علي، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 5.

4) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق.



الفصل الأول .....الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر المعنوي

-و أيضا هو "مبالغ يلتزم بها مسؤول عن ضرر معين ويقصد بها جبر هذا الضرر"<sup>1</sup>.

والتعويض هو جزاء المسؤولية المدنية ، وسيلة القضاء لمحو الضرر أو تخفيف وطأته، وهو بهذا يختلف عن العقوبة اختلافاً واضحاً، فالغاية من العقوبة زجر المخطئ وتأديبه أما الغاية من التعويض جبر وإصلاحه<sup>2</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري، لم يهتم أيضا بوضع تعريفاً للتعويض، ويظهر ذلك في المادة 132 من القانون المدني التي تنص على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف....و. يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"<sup>3</sup>.

و كذلك ما جاء في المادة 124 من نفس القانون في بأن الالتزام بالتعويض ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله.

و بهذا يمكن استخلاص تعريفاً للتعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري و هو أن: "الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية"<sup>4</sup>.

---

(1) معجم القانون، القاهرة، 1999، ص74.

(2) رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة، جامعة الكوفة، قسم القانون، العدد 8.

(3) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية رقم 44.

(4) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 35.

## المطلب الثاني: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي.

### الفرع الأول: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في بعض القوانين الوضعية:

قبل التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي، لا بأس أن نعرِّج أو نلقي نظرة بسيطة على بعض التشريعات الوضعية و موقفهم من هذه المسألة:  
**أولاً: في القانون الروماني:**

لم يكن القانون الروماني يعرف التعويض عن الضرر المعنوي إلا عندما تقدمت الحضارة الرومانية، حيث كان قانون القصاص هو السائد، و بمرور الزمن أصبح للنقود وظيفة الترضية و للمضروب الحق في التعويض على الأضرار المعنوية.  
وأقر القانون الروماني أحوالا كثيرة يعوّض فيها عن الضرر، في كل من المسؤولية التقصيرية و العقدية<sup>1</sup>، فقد خول للمتضررين المطالبة بالتعويض عن طريق عدة دعاوى كالتعويض عن إيلام العواطف أو الحنان، أو التعويض للنساء عما يلحقهن من القذف<sup>2</sup>.  
**ثانياً: في القانون الفرنسي:**

في القانون الفرنسي القديم، ذهب الفقهاء إلى التفرقة بين المسؤولية التقصيرية و العقدية بحيث أجازوا التعويض عن الضرر المعنوي في الأولى دون الثانية متأثرين بالقانون الروماني وظل الأمر كذلك حتى انعكس في 1804 بتقنين نابليون الذي فرض الالتزام بالتعويض على المتسبب في كل ضرر<sup>3</sup>، رغم أنه لم ينص على الضرر المعنوي صراحة مما أدى إلى انقسام الفقهاء الفرنسيين، نتيجة غياب النص، بين مؤيد لفكرة التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة، وبين معارض لتلك الفكرة.

---

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، المصدر السابق، بند 578، ص 725.

(2) بن زيطة، عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 44.

(3) بن زيطة، عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 44.

فيما بعد، غير الفقهاء موقفهم لصالح التعويض المعنوي مطلقاً عام 1833 بموجب قرار صادر عن غرف محكمة النقض مجتمعة<sup>1</sup>، وظهر ذلك في عدة نصوص، مثل التعديل الذي أدخله المشرع الفرنسي على أحكام التطليق، بموجب القانون الصادر في 1975/07/11 أجاز في المادة 266 ، الفقرة الأولى، الحكم على الزوج الذي تسبب بالتطليق بناء على خطئه الحصري بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي أصاب الزوج الآخر نتيجة انحلال الزواج.<sup>2</sup>

### ثالثاً: في القانون المصري:

لم يكن هناك نص في القانون المصري يقضي بالتعويض عن الضرر المعنوي، لكن الفقه والقضاء استقرّا على جواز التعويض عنه، حتى أتى القانون المدني الجديد في 1949 فأكد هذا الحكم<sup>3</sup>، وحسم المسألة بوضوح في المادة 222 فقرة 2 " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً....." و بذلك تساوى الضرر المادي و الأدبي من حيث وجوب التعويض.

وعلى هذا استقرت التقنيات الحديثة<sup>4</sup>، و سارت معظم القوانين العربية على هذا المنوال.

---

(1) فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006.

2) Texte en français « Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint. Ce dernier ne peut demander des dommages intérêts qu'à l'occasion de l'action en divorce. »

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 727.

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، المرجع نفسه، ص 728.

## الفرع الثاني: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري

رغم أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التعويض عن الضرر المعنوي، في المادة 124 من القانون المدني التي جاء فيها أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" لأنها جاءت عامة و لم تميز بين الضرر المادي والمعنوي، إلا أنه يمكن القول أن المشرع قد أجاز التعويض عن الضرر المعنوي بذكره كلمة " ضرر "دون التمييز بين الضررين، كما وضع جملة من النصوص القانونية تبين بشكل صريح تبني فكرة التعويض عن الضرر المعنوي نذكر منها ما يلي:

(1) في الدستور: نصّت المادة 34 في فقرتها 2 على أنه "يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة." و كذلك المادة 35 من نفس القانون "يعاقب القانون...، على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية."<sup>1</sup>

(2) في القانون المدني: نصّت المادة 182 مكرر على أنه « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.<sup>2</sup> (غير أنه في باب المسؤولية العقدية دون التقصيرية).

و المادة 47 منه نصّت على " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما لحقه من ضرر"<sup>3</sup>.

---

(1) الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم (08-19) المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

(2) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية رقم 44.

(3) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه.

كما جاء في المادة 48 من نفس القانون "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر و من انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"<sup>1</sup>.

نلاحظ في المادتين 47 و 48 أن الضرر الذي يلحق بالشخص يدخل ضمن الضرر المعنوي.

(3) في قانون الأسرة: نصّت المادة 5 في فقرتها الثالثة على أنه ".....، و إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض"<sup>2</sup>.

(4) في قانون الإجراءات الجزائية : جاء في المادة 3 فقرة 4 أنه " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية... "<sup>3</sup>.

أضف إلى ذلك المادة 08 من القانون الأساسي للعامل المتضمن حماية العامل من كل أشكال الإهانة ، وقد أكد هذا الاتجاه قانون علاقات العمل الذي نص في المادة 6 فقرة 2 على احترام كرامة العامل<sup>4</sup>.

---

(1) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

(2) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09/06/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(3) قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بالأمر رقم 69-73 المؤرخ في 16/09/1969.

(4) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق. ص 48.

هذا من جهة التشريع، أما من جهة القضاء الجزائري فلم يتوان عن التقرير في أحكامه بتعويض الأضرار المعنوية، و نذكر بعض ما جاء في قراراته:

- قضى المجلس الأعلى بتعويض الحزن الذي شعرت به أم لفقد ابنتها البالغة من العمر ست سنوات في حادث، وجاء في الحكم بأن الضرر المعنوي لا يقدر بمال ، وإنما يعوض من قبل القضاة بما بدا لهم جبرا للخواطر<sup>1</sup>، فالقتيلة صغيرة السن لا تعول والدتها ،و موتها لم يسبب لوالدتها إلا ضررا أدبيا محضا .

- كما جاء في حيثيات قرار المجلس الأعلى: " متى كان مقررا أن الضرر ماديا أو معنويا ومن ثمة فإن حكم محكمة الجنايات الذي قضى في دعوى الضحية في حقه وحق أولاده القصر في التعويض عن وفاة ابنه، يعد قضاء منتهكا للقانون .ولما كان ثابتا- في قضية الحال -أن قضاة محكمة الجنايات أسسوا قضائهم على كون الضحية كانت نفقة الطرف المدني الذي لم يلحقه لهذا السبب أي ضرر، فإنهم بقضائهم كما فعلوا لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها واقتصروا بذلك على الضرر من جانبه المادي فقط دون اعتبار لجانبه المعنوي، مما جعل قضائهم ناقصا .ومتى كان ذلك استوجب نقض وإبطال الحكم المطعون فيه"<sup>2</sup>.

---

(1) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 49

(2) غ.ج، المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1986/07/08، ملف رقم 42308، المجلة القضائية 1990، العدد 1، ص 254، منقول عن مذكرة ماجستير، بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية و الأساس الحديث، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.

في هذا القرار أسس قضاة الموضوع قضائهم على الضرر المادي دون اعتبار للضرر المعنوي، وبالتالي اعتبر قرارهم ناقصا ومعيبا ومحلا للنقض. ويعتبر هذا القرار بمثابة تكريس للتعويض عن الضرر المعنوي ، الناجم عن الوفاة بدليل أن محل التعويض في هذا القرار هو وفاة الابن.

وقد توسع القضاء في الحكم بالتعويض عن الأضرار الأدبية لصالح الفنانين وزوجاتهم الذين يهتمون بأناقتهم وجمالهم، وبالأخص لعارضات الأزياء واللاتي يعد جمالهن أساس حياتهن ومصدر رزقهن وثروتتهن وشهرتهن، بحيث قضت محكمة الجنج لمدينة الرغاية في الدعوى المدنية للطبيب الذي تعرض لحادث مرور أصيب على إثره بجروح متنوعة تسببت له في أضرار مست جماله وسمعته بتعويضات سخية<sup>1</sup>.

فالتعويض عن الضرر المعنوي مقبول في التشريع الجزائري، ولقد استقر القضاء الجزائري على الحكم به منذ الاستقلال، و حتى قبل صدور القانون المدني في 197/09/26 فقد صدر حكم من المجلس القضائي بالعاصمة بتاريخ 1975/05/29 (في القضية رقم 1399-469) قضى بالتعويض عن الضررين المادي و المعنوي بمبلغ 20 ألف دينار جزائري<sup>2</sup>.

---

(1) بحماوي الشريف ، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية والأساس الحديث، مذكرة ماجستير، المرجع السابق.

(2) علي.علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 168.

### الفرع الثالث: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

بالنظر في كتب الفقه، نلاحظ أن مصطلح (التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي) لم يشتهر بين الفقهاء القدامى، لكن لا يترتب على هذا عدم وجود مدلوله و تطبيقاته، فلقد تعرض الفقهاء المسلمون إلى الضرر المعنوي في أبواب الجنايات والديّات والضمان، لأن الشريعة الإسلامية فرضت تعويضات كالدية\* و الأرش\*\* و نحوهما ، و عقوبات غير مالية على الاعتداء على الشرف و الكرامة مثل الجلد ثمانين جلدة للقدف، والتعزير على أي اعتداء محرم على العرض بالسب و الإهانة، و يعلل الفقهاء ذلك (لأنه آذاه بالحق الشين به)<sup>1</sup>.

و تحريم هذا النوع من الضرر، وتقرير عقوبة تعزيرية عليه، أمر لا نزاع فيه، وذلك لما جاء من نصوص في حرمة الإنسان في دمه وماله وعرضه، كما في قوله صلى الله عليه وسلم: "كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه"<sup>2</sup>، وكذا في قوله عليه الصلاة والسلام: "سباب المسلم فسوق..<sup>3</sup>"، غير أن الخلاف كان على مبدأ الضمان، أي التعويض المالي في مثل هذا النوع من الضرر، الذي أثار كثيرا من الجدل، ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي في الفقه الإسلامي، لم يكن عنوانا بارزا أو مبحثا مستقلا بذاته، والمصطلح كما أشير إليه سابقا لم يشتهر في كتب الفقهاء القدامى، مما جعل الفقهاء المعاصرين يختلفون في حكمه بين مانع و مجيز"<sup>4</sup>، وسوف أوضح ذلك فيما يلي مع بيان الأدلة المعتمدة لكل منهما:

\*الدية: هي دفع ما وجب مقدار عند الاعتداء على النفس أو على أعضاء الإنسان.

\*\*الأرش: يخص المال الواجب في الجناية على الإنسان في غير الديّات المقدرة.

(1) علي محي الدين القرة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي ، المرجع السابق.

(2) الموسوعة الشاملة، شرح رياض الصالحين، موقع جامع الحديث النبوي، ط 1، ص 268 www.islamport.com

(3) صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور الرسول صلى الله عليه وسلم و سنته و أيامه،

كتاب الأدب، باب النهي عن السباب و اللعن، 6113/44.

(4) علي محي الدين القرة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق.

الرأي الأول: القول بعدم تعويض الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي:



ذهب فريق من المعاصرين إلى أن الفقه الإسلامي لا يعترف بتعويض الضرر المعنوي و حسب رأيهم لا تعويض إلاّ عن الأضرار الواقعة الماثلة التي يمكن تقويمها بالمال، إضافة إلى أنّ الأضرار المعنوية كجرح الشعور و تلم الشرف لا يمكن تعويضهما بالمال ولا رفعهما و إزالتها به، ولا تتجبر به<sup>1</sup>، و لذلك فإنّ علاجها في الفقه الإسلامي يكون بالعقوبات لا بالضمان المالي.

1-ومن بين هؤلاء المانعين ،أبو حنيفة، فقد نقل المرغيناني عنه" أنّه يرى أن من شجّ رجلاً فالتحمت، ولم يبق لها اثر، ونبت الشعر، سقط الارش. وعلل ذلك "بزوال الشين الموجب للارش"<sup>2</sup>. و احتج الكاساني لرأي أبي حنيفة بقوله: " أن الارش إنما يجب بالشين الذي يلحق المضرور بما يتركه من أثر، وقد زال ذلك، فسقط الارش. ثم قال الكاساني أن القول بلزوم حكومة الألم غير سديد لان مجرد الألم لا ضمان له في الشرع، كمن ضرب رجلاً وجيعاً. وكذلك (أجرة الطبيب) لان المنافع لا تقوم إلا بالعقد أو شبه العقد، ولم يوجد في حق الجاني ذلك"<sup>3</sup>.

2-وروى ابن قدامة ابن حنبل أنه: " لو لطم أحد شخصاً على وجهه، فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه"<sup>4</sup>.

3-و استدل ابن حزم بأن القصاص هو ما قضت به السنة ، ولا وجه للعدول عنه إلى أمر آخر.<sup>5</sup>

---

(1) علي محي الدين القرة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي ، المرجع السابق.

(2) عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

(3،4) عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي المرجع نفسه.

(5) بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص52.

4- استدل أحد الباحثين على عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي أنه فيه تسليط الظلمة على أموال الناس، كما فيه إغراء لبعض الناس بالتعدي على أعراض الآخرين، وكراماتهم وسمعتهم مقابل دفع غرامة مالية، ولذا فالأولى- على رأيه - سدّ هذا الباب<sup>1</sup>.

5- كما استدلوا بان العقوبات والضمانات يشترط فيها المماتلة، ولا مماتلة بين المساس بالشرف والعرض والكرامة، وبين التعويض بالمال، فهما ليسا من جنس واحد<sup>2</sup>، ولم يجيزوا أن يعطى المال في الضرر الأدبي أو المعنوي تعويضاً، لأنه إذا أعطي كأنه أخذ المال لا في مقابل مال، وكل هذا من أكل المال الباطل، وذلك محظور لقوله تعالى: "يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"<sup>3</sup>.

6- وبعضهم استدل بأن تقدير الضرر المعنوي غير ممكن لأنه غير منضبط، و في هذا يقول الشيخ الزرقا: "...وكتيرا ما نسمع فندهش في أخبار الدعاوى و الأفضية الأجنبية أرقاما بالملايين لقاء مزاعم أضرار أدبية فهي منتهى التفاهة"<sup>4</sup>.

وخلاصة هذا الرأي، هو أنّ الضرر الذي يمس الشرف والكرامة والشعور والآلام التي يكابدها المصاب جسمياً ونفسياً لا يمكن تقديرها بمبلغ من المال، فالآلام أسمى من أن تكون ميدان للمتاجرة وإنها لفضيحة لأن يكون الشرف الرفيع والعواطف النبيلة والآلام المقدسة موضع مساومة ومناقشة في سوح المحاكم<sup>5</sup>.

كان هذا بعض ما استدل به القائلون بعدم تعويض الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وسوف أبيّن ما قابل هذه الأدلة من ردّ و مناقشة حسب ترقيمها:

1،2) عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

3) سورة النساء: الآية 29.

4) علي محي الدين القرة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق.

5) رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، المرجع السابق.

