جـــامعة عـــــمار ثلجيي الأغـــــواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قســم الحقـــوق

بعنـــوان

التعويـض عن الضـرر المادي والمعنـوي في قانـون الأسـرة الجزائـري

مذكرة في اطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون الأسرة

إعداد الطالبين :

- غريـــــس الميلود
- ميهوبي خالد

إشراف الدكتورة :

عيمور راضية

لجنة المناقشة

– الدكتور:	خضراوي الهادي	رئيسا
– الدكتورة:	عيمور راضية	مشرفاً ومقررا
– الدكتور:	دمانة محمد	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2017 /2018 م

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول سيدنا محمدا صلى الله عليه وسلم

﴿لا ضـــرر و لا ضـــرار﴾

حديث حسن رواه ابن ماجه و الدار قطني و رواه مالك في الموطأ

شكـــر وتقديـــــر

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات نحمد الله سبحانه وتعالى الذي وفقنا لهذا وهيأ لنا الأسباب لنتم هذا العمل فله الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه.

ثم نتمثل حديث النبي صلى الله عليه وسلم الذي قال :(**مَنْ لَمْ يشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يشْكُرِ اللهَ**) رواه الترمذي، فنتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى الأستاذة الكريمة المشرفة " **عيمور راضية** " على المجهودات المبذولة والتوجيهات المقدمة لنا حيث بذلت الكثير من وقتها في القراءة والتصحيح والتوجيه رغم انشغالاتها فلها منا جزيل الشكر و الثناء.

كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة، حفظهم الله تعالى، وسدد إلى الخير خطاهم ونفعنا بعلمهم.

كما نتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل من ساعدنا

على إتمام هذا البحث المتواضع.

الإهـــداء

إلى من بلّغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من كانت كلماته وستبقى نجوما أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد، إلى من دفعني إلى العلم وكان روضة للحب تنبت أزكى الأزهار والدي العزيز أطال الله في عمره.

إلى ملاكي في الحياة، إلى معنى التفاني والحب والحنان، إلى من كان دعاؤها سر النجاح

أمي الحبيبة أطال الله في عمرها.

إلى من هم أقرب إلي من روحي وبهم أستمد عزتي وإصراري وفرحي زوجتي واولادي وأَنْبَتَهُمْ الله على الصلاح والفلاح والنجاح .

الى إخوتي وأخواتي حفظهم الله

إلى كل من آنسني في دراستي تذكارا وتقديرا من الأهل والأصدقاء والزملاء والإخوة في الله.

SBC 031 000 865

مقـــدمة

مقدمـة:

الحمد لله الذي خلق لنا من أنفسنا أزواجًا لتسكن قلوبنا إليها، وجعل لنا من أزواجنا بنين وحفدة؛ لِتَقَرَّ أعيننا بها، والصلاة والسلام على رسول الله الذي جاءنا بهذا الدين القويم الذي هَذَّب العلاقة بين الرجل والمرأة وأقامها على أساس الاحترام بينهما، وجعل الزواج وسيلة لبقاء الجنس البشري وتقوية لأواصر المحبة بين العائلات وتوكيدًا للصلات الاجتماعية .علاوة على صيانة الأنساب من الاختلاط، وإيجاد مجتمع طاهر عفيفٍ تنتشر فيه الفضائل وتضمحل فيه الرذائل .

والزواج إذا تحققت فيه الأهداف السابقة كان منبعًا لبناء أسرة قوية متراصة ، حيث الأسرة هي المحضن الطبيعي الذي يتولى حماية الأجيال الناشئة ورعايتها وتنمية أجسادها وعقولها وأرواحها وفي ظلها تتلقى مشاعر الحب والرحمة والتكافل وتنطبع بالطابع الذي يلازمها مدى الحياة.

ولقد شرّ ع الزواج على أساس الاستمرارية والدوام، فقد تستمر هذه العلاقة بين الزوجين حتى وفاة أحدهما أو كلاهما، أو قد تتعرض في بعض الحالات إلى هزات ومشاكل تصل بها إلى أبواب مغلقة يستحيل معها المضي في هذه العلاقة، غير أن الإسلام هو دين الفطرة والحياة يعالج هذه الخلافات الزّوجية من منظور واقعي وإنساني، ولذلك قدر ما قد يعتري الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، حيث تجعل من هذه العلاقة الزوجية مستحيلة الاستمرار والدوام، فشرع الطلاق في الإسلام كآخر حل لإنهاء العلاقة بين الزوجين التي لا أمل في إحيائها، وهذا ما أخذت به جل القوانين الوضعية. فتشريع الطلاق بين الزوجين فيه رحمة للعباد، حيث ينهي هذه الحياة الزوجية البائسة بين الزوجين المتخاصمين، والهدف من الطلاق هنا دفع الضرر الأكبر الذي هو واقع بين الزوجين أو على أحدهما. ولقد أقر الإسلام الطلاق في حال وصول الحياة الزوجية إلى طريق مسدودة، وشرع له من الآداب والتعاليم التي تحقق مصلحة الأسرة والأمة بشكل يكون بعيدا عن التعسف والظلم، ووضع له شروطا ثم حدد له حدودا، بالإضافة لهذا فقد فرض على إرادة الزوج قيودا بحيث لن يتمكن من أن يعتبره عملا كيفيا يقدم عليه متى شاء ولأي سبب أراد، وفي نفس الوقت فقد كفلت الشريعة الإسلامية حق الزوجة أيضا في الطلاق في حال أصبحت غير قادرة على المواصلة في هذه الحياة الزوجية، وهذا الحق الممنوح للزوجين يفترض استعماله عند الضرورة فقط فيما يسمح به الشارع الحكيم، فالغاية من هذه القيود والضوابط هي عدم التعسف في استعمال الحق الممنوح لكيهما، وإلا تسبب بالضرر لأحدهما أو كلاهما.

وعليه فإساءة استعمال هذا الحق أو التعسف في استعماله يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بالغير، وهو يعني بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود

الشارع من تشريع هذا الحق، فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، و الأكيد أنه سيلحق ضررًا بالغًا لأحد الزوجين، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حالة الزوجين ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق.

ومنه فالضرر الناجم عن الطلاق قد يكون ماديا أو معنويا وقد يجتمعان، مما يدفع بالزوج المتضرر إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به.

ويعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم .ولما كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها، ولا يتحمل التفريط فيها، فإنه لهذا الإعتبار كان متغيرا في طبيعته ومداه، بحسب تغير أوضاع الناس ومراكزهم ومعيشتهم،وما يسود أزماتهم من مفاهيم وأعراف ونظم.كما كان متنوعا بحسب المصلحة التي ينال منها، وما إذا كانت تلك المصلحة مادية تتعلق بالكيان المالي للشخص، أو أدبية تتعلق بالكرامة والشرف والإعتبار . وهذه الأخيرة تتفرع إلى عدة فروع وأقسام، فمنها ما يصيب الإنسان في شرفه وسمعته، ومنها ما يمس خصوصيات حياته،ومنها ما يقع على عواطفه ومشاعره فيجعله يعيش في ضيق وإضطراب نفسي.

فهذه الأنواع من الأضرار تشكل في حد ذاتها أركانا للمسؤولية،إذا وجدت مع غيرها من الأركان، وجاءت مستوفية للشروط اللازمة، فإن أثرها القانوني يترتب عليها، ويكون لمن وقع عليه ذلك الأذى أن يرفع أمره للقضاء مطالبا بالتعويض عن تلك الأضرار.

والضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في الحياة، لأنه كما يمكن أن يكون ماديا، يكون معنويا قد يزلزل كيان من يلحق به، وقد يمنعه من مواصلة حياته كغيره من الناس لما قد يسببه له من اضطراب نفسي، قد يمنعه من الإرتباط مستقبلا.

وعلى اتساع مبدأ التعويض عن الفعل الضار وتطبيقاته التي وصلت حتى أمام المحاكم فقد قصرته من خلال هذه الدراسة على بعض مسائل الطلاق والتطبيقات القضائية لذلك .وأن السبب الكامن وراء ذلك هو أولا الميول الشخصي إلى كل الموضوعات التي تمس بصفة خاصة الأسرة ككل، وثانيا نظرا للكم الهائل من قضايا التعويض التي تطرح يوميا أمام المحاكم،وقد لا يبالي الأزواج إطلاقا بأن تصرفاتهم، قد ألحقت ضررا بالطرف الآخر وذلك لأنها تمت تحت ستار الحق المشروع.

كما أنني رأيت من جانب آخر أن التعويض في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق تحوطه مجموعة من الاعتبارات التي تجعل له طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، وسبب ذلك أن التعويض في هذا المجال لا

يجوز أن يكون سببا يمنع أو يقيد حرية إختيار الإنسان بمن يرغب في الزواج منه، وذلك احتراما لتلك الحرية التي تعتبر أساسا لتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة.كما أن شبح الإلزام بالتعويض يجعل الإنسان يعيش على مضض مع زوج لم يعد يربطه به أي رباط من الألفة والمحبة وفي ذلك ما يناقض قوله تعالى" ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ [1].

ولقد كانت عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أكثر وأوسع من أي شريعة أخرى، إذ جعله الله سبحانه وتعالى من آياته في خلقه وعده من نعمه على عباده، إذ يقول سبحانه وتعالى في هذا:﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ٢١﴾ [2].

وقد عرفت فكرة التعويض منذ العصور القديمة وقد اختلفت من عصر لآخر، حيث كانت لمبادئ التشريعية الإسلامية الأثر الكبير على فكرة التعويض، فقد تناول الفقه الإسلامي نظرية الجزاء عن الفعل الضار بطريقة تتسم بالموضوعية وبنظرة اجتماعية متقدمة، فتخلى عن الثأر و على فكرة الانتقام في تقدير الجزاء، كما عني الفقه الإسلامي أيضا بوضع تقسيمات وقواعد كلية لأنواع الجزاء دون التقيد بفكرة تعداد الجرائم التي كانت سائدة في الشرائع القديمة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري نجده قنن أحكام التعويض في المواد من 124 إلى133 ثم من المادة 182إلى 187 من التقنين المدني مستمدا إياها من التقنين المدني الفرنسي، ونلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد تناول فكرة التعويض في قانون الأسرة الجزائري وذلك في كل من المادة 5 و 52 و 53 مكرر والمادة55 .

حيث تهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الضرر اللاحق بالمتضرر، فالضرر الذي يقع بين الزوجين نتيجة الطلاق هو الذي يهمنا في دراستنا هذه فالزوجة أو الزوج المتضرر يتقدم للقضاء للمطالبة بتعويض الضرر اللاحق به، لأنها هي الجهة المختصة في الفصل في مثل هذه النزاعات، والواجب على القضاة في هذه الحالة التقصي والتحري لتحقيق العدل.

وحتى يتسنى للقضاة تحقيق الحق وإنصاف المظلومين، مكنهم المشرع من تطبيق القانون، بالإضافة إلى ذلك فقد منح للقضاة في بعض المسائل السلطة التقديرية ليتصرف بموجبها في الأحوال التي لم ينص القانون عليها، أو قد ورد فيها نص ولكنه فتح المجال أمام تدخل سلطة القاضي التقديرية،

---

[1]. سورة **البقرة**، الاية: 229.

[2]. سورة **الروم**، الاية: 21.

غير أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة في تعويض الضرر عن الطلاق نجدها تختلف من قاضي لآخر، بل قد تختلف لدى نفس القاضي، بإختلاف الظروف والأزمنة.

وعليه فالضرر الذي يلحق سواء بالزوجة أو الزوج من جراء الطلاق، فهو ضرر يوجب التعويض عنه من طرف القاضي للطرف المتضرر، بإستعماله سلطته التقديرية في التعويض.

فهذه الأضرار وغيرها وما يترتب عليها لها طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، ما يجعل التعويض عنها يختلف عن تعويض الأضرار الناجمة عن المسؤولية المدنية.

وقد أورد المشرع الجزائري التعويض في نصوص متفرقة من قانون الأسرة في مسائل تتعلق بالزواج والطلاق .ونظرا لأن التعويض عن الضرر وما يتعلق به من أسس ذلك التعويض وكيفيته يقتضي دراسة نوع المسؤولية التي يتم التعويض على أساسها، سننتهج لأجل ذلك المنهج التحليلي الإستقرائي، من خلال التعرض إلى بعض الآراء الفقهية والأحكام القضائية، والوصول من خلالها إلى إبراز صور التعسف في إستعمال الحق والآثار المترتبة عن ذلك، وسلطة القاضي للتصدي لهذا التعسف، وتقديره للتعويض عن هذه الأفعال والقيود الواردة عليه في ذلك .

أهمية البحث:

تعد دراسة موضوع التعويض عن الضررالمادي والمعنوي في قانون الاسرة الجزائري دراسة له أهمية بالغة كونه موضوع حساس يمس الواقع بشكل مباشر نظرا لتزايد حالات الطلاق وخاصة في مجتمعنا هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنه يمس الواقع العملي التشريعي الذي أضفى حماية قانونية للمتضرر من واقعة الطلاق، من خلال نصوص المواد 52 و 53 مكرر والمادة 55 من قانون الأسرة.

وعليه، فإن قانون الأسرة قد خضع لمناقشات واسعة ساهم فيها العام والخاص، و هذا راجع أيضا إلى أن القانون كغيره من الأعمال الإنسانية يحمل ضمن نصوصه جملة من الثغرات والنقائص والتي تعد في نظر القانون إشكالات قانونية.

و هذه الإشكالات القانونية منها ما هو شكلي يتعلق بالإجراءات، ومنها ما هو موضوعي يتعلق بمنازعات الأسر ، و قانون الأسرة أصبح يثير اهتمامات كبيرة لدى الفقهاء والباحثين والمختصين بتطبيقه.

و من هنا تظهر أهمية هذا البحث، ذلك أن قضية الأسرة أصبحت اليوم تتصدر معظم الاهتمامات الفكرية بالجزائر، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية.

و لقد تم في هذا البحث الاعتماد على الكتب في الفقه الإسلامي، وكذا المراجع القانونية المتنوعة، كما تم الإطلاع على العديد من الدراسات والبحوث والمقالات المعاصرة، دون تجاهل الأحكام و القرارات القضائية لما لها من دور في معالجة بعض المسائل الهامة بما يحقق الأهداف المرجوة من هذا البحث.

اسباب اختيار الموضوع.

يرجع اخيارنا لهذا الموضوع للأسباب التالية:

1- الميل لدراسة فقه وقانون الاسرة.

2- كون الموضوع في حاجة الى دراسة علمية اكاديمية.

3- جهل كثير من المسلمين لفقه الحياة الزوجية سواء في المحافظة عليها او علاج الخلافات التي بين الزوجين لدفع الاضرار الناجمة.

4- كثرة الخلافات والمشاكل بين الازواج في البيوت والمحاكم.

الاهداف.

1- بيان كيفية جبر الاضرار التي قد تحدث بين الزوجين .

2- تبيين مدى موافقة ومخالفة قانون الاسرة للشريعة الاسلامية في حصر الاضرار وكيفية ازالتها وطرق التعويض عنها .

3- اضافة بحث جديد للدراسات السابقة في هذا الموضوع.

الاشكالية:

إن منح الحق في العدول عن الخطبة وعدم إتمام الزواج، أو في وضع حد للعلاقة الزوجية للرجل والمرأة يعني ذلك استعمالهما لهذا الحق كيف ما يشاءان دون رقابة عليهما، فهما مسؤولان عن الأضرار المترتبة عن استعمال هذا الحق إذا تقررت المسؤولية وهما مسؤولان عن جميع الأضرار المترتبة عن فك الرابطة الزوجية دون استثناء .

