جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

العنوان

التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص:

قانون الأحوال الشخصية

من تقديم الطالبة:

***عاشور فتيحة**

المشرف:

***الأستاذة:رواق أمال**

لجنة المناقشة:

1. **الأستاذ دكتور: كيفاجي الضيف.....رئيسا.**
2. **الأستاذة :رواق أمال..... مشرفا ومقررا.**
3. **الأستاذ:بوصيدة محمد.....مناقشا.**

دورة جوان 2016

بسم الله الرحمان الرحيم
بسم الله الرحمان الرحيم

كلمة شكر

بالله نبدأ و به التمام باسمه نفتتح الكلام له الحمد والشكر في أول وأخر المقام الحمد لله رب العالمين الذي وفقني في إنجاز هذا العمل ومنحني القوة والصبر على مواصلة هذا البحث

وإتمامه والذي وفقني في تجسيد هذا العمل المتواضع من فكرة في العقول إلى كلمة في السطور.

وأزكى التحيات على مثال الرحمة والأناة الذي لا يكفينا الذكر محاسنه الأعداد والأرقام سيدنا محمد أعطر الصلوات وأزكى السلام .

وإقرارا بالفضل لذويه ونزولا عند قول النبي ﷺ :"من لا يشكر الناس لا يشكر الله" فإن الواجب يدفعني على أن أخص بالذكر بعد الله تعالى الأستاذة المشرفة على بحثي ،جزاها الله خيرا وبارك الله في عملها.

إلى الأستاذة المشرفة "رواق آمال"

وكل الشكر إلى اللجنة المناقشة

وأساتذة التخصص.

شكرا

الإهداء

بحمد الله سبحانه وتعالى وبعد الصلاة والسلام على حبيب الله وخاتم المرسلين أهدي ثمرة جهدي إلى من لو شكرتهما طيلة الدهر وحملتهما طيلة العمر لما وفيت دينهما علي ولا فقت محبتهما لي.

إلى أغلى الوجود صاحب الكرم والجود من جاع ليطعمني وتعرى ليكسيني إلى تاج رأسي أبي الغالي.

وإلى من سهرت الليالي وباتت تخفف ألامي وتقوم تصلي وتدعوا لي في كل فجر أن أنجح وأترقى وأوفق.

إلى من الجنة تحت قدميها أمي الحبيبة خفضهما الله.

إلى أحب الناس على قلبي إخوتي كمال، لمين، هيثم وأخواتي نوال، بسمة، رزيقة ونعيمة وزوجها وابنتيها نور ولوجين .

وعمي بلقاسم جزاه الله خيرا

وأخوالي وخالاتي ورفيقاتي وكل صديقاتي من دون استثناء وإلى كل من لم يتسنى لي ذكره وهو يعلم وجوده في قلبي أهدي ثمرة جهدي .

فتيحة

قائمة المختصرات

1. ج : الجزء.
2. د.ت : دون تاريخ.
3. د.ب.ن: دون بلد النشر.
4. د.د.ن: دون دار النشر.
5. د.ط : دون طبعة.
6. ص : صفحة.
7. ط : طبعة.
8. غ.أ.ش : غرفة الأحوال الشخصية.
9. ق.أ.ج : قانون الأسرة الجزائري.
10. ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.
11. م.ع : المحكمة العليا.
12. م.ق : المجلة القضائية.

خطة البحث:

مقدمة

الفصل الأول: التعويض عن الضرر المعنوي

- المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتعويض عن الضرر المعنوي
- المطلب الأول: لمحة عامة عن الضرر
- الفرع الأول: تعريف الضرر
- الفرع الثاني: أنواع الضرر وعبء إثباته
- المطلب الثاني: حقيقة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون
- الفرع الأول: مفهوم الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

- الفرع الثاني: مفهوم الضرر المعنوي في القانون
- المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للتعويض في الفقه الإسلامي والقانون المدني
- المطلب الأول: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري
- الفرع الأول: مفهوم الضمان(التعويض) في الفقه الإسلامي

- الفرع الثاني : مفهوم التعويض في القانون المدني الجزائري
- المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري من التعويض
- الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

- الفرع الثاني: موقف القانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي

الفصل الثاني: صور حل الرابطة الزوجية وكيفية التعويض عنها

- المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي
- المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج
- الفرع الأول: مفهوم الطلاق
- الفرع الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي
- المطلب الثاني: تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي
- المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي بشأنها
- المطلب الأول: مفهوم التطليق وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي
- الفرع الأول: مفهوم التطليق
- الفرع الثاني: تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن التطليق
- المطلب الثاني: مفهوم الخلع وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي
- الفرع الأول: مفهوم الخلع
- الفرع الثاني: تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن الخلع

الخاتمة

مقدمة

الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، والصلاة والسلام على خاتم المرسلين سيدنا محمد ﷺ، وعلى أهله وصحبه ومن تبعهم أما بعد:

تقوم المسؤولية المدنية على ثلاثة أركان هي :الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، والقاعدة تقول إن من يدعي ضررا يريد التعويض عنه يجب عليه أن يثبت خطأ الغير". والمسؤولية المد نية تنقسم بدورها إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فالأولى هي التي تترتب عن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، أما الثانية (المسؤولية التقصيرية) فهي التي تنشأ عن الإخلال بالتزام فرضه القانون، والمسؤولية المدنية تهدف إلى جبر الضرر الناتج عن الاخلال بالالتزامات.

حيث يعتبر الضرر من أهم الأركان التي تقوم عليها المسؤولية المدنية، وخاصة في عصرنا الحالي، إذ تطور مفهوم الضرر، وأصبح يشمل أيضا التعويض عن الضرر المعنوي، الذي أصبح من أهم الموضوعات المطروحة في وقتنا الحالي، وهذا بسبب رقي الدول وحضارتها.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في الحديث عن الضر، وهذا رغبة في الحرص على جبر الضرر إعمالا بحديث الرسول ﷺ: {لا ضرر و لا ضرار}.

لقد جعل الله سبحانه وتعالى الزواج وسيلة لتكاثر البشرية، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا وَجَعَلَ لَكُم مِّنۡ أَزۡوَٰجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةٗ ﴾ [1]

[1] سورة النحل ،الآية 72.

فقد شرع الزواج بين الرجل والمرأة بضوابط شرعية محكمة، وهذا من أجل الحفاظ على هذه العلاقة المقدسة، أو كما سميت في القرآن الكريم الميثاق الغليظ، حيث قال الله تعالى:﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا ﴾[1].

والأصل أن العلاقة الزوجية تقوم على أساس المودة والرحمة والدوام والاستمرار، لكن قد يحدث ما يعكر صفاء وهدوء هده العلاقة بين الزوجين، بسبب النزاعات المستمرة بينهما.

فيصبح كلا الزوجين لا يطيق الأخر، ويبقى الحل الوحيد هو فك الرابطة الزوجية بينهما.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في صلته الوثيقة بالأسرة، التي تعد نواة المجتمع فبصلاحها يصلح أفراد الأسرة ومن ثم يصلح المجتمع.

يساهم هذا البحث في إعطاء فكرة عن التعويض الضرر المعنوي المترتب على انحلال الرابطة الزوجية .

الإشكالية :

لقد أصبح مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية من المبادئ الأساسية في استحقاق التعويض عنها، سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية.

ومن هنا نطرح الإشكالية الآتية:

-ما هي طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي من الناحية الشرعية و القانونية ؟ و فيما تتجسد التطبيقات العملية لهذا النوع من التعويض على انحلال الرابطة الزوجية بمختلف صورها؟.

---

[1] سورة النساء ،الآية 21.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك عدة أسباب منها:

أ/الأسباب الذاتية: تتمثل في رغبتي الملحة في دراسة المواضيع المتعلقة بشؤون الأسرة وهذا لتجنب الآثار الوخيمة و الانهيار الأسري.

-الرغبة في المساهمة في تطوير البحث العلمي.

ب/الأسباب الموضوعية:

- قلة الدراسات التي عالجت هذا الموضوع في التشريع الجزائري.

-النص على الضرر المعنوي من خلال التعديل الأخير للقانون المدني.

أهداف البحث:

-جمع البحوث والدراسات التي تناولت التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية من أجل الخروج ببحث متكامل يتناول جميع الجوانب المتعلقة به.

- بيان أراء الفقهاء وموقف التشريعات من التعويض عن الضرر المعنوي.

- بيان خطورة الضرر المعنوي على أطراف العلاقة الزوجية.

المنهج المتبع:

*المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال استقراء الأحكام الفقهية، والنصوص القانونية وقرارات المحكمة العليا، والكتب القانونية المتعلقة بموضوع البحث.

*المنهج المقارن: وذلك بالمقارنة بالمبادئ التي جاء بها الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي بعض التشريعات.

المنهجية المتبعة:

اعتمدت في إعداد بحثي هذا على المنهجية الآتية:

- المراجع والمصادر اعتمدت في تهميشها على ذكر:

اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب، الجزء، الطبعة، (البلد، الدار، سنة النشر)، ثم رقم الصفحة.

- النصوص القانونية اعتمدت أيضا في تهميشها على ذكر رقمها في المتن، ثم ذكر الأمر أو القانون الذي صدرت بموجبه.

- قرارات المحكمة العليا اعتمدت في تهميشها على ذكر تاريخ الصدور مع كتابة ما جاء فيه متن البحث.

- الآيات القرآنية اعتمدت في تهميشها على ذكر السورة التي وردت فيها، ثم رقم الآية.

- المذكرات والرسائل الجامعية اعتمدت في تهميشها على ذكر:

اسم ولقب صاحب الرسالة، ثم "عنوان الرسالة"،(رسالة ماجستير في الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ، ثم السنة)، ثم رقم الصفحة.

-أما فهرس المراجع قمت بترتيبه كالأتي:

القرآن الكريم ، السنة النبوية ثم الكتب، المذكرات والرسائل، القوانين والأوامر، ثم المجلات القضائية، ثم الكتب باللغة الفرنسية.

الصعوبات :

كانت أكثر الصعوبات مواجهة لي هي قلة المراجع، وضيق الوقت غير أني حاولت والحمد لله على التوفيق، أن جعل من هذه الصعوبات والعراقيل حافزا لي للاجتهاد في إنجاز هذا البحث وإتمام إعداد المذكرة ، فأرجو من الله أن يجزيني أجر الاجتهاد.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية التي تقدم طرحها قسمت بحثي إلى فصلين:

الفصل الأول خصصته لدراسة مفاهيم حول الضرر المعنوي، حيث تناولت فيه مبحثين تطرقت في المبحث الأول إلى: مفهوم الضرر المعنوي، أما المبحث الثاني فتطرقت فيه إلى جانب التعويض في الفقه الإسلامي والقانون المدني.

أما الفصل الثاني فخصصته لدراسة صور حل الرابطة الزوجية، وكيفية التعويض عنها، حيث تناولت فيه مبحثين تطرقت في المبحث الأول إلى انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي، أما في المبحث الثاني فتطرقت إلى دراسة انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج وكيفية التعويض عنها.

الفصل الأول:

التعويض عن الضرر المعنوي

الفصل الأول: التعويض عن الضرر المعنوي

تقوم فكرة المسؤولية المدنية بنوعيها تعاقدية وتقصيرية على فكرة إصطلاح الضرر غير المشروع، فالجزاء فيهما جميعا عبارة عن تعويض هذا الضرر أو إزالة أثره على قدر الإمكان. [1]

ويمكن القول بأن الضرر ركن أساسي وواجب في المسؤولية المدنية، حيث يمكن تقسيم هذا الركن إلى ضرر مادي وضرر معنوي.

وفي هذا الفصل سوف يتم تناول مفهوم التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي.

حيث أثار التعويض عن الضرر المعنوي جدلا في الفقه الغربي والإسلامي على حد السواء ،فرفضه البعض قائلا بأنه غير قابلا للتعويض عنه، وقال به بعض الأخر قائلا بأن المقصود بالتعويض عن الضرر الأدبي ليس إزالة هذا الضرر، وإنما مجرد إيجاد بديل عنه للمضرور، ومواساته أو رد اعتباره .

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني على ما يلي :"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".[2]

في هذا الفصل يتم تناول الإطار المفاهيمي للتعويض عن الضرر المعنوي في المبحث الأول، أما المبحث الثاني نتعرض إلى التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه والقانون المدني.

---

[1] حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الضرر، الجزء 1، ط1،(الأردن، دار وائل للنشر، 2006)، ص199.

[2] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتعويض عن الضرر المعنوي

في هذا المبحث يتم تناول لمحة عامة عن الضرر، وذلك من خلال تعريف الضرر وبيان أنواعه وعلى من يقع عبء إثباته وهذا في المطلب الأول، أما في المطلب الثاني سأبين حقيقة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون المدني، وذلك من خلال بيان تعريفه وأنواعه وخصائصه وشروطه.

المطلب الأول: لمحة عامة عن الضرر

من خلال هذا المطلب سوف يتم إعطاء نظرة عامة عن الضرر وذلك من خلال تعريفه لغة وفقها وقانونا.

الفرع الأول: تعريف الضرر

نتعرض إلى تعريف الضرر لغة ثم اصطلاحا.

أولا: تعريف الضرر لغة

الضر: ضد النفع، والضر بضم الضاد يتعلق بما يكون من سوء الحال والهزال.[1]

وجاء أيضا بمعنى: سوء الحال والفقر.[2]

---

[1] جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، المجلد 2،(لبنان، دار لسان العرب، د.ط، د.ت)، ص524، مادة(ضرر),

[2] أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، الجزء2، (القاهرة ، دار الفكر للطباعة والنشر، د.ط، د.ت)، ص360.

ويمكن أن نستنتج من خلال تعريف أهل اللغة لكلمة الضرر أنهم جعلوا الضرر كل ما يمس وينقص من المال والسلامة الجسمية.