(1) أنّ زوال الشين نعمة إلهية، وإن الضمان إنما يرتبط بموجبه، وقد حصل، فلا وجه حينئذ لعدم القول به، وإن قول الحنفية بعدم مالية المنافع قول مرجوح ، إذ المنافع تدخل في المعاوضة فهي مال، وقد عدل متأخروا الحنفية عن هذا الرأي وأفتوا بضمان منافع الغصب في ثلاثة أشياء: مال الوقف، مال اليتيم و المال المعد للاستغلال.<sup>1</sup>

(2) والظلم على الوجه يؤثر معنويا نتيجة لقبح فعل اللطم على الوجه الذي جعله الله عز و جلّ محلّ التكريم في الإنسان.<sup>2</sup>

(3) ويرد على هذا بأن السنة قد قضت بالتعزير بالغرامة المالية ، فليس هناك قول واحد كما ذهب إليه ابن حزم ، كما أن الخلفاء قضوا بالدية التي فيها معنى تعويض الضرر المعنوي.<sup>3</sup>

(4) الضمان يستحقه من لحقه الأذى، إذ لا توجد ملازمة بين التعويض عن الضرر الأدبي وتسليط الظلمة على أموال الناس، كما أنه يمكن أن يجتمع مع التعزير إذ رأى القاضي ذلك وأن المثل العليا تستوجب تحقيق وظيفة الردع والوظيفة الإصلاحية بوسائل تتوافق مع كل حالة على حده، وللقاضي الحرية المطلقة في ذلك.<sup>4</sup>

---

1 عبد الجبار شرارة ، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

(2) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص51.

(3) عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه.

(4) خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال و شمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق.

(5) أن اشتراط المماثلة في الضمانات والعقوبات محلّه التعويضات المالية أو القصاص، مما يمكن أن تتحقق مراعاة المماثلة . كما ذكروا . ولكن حين تتعذر المماثلة يُلجأ إلى الارش أو حكومة العدل\*، ولهذا قالوا أن الإنسان يجبر بالإبل في الدية، وهي ليست من جنسه<sup>1</sup>. أما الآية الكريمة فهي في باب التجارة وليست في باب التعويضات، ثم أن المراد بالبطل هو المحرم شرعا، وحينئذ لا تشمل الآية موضوع التعويض عن الضرر<sup>2</sup>.

(6) إذا سلمنا عدم إمكان الضبط التام، فهذا لا ينبغي أن يكون دافعا لرفض التعويض مطلقا بل ينبغي البحث عن درء الضرر بقدر الإمكان، إضافة إلى ذلك، التقدير يمكن أن يرجع به على أهل الذكر و الخبرة للتقدير الممكن، أما ما يحدث في الغرب هو خطأ في التطبيق وليس أصل الفكرة، ولذلك يمكن وضع ضوابط لتساعد على نوع من الضبط و التقدير العادل<sup>3</sup>. و من جانب آخر، إن ترك الأمر دون حكم بالضمان هو الآخر فيه إهدار لحق الآخرين وكرامتهم وسلامة أعراضهم، وهو مخالف لمقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها.

---

\*حكومة العدل مصطلح شرعي يقصد به ترك تقدير الضمان للقاضي ما لم يكن دية أو ارش.

(1) بن زبطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص53.

(2) علي محي الدين القرّة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي ، المرجع السابق.

(3) علي محي الدين القرّة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي ، المرجع نفسه.

## الرأي الثاني: القول بالتعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الفقه الإسلامي قد عرّف التعويض عن الضرر المعنوي و أقرّ به، و إن لم يسمّه بهذا الاسم، مستندا في ذلك إلى الحديث الشريف "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام".

و لأنّ الضرر الأدبي يصيب الإنسان في السمعة و الشرف و الاعتبار، يكون في حالات كثيرة أشد إيلاما من الضرر المادي، فإنّ الأخذ به موجودا في الشريعة الإسلامية القائمة على مبادئ العدل و الإنصاف، فكل مسلم محترم شرعا و له حرمة في الجسم و العقل، في الدم و المال و في العرض و الحرية و غيرها مما يمسّ كرامته التي صانها الإسلام و رعاها في كل الأمكنة و الأزمنة.

و في نفس المعنى يقول الأستاذ فتحي الدريني ( إنّ قواعد الشّرع لا تأبى تقدير التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي، لكن تمثيا مع روح الشريعة التي حرّمت الإضرار و الإيذاء بشتى صورته، و شرّعت الحد لجريمة القذف، و هو ضرر معنوي أو أدبي و بذلك فلا مانع أن يعوض عن الأضرار بقدر الإمكان، و بالقياس للمضار المعنوية في التقويم على المنافع المعنوية)<sup>1</sup>.  
واستند أصحاب هذا الرأي على عدة أدلة من الكتاب و السنة و نصوص فقهية نذكر بعضها منها فيما يأتي:

### أولاً : من القرآن الكريم:

- قوله عزّ و جلّ : " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ " <sup>ط</sup>

(1) علي محي الدين القرة داغي، علي محي الدين القرة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق.

(2) سورة النحل: الآية 126.

- قوله تعالى: " و جزاء سيئة سيئة مثلها"<sup>1</sup>.

- قوله تعالى: " فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"<sup>2</sup>.

و هذه الآيات تدلّ: على أن الله جل وعلا قد أوجب المماثلة في العقاب، تحقيقاً للعدل، وعقاباً للمجرمين، و ردعاً للمعتدين، و جبراً لضرار المتضررين، و المماثلة لا تتحقق في كل صور العقاب، فلذا تكون المماثلة فيما يمكن فيه المماثلة من التعويضات المالية، و القصاص و الجروح، أما حينما تتعدّر المماثلة فإنّ بدلها الأرش و حكومة العدل، و هذا يتأتى في الضرر المعنوي<sup>3</sup>، إذ من غير المقبول أبداً أن تُمس كرامة المسيء بمثل ما مس به كرامة غيره، و إلاّ كان ذلك إشاعة للفاحشة بين الناس، و لذا كان التعويض المعنوي بالبدل عن المثل و هو التعويض بالمال.

**ثانياً: من السنة النبوية:**

- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبيّ صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ مَظْلَمَةٌ لِأَخِيهِ، مِنْ عَرِيضَةٍ أَوْ مِنْ شَيْءٍ، فَلْيَتَحَلَّلْهُ مِنْهُ الْيَوْمَ قَبْلَ أَنْ لَا يَكُونَ دِينَارٌ وَلَا دِرْهَمٌ"<sup>4</sup>.

---

(1) سورة الشورى: الآية 40.

(2) سورة البقرة: الآية 194.

(3) محمد بن عبد العزيز أبوعباة، أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، المرجع السابق.

(4) أخرجه: البخاري، باب تحريم الظلم و الأمر برد المظالم، ج3، ص 170، حديث رقم 2449.

و يُستفاد من هذا الحديث مشروعية التحلل من المظلمة سواء تعلقت تلك المظلمة بالعرض أي ما يصيب الإنسان في شرفه أو كرامته أو سمعته أو بغير ذلك، و يكون ذلك قبل أن لا يكون هناك دينار ولا درهم<sup>1</sup>. أي قبل يوم القيامة، والإشارة هنا إلى الدينار والدرهم يمكن أن يفهم منها أن التحلل يمكن أن يكون بالدينار والدرهم، وهو التعويض أو مشروعية اخذ العوض عن حق أو مال، عند المساس بالعرض.

- و روى ابن ماجة عن عبد ربه بن خل النميري بسنده من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى أن: " لا ضرر و لا ضرار". والدلالة في هذا الحديث، أن الشريعة حرمت الإضرار و الإيذاء، و الضرر المعنوي أحد أنواع الأضرار المنهي عنه، فإنه يدخل في نطاق التحريم الذي دلّ عليه الحديث، و إن كان محرماً كان واجب الضمان كغيره من الأضرار المحرمة<sup>2</sup>.

- و أخرج البخاري في صحيحه عن علي بن عبد الله رضي الله عنه أن الرسول عليه الصلاة و السلام خطب الناس يوم النحر فقال: "...فإن دماءكم و أموالكم و أعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا". وجه الدلالة في هذا الحديث هو أن النبي عليه الصلاة و السلام حرم على المسلم عرض أخيه المسلم، و العرض هو موطن الشرف في الإنسان، أو ما به قوام شرفه و اعتباره مما يتعلق بكيانه الأدبي<sup>3</sup>.

---

(1) عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

(2) محمد عبد العزيز، أبو عباة، أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، المرجع السابق.

(3) محمد عبد العزيز، أبو عباة، أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، المرجع نفسه.

### ثالثاً: من النصوص الفقهية:

ذهب بعض الفقهاء بالقول: "أن الضرر الأدبي وإن كان متعذر التقويم خلافاً للضرر المادي، إلا أن كليهما خاضع في التقدير لسلطان القاضي، فمتى رأى في حالات معينة أن الضرر الأدبي يمكن تعويضه، وبقدر معين من المال، وجب الإذعان لرأي القاضي، إذ لا شك في أن التعويض المادي مهما قيل في تعذر الموازنة بينه وبين الضرر الأدبي، إلا أن التعويض هنا يساعد ولو بقدر على تخفيف الألم عن نفس المضرور"<sup>1</sup>.

- يذكر المرغيناتي " أن من شج رجلا فالتحمت، ولم يبق لها أثر، ونبت الشعر يجب عليه إرش الألم، وهو حكومة عدل عند أبي يوسف وحجته في ذلك أن الشين إن زال فالألم الحاصل لم يكن قد زال فيجب تقويمه، وقال محمد: عليه أجره الطبيب لأنه إنما لزمه أجره الطبيب وثن الدواء بفعله كأنه آخذ ذلك من ماله"<sup>2</sup>.

- الدكتور محمد فوزي فيض الله، يرى إمكانية التعويض المالي عن الضرر المعنوي استناداً إلى:

(1) أن الشريعة قد أقرت التعزير عن الضرر الأدبي.

(2) أن للحاكم أن يلجأ في أساليب التعزير إلى ما يراه أقمع للفساد وأبلغ في الإصلاح.

(3) في زماننا يكون التعزير بأخذ المال في الأضرار الأدبية والمعنوية أمضى في العقاب وأحسن في تحقيق النتائج الأدبية. فليكن حق الله بالعقوبات الواقعة على الجسم والنفس على حسب الأحوال وليكن حق العبد بفرض الغرامات المالية<sup>3</sup>.

---

(1) باسل محمد يوسف قبها، ا لتعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق.

(2) شرارة عبد الجبار، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، المرجع السابق.

(3) محمد عبدالجواد المنتشة، التداخل بين الدية والتعويض، المملكة الأردنية الهاشمية، المؤتمر القضائي الشرعي الأردني الدولي الأول، 2007.



-وما ذكره الكاساني: " إذا تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف، فينتفي الضرر بالقدر الممكن"<sup>1</sup>.

-كما أقرّ القانونيون بأن التعويض المالي إذا كان لا يمحو الضرر المعنوي، فإنه يعطي المضرور ترضيه تخفف عنه ذلك الضرر، وان صعوبة التقدير والتقييم لهذا النوع من الضرر لا يجوز أن تكون سببا في عدم تعويضه، كما أن العدالة والمثل العليا تأبى أن يفلت المتسبب في الضرر من كل جزاء لمجرد أن الضرر المعنوي لا يمكن تقويمه<sup>2</sup>.

إنّ مشروعية التعويض عن الضرر المعنوي، من أسرار عظمة هذا التشريع الرياني ورحمته بهذه الأمة، حيث جعل هذا المبدأ جامعا لكل خير، دافعا لكل شر، فهو يصون الأموال من الضياع والنقص، ويحفظ الملكية حتى لا تُستباح وتهدر ويعم الفساد. فإن حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة الأنفس، بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس<sup>3</sup>.

وهذه المشروعية، لم تأت عبثا بل لحكمة عظيمة، تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وتجسيد روحها التي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس.

و بهذه الأدلة و الأقوال يتبين أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي مبدأ أصيل في الفقه و مرتبط بقاعدة "إزالة الضرر"<sup>4</sup> التي تُبنى عليها كثير من مسائل المعاملات<sup>5</sup>.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424- 2003، ط 2.

(2) شرارة، عبد الجبار، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلام من المرجع السابق.

(3) ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2011 م.

(4) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، القاعدة 19، المادة 20، ص 179.

(5) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 59.

# الفصل الثاني

## المبحث الأول

### حكم الطلاق و التعسف في استعماله

حرصت المجتمعات عبر العصور، على الاهتمام بالأسرة ورعايتها و العمل على ضمان استقرارها و دوامها، هي الأسرة التي تنشأ عن طريق التزاوج بين الرجل و المرأة، و الزواج يعتبر الخطوة الأولى و الأساسية في تكوينها على قواعد المودة و الرحمة لقوله تعالى : " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " <sup>1</sup>. فالزواج رابطة مقدسة، تهدف إلى العشرة بالمعروف، و التعاون بين الزوجين على أمور الحياة، و صيانة الشرف، لهذا جاء وصفه في القرآن الكريم بالميثاق الغليظ في قوله سبحانه و تعالى : " وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَ قَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا " <sup>2</sup>، و لم يحدّ المشرع الجزائري عن هذا المفهوم للأسرة و عرفها في المادتين 2 و 3 من قانون الأسرة بأنها الخلية الأساسية للمجتمع، و تعتمد في حياتها على الترابط و التكافل و حسن المعاشرة و التربية الحسنة و حسن الخلق و نبذ الآفات الإجتماعية <sup>3</sup>.

غير أنه قد تطرأ أمور تحول دون هذا الدوام و الاستمرار، فتنحرف العلاقة الزوجية عن أهدافها النبيلة، و تتحول هذه العلاقة إلى مصدرٍ للشقاء بدلاً من العشرة بالمعروف. هنا و في هذه الحالة و لتحقيق مصلحة الأسرة، كان تشريع الطلاق رحمةً من الله لعباده كي تزول المفسدة الحاصلة من هذا الزواج، و ربما يكون أصلح للزوجين لقوله تعالى : " إِنْ يَتَقَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعْتِهِ " <sup>4</sup>.

(1) سورة الروم: الآية 21.

(2) سورة النساء: الآية 21.

(3) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09/06/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(4) سورة النساء: الآية 130.

و الإسلام بغض الطلاق<sup>1\*</sup> و نَفَرَّ منه، و رَغِبَ في الحياة الزوجية و صانها و حذَّرَ من العبث بها، لما يترتب على ذلك من أضرار تقع على الأسرة خاصة و على المجتمع عامة و وضع قيوداً و موانع للتضييق من دائرته و الحد من اتساعه، فلا يُلجأ إليه إلا عند الضرورة الملحة و انسداد مخارج الصلح، و لغرض غير هذا يكون مقبلاً مبغضاً بنظر الشريعة<sup>2</sup>.

ونلاحظ هنا، أنّ الطلاق من جهة هو المخرج من الضيق، و من جهة أخرى أمر مقبلاً مبغضاً، مما يدفعنا للتساؤل عن حكم الطلاق، هل الأصل فيه الحظر أم الإباحة؟ وسوف نرى ذلك فيما يلي:

---

(1\*) الطلاق في اللغة مصدر طُلِّقَتِ المرأة بفتح اللام وضمها، أي بانّت من زوجها فهي طالِقٌ ، وطلَّقَهَا زَوْجُهَا فهي مُطَلَّقةٌ، وأصله التخلية، فسميت المرأة المخلى سبيلها طالقاً لهذا المعنى.

و في الاصطلاح الفقهي: اختلف الفقهاء في تعريف الطلاق غير أنهم اتفقوا في المعنى المؤدى إليه على النحو الآتي:

- عند الأحناف : هو رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص.
- وعند المالكية : هو صفة حكومية ترفع حلبة منفعة الزوج بزوجه.
- وعند الشافعية : هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.
- وعند الحنابلة : هو حل قيد النكاح أو بعضه.

و المشرع الجزائري لم يعرف الطلاق، تاركاً ذلك للفقهاء، وإنما بيّن أنه سبب انحلال الرابطة الزوجية و ذلك في المادة 47 من قانون الأسرة: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق..." و في المادة 48 من نفس القانون: "...، يحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة..."، و أنّه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح.."، و نصت على هذا المادة 49 من نفس القانون.

و دليل مشروعيته في الكتاب قوله عزّ و جلّ: "الطّالِقُ مرّتان فإمساك بمعروف أو تسريحٌ بإحسان"، وفي السنة قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: "أبغض الحلال عند الله الطلاق".

(2) كريمة عبود جبر و عبد الهادي عبد الكريم، محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 8، العدد 2، تاريخ النشر 2009/01/22.

## المطلب الأول: الطلاق بين الحظر و الإباحة:

اختلف الفقهاء في صحة الطلاق إذا لم يوجد ما يبرره، كما إذا وقع بغير سبب مع استقامة حال الزوجة، فقال بعضهم الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، و قال آخرون الأصل في الطلاق الإباحة<sup>1</sup>.

### أولاً: الرأي القائل بالحظر:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، و استدلوا بعدة آيات من القرآن الكريم و أحاديث شريفة نذكرها كالآتي:

(1) قوله جلّ و علا : " فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً"<sup>2</sup>. و هو أن الطلاق من غير سبب بغيّ و عدوان.

(2) و قوله تعالى : " و فَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ، و حَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا"<sup>3</sup>. فلو كان الطلاق مباحا لما أمر الله تعالى بِبَعَثِ الحَكَمِينَ مع وجود النزاع، و إنّما أمر بذلك لتضييق دائرة الطلاق فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التمام الأسرة، و يكون ضرر البقاء أكبر من ضرر التفريق.