والتساؤل الذي يثار هنا عن ماهية الضرر من حيث مفهومه وأنواعه وشروطه ؟ وما هي احكامه وآثاره في التعويض عن هذا الضرر في قانون الاسرة الجزائري ؟

للإجابة عن ذلك سنتناول بالدراسة ماهية الضرر وأنواعه وشروطه وخصائصه وكذلك دراسة احكام وآثار التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري .وذلك عن طريق فصلين وهما على النحو التالي:

الفصل الأول : ماهية الضرر.

الفصل الثاني : احكام وآثار التعويض عن الضرر في قانون الاسرة الجزائري.

المنهج المتبع:

لا شك أن الاستعانة بالمناهج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن للباحث الاستغناء عنها، و كان تصورنا للإجابة على إشكالية البحث يقتضي منا الاعتماد فيها على أكثر من منهج من أجل الإحاطة بالموضوع قدر الإمكان وللوصول إلى نتائج مقبولة، وعليه فقد استخدمنا المنهج التحليلي واعتمدنا عليه بكثرة في تحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية، بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الجزئيات من هذه الدراسة لتوضيح البعد والتقارب بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري في مجال التعويض عن الضرر المادي والمعنوي، وبالنسبة للمنهج الاستقرائي وظفناه في بعض مواطن هذا الموضوع فخصصناه لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية لفقهاء الشريعة الإسلامية والقانون.

خطة البحث:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة فقد قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول ماهية الضرر، حيث تطرقنا في المبحث الأول لدراسة مفهوم الضرر، إذ قسمنا هذا المبحث لمطلبين تطرقنا في المطلب الأول لتعريف الضرر ، أما المطلب الثاني فخصصناه لتوضيح انواع الضرر.

أما بالنسبة للمبحث الثاني فقد عالجنا فيه شروط وخصائص الضرر، ويندرج ضمنه مطلبين، إذ خصصنا المطلب الأول لدارسة شروط الضرر وفي المطلب الثاني خصصناه لدراسة خصائص الضرر.

أما الفصل الثاني عنوناه بأحكام واثار تعويض الضرر في قانون الاسرة الجزائري، عالجنا في المبحث الأول احكام تعويض الضرر في العدول عن الخطبة، حيث قسمنا هذا المبحث لمطلبين، تناولنا في المطلب الأول احكام تعويض الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة، أما المطلب الثاني وضحنا فيه احكام تعويض الضرر المادي في العدول عن الخطبة وبالنسبة للمبحث الثاني من هذا الفصل فقد خصصناه لاحكام التعويض عن الضرر فك الرابطة الزوجية ، فقسمنا هذا المبحث لثلاث مطالب حيث عالجنا في المطلب الأول التعويض عن الضرر في الطلاق الارادة المنفردة للزوج، أما المطلب الثاني تناولنا فيه دراسة التعويض عن الضرر في الخلع اما المطلب الثالث فقد تناولنا فيه التعويض عن الضرر في الطلاق بالارادة المنفردة للزوجة.

وفي الأخير أنهينا دراستنا بخاتمة عرضنا فيها مجملا للنتائج التي توصلنا لها، وكذا بعض التوصيات التي ارتأينا ذكرها.

وعليه فهذه خطتنا في البحث، فإن جاءت موفقة فذلك من الله وإن وجد فيها خطأ فذلك من نفوسنا والشيطان، ونسأل المولى جل ذكره أن نكون موفقين في عملنا هذا.

الفصل الأول

ماهية الضرر

الفصل الأول : ماهية الضرر

تمهيد: في هذا الفصل قمنا بتقسيمه الى مبحثين: المبحث الأول تطرقنا فيه الى مفهوم الضرر بتعريفه لغة واصطلاحا وكذلك ذكر أنواعه وهما الضرر المادي والمعنوي، أما في المبحث الثاني تطرقنا فيه الى شروط وخصائص الضرر وحكمه في الشريعة الاسلامية.

المبحث الأول: مفهوم الضرر

سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الضرر عند علماء اللغة وفقهاء القانون من حيث تعريفه وأنواعه. على أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

المطلب الأول : تعريف الضرر

الفرع الأول : تعريفه في اللغة .

مصطلح الضرر شائع الاستعمال وهذا الاستعمال يظهر في كثير من أبواب الفقه الإسلامي. ومواد قانون فقه الأسرة ، وهو ما سنتطرق إليه.

فاستعمال مادة الضرر ومشتقاتها في معاجم اللغة العربية على معاني متعددة. جاء في لسان العرب أن الضّرّر والضّرّ لغتان : فالضرّ هو الهزال وسوء الحال ، والضرر ضد النفع [1].

وجاء في المصباح المنير أن الضّر بمعنى الفاقه والفقر، والاسم الضّرر يطلق على نقص يدخل الأعيان ، وجاء في تاج العروس : الضرر بمعنى الشدة والزمانة.

ومن خلال عرض هذه المعاني يتبين أن الضرر يشمل الشدة التي تصيب الإنسان في جسمه وماله، من مرض وفاقة وغير ذلك وهذه الشدة منها المادي المحسوس ومنها المعنوي الغير محسوس ، ما يفهم أن الضرر لغة ينبأ عن وجود نوعين[2].

وقد استعملت النصوص الشرعية لفظ الضرر في عدة مواضع نذكر منها :

قَالَ تَعَالَى:﴿ قُلْ فَمَن يَمْلِكُ لَكُم مِّنَ ٱللَّهِ شَيْـًٔا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًۢا بَلْ كَانَ ٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًۢا ﴿١١﴾ ﴾"[3].

ذكرت هذه الآية الضرر مقابل للنفع وهو المعنى الشائع في الاستعمال.

---

[1] . ابن منظور، جمال الدين، **لسان العرب**، بيروت: دار بيروت للطباعة والنشر، م4، مادة (ضرر)، ص482.ص483.

[2] . بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي قانون الأسرة الجزائري** ، دار الخلدونية ، ط1، الجزائر، 2007، ص16. ص17.

[3] . سورة **الفتح**، الآية : 11.

و قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَآئِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُۥ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَآ إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُۥ ۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿١٢﴾﴾ "[1].

والضرر في هذه الآية يعني المرض والشدّة .

ومنها قوله تعالى : ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۚ وَإِن تَفْعَلُوا۟ فَإِنَّهُۥ فُسُوقٌۢ بِكُمْ ۗ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُ ۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ ﴿٢٨٢﴾﴾ [2].

ومنها قوله تعالى : ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ﴾ [3].

وقوله تعالى : ﴿لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّآ أَذًى ۖ وَإِن يُقَٰتِلُوكُمْ يُوَلُّوكُمُ ٱلْأَدْبَارَ ثُمَّ لَا يُنصَرُونَ ﴿١١١﴾﴾ [4].

ومن الأحاديث التي استعملت الضرر نذكر ما يلي:

قوله صلى الله عليه وسلم :" لا ضرر ولا ضرار "[5].

وقوله صلى الله عليه وسلم :" لا يتمنين احدكم الموت لضر نزل به فإن كان ولابد متمنيا فليقل اللهم أحين مكان الحياة خيرا لي وتوفني إذا كانت الوفاة خيرا لي" متفق عليه.

فالضرر ينصرف إلى أحد أوجه المعني اللغوي لكلمة الضرر وهو من سوء حال وفقر في البدن[6]، والحقيقة أنه نظرا لقيمة الضرر فقد عدّ الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء أكانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية وسواءا كانت مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن عمل الغير أو عن فعل الأشياء.

والحقيقة أن الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية المدنية بل هو أيضا مقياس مقدار التعويض المستحق من قبل الضحية [7].

---

[1] . سورة **يونس**، الآية: 12.

[2] . سورة **البقرة**، الآية: 282.

[3] . سورة **البقرة**، الآية: 233.

[4] . سورة **آل عمران**، الآية: 111.

[5] . رواه ابن ماجة في **سننه**، رقم الحديث والباب الصفحة.

[6] . بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص18.

[7] . علي فيلالي، **الالتزامات الفعل المستحق للتعويض**، موقع للنشر، ط3. الجزائر 2015.

الفرع الثاني: تعريف الضرر اصطلاحا

من أجل الوصول إلى التعريف الاصطلاحي نستعرض ما جاء في الاصطلاحين الشرعي والقانوني.

أولا : الضرر في الاصطلاح الشرعي

عرّفه ابن العربي بأنه : (الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه ، وهو نقيض النفع)، ومن ذلك ما جاء في فيض القدير :(الضرر إلحاق مفسدة بالغير)[1].

التعريف الجامع : (الضرر كل أذى يلحق الشخص سواءا كان في مَالٍ مُتَقَوَّمٍ مُحَترم ، أو جسم معصوم أو عرضٍ مصون) [2].

وقد جاء في المنتقى للباجي : (الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة)[3]. وعرفه مصطفى مرعي بأنه : (الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواءا تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك)[4].

وبناءا على ما سبق فإن التعريف المختار للضرر هو :(المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة)[5].

الضرر في اصطلاح العلماء: هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقا.

وقيل :الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه، وكان فيه ضرر على غيره.

وعليه تكون الشريعة الإسلامية، مضرب مثل في رعاية الحقوق، والحفاظ على عمارة الأرض وسعادة الإنسان، إذ جاءت بتحريم ومنع الضرر مطلقا، بما في ذلك الإضرار بالحيوان والنبات والبيئة، وكل ما يضاد النفع، ويجلب الضرر والأذى.

وهذا معنى كبير، وأصل عظيم، جاءت به الشريعة الإسلامية ، فقررت في أحكامها منع الضرر مطلقا، كما سيتضح ذلك في المبحث التالي، وغيره من مباحث الرسالة.

---

[1] . بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص19.ص20.

[2] . العيدي عبد القادر، بزاري نور الهدى، **جبر الضرر المعنوي بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي** ، مذكرة في إطار نيل شهادة الماستر في القانون تخصص: قانون أسرة، السنة 2017/2016، ص6.

[3] . بن زيطة، **تعريف الضرر المعنوي في قانون الأسرة** ، دار الخلدونية، ط1، الجزائر 2007، ص20.

[4] . مقدم سعيد، **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر1992.

[5] . علي بن زيطة، **مرجع سابق**، ص24.

الفرق بين الضرر والضرار:

وأما الفرق بين الضرر والضرار الواردين في قول النبي صلى الله عليه وسلم : **(لا ضرر ولا ضرار)**[1].

فقد اختلف فيه على خمسة أقوال:

- **الأول** :أنه لا فرق بينهما، ويكون الجمع بينهما في الحديث من باب التوكي.
- **الثاني** : أن الضرر هو : إلحاق مفسدة بالغير مطلقا، والإضرار :إلحاق مفسدة بالغير على جهة المقابلة، أي كل منهما يقصد الاعتداء وإضرار صاحبه، لا على سبيل الانتصار بالحق، أو المجازاة بالمثل، فالضرر فعل واحد، والضرار فعل اثنين).
- **الثالث** :أن الضرر في اللغة هو الاسم، والضرار هو الفعل، وعليه يكون المعنى :أن الضرر نفسه منتف في الشرع، وإدخال الضرر بغير حق كذلك).
- **الرابع** :أن الضرر هو :أن يدخل على غيره ضررا بما ينتفع هو به، والضرار أن يدخل على غيره ضررا بلا منفعة له به).
- **الخامس** :أن معنى الأول وهو" الضرر "أي : لا ضرر على أحد، بمعنى أنه لا يلزمه الصبر عليه، ومعنى الثاني وهو" الإضرار " أي :لا يجوز له إضراره بغيره).

وكل هذه المعاني مقصودة للشارع، إذ كان الضرر في الشريعة منفي بإطلاق إلا ما خصه الدليل[2].

ثانياً : الضرر في القانون

لا يوجد تعريف للضرر في القانون المدني الجزائري رغم أن فكرته وردت في كل مواده (من المادة 124 إلى المادة 140) وكذلك في المادة 176 وغيرها من المواد مما يجرنا الى البحث عن تعريف الضرر عند فقهاء القانون لأن الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية [3].

وقد ورد في تعريف الضرر: هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له سواءا كان ذلك الحق أو تلك المصلحة المتعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره ، أو غير ذلك [4].

---

[1] . سبق **تخريجه**.

[2] . نين عمارة ، **سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق**، جامعة الوادي كلية الحقوق، 2015/2014، ص38.

[3] . بن زيطة، **مرجع سابق**، ص22.ص23.

[4] . مقدم سعيد، **نظرية التعويض المعنوي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992، مطبعة النخلة. ص .

ووفقا لما سبق يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية (معنوية) ، ويمكن أيضا أن نسترشد بتعريفات بعض الشراح من رجال القانون للضرر، فقد عرَّفه العربي بلحاج بأنه : هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو حق من حقوقه، والضرر قد يكون ماديا أو معنويا ويضيف إليه الفقه والقضاء، الضرر المرشد.

وقد عرَّفه علي فيلالي :أن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه .وعرَّفه مقدم السعيد بأنه :الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك .

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن مجرد المساس بالحق يشكل ضررا، وكذلك شمول معنى الضرر الاعتداء على مصلحة الفرد المشروعة التي تعد مكملة لمفهوم الحق في سبيل تعويض الضرر .

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري، فإننا لا نجد تعريف للضرر بالرغم من أن فكرته وردت في المواد من المادة 124 إلى المادة 140 مكرر1 ، وكذا في المادة 176 وماليها المخصصة لتنفيذ الالتزام، وما يستنتج من دراسة هذه المواد هو ضرورة وجود ضرر ولا مسؤولية بدونه.

المطلب الثاني : أنواع الضرر

ينقسم الضرر إلى قسمين حسب طبيعة المصلحة التي أُعتدي عليها :

ضرر مادي وضرر معنوي وهو التقييم الغالب عند الفقه الوضعي غير أنه هناك من زاد الضرر الجسماني والضرر البيئي لكننا نقتصر على التقييم الأول.

الفرع الأول : الضرر المادي

تعريفه : هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله أو يترتب عليه انتقاص حقوقه المالية .أو تفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية .

وعرفه الأستاذ : الدكتور عبد الرزاق السنهوري : بأنه إخلالٌ بِمصلحةٍ للمَضرُور ذات قيمة مالية ، يجب أن يكون هذا الإخلال مُحققا ، لا يكفي أن يكون محتملا يقع أو لا يقع .

وعرفه الأستاذ الدكتور بلحاج العربي : الضرر الذي يمس الشخص في جسمه أو ماله ، فَيَشمُل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة سواءا كان الحق حقا ماليا أو غير مالي[1] .

[1] . العيدي عبد القادر، بزاري نور الدين، **مرجع سابق**، ص7.

ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل أو أن يكون ذلك حتميا وهو في حد ذاته ينقسم إلى قسمين :

- **القسم الأول : الضرر الجسدي**

وهو مكان محله جسد الإنسان سواء ، أكان بإبانة عضو من الأعضاء أم بتعطيل معنى من المعاني ، أو جرح أو تشويه ينقص الجمال ، أو عاهة تقعد عن العمل والكسب ، وقد يؤدي الضرر الجسدي إلى الوفاة كما قد يؤدي إلى العجز.