وقد ورد في القران الكريم لفظ الضرر في عدة أيات منها:

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَإِن يَمْسَسْكَ ٱللَّهُ بِضُرٍّ فَلَا كَاشِفَ لَهُۥٓ إِلَّا هُوَ ﴾.[1]

و قال أيضا: ﴿ وَأَيُّوبَ إِذْ نَادَىٰ رَبَّهُۥٓ أَنِّى مَسَّنِىَ ٱلضُّرُّ وَأَنتَ أَرْحَمُ ٱلرَّٰحِمِينَ ﴿٨٣﴾ ﴾.[2]

وقال أيضا: ﴿ فَلَمَّا دَخَلُوا۟ عَلَيْهِ قَالُوا۟ يَٰٓأَيُّهَا ٱلْعَزِيزُ مَسَّنَا وَأَهْلَنَا ٱلضُّرُّ وَجِئْنَا بِبِضَٰعَةٍ مُّزْجَىٰةٍ فَأَوْفِ لَنَا ٱلْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَآ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يَجْزِى ٱلْمُتَصَدِّقِينَ ﴾.[3]

ثانيا: تعريف الضرر اصطلاحا

سيتم التطرق إلى تعريف الضرر في الاصطلاح الفقهي ثم في الاصطلاح القانوني.

1/تعريف الضرر في الاصطلاح الفقهي

جاء تعريف الضرر عند بعض الفقهاء كمايلي:

هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، أو هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.[4]

---

[1] سورة الأنعام، الآية، 17.

[2] سورة الأنبياء، الأية، 83.

[3] سورة يوسف، الآية، 88 .

[4] زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، (د.ب.ن، دار الكتاب القانوني، 2009)، ص53.

كما ورد التعبير عن مصطلح الضرر في الفقه الإسلامي بمعان متعددة، فلم يلتزم الفقهاء في التعبير عنه بمعنى محدد، فهم يعبرون عنه تارة بالإتلاف، وتارة بالإفساد، وتارة بالاستهلاك إلى غير دلك من المعاني الدالة عليه.

ولهذا نجد أن بعض الفقهاء المحدثين قد سار على هذا النهج فعرفوا الضرر بأنه: إلحاق مفسدة بالأخرين، أوهو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.[1]

2 /تعريف الضرر في الاصطلاح القانوني

لم يعرف المشرع الجزائري الضرر في القانون المدني، حيث نص عليه في الكتاب الثاني الالتزامات و العقود من المادة 124إلى140مكرر1، ومن المادة 176إلى187 منه.

والضرر يعتبر الركن الأساسي لقيام المسؤولية المدنية، فلا يتصور قيام المسؤولية المدنية بلا ضرر، كما عرفه القانون الفرنسي بأنه الركن الثاني من المسؤولية المدنية [2].

وقد عرف بعض شراح القانون المدني الضرر بعدة تعريفات منها:

عرفه محمد صبري السعدي بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له، أو بحق من حقوقه".[3]

وعرفه بلحاج العربي بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن".[4]

---

(1) أسامة عبد العليم الشيخ، قاعدة لا ضرر و لا ضرار في نطاق المعاملات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، (الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة،2007)، ص 55،56،59.

(2)–Marcel Planiol et George Ripert ,**Trait Pratique de Droit Civil Français** ,T.VI (Les Obligations) ,(Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,2 Ed ,1952),P.745.

(3) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية (العمل غير المشروع، شبه العقود، و القانون)، الجزء2، ط.2،(الجزائر، دار الهدى، 2004)، ص75.

(4) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء2، د.ط،(الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999)، ص284.

من مجموع التعريفات السابقة نجد أن تعريف بلحاج العربي أشمل تعريف، لأنه اعتبر وقوع الأذى ضررا سواء كان ذا قيمة مالية أو لم يكن .

الفرع الثاني : أنواع الضرر وعبء إثباته

بعد تعريف الضرر من الناحية اللغوية و الفقهية و القانونية، لابد من حصر أنواعه في الفقه الاسلامي و القانون المدني، ثم بيان على من يقع عبء اثبات هذا الضرر؟ .

أولا: أنواع الضرر

لبيان أنواع الضرر يجب تحديد أنواعه في الفقه الاسلامي، ثم أنواعه في القانون المدني .

1/ أنواع الضرر في الفقه الاسلامي

هناك عدة تقسيمات للضرر لدى الفقهاء، فهناك اتجاه يقسم الضرر الى قسمان : ضرر مادي و ضرر أدبي(معنوي)، و اتجاه ثاني يقسمه الى ثلاثة أقسام : ضرر مالي و ضرر جسدي و ضرر معنوي، أما الاتجاه الثالث فيقسمه الى أربعة أنواعه، الضرر الجسدي و الضرر المالي و الضرر الأدبي و الضرر المعنوي .[1]

ان ما يمكن استنتاجه من خلال هذه التقسيمات أنه يمكن تقسيم الضرر الى قسمان :

– ضرر مادي.

–ضرر معنوي.

---

[1] فاروق عبد الله كريم، الضرر المعنوي و تعويضه في الفقه الإسلامي، ط1، (لبنان، دار الكتب العلمية،2012)، ص31،32.

أ/الضرر المادي

هو ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله، ومن ثم فإنه يتنوع إلى نوعين :النوع الأول الضرر جسماني والنوع الثاني ضرر المالي.

النوع الأول: الضرر الجسماني

هو ما يصيب الإنسان في جسمه من جراح يترتب عليه تشويه فيه، أو عجز عن العمل أو ضعف في الكسب أو نحو ذلك .

وهذا الضرر قد يكون كليا فيؤدي إلى إتلاف النفس، وقد يكون جزئيا بإتلاف ما دون النفس.[1]

والضرر الجنائي (الجسماني) في الفقه الإسلامي يستوجب القصاص أو الديات أو الأروش، والأخيرة إما مقدرة من الشارع، وإما متروكة لتقدير السلطة، وهذا الجزاء لا شأن له بالتعويض لأنه مفروض كعقوبة للجاني.[2]

النوع الثاني: الضرر المالي

هو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها.[3]

---

[1] أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص62،63 .

[2] محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط،(الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2002)، ص170،169.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص63.

فمناط التعويض في الضرر المالي هو إتلاف المال، وذلك بإخراجه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة، ويكون التعويض عن الضرر المالي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر إن أمكن، وإلا كان التعويض متمثلا في تغريم المسؤول نظير ما أتلفه من المال، أو قيمته لجبر الضرر الواقع وإزالته.[1]

ب/ الضرر المعنوي(الأدبي)

سيتم التطرق للضرر المعنوي بالتفصيل، وذلك في المطلب الثاني من المبحث الأول(الفصل الأول) تحت عنوان حقيقة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي والقانون المدني لأنه موضوع البحث.

2/أنواع الضرر في القانون المدني

يقسم الضرر في القانون المدني إلى قسمين: الأول ضرر مادي والثاني ضرر معنوي، وهذه أبرز تقسيماته وأكثرها أهمية من الناحيتين النظرية والعملية على حد سواء.

أ/الضرر المادي

الضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه بالنقود، وهو أكثر شيوعا في المسؤولية العقدية من الضرر الأدبي، وهو يصيب الشخص في ذمته المالية أو في جسمه .

ومثال ذلك الضرر الذي يصيب البضاعة في عقد النقل.[2]

---

[1] محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص 172،173.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص285.

ولذا نجد أنه يجب أن يتوافر في الضرر المادي شرطان:

- الشرط الأول: الإخلال بحق مالي للمضرور أو مصلحة مالية

الضرر المالي : هو الخسارة المالية الناتجة بحق أو مصلحة، سواء كان الحق حقا ماليا أو**غير مالي** : و مثال الحق المالي حق الملكية أو حق المؤلف، فإذا ما ترتب انتقاص للمزايا المالية عن المساس بحق تلك الحقوق فإن الضرر يكون ماديا، فالتعدي على الملكية هو اخلال بحق و يعتبر ضررا .

ومثال الضرر المادي الناتج عن المساس بحق غير مالي، المساس بسلامة الجسم إذا نتج عنه خسارة مالية، كما في حالة إصابة أدت الى العجز عن الكسب أو تكبد المضرور نفقات مالية في العلاج .

وقد يكون الضرر إخلال بمصلحة مالية للمضرور، فلو قتل شخص كان يعول قريبا له لا تجب عليه نفقته، فإن القريب يضار من ذلك ليس في حق له، إذ لا تجب نفقته بل في مصلحة مالية، غير أنه يجب أن تكون المصلحة المالية مشروعة.[1]

-الشرط الثاني: أن يكون الضرر محققا

ومعنى أن يكون الضرر محققا أن يكون مؤكدا، وقع بالفعل، و يذهب البعض إلى أنه لا يشترط أن يكون قد تحقق بالفعل، ولكن يكفي أن وقوعه قد أصبح مؤكدا، و لو تراخى إلى المستقبل، لذلك يجب التميز بين ضرر المستقبل وهو الذي يبرر التعويض وبين الضرر المحتمل الذي لا يكفي لذلك[2] .

---

[1] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص76،77.

[2] عبد الحكم فوده، موسوعة التعويضات المدنية، الجزء 1، د.ط، (الإسكندرية' المكتب الدولي للموسوعات، 2005)، ص19.

فضرر المستقبل ضرر قام سببه ولكن تأخرت أثاره للمستقبل، كإصابة شخص بعاهة تجعل ضرره محققا، وإن كان الضرر مستقبليا أيضا، ذلك أن هذه الإصابة ستقعده عن العمل، فيصاب بخسارة في المستقبل، فيكون هناك مجال لتعويض الضرر الحادث بالفعل المتمثل في إصابة الجسم، و الضرر المستقبلي ناجم عن عدم القدرة عن العمل وتحقق الخسارة المالية.[1]

أما الضرر المحتمل فهو ضرر لا هو تحقق فعلا، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل[2]،فمثلا ضرب امرأة حامل يعطي الحق في التعويض عن الإصابة، لكن لا يعطيها الحق في التعويض عن أثر الإصابة إذ قد يتحقق الإجهاض أوقد لا يتحقق إلا في حالة الإجهاض المنذر الذي يعني أنه على وشك الحدوث [3].

ب/ الضرر المعنوي

سيتم تناول الضرر المعنوي كما ذكرت سابقا في المطلب الثاني من المبحث الأول (الفصل الأول) لأنه موضوع البحث.

نستنتج أن الفقه الإسلامي يتوسع في تقسيمه للضرر عكس القانون المدني، لكنهما يتشابهان في أنهما جعلا كل ما يصيب الشخص في ماله، و جسمه ضرر ماديا لأنه يصيب ذمته المالية، أما الضرر الذي لا يؤثر في الذمة المالية فهو ضررا معنويا أو أدبيا.

---

[1] عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 19.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد2، الجزء1، ط 3، (لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998)، ص766.

[3] عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص 19.

ثانيا: إثبات الضرر

القاعدة الشرعية تقول أن البينة على من إدعى، وأن الأصل براءة الذمة وعلى من يدعي شغلها الإثبات.

ومعنى هذه القاعدة أن على رافع الدعوى، والمطالب بالتعويض فيها أن يقيم الدليل على الضرر الذي أصابه، ولما كان الأمر يتعلق بواقعة مادية، فإنه يجوز إثباتها بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن.

وهذه مسألة موضوعية يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى، ومن قرائن الأحوال وأقوال الشهود.[1]

فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية في ذمة المدين، والدائن هو الذي يحمل عبء إثبات الضرر لأنه هو الذي يدعيه، ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدي، فقد لا ينفد المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك، ففي عقد النقل مثلا: إذا تأخر أمين النقل في تسليم البضاعة، أو تأخر الراكب في الوصول في الميعاد، فإن مجرد التأخر لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر، بل على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخير[2].

---

[1] عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص25،26.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص763.

المطلب الثاني: حقيقة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي و القانون المدني

لقد كان الضرر الأدبي (المعنوي) معروفا منذ القدم اي من أواخر العهد الروماني، حيث كان الجزاء الذي يترتب عن الاعتداء على شرف شخص، اشد من الجزاء الذي يترتب على الإعتداء على امواله، خاصة في ذلك الزمن الذي كان يسوده الانتقام، حيث كانت دعوى التعويض، تمنح لأولئك اللذين يتألمون في عواطفهم اتجاه أقاربهم، وكذلك لمن يحرم من المتعة التي كان يحصل عليها من الشيء.[1]

لذلك سيتم في هذا المطلب دراسة حقيقة الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم حقيقته في القانون المدني في الفرع الثاني.

الفرع الأول : مفهوم الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

في هذا الفرع نتناول مفهوم الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي وذلك من خلال تعريفه وبيان أنواعه وشروطه.

أولا: تعريف الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

يمكن القول بداية أن الضرر المعنوي، ما هو إلا ضرر لا يصيب المضرور في ذمته المالية، وإنما يصيبه في ذمته الأدبية، ولهذا فإنه يطلق عليه اصطلح الضرر الأدبي.[2]

---

[1] عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني والمقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، ط1،(عمان، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2002)، ص 94.

[2] محمود عبد الرحيم الديب، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دراسة مقارنة، د.ط، (الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2013)، ص 51.

لقد عرف الفقهاء الضرر المعنوي بعدة تعريفات، فقد عرفه المتقدمون من الفقهاء بعدة مصطلحات سوف نتطرق لها في (1)، ثم نتطرق إلى تعريف الضرر المعنوي عند الفقهاء المعاصرين وهذا في (2).

1) مصطلحات المتقدمين من الفقهاء

أ/مصطلح الأذى

إذا كان لكل نوع من أنواع الضرر المعنوي مصطلح خاص لدى الفقهاء، فإنهم على ما يبدو من عبارتهم قد إتخدوا من لفظ (الأذى) مصطلحا يعبرون به عن الأضرار المعنوية بشكل عام، سواء المتعلقة منها بالاعتداء على العرض أو المشاعر أو غيرهما.