(3) نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الطلاق و عدم التسرع في إيقاعه بقوله: " لا تَطْلُقُوا فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَهْتَرُّ مِنْهُ الْعَرْشُ"، و " أَبْغَضَ الْحَلَالُ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقَ"، وفي لفظ: " ما أحلّ الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق"<sup>4</sup>.

---

(1) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، 1431-2010م، ط 3، ص 174.

(2) سورة النساء: الآية 34.

(3) سورة النساء: الآية 35.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
4) كما استدلوا بأن الزواج من أجلّ النعم و أعظمها، و الطلاق من غير حاجة تدعو إليه كفران للنّعمة، و هدم للمصلحة التي أقامها الشرع، و تبديد للأسرة و إلحاق ضرر كبير بالأبناء، وما كان شأنه كذلك كان حراما لا مباحا<sup>1</sup> عملا بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم (لا ضرر و لا ضرار).

### ثانيا: الرأي القائل بالإباحة:

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ الله سبحانه تعالى جعل الطلاق بيد الرجل يوقعه بإرادته وحده و هو حر في استعمال هذا الحق، واستدلوا بالآيات الكريمة الآتية:

1) يقول الله عز وجل: " لا جناح عليكم إن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ما لم تَمْسُوهُنَّ أو تَفْرُسُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً"<sup>2</sup>. و الدلالة هنا نفي الجناح يعني نفي الإثم و الحرج ما يفيد الإباحة<sup>3</sup>.

2) و قوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ و أَحْصُوا الْعِدَّةَ"<sup>4</sup>.

3) كما استدلوا بما جاء في الحديث الشريف: " أبغض الحلال إلى الله الطلاق"، بحيث يقولون أن لفظ الحِلِّ (الحلال) يدل على الإباحة.

4) و أيضا بما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال على المنبر: " إن ابني هذا مطلق فلا تزوّجوه، فقالوا نزوّجه ثم نزوّجه..."<sup>1</sup>. وهذا يدلّ على عدم رضاه عن فعل ابنه الحسن رضي الله عنهما، بحيث نهى الناس عن تزويجه.

---

1)محمود علي السرتاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 175.

2) سورة البقرة: الآية 236.

3) أحمد بخيت الغزالي، الطلاق الانفرادي .. تدابير الحد منه، دار النهضة العربية 1420/ 2000، ط 1، ص 34.

4) سورة الطلاق: الآية 1.

5) أحمد بخيت الغزالي، الطلاق الانفرادي .. تدابير الحد منه، نفس المرجع، ص 34.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
يتبين من الرأيين أنّ الفقهاء اتفقوا على أن الطلاق بيد الرجل حقا له، وأنّ للمرأة اللجوء  
للقضاء ليفرق بينها وبين زوجها إذا وقع عليها ضرر، كما أنّ الأصل في الطلاق الإباحة، هذا  
من جهة، أما من جهة أخرى فالعلماء يقررون إلى أن الأصل في الطلاق الحظر إلا لحاجة  
تدعو إليه أو وجود مقتضى أو سبب، فإذا وجدت الحاجة أبيض الطلاق، و في هذه القاعدة  
صونا من العبث و الإيذاء بلا سبب<sup>1</sup>، ومنه يتبين رجحان القول بأنّ الأصل في الطلاق الحظر  
لا الإباحة، و هذا ما رجحه ابن عابدين في حاشيته<sup>(\*)</sup> حيث قال: (وأما الطلاق فإن الأصل فيه  
الحظر بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه)<sup>2</sup>.

ومنه أضمّ رأيي للقول بالحظر إلّا لسبب معتبر شرعا يحول دون تحقيق الحكمة الإلهية  
و الهدف النبيل من شرع الزواج، حتى لا يستهتر الأزواج و يستخفون بهذا الميثاق الغليظ  
ويجعلونه عرضة للعبث و الانحلال الأسري.

### المطلب الثاني: مفهوم التعسف في استعمال حق الطلاق:

سبق و أن ذكرنا، أنّ الزوج الذي يطلق زوجته بغير حاجة تدعو إليه يعتبر متعسفا في  
استعمال حقه في الطلاق، حتى و إن كان حقا أعطاه الله سبحانه و تعالى للرجل دون المرأة  
لما في ذلك حكمة إلهية، وهي أن الرجل هو الملزم بالأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق  
بالإضافة إلى ما يمتاز به من عوامل طبيعية تتمثل في التريث وقوة التحمل و ليس لعيب في  
المرأة أو تفضيلا له عليها. غير أن الواقع المعاش يدل عكس ذلك، بحيث الكثير من الأزواج  
يحيدون عن هذه الحكمة، و يوقعون الطلاق بدون مبرر شرعي، مسببين لأزواجهن أضرارا وإن  
لم تكن دائما مادية فهي بلا شك معنوية لا يمكن تجاهلها. فماذا نعني بالتعسف في الطلاق؟

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2002، ج1، ص210.

(\*) حاشية ابن عابدين أكبر موسوعة فقهية حقوقية في العالم الإسلامي معتمدة في الإفتاء والقضاء، جمعت شتات الفقه  
الإسلامي وقدمت أحكاماً وحلولاً لكثير من القضايا والمشكلات القديمة والمستجدة في مختلف شؤون الحياة منذ زمن الصحابة  
والتابعين.

(2) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 177

## تعريف الطلاق التعسفي:

للوصول إلى التعريف الصحيح للطلاق التعسفي، لا بد من توضيح معنى التعسف في استعمال الحق كفكرة عامة في الفقه و القانون.

**التعسف لغةً:** وهو من عَسَفَ، و يقال عسف عنه: عدل و حاد، و عسف في الأمر فعله بلا روية و لا تدبر، و عسف فلانا: أخذ بالعنف و القوة و ظلمه، و يقال عسف المرأة غضبها نفسها و اعتدى عليها<sup>1</sup>.

**أولاً: معنى التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي:** وهو استعمال الحق المشروع على وجه غير مشروع، وهو أيضا إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى إضرار الغير.

و لم يرد على لسان الأصوليين و الفقهاء كلمة " إساءة " أو " تعسف " في استعمال الحق وإنما هو تعبير وافد من فقهاء القانون المحدثين في الغرب، لكن في بعض كتب الأصول وردت كلمة " الاستعمال المذموم " تعبيراً عن التعسف أو الإساءة في استعمال الحق.<sup>2</sup>

و من الفقهاء المعاصرين من أطلق لفظ " المضارة في الحقوق " على التعسف، و تؤثر كلمة التعسف لدقتها في تأدية المعنى المراد<sup>3</sup>. و الشريعة الإسلامية سباقة في وضع نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>4</sup> رغم عدم ورود المصطلح، و يظهر ذلك في قوله تعالى: " وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا، وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ"<sup>5</sup>. بحيث كان الرجل قبل نزول هذه الآية الكريمة

(1) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية 1425هـ-2003م، ط4، ص 600.

(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، سوريا، ط2، ص45-46.

(3) المرجع نفسه، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص 46.

(4) علي.علي.سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع السابق، ص 211.

(5) سورة البقرة: الآية 231.



الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
يطلق المرأة، فإذا قاربت انقضاء العدة أرجعها الزوج إلى عصمته وهو غير محتاج إلى  
مراجعتها يريد الإضرار بها حتى لا تتزوج غيره ثم يطلقها بعد ذلك، فتدخل في العدة الواجبة  
على كل مطلقة، فإذا قربت العدة أن تنتهي طلقة أخرى، حتى تبدأ عدة أخرى فتطول عليها  
العدة فتنتظر مدة طويلة قبل أن يصح لها أن تتزوج غيره، فنهاهم الله عن ذلك وتوعدهم عليه  
بقوله: "ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه".

وكذلك في كتاب الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية، في صدد بحثه في قضية سمرة بن  
جندب (\*) التي تعتبر أصلاً من أصول التعسف<sup>1</sup>، بحيث قضى النبي صلى الله عليه وسلم  
بقطع نخله دفعا لإضرار الأنصاري و هذا تطبيقاً للقاعدة الفقهية "الضرر الأشد يزال بالضرر  
الأخف"<sup>2</sup>.

فحرية التصرف في الملك، سلبي أو إيجاباً وإن كانت هي الأصل، إلا أنها يجب أن تمارس  
على وجه لا يلحق ضرراً راجحاً بالغير، فلا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه على وجه يضر  
بغيره دون أن يجني من تصرفه هذا منفعة من جلب مصلحة أو درء مفسدة<sup>3</sup>.

ثانياً: معنى التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري: اهتم المشرع الجزائري بنظرية  
التعسف في استعمال الحق، و ضمها إلى نظام المسؤولية التقصيرية<sup>4</sup>، هذا ما تضمنته المادة  
124 مكرر من القانون المدني، التي صاغها بشكل عام، تتسع لكل الحقوق عينية كانت أو  
شخصية<sup>5</sup>، وجاء نصها كما يلي:

---

(\*) أصراً سمرة على الدخول إلى نخله إضراراً بالأنصاري، ورفض البيع والمناقلة والهيبة؛ وذلك لأنه - وإن كان صاحب حق  
ومصلحة في دخوله إلى نخله - إلا أن الضرر الذي يصيب الأنصاري وأهله بسبب هذا الدخول يفوق بكثير المصلحة التي  
يجنيها من ذلك، و تعسّف في استعمال حق الاستطراق (حق المرور) في بستان الأنصاري.

- (1) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 46.
- (2) أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، القاعدة 26، (المادة 27)، ص 199.
- (3) فتحي الدريني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع نفسه، ص 164.
- (4) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 166.
- (5) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري المرجع نفسه، ص 167.

"يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

ويرى أنّ الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق، يخضع لإشراف القضاء، فإن تبين للقاضي أنّ استعماله كان لغرض غير مشروع، أو بسبب غير معقول قضى بالتعويض طبقاً لأحكام المادة 52 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"<sup>1</sup>.

واستمد المشرع هذا المبدأ القائل بأنّ الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير من الفقه الإسلامي، ومن التطبيقات العلمية التي انتهى إليها القضاء عن طريق الاجتهاد<sup>2</sup>.

كما طبق القضاء الجزائري مبادئ نظرية التعسف في عدد من قراراته، كإساءة استعمال حق الدعوى في حالة وجود نية الإضرار بالغير أو الاستعمال الكيدي لهذا الحق العام، وهو ما حكمت به محكمة وهران حيث اعتبرت أنّ من يرفع دعوى مطالباً بشيء يبدو أنه لا حق فيه، فإنه في هذه الحالة يكون متعسفاً في استعمال حق الادعاء، ومخطئاً خطأً تقصيرياً موجباً للتعويض، كما اعتبر طلاق الزوج بدون مسوغ قانوني أو مبرر شرعي مقبول طلاقاً تعسفياً يستوجب التعويض<sup>3</sup>.

ومما سبق نعرف الطلاق التعسفي بأنه: مصطلح حديث في تسميته، قديم في المعنى يطلق على كل طلاق يستبد به الزوج وتتأذى المرأة من ورائه<sup>4</sup>. وهو أيضاً: الخروج بالطلاق عن الحكمة التي اقتضت إباحته، و هي دفع الضرر، و يشترط لاعتباره كذلك، أن يقع بلا سبب و يترتب عليه ضرر ظاهر بالمطلقة مادياً كان أو معنوياً.

(1) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 84/06/09 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 238.

(3) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 168.

(4) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 122

## المبحث الثاني

## معايير التعسف في فك الرابطة الزوجية و صورهِ

كي نحكم على تصرف ما بالتعسف يجب أن تتطبق عليه معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، و نفس الشيء، حتى نحكم على المطلق بأنه مُتَعَسِّفٌ في استعمال حق الطلاق الذي جعله الله تعالى بيده، لآبد من إسقاط معايير التعسف على واقعة الطلاق، فإذا انطبقت هذه المعايير على تلك الحادثة كان الرجل متعسفاً بإيقاعه الطلاق ويحكم عليه بالتعويض وإلا كان تصرفه سليماً. فما هي هذه المعايير التي يتحقق بها التعسف في استعمال حق الطلاق؟

### المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال حق الطلاق:

بينّ المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر السابقة الذكر من قانون الأسرة، معايير ثلاث للتعسف في استعمال الحق وهي: قصد الإضرار، رجحان الضرر على المصلحة وعدم مشروعية المصالح المراد تحقيقها. وهي نفس المعايير التي حددها الفقهاء المسلمين و صنّفوها إلى معيار شخصي أو ذاتي ويشمل الجانب أو العامل النفسي الدافع على استعمال الحق<sup>1</sup> والآخر مادي أو موضوعي لا شأن له بالنوايا سواء كانت حسنة أو سيئة يمنع صاحب الحق من ممارسته ما دام يضرر بالآخرين.

### الفرع الأول: معيار قصد الإضرار:

وهو معيار شخصي محض، لأن قصد إحداث الضرر بالغير هو الدافع لاستعمال الشخص لحقه ولا مصلحة له في هذا الاستعمال فيتحقق بذلك التعسف في استعمال الحق، بل إن هذه الصورة من صور الاستعمال تعدّ أظهر صور إساءة استعمال الحق على الإطلاق<sup>2</sup>.

(1) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 242.

(2) رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية و القانون، مجلة الشريعة الإسلامية، العدد 1.

فالشخص يكون مُسيئاً في استعمال حقه إذا لم يكن له من غرض عند استعماله لحقه سوى الإضرار بالغير، و تعدّ انعدام المصلحة الذاتية قرينة على قصد الإضرار بالغير<sup>1</sup>.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
ويكون قصد الإضرار في الطلاق، عندما يطلق الزوج زوجته بلا مبرر شرعي من جلب  
مصلحة أو دفع مفسدة سوى الإضرار بها، فإذا أوقع الزوج الطلاق بلا حاجة دفعته، و لا  
ضرورة ملحة، يكون تعسف في استعمال حقه وخالف قصد الشارع في المحافظة على الحياة  
الزوجية و استقرارها، كأن يلحق الضرر بالزوجة في حالة منعها من الخروج للعمل و كان قد  
وافق لها رغبةً في استثمارها حتى إن عجز عن تحقيق هذه الرغبة طلب منها ترك العمل بقصد  
الإضرار.

### الفرع الثاني: معيار رجحان المصلحة على الضرر

وهو معيار عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يُصيب الغير  
أي يكون لصاحب الحق مصلحة عند استعماله لحقه، وفي نفس الوقت يترتب على هذا  
الاستعمال ضرر بالغير، يفوق في ضخامته المصلحة التي يجنيها صاحب الحق. وهذا المعيار  
موضوعي بحت لأنه يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير<sup>2</sup>.  
فالمناقضة ظاهرة من قِبَل أن ما غلب ضرره على نفعه لا يشرع<sup>3</sup>. وإن كان صاحب الحق  
حسن النية فهو مستهتر بمصالح غيره<sup>4</sup>.

مصلحة الزوج من إنهاء الحياة الزوجية، و استئنافها مع أخرى، و تجديد حياته  
و جلب المنافع له و دفع المضار الناتجة من استمراره في الزواج، بالموازنة بين الأضرار التي  
سوف تقع على الزوجة و الأبناء و الأسرة و على المجتمع تفوق بكثير، على التي سيدفعها  
عنه بإنهاء الحياة الزوجية فيدفع أهون الشرين، والقاعدة الفقهية تقول:

(1) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 422.

(2) بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق، ص 170.

(3) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 38.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 561/845.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
" إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفها"<sup>1</sup>، و جاء في قول العز بن عبد  
السلام "فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة"<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: عدم مشروعية المصالح المراد تحقيقها

الحقوق في الإسلام شرعت لتحقيق مصالح جليلة وغايات سامية، ولم تُشرع لمجرد اللهو  
أو العبث، أو لاستغلالها فيما لا يُفيد، وعلى ذلك فإذا استعمل الإنسان حقه في غير الغرض  
الذي شرع له، والغاية التي منح من أجلها، كان مناقضاً لقصد الشارع، ومسيئاً في استعمال  
حقه. لا خلاف في هذا بين العلماء لأنه تحايل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة  
و هدم لقواعدها<sup>3</sup>.

والشرع حرم زواج التحليل حيث ثبت عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قوله: " لعن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم المُحلَّ والمُحلَّل له"<sup>4</sup>. فدل هذا الحديث على تحريم التحليل لأن  
اللعن لا يكون إلا على أمر غير جائز في الشريعة، وكل فعل محرم منهي عنه.  
فالزواج مجعول لكي يحصل به العشرة الدائمة وتكوين الأسرة ولكنه لما قصد به عمل مؤقت  
يتوصل به إلى هدف آخر ذمه الشرع.

وأيضاً كمن يطلق زوجته لكي يعاشر امرأة أخرى معاشرة غير شرعية و هذا مخالف  
للنظام العام والآداب العامة.