- **القسم الثاني : الضرر المالي**

هو ما كان محله مالاً سواء أكان حيوان أم منقول أم عقارا، وسواء كان الضرر الذي لحق به إتلافا تاما إما للذات أم تعطيلا لبعض الصفات أم حدوث نقص فيها أو تعيب، حيث يخرج المال من أن يكون منتفعا به المنفعة المطلوبة أو أدى ذلك إلى نقصان قيمته[1].

الفرع الثاني : الضرر المعنوي

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب غير مالي لذمة الإنسان، وهو المتعلق بالمشاعر أو ما يلحق بالعاطفة والآلام والأحزان التي تحدث في النفس.

أولا: تعريفه : هو كل ما يصيب الشخص معنويا كخدش في شعوره أو في شرفه أو في عاطفته أو في صمعته [2].

تعريف الشيخ على الخفيف : " الأذى في ما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه ... وفي ما يصيبه من ألم في جسمه ، أو في عاطفته ".

تعريف الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي: هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوج بصورة الآلام والأوجاع الروحية: من الشتم والتحقير وترك الجماع والكلام والمبيت [3].

يقول الدكتور سليمان مرقس : ويعتبر الضرر أدبي كل مساس بشرف الشخص واعتباره كما في القذف والسب وكل ألم يصيب الإنسان في جسمه أو عاطفته كما في الضرب والإهانة وقتل العزيز ، كما يعتبر كذلك كل مساس بحق من الحقوق الشخصية.

---

[1] . محمد أيوب، **تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة باتنة، الجزائر 2013/2012، ص12.ص 13.

[2] . محفوظ بن الصغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2013، ص71.

[3] . بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص29.

وفي مقدمتها الحق في الاسم والحق في الصورة و الحق في الاحترام الحياة الخاصة، وبوجه عام كل اعتداء على حق كانتهاك حرمة ملك الغير، سواء ترتب على هذا المساس أو الاعتداء، في جميع هذه الأحوال خسارة مالية أو لم تترتب[1].

ثانيا : أقسام الضرر المعنوي

وينقسم الضرر المعنوي إلى صورتين : ضرر أدبي متصل بضرر مادي وضرر أدبي مجرد .

- **القسم الأول : ضرر أدبي متصل بضرر مادي**

يتجلى هذا القسم في حالة الاعتداء على الشخص وما يترتب على ذلك من نقص القدرة على العمل والإنتاج، كبتر يد المعتدي عليه نتيجة اصابتها بفعل الاعتداء ، وما يتولد من حزن وهم وأسى عن العدوان على حق الملكية.

وكذلك شعور الشخص اثر اصابته بضرر جسماني بآلام جسدية يسبب العجز الدائم أو المؤقت اللاحق به اثر الاعتداء عليه، أو خطأ الطبيب، وتُحدث الآلام الجسمانية للمصاب ضرر معنوي بخلاف الضرر المادي. مع العلم أن هناك ارتباطاً بينهما وبدون الضرر المادي، لا وجود لمثل هذه الآلام والتي تستوجب التعويض.

- **القسم الثاني : الضرر الأدبي المجرد**

وتتجلى صورة هذا القسم في الأضرار الأدبية المجردة من أي أضرار مادية ، وتشمل هذه الطائفة من الأضرار الأدبية الناتجة عن المساس بالجانب العاطفي للذمة الأدبية مثل : الآلام النفسية التي يكابدها الوالدان في عاطفتهما بسبب فقد طفلهما وتشمل كذلك الأضرار الناشئة عن الاعتداء على الشرف والكرامة والعرض والأمانة ، كما في القذف والسب وفسخ الخطبة وهي تخرج من نِتاج الحُقوق المالية مع امكان أن يترتب على ذلك خسارة مالية، كما يحدث في حالة الطعن في أمانة التاجر فإن ذلك قد يجر إلى انصراف عملائه عنه فيترتب على ذلك إخلال في وضعه المالي.

كما يتجلى الضرر المعنوي في المساس، باعتبار المريض عندما يقوم الطبيب بإفشاء سر المهنة فيصاب المريض بضرر يمس صمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة، وقد يُنتجُ الضرر المعنوي ضرراً جسديا كما في حالة إخافة شخص لآخر فيصاب بشلل أو مرض ضغط الدم . وقد يُنتج ضرر مادي كما في حالة القذف والتشهير الذي يؤدي بالمقذوف إلى فقد عمله فينقطع دخله الشهري[2].

---

[1] . العيدي عبد القادر، بزاري نور الهدى، **مرجع سبق ذكره**، ص8.

[2] . محمد أيوب، **تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية**، رسالة دكتوراه، ص17.

وهناك صور أخرى نذكرها على سبيل المثال:

- المساس بالسمعة والشرف عن طريق السب والشتم او القذف والافتراءات الكاذبة سواءا أكان ذلك بالقول أو بالكتابة بمختلف أنواعها.(رسائل. إعلانات، ..... الخ).
- الاعتداءات الماسة بسلامة الفرد الجسمانية التي ينجر عنها آلام أو تشويه للجسم (كالممثلون والمضيفون).
- المساس بحق من الحقوق الشخصية منها الحق في الاسم والصورة والحياة .
- المساس بعواطف الشخص كالحزن والألم الذي يصيب الفرد بسبب وفاة شخص عزيز عليه.
- الإخلال بالالتزامات الزوجية منها: الإخلال بواجب الإخلاص والاحترام المتبادل.
- المساس بالحق المعنوي للمؤلف كأن ينسب المصنف بغير صاحبه [1].

وعلى العموم فإن التعاريف الفقهية للضرر المعنوي تتمحور حول فكرة المساس والأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره دون أن يسبب له خسارة مالية أو اقتصادية وهذا ما انتهى إليه المشرع الجزائري في المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة "[2].

[1] . علي فيلالي، **الالتزامات الفعل المستحق بالتعويض**، ص284. ص285.

[2] . علي فيلالي، **مرجع السابق**، ص282.

المبحث الثاني : شروط وخصائص الضرر

من المقرر عند الفقهاء أن الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي من حيث نشأته وقابليته للتعويض وقد أوجب القائلون به شروطا يجب أن تتوفر حتى يكون محل جبر وتعويض فمنها : ما هو عام ومنها ما هو خاص سنبينها في المطلب الأول وللضرر كذلك مميزات وخصائص سنوضحها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : شروط الضرر وحكمه في الشريعة الاسلامية

تمهيد: وفي هذا المطلب تناولنا فيه فرعين الأول تحدثنا فيه عن شروط الضرر وافراد كل شرط بشرح موجز ، أما الثاني ذكرنا فيه حكم الضرر في الشريعة الاسلامية.

الفرع الأول: شروط الضرر

أولا : أن يكون الضرر المعنوي شخصيا لمن يطالب بتعويضه

يشترط أن يكون طالب التعويض قد أصيب بضرر شخصي وبالتالي تقتصر المطالبة عليه دون غيره ، فليس لأحد أن يطالب بتعويض في حالة امتناع المضرور عن رفع دعوى على المتسبب في حدوث ضرر، وعليه فالحق الشخصي لا ينتقل للغير ، وضمان العدو ليس للغير، المطالبة به وإن كان من ورثته المقربين تحقيقا للمبدأ القائم في الحقوق ، فالحقوق الأدبية لا يمكن أن تنتقل إلى الغير لأنها حقوق شخصية يقول الدكتور حسين عامر (أن الضرر الأدبي ضرر شخصي بحت للمجني عليه وحده مطلق التقدير في المطالبة به أو تركه)[1].

ثانيا : أن يكون محققا

لا يمكن للمضرور ان يطالب بالتعويض إلا إذا كان الضرر الذي يدعه محقق ، ويكون الضرر محققا إذا كان قد حصل فعلا وتجسدت آثاره على الواقع ويشمل كذلك الضرر المستقبل طالما يكون وقوعه مستقبلا أمرا ومحققا وأكيدا وليس مجرد احتمال قد لا يقع [2].

وشرط تحقيق الضرر يرتبط أساسا بدليل إثبات وقوعه ويقع عبئ الإثبات على المضرور، والضرر يقع إذا تحددت عناصره كالاعتداء بالقذف والسب والإهانة والإساءة للسمعة .

---

[1] . حسين عامر، **المسؤولية التقصيرية والعقدية**، ط1، مطبعة الإسكندرية، 1986، ص322.

[2] . علي فيلالي، **مرجع سبق ذكره**، ص291.

ومن ذلك فإن الضرر المحقق الحال هو الضرر الذي وقع فعلا أي الذي توافرت أسبابه وترتبت عليه نتائجه على إثر وقوع الفعل الضار ، أو على الأقل قبل صدور الحكم بالتعويض وهنا نقول أن الضرر محقق وعليه يمكن للقاضي تقدير الضرر الحالي ويعطي للمضرور الحق في مراجعة مدة معينة.

وقد نصت المادة 131 من القانون المدني الجزائري على أنه : (يقدر القاضي مدى التعويض على الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق بأن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير)[1]،وعليه فإن الضرر الاحتمالي لا يحكم فيه بالتعويض.

وأما الضرر المستقبل هو الضرر الذي سيقع حتما ، أي الذي توفرت أسبابه في الحال وتراخت أثاره في المستقبل.

والضرر المحتمل فإنه الأذى الذي يدور تحققه بين الشك والاحتمال .أي أن أسبابه قد تؤدي وقد لا تؤدي إلى نتائجها فهي غير محققة الوقوع[2].

ثالثا : أن يكون الضرر مشروعا

لكي يكون الضرر قابلا للتعويض لا يكفي أن يكون محققا أو مباشرا بل يشترط فيه أن يكون مشروعا كذلك لأن قواعد المسؤولية لا تقر بالتعويض في حالة مخالفة القانون أي أن يكون الضرر وفق قواعد القانون دون الخروج عنها ومخالفة مبادئها ولتحقيق مصلحة مشروعة . وهذا يجرّنا للحديث عن أثر خطأ المضرور في الحكم بالتعويض أو خطأ الغير فلا يحكم عليه بالتعويض (المادة 127 ق.م): (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة ، أو خطأ صدر من المضرور ، أو خطأ من الغير كان غير ملزوم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك) .

والحديث عن المشروعية يقابله انتفاء الضرر في حال كان محدث الضرر في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله .

---

[1] . **القانون المدني الجزائري**، قانون رقم 05/07 المؤرخ في 2017/05/13 ، المعدل والمتمم.

[2] . مناس منى، أوسيف اسمهان، **الضرر المرتد في المسؤولية المدنية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014.

ففي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عنه ما لم يجاوز في دفاعه عن القدر الضروري المادة 128 ق.م.[1]

رابعا: أن لا يكون قد سبق التعويض عنه

إذا تم التعويض عن الضرر يكون قد زال أثره ولا يثير أي إشكال إذا كان المسؤول عن الضرر قد تكفل بدفع التعويض فلا يستطيع المتضرر المطالبة مرة أخرى بالتعويض عملا بقاعدة (لا يجوز للإنسان أن يقتضي حقه مرتين).

فإذا قام محدث الضرر بما يجب عليه من تعويض اختيارا يكون قد وفى بالتزامه ولا مجال للمطالبة بالتعويض ولا يجوز للمضرور الذي حصل على تعويض أن يعود على المسؤول بتعويض آخر إلا أن يكون مبلغ التعويض الذي حصل عليه غير كامل.

وقد يجمع شخص المضرور بين التعويضين ، كما هو الحال في كون المضرور مؤمن ضد الضرر فله الجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض ، لأن مبلغ التأمين ليس له صفة التعويض بل مقابل الأقساط التأمين التي دفعها المضرور لشركة التأمين ، مثل إذا كان مؤمنا على منزله من الحريق فله أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة بالتعويض على من كان مسؤولا عن إحراق المنزل.

خامسا : أن يكون مباشرا

لا يكفي وقوع الضرر للقيام بالمسؤولية بل لابد أن يكون نتيجة مباشرة لفعل الضار وبذلك يعتبر هذا الشرط مظهرا من مظاهر الرابطة السببية بين الفعل الضار والضرر ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المضرور طبقا لقواعد عامة في الإثبات بحيث لا يكون هناك سبب اجنبي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير وبالتالي فهو غير ملزم بالتعويض .

وقد يكون الضرر المعنوي نتيجة مباشرة للضرر المادي ، فقد يؤدي إلحاق الأذى بالشخص في سمعته وشرفه واسمه إلى ضرر مادي ينتج عنه خسارة مثل : خسارة الطبيب لمرضاه والمحامي لزبائنه فالأضرار المتعددة والمتسلسلة ، والنتيجة مباشرة لما قام به المسؤول عن الضرر من اعتداء، فالاعتداء معنوي والنتيجة ضرر مادي وضرر معنوي[2].

---

[1]. شهرزاد بوسطيلة، **جبر الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي**، رسالة دكتوراه، علوم إسلامية ، تخصص شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة 2014/2013.

[2] . شهرزاد بوسطلة، **مرجع سبق ذكره**، ص104.

يقول علي فيلالي قد تكون الأضرار متعاقبة ومتسلسلة ومرتبطة ببعضها البعض ومن ثمة نتسائل عن تلك التي يجب التعويض عنها وتلك التي لا توجب التعويض وتلك التي لا توجب التعويض؟

لقد نصت في هذا الشأن المادة 182 مدني .(إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون ، فالقاضي الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ....) ومفاد هذا النص أن الضرر الذي يوجب التعويض هو ذلك الذي ينجم مباشرة عن الخطأ أو الفعل الضار ، اي الضرر المباشر دون غيره ، وبعبارة أخرى الضرر المباشر هو ذلك الضرر الذي لا يستطيع شخص المدين أن يتجنبه ببذل جهد معقول ولقد تعرض هذ المعيار الذي أخذ به كذلك القانون المصري للنقد من قبل بعض الفقهاء بحيث لا يسمح في كل الحالات من تحديد الضرر المباشر و يتأكد لعدم صلاحية هذا المعيار استعان الفقه بالمثال التالي : (فإذا أصيب أحد المارة إصابة خفيفة ترتب عليها نقله إلى المستشفى للعلاج حيث انتقل إليه مرض معدي أو أودى بحياته ، فإن الوفاة في هذه الحالة لا تعتبر نتيجة طبيعية للحادث ومن ثمة فلا تكون محل للتعويض وذلك على الرغم أن المصاب مكان في استطاعته أن يتوقى العدوى ببذل جهد معقول [1].

الفرع الثاني: حكم الضرر في الشريعة الإسلامية.

الأصل في الضرر والمضار التحريم والمنع، وتحريم الضرر والمضارة، معلوم شرعا وعقلا، وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والعقل. قد حرم في الآيات السابقة(الضرر، والأذى، والاعتداء) التي نذكر منها:

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ قُلْ فَمَن يَمْلِكُ لَكُمْ مِّنَ ٱللَّهِ شَيْـًٔا إِنْ أَرَادَ بِكُمْ ضَرًّا أَوْ أَرَادَ بِكُمْ نَفْعًۢا بَلْ كَانَ ٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًۢا ﴿١١﴾ ﴾ "[2].

و قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَٰنَ ٱلضُّرُّ دَعَانَا لِجَنۢبِهِۦٓ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَآئِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ ضُرَّهُۥ مَرَّ كَأَن لَّمْ يَدْعُنَآ إِلَىٰ ضُرٍّ مَّسَّهُۥ ۚ كَذَٰلِكَ زُيِّنَ لِلْمُسْرِفِينَ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ ﴿١٢﴾﴾ "[3].

[1] . علي فيلالي، **مرجع سابق**، ص296.