ومن عبارتهم إن حد القذف شرع لحفظ الأعراض، وصون القلوب عن الأذيات.

وقالوا في معرض كلامهم عن السب والشتم :"حرمت الشريعة السب والشتم والأذى بالكلام".

وقد استدلوا على كلامهم هذا أن القران الكريم قد عبر بشكل يكاد يكون مطرد ا عن الأضرار المعنوية بلفظ الأذى[1]، حيث جاء في قوله تعالى:﴿ وَٱلَّذِينَ يُؤْذُونَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتِ بِغَيْرِ مَا ٱكْتَسَبُوا۟ فَقَدِ ٱحْتَمَلُوا۟ بُهْتَٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾. [2]"

وقد فسرت هذه الآيات الكريمة أن: أذية المؤمنين والمؤمنات هي الأفعال والأقوال القبيحة: كالبهتان و التكذيب الفاحش المختلف...

ومن الأذية :تعييره بحسب مذموم أو حرفه مذمومة أو شيء يثقل عليه إذا سمعه.[3]

---

[1] فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص34،35.

[2] سورة الأحزاب، الآية 58.

[3] فاروق عبد الله كريم ، مرجع سابق، ص53.

ب/مصطلح الإتلاف الأدبي (المعنوي)

يعبر الفقهاء المسلمون عن الضرر الأدبي الناشئ عن الإعتداء على الشرف بالإتلاف الأدبي ففي استكراه المرأة على الزنا قالوا هو إتلاف أدبي (الإتلاف معنوي).[1]

ج/مصطلح العار

لقد عبر به الفقهاء عن الأضرار المعنوية الواقعة عن الشرف والعرض أو ضرر السمعة بوجه عام. فقد قالوا: "حد القذف ثابت لدفع العار".

د/مصطلح الشين

يطلق الفقهاء مصطلح(الشين) على نوعين من الأضرار المعنوية هما: التشويه الجسدي وتشويه السمعة :كالقف بالسرقة والسب والإهانة.

هـ/مصطلح الابتذال والكسر

يطلق الفقهاء مصطلحي الإبتذال و الكسر غالبا على الأضرار المعنوية التي تصيب المرأة كالعدول عن خطبتها، أوطلاقها، حيث قالوا " أن المتعة تجب للمطلقة ...لما لحقها عن الابتذال".[2]

هذه أهم المصطلحات التي عبر بها الفقهاء القدامى عن الضرر المعنوي، حيث يمكن القول أن الضرر المعنوي موجود مند القدم تحت عدة تسميات .

ومن خلال هذه المصطلحات يمكن تعريف الضرر المعنوي بأنه: كل ما يصيب الشخص في شعوره وإحساسه وسمعته .

---

[1] صلال حسين علي الجبوري، تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، ط1 ،(الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2014)، ص 57.

[2] فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق،37،38،39.

2/تعريف الضرر المعنوي عند الفقهاء المعاصرين

لقد عرف الفقهاء المعاصرين الضرر المعنوي بعدة تعريفات منها:

"الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه أو في حق من حقوقه الأدبية".

أو هو" ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه "، أو هو الذي قد يصيب الجسم فيحدث تشويها فيه فيتألم الشخص لذلك ،"أي أنه عبارة: عن الألم والحزن الذي يصيب الإنسان, [1]"

وقد عرفه الشيخ محمود شلتوت بأنه:

"الضرر الذي يصيب الإنسان في شرفه وسمعته ومثال ذلك القدف والإعراض عن المخطوبة بعد تمام الخطبة بغير سبب ظاهر معروف.[2]

كما اجتهد بعض الفقهاء الغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي بأن :

الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية[3].

---

[1]أسامة السيد عبد السميع، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقه الإسلامي والقانون، د.ط،(الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2007)، ص68.

[2]محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط1،(القاهرة، دار الشروق، 1983)، ص 412،413.

[3]Vialard Antoine.Droit Civil Algérien,(Alger.OPU.1980).p113.

كذلك عرفه البعض بقولهم أنه: إلحاق مفسدة في شخص الأخرين لا في أموالهم، وإنما يمس كرامتهم أو يؤذي شعورهم، أو يخدش شرفهم أو يتهمهم في دينهم، أو يسيء إلى سمعتهم، أو نحو ذلك من الأضرار التي يطلق عليها اليوم اسم الأضرار الأدبية[1] .

نستنتج مما سبق أن الضرر المعنوي لا يصيب الشخص المتضرر في ذمته المالية، وإنما في ذمته الأدبية، بحيث تكون الخسارة أدبية نتيجة المساس بمعنوياته.

ثانيا: أنواع الضرر المعنوي

يمكن تقسيم الضرر المعنوي إلى أربعة صور وهي كالآتي:

1-الضرر المعنوي الواقع على حق الإنسان في سلامة جسده

تبدو الأضرار الجسدية هي الأكثر أهمية في النظام القانوني في معظم البلدان، ويعود هذا إلى سمو الكيان الإنساني وحرمة الجسد البشري، وهذا يبرر توفير درجات عالية من الحماية ضد المساس بجسم الإنسان أو الإضرار به، وتؤكد على هذا النصوص الدستورية والقانونية في أغلب النظم القانونية في العالم ومن المسلم قضاءا أن أي اعتداء على سلامة الشخص يخوله حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يصيبه.[2]

2-الضرر المعنوي على شرف الإنسان وسمعته

حيث يعتبر ضررا أدبيا كل مساسا بشرف الشخص واعتباره وعرضه، فالقدف والسب وهتك العرض وإذاء السمعة بالتقولات والاعتداء على الكرامة، كل هذه الأعمال تحدث ضررا أدبيا، إذا هي تضر بسمعة المصاب وتؤذي شرفه واعتباره بين الناس.[3]

---

[1] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص 69.

[2] صلال حسين علي الجبوري، مرجع سابق، ص96،97.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص70.

3-الضرر المعنوي الناشئ عن مجرد الاعتداء على حق ثابت للإنسان

كدخول شخص أرضا مملوكة لأخر برغم معارضة المالك.[1] حيث يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عما أصابه من أضرار أدبية نتيجة الاعتداء على ملكه، وإن لم يصبه ضرر مادي ومثاله أيضا، الاعتداء على حرمة المساكن حيث تعد أضرارا أدبيا وهي تقع على الحقوق المالية أيضا.[2]

4-الضرر المعنوي الذي يصيب العاطفة والشعور

حيث يعبر عنه بالضرر الذي يصيب الغير مباشرة، وليس المصاب نفسه في الإصابة المميتة وغير المميتة، بحيث يشعر الغير بالحزن والأسى الناشئ عن موت شخص عزيز عليه، أو رؤية معاناته في حالة بقاءه على قيد الحياة.

فمثلا في الإصابة المميتة كوفاة الابن نتيجة حادث، فإن الأب يتألم وينتابه الحزن والأسى، وفي حالة الإصابة غير المميتة كإصابة الابن بالشلل في الأطراف السفلية،نتيجة الحادث، فإن الأب يتألم في مشاعره عندما يرى ابنه المشلول أمام عينيه يوميا.[3]

---

[1] فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص45.

[2] صلال حسين علي الجبوري، مرجع سابق، ص114.

[3] المرجع نفسه، ص 128.

ثالثا: شروط قيام الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

لقيام الضرر المعنوي يجب أن تتوفر الشروط التالية:

1-أن يكون الضرر محققا

يشترط لقيام الضرر الأدبي أن يكون وجوده أمرا محققا، ويتحقق وجود الضرر حين يتم وقوع الفعل الضار، وما لم يتم وقوع الفعل الضار لا يكون للضرر وجود، لأنه لم يتحقق، ويترتب على ذلك أن الضامن إذا اقتصر امره على مجرد النية السيئة الباعثة على الشروع في الفعل ، فإن فعله لا يكون معنى التحقق في الضرر، إذ هو لا يعدو و أمره كذلك أن يكون نوعا من حديث النفس، وقد أخبر النبي ﷺ أن ذلك الفعل عفو، لأن الله تجاوز الإنسان عما حدثت به نفسه، مالم يعمل به أو يتكلم، حيث قال ﷺ:

"أن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ، مالم تتكلم به أو تعمل".[1]

2-أن يكون الضرر مباشرا

ويشترط في الضرر الأدبي أيضا أن يكون ضررا مباشرا، أي نتيجة مباشرة للإخلال بالإلتزام التعاقدي في المسؤولية التعاقدية، أو لوقوع الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية[2]، فقد عرف الفقهاء المباشر بأنه:

هو الذي يحصل التلف بفعله، من غير أن يتخلل بين التلف وفعله فعل مختار، والمتسبب هو الذي يحصل التلف بفعله وتخلل بين فعله و التلف فعل مختار.[3]

---

[1]عبد الله مبروك النجار، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، ط1 ،(القاهرة، دار النهضة العربية، 1990)، ص77.

[2]ياسين محمد يحي،_الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، د،ط ،(القاهرة، دار النهضة العربية، 1991) ، ص18.

[3]عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص81،80.

وإذا وجدت المباشرة من المسؤول فقد وجب الضمان، أما إذا وجد التسبب وحده فإن الضمان لا يجب إلا إذا توفرت عدة شروط منها :

-أن يحدث تعدي من فاعل السبب .

-أن يتحقق قصد وقوع الضرر من المتسبب بأن يكون متعمدا له.

-أن يؤذي السبب إلى الضرر قطعا دون تدخل بسبب أخر حسب العادة، أو لا يتخلل بين السبب والسبب فعل شخص أخر، وإلا نسب الفعل إليه مباشرة.[1]

3-أن يكون الضرر شخصيا

بمعنى أن يكون شخصيا، بمعنى أن يكون قد أصاب طالب التعويض عنه، ولكن هذا لا يمنع أن يكون الضرر الأدبي مرتدا، بمعنى أن يكون هناك ضرر أصلي أصاب احد الأشخاص ثم ارتد هذا الضرر إلى شخص أخر.

فمثلا الضرر الأدبي الذي يصيب الأب نتيجة وفاة إبنه في حادث، أو أصابته بعاهة مستديمة، يعتبر ضررا مرتدا، حيث أن الضرر الأصلي قد أصاب الابن، ومن ثم فإن الضرر المرتد يجوز التعويض عنه.[2]

---

[1] عبد الله مبروك النجار، مرجع سابق، ص81.

[2] ياسين محمد يحي، مرجع سابق، ص18.

4-أن يصيب الضرر الأدبي حقا أو مصلحة أدبية مشروعة للمضرور

إن المساس بحقوق الغير يعد ضررا أدبيا يستوجب التعويض عنه، حتى لو كان صاحب هدا الحق لم يستعمله مند زمن.

كما أن القانون يحرص على حماية المصالح الأدبية المشروعة التي لا تخالف النظام العام والآداب،[1] فالمصلحة إذن شرط للحصول على تعويض عن الضرر الذي يصيب المضرور.[2]

ومن ثم لا يكون للعشيقة أن تطالب بالتعويض في حالة وقوع حادث لعشيقها أدى إلى قتله،لأن الضرر الأدبي الناتج عن الاعتداء على العشيق، والمتمثل بإصابة العشيقة في مشاعرها لا يمثل ضررا بمصلحة مشروعة يحميها القانون.[3]

5-أن لا يكون الضرر قد سبق التعويض عنه

لا يجوز للمضرور أن يحصل على أكثر من تعويض لجبر الضرر الدي أصابه،لأن الغاية من التعويض هو جبر الضرر وليس إثراء المضرور على حساب المسؤول.[4]

فإذا ما أصيب الشخص بضرر معنوي وقام من تسبب بالضرر بتعويضه، فيعتبر أنه قد أوفى بالتزامه في هذا الصدد، ولامجال له بالمطالبة بتعويض أخر عن ذات الضرر.[5]

---

[1]صلال حسين علي الجبوري، مرجع سابق، ص87،88.

[2]إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقها وقضاء، ط1،(الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2007) ، ص13.

[3]عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص128.

[4]صلال حسين علي الجبوري، مرجع سابق، ص89.

[5]عبد العزيز اللصاصمة، مرجع سابق، ص131.

الفرع الثاني: تعريف الضرر المعنوي في القانون

يتم في هذا الفرع تناول تعريف الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري(أولا)، ثم تعريفه في بعض التشريعات العربية(ثانيا) .

أولا: تعريف الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري

لم يعطي المشرع الجزائري تعريف واضح للضرر المعنوي، إلا من خلال نصه في المادة 182 مكرر على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[1].

لكن إجتهد بعض شراح القانون المدني الجزائري و عملوا على تعريف الضرر المعنوي بعدة تعريفات منها :

*حيث عرفه بلحاج العربي أنه: "الضرر الذي لا يمس المال وإنما يصيب الشخص في حساسيته كالشعور او العاطفة أو الكرامة أو الشرف أو السمعة".[2]

*كما عرفه محمد صبري السعدي بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته[3]".

ما يمكن استخلاصه أن :القانون المدني الجزائري قد عرف الضرر المعنوي بأنه كل ما يصيب الإنسان في سمعته وشرفه وكرامته.

---

[1] المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2] بلحاج العربي، مرجع سابق، ص285.

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص73.

ومن ثم فإنه لا اختلاف في تعريف الضرر المعنوي (الأدبي) عند فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون المدني، إذا يمثل عند كل منها في الضرر غير المالي وهو يشمل الضرر الذي يصيب الشرف والاعتبار والعرض والشعور.

ثانيا: تعريف الضرر المعنوي في بعض التشريعات العربية

لقد عرفت التشريعات العربية التعويض عن الضرر المعنوي مند عهد طويل، فنجد القانون المدني المصري قد نص عليه في المادة 222 منه، والقانون الأردني بنص المادة 267 والقانون التونسي بنص المادتين 1/83،82، والقانون المغربي في المادة 1/78.[1]

ويمكن تعريف الضرر المعنوي من خلال هذه المواد على أنه : التعدي على الغير في حريتهم أو عرضهم أو شرفهم أو سمعتهم أو في مركزهم الاجتماعي.