---

(1) محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، القاعدة 27، المادة 28، ص 201

(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي المرجع السابق، ص 38.

(3) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي المرجع نفسه، ص 428.

(4) أخرجه الترميذي، كتاب النكاح، باب 28 ن حديث رقم 1120، الجزء 3، ص 428.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية إلى جانب المعايير المذكورة، هناك معيار رابع أخذ به الفقهاء وهو الضرر الفاحش يحدث أن يستعمل الإنسان حقه في ملكه استعمال غير متعارف بين الناس، فيؤدي إلى الإضرار بالغير ضررا ظاهرا، فيكون محل مساءلة ويضمن ما تلف بسبب فعله هذا، كمن أوقد في ملكه نارا تسري في العادة إلى دار جاره ، لكثرة هذه النار ، أو لكونه أججها في وقت هبوب ريح شديدة حملت هذه النار إلى دار جاره، كان مغاليا في استعمال حقه، ويضمن ما تترتب على تصرفه من مضار<sup>1</sup>.

فالضرر الفاحش الناتج عن الطلاق، هو أن هذا الأخير يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية و المادية ؛ فالمرأة المطلقة تحوم حولها جملة من التساؤلات ، والمجتمع يقسو عليها، فضلا عن العوز و الفقر التي سوف تتعرض له ، و تغدو امرأة مشى بها قطار العمر و قلما تجد لها زوجا يطلبها للزواج ، فتعاني من الوحدة ، و من ألم الفراق ، و ربما تفقد الثقة بالناس و بنفسها ، و في طلاقها كبت لغريزتها الجنسية ، و ما ينشأ عن الكبت من آثار نفسية فتقف حياتها و تبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا .

وبهذا حصر المشرع الجزائري التعسف في المعايير الثلاث، فلم يشأ أن يتوسع كما توسع الفقهاء المسلمون و بعض الغربيين، ولو يشأ أن يضيق كما كانت النظرية التقليدية تفعل حين تحصر نية الإضرار بالغير، بل اتخذ موقفا وسطا<sup>2</sup>. لكن رغم عدم ورود الضرر الفاحش في نص المادة 124 مكرر، إلا أنه ورد في المادة 691 فقرة 1 من القانون المدني المتعلقة بمضار الجوار، و تنص على " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له"<sup>3</sup>.

(1) محمد رأفت عثمان التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون،مجلة الشريعة والقانون بالقاهرة،العدد1.

(2) علي.علي.سليمان، لنظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع السابق، ص 223.

(3)القانون رقم (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

## المطلب الثاني: صور الطلاق الموجب للتعويض:

يعتبر الطلاق من الأمثلة التطبيقية لمبدأ التعويض المعنوي في الأحوال الشخصية و قد يقع بإرادة الزوج المنفردة، أو يوقعه القاضي بطلب من الزوجة في التطليق و الخلع وهذا ما سنبينه فيما يلي:

### الفرع الأول: الطلاق التعسفي الواقع بالإرادة المنفردة للزوج:

المشعر الجزائري، في المادة 124 مكرر من القانون المدني<sup>1</sup>، اكتفى بذكر المعايير التي تحدد أن الحق مُتَعَسَف في استعماله في شكل عام، وفي المادة 52 من قانون الأسرة<sup>2</sup> التي جاء فيها أنه إذا تبين للقاضي أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض، لم يوضح أو يحدد صور أو حالات الطلاق التعسفي على سبيل الحصر لأن في ذلك صعوبة تكمن في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لآخر، فيكفي ذكر المعايير التي يمكن الاستئناس بها لتحديد ما إذا كان الطلاق قد استعمل بتعسف من الزوج أم لا<sup>3</sup>،

وسوف آخذ على سبيل المثال صورتين الأكثر تعبيراً على تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، وهما الطلاق من غير مبرر شرعي و طلاق المريض مرض الموت.  
**أولاً: الطلاق من غير مبرر شرعي:** الطلاق و إن كان حقا بيد الزوج، إلا أنه حق مقيد بأسبابه، بمعنى أن هناك أسباب تبيح الطلاق و لا يدفع الزوج تعويضا لمثلها، كالإساءة له بالسب و الشتم و الضرب، ونشوز الزوجة، إفساد العلاقة بينه و بين أهله و ارتكاب الفواحش

---

1) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

2) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09/06/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

3) ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
و هناك أسباب أخرى مثلا العقم و ضعف الكلام و السمع و البله، لا تُعدُّ أَعذاراً شرعية  
للطلاق و تجعله غير مشروعاً و متعسفاً فيه<sup>2</sup>.

فعلى الزوج أن يأت بالأسباب الدافعة إليه وإلا أعتبر طلاقاً تعسفياً، ثم على القاضي لما  
له من سلطة واسعة أن يتبين إن كانت هذه الأسباب فعلاً مبررة أم هي مجرد أَعذار تافهة، ولا يد  
للمطلقة فيها. وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى 1982/11/12 بأنه " من المقرر شرعاً وقانوناً  
إذا كان الطلاق غير مبرر فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة"<sup>3</sup>.  
وفي بعض الأحيان لا يسبب الزوج طلاقه لأنه يفتقد للبيئة، أو يتجنب الحرج، رغم ذلك  
يعتبر متعسفاً و يلزم بالتعويض وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في 1999/06/15 من  
المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار  
المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن الزوج  
يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، وذلك  
تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج اللذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية  
عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا  
صحيح القانون"<sup>4</sup>.

- 
- 1) بسمة الإبراهيم، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، دار عماد الدين للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، د ط، ص 48.
  - 2) ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، المرجع السابق، ص 67.
  - 3) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 28784، المجلس الأعلى، مجلة قضائية 1986، عدد 2، ص 32.
  - 4) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 223019، المجلس الأعلى، عدد خاص، ص 103.



الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
كما ذهبت المحكمة العليا، إلى أن تكيف طلاق الزوج بكونه متعسفا فيه متروك للسلطة  
التقديرية للقاضي، وهذا يدخل في إطار تطبيق المادة 52 من قانون الأسرة التي نصت على  
التعويض عن الطلاق التعسفي<sup>1</sup>. فكيف للقاضي أن يتبين الدافع أو قصد الزوج من الطلاق؟  
**(1) سلطة القاضي في تحديد التعسف من عدمه:**

إن المادة 49 من نفس القانون تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة  
محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.  
ومنه في هذه المرحلة أي مرحلة الصلح بإمكان القاضي دراسة الأمور و تبين دوافع الطلاق  
مباشرة مع الزوجين في جلسة صلح سرية.

هذا الإجراء يتيح للقاضي بما له من سلطة تقديرية من تفحص موقف الزوج أو الزوجة  
بعيدا عما هو مدون في العرائض أو دفعاتهما، وذلك أنه يستطيع استعراض أدق الأمور معهما  
والتي يمكن اعتبارها من الأمور الشخصية التي لا يكشف عنها الزوج أمام الملاء، ليتمكن  
القاضي من تحديد التعسف من عدمه<sup>2</sup>. مثلا رغم تنازل الزوجة عن موقفها و تشبثها بالعودة  
إلى الحياة الزوجية، لكن الزوج يتمادى في موقفه المتصلب<sup>3</sup> والمتناقض مع قوله تعالى: "فَإِنَّ

أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا"<sup>(4)</sup> وفي هذا ذهبت محكمة سعيدة من خلال حكمها الصادر  
في 2009/07/01 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفيا، وذلك نظرا لتصميم الزوج  
على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت من خلالهما المحكمة لإصلاح ذات البين، إلا أن  
محاولاتها باءت بالفشل لإصرار الزوج على الطلاق دون سبب جدي ومعارضة الزوجة له في  
ذلك مطالبة بالرجوع إلى البيت الزوجي، ما يجعل طلبها للتعويض مؤسس يتعين الاستجابة له  
لجبر الضرر اللاحق بها<sup>5</sup>.

(1) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق، ص126.

(2) مسعودة نعيمة الياس، لتعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق المرجع السابق.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 237.

(4) سورة النساء: الآية 34.

(5) محكمة سعيدة، ق،ش،أ، 2009/07/01، قضية رقم 09/0060. منقول عن مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
ولهذا أعطى المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة<sup>1</sup>، أهمية جوهرية لهذا  
الإجراء، و نص على عدة محاولات صلح بدلاً من واحدة.  
وعليه، فإذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أنه تعسف في طلاقها دونما سبب معقول  
وأن الزوجة سيعيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة  
و درجة تعسفه بتعويض عادل<sup>2</sup>.

## (2) شروط استحقاق المطلقة للتعويض:

حسب المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق  
حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها." نستخلص الشروط التي يجب توافرها  
لاستحقاق الزوجة المطلقة للتعويض و هي :

- أن يقع الطلاق من قبل الرجل بإرادته المنفردة بدون رضاء المرأة بهذا الطلاق.
- أن يتبين للقاضي أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق.
- وأن الزوجة قد لحقها ضرر من هذا الطلاق.

وعليه يتبين أن التعسف هنا يصعب ضبطه إلا بوجود الضرر، وذلك يخضع للسلطة  
التقديرية للقاضي، فإن قدر سبب الطلاق و كان معقولا في نظره رد دعوى التعويض، وإلا حكم  
على الزوج بالتعويض حسب وضعه المالي<sup>3</sup>.

---

(1) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل  
و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09/06/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 235.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 239.

## (3) سلطة القاضي في تقدير التعويض:

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

نص المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، إلا أنه لم يبين كيف يتم تقدير هذا التعويض ولم يحدد قيمته تاركا ذلك لسلطة القاضي، الذي يختار طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو ملائم لإصلاح الضرر، معتمدا في ذلك على نص المادة 132 من القانون المدني<sup>1</sup> و التي تنص على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما كما يصح أن يكون إيرادا، مرتبا.....و يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه".  
فالقاضي يقدر التعويض على قدر الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، و يدخل في اعتباره حالة المضرور الصحية و الجسمية و العائلية و المالية، ولا يصح أن يجاوز التعويض مقدار الضرر<sup>2</sup>.

وبهذا قضى المجلس الأعلى في 1984/04/02 بأنه " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكموا بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما و غناها أو فقرهما، أو غنى أحدهما 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 ما هو مألوف، ودون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة<sup>3</sup>".

1) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

2) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983، دط، ص 174.

3) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32779، المجلس الأعلى، الجزائر، المجلة القضائية، العدد 2، ص 61.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
من هذا القرار يتضح لنا أن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية وقانونية، تستوجب على  
القاضي استبعاد كل إجحاف أو مغالات، فيلتزم فقط بالضرر الفعلي ويقدر التعويض بقدره، مع  
الأخذ بالاعتبار ما آل إليه الضرر زيادة أو نقصانا و انخفاض قيمة النقود و ارتفاع  
الأسعار وهذا هو أسلم الحلول لتحقيق التعويض بالكامل<sup>1</sup>.

#### (4) نظام المتعة كتعويض عن الطلاق التعسفي:

رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يهدف إلى تخفيف الضرر على المطلقة وذلك  
بالتعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقتها، وهو ما يسمى بالمتعة<sup>2</sup>. و جاء هذا في قوله  
تعالى: "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (3) وقوله عز وجل: "لَا جُنَاحَ  
عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ  
وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ" (4) وقوله أيضا: "يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا  
إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ  
تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا" (5).

(أ) المتعة لغة: متع الشيء: طوّله، و متع الله فلانا: عمره، ومتع الرجل مطلّته: أعطاه المتعة  
بعد الطلاق، و المتعة: ما يتمتع به من الصيد و الطعام.

(1) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص175.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص233.

(3) سورة البقرة: الآية 241.

(4) سورة البقرة: الآية 236.

(5) سورة الأحزاب: الآية 49.

## ب) الحكمة من المتعة:

جاء في تفسير المنار في حكمة المتعة:

" إن في هذا الطلاق غضاضة وإيهاماً للناس أن الزوج ما طلقها إلا ورابه منها شيء فإذا هو متعها متاعاً حسناً تزول فيه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن بمنزلة الشهادة بنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله لعذر يختص به لا من قبلها ولا علة فيها. لأن الله تعالى أمرنا أن نخاف على الأعراض بقدر الطاقة فجعل هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامع به الناس فلاناً أعطى فلانة كذا وكذا فهو لم يطلقها إلا لعذر فيه وهو آسف عليه معترف بفضلها لا لأنه رأى عيباً فيها أو رابه شيء من أمرها"<sup>1</sup>.

فالمتعة هي التعويض المالي للمرأة عما لحقها من ضرر بسبب الفرقة من زواج لم تكن هي المتسببة فيها.

## ج) حكم المتعة:

ذهب الشافعية وأحمد إلى أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهر، دليلهم قوله تعالى: "وَالْمُطَلَّقَاتُ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (2) أما المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها المهر فلا متعة لها<sup>3</sup>، لقوله عز وجل: "وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"<sup>(4)</sup>.

(1) محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الكريم، مطبعة المنار، مصر 1350هـ، ط2، ص 430.

(2) سورة البقرة: الآية 241.

(3) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 181.

(4) سورة البقرة: 237.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
و يرى ابن حزم وابن جرير الطبري أن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء في ذلك المدخول  
بها أو غير المدخول بها، سمي لها مهر أم لا، لعموم قوله تعالى: "وَلَلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ  
بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (1).

أما المالكية فيرون أن المتعة مندوبة و لا يجبر عليها المطلق بحال، وقسم المطلقات  
إلى ثلاث<sup>2</sup>:

- المطلقات قبل الدخول و قبل التسمية، لهن المتعة ولا شيء لهن من الصداق.
- المطلقات قبل الدخول و بعد التسمية، وأوجب لهن نصف المهر ولا متعة لهن.
- المطلقات بعد الدخول سواء فرض لهن أم لا، المتعة موجبة في الأول ومندوبة  
في الثاني.

#### د) مقدار المتعة:

اختلف الفقهاء في مقدار المتعة، غير أن الأرجح في التقديرات هو: أنه يرجع في تقديرها  
إلى الحاكم لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الاجتهادية<sup>3</sup>.

---

(1) سورة: الآية 241.

(2) بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 156 و 157.

(3) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 183.

## هـ) علاقة المتعة بالتعويض:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> على ما يسمى بالمتعة للمطلقة تعسفاً، وإنما أشار إلى حقها في التعويض فقط و ذلك في المواد 52، 53 و 55 من نفس القانون، بالمقابل نجد القضاء الجزائري أكثر استعمالاً لهذا المصطلح كما يتبين لنا في قرارات المحكمة العليا الآتي ذكرها:

- قرار بتاريخ 1988/11/21: "من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية . لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية . ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

- قرار بتاريخ 1986/01/27: "من المقرر شرعاً وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك، استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة"<sup>3</sup>

---

1) القانون رقم(75-58) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم(05-10) المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

2) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 561614، المحكمة العليا، الجزائر، المجلة القضائية 1990، العدد 4، د ص.

3) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، المحكمة العليا، الجزائر، المجلة القضائية 1993، العدد 4، د ص.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
- قرار بتاريخ 08/04/1985 : " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي  
طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر  
تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية. لذلك  
يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ  
آخر كتعويض"<sup>1</sup>.

نلاحظ مما احتوته هذه القرارات، أن القضاء استقر على أن المتعة هي نفسها التعويض  
و سار على مسار القضاء قبل الاستقلال الذي كان يفرض للمطلقة تعويضاً تحت اسم المتعة  
و صدر بذلك قرار في مجلس قضاء الجزائر سنة 1924، و أسس قراره على ما ورد  
من أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية، وانتهى إلى أن المتعة إنما وجبت لتعويض ما ينجم  
عن الطلاق<sup>2</sup>.

يبقى أن المشرع الجزائري لم يفصل في هذا بنص صريح، لئيبعد بعض الإشكالات التي  
تدور حول علاقة التعويض بالحقوق المالية للمطلقة كمهر المطلقة قبل البناء و نفقة العدة.

---

(1) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35912، المحكمة العليا، الجزائر، المجلة القضائية 1989، العدد 1، د ص.

(2) ( بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 161 و 162.

**ثانياً: طلاق المريض مرض الموت:**



الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية المقصود بمرض الموت هو مَنْ مَرِضَ مَرَضاً يَمْنَعُ صاحبه من إقامة مصالحه بنفسه ويكون الغالب في ذلك المرض موت صاحبه منه<sup>1</sup>. و سمي كذلك لاتصال الموت بالمرض الذي يغلب فيها الهلاك.

المشعر الجزائري لم يعرّف مرض الموت في قانون الأسرة و إنما بين عجز المريض على القيام بمصالحه حتى في معاملاته القانونية في المادة 408 من القانون المدني التي تنص على "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن هذا البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال."<sup>2</sup>

بينما المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1984/07/09 قضت بـ "إن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً و يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه، و يجب على الطاعن إثبات ذلك وقت التصرف."<sup>3</sup>

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية "مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان ملازماً للفرش أو لم يكن، وإذا امتد مرضه وكان دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح

---

(1) حاشية ابن عابدين، رد المحتار على در المختار، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، جزء 3، ص 383.