[2] . سورة **الفتح**، الآية : 11.

[3] . سورة **يونس**، الآية: 12.

ومنها قوله تعالى : ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ وَإِن تَفۡعَلُواْ فَإِنَّهُۥ فُسُوقُۢ بِكُمۡۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ وَيُعَلِّمُكُمُ ٱللَّهُۗ وَٱللَّهُ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ٢٨٢﴾ [1].

ومنها قوله تعالى : ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ [2].

وقوله تعالى : ﴿لَن يَضُرُّوكُمۡ إِلَّآ أَذٗىۖ وَإِن يُقَٰتِلُوكُمۡ يُوَلُّوكُمُ ٱلۡأَدۡبَارَ ثُمَّ لَا يُنصَرُونَ ١١١﴾ [3].

وجاء تحريم الضرر ثابت بالسنة النبوية أيضا : فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: **(لا ضرر ولا ضرار)**[4]. وقال النبي صلى الله عليه وسلم أيضا: " المسلم أخو المسلم، لا يظلمه، ولا يخذله، ولا يحقره، التقوى هاهنا، ويشير إلى صدره ثلاث مرات، بحسب امرئ من الشر أن يحقر أخاه المسلم، كل المسلم على المسلم حرام، دمه، وماله، وعرضه) .

لقد أجمع العلماء على تحريم الضرر في الجملة، وأن الشريعة جاءت بنفيه وتحريمه ومنعه بشتى الوسائل والطرق، بل تحريم الضرر عندهم من أصول وقواعد الشريعة العظيمة، وهذا الإجماع مفهوم وثابت من خلال أقوالهم ومذاهبهم التي قالوا فيها بتحريم الضرر، والضرار بالمسلمين، أو إلحاق الأذى بهم[5].

المطلب الثاني : خصائص الضرر

الفرع الأول : خصائص الضرر المعنوي

الضرر المعنوي له مميزات خاصة عن الضرر المادي لأن الأصل في الضرر المعنوي أنه لا يقوم بمال ومن ثمة لا يكون محل تصرف كما سنبينه في ما يلي :

أولا : الضرر المعنوي ضرر غير مادي

من المميزات الضرر المعنوي أنه يمس الحقوق الغير مالية على خلاف الضرر المادي الذي يمس الحقوق المالية كما أن الحقوق في القانون من حيث محلها تنقسم إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية .

---

[1] . سورة **البقرة**، الآية: 282.

[2] . سورة **البقرة**، الآية: 233.

[3] . سورة **آل عمران**، الآية: 111.

[4] . **سبق تخريجه**.

[5]. نين عمارة، **سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق**، جامعة الوادي، كلية الحقوق، سنة 2015/2014، ص38.

الحقوق المالية : يجوز التصرف وانتقالها بالميراث والحجر عليها على العكس الحقوق الغير مالية والتي من بينها ما يستتبع أثار مالية كحق الأبوة يستتبع الإرث وحق الطلاق يستتبع النفقة فالاعتداء على الحقوق الغير المالية يترتب عليه حق التعويض ، وهناك حقوق لها طبيعة مزدوجة (مالية وغير مالية في آن واحد) منها حقوق التأليف والإبداع ، وهناك من يذهب إلى تقسيم الحقوق على أساس المحل إلى حقوق شخصية وحقوق عينية وحقوق ذهنية .

1. حقوق شخصية : وهي حقوق لصيقة منذ ولادته وهي حقوق فطرية وطبيعية كالحق في الحياة والحق في السلامة الجسدية وبالتالي لا يمكن المساس بها والاعتداء عليها أو إلحاق الأذى بها . هذه الحقوق ترد على المقومات المادية للشخص كالشرف والاعتبار والسمعة والمعتقدات والمشاعر والحق في الاسم وهذه يشملها الضرر المعنوي.

2. حقوق عينية : هي الحقوق التي تخول لصاحبها سلطات قانونية مباشرة على شيء مادي كحق ملكية فهو حق جامع مانع يخول لصاحبه ثلاث سلطات وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف في آن واحد وما يتفرع عنها من حقوق كحق الانتفاع، وحق الإرتفاق و أو الحقوق الشخصية (الدائنية) والذي يقوم على رابطة بين شخصين . بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين قبل الآخر بآداء معين ويغلب عليها الضرر المادي .

3. حقوق ذهنية : هي حقوق ترد على أشياء معنوية غير محسوسة من نتائج الذهن وتسمى أحيانا بالملكية الفنية أو الأدبية لأنها لا تنصب على أشياء مادية يمكن إدراكها بالحس كالمؤلفات العلمية والأدبية والمبتكرات. فهي سلطة يتمتع بها الشخص أو ما يقوم مقامه على فكرة ابتكرها أو اختراع اخترعه أو أي خدمة أخرى يتمكن بها للوصول إلى منفعة مالية.

وفي سعي فقهاء القانون إلى تمييز الضرر المعنوي في الضرر المادي نجد قولين :

- **الرأي الأول** : ينظر إلى طبيعة الحق أو المصلحة المعتدى عليها فيكون الضرر ماديا إذا كانت المصلحة والحق المعتدي عليه مالي ويكون الضرر معنويا إذا كان الحق أو المصلحة غير مالي.
- **الرأي الثاني** : ينظر إلى طبيعة الآثار والنتائج التي يترتبها الاعتداء على الحق أو المصلحة إذا كانت الخسارة مالية فالضرر مادي .وإذا لم تكن الخسارة مالية فالضرر المعنوي.

هذا والضرر المعنوي باصطلاحه لا يرتبط بمالية الحق من غيره فلا يستبعد قيام الضرر المعنوي في الحق المالي كالاعتداء على حق ثابت للإنسان فمجرد دخول شخص أرضا مملوكة لآخر على الرغم

من معارضته يعتبر ضربا من ضروب الضرر المعنوي ويعطي للمالك حق المطالبة بالتعويض ، كما أن الحقوق غير المالية والمعنوية قد يمتزج الضرر فيها بالضرر المعنوي كالحق في السمعة والشرف والاعتبار كسمعة الطبيب والتاجر والحرفي لا تخلو من الآثار المالية[1] .

الفرع الثاني : الأصل أن الضرر المعنوي لا يقوم بمال

في فقه القانون هناك اتجاه يرى أن الأصل في الضرر المعنوي وما رتبه من أذى لا يقوم بمال لأنه يمس قيما أدبية للإنسان ،فقياس درجة الحزن والألم أمر غير ممكن ومستحيل لأن الناس يتفاوتون في المشاعر والأحاسيس مما يصعب وضع معيار يجري وفقه تقويم بالمال وعليه فلا ينتقل إلى الورثة وفي ذلك يفترق الضرر المادي عن المعنوي ، فإتلاف المال والإصابة بالعجز في العمل تثبت للمضرور الحق في التعويض وينتقل هذا الحق إلى خلفه ويستطيع وارثه أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بقي حيا وينتقل التعويض إلى الورثة ، أما التعويض عن الضرر المعنوي فلا ينتقل إلى الورثة إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق مابين المضرور و المسؤول أو طالب به أمام القضاء .

ويمكن القول أن هذا الرأي قد تجاوزه الفقه لأنه حتى الضرر المعنوي وإن كان له مظهرا قابل للتقييم لكنه لا يقوم بالجبر الكامل ، فيكفي في التعويض أن يصلح من حالا لمضرور بما يواسيه ويخفف من آلمه وانه يكون من غير المنطق ان تعجز المسؤولية المدنية عن حماية القيم المعنوية غير مالية وهي الغالب والأكثر اهمية والأكثر حاجة للحماية لدى الإنسان ، ومن ثم لم يعد هناك ما يدعو إلى القول أن الضرر المعنوي غير قابل للتعويض لأن محله غير مالي .

ثم إن كثير من صور الضرر المعنوي تمتزج بالضرر المادي ، وعليه يمكن تقييمها بالمال كما هو الحال في السمعة وكذا حقوق المؤلف ، وليس بعيدا عنها الضرر الجسدي[2].

الفرع الثالث : مبدأ التعويض

أولا : مفهوم التعويض

لغة : هو العوض بمعنى البدل والجمع أعواض، عاضه بكذا عوضًا :أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، أخذ العوض، وإعتاض فلانًا أي سأل العوض .

وجاء في لسان العرب أن العوض هو البدل، والجمع أَعْوَاضٌ، والعَوْضُ مصدر قَوْلِكَ عاضَه عوضًا وعياضًا ومعوضةً وعوَّضَهه وأَعَاضَه، وإستعاضه أي سأله العوض، وتعوض أخذ العوض.

---

[1] . شهرزاد بوسطلة، **مرجع سابق**، ص99. ص100.

[2] . شهرزاد بوسطيلة، المرجع السابق، ص100. ص101.

وقد جاء أن التعويض هو :ما يقبضه من بعض حقه والباقي ما عداه، ويقال تعوضتها منه :أي أخذتها منه بعوض عن طريق الشراء أو الهبة، والتعويض يكون بالبدل، بالصيانة وبالخدمة وبالمال، والمخصوص هو التعويض المالي .

أولاً: تعريف التعويض في الاصطلاح الشرعي:

لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الإسلامي شائعا، ولم يكن مستخدما من قبل الفقهاء بل نجدهم أنهم يستخدمون مصطلح بديل وهو مصطلح الضمان، فنجد أكثر الفقهاء يستعملون لفظ الضمان على المال المطلوب أداؤه كتعويض مثل العين المملوكة فإنها تلزم من أتلفها .

وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض، لأن الضمان هو مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا، أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا، وهذه العلاقة بين الضمان وبين التعويض كمصطلحين في الفقه الإسلامي .

وعليه يجب التطرق أولا إلى تعريف الضمان:

أ –**تعريف الضمان لغة** :هو الكفالة والالتزام، فضمان الشيء هو الكفالة به وضمان المال إلتزامه.

ب – تعريف الضمان اصطلاحا : يستعمل بعض الفقهاء لفظي" الضمان والكفالة "كمرادفين لما يعم ضمان المال وضمان النفس .

ت – تعريف الضمان بمعنى التعويض :نجد أن لفظ الضمان قد ورد بهذا المعنى على لسان الفقهاء، ومع ذلك ما ذكره علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوب أداؤه شرعا عند تحقيق شرط أدائه.

وعرفه مصطفى الزرقا : بأنه التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، وقال الإمام الغزالي الضمان هو : واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة .

كما عرفه محمد سراج بقوله :هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أدائه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه، أو بارتكاب فعل أو ترك حرمةُ الشارع ذاتًا أو مآلا ، أما وهبة الزحيلي فعرفه بأنه : الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.

ومن خلال تعريف محمد سراج فإنه يتبين أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة، ولذا لم يفرق الفقهاء في الضمان بين المميز وغيره والجاد والهازل والعامة والمخطئ، لأن الخطأ لا ينافي عصمة المحل، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفا للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعًا في الشرع فإنه لا بد من رفعه.

فموجب التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض أي الواقعة التي كانت سببًا لنشوء الحق في التعويض، ويكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل وإما إساءة استعمال الحق بوجه عام.

فالتعريفات السابقة للضمان، صرَّحت بمعنى التعويض، وذكرت سببه تلميحًا وهو حدوث الضرر والهلاك والتلف، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا بمقابل الإتلاف والغضب.والذي نستنتجه من ذلك أن الفقهاء القدامى قد فطنوا إلى عدم الدقة اللغوية في لفظ التعويض، إذا أطلقت بمعنى جبر الضرر لذلك نجدهم يستعيضون عنها بتعبير الضمان أو التضمين.

فالتعويض هو :العوض الذي يستحقه المضرور جبرًا لضرره، والضمان هو الالتزام بالتعويض، لذا فلفظ التعويض ينطبق على الشيء المعوض به، سواء أكان مالاً أو فعلاً جبرًا للضرر، أما لفظ الضمان فيطلق على فعل التعويض وهو الالتزام بالشيء المعوض به، لذا رأى الفقهاء إطلاق لفظ الضمان على عملية التعويض، وهو الأقرب إلى الصواب .غير أنه نجد أن هناك بعض العلماء المعاصرين، منهم الشيخ محمود شلتوت، عرف التعويض في الفقه الإسلامي بقوله :هو المال الذي يحكم به من أوقع ضررًا على غيره في نفس أو مال أو شرف، والتقدير في تعويض الشرف من باب التعزير الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر .

الملاحظ أن معظم التعريفات التي تناولها الفقهاء جاءت تبين طريقة التعويض ولا تعريفه، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح.

ثانياً: تعريف التعويض في الإصطلاح القانوني:

لم يتطرق القانون المدني الجزائري والذي هو تحت رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13- إلى تعريف التعويض تاركًا هذا الأمر للفقهاء و الشراح ولأن القوانين ليست المكان المناسب للتعريفات إلا إذا

لزم الأمر لذلك، حيث نجد أن القانون المدني الجزائري تعرض مباشرة لبيان طريقة التعويض وكيفية تقديره عند تعرضه للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلـى

زيادة إيضاح فهو يعني عندهم : ما يلتزم به المسؤول في مسؤولية مدنية اتجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشئ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضًا عنه على نحو ما جاء في المادة 124 من القانون المدني الجزائري :« كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض».

ولقد تطرق بعض فقهاء القانون إلى تعريف التعويض منهم:

فقد عرفه سليمان مرقس بأنه :جبر الضرر الذي لحق المصاب، ولكي يجبر الضرر الذي لحق المصاب فلابد وأن يقوم المسؤول عن الضرر أو المسؤول عن تصرف من أحدث الضرر بدفع تعويض عادل للمصاب، يجبر ما لحق به من خسارة وما فات من كسب أو ما تكبده من نفقات للعلاج أو غيره، نتيجة لما لحق به من إيذاء .

كما عرفه البعلبكي روحي بأنه :مبلغ من المال يدفع إلى شخص تعويض عن ضرر أصابه، أو عبء تحمله، كما عرف التعويض أيضا بأنه : مبالغ يلتزم بها مسؤول عن ضرر معين، ويقصد بها جبر هذا الضرر، نلاحظ كذلك تطرق مراد عبد الفتاح إلى تعريف التعويض بأنه :مشتق من كلمة عوض أي يدفع بدل الذي ذهب و هو ما يعطي للمرء مقابل ضرر لحق به.

كما عرفه البعض بأنه : ما يلزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصابه ضرر، ربط ذلك التعريف التعويض بالمسؤولية المدنية أي العقدية و التقصيرية، والسبب يرجع إلى أن التعويض في القانون، هو جزاء يهدف إلى جبر الضرر الذي يرتبط برباط السببية مع الخطأ المؤدي إلى الإخلال بواجب قانوني، سواء أكان الضرر عن خسارة لحقت المضرور بالفعل أو كسب فائت، بصرف النظر أكان الخطأ مصدره القانون أو المصادر الأخرى لنظرية الالتزام .ومن جملة هذه التعريفات لمصطلح التعويض نجدها أنها تشترك في أن أساس التعويض يكون ماليا، بخلاف أساس التعويض في الفقه والذي يتضمن مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض، والأصل أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، أو قيمة العين إن لم يكن لها مثل، ونلاحظ أن المشرع لم يوضح نوع الضرر الذي يتم التعويض عنه، فقد

عبر عنها بلفظ يدل على الإجمال دون تحديد إن كان الضرر ماديا أو معنويا، إضافة إلى عدم تحديد ضابط لمقدار التعويض الذي يدفع للمضرور جراء ما لحق به من ضرر.