رغم النص الصريح على التعويض عن الضرر المعنوي في هذه التشريعات، إلا أنها قيدته بالنسبة إلى الخلف بقيدين:

-أن يكون المضرور قد إتفق مع المسؤول أو طالب به أمام القضاء.[2]

-لا بحق للخلف أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا من جراء موت السلف، إلا إذا كان من الأزواج أو الأقارب حتى الدرجة الثانية فقط.[3]

نستنتج ان التشريعات العربية قد أخدت بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا ما إستقر عليه التشريع الجزائري بالنص عليه صراحة.

---

[1] علي علي سليمان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط6،(الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية،2005)، ص166.

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص75.

[3] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 165،166.

المبحث الثاني: الإطار المفاهيمي للتعويض في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

لقد جاء التعويض لجبر الضرر الذي يصيب المضرور، ومن ثمة فإن هناك من يعترف بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الشخص، ومنها التعويض عن الضرر المعنوي، وهناك من يرفض فكرة التعويض ويقتصرها فقط على الأضرار المادية.

لذلك يتم في هذا المبحث دراسة الإطار المفاهيمي للتعويض من الناحية الفقهية والقانونية، وذلك من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

في المطلب الأول مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، أما في المطلب الثاني سيكون لدراسة موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي.

المطلب الأول: مفهوم التعويض في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري

لحصر مفهوم التعويض يجب تحديد مفهومه في الفقه الإسلامي وذلك في الفرع الأول ثم مفهومه في القانون المدني الجزائري وذلك في الفرعي الثاني.

الفرع الأول: مفهوم التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامي

في هذا الفرع يتم تعريف الضمان وبيان صوره ومشروعيته والحكمة منه.

أولا: تعريف الضمان (التعويض)

من أجل تعريف الضمان يجب تحديد ما المقصود به في اللغة ثم في الاصطلاح الفقهي.

1/معنى التعويض في اللغة

جاء تعريف التعويض في المعجم اللغوي لسان العرب بأنه: العوض بمعنى البدل والخلف والجمع أعواض عاضه منه وبه، والعوض: مصدر قولك عاضه وعوض وعاضا ومعوضه.[1]

إن التعويض في اللغة يكمن في البدل والخلف، الذي يعطى للشخص أي المقابل الذي يعطى له، من أجل جبر وتخفيف آلامه.

2/معنى التعويض في مصطلح الفقهاء

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون في اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمين.

فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني ويطلق الضمان عندهم بمعنيين:

- الضمان بمعنى الكفالة .
- الضمان بمعنى التعويض و هذا المعنى ما سيتم تناوله فيما يلي:[2]

أ-تعريف الضمان بمعنى التعويض:

لقد عرف الفقهاء الضمان بعدة تعريفات منها :حيث عرفه الإمام الغزالي بأنه: «واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة".[3]

---

[1] جمال الدين ابن منظور، مرجع سابق، ص 55، (مادة عوض).

[2] أسامة السيد عبد السميع، مرجع سابق، ص216.

[3] أبي حامد الغزالي، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء1، د.ط،(بيروت، دار المعرفة، 1979)، ص208.

أما الفقهاء المحدثين فقد تطرقوا إلى تعريف الضمان بأنه:الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.[1]

حيث عرفه الشيخ علي الخفيف بأنه:

"شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداءه شرعا عند تحقق شرط أدائه."[2]

كما عرفه أيضا الإمام محمود شلتوت على أنه :"أن تضمين الإنسان عبارة عن الحكم عليه بتعويضه الضرر الذي اصاب الغير من جهته".[3]

نستنتج من تعريف الفقهاء أن الضمان (التعويض) هو عبارة عن ما يعطى للمضرور من مقابل، من أجل جبر التلف أو الضرر الذي أصابه من الغير.

ب/ خصائص الضمان في الفقه الإسلامي

إن أهم خاصية يتميز بها الضمان في الفقه الإسلامي عن غيره من الأنظمة الأخرى، أنه يأخذ بمبدأ "الضمان الفردي" أي أن كل شخص يضمن فعله الشخصي، ولا يضمن فعل غيره.[4]

---

(1) زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص 26.

[2]علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، د.ط،(د.ب.ن، المطبعة الفنية الحديثة،1971)، ص5.

[3]محمود شلتوت، مرجع سابق، ص392.

[4]أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط1، (عمان، دار الثقافة، 2006)، ص260.

والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾.[1]

كذلك يترتب على مبدأ "الضمان الفردي" أنه عند تعدد مرتكبي الفعل الضار، فلا يضمن كل فاعل إلا بقدر الضرر الذي أحدثه.

ثانيا: صور الضمان في الفقه الإسلامي

تتمثل أهم صور الضمان في الفقه الإسلامي في: الدية، الأرش، حكومة العدل، نتطرق إليها كما يلي:[2]

- الدية

لقد عرف فقهاء الدية بقولهم :

عرفها الحنفية بأنها:

هي اسم للمال الذي هو بدل النفس وهي اسم لضمان يجب بمقابلة الأدمي أو طرف منه.

وعرفها المالكية بأنها: مال يجب بقتل أدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرا شرعا بإجتهاد، وقيل هي ما تعطى عوضا عن دم القتيل إلى وليه.

وعرفها الحنابلة بأنها: المال المؤدى إلى المجني عليه أو وليه بسبب جناية.

أما الشافعية عرفوها بانها: المال الواجب بالجناية على النفس أو فيما دونها[3].

---

[1] سورة فاطر، الأية 18.

[2] أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص260.

[3] زكي زكي حسين زيدان، مرجع، سابق، ص24.

وقد ذكرت الديه في القران الكريم بقوله تعالى:

﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ ﴾.[1]"

كما أن الدية لم ترم إلى اصلاح كامل الضرر الناتج عن ذلك، وانها معتبرة كمقابل للنفس أو للطرف، أو كتعبير أعم كثمن لدم المهدور، أو العضو التالف فالدية كما جاءت بها الشريعة لا تعوض إذن إلا الضرر المعنوي.[2]

كما عرف بعض الفقهاء المعاصرين الدية بأنها:

-هي ما يعطى لورثة المقتول عوضا عن دمه أوعن حقهم فيه.

-أوهي القصاص المعنوي أو هي مقادير من الأموال تجب تعويضا للمجني عليه أو ولي الدم عما نزل به من أذى .

-أو هي مال قدره الشارع عوضا عن النفس أو طرف[3].

-الأرش

الأرش لغة يطلق على الدية وعلى الخدش كما يطلق على الرشوة.

والأرش في الشرع هو المال الواجب فيما دون النفس، وقد يطلق على بدل النفس وحكومة العدل وهو نوعان:أحدهما مقدرا حدده الشرع وهو الذي يرد دائما على ألسنة الفقهاء والثاني متروك لسلطة التقديرية للقاضي وفق قواعد معينة ويسمى حكومة العدل(السلطة).[4]

---

[1]سورة النساء، الأية92 .

[2]محمد فتح الله النشار، مرجع سابق، ص171،172

[3]زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص25.

[4]أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص261.

-حكومة العدل

وهي عوض متروك تقديره للقاضي في كل حالة على حدى[1].

ثالثا: مشروعية التعويض والحكمة منه

1/مشروعية التعويض

إن التعويض يقوم في الشريعة الإسلامية على فكرة موضوعية قوامها تعويض الضرر بعوض يساويه لا أكثر ولا أقل، إذ التعويض يقوم اساس إزالة الضرر برد الحالة إلى ما كانت عليهقبل وقوع الضرر.[2]

والأدلة على مشروعية التعويض كثيرة سواء من القرآن أو السنة النبوية.

أ/من القرآن الكريم

قال تعالى "﴿ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ ﴾"[3].

وقال تعالى "﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ ﴾.[4]

وقال أيضا : ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ ﴾ [5].

وقال أيضا:﴿ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ ﴾ [6]

نستنتج من خلال هذه الآيات أن من قتل أو تعدى على أخيه أو أتلف مال غيره يكون ضامنا للضرر الذي لحق بغيره.

---

[1] أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص261.

[2] زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص 27.

[3] سورة النساء، الأية 92.

[4] سورة النحل ، الآية 126.

[5] سورة الشورى، الآية 40.

[6] سورة البقرة ، الآية 194.

ب/من السنة النبوية

لقد كان حديث الرسول "ﷺ ""لاضرر ولاضرار" بمثابة القاعدة الكلية التي تحكم الضمان، وقد اشتق منها الفقهاء والمجتهدون العديد من القواعد مثل :

"الضرر يزال "، الضرر يدفع بقدر الإمكان.[1]"

حيث وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية التعويض منها:

*حيث جاء في ضمان المال المتلف ما رواه انس رضي الله عنه أن النبي "ص" :" كان عند بعض نساءه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي "ص" في بيتها يد الخادم، فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي "ص" فلق الصحفة ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة، ويقول: غارت أمكم، ثم حبس الخادم ،حتى أتى بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلى التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت فيه".

–وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما رأيت صانعة طعاما مثل صفية، صنعت لرسول الله "ص" طعاما فبعثت به، فأخذني أفكل، فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟

قال: "طعام بطعام وإناء بإناء".[2]

(1)أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص259.

[2] راه ابن داوود.

ج/ من الإجماع

لقد أجمع اهل العلم على أن الدماء والأموال مصونة في الشرع، وأنه لا يحل دم المسلم وماله إلا بحق، وإن مبدأ التعويض هو جبر لضرر وقمع للعدوان وزجر للمعتدين .

وإن كل مباشرا لضرر يكون مسؤولا وإن لم يكن مخطأ، وفي هذه تقول القاعدة الفقهية" أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد[1]".

هذه الآيات والأحاديث والقواعد تدل على مشروعية الضمان وذلك من أجل صيانة مصالح العباد.

2/الحكمة من مشروعية التعويض

إن القرآن الكريم قد حوى الكثير من الآيات، التي تأمر بالحفاظ على حرمة النفس والمال، وتأكد حق المضرور في جبر ما أصابه من ضرر[2].

ولهذا فإن من بين مقاصد الشريعة الإسلامية من الضمان، هو صون مال الأمة والمسلم وعرضه وقد قال "ص":" إن دمائكم و أموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا" .

كما أنه تأتي ايضا من حكمة مشروعية تعويض المصلحة الاجتماعية، وتظهر من قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه :"بقطع أيدي الغلمان الذين انتحروا ناقة، وتغريم سيدهم نصف ثمنها".[3]

---

[1]زكي زكي حسين زيدان، مرجع سابق، ص44،45.

[2]أمجد محمد منصور، مرجع سابق، ص209.

[3]عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1،(الجزائر، دار الخلدونية،2007)، ص40.

والتعويض في الشريعة الإسلامية يقوم على مبدأ تحريم أكل أموال الناس بالباطل، حيث أن إيجاب التعويض من غير مبرر شرعي له يعد من ذلك القبيل، والأصل أن الأموال محظورة إلا بنص.[1]

نستنتج أن الشريعة الإسلامية جاءت من أجل حفظ الكليات الخمسة حيث وضعت حدودا وزواجر من أجل الحفاظ عليها، وأوجبت الضمان على من يتعداها، وذلك من أجل جبر الضرر الذي قد يلحق بالشخص.

الفرع الثاني: مفهوم التعويض في القانون المدني الجزائري

تعتبر المادة 124[2] من القانون المدني الجزائري القاعة العامة في المسؤولية التقصيرية،[3] فإذا توفرت أركان المسؤولية استحق الشخص المضرور تعويضا عن الضرر الذي أصابه.[4]

لذلك سيكون هذا الفرع مخصصا لدراسة مفهوم التعويض في القانون المدني الجزائري من خلال تعريفه (أولا) وبيان طرق التعويض (ثانيا).

---

[1] عبداالهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص40،41.

[2] تنص المادة124 على أنه :"كل فعل"أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[3] مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، د. ط،(الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة،2015)، ص77.

[4] نبيل إبراهيم سعيد، محمد حسين منصور، مبادئ القانون المدخل إلى القانون، نظرية الالتزامات، دط، (بيروت، دار النهضة العربية، 1990)، ص315.

أولا: تعريف التعويض في القانون المدني الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري التعويض في القانون المدني الجزائري، وإنما اكتف بالنص على السلطة المختصة في تقديره وبيان طرقه فيه، كما أنه لم يعرفه في قانون الأسرة أيضا.

ويمكن القول بأنه التعويض هو جبر الضرر الذي قد يصيب الشخص المضرور من غيره.

ثانيا: بيان طرق التعويض في القانون المدني الجزائري

هناك نوعان من التعويض اعتمد عليهما المشرع الجزائري: التعويض العيني والتعويض بمقابل، وهذا الأخير يتفرع إلى تعويض نقدي وتعويض غير نقدي.

1/ التعويض العيني(التنفيد العيني)

يعد التعويض العيني افضل طرق التعويض، إذا يؤذي إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه[1]، ويقع هذا كثيرا في الالتزامات العقدية، والقاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين[2] .

وهذا النوع من التعويض يعتبر اصلا في الضرر المالي ،سواء في الشريعة الإسلامية[3] أو في القانون الوضعي، ولكن السؤال الذي يثار هنا : هل يمكن تطبيق التعويض العيني على الضرر المعنوي؟

---

[1] المادة132ق م ج " يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور بأن يأمر بإعادة الحالة إلى ماكنت عليه".

[2] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص61،62.

[3] مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في االمسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، ط1،(لبنان، دار الحداثة ،1985)، ص61،62.