(2) القانون رقم (58-75) المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم (10-05) المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية رقم 44.

(3) غرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، الجزائر، ملف رقم 33719، منقول عن ، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 244.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعد  
مرضه اعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت<sup>1</sup>.

وبما أن المشرع الجزائري اعتمد فيما يخص المريض مرض الموت على الفقه الإسلامي  
مصدراً، فهم يرون أنه يجب أن يتحقق فيه أمران : أن يغلب فيه الهلاك عادة، وحدث الموت  
فعلاً متصلاً به وبصفة مباشرة سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي<sup>2</sup>.  
**حكم طلاق المريض موت الموت:**

ثبت عن الصحابة أن سيدنا عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر طلاقاً مكملًا  
لثلاث في مرضه الذي مات فيه، فحكم له سيدنا عثمان بميراثها منهن وقال: "ما اتهمته و لكن  
أردت السنة". ولهذا ورد أن ابن عوف نفسه قال: "ما طلقها ضراراً و لا فراراً"، يعني أنه لا ينكر  
ميراثها منه. و كذلك حدث أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه طلق امرأته و هو  
محاصر في داره، فلما قُتل قضى لها سيدنا علي كرم الله وجهه بميراثها منه، و قال: "تركها  
حتى إذا أشرف على الموت فارقها!"<sup>3</sup>.

فالفقهاء لاحظوا أن من يطلق زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت إنما يقصد  
بذلك التهرب من ميراثها لذلك سموه طلاق الفار، وردوا عليه قصده وذلك بتوريثها منه كما فعل  
الصحابة رضوان الله عليهم، لكن الخلاف بينهم كان في إذا طلق في مرض الموت طلاقاً  
بائناً.

فيرى الأحناف: إذا طلق المريض امرأته طلاقاً بائناً فمات من هذا المرض وورثته، و إن مات  
بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها<sup>4</sup>.

(1) مجلة الأحكام العدلية، لجنة من العلماء، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، 1302هـ، د. ط. ص 227.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 241.

(3) السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 189.

(4) السيد سابق، فقه السنة، المرجع نفسه، ص 189.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
و قال المالكية: أن حق الزوجة في الميراث لا ينقطع ولو تزوجت قبل الموت لأن القصد  
الآثم مردود على صاحبه وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بتوريثها كما لو  
لم يطلقها، سواء كانت مدخولا بها أم لا<sup>1</sup>. وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري تطبيقا لأحكام  
لأحكام الفقه المالكي.  
و قال الحنابلة: أن الزوجة ترث ما دامت في العدة وحتى ولو مضت العدة فهي ترثه  
مادامت لم تتزوج.

و قال الظاهرية: أن الزوجة لا ترث إذا كانت بائنة.  
وجاء في قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup> في مسألة الميراث و في المادة 132 أنه "إذا توفي أحد  
الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما  
الإرث". ومنه إذا طلقها في مرض الموت و هي في العدة فإنها ترثه سواء كان الطلاق بائنا  
أو رجعي وهذا إذا كان سبب حرمانها من الميراث فقط<sup>3</sup>. ونفس الشيء إذا هي ماتت في العدة  
من فرقة بسببها كالخلع من أجل حرمان زوجها من الميراث فإنه يرث<sup>4</sup>، و باعتبار النص عاما  
في الطلاق يمكن اسقاطه على طلاق مرض الموت وبالتالي القول بأن المشرع منحاز لرأي  
الحنفية

### متى يكون المريض فارا بطلاقه من الميراث؟

اشتراط العلماء لاعتبار المريض فارا من إرث زوجته ما يلي:

1) إذا طلقها في مرض الموت طلاقا بائنا لأن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما سواء  
كان برضاها أو بغيره مادامت في العدة. وإن كان المشرع الجزائري يعتبر أن الطلاق الواقع بين  
ييدي القاضي في المحكمة طلاقا بائنا إذ لا يمكن مراجعة الزوجة بعد النطق به إلا بموجب عقد  
جديد<sup>5</sup>.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 242 و 245.

(2) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل  
و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09/06/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(3) فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ط 2، ص 100.

(4) فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 99.

(5) مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

(2) أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي ، فلو كان قبل هذا و لو بعد الخلوة فلا تترث منه لعدم تحقق مظنة الفرار<sup>1</sup>.

(3) إذا كان طائعا بغير رضاها، وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض<sup>2</sup>.

(4) أن يموت و المطلقة في العدة، وذلك لاستمرار الزوجية في تلك الفترة.

من جهة أخرى، إذا جاءت الفرقة من جانب المرأة في مرض الموت و توفرت الشروط اعتبرت فارة ويستحق زوجها الميراث إن ماتت و هي في العدة لأنها قصدت الحرمان من الميراث فيرد عليها قصدها<sup>3</sup>.

و هناك فرق أخرى اعتبرت المريض مرض الموت في طلاق بائن أو في حكمه كاللعان و الردة، فإرا من الميراث و أوجبت ميراث الزوجة<sup>4</sup>.

ومنه الطلاق في مرض الموت هو طلاق واقع كما في الأحوال العادية، مهما كانت خطورة هذا المرض، ولا يمكن الطعن في صحة هذا الطلاق، لأن مرض الموت لا يمكن أن يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، ولهذا فطلاق المريض مرض الموت صحيح شرعا وقانونا ولا خلاف بينه وبين الطلاق في الأحوال الأخرى إلا في استحقاق المطلقة للميراث<sup>5</sup>.

---

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص241.

(2) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص319.

(3، 4) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص322 و 323.

(5) مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ب ص.

## الفرع الثاني: التطلق للضرر

من المبادئ السامية التي قررها الإسلام في حق المرأة، أنه لا يجوز للزوج أن يسيء إلى زوجته في المعاملة والقول، لقوله عز و جل: " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"<sup>1</sup>، و قوله : " وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"<sup>2</sup>. من جهة أخرى، أعطاه الحق في تأديبها إن خالفته و لم تطعه و هذا في حدود ما جاء به الشرع ، فإذا تجاوز التأديب حده إلى سوء المعاشرة للإضرار بها ، كان من حقها أن تضع حدا لهذه العلاقة التي لم تجد فيها سعادتها و ترفع عنها ظلم زوجها، وذلك باللجوء إلى القاضي لطلب فك الرابطة الزوجية، الحق الذي لم يحرمها منه الشرع و لا القانون، وهو ما يسمى بالتطلق، ويتم بحكم قضائي بناء على طلبها<sup>3</sup>.

و قد أورد المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة<sup>4</sup>، الحالات التي تشكل سببا لطلب الزوجة التطلق لاحتوائها على أضرار تلحقها و لا يمكن أن تستمر الحياة الزوجية معها كما نص في المادة 53 مكرر من نفس القانون على أنه "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

و سوف أعرض هذه الحالات وفقا لترتيب المشرع، ومدى اعتبارها موجبة للتعويض عند الحكم بالتطلق، وجاءت كالاتي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية:

---

(1) سورة البقرة: الآية 228.

(2) سورة النساء: الآية 19.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 273.

(4) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 84/06/09 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

أولاً: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره<sup>1</sup>:

أجاز الأئمة الثلاثة: مالك و الشافعي و أحمد التفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمتنع فيها الزوج عن الإنفاق، فهم يرون أن البقاء مع عدم الإنفاق ضرار و إمساك بغير معروف، وكان حقا عليه أن يطلق زوجته و لما لم يقم بذلك و قد تعين عليه، قام القاضي مقامه فيه ، لقوله تعالى: " ولا تَمْسُكُوهُنَّ ضَرَارًا لَتَعْتَدُوا"<sup>3</sup>، و قوله سبحانه: " فَأَمَّا كُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"<sup>4</sup>.

أما الأحناف، فهم لا يجيزون التفريق للإعسار أو لعدم الإنفاق، وللمرأة أن تستدين أو تتفق على نفسها إن كان لها مال، ثم ترجع على الزوج متى أيسر<sup>5</sup>، وإذا تبين للقاضي أن الزوج امتنع ظلما، حكم عليه بالحبس لإرغامه على الإنفاق. و استدلوا بقوله تعالى: " لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ و مَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقَهُ فَلِيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللهُ"<sup>6</sup>، لكن إذا تبين للقاضي بعد حبسه أنه عاجز حقا عن النفقة و جب تخلية سبيله و ليس له أن يطلقها<sup>7</sup>، لقوله عز و جل: " و إن كان ذو عُسرة فنظرة إلى ميسرة"<sup>8</sup>.

---

(1) "..... ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

(2) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1369هـ-1950م، ط2، ص 366.

(3) سورة البقرة: الآية 231.

(4) سورة البقرة: الآية 225.

(5) زيطرة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ص 129.

(6) سورة الطلاق: الآية 7.

(7) بن زيطرة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص

(8) سورة البقرة: الآية 280.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
وذهب ابن القيم الجوزية إلى أنه يجوز في حالتين فقط و هما: قدرة الزوج على الإنفاق  
و امتناعه عن ذلك، وحالة تغرير الزوج بالزوجة أثناء عقد الزواج على انه غني وهو فقير<sup>1</sup>.  
و المشرع الجزائري أخذ برأي الأئمة الثلاث، وكذا برأي ابن القيم في حالة تغرير الزوج  
بالزوجة أي جهلها بإعساره. وأجاز للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب عدم إنفاق الزوج عليها  
و على أبنائها إذا توافرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزوج قد امتنع عمدا عن الإنفاق ( لم يفصح المشرع عما إذا كانت له أموال  
و تعتمد أو كان معسرا).
- أن يكون قد صدر من المحكمة حكم يتعلق بوجوب النفقة، لكنه امتنع عن التنفيذ  
و أصر على عدم الإنفاق. وفي هذا صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 95/05/02  
تحت رقم 118475 يقضي بأنه " لا يمكن الحكم بالتطلاق بسبب الإهمال و عدم الإنفاق  
إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة، و أن يمتنع الزوج عن تنفيذ ذلك".
- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج<sup>2</sup>.

والتطلاق بسبب عدم الإنفاق يعتبر طلاقا رجعيا عند المالكية، فللزوج مراجعة زوجته إذا أيسر  
خلال العدة. فلا تجوز الرجعة إلا إذا زال السبب الموجب للتفريق<sup>3</sup>.

### ثانيا: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة، و لم يبين  
نوع العيوب، لكن يمكن استنتاج قصد المشرع من قوله (التي تحول دون تحقيق الهدف من  
الزواج)، و بما أن الهدف من الزواج هو التناسل و إنجاب الأولاد و تكوين أسرة أساسها

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 275.

(2) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 132.

(3) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 353.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
المودة و الرحمة، فالمقصود بالعيوب هي تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفردة التي  
من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية و التي لا يمكن المقام معها إلا بضرر<sup>1</sup>.  
بعض الشراح أن عبارة العيب في محلها، إذ تعبر عن المقصود بدقة أكثر من أي  
مصطلح آخر يمكن أن يستعمل كالمرض أو العجز مثلاً<sup>2</sup>. فهو كل نقصان بدني أو عقلي في  
الزوج يمنع تحقيق مقاصد الزواج و يعطي للمرأة الحق في طلب التطلاق. كما يرى جمهور  
الفقهاء انه يحق لكل واحد من الزوجين، طلب التفريق لعيب يجده في الآخر، مع اختلاف فيما  
بينهم في تعداد هذه العيوب و الأمراض، بينما يرى الفقه الحنفي أنه بإمكان الزوجة وحدها  
طلب فسخ الزواج لأن الزوج يملك حق الطلاق<sup>3</sup>. ويشترط لطلب التطلاق: عدم علم الزوجة  
بعيب الزوج قبل الزواج، و عدم رغبتها بمواصلة الحياة مع زوجها المعيب، وإذا كان العيب  
موجودا في الزوج و لم يضر بالزوجة، فلا يكون ذلك سببا لطلب التطلاق لانعدام الظلم و  
الضرر.

و يعتبر التطلاق لعدة من العلل الجنسية أو لمرض من الأمراض و الضارة طلاقاً بائناً عند  
أبي حنيفة و مالك، وأخذ به المشرع الجزائري، أما قول أحمد و الشافعي انه فسخ و ليس  
طلاق. كما اختلفوا في المدة المعينة التي تنتظرها الزوجة لطلب التطلاق للعيب، فمنهم من  
يقول أن مرور مدة من الزمن على سكوتها يسقط حقها في طلب التطلاق وهم المالكية  
و الشافعية، لأنه بمثابة الرضا الضمني بالعيب الموجود<sup>4</sup>. بينما أبو حنيفة و أحمد فيشترطان  
الرضا الصريح.

---

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 280.

2 بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 149.

(3) بلحاج العربي، ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 281.

(4) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 359.



الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
والمشعر الجزائري لم يحدد هو الآخر هذه المدة، لكن القضاء أشار إلى ذلك بحيث صدر  
قرار بتاريخ 84/11/19 يقضي بأنه " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى  
به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا من مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل  
العلاج وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك الفترة بجانب بعلمها فإن  
لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتنطيق"<sup>1</sup>.

### ثالثا: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

والمقصود بالهجر هو هجر الزوج فراش الزوجية، بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة  
نوم الزوجية، و ذلك بالإعراض عنها و عدم قربانها في حدود الشرع<sup>2</sup>، لقوله تعالى:  
" واهْجُرُوهُنَّ هَجْرًا جَمِيلًا"<sup>3</sup>. و هو من الأساليب التي شرعها الله عز و جل للرجل كي يؤدب  
زوجته بغرض الإصلاح بعد الشقاق<sup>4</sup>، غير أن الزوج يتمادى في هجرها و يتركها عن قصد  
و دون سبب شرعي لمدة تزيد عن الأربعة أشهر قصد الإضرار بها، فالهجر المشروع يهدف  
إلى الإصلاح و تهذيب الزوجة حتى تعود إلى طاعة زوجها، فإن هو أساء استعمال هذا الحق  
في التأديب، فلها أن تطلب التنطيق للضرر الذي لحق ها من هذا الهجر.

وإذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني، كوجود الزوج في المستشفى أو الخدمة  
العسكرية، أو في مكان آخر للقيام بوظيفة، وإذا كان لا يتجاوز الأربعة أشهر و لو بيوم واحد  
أو كان لعدة مرات و في أوقات مختلفة و متفرقة، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها  
في مثل هذه الحالات لأن الهجر شرعي و لأسباب معقولة.

ولهذا إذا ادعت الزوجة أمام المحكمة أن زوجها قد هجرها في المضجع أكثر من أربعة  
أشهر، عليها إثبات ذلك، و إذا اقتنع القاضي بثبوت واقعة الهجر و مراعاة العنصر المعنوي  
المتمثل في نية الإضرار بالزوجة، حكم لها بالتنطيق<sup>5</sup>.

(1) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43784، المجلس الأعلى، المجلة القضائية 1989، العدد 3، ص 79.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 288.

4 بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 133.

(5) مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص،

2010-2009.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

وقد صدر قرار عن مجلس قضاء سيدي بلعباس، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2004/12/26، قضى بأنه " حيث أن المستأنفة تلتزم المصادقة على محضر أداء اليمين وإلغاء الحكم المستأنف و من جديد الحكم بتطبيقها من المستأنف عليه طبقا للمادة 53 فقرة 3 من قانون الأسرة وإلزامه بأدائه لها مبلغ ثلاثين ألف دينار جزائري(30.000دج) نفقة عدة و مبلغ ألفين دينار جزائري (2.000 دج ) نفقة إهمال من يوم رفع الدعوى الأولى. و منه وبمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>، يشترط لإيقاع التطلق بسبب الهجر ما يلي:

- أن يهجر الزوج زوجته و يترك فراش الزوجية.
- أن يدوم الهجر مدة تتجاوز الأربعة أشهر متتالية و بدون مبرر شرعي أو قانوني.
- أن يكون الهجر عمديا، بمعنى أن يكون بإرادة الزوج.

**رابعا: التطلق لحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة:**

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطلق إذا حكم على زوجها بعقوبة لجريمة فيها مساس بشرف الأسرة تحول دون مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، في الفقرة الرابعة من المادة 53 قانون الأسرة، غير أنه لم يشترط مدة معينة للحبس خلافا لما جاءت به نفس المادة قبل التعديل<sup>2</sup>، والشروط اللازمة لاعتبار هذا السبب دافعا للتطلق هي:

- أن يصدر حكم قضائي ضد الزوج حائزا قوة الشيء المقضي فيه، بحيث إذا حكم على الزوج بالحبس مع وقف التنفيذ يعتبر الشرط متوفرا.