ثانيا :أدلة مشروعية التعويض والحكمة منه

1/- أدلة مشروعية التعويض:

تدل مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية تعويض الأضرار، وتؤكد ذلك الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن، ويعتبر التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعًا وعقلًا وقانونًا وعرفًا، جبرًا للضرر ورعاية للحقوق وزجرًا للمعتدين وتوفيرًا للاستقرار، وتحقيقًا للعدل .

فمن القرآن الكريم قوله تعالى : ﴿ٱلشَّهۡرُ ٱلۡحَرَامُ بِٱلشَّهۡرِ ٱلۡحَرَامِ وَٱلۡحُرُمَٰتُ قِصَاصٞۚ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ مَعَ ٱلۡمُتَّقِينَ ١٩٤﴾[1] .

وقوله تعالى :﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦﴾[2].

وقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ٤٠﴾[3]، فيدخل ضمن معاني الآيات كالقصاص ويدخل فيها أيضا التعويض المالي وهذا ما ذكره المفسرون ومن جملة التفسيرات منها:

تفسير القرطبي : أن أمر القصاص وقف على الحكام، وقال الشافعي وأبو حذيفة وأصحابهما وجماعة من العلماء عليه في ذلك المِثلِ، ولا يُعَدَّلُ إلى القيمة إلا عند عدم المثل .

وقول الرازي :وكل من أوجب تفويت هذا القدر على الغاضب قال بأنه يجب أداؤه إلى المغضوب منه، وقال ابن كثير :أمر بالعدل حتى في المشركين، ومنها أيضا عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد بن سيرين قال : وإن عاقبتم فعاقبوا، يقول إن أخذ الرجل منك شيئا فخذ منه مثله، وقال عبد الرزاق عن سفيان الثوري ويقول :إن أُخذ منك دينارًا فلا تأخذ تأخذ منه إلا دينارًا وإن أُخذ منك شيئًا فلا تأخذ إلا مثل ذلك.

---

[1] . سورة **البقرة** ، الآية: 194.

[2] . سورة **النحل**، الآية: 126.

[3] . سورة **الشورى**، الآية: 40.

حيث يستفاد من هذه الآيات على مشروعية التعويض كجزاء على تعدي المرء وكذا من مبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة والإنصاف .

أما من السنة النبوية فالأدلة كثيرة على تقرير مبدأ التعويض منها:

قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة امرأة سفيان لما قالت له : إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: خذي ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف".

فأباح لها الأخذ وألا تأخذ إلا القدر الذي يجب لها و هذا كله ثابت في الصحيح وروي أيضا عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه كان عند أحد زوجاته، فبعثت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم قصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة، فحبس القصعة المكسورة في بيت التي كسرها ودفع الصحيحة وقال إناء مثل إناءٍ وطعام مثل طعامٍ».

ومما يظهر من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام والإناء التالف بمثليهما، وهذا دليل صريح على مشروعية التعويض عن الضرر.

وهذا ما يرشدنا إلى تلك القاعدة الفقهية والتي أصلها حديث نبوي شريف : « لا ضرر ولا ضرار»، ففي هذا الحديث وما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض صيانة لأموال الناس من كل اعتداء ، وجبر ما فات منها بالتعويض.

وقد استنبط الفقهاء المسلمين من الحديث قواعد كلية استعانوا بها على نفي ودفع الضرر يتحمل «الضرر لا يزال بضرر « و الضرر يزال » ومشروعية التعويض ومن بينها يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ومما يتضح أن لهذه القواعد أثر كبير وأحكام كثيرة في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الضرر وفي دفعها، ومن بين التطبيقات الفقهية العديدة لها : أكل الميتة للمضطر، دفع الصائل وغيرهما .

2/- حكمة مشروعية التعويض:

مما لا شك فيه أنها ما شرع التعويض عبثا وإنما شرع رحمةً من الله عز وجل وحفظًا لمقاصد الشريعة الإسلامية، حيث نجد أن التعويض شرع لتعويض ما افتقدوه، ولما كان القصاص في الأموال يشكل خطرًا و هذا لمقصد حفظ المال فاقتضت حكمة الله أن يزجر كل نوع من هذه الأنواع بزواجر قوية

تردع قدر الإمكان أن يفلعوا ذلك مرة أخرى، والجوابر مشروع لما فات من المصالح من حقوق الله والعباد، ولهذا لم يشـرع القصاص في المـال وحل محلـه الضمـان، ولهـذا جاءت مقاصد الشريعة الإسلاميـة

للمحافظة على مال المسلم ونفسه، وقد أوضحت النصوص بأهميتها ومما جاء فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم :« إن دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا»[1]. وقوله أيضا « :لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس»[2] ، حيث أن تقرير التعويض بالمثل أو القيمة من شأنها أن يجبر ، الضرر الواقع بحقوق المسلم، وينصف المتضرر ويقيم نوع من التوازن والعدالة، ويردع المعتدي عن معاودة فعلته.مما لا شك فيه أن مقاصد الشريعة تهدف إلى إصلاح دنيا الناس ولهذا شرع التعويض عن الضرر وفي هذا تتضح عظمة هذا التشريع الرباني رحمة بهذه الأمة، حيث جعل هذا المبدأ جامعًا لكل خير، دافعًا لكل شر، فهو يصون الأموال من الضياع والنقص ويحفظ الملكية حتى لا تستباح وتهدر ويعم الفساد، فإن حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة الأنفس، بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس لذلك اقتضت الحكمة أن تكون صيانة الأموال بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو بالقيمة جبرًا للضرر والنقص الذي يلحق المضرور بإتلاف ماله وفي نفس الوقت يكون ذلك قمعًا للعدوان، وزجرًا للمعتدين، ورعاية للحقوق و هذه أفضل حماية لجبر الضرر .كما تنبثق عن حكمة مشروعية التعويض المصلحة الاجتماعية، وتظهر وتتجلى من قضاء سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقطع أيدي الغلمان الذين نحروا ناقة، وتغريم سيدهم بضعف ثمنها .ولهذا لم يشرع القصاص في الأموال، لأن ذلك يؤدي إلى اتساع دائرة الأضرار وكثرة ضياع الأموال لانتشار المقابلة بالمثل، و هو ما يؤدي إلى زيادة المفسدة، وهذا يتناقض مع حرمة المال وصيانة حق التملك وحماية ثروة المجتمع وعليه مما تقدم يتضح جليًا أن الحكمة من مشروعية التعويض هي سدًا لطريق الثأر والضغائن والتقاتل والحقد، وجاء التعويض لجبر الضرر وإصلاح ما يمكن إصلاحه هدفًا منه لتهدئة النفوس، وضمان حق المتضرر[3].

[1] . حديث **صحيح** ، رواه **البخاري**.

[2] . حديث **صحيح**، أخرجه أحمد والبيهقي والدار قطني وغيرهم.

[3] . نين عمارة، **مرجع سابق**، ص50 .ص51.

الفصل الثاني

أحكام وآثار التعويض

الفصل الثاني : أحكام وتأثير تعويض الضرر في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : أحكام تعويض الضرر في العدول عن الخطبة

إذا كان الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية فإن التعويض جزائه، ولم تعرف المجتمعات البشرية الأولى هذا النظام إلا بظهور القانون الزماني الذي قلل من فكرة الثأر حيث كان الالتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة عقاب المخطأ بالثأر وكان ذلك من ظل الشرائع البدائية وبمجيء الإسلام ذهبت شريعته السمحاء و النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظم الوضعية القديمة التي سبقتها بتشريع القصاص في قوله تعالى ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ١٧٨ ﴾[1]، والدية في قوله عز وجل: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٍ أَن يَقۡتُلَ مُؤۡمِنًا إِلَّا خَطَـٔٗاۚ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْۚ ﴾[2]. كما شرع الضمان في الإتلاف والتعدي .

ولقد قنن المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد 124 الى 133 من المادة 182 إلى 187 من القانون المدني (ق.م) مستمدا إياه من التقنين الفرنسي ناقلا الفكر الذي استقر عليه ، وكذلك نجد ان المشرع تطرق إلى مسالة التعويض عن الضرر في المواد 05 و 53 مكرر، و وغيرها من قانون الأسرة الجزائري. وعلى هذا سنتطرق في هذا الفصل إلى أحكام التعويض عن الضرر المادي و المعنوي.

المطلب الأول : أحكام تعويض الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة

تعد الخطبة أول خطة في سبيل تكوين الرابطة الزوجية ولذا فإن اهميتها من أهمية الزواج ونظرا للمقصد من تشريعها تكون وسيلة للتعارف والتقارب بين الخاطبين من أجل تحقيق التراكن المطلوب فيها والذي يعد ممهداً لإبرام الزواج ولقد عرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 05 بأنها وعد بالزواج، و أضاف انه يجوز لكل من الطرفين العدول عنها.[3]

وإذا ترتب عن هذا العدول ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض. ولما كان العدول حقا يجيزه الشرع و القانون باعتبار الخطبة مجرد وعد غير ملزم للطرفين ، و في الوقت نفسه قد

---

[1] . سورة **البقرة**، الآية : 178.

[2] . سورة **النساء** ، الآية: 92.

[3] . بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص31. ص63.

يصب أحد الخاطبين الضرر من جراء عدول أحدهما عن اتمام وعده ، لهذا ورد في النص التعويض عنه، حيث يحدث أن يشترط أحد الخاطبين على الأخر شرطا ما كأن يفرض الخاطب على المخطوبة التخلي عن وظيفتها ، أو أن تطلب المخطوبة بيت أو جهازاً معينا، فالمتفق عليه أنه يجب تعويض الضرر الناجم عن تلك شروط في حالة العدول، طبقا لقاعدة لا ضرر و لا ضرار.

ولا ريب انه مع هذه الأضرار المادية تصاحبها أضرار معنوية تكون أشد وقعا على صاحبها ، فقد تصبح المخطوبة المعدول عنها مادة إعلامية دسمة تلوكها الألسنة لمعرفة سبب عدول الخاطب عنها، أو قد تتسبب الفتاة التي ترفض الاستمرار في الخطبة مع شاب لم يجهز ماديا بعد للزواج بحجة أنه تقدم لها من يفوقه مالا لخطبتها، فهي تتسبب في ضرر معنوي يجعله ييأس من الزواج خاصة في هذا الزمن الذي أصبح فيه الزواج مكلفا [1].

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن العدول عن الخطبة لا يكون سبباً إلا في التعويض عن الضرر المادي ، أما الضرر الأدبي (المعنوي) فإنه لا يعوض إلا اذا سبقه استغواء مصحوب بخديعة أو غش أو ضغط أدبي .

نفس الرأي تبناه الإمام أبو زهرة في قوله بعدم التعويض عند الضرر المعنوي لأنه ناشئ عن الإخلال بقواعد الشريعة الإسلامية نتيجة تصرفات غير مشروعة ومنهي عنها أصلا، والفقه الإسلامي القديم لم يتطرق الى التعويض عن الضرر المعنوي نتيجة لتمسك المجتمع بالتقاليد الإسلامية إلا أن تطور الحياة الاجتماعية للمجتمع الجزائري من حيث ثقافته ونمط عيشه أصبح من الضروري أن ينص على تعويض الضرر المعنوي.

وتجدر الإشارة الى الوفاء بالعهد و الوعد مطلوب ومندوب إليه شرعا لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾﴾[2]، فمن باب مكارم الأخلاق لا ينبغي للإنسان أن ينقض عهده ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة تبرر نقضه لوعده.

[1] . بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص 63.

[2] . سورة **الإسراء**، الآية: 34.

الفرع الأول : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم لمبدأ التعويض الضرر المعنوي عن العدول في الخطبة، وذلك لعدة أسباب.

أما عند الفقهاء و المعاصرين فقد انقسموا إلى اتجاهين:

- **الاتجاه الأول : عدم التعويض**

ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواء أكان ماديا أو معنويا وقد ذهب إلى هذا كل من الشيخ محمد بخيت و الأستاذ الدكتور عمر سلمان الاشقر ويمكن إجمال أدلة الفريق في النقاط التالية :

1- إن التعويض لا يتفق وطبيعة الخطبة فالمفروض فيه انه لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد أو فعل ضار ، والخطبة ليست بعقد ولا يترتب عليها أثر ما ، وكل ما في الأمر أنها وعد.

2- من المقرر شرعا أن العدول حق مكفول الطرفين في وقت لزومه ومشروعيته ، ومن المقرر أيضا [الجواز الشرعي ينافي الضمان] أي أن من يمارس حق مشروعا أو إباحة لا تكون مسؤولاً عما يترتب عليه من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية.

3- إن الخطبة مقدمة تمهيدية لعقد خطير وهو الزواج ، وقد جعل الشارع العدول عنها حقاً شرعياً للخاطب اذا توفرت مبرراته، وعليه فلا بد من ترك الحرية الكاملة له بالإقدام أو الإحجام و لو حكم بالتعويض عن العدول لكان في ذلك الإلزام ضمني للخاطب للزواج من مخطوبته مع رغبته عنها فكأن في الأمر إكراه غير مباشر.

4- إن المطالبة بالتعويض عن العدول كثيرا ما تكون بسبب الاغترار وليس التغرير كما أن تفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب و الاختلاط به يرتب مسؤوليتها الديانية و لا تستحق تعويضا إذا عدل عنها هذا الخاطب.

5- يرى الدكتور عمر سلمان الأشقر أن القول بالتعويض مخال لإجماع الأمة الإسلامية.

- **الاتجاه الثاني : التعويض مع التفصيل**

يتضمن هذا الاتجاه مذهبين يقولان بالتعويض فيوجب الأول التعويض مطلقا دون تفصيل، أما الثاني فيقول بالتعويض لكن مع شيء من التفصيل، ويستدل مؤيدوا التعويض بالأدلة التالية:

1- أن العدول عن الخطبة وإن كان مباحا فإنما أبيح لهدف معين هو إقامة الفرصة لكل من الخاطبين لتفادي الارتباط بزواج لا يرتضياه، أما إذا رافق هذا الفسخ خطأ أو ضرر لم يكن جديرا بحماية القانون، فإنه يحق للأخر المطالبة بالتعويض.

2- كل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصداً أو مآلاً أيا كان منشؤه ، والقاعدة الفقهية تقرر أنه (لا ضرر و لا ضرار).

3- يقرر الأستاذ السباعي أن مبدأ التعويض عن العدول اذا انشاء عنه ضرر مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة.

4- يعتبر الاستاذ فتحي الدريني العدول المعيب عن الخطبة من باب التعسف في استعمال الحق، لأن الفعل مشروع بخلاف ما اذا تم اعتباره من باب المسؤولية التقصيرية فيكون العدول ممنوعاً وفي كلا الحالتين يتقرر التعويض للطرف المتضرر.[1]

موازنة بين الاتجاهين:

لا شك أن كل الاتجاهات السابقة تتفق على أن الخطبة وعد بالعقد و أن الوعد غير ملزم الوفاء به قضاءاً فكل الطرفين حق العدول و لمناقشة أدلة الاتجاهين نُبين ما يلي:

1-إن قول نفاة التعويض بأن العدول حق ، والحق لا يترتب عليه تعويض لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان ، وهذا ثابت ولكن التعويض هنا ليس على الحق بل نتيجة لإساءة استعماله المضر بالغير.

2-أما القول بأن التعويض والوعد بالخطبة لا يتفقان ويقع التناقض بالجمع بينهما فيرد عليه بأن التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطبة إطلاقا و أن لا وجه للاقتران بينهما من أجل القول بالتناقض المفترض.