من غير الممكن إزالة الضرر المعنوي كليا، لذلك فإن مجال هذا التعويض بالنسبة إلى هذا النوع من الضرر ضيق، لذلك يمن القول بأن مجاله غالبا ما يكون في الأضرار التي تقع نتيجة التعسف في استعمال الحق، وذلك عن طريقين هما:

-قطع السبب المولد للضرر.

-الحكم بابطال التصرف التعسفي.[1]

وفي هذه الحالة ان على القاضي الالتجاء الى التعويض النقدي .

2/ التعويض بمقابل

إن الأصل في هذا التعويض، أن يكون مبلغا من المال بدفع دفعة واحدة للمضرور، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره، فيجوز للقاضي أن يجعله على أقساط تدفع للمضرور، كما يجوز إرادا مرتبا، كما في حالة إصابة عامل أفقدته الإصابة القدرة على العمل، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 132 من القا نون المدني الجزائري[2].

وهذا التعويض له صورتان:

*التعويض النقدي .

*التعويض غير النقدي.

---

[1]فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص79 .

[2]محمد صبري السعدي، ،شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية(العمل الغير المشروع، شبه العقود، والقانون)، الجزء2، ط 2،(الجزائر، دار الهدى، 2004)، ص158.

أ- التعويض النقدي

يقصد إدخال قيمة مالية جديدة، موازية للقيمة المالية التي فقدها المتضرر من ذمته، نتيجة لإخلال مدينه بتنفيذ التزامه.

ويعد التعويض النقدي هو الطريق الطبيعي لمحو الضرر أو تخفيفه، ولعل السبب يعود إلى ان النقود تمثل وسيلة لتبادل ووسيلة للتقويم، لذا ففي كل حالة يتعذر فيها الحكم بالتعويض العيني، ولم يكن هناك سبيل للحكم بالتعويض غير النقدي يتعين على المحكمة أن تحكم بالتعويض النقدي[1]، وهذا حسب نص المادة 2/132 من القانون المدني الجزائري، ويمكن القول أن التعويض بالمقابل له علاقة كبيرة بالتعويض عن الضرر المعنوي.

ب- التعويض غير النقدي

في حالة تعذر التنفيد العيني في المسؤولية التقصيرية، فلا يبقى أمامه إلا الحكم بالتعويض وليس لازما أن يكون التعويض مبلغا من النقود وإن كان هو الأمر الغالب [2]، كما في الدعاوى السب والقدف، إذ يجوز للقاضي أن يأمر، على سبيل التعويض بنشر الحكم الصادر بإدانة المدعى عليه في الصحف[3].

---

[1] صلال حسين علي الجبوري، مرجع سابق، ص 138، 139 .

[2] محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، دط ،(الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،1997)، ص126.

[3] منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، د، ط،(الإسكندرية، دار الفكر، الجامعي، 2002)، ص77.

ومجمل القول أن التعويض في القانون الجزائري المدني يخضع لسلطة القاضي، وهذا من خلال معرفة الظروف الملابسة ثم يقر كيفية التعويض عنها بحيث يكون هذا التعويض متكافأ مع الضرر .

نستنتج أن التعويض في الفقه الإسلامي والقانون المدني جاء لجبر وتخفيف آلام المتضرر من جراء ما لحقه من تعدا من الغير.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي(الأدبي)

لقد كان التعويض عن الضرر المعنوي معروفا منذ القدم، حيث كان التعويض عن الضرر المعنوي يشمل المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية و التقصيرية.

وقد انتقل هذا المبدأ إلى التشريعات الحديثة واصبح معمولا به.

لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يكون الأول لدراسة موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي.

والثاني لدراسة موقف القانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الضرر المعنوي(الأدبي)

لقد أثار التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي) جدلا كبيرا في الفقه الإسلامي، فهناك من يرفضه وهناك من يقر به.

لذلك يتم في هذا الفرع دراسة الموقف المعارض (أولا) والموقف المؤيد لفكرة التعويض عن الضرر المعنوي (ثانيا).

أولا: الرأي القائل بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

يرى أصحاب هذا الرأي بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي)، وذلك بحجة أنه غير قابل للتعويض[1]، ويصعب تقديره نقدا، كما ان التعويض عنه لا يمحو أثار تلك الأضرار، فهو لا يمحو الأحزان والآلام والأوجاع[2].

حيث نجد مجموعة من الفقهاء يقولون بعدم التعويض عن الأضرار المعنوية، ومن هؤلاء:

أبو حنيفة إذ يقول: أن الارش إنما يجب بما فات من منفعة أو جمال، ولما زال الأثر سقط الأرش.

-كما استدل ابن حزم بان القصاص هو ما قضت به السنة ولا وجه للعدول عنه إلى أمر أخر .[3]

---

[1]مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الإلتزام، ط1، (د.ب.ن، د.ت)، ص600.

[2]كريمة عباشي، الضرر في المجال الطبي، (رسالة ماجيستير في القانون، قسم قانون المسؤولية المهنية،، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2011)، ص27.

[3] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص51،52.

-وأما الشيخ الخفيف فقد استدل بأن الضمان يجب بالمثل، أو المساواة المالية، ولا للمماثلة بالمساس بالعرض والتعويض بالمال، وإذا أعطي مال في غير مقابله مال ،كان هذا من أكل أموال الناس بالباطل المحظور [1] لقوله تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾ [2] إن النقد الذي يمكن أن يوجه إلى هذا الرأي هو كيف يشك في رحمة الشريعة الإسلامية بعبادها.

ثانيا: الرأي القائل بجواز التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي

يرى أصحاب هذا الرأي أنه يمكن التعويض عن الضرر المعنوي، وهذا باعتباره كالضرر المادي، إذ لا يثير أية صعوبة من حيث المبدأ، فهو قابل للتعويض شأنه شأن الضرر المادي متى توافرت شروطه، ومن ثمة يجب أن يعوض عنه تعويضا نقديا، طالما كان هذا الضرر مشروعا.[3]

حيث نجد أن بعض الفقهاء قد قالوا بجواز التعويض عن الضرر المعنوي وأكدوا ذلك من خلال أقوالهم: -أن من شج رجلا فلتحمت لم يبقى لها أثر يجب عليه أرش الألم، وهو حكومة عدل عند أبي يوسف، وحجته في ذلك أن الشين إن زال فالألم الحاصل لم يزل فيجب تقويمه.-كما يرى بعض الشافعية أن اليد الشلاء يجوز أن تزيد حكومتها على أصبع دون يد صحيحة، فإن التحم الجرح ولم يبق شين ففيه التعزير على أحدا الوجهين، بينما ذهب المالكية إلى عدم القصاص في اليد الشلاء، بالصحيحة وفي اللسان الأبكم بالناطق لعدم وجود النفع أصلا، وإنما يلزم حكومة العدل.[4]

---

[1] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص51،52.

[2] سورة النساء، الأية 29.

[3] كريمة عباشي، مرجع سابق، ص27.

[4] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص54،55.

وقد استدل أصحاب هدا الرأي بالاتي:

أن الرسول (ص)"عزر رجلا قال لغيره يامخنث".

وقوله (ص)"من كانت له مظلمة، لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم".[1]

إن إقرار هذا الرأي بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية، دليل على السمات التي جاءت بها من عدالة و إنصاف والسعي على الحفاظ على حقوق الأفراد، ومن ثمة إعطاء لكل ذي حق حقه.

الفرع الثاني: موقف القانون المدني من التعويض عن الضرر المعنوي

في هذا الفرع يتم دراسة موقف القانون المدني الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي، قبل تعديل القانون المدني الجزائري وبعد تعديله.

أولا: موقف القانون المدني من التعويض عن الضرر المعنوي قبل التعديل

لقد جاء القانون المدني الصادر سنة 1975، خاليا من أي نص يؤكد صراحة مبدأ جواز التعويض عن الضرر المعنوي، فهل هذا دليل قاطع على أن المشرع الجزائري لم يعترف بالضرر المعنوي؟

يرى البعض ان المشرع الجزائري لم يعترف بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، مستندين في ذلك إلى عدة مبررات منها:

1. أن رفض مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، يرجع إلى كون أن المشرع الجزائري يتبنى النظام الاشتراكي، الذي يأخذ به الاتحاد السوفياتي و الصين الشعبية، وهما لا يقران بهذا المبدأ.[2]

---

[1] رواه ابن ماجه.

[2] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 166.

2.كون المشرع يأخذ بالرأي الغالب في الشريعة الإسلامية الذي يرى أنها ترفض التعويض عن هذا الضرر[1].

3.إن الإحالة الواردة في المادة 131 من القانون الجزائري والتي تحيل على المادة 182 من نفس القانون حيث تنص على أنه "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب ،طبقا لأحكام المادة 182، مع مراعاة الظروف الملابسة أما المادة 182 السابق الذكر فتنص على أنه : « إن لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب.[2] »

لكن لوقلنا أن المشرع الجزائري يرفض مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي لا وقعنا في تناقض حيث نجده نص عليه في عدة قوانين متفرقة منها:

- نص المادة الثالثة الفقرة الرابعة من القانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه : « تقبل دعوى المسؤولية على كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية». كذلك نجد نص المادة 531 مكرر من نفس القانون:« منحت للمحكوم عليه المصرح ببراءته، بموجب هذا الباب أو لذوي حقوقه تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي تسبب فيه حكم الإدانة».[3]

---

[1] علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 166.

[2] المادتين 131و182 من الأمر75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .

[3] الأمر رقم66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية .

كما نصت المادة الثامنة من قانون العمل الجزائري الصادر سنة 1978 على أنه: "يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله من كل أشكال الإهانة والقدف والتهديد والضغط، أو محاولة حمله على التشيع والتبعية، كما يضمن له التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق به".[1]

كما أن المادة 124 قانون مدني جزائري الصادر سنة 1795[2]و التي تقابلها المادة 1382 قانون مدني فرنسي جاءت عامة، فلفظ الضرر لفظ عام بمعنى أنه يشمل كل أنواع الضرر، وقد قرر الفقه والقضاء الفرنسي التعويض عن الضرر الأدبي (المعنوي) من عموم نص هذه المادة.[3]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ 9 يونيو1984، نجد أن المشرع قد نص على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب على فسخ الخطبة في المادة الخامسة منه[4]، ان المشرع الجزائري قصر بسكوته عن عدم النص بصراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة حتى وإن كان قد نص عليه في عدة قوانين .

يمكن القول ان المشرع الجزائري يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي رغم عدم النص عليه صراحة.

---

[1] القانون رقم 78-12 المؤرخ في 5أوث1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل.

[2] المادة 124 تنص على أنه: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

[3] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 77.

[4] القانون رقم 84-11المؤرخ في9جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي بعد التعديل

لقد استدرك المشرع الجزائري الفراغ الموجود في القانون المدني القديم حول النص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ومن خلال تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 فأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وذلك من خلال نصه في المادة 182 مكرر على أنه :« يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة».[1]

نستنتج أن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، بالنص عليه صراحة في المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، وأصبح شانه شأن الضرر المادي تماما.

يمكن القول أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي قائم وموجود في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، وأنه يهدف الى التخفيف وجبر ألام المضرور.

[1] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005.

المبحث الثاني:انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي

إن انحلال الرابطة الزوجية ليس حكرا على الزوج فقط لأنها تنحل أيضا بغير إرادته، فالزوجة أيضا لها حق طلب الطلاق عند سوء الحياة و استحالة إستمرارها، ويكون ذلك باللجوء إلى الخلع وتطليق .

لذلك سنتناول هذا المبحث الطرق التي تلجأ إليها الزوجة في فك الرابطة الزوجية ،فنتعرض في المطلب الأول إلى مفهوم التطليق و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي الوارد حوله، أما المطلب الثاني سيكون مخصصا لدراسة مفهوم الخلع و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي حوله .

المطلب1: مفهوم التطليق و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي الواردة حوله

إن الأضرار التي تلحق بالزوجة من طرف زوجها [1]ترخص لها الحق في طلب التطليق من القاضي، وهذا حسب نص المادة 53 ق.أ.ج .

لذلك نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف التطليق في الفرع الأول ثم نتعرض في الفرع الثاني لدراسة التطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي .

الفرع الأول :تعريف التطليق

لتعريف التطليق يجب تعريفه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية (أولا) ثم ذكر أسبابه وأثاره (ثانيا).

[1]محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، ط1،(الإسكندرية، دار السلام، 2006)، ص52.

أولا:تعريف التطليق لغة وإصطلاحا

1/التعريف اللغوي

التطليق لغة: من الفعل طلق أي ترك [1] فا لترك هنا يدل على انحلال الرابطة بين الزوجين.

2/اصطلاحا

يكمن في إظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها و بين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 ق.أ.ج.

ثانيا: أسباب التطليق و أثاره

1/أسباب التطليق

نصت المادة 53 ق.أ.ج على الأسباب التي تجوز للزوجة أن تطلب التطليق و هي:

*عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و 80 من هذا القانون.

من خلال هذه الفقرة يتضح لنا أنه حتى يكون للزوجة الحق في طلب التطليق لابد أن تتوفر ثلاثة شروط و هي:

-امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا و قصدا بعد صدور الحكم من المحكمة يلزمه بذلك.

-ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره.

-ألا تكون عالمة بإعساره و فقره وقت الزواج.

---

[1] جمال الدين ابن منظور، مرجع سابق، ص606.

*العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

العيب هو ذلك النقص البدني أو العقلي، أو هو مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين، فيسبب ضيقا للزوج الأخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة و مقاصد الزواج[1].

*الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر

بحيث يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الهجر في المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة و أن يكون هذا الهجر عمديا.

*الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، فمثلا و لو ارتكب الزوج جريمة منافية للأخلاق و تمس بشرف و حكم عليه فيها جاز للزوجة طلب التطليق.

*الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

في حالة غياب الزوج لمدة أكثر من سنة و بدون مبرر، و لم يترك لهاما تنفقه على نفسها و أولادها فإنه يجوز لها طلب التطليق.

*مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8أعلاه

إن مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من ق.أ.ج، و المتمثلة في موافقة الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة مع وجود المبرر الشرعي و نية العدل، ففي حالة انعدام أحد هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق .

[1] اليزيد عيسات بلمامي، التطليق بطلب من الزوجة في قامون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا، (رسالة ماجستير في القانون، قسم العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003)، ص71.

*ارتكاب فاحشة مبينة

ففي حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله.. جاز للزوجة أن تطلب التطليق.

*الشقاق المستمر بين الزوجين

ففي حالة استمرار الشقاق بين الزوجين و أصبحت الحياة الزوجية صعبة الاستمرار و بعد فشل الإصلاح بينهما فإن القاضي يحكم بالتطليق، و هذا حسب نص المادة 56 ق. أ.ج حيث تنص على انه:"يمكن للقاضي إذا عجز عن الإصلاح و أشتد الخصام و لم يثبت الضرر أن يلجأ إلى تعين حكمين من أهل الزوجة و حكم من أهل الزوج و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

*مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إذا تم الاتفاق بين الزوجين في عقد الزواج على شروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري كشرط عدم التعدد أو عمل المرأة و هذا طبقا للمادة 19 ق.أ.ج، أو الاتفاق على الجانب المالي أو حول الأمور المكتسبة و فقا للمادة 37 ق. أ. ج، فإذا تمت مخالفة هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق.

*كل ضرر معتبر شرعا

هذه الفقرة جاءت عامة بحيث لم تحدد أي ضرر، فهي بذلك تشمل جميع الأضرار سواء مادية أو معنوية.

من خلال تحليل المادة السالفة الذكر نجد أن التطليق يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج و القاضي يفرق بينهما طبقا لقواعد العدالة و الإنصاف[1].

[1] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الأسرة في القانون الجزائري، ط2، (الجزائر، دار هومة، 2006)، ص96.

كما يمكن القول بأن المشرع من خلال هذه المادة يهدف إلى حماية المرأة من كل الأضرار التي قد تتعرض لها، مع حقها في التعويض إذا تبين أن الزوج قد ألحق بها ضررا.

2/أثار التطليق

إن التطليق لا يكون إلا بحكم قضائي، و هو طلاق بائن بينونة صغرى فلا يستطيع الزوج مراجعة زوجته و لو كانت في العدة، لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدها بالتطليق و لا يجوز له مراجعتها إلا بعقد جديد.[1]

الفرع الثاني: تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن التطليق

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلا بعد صدور الأمر 05-02 المعدل و المتمم لقانون الأسرة، حيث نص في المادة 53 مكرر منه على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2].

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1996/4/23أنه: من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على و جود ضررا معتبرا شرعا، حيث أن القضية تتعلق بتأخر الزوج في الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات[3].

فهذا الضرر يعتبر ضررا معنويا أصاب الزوجة، ومن ثمة فإنه يجوز لها أن تطالب بالتعويض عما أصابها من هذا الضرر.

---

[1] نسرين شريقي، كمال بوفرورة ، قانون الأسرة الجزائري، ط1، (الجزائر، دار بلقيس للنشر،2013)، ص93.

[2] المادة 53 مكرر ق.أ.ج.

كما قضت المحكمة العليا في قرار أخر صادر في1999/03/16 أنه: من المقرر قانونا أنه من المقرر أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ولما ثبت من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة.

و عليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن[1].

إن التطليق يملكه القاضي ولكن بطلب من الزوجة وحدها، فتأخر دخول الزوج بزوجته يسبب لها ضررا معنويا يمكن التعويض عنه، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الضرر[2].

المطلب الثاني: الخلع و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي

لقد أقرت الشريعة الإسلامية الخلع و جعلته أحد الطرق التي تطلب بها الزوجة فك الرابطة الزوجية، و هذا بسبب كراهة زوجها و استحالة العيش معه، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول لدراسة مفهوم الخلع و الفرع الثاني لدراسة تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي الواردة عليه .

الفرع الأول: مفهوم الخلع

في هذا الفرع نتعرض لمفهوم الخلع و ذلك بتعريفه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية و بيان طبيعته(أولا) ثم دليل مشروعيته و أثاره (ثانيا).

---

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216865، المجلة القضائية،2001، عدد خاص، ص256.

[2] أكرم ياغي، قوانين الاحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية، ط2،(د.ب.ن، منشورات زين الحقوقية، د.ت.ن)، ص209.

الفصل الثاني: صور حل الرابطة الزوجية وكيفية التعويض عنها

إن الزواج معروف منذ وجود أدم وحواء مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا ﴾[1].

فالزواج له أسس وأهداف كبناء أسرة على المودة والرحمة و التعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب،[2]فكل هذه الأهداف تساعد على إستمرار الأسرة، واذا انعدمت فإن هذه الاسرة تتشتت، و يصبح الحل الوحيد أمامها هو الطلاق.

المبحث الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي

يقصد بانحلال الزواج أو الفرقة الزوجية انتهاء عقد الزواج، لسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه وهذا بمقتضى نص المادتين 47 و48 من قانون الأسرة الجزائري، لذلك فإن الرابطة الزوجية تنحل بالوفاة أو الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في القانون.

لذلك يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

الأول نتعرض فيه إلى انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج، والمطلب الثاني نتعرض فيه إلى تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي حول الطلاق التعسفي.

---

[1] سورة الروم ص21 .

[2] المادة 4 من القانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج

لقد شرع الله عز وجل الطلاق بين الزوجين وهذا في حالة استحالة العيش مع بعضهما بسبب النزاعات المستمرة والدائمة بينهما، مما تؤثر على نفسية الأسرة وخاصة الأولاد.

والسؤال الذي يثار هو: ماذا لو تعسف الزوج في استعمال هذا الحق؟.

لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول لدراسة مفهوم الطلاق، أما الفرع الثاني سيكون لدراسة مفهوم الطلاق التعسفي.

الفرع الأول : مفهوم الطلاق

من خلال هذا الفرع سنتعرض إلى مفهوم الطلاق من خلال:

أولا: تعريف الطلاق

لحصر مفهوم الطلاق يجب التعريف به من الناحية اللغوية و الاصطلاحية وبيان مشروعيته والحكمة من جعله بيد الزوج.

1/ تعريف الطلاق لغة واصطلاحا

أ-لغة

الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال والتخلية والحل[1].

إن تعريف اللغوي يحصر كلمة الطلاق في أنه التخلص من القيود والروابط.

[1] جمال الدين ابن منظور، مرجع سابق، ص606،608.

ب-اصطلاحا

-التعريف الفقهي

يعرف الفقهاء الطلاق بعدة تعريفات:

تعريف المالكية :

عرفه محمد بن عبد الرحمن المغزلي بأنه:

"صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته"[1].

تعريف الحنفية:

عرفه محمد بن عبد الواحد بأنه:" رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص"[2].

تعريف الحنابلة: عرفه أحمد بن قدامة: وهو حل قيد النكاح أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات، أو بعضها أو تحريم بعد تحليل[3] .

تعريف الشافعية:

عرفه الإمام النوري بأنه: تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح[4].

ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن الفقهاء يتفقون في تعريف الطلاق بأنه: رفع قيد النكاح وحله .

---

[1]محمد بن عبد الرحمان المغزلي، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، الجزء4،(بيروت، دار الفكر الثانية، د.ت)، ص28.

[2]محمد بن عبد الواحد الشهير بالكمال همام، شرح فتح القدير على الهداية، الجزء الثالث، ط2، (بيروت، دار إحياء التراب، د.ت)، ص463.

[3]أحمد بن قدامة، الشرح الكبير على متن المقنع، د.ط، (بيروت، دار الكتب العلمية، د.ت)، ص233.

[4]يحي بن شرف النووي، شرح المنهاج، الجزء 3، ط2،(د.ب.ن، دار الحديث، د.ت)، ص323

التعريف القانوني

لقد نص قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 أن الطلاق في الباب الثاني انحلال الزواج، حيث نص في المادة 47 منه " تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة." على أنه :

كما نص في المادة 48 من نفس القانون على أنه:" ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و54 من هذا القانون".

وعليه فإن تعريف الطلاق في قانون الأسرة الجزائري يتشابه مع تعريف الفقهاء،.

ثانيا- مشروعية الطلاق والحكمة منه

1/مشروعية الطلاق

الطلاق مشروع في القران الكريم والسنة النبوية والإجماع.

-من القرآن الكريم

وردت عدة آيات تدل على جواز الطلاق منها:

قوله تعالى:﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ ﴾ [1].

[1]سورة البقرة، الأية 236 .

ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة أن الله يرفع الحرج على المطلق قبل البناء والجماع، سواء فرض مهرا أم لم يفرض، فلو كان الطلاق حراما لما رفع الشارع عن فاعلية الجناح أي الإثم [1].

وقوله أيضا: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾.[2]

يقال إن سبب نزول هذه الآية أن رسول الله "ص" طلق زوجته حفصة رضي الله عنها، فأنزل الله تعال هذه الآية، وقيل له راجعها فإنها صوامة قوامة وهي من إحدى ازواجك و نسائك في الجنة.[3]

وقال أيضا: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾ [4].

- وقد بينت هذه الآية عدد الطلاق الذي يجوز ايقاعه.

من السنة

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: أنه طلق زوجته وهي حائض، في عهد الرسول "ص" فسأل عمر بن الخطاب الرسول "ص" عن ذلك فقال: مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق [5].

---

[1] بلقاسم شتوان، الطلاق في الفقه الإسلامي، د.ط،(الجزائر، دار الفجر لطباعة، والنشر، 2009)، ص58.

[2] سورة الطلاق، الآية 1.

[3] بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص58.

[4] سورة البقرة، الآية 229.

[5] صحيح البخاري.

-عن ابن عمر رضي الله عنهما قال:" قال رسول الله(ص) " أبغض الحلال إلى الله الطلاق". [1]

فوجه الدلالة أن الحديث يدل على مشروعية الطلاق، إلا أنه من أبغض الحلال عند الله.

الإجماع

لقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول ﷺ حتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر[2].

2/-الحكمة من الطلاق

نظام الطلاق في الشريعة الإسلامية من محاسنها، ومن دلائل واقعيتها وعدم إغفالها مصالح الناس في مختلف ظروفهم وأحوالهم[3].

والحكمة من تشريع الطلاق هي الحاجة إلى الخلاص من تباين الخلاف وطرد البغضاء الموجبة الى عدم اقامة حدود الله تعالى، فالطلاق علاج حاسم وحل نهائي أخير لما استعصى على الزوجين واهل الخير والحكمين[4]. وأيضا قد يكون العقم وعدم النسل بسبب من الرجل، و المرأة قد تتطلع إلى الذرية والنسل فتطلب من زوجها أن يطلقها على عوض(بالخلع)، أو بدون عوض لتجرب حضها فتحقق[5]

---

[1] سنن أبي داود.

[2]عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له، ط1،(الجزائر، دار الخلدونية، 2007)، ص214.

[3]نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د.ط،(الجزائر، دارالهدى، 2006)، ص114.

[4]عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص215.

[5]نبيل صقر، مرجع سابق، ص 115.

أمنيتها مع زوج أخر، فيكون الطلاق في هذه الحالة هو الحل المقبول المحقق للمصلحة[1].

ثالثا- الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل

يجب أن يكون حل الرابطة الزوجية في يد من يقدر العواقب ويزن الأمور بالعقل والتروي[2].

فالشرع جعل الطلاق إلى الزوج ليتأهل ويتفكر ويستعمل عقله في هذا،[3] ولعل هذا يرجع إلى سببين:

-أن المرأة أعدت لوظيفة في الحياة غير ما أعد لها الرجل.

-أن هناك أثار وتبعات مالية تترتب على الطلاق ويتحملها الزوج، وهي كثيرة كحلول أجل المؤخر الصداق ووجوب نفقة العدة والمتعة لمن تجب لهن من المطلقات[4] .

الفرع الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

أولا: تعريف الطلاق التعسفي

1-**معنى كلمة التعسف:** التعسف في اللغة هو الأخذ على غير الطريق أو سلكها على غير قصد[5].

---

[1] نبيل صقر، مرجع سابق، ص 115.

[2] مصطفى عبد الغني شيبة، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية "الطلاق وأثاره" دراسة مقارنة، د.ط،(د.ب.ن، منشورات جامعة سبها،2006)، ص20.

[3] محمد كمال إمام، الطلاق عند المسلمين، دراسة فقهية وقانونية، د.ط، (الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية،1997)، ص 17 .

[4] مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص22.

[5] عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص122.

2/تعريف الطلاق التعسفي

وهو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص.

من خلال هذا التعريف نجد أن معنى الطلاق التعسفي هو مخالفة ومضادة قصد الشارع في إيقاع الطلاق[1].

ثانيا- معايير التعسف في الطلاق

لإعتبار الطلاق تعسفيا يجب أن تتوفر عدة شروط منها:

أ/معيار قصد الإضرار

يمنع استعمال الحق، ما لم يكن لصاحبه قصد سوى الإضرار بالغير، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار[2].

وذلك كأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصدا الإضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية، أو يطلقها في مرض موته قاصدا حرمانها من الميراث [3].

ب/ الموازنة بين النفع والضرر

توازن الشريعة بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق، والمفسدة التي تلتزم عنه، فإذا رجحت كفة الضرر منع الفعل، لأنه أصبح غير مشروع.[4]

---

[1]جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، د.ط، (عمان، دار الحامد، 2008)، ص123.

[2]رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1،(عمان، دار قنديل للنشر، 2010)، ص55.