أن تكون الجريمة المعاقب عليها تمس شرف الأسرة، بحيث لا يهجم نوع العقوبة بقدر ما يهجم نوع الفعل أو الجريمة، وتكون مثل جرائم السرقة، الاعتداء على العرض والاعتصاب وغيرها من الجرائم التي تعد منافية للأخلاق، تهين كرامة و سمعة الأسرة. وبهذا قضت محكمة سعيدة في قرارها الصادر في 2001/04/07، بتطبيق المدعية لأن زوجها أدين بجناية هتك عرض و متواجد بالمؤسسة العقابية، تطبيقا للمادة 53 قانون الأسرة<sup>3</sup>.

(1) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 84/06/09 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(2) نص المادة قبل التعديل " الحكم بعقوبة شائنة مفيدة لحرية الزوج أكثر من سنة... "

(3) محكمة سعيدة، قسم شؤون الأسرة، قرار بتاريخ 2001/04/07، رقم الملف 2000/2543.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

- و أن تجعل الجريمة مواصلة العشرة بين الزوجين مستحيلة، و ذلك بخلق خلافات و خصومات تحول دون استمرار الزوجية.

ويخضع هذا التطبيق للسلطة التقديرية للقاضي الذي يستعين بالمعيار الموضوعي المطلوب لقبول الطلب أو رفضه<sup>1</sup>.

والتطبيق للحبس مأخوذ من المذهبين المالكي و الحنبلي خلافا للشافعية و الحنفية. وجاء في فتاوى ابن تيمية الحنبلي "القول في امرأة الأسير" و المحبوس و نحوهما، مما يتعذر انتفاع امرأته به-إذا طلبت فرقته، كالقول في امرأة المفقود<sup>2</sup>.

#### خامسا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة:

نص المشرع الجزائري على أن الغيبة سبب من الأسباب الدافعة بالمرأة لطلب التطلاق. و التفريق للغياب هنا يثبت في الغياب المعلوم حاله فيه، و غير المعلوم حاله، فإن كان غير معلوم الحال فإن القاضي متى ثبت لديه الغياب و مضت سنة يطلق في الحال، أما إذا كان معلوم المكان، يرسل إليه بأن يحضر ويضرب له أجلا، فإن أبى يطلقها عليه طلاقا بائنا حتى لا يتمكن من المراجعة، فيكون ذلك مواصلة الضرر<sup>3</sup>. وهو مذهب مالك و احمد دفعا للضرر. فالتطبيق للغياب يقوم على أساس الضرر الواقع و ليس الضرر المتوقع فقط، وهنا يشترط قصد الزوج للإضرار بزوجته، ونستخلص شروط التطلاق بسبب غياب الزوج حسب الفقرة الخامسة من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري و هي كالاتي:

- أن تفوق الغيبة السنة و لو بيوم واحد ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى\*<sup>4</sup>.
- أن يكون الغياب دون عذر مقبول، كما لو سافر لمجرد السياحة و لم يعد.

(1) بلحاج العربي،، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 295.

(2) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 368.

(3) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص

(4) "الغائب حسب المادة 110 من قانون الأسرة يعتبر كالمفقود وبالنسبة لزوجة المفقود المدة تبدأ من يوم صدور الحكم بالفقدان و الفرق بينهما أن زوجة المفقود تطلب من القاضي استصدار حكم بوفاة زوجها".

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية بالنسبة للغياب، المالكية لم يشترطوا أن يكون بغير عذر مقبول، عكس الحنابلة فقد اشترطوا ذلك لأن الضرر محقق من الغياب، و على القاضي أن يرفعه بالتطبيق<sup>1</sup>، و لأن ذلك ليس إمساكا بمعروف، فتعين التسريح بإحسان، فإن لم يقر به، قام القاضي مقامه فيه<sup>2</sup>.  
- أن لا يترك لزوجته مالا تنفقه على نفسها و أولادها. و يرى الفقه المالكي أن الزوجة تطلب الطلاق للغيبة و لو ترك لها مالا تنفقه.

### سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من نفس القانون:

المادة 08 من قانون الأسرة تنص على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

أحال المشرع القاضي إلى المادة 08 و ذلك بأنه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا ما خالف الزوج الأحكام المتعلقة بتعدد الزوجات، بالتدليس من طرف الزوج بأنه غير متزوج واستصدار الرخصة القضائية دون احترام الشروط من حيث العذر أو نية العدل أو عدم القدرة الكافية لتحمل تكاليف الزواج. فإذا أحست الزوجة- مهما كان ترتيبها -بإخلال في عدل الزوج معها تجاه ضررتها، يمكنها اللجوء إلى القاضي طلبا للتفريق<sup>3</sup> وفقا للمادة 8 مكرر من نفس القانون لأن عدم العدل بين الزوجات هو الضرر و خاصة المعنوي منه الذي يصيب الزوجة من جراء تمييز أخرى عليها.

وديننا الحنيف أباح تعدد الزوجات و أوجب العدل بينهما في الطعام و الكسوة و السكن و المبيت. وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "من كانت

(1) بلحاج العربي،، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 298.

(2) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 367.

(3) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 142.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

له امرأتان يميل لإحدهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً<sup>1</sup>.  
و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً، و خياركم خياركم لنسائكم"<sup>2</sup>.

ومن خاف ألا يعدل فعليه أن يقتصر على واحدة، لقوله تعالى: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ"<sup>3</sup>، و قوله عز وجل: " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَ لَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرِبُوهَا كَالْمُعْتَقَةِ وَ إِن تَصْلِحُوا وَ تَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا"<sup>4</sup>.

وجاء في قرار المحكمة العليا أنه: " من المقرر قانوناً أنه يجوز طلب التظليق لكل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المجلس القضائي عندما قضى بتظليق الزوجة بسبب بقاءها مدة تقارب الخمس سنوات لا هي متزوجة ولا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية وأخذت كل أثاثها منه واستحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>5</sup>.

#### سابعا: ارتكاب فاحشة مبينة:

نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 53 قانون الأسرة، دون أن يبين نوع الفواحش التي تؤدي إلى طلب التظليق، لكنه أوردتها في قانون العقوبات<sup>6</sup> ضمن المواد من 333 إلى 341 مكرر في القسم السادس تحت عنوان انتهاك الآداب، وهي الأفعال العلنية المخلة بالحياء كأفعال الشذوذ الجنسي و جرائم هتك العرض و العلاقات الجنسية كما ذكر في المادة 337 من نفس القانون أن العلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم تعتبر من الفواحش.

(1) أخرجه أبو داود ، صحيح سنن أبي داود، رقم الحديث 1867.

(2) أخرجه أبو داود ، صحيح سنن أبي داود، رقم الحديث 4682.

(3) سورة النساء: الآية 3.

(4) سورة النساء: الآية 129.

(5) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75588 المجلس الأعلى، الجزائر، المجلة القضائية 1993، العدد 4.

(6) القانون رقم 66-156 18 1386 8 يونيو سنة 1966 قانون العقوبات

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
فالمقصود بالفاحشة هو الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة أو جسيمة في ضوء  
أحكام الفقه الإسلامي، و العرف و الضمير الاجتماعي<sup>1</sup>.

وقد وردت آيات عديدة من القرآن الكريم في هذه المسألة منها قوله تعالى: "وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَا  
إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا"<sup>2</sup>. و قوله: "وَلَوْطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ وَأَنْتُمْ تُبْصِرُونَ"<sup>3</sup>.  
و قوله: "إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ"<sup>4</sup>.  
وقوله عز و جل: "وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ"<sup>5</sup>.

أما في الحديث الشريف فقد حدثنا عمرُ بنُ حفصِ بنِ غِيَاثٍ، حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ، عَنْ عَبْدِ  
اللَّهِ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "مَا مِنْ أَحَدٍ أَغْيِرَ مِنْ اللَّهِ، مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ حَرَّمَ  
الْفَوَاحِشَ، وَمَا أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَيْهِ الْمَدْحُ مِنَ اللَّهِ"<sup>6</sup>. و في رواية أخرى حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مَسْلَمَةَ عَنْ  
مَالِكٍ، عَنْ هِشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ  
قَالَ: "يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، مَا أَحَدٌ أَغْيَرَ مِنَ اللَّهِ أَنْ يَرَى عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ تَزْنِي، يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، لَوْ تَعْلَمُونَ  
مَا أَعْلَمُ، لَضَحَكْتُمْ قَلِيلًا وَلَبَكَيْتُمْ كَثِيرًا"<sup>7</sup>.

---

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 205.

(2) سورة الإسراء: الآية 32.

(3) سورة النمل: الآية 54.

(4) سورة النور: الآية 19.

(5) سورة الأنعام: الآية 151.

(6) صحيح البخاري، دار طوق النجاة 1422هـ، رقم الحديث 7403، ط 1، ج 7، ص 35.

(7) ( صحيح البخاري، لمرجع نفسه، رقم الحديث 5221، ص 35.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
وعليه فإن ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة كالزنا، أو الانحراف والخروج من سلوك الرجل  
السوي، يشكل إخلالا خطيرا بمسيرة الأسرة و تربية نسلها، وبالتالي يجوز للزوجة أن ترفع أمرها  
إلى القاضي و تطلب التطليق<sup>1</sup> و تقديم الأدلة والبراهين لإثبات ذلك وإقناع القاضي بها إذ له  
السلطة التقديرية المطلقة في هذا الشأن.

### ثامنا: الشقاق المستمر بين الزوجين:

الشقاق يأتي بعد استنفاد وسائل الصلح بين الزوجين، كما جاء في قوله تعالى: " وإن خفتم  
شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ  
كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"<sup>2</sup>.

وقد اختلف الفقهاء حول التفريق للشقاق و الضرر، فلم يُجزه الحنفية و الشافعية  
و الحنابلة مهما كانت شدة الضرر و استدلوا بأن العصمة ملك للرجل فلا يملك الحاكم إيقاع  
الطلاق بغير رضاء الزوج في غير المواضع المنصوص عليها<sup>3</sup>. أما المالكية فقد أجازوا  
التفريق للضرر منعا للنزاع و حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما، فإذا رفعت أمرها للقاضي  
و أثبتت الإيذاء زجره و اكتفى بذلك إن أرادت البقاء، إن عجزت عن الإثبات و تكررت الشكوى  
أسكنها بين قوم صالحين، وإذا ادعى كل واحد منهما إضرار الآخر به، وعجز كل منهما  
عن الإثبات و أشكل الأمر على القضاء، بعث حكيم عدلين رشيدين من أهلها وأصلحا  
بينهما، و عن لم يكن الإصلاح كان لهما التفريق، بالخلع على المهر إن تبين لهما أن الأذى  
أو النشوز من جانبها، و بغير الخلع إن كان من جانبها، والتفريق بعمل الحكيم في هذه الحال  
يكون للشقاق في ذاته وإن لم يثبت الأذى<sup>4</sup>.

(1) مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق.

(2) سورة النساء: الآية 35.

(3) بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 145.

(4) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 362.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
و إثبات إضرار الزوج بزوجه عند المالكية يكون إما بشهادة الشهود و معاينتهم إياه  
و إما بالسماع الفاشي المستفيض على أسنة الجيران و الخدم و غيرهما<sup>1</sup>.

والتطبيق لطول أمد النزاع المسبب ضررا للزوجة، يجوز القضاء به كما جاء في قرار  
المحكمة العليا بتاريخ 1985/05/20 أنه" من المقرر شرعا أنه إذا طال أمد النزاع بين  
الزوجين ولحق الزوجة من ذلك ضررا بين واقنتع القضاة بضرورة التفريق بينهما فإنه  
لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور  
أو تناقض في الأسباب ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه. ولما  
كان ثابتا-في قضية الحال- أن النزاع بين الطرفين طال أمده وبقي كل منهما مصرا على  
موقفه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليما وغير مشوب  
بالقصور أو التناقض بين الأسباب وغير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية  
الشيء المقضي فيه . ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>2</sup>.

#### تاسعا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

تنص المادة 19 من قانون الأسرة أنه يجوز لكلا الطرفين أن يشترطا في عقد الزواج  
أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط الضرورية شريطة أن لا تخالف أحكام قانون الأسرة  
أي أن هذه الشروط لا تكون محرمة لشيء محلل شرعا أو محللة لشيء محرم شرعا.

وبمخالفة الزوج لهذه الشروط تبني الزوجة طلبها للتطبيق، و منه على الزوج الالتزام  
بالشروط التي اتفق عليها مع زوجته، لقوله تعالى: " يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"<sup>3</sup>. ذلك  
ما دامت مشتملة على شروط أقر الفقهاء بصحتها و ملاءمتها لمقتضى العقد في النكاح<sup>4</sup>.

(1) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 146.

(2) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36414 المجلس الأعلى، المجلة القضائية 1990، العدد 2.

(3) سورة المائدة: الآية 1.

(4) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 138.



واستقر القضاء الجزائري على هذا الموقف مسايرا للمالكية و الحنابلة، حيث جاء في قرار المحكمة العليا في 71/03/03 بأنه " إصرار الزوج على إخراج زوجته من بلدها يعتبر إخلالا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج و التي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة<sup>1</sup>.

#### عاشرا: كل ضرر معتبر شرعا:

وهو الشرط الأخير في المادة 53 من قانون الأسرة، و جاء واسع النطاق، بحيث أن المشرع لم يتقيد بضرر معين، تاركا للقاضي سلطة تقدير الضرر في مثل هذه القضايا بكل موضوعية و بدون أي قيد و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا في تقديره هذا<sup>2</sup>.

نستطيع القول أن هذا السبب شمل كل الأسباب التي وردت في المادة 53 قانون أسرة وبهذا رفع المشرع الحصر على الأسباب الأخرى، و ربما أخذ بعين الاعتبار العادات و التقاليد المنتشرة داخل المجتمع الجزائري، بحيث أن الضرر المعتبر لدى فئة معينة ليس ذاته عند أخرى، و تقاديا لظهور حالات أخرى في المستقبل تسبب ضررا للزوجة و لم يستوعبه النص القانوني.

ومن جهة القضاء أخذ بالتطبيق للضرر المبالغ فيه من طرف الزوج و منح التعويض للزوجة، في قراره بتاريخ 97/12/23 أنه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضررا معتبرا شرعا ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ولما كان من الثابت أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطلاق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها فإن القضاة بقضائهم التعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>3</sup>.

(1) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 140.

(2) بلحاج العربي،، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 301.

(3) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 191648، المجلس الأعلى، المجلة القضائية 1997.

## إثبات الضرر في دعوى التطلاق للضرر:

على الزوجة طالبة التطلاق أن تثبت الضرر الذي لحقها من الزوج، بكل ما أتيح لها من وسائل الإثبات، حتى لا تبقى دعواها مجرد ادعاءات أو تصريحات، و هذا ما جاء به قرار المحكمة العليا بتاريخ 85/02/25 أنه " من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية أن الزوجة لا تطلق جبرا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجها سببا لتطليقها منه والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي يستوجب نقض القرار الذي قضى بتطلاق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها"<sup>1</sup>.

ولقد اعتنق المشرع الجزائري في هذا الشأن المذهب المالكي، فإذا عجزت عن الإثبات و عجز القاضي عن الصلح، عين حكيمين من أهلها ما نصت عليه المادة 56 قانون أسرة جزائري<sup>2</sup>: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما".

---

(1) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35891 المجلس الأعلى، غرفة ، المجلة القضائية

(2) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 84/06/09 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

### الفرع الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة (الخلع):

رأينا فيما سبق أن للزوجة الحق في طلب فك الرابطة الزوجية للضرر الذي لحقها من الزوج، وذلك إذا توافرت الأسباب المقررة قانونا، ولكن الشريعة الإسلامية سمحت لها أن تطلبه دون أن تسبب طلبها أي إرادتها المنفردة، بأن تقتدي نفسها بمال تدفعه لزوجها وهو ما يسمى بالخلع عند جمهور الفقهاء و يُعرف أيضا بالفداء لقوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيَمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"<sup>1</sup>.

(1) **الخلع لغة:** هو خلع و نزع الثوب: إذا ألقيته عنك، يقال خلع امرأته خلعا، واختلعت هي منه فهي خالعة<sup>2</sup>. ومنه حديث كعب: "إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أن أخرج منه جميعه و أتصدق به و أعرى منه كما يعرَى الإنسان إذا خلع ثوبه<sup>3</sup>.

### (2) الخلع في قانون الأسرة الجزائري:

نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 قانون الأسرة على أنه "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المتل وقت صدور الحكم"<sup>4</sup>. وهي المادة الوحيدة التي تعرضت لمسألة الخلع، واكتفت فقط بالإشارة أنه يجوز دون موافقة الزوج و بمقابل مالي، ولهذا يستوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقا لأحكام المادة 222<sup>5</sup> من نفس القانون.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) محي الدين أبي السعادات بن الأثير، النهاية في غريب الحديث و الأثر، المرجع السابق، ص

(3) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، ص 2832/648.

(4) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 2005/02/27، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 84/06/09 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

(5) نص المادة (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية).