[1]. الاستاذ بن زيطة عبد الهادي ، **مرجع سابق** ، ص 89-94.

وبالنسبة لرأي الشيخ الزرقا حول عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال فإن خلاف ذلك وراد في المواطن التي يرد فيها الشارع حكم مقدار او عقاب واجب، و أقوال الفقهاء التي يمكن الاستدلال بها على مشروعية التعويض بعيدة عن نطاق التعزيزات المالية لأنها تندرج في السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم كإجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدي عليها بما يراه مناسب و هذا ما لا يكون إلا في المواطن التي لم يرد فيها نص يُفيد حكما واجب الإتباع.

3-و بالمقابل يرى البعض أن التعويض المعنوي ليس بالأصل في فقهنا الإسلامي، و أنه من قبل الإفرازات الخارجية على مجتمعاتنا المسلمة، وعلى هذا فإن حلولها نابعة من خارج الدائرة الإسلامية.

إن معالجة القضايا بهذه النظرة الضيقة لا يساهم في ترقية الاجتهاد الفقهي و تطويره و بالضرورة خدمة مصالح المسلمين.

وبالرغم من اتساع قواعد الشريعة بهذه المسألة إلا انه من الممكن تخريجها وفق المصالح المرسلة تخريجا بأصل المسألة ويقعد لها ولنظائرها مع مراعاة الضوابط المقاصدية وعدم الخروج عنها ، وهذا منهج الإمام مالك في المصالح المرسلة كما قرره الإمام الشاطبي .

وإذا كانت الحياة في المجتمعات الإسلامية قد تطورت واختلطت بمظاهر التقليد الغربي وزالت أُطُرُ الحشمة في تعاملاتنا، فأصبحت أحوالنا الشخصية امتدادا أو تقليدا في الكثير منها كما يعرف الغرب اليوم من الاختلاط والإباحات ، وخاصة في مرحلة الخطية الخطبة التي أسيء فهمها واستغلت لغير ما شرعت له ، فأصبحت مقصدا لذاتها بالرغم من كونها وسيلة تساهم في تحقيق المقصد الخاص من الزواج بنجاح ، وبالتالي فإن الحاجة إلى أحكام فقهية من باب المؤيدات تبدو ماسة ، وما تقرير تعويض عن كل من تسبب بتعسفه أو فعله غير مشروع في ضر معنوي لطرف الأخر ما هو إلا إحدى هذه الوسائل ، وهو بلا شك مصلحة راجحة عامة مؤكدة، وقد روي عن عبد العزيز رضي الله عنه قوله: (تحدث للناس أقضية بقدر ما أحد تؤمن الفجور، ولعل هذا المنظور يكون مناسب في ما يرى ومعللا بالمصلحة على مذهب جل الفقهاء المعاصرين)[1].

[1] . بن زيطة عبد الهادي، **مرجع سابق**، ص 96-99.

وقد نص المشرع الجزائري صراحة على التعويض عن الأضرار المعنوية الناتجة عن العدول عن الخطبة و ذلك من خلال نص المادة 05 في الفقرة الثالثة من الامر رقم 05-02 المعدل ، و المتمم لقانون الأسرة الجزائرية التي تنص على أنه [إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض].

وقد استندت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1989 حيث اقرت بمبدأ التعويض عن الاضرار بنوعيها (المادية والمعنوية) موضحا بأن الاعتراف بالخطبة أمام القضاء يعد اقرارا قضائيا ، وما دامت المخطوبة قد اعترفت أمام القضاء بذلك وان العدول عن الخطبة كان من فعلها وحيث انه من المقرر ايضا انه اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي او ادبي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض وان القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون فالتعويض اذن يخضع للقواعد العامة [1].

أما في الفقرة 3 من المادة 05 من قانون الاسرة نلاحظ انها كرست مبدأ الحق في طلب التعويض بشرط حصول ضرر يبين العدول وأخضعته الى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع دون قيد مما يتعين على المحاكم ان تحكم به للطرف المتضرر حتى تَبتَ لديها تعسف الطرف العادل في استعمال حقه في العدول عن الخطبة من اجل اخراج الاضرار الناتجة من مجرد العدول من دائرة التعويض وبالتالي يجب ضبط اساس التعويض بالتعسف باستعمال الحق .

من هنا يمكن القول بأن ما ذهب اليه المشرع الجزائري يتفق مع روح الشريعة الاسلامية التي قررت أنه (لا ضرر ولا ضرار) ، وهذه القاعدة تتفق مع مبدأ إساءة استعمال الحق فيكون التعويض حقيقة ليس بمجرد العدول عن الخطبة الذي هو حق مقرر لكل من الطرفين ، وغُنمًا عن الضرر الناشئ عن افعال صاحبة العدول.

وعليه كان على المشرع أن يحدد شروط الحكم بالتعويض وان يجعل الافعال المصاحبة للعدول هي مناط التعويض وليس العدول في حد ذاته ، وحتى إن قيل أن المشرع قد أوكل الحكم بالتعويض ضمن قواعد المسؤولية المدنية وشروطها وبما تمليه قناعته ، وعليه فسيقدر اسباب العدول ويحيط بظروفه ويعين المسؤول ويحكم بما يجبر المضرور في حالة العدول .

1 . أكاسولن خيرة، تواتي طاوس، **الخطبة وآثار العدول عنها**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013/2012، ص217.

الفرع الثاني : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري.

لقد بين المشرع الجزائري في قانون الاسرة مسألة تعويض الضرر المعنوى الناجم عن العدول عن الخطبة وذلك في عبارة واضحة وقاطعة كما جاء في المادة الخامسة على النحو التالي :

* الخطبة وعد الزواج .

* يجوز لطرفين العدول عن الخطبة .

* اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوى لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض .

وهذا يعني أن الحكم بالتعويض جائز متروك لصلاحيات القاضي ولا شك ان المشرع قد استند الى أساس معين في هذه المادة قد يكون قانوني أو شرعي .

وإذا تأملنا نص الفقرة 03 من المادة 05 نجد لفظ الجواز اي جواز الحكم بالتعويض وهذا اللفظ ينصرف لاستيعاب دلالة الخلاف الوارد في المسألة التي فصلنا فيها سابقا .

ولهذا يمكن ان لا يحكم القاضي بالتعويض وذلك اذا ما بدت له المبررات المقنعة كأن لا يكون الضرر المعنوي معتبرا أي ناتجا عن خرق لقاعدة شرعية .

وبالرجوع الى القضاء نجد ان المحكمة العليا في قراراتها تؤكد على حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض فجاء فيه أنه :" من المقرر ان الاقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه امام القضاء، وهو حجة قاطعة على المُقر ، ومن المقر ايضا انه اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأين يعد خرق للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي اصيب به بالرغم من اقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة امام القضاء يكون قد خالفوا القانون و متى كان ذلك يستجوب نقض القرار المطعون فيه "[1].

[1] . نقلا عن: **قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية**، قرار بتاريخ 1998/12/28، ملف رقم 56098 المجلة القضائية.

المطلب الثاني : أحكام التعويض عن الضرر المادي

المقصود بالضرر المادي هنا :

هو الضرر الذي يصيب الشخص في ذمته المالية وليس هناك اختلاف بين الفقهاء في ان الخطبة والوعد بالزواج وتقديم المهر أو بعضه ليس عقدا ولكل واحد من الخاطبين العدول عن الخطبة .

أ- **صور العدول عن الخطبة** : يذكر بعض العلماء صورا متعددة تنتج عن العدول عن الخطبة منها .

يقول مصطفى السباعي : ولا شك في ان المخطوبة قد تتضرر أدبيا أو ماديا ضررا بالغا بالعدول عن خطبتها كأن يُفوتَ الخاطبُ عليها خاطباً آخر، كان مستعد لأن يدفع لها مهرا اكثر او يعيش معها في مستوى من المعيشة أعلى وأكرم .

كما يصور زكي الدين شعبان أشكالا أخرى من الاضرار في قوله : " ان الخطبة اذا فسخت بعدول أحد الطرفين عنها ، وترتب على فسخها لحوق ضرر مادي بالطرف الآخر، كما إذا قامت المخطوبة بإعداد الجهاز أو تركت عملها الذي كانت تكتسب منه ثم عدل الخاطب عن خطبتها او قام الخاطب بإعداد مسكن خاص ثم عدلت المخطوبة عن الخطبة .

وعموما فإن العدول في حق كل واحد من الطرفين قد يتسبب في العديد من الاضرار التي ليس لأحد الطرفين دخل فيها ، فمنها المادي مثل تعويض المنافع ومنها المعنوى الذي يمس جوانب السمعة والخلق والإحساس بكلا الطرفين[1] .

الفرع الاول : اتجاهات الفقهاء والقانونيين في التعويض

ليس في كتب الفقه الاسلامي القديمة ولا عند فقهاء المذاهب تعرض لمبدأ التعويض عن الضرر عند العدول ولعل ذلك راجع لأسباب متعددة منها :

1- أن مثل هذه الامور كانت تجري في عهود الفقهاء على نحو من البساطة واليسر لعدم استمرار الخطبة مدة طويلة .

2- ثم إن كل من طرفي الخطبة يعلم مسبقا ان حق العدول مقرر له شرعا فكان لزاما عليه أن يتوقع العدول من جانب الطرف الاخر في اي وقت .

[1] . محفوظ بن الصغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، دار الوعي للنشر والتوزيع، 2012 الجزائر، ص71.ص73.

3- كما ان الحياة الاجتماعية في زمن اولئك الفقهاء لم تكن من شأنها ان تترك مجالا للإضرار بالمخطوبة فالإسلام لا يبيح للخاطب إلا النظر والحديث الى مخطوبته بحضور المحارم .

لهذا لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع وعلى الخلاف فقد نالت هذه القضية اهتمام الفقهاء والقانونيين المعاصرين نظرا لتطور الحياة الاجتماعية وتأثرها بالحياة الغربية ، وفساد الاخلاق وضعف الوازع الديني مما أوجب على فقهاء الشريعة ورجال القضاء التفكير في مبدأ التعويض تطبيقا لقوله صل الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار "[1]. وعملا بنظرية التعسف في استعمال الحق .

وقد اختلف في هذا الموضوع ، وبانت اتجاهاتهم بين مؤيد ومعارض لمبدأ عدم التعويض مطلقا واتجاه ثالث ذهب الى القول بالتفصيل ولكل وجهة نظره فيما ذهب اليه .

الاتجاه القانوني :

حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الاسرة على انه " اذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز له الحكم بالتعويض".

من خلال بيان الطبيعة القانونية للخطبة بأنها مجرد وعد وليست عقد وان العدول عنها مقرر لكل من الخطيبين لكونه مباحا شرعا ، وجائزا قانونا والحكمة من هذا الجواز هو تمكين الخطيبين من تفادي زواج لا يحقق الغاية المقصودة وهذا الجواز تعارضه الفقرة الثانية من نفس المادة التي رتبت التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي تنتج عن العدول ذاته، وهو ما يتنافى ايضا مع القواعد الفقهية والقانونية التي تنص على أن: " الجواز ينافي الضمان وعليه لا يكون التعويض عن العدول ذاته باعتباره واقعة او تصرف اجازه القانون والشرع وإنما يكون التعويض عما صاحب ذلك العدول من اضرار مادية ومعنوية وقد يترتب على العدول عن الزواج بعد تمام الخطبة ضرر ينال الطرف الاخر الذي لم يعدل فقد ينال المرأة ضرر بسبب عدول الرجل لأنها اعدت الجهاز مثلا فهل يغرم العادل من ماله عوضا للأضرار المالية و غير مالية .

جاء موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن على اطلاقه دون تحديده للأضرار المادية والمعنوية على اساس ان التعويض سببه إلحاق الضرر بالطرف الآخر، وليس هو استعمال الحق في العدول في حد ذاته .

[1]. أخرجه الامام مالك، **كتاب الأقضية**، سبق تخرجه.

ومنه يلاحظ ان المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ التعويض عن العدول عن الخطبة اذا نشأ ذلك ضرر مادي او معنوي على اساس المسؤولية التقصيرية كسائر الافعال غير شرعية الاخرى والتي تقع لأسباب اخرى .

موقف القضاء :[1]

لم يستقر القضاء الجزائري على اي اجتهاد فيما يخص التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي تصاحب استعمال الحق في العدول عن الخطبة فقد عمد الى تطبيق المادة الخامسة من قانون الاسرة دون تقييد .

ومن الامثلة ما ورد : القرار الصادر عن المحكمة العليا والمؤرخ في 1989/12/25 من المقرر قانونا ان الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه امام القضاء . وهو حجة قاطعة على المقر.

ومن المقرر ايضا انه اذا ترتب على العدول عن الخطبة ضرر مادي او معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هاذين المبدأين يعد خرقا للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال ان المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف ورفضه الدعوى المتضمنة طلب التعويض من الطاعن على الضرر الذي اصيب به بالرغم من اقرار المطعون ضدها بفسخ الخطبة امام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة

إذا أقام المتضرر من جراء التعسف في العدول عن الخطبة دعواه امام القاضي وتقرر ان هناك مسؤولية تقصيرية ناتجة عن هذا التعسف فإن القاضي يحكم للمدعي بتعويض عادل عن الاضرار المادية والمعنوية الناتجة اللاحقة به، بالإضافة الى الحكم بإرجاع الهدايا والمهر اذا كان قد قُدما مسبقا .

01/ – حكم المهر والهدايا :

أ- **حكم المهر بعد العدول عن الخطبة :**

من المعلوم ان المخطوبة لا تستحق المهر إلا عند ابرام عقد الزواج، ويتأكد ذلك بالدخول ومرد ذلك الى كون الخطبة مجرد وعد بالزواج ولا ترقى الى مرتبة العقد، ومع ذلك فإن من الممكن ان يدفع الخاطب الى المخطوبة المهر في مرحلة الخطبة، وذلك لتجهيز نفسها او لتجهيز المنزل وهذا ما جرت

[1] . **المصدر السابق**، ص84. ص85 .

عليه العادة في بعض المجتمعات، تنص المادة 14 من قانون الاسرة الجزائري انه :" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود او غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ."

فالمهر واجب وأبرز دليل على ذلك قوله تعالى :﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤ ﴾ [1]، وقوله تعالى :﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ ٢٣٦ ﴾[2].

وقوله صلى الله عليه وسلم :" التمس ولو خاتم من حديد "[3].

والحكمة من المهر تكريم المرأة وإظهار الرغبة في الزواج بها فهو شرط من شروط عقد الزواج، ولا يجوز الاتفاق على اسقاطه ومن الثابت أن المهر او الصداق مرتبط بعقد الزواج إلا ان الخاطب قد يبادر الى دفعه في فترة الخطبة.

غير أنه إذا تم العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة او المشتركة للخطيبين فمن حق الخاطب في هذه الحالة استرداد ما دفعه من صداق إن كان قائما، وإذا هلك او استهلك استرد مثله او قيمته .

فإذا تصرفت الخطيبة في المهر بإعداد جهازا لاستقبال الحياة الزوجية، فإنه في هذه الحالة استرداد المهر فيه مضرة للخطيبة ، وقد يرهقها عسرا فيجوز للخطيبة ان تعطي بدل المهر ما اشترى باحتساب قيمته يوم الشراء بما انه مفصل ومجهز على مقاسها وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه .

رقم ان المشرع الجزائري قد عرف المهر في المادة 14 من القانون 84-11 إلا انه لم يتطرق ولم ينص صراحة على مسالة المهر المقدم خلال فترة الخطبة، وقبل انعقاد العقد سواء في القانون رقم 84-11 أو حتى بعد التعديل الذي جاء بموجب الامر 02/05 إلا اننا بالرجوع الي نص المادة 05 من ق .أ.ج التي جاء فيها: " يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل ".

---

[1] . سورة **النساء**، الآية: 04

[2] . سورة **البقرة**، الآية: 236

[3] . حديث صحيح، **رواه البخاري ومسلم**.

وذلك لأن الصداق دفع لغرض معين لم يتم هذا الغرض وهو الزواج ، ووجب استرداده لأن الخطبة مجرد وعد بالزواج وذلك ما جاء في المادة 16 ق.ا.ج التي تنص على :" تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول "[1].

ب- **حكم الهدايا المتبادلة بعد العدول عن الخطبة :**

إن الهدية هي ما تمنح للمخطوبة أو للخاطب خلال فترة الخطبة كعربون محبة وإبراز الرغبة لإبرام عقد الزواج من الطرفين وذلك لقوله صل الله عليه وسلم :" تهادوا تحابوا " [2].

إذ جرى العرف أن يقدم الخاطب الى خطيبته حلي وملابس وغيرها في الأعياد والمناسبات، بل قد يمتد تبادل الهدايا الى عائلتي الخطيبين رغبة منهم في توطيد العلاقة ولقد اختلف الفقهاء في مسألة استرداد الهدايا المتبادلة بين الخطيبين خلال فترة الخطبة في حال عدول احد الطرفين عن الخطبة، وأصح الآراء هو رأي المالكية، فقد ذهبوا الى التمييز بين الطرف العادل عن الخطبة والطرف المعدول عنه فإذا كان العدول عن الخطبة من جانب الخاطب لن يسترد شيئا مما اهداه أما اذا كان العدول من طرف المخطوبة جاز للخاطب أن يسترد ما أهداه فيأخذها عينا ان كانت قائمة، وإذا هلكت أخذ مثلها إن كانت مثلية او قيمتها ان كانت قيمية ، إلا اذا كان هناك شرط او عرف يقتضي غير هذا العمل فيعمل به فلا شك ان المخطوبة سوف تتألم من عدول الخاطب ، وليس من اللائق مضاعف الألم ولعل في ترك الهدايا بعض التخفيف عن الألم ، أما اذا كان العدول من المخطوبة فليس من العدالة ان تحرم الخاطب مما قدمه لها من هدايا وهو لم يقترف أي ذنب أو خطأ .

وقد وضع المشرع الجزائري حكم واحد لمسألة استرجاع الهدايا عند العدول عن الخطبة وذلك في الفقرتين 3 و 4 من المادة الخامسة والتي تنص على ما يلي :" لا يسترد الخاطب شيئا مما اهداه ان كان العدول منه وان كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك ". وهذا قبل التعديل اما بعد التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري بموجب الامر 02/05 فأصبحت المادة الخامسة في فقرتها 5/4 تنص على ما يلي :" لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها اذا كان العدول منه ، وعليه ان يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته وان كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته .

[1] . أكاسولن خيرة، تواتي طاوس، **مرجع سابق**، ص34.

[2] . حديث صحيح، **اخرجه البخاري**.

ج- كيفية التعويض :

فيما يتعلق بطريقة التعويض عن الضرر المادي في العدول عن الخطبة فلم ينص المشرع الأسري الجزائري على كيفية تقدير هذا التعويض، وبالرجوع الى قواعد العامة نجد المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا ، كما نصت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه يقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الضار" [1].

د- الضوابط التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر :

التعويض في حالة العدول عن الخطبة ليس إكراها على إتمام العقد ، وإنما هو محاولة لجبر الضرر الذي لحق بالطرف الآخر نتيجة التعسف في استعمال حق العدول والمعايير التي يستشف منها القاضي واقعة التعسف في العدول عن الخطبة تكمن في :

1- معيار قصد الاضرار :

وقصد الاضرار من العادل يظهر بقرينة تكليف الطرف الآخر إلتزامات أو ادخاله في ارتباطات مع رغبته الكامنة في انهاء الخطبة أو البحث عن شريك آخر يفضله بمال أو جاه أو غيرهما، فاستعمال حق الاستمرار في الخطبة أو العدول عنها يحكمه ضابط عدم الاضرار .

2- معيار الضرر الفاحش :

ونحن بصدد التعويض عن الضرر المادي فعلى الطرف الذي يطالب بالتعويض ان يثبت الضرر المادي الذي لحقه من جراء العدول، كأن تُثبت المخطوبة أنها قد دفعت مصاريف حجز قاعة الحفلات والتي لا يمكن استردادها في حالة العدول عن الخطبة، فيكون بذلك قد لحقها ضررا ماديا لكي يلزم القاضي الخاطب العادل بتعويضها عما تكبدته من نفقات .

وعلى العموم فإن ضابط تقدير الضرر هو ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1999/03/16 حيث قضت بأنه "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من

[1] . خرصي صوارية، **الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة**، الجزائر، مذكرة شهادة الماستر ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

اختصاص وتقدير قضاة الموضوع"[1]، ففي مثل هاته الحالات يرجع تقديره للسلطة التقديرية للقاضي، وأن الاشكال في الحقيقة هو في إثبات وقوع الضرر في حد ذاته .

[1] . المحكمة العليا ، **غرفة الأحوال الشخصية:** 1999/03/16 ملف رقم 216865، المجلة القانونية، العدد الخاص 2001، ص 256.

المبحث الثاني : أحكام التعويض عن الضرر في فك الرابطة الزوجية

معنى الفرقـة (فك الرابطة الزوجية):

الفرقة في باب النكاح هي انهاء عقد الزواج ، والتفريق بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما لأي سبب يقضي ذلك كالطلاق ، أو الخلع أو العان أو بواسطة التفريق القضائي ، ونحو ذلك من أسباب الفرقة كموت أحد الزوجين أو فسخ عقد الزواج لأي سبب من الأسباب الشرعية التي توجب ذلك.

أنواع الفرقة:

تكون الفرقة بين الزوجين بأحد أمور ثلاثة:

- **أولا** : تكون بالطلاق من الزوج وقد ثبت حقه فيه بنصوص خاصة قطعية الثبوت والدلالة ولا تحتمل تأويلا ولا تحتاج الى تفسير ضمني من المحكم الذي لم يتناوله فسخ كلي أو جزئي ويجب العمل به كما هو ومن أنكر ذلك فقد أنكر شيئا علم من الدين بالضرورة.
- **ثانيا**: تكون بالفسخ من القاضي ، وقد ثبت حقه في التفريق بأدلة عامة ترجع الى قاعدة منع الضرر.
- **ثالثا**: أن يوجد عند العقد ما ينافي قيام الزوجية شرعا أو يطرأ بعده ما ينافي بقاءها، وحينئذ ينفسخ الزواج من غير طلاق من الزوج ولا فسخ من القاضي.

موقف المشرع الجزائري:

نجد أن المشرع لم يجعل الفسخ صورة من صور انحلال الرابطة الزوجية، ذلك لأن إنهاء الحياة الزوجية كما يكون بالطلاق يكون بالفسخ ، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء إنما الخلاف بينهم فيما يتناوله كل من الفسخ أو الطلاق من فرق الزواج ، فما يعد فسخا في بعض المذاهب قد يعد طلاقا في مذاهب أخرى[1].

وأما انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق فقد تناولته المادة 48 والتي نصت على ما يلي: [مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون].

ومن هذا النص يتضح أن المشرع قد حصر طرق الفرقة بين الزوجين في الطلاق بإرادة الزوج وبالإرادة المشتركة بين الزوجين وبطلب من الزوجة عن طريق التفريق القضائي طبقا للمادة 53، أو عن

[1] . محفوظ بن الصغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2012، ص15.ص16.

طريق الخلع طبقا للمادة 54، كما أن المادة 55 أضافت حالة الطلاق بسبب نشوز أحد الزوجين كأسباب قانونية.

المطلب الأول : التعويض عن الضرر في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

جاء في المادة 48 من قانون الاسرة [يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج] حيث اعتبرت هذه المادة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج صورة من صور فك الرابطة الزوجية.

ذهب المشرع الجزائري الى الحكم بالتعويض في الطلاق التعسفي طبقا لنص المادة 52 والتي ونصت على أنه [اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها. حيث يتضح من خلال هذا النص أن تعسف الزوج في الطلاق سبب للحكم بالتعويض. إلا أنه يتعين على القاضي وهو يبحث عن وجه التعسف في الطلاق ألا يجعل من هذا التعسف الذي ورد بالنص قيدا على الطلاق الذي شرعه الله تعالى وإذا قامت مبرراته، كما انه لا يجوز ان يكون الغلو في تقدير التعويض مبالغا فيه بالقدر فيه بالقدر الذي يعجز عنه الرجل.

وقد فسرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى (المتعة) في الفقه الاسلامي ذلك ان المتعة. كما سبق تبيانه، انما شرعت لكل مطلقة تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، بينما ذهب الاجتهاد القضائي إلى ان المتعة تمنح لوصفها تعويضا إذا ثبت للقاضي تعسف الزوج في طلاقها من غير مبرر، إذ يتضح هذا جليا من خلال عدم نص المشرع على حق المرأة في المتعة المقررة لها شرعا. سواء وقع الطلاق تعسفيا أم على وجه مشروع[1].

كما أن المحكمة العليا في قراراتها المختلفة أكدت بأنه من الاحكام الشرعية ان للمطلقة تعسفيا نفقة العدة ونفقة الاهمال ونفقة المتعة التي تعتبر بحد ذاتها تعويضا يحكم به القاضي من جراء الطلاق التعسفي وذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1985/4/8 ما يلي: [اذا كانت أحكام الشريعة الاسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطي لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بها يخالف احكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع لها مبلغ اخر كتعويض، ومن ثم فلا فرق بين المتعة والتعويض إذ ثبت تعسف الزوج في الطلاق.

حيث يفهم من هذا القرار الذي يعد اجتهادا قضائيا أن المتعة انها يقصد بها التعويض عن الطلاق التعسفي وذلك للتخفيف عليها من ألم الفراق فإذا لم يثبت القاضي وجه التعسف في الطلاق ، فإن المطلقة

[1] . محفوظ بن الصغير، **مرجع سابق**، ص134.

لا تستحق المتعة (بمنعى عدم التعويض). بدليل ما جاء ايضا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1986/01/27 وفيه: [من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من الطلاق غير المبرر ، ويسقط بتحميلها جزئ من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم الى الزوجين من فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة ، ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة.

في حين أقرت الشريعة الاسلامية المتعة لكل مطلقة (على خلاف بين العلماء في وجوبها او استحبابها) تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وأن التعويض على رأي بعض الفقهاء المعاصرين – القائلين به – إنما تستحقه المطلقة تعسفيا ومن هنا يمكن القول بأن المتعة شرعت بدلا عن الطلاق ، وليس تعويضا عن الضرر.

وعلى هذا استوجب – المقام – تفضيل القول في بيان العلاقة بين التعويض عن الطلاق التعسفي ومتعة الطلاق، من خلال بيان أوجه الشبه والاختلاف بينهما، هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وبيان ذلك يكون وفق التفصيل الاتي[1]:

الفرع الأول : العلاقة بين المتعة والتعويض

قد يشتبه الحق المالي للمطلقة بين المتعة والتعويض، وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التي لم تفرق في ذلك. ولذلك لابد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض، وذلك بإيجاز فيما يلي[2]:

أولا : أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض

أ) أوجه الشبه بين المتعة والتعويض

هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض عن الطلاق التعسفي يمكن ذكرها فيما يلي:

1– اذ كلا من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يوجبان بعد الطلاق البائن. الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.

2– ان كلا من المتعة والتعويض يتفق على مقدارها الزوجان، فإن اختلفا قدرها القاضي.

3– اختلف الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأعلى والأدنى لكل من المتعة والتعويض.

---

[1] . محفوظ بن الصغير، **مرجع سابق**، ص136.

[2] . **المرجع نفسه**، ص137. ص138.

4- ان كلا من المتعة والتعويض وجبا جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا لها عن آلامها وتعويضا لها عما أصابها من الضرر بإيقاع الطلاق عليها.

5- ان كلا من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

ثانيا : أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض

تختلف المتعة عن التعويض بعدة أمور وبها تتميز المتعة عن التعويض هي:

1- أن المتعة ثبتت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القران الكريم والسنة النبوية والأثر عن الصحابة والتابعين، أما التعويض فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القران والسنة.

2- تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة عند الأخذ بأوسع المذاهب التي توجب المتعة لكل مطلقة، بينما التعويض لا يجب إلا اذا كان الطلاق تعسفيا.

3- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقا أم فسخا، وسواء أن الطلاق من الزوج أم من القاضي، اما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة، وهي تعسف الزوج في ايقاع الطلاق.

4- أن المتعة لا تجب اذا كانت الفرقة من قبل الزوجة (عن طريق الخلع)، أما التعويض عن الفرقة اذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء التعويض عليها لزوجها.

5- إن المتعة تجب المطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الاسباب التي دفعته للطلاق، أما التعويض فإنه يجب اذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه. فيذكر الاسباب التي دفعته للطلاق، فإن كانت أسبابا معتبرة لم يحكم بالتعويض.

الفرع الثاني : الاكتفاء بالمتعة عن التعويض

بعد بيان أن المتعة في حقيقتها هي تعويض عما لحق المطلقة من ضرر عند الفقهاء القدامى، وبالتالي فإنها تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وقد اختلف العلماء المعاصرين في هذه المسألة على مذهبين[1]:

1/- المذهب الاول : مذهب الفقهاء المعاصرين

ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين الى أن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، يقول عبد الرحمن الصابوني في ذلك [ونرى ان يكون هذا التعويض، المتعة التي شرعها الله].

[1] . **المرجع نفسه**، ص124.

بل إن من العلماء من يرى بأن المتعة تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض، حيث يقول علي حسب الله: [ويقترح بعض المفكرين أن يكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق ليفكر في عاقبة أمره قبل أن يقدم على تطليق امرأته، والشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق الى ما فكروا فيه، فقد أوجبت لها هذا التعويض باسم المتعة أي الترفيه وتخفيف الألم – سواء أساء الرجل في استعمال حقه ام أحسن لأن في استقلاله بالطلاق اساءة لها.

كما ذهب البعض الى أن القوانين التي اخذت بمبدأ التعويض قد تعسفت في ذلك، ويرون ان العدول عن مبدأ التعويض الى الأخذ بنظام المتعة أولى ، حيث ان المتعة تغني عن التعويض ولا تعسف فيها.

2/–المذهب الثاني : مذهب الباحثين المعاصرين

ذهب بعض الباحثين المعاصرين الى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ويرون أن المتعة إنما تجب للمطلقة قبل الدخول و التي لم يسم لها مهر ، وتستحب لغيرها والتعويض يجب لكل مطلقة مادامت لا يد لها في ايقاع الطلاق، لأن الطلاق انما وقع غالبا ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهما، وهي طرف فيه، لكن قد يكون السبب مباشر في الطلاق، تصرفات الزوج اللامسؤولة مما يترتب عليه رد فعل الزوجة الرافضة فينشأ الخلاف.