[3]جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق التعسفي وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1(عمان، دار الحامد،2008)، ص201.

[4]رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص56.

ج/ معيار الضرر الفاحش

كأن يقوم الرجل بتطليق زوجته التي كان قد أقنعها بترك عملها، لأنه سيوفر لها العيش الكريم، فلم يمض على زواجهما سنة ويطلقها، ويكون الطلاق أكثر فحشا، خاصة إذا لم يكن لها معيل[1].

د/ معيار المصلحة المشروعة

شرع الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة الحياة بين الزوجين، ولم يشرع إلا لهذا المقصد و في ايقاعه لغير هذا المقصد يكون متناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق[2].

ثالثا- علاج الطلاق التعسفي

1-**بالنسبة للفقه الإسلامي:** إن العلاج الذي قدمه الشرع في حالة وقوع الطلاق تعسفا هي المتعة التي تعطى للمطلقة جبرا لخاطرها، مما حل بها من حزن وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج كحق له متعسفا فيه.[3]

2-**بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري**

لقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 52 منه على أنه: "إذا تبين للقاضي التعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

يمكن القول أن الطلاق مشروع بالكتاب والسنة ولكنه في نفس الوقت أبغض الحلال عند الله، فهو أخر العلاج بين الزوجين، أما إذا ثبت تعسف الزوج في طلاقه لزوجته فإنه ملزما بالتعويض.

---

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص56.

[2] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص202

[3] مبروك المصري، الطلاق وأثاره في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، (الجزائر، دار هومه، 2010)، ص233.

المطلب الثاني :تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي

تنص المادة 52 من القانون الجزائري على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[1].

وهذا تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق،[2] ومعنى هذه النظرية هو استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضررا.[3]

ونص المادة السابقة الذكر أعطى للقاضي السلطة تقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق، بأن لم يقدم المبررات التي دعته لطلب الطلاق[4].

فالقاضي يفحص الأمور و يبين دوافع الطلاق من خلال عرائض الطرفين ودفوعاتهما، كما أن القاضي ملزم بإجراء جلسات الصلح السرية لا يحضرها سوى طرفي الخصام، ويعتبر الصلح جوهريا بموجب المادة 49 ق.أ.ج.[5]

---

[1] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري .

[2] لحسين بن شيخ أت ملويا، المرشد في قانون الأسرة، د.ط،(الجزائر، دار هومة، 2014)، ص142.

[3] أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد2، ط1،(العقربية، دار إبن عفان،1997)، ص654.

[4] بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1،(الجزائر، دار الخلدونية،2008)، ص187.

[5] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، دراسة مقارنة،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بقايد، تلمسان، 2010)، ص167.

وقد ذهبت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بتاريخ 12/ 2006/07 أنه من المقرر تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم.[1]

ويرى كثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق.

والمتعة هي ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق، وهي مشروعة حيث قال تعالى: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ ﴾ [2] أما قانون الأسرة الجزائري فقد سكت ولم ينص على المتعة، وإنما نجده نص صراحة على التعويض على الطلاق التعسفي.

ويرى بعض الباحثين أن نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية تقابل نظام التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي[3].

ونستنتج أن المتعة والتعويض عبارة عن ما يعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق.

---

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 368660، م.ق،2005،عدد2، ص483.

[2] سورة البقرة، الأية 236.

[3] عبد الهادي بن زيطة ، مرجع سابق، ص159.

المبحث الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بغير إرادة الزوج وتطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي

إن انحلال الرابطة الزوجية ليس حكرا على الزوج فقط لأنها تنحل أيضا بغير إرادته، فالزوجة أيضا لها حق طلب الطلاق عند سوء الحياة و استحالة إستمرارها، ويكون ذلك باللجوء إلى الخلع وتطليق .

لذلك سنتناول هذا المبحث الطرق التي تلجأ إليها الزوجة في فك الرابطة الزوجية ،فنتعرض في المطلب الأول إلى مفهوم التطليق و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي الوارد حوله، أما المطلب الثاني سيكون مخصصا لدراسة مفهوم الخلع و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي حوله .

المطلب1: مفهوم التطليق و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي الواردة حوله

إن الأضرار التي تلحق بالزوجة من طرف زوجه [1]ترخص لها الحق في طلب التطليق من القاضي، وهذا حسب نص المادة 53 ق.أ.ج .

لذلك نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف التطليق في الفرع الأول ثم نتعرض في الفرع الثاني لدراسة التطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي .

الفرع الأول :تعريف التطليق

لتعريف التطليق يجب تعريفه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية (أولا) ثم ذكر أسبابه وأثاره (ثانيا

---

[1]محمد بلتاجي، دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، ط1،(الإسكندرية، دار السلام، 2006)، ص52.

أولا:تعريف التطليق لغة وإصطلاحا

1/التعريف اللغوي

التطليق لغة: من الفعل طلق أي ترك [1] فالترك هنا يدل على انحلال الرابطة بين الزوجين.

2/اصطلاحا

يكمن في إظهار رغبة الزوجة في حل الرابطة الزوجية القائمة بينها و بين زوجها لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 53 ق.أ.ج.

ثانيا: أسباب التطليق و أثاره

1/أسباب التطليق

نصت المادة 53 ق.أ.ج على الأسباب التي تجوز للزوجة أن تطلب التطليق و هي:

*عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78و79و 80 من هذا القانون.

من خلال هذه الفقرة يتضح لنا أنه حتى يكون للزوجة الحق في طلب التطليق لابد أن تتوفر ثلاثة شروط و هي:

-امتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا و قصدا بعد صدور الحكم من المحكمة يلزمه بذلك.

-ألا يكون امتناع الزوج عن النفقة بسبب عسره.

-ألا تكون عالمة بإعساره و فقره وقت الزواج.

---

[1] جمال الدين ابن منضور، مرجع سابق، ص606.

*العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

العيب هو ذلك النقص البدني أو العقلي، أو هو مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين، فيسبب ضيقا للزوج الأخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة و مقاصد الزواج[1].

*الهجرة في المضجع فوق أربعة أشهر

بحيث يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة الهجر في المضجع لمدة تزيد عن أربعة أشهر كاملة و أن يكون هذا الهجر عمديا.

*الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية، فمثلا و لو ارتكب الزوج جريمة منافية للأخلاق و تمس بشرف و حكم عليه فيها جاز للزوجة طلب التطليق.

*الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر و لا نفقة

في حالة غياب الزوج لمدة أكثر من سنة و بدون مبرر، و لم يترك لهاما تنفقه على نفسها و أولادها فإنه يجوز لها طلب التطليق.

*مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8أعلاه

إن مخالفة الأحكام الواردة في المادة الثامنة من ق.أ.ج، و المتمثلة في موافقة الزوجة السابقة و الزوجة اللاحقة مع وجود المبرر الشرعي و نية العدل، ففي حالة انعدام أحد هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق .

[1] اليزيد عيسات بلمامي،"التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالإجتهاد القضائي للمحكمة العليا،(رسالة ماجستير في القانون، قسم العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003)، ص71.

*ارتكاب فاحشة مبينة

ففي حالة ارتكاب الزوج فاحشة مبينة كالزنا أو الشرك بالله.. جاز للزوجة أن تطلب التطليق.

*الشقاق المستمر بين الزوجين

ففي حالة استمرار الشقاق بين الزوجين و أصبحت الحياة الزوجية صعبة الاستمرار و بعد فشل الإصلاح بينهما فإن القاضي يحكم بالتطليق، و هذا حسب نص المادة 56 ق. أ.ج حيث تنص على انه:"يمكن للقاضي إذا عجز عن الإصلاح و أشتد الخصام و لم يثبت الضرر أن يلجأ إلى تعين حكمين من أهل الزوجة و حكم من أهل الزوج و على هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

*مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

إذا تم الاتفاق بين الزوجين في عقد الزواج على شروط لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة الجزائري كشرط عدم التعدد أو عمل المرأة و هذا طبقا للمادة 19 ق.أ.ج، أو الاتفاق على الجانب المالي أو حول الأمور المكتسبة و فقا للمادة 37 ق. أ. ج، فإذا تمت مخالفة هذه الشروط جاز للزوجة طلب التطليق.

*كل ضرر معتبر شرعا

هذه الفقرة جاءت عامة بحيث لم تحدد أي ضرر، فهي بذلك تشمل جميع الأضرار سواء مادية أو معنوية.

من خلال تحليل المادة السالفة الذكر نجد أن التطليق يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج والقاضي يفرق بينهما طبقا لقواعد العدالة والإنصاف[1].

---

[1] لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمراة في قانون الأسرة في القانون الجزائري، ط2، (الجزائر، دار هومة، 2006)، ص96.

كما يمكن القول بأن المشرع من خلال هذه المادة يهدف إلى حماية المرأة من كل الأضرار التي قد تتعرض لها، مع حقها في التعويض إذا تبين أن الزوج قد ألحق بها ضررا.

2/أثار التطليق

إن التطليق لا يكون إلا بحكم قضائي، و هو طلاق بائن بينونة صغرى فلا يستطيع الزوج مراجعة زوجته و لو كانت في العدة، لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدها بالتطليق و لا يجوز له مراجعتها إلا بعقد جديد.[1]

الفرع الثاني: تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن التطليق

لم يتعرض المشرع الجزائري صراحة لمسألة التعويض في حالة التطليق إلا بعد صدور الأمر 05-02 المعدل و المتمم لقانون الأسرة، حيث نص في المادة 53 مكرر منه على أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"[2].

حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1996/4/23أنه: من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على و جود ضررا معتبرا شرعا، حيث أن القضية تتعلق بتأخر الزوج في الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات[3].

فهذا الضرر يعتبر ضررا معنويا يستوجب التعويض عنه.

---

[1] نسرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، ط1،(الجزائر، دار بلقيس للنشر،2013)، ص93.

[2] المادة 53 مكرر ق.أ.ج.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 23 /04 /1996، ملف رقم 135435، المجلة القضائية، 1988،الع

كما قضت المحكمة العليا في قرار أخر صادر في1999/03/16 أنه: من المقرر قانونا أنه من المقرر أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ولما ثبت من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة. و عليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن[1].

إن التطليق يملكه القاضي ولكن بطلب من الزوجة وحدها، فتأخر دخول الزوج بزوجته يسبب لها ضررا معنويا يمكن التعويض عنه، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في تقدير هذا الضرر[2].

المطلب الثاني: مفهوم الخلع و تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي

لقد أقرت الشريعة الإسلامية الخلع و جعلته أحد الطرق التي تطلب بها الزوجة فك الرابطة الزوجية، و هذا بسبب كراهة زوجها و استحالة العيش معه، لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول لدراسة مفهوم الخلع و الفرع الثاني لدراسة تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي الواردة عليه .

الفرع الأول: مفهوم الخلع

في هذا الفرع نتعرض لمفهوم الخلع و ذلك بتعريفه من الناحية اللغوية و الاصطلاحية و بيان طبيعته(أولا) ثم دليل مشروعيته و أثاره (ثانيا).

أولا: تعريف الخلع

1/ لغة و اصطلاحا

أ/ لغة

النزع والإزالة[1].

بمعنى أن الرابطة الزوجية التي بين الرجل و المرأة تزول وتنزع.

ب/اصطلاحا

التعريف الفقهي

عرفه الفقهاء بعدة تعريفات:

عند المالكية: الطلاق بعوض، سواء أكان من الزوجة أم من غيرها من ولي أو غيره، أو بلفظ الخلع، و هو دليل يدل على أن الخلع نوعان :

-**الأول:** و هو الغالب ما كان في نظير العوض .[2]

---

[1] جمال الدين ابن منضور، مرجع سابق، ص881.

[2] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص265،266.

– **الثاني:** ما وقع بلفظ الخلع، و لو لم يكن في نظير شيء، كأن يقول لها: خالعتك أو أنت مخالعة، و بعبارة أخرى هو: أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه، فتقع به طلقة بائنة.

فالخلع عند المالكية يشمل الفرقة بعوض أو بدون عوض[1].

عند الحنفية: أخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع[2].

وقال الشافعية: إنه فرقة بين الزوجين بعوض، كأن يقول الزوج لزوجته: طلقتك أو خالعتك، و قد عرفه البعض بأنه فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع.

والخلع في مفهوم الحنابلة: هو فراق الزوج امرأته بعوض و بألفاظ مخصوصة، تكون صريحة أو كناية، وفائدته تخليص الزوجة نفسها من الزوج، و يترتب عن الخلع أنه لا يتوقف على قضاء القاضي ويعتبر طلاقا بائنا يحتسب من عدد الطلقات، وفي إحدى الروايتين للإمام أحمد أنه فسخ فلا ينقص من عدد الطلقات.[3]

التعريف القانوني

لقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 54 منه 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 المثل وقت صدور الحكم".[4]

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص265،266.

[2] أحمد بن محمد أحمد كلليب،الأحوال الشخصية، الطلاق والخلع والضهار، ط1، (الأردن، دار النفائس، 2010)، ص131.

[3] العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، ط1،(الجزائر، مؤسسة كنوز الحكمة،2013)،ص147.

[4] المادة 54 المعدلة والمتممة بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول أن الخلع حق ثابت للمرأة، بحيث يتم دون موافقة الزوج و ذلك بمقابل مالي.

2/طبيعة الخلع

يرى جمهور الفقهاء أن الخلع رضائي يستوجب قبول الزوج، ويرى أخرون انه حق للزوجة لا يشترط فيه قبول الزوج[1].

أما قانون الأسرة الجزائري فقد ذهب إلى اعتبار الخلع طلاق بائن بينونة صغرى وصرح بوقوع الخلع دون رضا الزوج و هذا حسب نص المادة54 السالفة الذكر.