## (2) الخلع في الفقه الإسلامي:

أصل الخلع قول الله سبحانه و تعالى: " وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافًا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"<sup>1</sup>. فهذه الآية الكريمة أباحت للمرأة أن تقدّم ما لا تقتدي به نفسها، و أباحت للرجل قبوله في نظير الطلاق، عندما يخافان ألاّ يقيما بحق الزوجية و ألاّ تكون بينهما عشرة زوجية يرتضيها الدين الإسلامي<sup>2</sup>.

وفي الحديث الشريف ما رواه البخاري عن ابن عباس-رضي الله عنهما- قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقالت: يا رسول الله ما أعتب عليه في خلق و لا دين و لكنني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: أتردين عليه حديقته؟" قالت: نعم. فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "اقبل الحديقة و طلقها تطليقة"<sup>3</sup>.

فإذا كانت الكراهية من جهة الرجل، فبيده الطلاق، وهو حق من حقوقه وله أن يستعمله في حدود ما شرّع الله، و إن كانت الكراهية من جهة المرأة، فقد أباح لها الإسلام أن تتخلص من الزوجية بطريق الخلع، بأن تعطي الزوج ما كانت أخذته منه باسم الزوجية، لينهي علاقته بها<sup>4</sup>.

## (4) شروط الخلع:

كما سبق ذكره أن المشرع الجزائري لم يتعرض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع و لكن يمكن استنباطها من بعض النصوص الواردة في قانون الأسرة والتي تخص الزوجين بحيث يجب أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الزواج و ذلك حسب المادة 07 قانون الأسرة، و أن تكون الزوجة متمتعة بأهلية التبرع حسب المادة 203 من نفس القانون<sup>5</sup>.

(1) سورة البقرة: الآية 229.

(2) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 329.

(3) صحيح البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 5273، ص 47.

(4) حسين بن عودة العوايشة، فقه الكتاب و السنة المطهرة، دار أبو حزم، عمان 1425هـ-2004، الجزء 5، ص 333.

(5) المادة 07 تنص على اكتمال أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة، و المادة 203 تنص على شروط الواهب.

الفصل الثاني..... تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية  
وفقهاء الإسلام أضافوا إلى سلامة العقل والبلوغ و عدم الحجر شرطين موضوعيين في  
الخلع وهما:

- **النشوز\* وعدم إقامة حدود الله تعالى:** وهذا لقوله تعالى: " و لا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا  
أَنْتُمْ مَوْهُونٌ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ". فقيده سبحانه و تعالى حل الافتداء  
بمخافتهما ألا يقيما حدود الله، و ظاهر الآية أن الخلع لا يجوز إلا بأن يخاف الزوج أن  
لا يمسكها بالمعروف، و تخاف الزوجة أن لا تطيعه كما يجب عليها، فالمخافة لعدم  
إقامة حدود الله كافية في جواز الإختلاع<sup>1</sup>.

- **لا يجوز التضييق على الزوجة لأجل الافتداء:** يُحرم على الرجل أن يؤذي زوجته بمنع  
بعض حقوقها، حتى تضجر و تختلع نفسها، فإذا فعل ذلك فالخلع باطل و البطل مردود  
ولو حُكِمَ به قضاءً، و إنما حرم ذلك حتى لا يجتمع على المرأة فراق الزوج والغرامة  
المالية<sup>2</sup>، لقوله تعالى: " وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ \* لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ  
مُبِينَةٍ"<sup>3</sup>.

فالخلع حق مشروع ، لكن لا ينبغي أن يكون إلا لسبب يقتضي وقوعه، وإلا اعتبر  
طلبها تعسفا في استعمال حقها من جهة، ومن جهة أخرى حرام عليها رائحة الجنة كما جاء  
في حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ابن ماجة بإخراجه من حديث ثوبان أنه قال:  
أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة<sup>4</sup>.

---

(\*النشوز: هو الارتفاع و المرأة الناشزة: هي المرتفعة على زوجها، التاركة لأمره المعرضة له، وتصح هذه الصفة على الرجل  
أيضا.

(1) حسين بن عودة العوايشة، فقه الكتاب و السنة المطهرة، المرجع السابق، ص 336.

(2) السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي 1420هـ-1999م، المجلد 2، ص 203.

(\* تعضلوهُنَّ: العضل و هو التضييق و المنع.

(3) سورة النساء، الآية 19.

(4) أخرجه ابن ماجة، آراء الإمام ابن ماجه في مباحث الأحكام والأدلة، باب كراهية الخلع للمرأة، الجزء 63، ص 218

## 5) بدل الخلع (مقابل الخلع):

بدل أو مقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها و خلاص نفسها منه<sup>1</sup>. وكل ما جاز أن يكون صداقا جاز أن يكون عوضا في الخلع، لقوله تعالى: "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَّتْ بِهِ"<sup>2</sup>. كما يشترط في عوض الخلع أن يكون معلوما متمولا مع سائر شروط الأعراس، كالقدرة على التسليم، واستقرار الملك و غير ذلك<sup>3</sup>.

وفي هذا نص المشرع الجزائري في المادة 54 قانون الأسرة أن الزوجة تخالع نفسها بمقابل مالي، بمعنى أن المخالعة لا تجوز إلا إذا كان المقابل مالا و كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل الخلع، و في الفقرة الثانية من نفس القانون، أنه في حالة عدم اتفاق الزوجين على المقابل المالي، يحدده القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ولا يجوز الرجوع عنه، كما أن مقابل الخلع لا يسقط النفقة الواجبة على الزوج في حالة العدة، ولا يجوز الخلع على تنازل الزوجة عن حضانة الأولاد.

## 6) علاقة بدل الخلع بالتعويض:

جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1996/07/30 أنه:"من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا". ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حق الزوج في التعويض رغم تمسكه بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة. ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار الطعون فيه<sup>4</sup>.

يتبين من القرار أن الخلع حق مشروع للزوجة و بدون موافقة الزوج ، وأن التعويض حق للزوج، وهذا طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة، ومنه في نظر القضاء الخلع يكون بإرادتها المنفردة ومقابل الخلع هو تعويض للزوج.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 267.

(2) سورة البقرة: الآية 229.

(3) السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 201.

(4) غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف، 141262 المحكمة العليا، المجلة القضائية 1996،.

فقد تتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، حتى تتخلص من حياتها الزوجية لعدم تحمل نمط عيشه أو كراهيتها لزوجها، و تفتدي نفسها بمقابل مالي.

وفي أخذ الزوج الفدية، عدل و إنصاف، إذ أنه هو الذي أعطاه المهر و بدل تكاليف الزواج، و الزفاف، و أنفق عليها، و هي التي قابلت هذا كله بالجود، و طلب الفراق، فكان من النصفة أن تردّ عليه ما أخذت، فإن كانت الكراهية منهما معا: فإن طلب التفريق فبيده و عليه تبعاته، وإن طلبت الزوجة الفرقة فبيدها الخلع و عليها تبعاتها<sup>1</sup>.

فتصيب الزوج خيبة أمل، بعدما أفنى جهده و ماله كي يوفر لزوجته الحياة الهنيئة فتقابله هي بالانكران، مسببة له بذلك أضرارا معنوية أكثر ما هي مادية، في هذه الحالة يجوز للزوج المطالبة بالتعويض، و لكنه لا يمكن أن يتجاوز مقدار التعويض قيمة صداق المثل حتى وإن كان الضرر الذي أصابه أكبر من ذلك، لأن المشرع الجزائري و في تعديله لقانون الأسرة إذا كان قد سوى بين الطرفين في الحق في الطلاق فكان لا بد أن يسوي بينهما أيضا في الحصول على التعويض<sup>2</sup>، بأن يترك تحديد مقدار بدل الخلع لسلطة القاضي حسب ما لحق الزوج من ضرر مثلما ترك ذلك في الطلاق بحسب ما لحق الزوجة من ضرر.

غير أنه من جهة أخرى قد تلجأ الزوجة إلى الخلع لعدم استطاعتها وصعوبة إثبات الضرر أمام القضاء الجزائي كي تحصل على حكم إدانة للزوج تقدمه إلى قاضي الأحوال الشخصية كدليل مقنع لطلب التطلق، أو أنها ترغب في الحفاظ على سرية حياتها الزوجية لتفادي الحرج، فيجتمع عليها الضرر من جهات ثلاث، الضرر الدافع للطلاق، ضرر الفراق و ضرر الغرامة المالية. فالمضور هنا فعلا هو الزوجة لا الزوج، ولا يمكن اعتبار بدل الخلع في هذه الحالة تعويضا، بل مقابل لوضع حدٍ لمآسيها.

و منه أرى أن بدل الخلع لا علاقة له بالتعويض بالمفهوم القانوني، لأنه حق لكل زوج اختلعت منه زوجته بغض النظر عما إذا كان قد لحق به ضرر أم لا.

(1) السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 200.

(2) مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق.

## الخاتمة

بكرمٍ و عونٍ من الله سبحانه و تعالى أخلص بما توصلت إليه من نتائج و بعض من التوصيات أذكرها كالآتي:

### نتائج الفصل الأول:

(1) أول ما لفت انتباهي في عملي المتواضع هو الفراغ التشريعي في مسألة التعويض فبالرغم أن المشرع الجزائري أقرّ بالضرر المعنوي و التعويض عنه في مسائل الأحوال الشخصية غير أنه اكتفى بالنص عليهما و أحالنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يخص التعريفات و الأحكام و إلى سلطة القاضي فيما يخص تقدير التعويض المقابل للضرر !.

(2) يتميز الضرر المعنوي أو الأدبي بأنه لا يصيب المتضرر في ذمته المالية، و إنما في ذمته المعنوية أو الأدبية، فلا يترتب عليه خسارة مالية مباشرة و إنما خسارة معنوية نتيجة المساس بالجانب النفسي و العاطفي للمضرور و التي بتعدد هذه الجوانب تتعدد صور الضرر و أنواعه.

(3) صعوبة تقدير التعويض المقابل للضرر المعنوي، و تعذر تقييمه بالمال، و لأن في الشريعة الإسلامية، وعدم وجود نص صريح يجيز الضمان بالنسبة للضرر الأدبي أو يمنع ذلك ، أدى إلى اختلاف الفقهاء المعاصرين في هذه المسألة بين مؤيد ومعارض و الرأي الراجح هو المؤيد و هو الاتجاه الحديث، لأن التعويض عن الضرر المعنوي يستطيع أن يتناسب مع ما يكون له وقعا في عصر معين ، كالتعويض بالعقوبة كان وقعه و أثره في المجتمع القديم أكثر من التعويض بالمال.

و بالنسبة للمشرع الجزائري كما سبق ذكره، فإن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ثابت و يخضع تقديره لسلطة القاضي بما يراه مناسبا.

### نتائج الفصل الثاني:

(1) الأصل في الطلاق الحظر ولا يستعمل إلا لحاجة ولسبب معقول، وهذا الرأي الراجح في حكم الطلاق.

(2) الطلاق حق ثابت شرعي، لكن عند قيام أسبابه، و إنما التعسف فيه و إلحاق الضرر أمر غير شرعي يوجب التعويض عنه، و لا يعتبر هذا تناقضا بل كل منهما منفرد، بحيث



لا يحاسب الزوج على استعمال حقه في الطلاق و إنما للضرر الناتج من استعماله على وجه غير مشروع.

(3) نظرية التعسف في استعمال الحق أصيلة في الفقه الإسلامي، و أثبتت ذلك أدلة شرعية سواء من القرآن الكريم، السنة، من النصوص التي تمنع المضارة ( وهو المصطلح المقابل للتعسف في الفقه الإسلامي)، زد على ذلك عمل الصحابة و اجتهاداتهم .

(4) قيام نظرية التعسف على معيارين، الشخصي و يتمثل في قصد صاحب الحق من استعماله، فإن كان لغير مصلحة مشروعة و الإضرار بالغير، اعتبر متعسفا و ألزم التعويض، و الموضوعي و يتمثل في تصرف مشروع دون مراعاة القصد منه، فإن ترتب عنه ضرر أكبر من المصلحة المرجوة أو يساويها اعتبر أيضا متعسفا، و هذا المعيار يقوم على الموازنة بين المصلحة و الضرر، و قد تميزت الشريعة الإسلامية في إقرارها للحقوق بهذا المعيار أي الموازنة بين المضار المترتبة و المصالح المرجوة.

(5) إتساع نظرية التعسف بمعيارها في تطبيقاتها لتشمل حتى الحقوق الزوجية.

(6) أخذ المشرع الجزائري بنفس المعيارين لقيام التعسف و نص عليهما في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، بينما في قانون الأسرة وفي المادة 52 أوجب تعويض المطلقة في حالة ما إذا تبين للقاضي تعسف الزوج.

(7) الطلاق بدون مبرر شرعي وطلاق المريض مرض الموت أبرز صورة للمعيار الموضوعي و الشخصي للطلاق التعسفي بالإرادة المنفردة، و أساس التعويض في الصورتين التعسف في استعمال الحق، و القانون أوجب التعويض في الأولى، و أوجب الإرث في الثانية.

(8) لم يرد في قانون الأسرة موضوع في طلاق المريض مرض الموت، و ذلك إحالة منه إلى أحكام الشريعة الإسلامية و الأخذ بالمذهب المالكي الذي يورث المبتوتة في مرض الموت حتى بعد انقضاء العدة و زواجها من آخر، غير أن المادة 132 قانون الأسرة تُظهر ميول المشرع إلى قول الأحناف بميراثها خلال العدة، وهذا تناقض، على المشرع تداركه.

(9) التطبيق للضرر أجازه المشرع الجزائري للزوجة في المادة 53 من قانون الأسرة، وذلك بتوفر أسباب، عليها إثباتها حتى يحكم لها القاضي بالطلاق و التعويض عن الضرر الذي لحقها، رغم صعوبة إثبات البعض منها كونها أمور شخصية تدخل في خصوصية الزوجين

وأساس التعويض هنا هو الضرر الذي دفع الزوجة إلى طلب الطلاق ومن الواجب إزالته عملاً بالقاعدة الفقهية "الضرر يزال".

10) أما الخلع فهو أن تخالع الزوجة نفسها بمقابل مالي وشرع أساساً لمصلحة الزوجة في صورة رخصة إذا اشتد الشقاق بينهما ، و وفقاً لنص المادة 54 من قانون الأسرة، يكون دون موافقة الزوج، بمعنى أن الخلع حقاً للزوجة تستعمله لفك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة و أن تلتزم بدفع مقابل مالي لا يتجاوز قيمة صداق المثل في حالة اختلافهما على مقداره.

### الإقتراحات:

- 1) إعادة النظر في الأسس التي بنيت عليها المنظومة القانونية للأسرة الجزائرية، بمعنى العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر حقيقي لقانون الأسرة، قولاً و تطبيقاً.
- 2) ملأ الفراغ التشريعي في مسألة التعويض بوضع معايير و ضوابط تسهلاً لمهمة القاضي ، ومنه توسيع رقابة المحكمة العليا عليه، لأن المشرع الجزائري ساهم بقدر كبير في ارتفاع نسبة الطلاق ولم يبذل الجهد التشريعي الكافي لمعالجة الأضرار المترتبة عنه.
- 3) المساواة في التعويض بين الزوجين بما أن المشرع سوى بينهما في حق الطلاق بالإرادة المنفردة، و إلا إعادة المادة 54 المتعلقة بالخلع إلى ما كانت عليه.

# الفهارس الفنيّة

أولاً: فهرس الآيات

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
" وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ " <sup>ط</sup>	177	2
" فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ " <sup>ج</sup>	194	31
" وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْنَ بِالْمَعْرُوفِ <sup>ع</sup> وَلِلرِّجَالِ عَلَيْنَ دَرَجَةٌ <sup>ط</sup> وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " <sup>ح</sup>	228	62
" فإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ <sup>ط</sup> " <sup>ط</sup>	229	79-76-63
وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ <sup>ع</sup> وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا <sup>ب</sup> وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ <sup>د</sup>	231	63-41
لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً <sup>ع</sup>	236	53-39
وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ <sup>ع</sup>	237	54
وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ <sup>ط</sup> حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ <sup>ب</sup>	241	55-54-53
سورة النساء		
" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ " <sup>ط</sup>	3	70
وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَتْهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ <sup>ط</sup>	19	78
وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا <sup>ط</sup>	21	36
يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ <sup>ع</sup> وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ <sup>ع</sup> إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا <sup>ط</sup>	29	27
" فَإِنْ أَطَعْتُمُكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا " <sup>ط</sup>	34	50-38

72-38	35	وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ
3	113	" وَمَا يَصُرُونَاكَ مِنْ شَيْءٍ "
70	129	وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۗ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۗ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا
36	130	إِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ ۗ
سورة المائدة		
73	1	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ
سورة الأنعام		
2	42	وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَىٰ أُمَمٍ مِّن قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُمْ بِالْبِاسِ ۗ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ
71	151	" وَلَا تَقْرُبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ ۗ "
سورة يونس		
3	12	وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ ۗ " كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُ ۗ "
سورة يوسف		
3	88	" مَسَّنَا وَأَهْلَنَا الضُّرُّ "
سورة النحل		
30	126	وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ۗ "
سورة الإسراء		
71	32	وَلَا تَقْرُبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا
2	67	وَإِذَا مَسَّكُمُ الضُّرُّ فِي الْبَحْرِ ۗ "
سورة الأنبياء		
3	83	" أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ "

71	19	إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ ءَامَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ "
سورة الشعراء		
3	73	أَوْ يَنْفَعُونَكُمْ أَوْ يُضُرُّونَ".
سورة النمل		
71	54	وَلَوْ طَآءَ إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ ءَاتَاؤُنَ الْفَاحِشَةَ وَأَنْتُمْ تُبْصِرُونَ
سورة الروم		
36	21	وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ "
سورة الأحزاب		
53	49	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا <sup>ط</sup> فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا"
سورة الشورى		
31	40	وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا <sup>ط</sup> "
سورة الطلاق		
63	7	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّنْ سَعَتِهِ <sup>ط</sup> وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ
39	1	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ "

## فهرس الأحاديث و الآثار

الصفحة	الحديث و الأثر
39	"ابني هذا مطلق فلا تزوّجه، فقالوا نزوّجه ثم نزوّجه"
77	"أتردين عليه حديقته"
38	"أبغض الحلال إلى الله الطلاق"
77	"أقبل الحديقة و طلقها تطليقة"
70	"أكمل المؤمنين إيماننا أحسنهم خلقا، و خياركم خياركم لنسائكم"
5	"الأذى"
76	"إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة أي أن أخرج منه جميعه و أتصدق به و أعرى منه كما يعرى الإنسان إذا خلع ثوبه"
5	"أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به"
78	"أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة"
59	"تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها"
46	"فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة، درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة"
39	"كل المسلم على المسلم حرام، دمه وماله وعرضه"
38	"لا تطلقوا فإنّ الطلاق يهتّر منه العرش"
30	"لا ضرر و لا ضرار في الإسلام"
-38-9-4	
39	"لا ضرر ولا ضرار"
46	"لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له"
59	"ما اتهمته و لكن أردت السنة"
38	"ما أحلّ الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"
59	"ما طلقها ضرارا و لا فرارا"

71	"مَا مِنْ أَحَدٍ أَغْيَرُ مِنَ اللَّهِ، مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ حَرَّمَ الْفَوَاحِشَ، وَمَا أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَيْهِ الْمَدْحُ مِنَ اللَّهِ"
70	"مَنْ كَانَ لَهُ امْرَأَتَانِ يَمِيلُ لِأَحَدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ يَجْرُ أَحَدٌ شَقِيهٍ سَاقِطًا أَوْ مَائِلًا"
70-31	"مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ مَظْلَمَةٌ لِأَخِيهِ، مِنْ عَرِضِهِ أَوْ مِنْ شَيْءٍ، فَلْيَتَحَلَّلْهُ مِنْهُ الْيَوْمَ قَبْلَ أَنْ لَا يَكُونَ دِينَارٌ وَلَا دِرْهَمٌ"
71	"يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، مَا أَحَدٌ أَغْيَرَ مِنَ اللَّهِ أَنْ يَرَى عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ تَزْنِي، يَا أُمَّةَ مُحَمَّدٍ، لَوْ تَعْلَمُونَ مَا أَعْلَمُ، لَضَحَكْتُمْ قَلِيلًا وَلَبَكَيْتُمْ كَثِيرًا"



# فهرس المصادر و المراجع

## المصادر و المراجع

### أولاً: القرآن الكريم رواية حفص

#### ثانياً: التفسير و الحديث:

- 1) ابن ماجة، آراء الإمام ابن ماجه في مباحث الأحكام والأدلة، باب كراهية الخلع للمرأة، الجزء 63، ص 218 .
- 2) الحسين بن محمد الدامغاني، قاموس القرآن، إصلاح الوجوه والنظائر في القرآن الكريم، دار العلم للملايين، الطبعة الثالثة، 1980م.
- 3) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1424-2003، ط 2.
- 4) زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، الأشباه و النظائر على مذهب حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 1980، الجزء 1.
- 5) صحيح البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور الرسول صلى الله عليه وسلم و سننه و أيامه، كتاب الأدب، باب النهي عن السباب و اللعن، 6113/44.
- 6) صحيح البخاري، دار طوق النجاة 1422هـ، رقم الحديث 7403، ط 1، ج 7.
- 7) محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 2، 1409هـ-1989م .
- 8) محمد رشيد رضا، تفسير القرآن الكريم، مطبعة المنار، مصر 1350هـ، ط 2.
- 9) محي الدين أبي السعادات بن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، دار بن الجوزي، المملكة السعودية، الطبعة الأولى، جمادى الأولى 1421هـ.

#### ثالثاً: المعاجم اللغوية الفقهية و القانونية:

- 1) ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت ، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الأولى 2008 م.
- 2) ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، المجلد الثالث، الطبعة الأولى 2008 م.
- 3) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1968، الجزء 13.
- 4) المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، 2004 م.
- 5) معجم القانون، القاهرة، 1999.

#### رابعاً: الكتب الفقهية:

- 1) أحمد بخيت الغزالي، الطلاق الانفرادي .. تدابير الحد منه، دار النهضة العربية 2000/1420، الطبعة الأولى.
- 2) السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي 1420هـ-1999م، المجلد 2.
- 3) حسين بن عودة العوايشة، فقه الكتاب و السنة المطهرة، دار أبو حزم، عمان 1425هـ-2004 الجزء 5.
- 4) محمد أبو زهره، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، 1369هـ-1950م، الطبعة الثانية ص 366.
- 5) وهبة الزجيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة، 1433هـ -2012م.

#### خامساً: مراجع قانونية عامة:

- 1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية 2002، الجزء 1.
- 2) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 3) بسمة الإبراهيم، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، دار عماد الدين للنشر و التوزيع عمان، الأردن، د ط، ص 48.
- 4) علي.علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، الطبعة السادسة.
- 5) عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي،
- 6) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت، سوريا، الطبعة الثانية.
- 7) فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع الجزائر، 2008، الطبعة الثانية.
- 8) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-مصادر الالتزام-لبنان الجزء الأول، دط.

9) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان 1431-2010م، الطبعة الثالثة.

10) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1983، دط، ص174.

11) مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء 2، دار النشر أريني للطباعة، 1988.

#### سادسا: النصوص القانونية و التنظيمية:

1) الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم (08-19) المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

2) الجريدة الرسمية رقم 5184 المؤرخة في 05/02/2004 المتضمنة قانون 70/03، مدونة الأسرة المادة 99 فقرة 2

3) قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم بالأمر رقم 69-73 المؤرخ في 16/09/1969.

4) القانون رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم بقانون رقم 15/04 بتاريخ 10/11/2004.

5) القانون رقم 05/09 المؤرخ في 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05/02 المؤرخ في 27/02/2005، المعدل و المتمم للقانون 11/84 المؤرخ في 09/06/84 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 43.

6) القانون رقم (75-58) المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية رقم 44.

#### سابعا: المجالات القضائية:

1) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم، 28784 المجلس الأعلى، مجلة قضائية 1986، عدد2، ص32.

2) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 42308، المجلس الأعلى، بتاريخ 08/07/1986،،المجلة القضائية 1990،العدد1،ص 254، منقول عن مذكرة ماجستير،حمد بن عبد العزيز أبو عباة.

- (3) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43784، المجلس الأعلى، المجلة القضائية 1989 العدد 3، ص 79.
- (4) قسم شؤون الأسرة، ملف رقم 2000/2543 محكمة سعيده، قرار بتاريخ 2001/04/07.
- (5) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75588، المجلس الأعلى، المجلة القضائية 1993، العدد 4.
- (6) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 36414، المجلس الأعلى، المجلة القضائية 1990 العدد 2.
- (7) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 191648، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية 1997.
- (8) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 223019، المجلس الأعلى، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 103.
- (9) غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 33719، المحكمة العليا، الجزائر، منقول عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 244.

#### ثامنا: الرسائل العلمية:

- (1) باسل محمد يوسف قباها، التعويض عن الضرر الأدبي، رسالة ماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين 2009.
- (2) بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الجسمانية بين الأساس التقليدي للمسؤولية المدنية و الأساس الحديث، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2007-2008.
- (3) ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين 2011 م.
- (4) محمد بن عبد العزيز أبو عباة، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي و علاقته بتعويض أضرار الكوارث الطبيعية في النظام السعودي، رسالة الماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، تخصص التشريع الجنائي الإسلامي، الرياض، 2011.
- (5) مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر المعنوي في بعض مسائل الزواج والطلاق،

رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
2009-2010.

#### تاسعا: المقالات العلمية:

(1) الخفيف، الشيخ علي، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية،  
القاهرة، 1971.

(2) خالد عبد الله الشعيب، قاعدة الضرر يزال و شمولها للتعويض عن الضرر المعنوي، مجلة  
الشريعة والقانون، جامعة الأزهر.

(3) رأفت عثمان، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية و القانون، مجلة الشريعة  
الإسلامية، العدد 1.

(4) رائد كاظم محمد الحداد، التعويض في المسؤولية التقصيرية، مجلة الكوفة، جامعة  
الكوفة، قسم القانون، العدد 8.

(5) عامر عاشور و د. هالة صلاح الحديثي، المسؤولية المدنية الناجمة عن أضرار الأبراج  
الرئيسية و الثانوية للهواتف النقالة، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة تكريت، العراق،  
العدد الخامس، السنة الثانية.

(6) عبد السلام عبد الجليل سالم، التعويض عن الضرر الأدبي، مجلة الباحث، كلية القانون ،  
جامعة التحدي، السنة السابعة، العدد السابع.

(7) فواز صالح، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم، مجلة جامعة دمشق للعلوم  
الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الثاني، 2006.

(8) كريمة عبود جبر و عبد الهادي عبد الكريم، محددات الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة  
أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 8، العدد 2، تاريخ النشر 2009/01/22.

#### عاشرا: المواقع الإلكترونية:

(1) الموسوعة الشاملة، شرح رياض الصالحين، موقع جامع الحديث النبوي، ط 1  
[www.islamport.com](http://www.islamport.com).

(2) علي محي الدين القرّة داغي، التعويض عن الضرر المعنوي، الموقع الرسمي لفضيلة  
الشيخ، 2011، [www.qaradaghi.co](http://www.qaradaghi.co). قسم المقالات.

(3) عمار شهيد، قاضي محكمة التحقيق، الضرر الأدبي، النجف الأشرف، منتدى البحوث

العلمية و الأدبية و الخطابات و السير الذاتية الجاهزة، <http://forum.stop55.com>  
4) محمد عبدالجواد الننتشة، التداخل بين الدية والتعويض، المملكة الأردنية الهاشمية، المؤتمر القضائي الشرعي  
الأردني الدولي الأول، 2007 .  
**المراجع الفرنسية:**

1) Code civil français créé par la Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en  
vigueur le 1er janvier 1976.

# فهرس الموضوعات



المقدمة.....أ

## الفصل الأول: الأحكام العامة لنظرية التعويض عن الضرر المعنوي

المبحث الأول: مفهوم الضرر في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري.....2

المطلب الأول: تعريف الضرر وأقسامه.....2

الفرع الأول: تعريف الضرر في اللغة والاصطلاح.....2

أولاً: في اللغة.....2

1) معاني لفظ الضرر في القرآن الكريم .....2

2) معاني الضرر في السنة (الحديث الشريف).....3

3) معاني الضرر في معاجم اللغة العربية .....4

ثانياً : في الاصطلاح.....4

أولاً: تعريف الضرر عند الفقهاء القدامى.....4

ثانياً:تعريف الضرر عند الفقهاء المعاصرين.....5

ثالثاً:تعريف الضرر عند فقهاء القانون.....7

رابعاً:تعريف الضرر في التشريع الجزائري.....8

الفرع الثاني :أقسام الضرر.....9

التقسيم الأول :الضرر العام والضرر الخاص.....9

التقسيم الثاني :الضرر المشروع والضرر غير المشروع.....9

التقسيم الثالث :الضرر المادي و الضرر المعنوي.....10

المطلب الثاني : صور الضرر المعنوي و شروط قيامه.....12

الفرع الأول: صور الضرر المعنوي.....12

1(الضرر المعنوي المتصل بالضرر المادي.....12

2(الضرر المعنوي المجرد من الضرر المادي.....12

3(الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على القيم المعنوية.....12

4(الضرر المعنوي الناتج عن الاعتداء على حق ثابت.....13

الفرع الثاني : شروط قيام الضرر المعنوي.....13

أولاً: أن يكون الضرر محققاً (محقق الوقوع).....14

ثانياً: أن يكون الضرر مباشراً.....14

ثالثاً: أن يكون شخصياً لمن يطالب بتعويضه.....14

رابعاً: أن يصيب الضرر حقاً أو مصلحة مشروعة للمتضرر.....14

خامساً: ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه.....15

المبحث الثاني: مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي

المطلب الأول: مفهوم التعويض عن الضرر المعنوي.....16

أولاً: التعويض في اللغة.....16

ثانياً: التعويض في الاصطلاح الفقهي.....16

ثالثاً: التعويض في الاصطلاح القانوني.....17

المطلب الثاني: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في بعض القوانين الوضعية.....19

أولاً: في القانون الروماني.....19

ثانياً: في القانون الفرنسي.....19

ثالثاً: في القانون المصري.....20

الفرع الثاني: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري.....21

الفرع الثالث: فكرة التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.....25

الرأي الأول: القول بعدم تعويض الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.....26

الرأي الثاني: القول بالتعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي.....30

### الفصل الثاني: تطبيقات مبدأ تعويض الضرر المعنوي في مسائل فك الرابطة الزوجية

المبحث الأول: حكم الطلاق و التعسف في استعماله.....36

المطلب الأول: الطلاق بين الحظر و الإباحة.....38

أولاً: الرأي القائل بالحظر.....38

ثانياً: الرأي القائل بالإباحة.....39

المطلب الثاني: مفهوم التعسف في استعمال حق الطلاق.....40

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي.....41

أولاً: التعسف لغةً.....41

ثانياً: معنى التعسف في استعمال الحق.....41

- المبحث الثاني: معايير التعسف في فك الرابطة الزوجية و صورہ.....44
- المطلب الأول: معايير التعسف في استعمال حق الطلاق.....44
- الفرع الأول: معيار قصد الإضرار.....44
- الفرع الثاني: معيار رجحان المصلحة على الضرر.....45
- الفرع الثالث: عدم مشروعية المصالح المراد تحقيقها.....46
- المطلب الثاني: صور الطلاق الموجب للتعويض.....48
- الفرع الأول: الطلاق التعسفي الواقع بالإرادة المنفردة للزوج.....48
- أولاً: الطلاق من غير مبرر شرعي.....48
- (1) سلطة القاضي في تحديد التعسف من عدمه.....50
- (2) شروط استحقاق المطلقة للتعويض.....51
- (3) سلطة القاضي في تقدير التعويض.....52
- (4) نظام المتعة كتعويض عن الطلاق التعسفي.....53
- المتعة لغة.....53
- الحكمة من المتعة.....54
- حكم المتعة.....54
- مقدار المتعة.....55
- علاقة المتعة بالتعويض.....56
- ثانياً: طلاق المريض مرض الموت.....58
- حكم طلاق المريض موت الموت.....59
- متى يكون المريض فاراً بطلاقه من الميراث؟.....60

62.....	الفرع الثاني: التطلاق للضرر
63.....	أولاً: عدم الإنفاق بعد صدورالحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره
64.....	ثانياً: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج
67 .....	ثالثاً: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر
67.....	رابعاً: التطلاق لحكم بعقوبة عن جريمة ماسة بشرف الأسرة
68.....	خامساً: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة
69.....	سادساً: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من نفس القانون
70.....	سابعاً: ارتكاب فاحشة مبينة
72.....	ثامناً: الشقاق المستمر بين الزوجين
73.....	تاسعاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج
74.....	عاشراً: كل ضرر معتبر شرعاً
75.....	- إثبات الضرر في دعوى التطلاق للضرر
76.....	الفرع الثالث: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة (الخلع)
76.....	1) الخلع لغة
76.....	2) الخلع في قانون الأسرة الجزائري
77.....	3) الخلع في الفقه الإسلامي
77.....	4) شروط الخلع
79.....	5) بدل الخلع (مقابل الخلع)
79.....	6) علاقة بدل الخلع بالتعويض
81.....	الخاتمة
85.....	الفهارس الفنية
91.....	فهرس المصادر و المراجع
97.....	فهرس الموضوعات