ثانيا: مشروعية الخلع وأثاره

1/مشروعية الخلع

أ/من القرآن الكريملقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦ﴾[2]" و هذه الآية صريحة في جواز الخلع و هو الافتداء بالمال.

ب/من السنة :فما روي عن إبن عباس رضي الله عنه :" أن جميلة بنت سلول إمرأة ثابث بن قيس أتت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت: و الله ما أعتب على ثابث في دين و لا خلق و لكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا ,فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم: أتردين عليه حديقته؟ فقالت: نعم، فأمر رسول الله صلى الله عليه و سلم ثابثا أن يأخد منها و لا يزداد[3].

---

[1]نسرين شريف، كمال بوفرورة، مرجع سابق،ص81.

[2]سورة البقرة، الأية 229.

[3]رواه ابن ماجة.

ج/من الإجماع فقد إ نعقد إجماع السلف و الخلف على جواز الخلع و مشروعيته.

د/من المعقول هو أن الطلاق في الأصل بيد الزوج، و لكن قد ترغب الزوجة من جانبها تخليص نفسها من هذه الرابطة و هي لا تملك ذلك، فتتفق مع زوجها على مبلغ من المال تدفعه إليه مقابل طلاقها، وهذا ما يسمى بالخلع.[1]

2/اثار الخلع:تترتب على الخلع عدة أثار منها:

-استحقاق الزوج بدل الخلع .

-وقوع طلقة بائنة.

-سقوط كل حق مالي ثابت لكل من الزوجين[2].

الفرع الثاني: تطبيقات التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن الخلع

لقد شرع للزوجة أن تفتدي نفسها من عصمة زوجها بعوض يخالعها به،[3]وهذا العوض هو ما كان مهرا، [4]لأن المرأة إذا كرهت زوجها وخشيت ألا تؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه[5].

---

[1]مصطفى عبد الغني شيبة، مرجع سابق، ص81.

[2]بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء 1،د.ط،(بيروت، دار النهضة العربية، د.ت)،ص405.

[3]أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي،(تعليق على النصوص)، د.ط،(مصر، دار الكتب القانونية،2006)،ص237.

[4]إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق، ط1،(د.ب.ن، دار الحامد،2009)،ص322.

[5]نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، د.ط،(عين مليلة، دار الهدى، 2003)،ص149.

فقد جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا الصادر بالتاريخ 1996/07/30 على أنه: من المقرر شرعا أن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقد رضائيا.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفك الرابطة الزوجية خلعا حفظ حق الزوج في التعويض[1].

فالخلع منصوص عليه في قانون الأسرة بنص المادة 54 منه، حيث أنه إذا حدث خلع فعلى الزوجة المخالعة إعطاء الزوج المخالع العوض، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرارها.

أما في حالة عدم إتفاق الزوجان على المقابل المالي للخلع، فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم وهذا حسب نص المادة 54 الفقرة الثانية.

نستنتج أن طرق حل الرابطة بغير إرادة الزوج تتمثل في التطليق والخلع، وهما حقان تلجأ إليهما الزوجة، وهذا في حالة استحالة الحياة بينها وبين زوجها مع إمكانية التعويض في حالة إثبات الضرر وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في ذلك.

[1] المحكمة العليا، غ.أ.ش،3 /1996/07، نقلا عن يوسف دلاندة ، قانون الأسرة،2002، ص52.

الخاتمة

في الختام يمكن القول أن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي أصبح من المبادئ المعترف بها فقها وقانونا، وأن الضرر المعنوي الذي قد يصيب الشخص يعطيه الحق في المطالبة بالتعويض.

وأهم النتائج و التوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث تتمثل فيما يأتي:

أولا: النتائج.

– سبق الشريعة الإسلامية لإزالة الضرر مهما كان نوعه، سواء كان ضرر ماديا أو معنويا، ومنها حديث الرسول ﷺ: "لا ضرر و لا ضرار ".

– إقرار المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، وذلك بالنص عليه صراحة من خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05– 10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، حيث نص عليه في المادة 182 مكرر على انه: <يشمل التعويض على الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة.>؛ فأصبح شأنه شأن الضرر المادي .

– إخضاع تقدير التعويض الذي يعطى للمضرور من حيث تحديد طبيعته، و درجته، وقيمته للسلطة التقديرية للقاضي .

– صور انحلال الرابطة الزوجية في القانون تخضع للإرادة طرفيه، إما لإرادة الزوج أو بغير إرادته.

– تقييد سلطة الزوج في إيقاع الطلاق بعدم التعسف في استعمال الحق، بالنص الصريح على امكانية فرض التعويض عن الضرر بمختلف صوره.

– إمكانية فرض التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن التطليق بعد توفر شروطه من طلب الزوجة المتضررة ، مع وجود أدلة إثباته.

ثانيا: التوصيات.

– التماس من المشرع الجزائري في حالة تعديل قانون الأسرة النص على التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن انحلال الرابطة الزوجية صراحة بمختلف صوره، سواء أكان بإرادة الزوج ،أم بإرادة الزوجة خاصة بعد الارتفاع المذهل لنسب المطالبة بالخلع في الآونة الأخيرة.

– التماس النص على تعديل المادة 182 مكرر من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لمختلف فروع القانون الخاص، وذلك بذكر من لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، على غرار التشريعات العربية الأخرى.

قائمة المراجع

- **القرآن الكريم**
- **السنة النبوية**
- **الكتب**

1- أبو العينين بدران بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء 1،د.ط، (بيروت ، دار النهضة العربية ، د.ت).

2- أت ملويا لحسين بن شيخ ، المرشد في قانون الأسرة ،د.ط ،(الجزائر ،

3- أحمد إبراهيم سيد، الضرر المعنوي فقها وقضاء ، ط.1، (الإسكندرية ،المكتب الجامعي الحديث،2007).

4- أحمد بن محمد أحمد كليب، الأحوال الشخصية، الطلاق والخلع والظهار ،ط.1(الأردن ، دار النفاس ،2013).

5- أحمد محمد عابدين ، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، د.ط، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ،1977).

6- إمام محمد كمال ، الطلاق عند المسلمين ، دراسة فقهية وقانونية ،د.ط،(الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ،1997).

7- البامرني إسماعيل أبا بكر علي ، أحكام الأسرة ، الزواج والطلاق ط.1،(د.ب.ن، دار الحامد ،2009)،

8- بختي العربي ، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي ،ط.1، (الجزائر مؤسسة كنوز الحكمة ، 2013).

9- بلتاجي محمد، دراسات في الأحوال الشخصية، بحوث فقهية مؤصلة، ط.1، (الإسكندرية ، دار السلام ،2006).

10- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له ،ط1(الجزائر، دار الخلدونية ،2007).

11- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، (الجزائر ، دار الخلدونية ،2007).

12- بن شرف النوري يحي، شرح المنهاج، الجزء 3، ط2، (د.ب.ن، دار الحديث، د.ت).

13- بن عبد الواحد محمد الشهير بالكمال همام، شرح فتح القدير على الهداية ،الجزء 3 ، ط2 ، (بيروت، دار إحياء التراث، ،د.ت.ن).

14- بن قدامة أحمد ، الشرح الكبير على متن المقنع، د.ط، (بيروت، دار الكتب العلمية ،د.ت).

15- بو بكر مصطفى ، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري ، د.ط ، (الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة،2015).

16- الجبوري صلال حسين علي تعويض الضرر الأدبي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، ط1، (الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، 2014).

17- جانم جميل فخري محمد، التدبير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون ، د.ط، (عمان ، دار الحامد،2008).

18- جانم جميل فخري محمد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط.1،(عمان ، دار حامد ،2008).

19- الجمال مصطفى محمد، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، ط.1 ، (د.ب.ن،د.د.ن،د.ت).

20- الجندى أحمد نصر، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، (تعليق على النصوص)، د.ط، (مصر ، دار الكتب القانونية،2006).

21- الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي ، د.ط، (د.ب.ن، المطبعة الفنية الحديثة، 1971).

22- الدوس رسمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ، ط.1 ، (عمان دار قنديل للنشر،2010).

23- الديب محمود عبد الرحيم ، التعويض العيني لجبر ضرر المضرور، دراسة مقارنة، د.ط، (الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ،2013).

24- الذنون علي حسن، المبسوط في شرح القانون المدني ، الضرر ،الجزء 1، ط.1، (الأردن ، دار وائل للنشر،2006).

25- الرشيد بن شويخ، شرح القانون الأسرة الجزائري ، ط.1، (الجزائر، دار هومة، 2008).

26- زيدان زكي زكي حسين، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، د.ط، (د.ب.ن، دار الكتاب القانوني، 2009).

27- سطحي سعاد، سلمان نصر، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية ،د.ط، (عين مليلة ، دار الهدى ،2003).

28- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام ،الواقعة القانونية ،(العمل غير المشروع ، شبه العقود والقانون)، الجزء2، ط2،(الجزائر ، دار الهدى ،2004).

29- السعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية ، دراسة مقارنة، ط.1، (لبنان ، دار الحداثة، 1985).

30- سعيد نبيل إبراهيم ، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون ، نظرية الالتزامات، د.ط، (بيروت ، دار النهضة العربية،1990).

31- سليمان علي علي، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ط.6، (الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية،2005).

32- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد2،الجزء 1، ط3،(لبنان منشورات الحلبي الحقوقية،1998).

33- شتوان بلقاسم ، الطلاق في الفقه الإسلامي ، د.ط، (الجزائر ، دار الفجر للطباعة والنشر ، 2009).

34- شلتوت محمود ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ط.1، (القاهرة ، دار الشروق،1983).
35- شيبة مصطفى عبد الغاني، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية،"الطلاق وأثاره" دراسة مقارنة ، د.ط، (د.ب.ن، منشورات جامعة سبها،2006).
36- الشيخ أسامة عبد العليم ، قاعدة لا ضرر ولا ضرار في نطاق المعلومات المالية والأعمال الطبية المعاصرة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي د.ط ،(الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة،2007).
37- صقر نبيل ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، د.ط، (عمان ، دار الهدى، 2006).
38- عبد السميع أسامة السيد، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة تطبيقية في الفقهالإسلامي والقانون، د.ط، (الإسكندرية، دارالجامعة الجديدة، 2007).
39- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء2، د.ط، (الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية،1999).
40- الغزالي أبي حامد، الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء1، د.ط،(بيروت، دار المعرفة ،1979).
41- فوده عبد الحكيم ، موسوعة التعويضات المدنية، الجزء1، د.ط،(الإسكندرية، المكتب الدولي للموسوعات ،2005).
42- قزمان منير، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، د.ط، (الإسكندرية، دار الفكر الجامعي،2002).
43- كريم فاروق عبد الله، الضرر المعنوي وتعويضه في الفقه الإسلامي، ط1،(لبنان، دار الكتب العلمية،2012).
44- كليب أحمد بن محمد أحمد، الأحوال الشخصية، الطلاق والخلع والظهار، ط.1 ،(الأردن، دار النفائس،2010).
45- اللصاصمة عبد العزيز، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني الأردني والمقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، ط1،(عمان ،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002).

46- لوعيل محمد لمين ، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ط.2،(الجزائر ، دار هومة، 2006).

47- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، (الجزائر، دار هومه،2010).

48- المغزلي محمد بن عبد الرحمان ، مواهب الخليل شرح مختصر خليل، الجزء .4، (بيروت ، دار الفكر الثانية ، د.ت).

49- منصور أحمد محمد،النظرية العامة الالتزامات، مصادر الالتزام، ط1(عمان دار الثقافة لنشر والتوزيع،2006).

50- موافي أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي ، المجلد 2، ط1،(العقربية، دار إبن عفان،1997).

51- النجار عبد الله مبروك، الضرر الأدبي ومدى ضمانه في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، ط1،(القاهرة ، دار النهضة العربية،1990).

52- النشار محمد فتح الله، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، د.ط ، (الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002).

53- ياغي أكرم، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية والمسيحية ، ط.2، (د.ب.ن، منشورات زين الحقوقية، د.ت.ن).

54- يحي ياسين محمد، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي ، د.ط،(القاهرة ، دار النهضة العربية،1991).

- **المعاجم اللغوية**

1-ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد 2، (لبنان، دار لسان العرب، د.ط، د.ت).

2-أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفاعي ،الجزء 2، القاهرة ، دار الفكر للطباعة والنشر، د.ط، د.ت).

- **الرسائل الجامعية**

1-إلياس مسعودة نعيمة،"التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق"، دراسة مقارنة ، (أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،2010).

2-بلمامي اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في القانون الأسرة الجزائري ، مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ،(رسالة ماجستير في القانون ، قسم العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2003).

3-عباشي كريمة ،"الضرر في المجال الطبي "، رسالة ماجستير في القانون ،قسم قانون المسؤولية المهنية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2011).

- **القوانين والأوامر**

1-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

2-الأمر رقم75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005.

3-القانون رقم 78-12 المؤرخ في 5 أوت1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل.

4-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم05-02 الؤرخ في27 فبراير 2005.

- **الإجتهادات القضائية**

1-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ،1996/4/23 ملف رقم 135435المجلة القضائية،1988،العدد1،ص130.

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية 1996/07/3 نقلا عن يوسف دلاندة ، قانون الأسرة ،2002،ص52.

2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1999/03/16، ملف رقم 216865، م.ق، ،2001،عدد خاص.

4-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 2006/07/12، ملف رقم368660، م.ق،2005 ،عدد2.

- **المراجع باللغة الفرنسية**

1- VIALARD ,ANTOIRE :DROIT CIVILALGERIEN (,ALGER :OPU.1980).

2-MARCEL PLANIOL et GEORGE RIPERT :TRAIT PRATIQUE de DROIT CIVIL FRANÇAIS ,T.VI (Les OBLIGATIONS),(PARIS : LIBRAIRIE GENERALE de DROIT et DEJURISPRUDENCE,2 ED ,1952).

الفهرس