وبذلك يظهر أن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لهن، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض ، لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض، وفي ذلك يقول توفيق أبو هاشم: [أرى أن المتعة لا تغني عن التعويض والله أعلم][1].

3/– موقف المشرع الجزائري :

يفهم مجموع الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص التعويض أنه يحكم بالمتعة لكل مطلقة طلاقا تعسفيا – أي غير مبرر ويحكم بالتعويض بدعوى مستقلة عن الضرر الذي لحق المطلقة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000/02/22 والذي جاء فيه ما يلي : (إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق في تأكيدها على هذا المبدأ جاء في القرار (لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل في

[1] . محفوظ بن الصغير، **مرجع سابق**، ص142.

تعويض الأضرار الناتجة عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

وإذا لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 124 فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك .

وعليه يمكن القول بأن ما ذهب إليه القضاء الجزائري يعتبر رأيا اجتهاديا وسطا بين إيجاب المتعة شرعا ، وتقرير الحق في التعويض قانونا ، وهذا لا يستقيم لاختلاف موجب كل من المتعة والتعويض ، فإن اتحدا في الحكمة فقد اختلفا في السبب ومن ثم يكون لكل منهما حكمه الخاص.

فعندما يعتبر القضاء الجزائري المتعة الشرعية بحد ذاتها تعويضا وهو الصحيح .إلا أنه قد خالف وجه تشريعها عندما جعلها تعويضا في حال الطلاق بغير مبرر. كما خالف وجه التعويض الذي قال به بعض المعاصرين من رجال الشريعة والقانون في حال الطلاق التعسفي ، فقد جعله مستحقا في حال ثبوت الضرر كما نصت على ذلك المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري: (عند نشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق بالتعويض للطرف المتضرر)[1].

الفرع الثالث : حالات استحقاق المطلقة للتعويض

لم يحصر المشرع الجزائري الحالات التي تستحق فيها المطلقة التعويض، وإنما تستشف من نص المادة 52 ومن مجموع قرارات المحكمة العليا والتطبيق العملي للمحاكم، ويمكن التمثيل لذلك بما يأتي [2]:

1- أن يظهر ويتبين للقاضي أن الزوج تعسف في الطلاق، مثال ان يطلق زوجته لسبب تافه وهذا لكي لا يبالغ الازواج في استخدام هذا الحق.

2- أن يتيقن القاضي في لحوق الضرر بالمطلقة، نجد أن القاضي له الخبرة الكافية في تقصي الحقائق والتأكد من وجود ضرر قد لحق بالزوجة بعد الطلاق وجاز له بإلزام الزوج بالتعويض بحسب نسبة التعسف ودرجته. وهذا ما ذهبت اليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/07/21 [من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها ومن المقرر ايضا انه اذا تعسف الزوج في الطلاق حُكِمَ للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ومتى تبين في قضية الحال ان الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج وطردها وإهمالها مع اولادها وعدم الانفاق عليهم، الأمر الذي يجعلها محقة في

[1] . محفوظ بن الصغير، **مرجع سابق**، ص143.

[2] . محفوظ بن الصغير، **مرجع سابق**، ص147 .ص150.

طلب التطبيق والتعويض معا لثبوت تضررها، وعليه فان قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن].

3- اذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع الى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبثت بالعودة الى الحياة الزوجية ، وتمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق فإنه يعد متعسفا في استعمال الحق في هذه الحالة في نظر القضاء، ومن ثم فإنه يكون من حق الزوج ايقاع الطلاق مع الزامه بالتعويض عن الضرر الذي لحق بالمرأة.

4- يكون للمطلقة الحق في الميراث اذا طلقها زوجها في مرض موته لأنه يعتبر فارا من ميراث زوجته، فيرد عليه قصده بتوريثها منه، وهذا الاخير يعتبر تعويضا لها عن تعسفه في الطلاق.

5- إذا تبين واتضح للقاضي ان الزوجة المطلقة سيصيبها من جراء ذلك بؤس وفاقة جاز له ان يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض يتلاءم والحالة المالية للزوج.

6- ومن صور التعسف في الطلاق الموجب للتعويض حالة الطلاق قبل الدخول وذلك كأن تبقى الزوجة معلقة دون دخول لمدة زمنية من شأنها أن تفوت عليها فرص الزواج بغيره. وهذا ما اقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1996/04/23 [من المقرر قانونا انه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضرر معتبر شرعا. ولما ثبت في قضية الحال أن القضية تتعلق بزواج تام الاركان الى أن الزوج تأخر عن الدخول لزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسف في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن]. ونفسه ما جاء في القرار المؤرخ بتاريخ 1999/03/16 [من المقرر قانونا انه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا. ومتى تبين في قصة الحال أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يقم بإتمام الزواج بالبناء، فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماليا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على اساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

7- ونجد أن قانون الاسرة قد ذكر حالتين اخريين للتعويض بالنسبة للمطلقة التي لحقها الضرر وذلك في المادة 53 مكرر [يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها]. وذلك اذا استطاعت ان تثبت ما تدعيه من اسباب واثبات ما حصل لها من ضرر مادي أو معنوي، و كذلك 55 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي: [عند نشوز أحد الزوجين يحكم

القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر]، اذا أثبتت المرأة لحوق الضرر بها فيتعين على القاضي الحكم لها بالتعويض.

المطلب الثاني : التعويض عن الضرر في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة

تطرقنا فيما سبق الى الطلاق وذكرنا بأنه حق للزوج يوقعه في اي وقت عند وجود ما يقتضيه، والحكمة في جعله بيد الرجل دون المرأة، أن الرجل هو الملزم بالأعباء المالية كلها حتى بعد الطلاق بالإضافة الى ما يمتاز به من الانات وقوة التحمل وبناءا على ذلك يستطيع الزوج ان يفك الرابطة الزوجية إذا ما ساءت العشرة وأصبحت الحياة الزوجية لا تطاق، لكن الشارع الحكيم لم يهمل جانب المرأة بل شرع لها طريق للخلاص من حياة زوجية لا تجد فيها راحتها فجعل لها أن تفدي نفسها بمال تدفعه لزوجها تعويضا له لما دفعه إليها حتى لا يضار هو الاخر، وهذا الافتداء هو المسمى (بالخلع) عند جمهور الفقهاء وهذا من رحمة الله بها لأن الزوجة قد تبغض زوجها ولا تجد ما كانت تنشده وتخشى أن لا توفيه حقه، أو تخرج عن الطريق المستقيم في معاملته وتشتد كراهيتها له وهي لا تملك الطلاق، فأخرجها الشارع من هذا الحرج وشرع لها الخلع[1].

الفرع الأول: تعريف الخلع وشروطه

وقد عرفه جمهور الفقهاء بأنه : [هو فراق الزوجة زوجها بلفظ يدل على الخلع مقابل عوض تقدمه المرأة].

وذهب المشرع الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة الى أنه : " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم] .

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع أعطى للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بواسطة الخلع وذلك دون موافقة الزوج وبالتالي فهو حق لها في مقابل حق الطلاق الذي منحه للزوج، وقد تتعسف الزوجة في ممارسة حقها ويلحق الزوج من ذلك ضرر وقد نص المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة أن الاتفاق بين الزوجين يكون في المقابل المادي للخلع فقط. وليس للخلع في حد ذاته، وإذا لم يتفقا الزوجان تدخل القاضي للحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، ومما يلاحظ ان المشرع سلب حق الزوج في الموافقة على الخلع وهذا ما يلحق به ضرر ومن ناحية اخرى سلب حقه في

[1] . مسعود نعيمة إلياس، **التعويض من الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، شهادة دكتوراه، جامعة تلمسان 2010/2009، ص171.ص173.

التعويض بأن حدد قيمته القصوى وكذلك مما يلاحظ أن المشرع لم يتطرق الى الشروط التي يجب توفرها لصحة الخلع .

وشروط الخلع هي نفسها شروط الطلاق لأنه طلاق بائن، فشرط ان يكون الزوج اهلا لإيقاع الطلاق أي أن يكون بالغا عاقلا مختارا وأن تكون الزوجة محل للطلاق. بأن تكون زوجة شرعية حقيقة أو حكماً أو تكون الصيغة بلفظ الخلع أو ما اشتق منه.

الفرع الثاني : البدل ومكانة التعويض منه

كل ما أجاز أن يكون صداقا جاز أن يكون بدلا في الخلع لأن الخلع طلاق بعوض، ومقابل الخلع هو ما تلتزم به الزوجة لزوجها في مقابل طلاقها، وخلاص نفسها والأصل في الخلع أن يتفق عليه الطرفان أو أن يكون بإيجاب من أحدهما وقَبول الآخر، وقد ذهب المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 54 ق .أ. الى أنه :" إذا لم يتفق الزوجان على مقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل". فإذا ذكر البدل في المخالعة لزم ما سمي به ، وإذا لم يسم فالقاضي أن يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، وتجدر الاشارة أن لا يُسقط مقابل الخلع النفقة الواجبة على الزوج في حال العدة. ولا يبدأ الزوج من هذه النفقة إلا اذا اتفقا صراحة على إسقاطها ، وقد ظهر موقف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 54 ق. أ. إذ لا يجوز في ظل هذا التشريع أن يكون التنازل عن الحضانة كمقابل للخلع، إذ أن الحضانة لا تقوم مقام المال في هذه الحالة لارتباطها بالأمور الشخصية والمادية للطلاق، ولأن كلمة "مال" الواردة في المادة تبرهن أن المخالعة لا تجوز ولا ترتب أثرها إلا اذا كان مقابلها مالا ومن ثمة كل ما لا يمكن تقويمه بمال لا يصلح أن يكون بدل الخلع[1].

ولا ريب أن ارادة المشرع من وضع هذه النصوص كان يرمي الى القضاء على كل متاجرة ومساومة من جانب الزوجين نحو الأطفال إذ من المحتمل أن تتنازل الزوجة عن حضانتها مقابل حريتها وهذا اجحاف بحقوق الطفل.

ذهب القضاء الجزائري في أحكامه الى القول بأن مقابل الخلع أو بدله لا بد وأن يكون مالا، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر 1982/02/08 بأنه [من المقرر شرعا انه للطلاق على مال لا يفرض على الزوجة كما لا يفرض على الزوج، إذ شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها انها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفرقتها ان قبل ثم الخلع وطلقت منه][2].

---

[1] . مسعودة نعيمة إلياس، **مرجع سابق**، ص75.

[2]. نعيمة إلياس، **التعويض الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، ص 177 .

الفرع الثالث : استحقاق التعويض عند الحكم بالخلع

تستعمل الزوجة في طلبها للخلع حق خالصا لها، ويقابله حق الزوج في ايقاع الطلاق إذ لا تملك المحكمة رفض طلبها وينحصر دور القاضي في تقدير بدل الخلع وهو ما جاء في نص المادة 54 من قانون الاسرة، وقد تتعسف الزوجة في استعمال هذا الحق وإذا توفرت عناصر هذا التعسف وهذا ما يرتب مسؤوليتها في مواجهة الزوج بتعويضه الاضرار المادية والمعنوية التي اصابته .

وما يلاحظ على نص المادة 54 من قانون الاسرة أنها اجحفت بحق الزوج بالتعويض اذا ان صداق المثل قد لا يكون كافيا لجبر الضرر اللاحق بالزوج في حالة تعسف الزوجة في استعمالها لحق الخلع خاصة اذا كان الزوج رجلا ناجحا صالحا فإن ادعى الزوج انه قد تضرر من استعمال الزوجة لحقها في الخلع يقع عليه عبء اثبات هذا الضرر فيلزم بإثبات عناصر هذا التعسف ويرخص له ذلك باستعمال كافة الطرق القانونية المقررة فعليه ان يثبت ان الزوجة قد انحرفت عن المسار المألوف للزوجة العادية، إذ أنه لم يدفعها الى طلب الخلع سبب سوء العشرة وعدم الانفاق عليها او انها انما لجئت لإتباع هذا السلوك أنانية منها ولدوافع ذاتية فقط وانه قد لحقت به اضرار وبأسرته ، ولزوجته في مقابل ذلك أن تنفي ما تقدم به الزوج واثبات دوافعها الحقيقية في طلب الخلع، ثم يكون للقاضي الناظر في الدعوى بما له من السلطة التقديرية أن يقضي بأن الزوجة متعسفة في طلب الخلع وبالتالي تلتزم بتعويض الزوج عما لحقه من أضرار، وإما ان الزوجة قد استعملت حقها في حدود ما وضع له وأنها قد حققت منه فائدة مشروعة وأن الزوج لم يلحق ضرر وبالتالي لا يلزمها بتعويض.

إذا كان المشرع الجزائري قد حدد المادة 54 ق. الأسرة بأن التعويض لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقد يلحق بالزوج ضرر معنوي لا يتناسب مع هذه القيمة المحددة سلفاً في قانون الاسرة فإذا استمرت الحياة الزوجية شيء طويلة ثم جاءت الزوجة بعد عشرين سنة اذ صار الزوج شيخا ومقعدا بعد ان كان شابا قادرا على تلبية طلباتها، وطلبت من المحكمة أن تخالع نفسها مقابل ان ترد عليه صداقه الذي أصبح اليوم مبلغا زهيدا، فإن القاضي لا يملك إلا ان يقضي بالخلع ورد الصداق للزوج في ذلك اجحاف بحق الزوج وعدم اعترافه بالضرر الذي لحق به من استعمال الزوجة لحق الخلع. وهنا نجد أن المشرع يعترف بالضرر الذي يلحق الزوجة في حالة الطلاق ويعطي للقاضي السلطة الواسعة في تقدير تعويضه دون ان يحدد ادناه أو اقصاه ثم لا يعترف للزوج بالضرر الذي يلحقه في حالة الخلع، ويحدد سلطة القاضي في تقرير بدل الخلع بما لا يتجاوز صداق المثل[1].

[1]. مسعودة (نعيمة الياس)، **مرجع سابق**، ص 189 .

المطلب الثالث: الطلاق الذي يوقعه القاضي

لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق وكذلك ارادة الزوجة في إحداث الخلع وهناك صورة أخرى تتمثل في الطلاق عن طريق القاضي او بما اصطلح على تسميته التطليق، وبناءا على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادة منفردة وإنما عن طريق القاضي إذا ما اثبتت سببا مشروعا يجعل الحياة الزوجية مستحيلة، وقد جاءت هذه الصورة من اجل التيسير على الناس تجنبا للحرج وتماشيا مع روح الاسلام السمحاء.

قانون الاسرة الجزائري واكب هذا الرأي وجعل من مادته 53 قانون الاسرة تيسيرا على الزوجة في امكانية طلاقها ولو لم يرغب الزوج في ذلك اذ نص قانون الأسرة المعدل والمتمم رقم 05/02، للأسباب التالية:

1- عدم النفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78-79-80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق اربع اشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 اعلاه.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا.

وجاء في المادة 53 مكرر: [يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها][1].

[1] . باديس ديابي، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى، الجزائر 2012، ص35.

مقارنة بما جاء في المادة 53 قبل تعديلها نجد أن المشرع قد وسع من دائرة الاسباب التي تخول للمرأة طلب التفريق القضائي (التطليق) ، وهذا التكريس حق الزوجة في ايجاد رخصة لها في فك الرابطة الزوجية عن طريق القاضي بعد تقديم الاسباب والعلل الشرعية وقد وصلها المشرع الى عشرة اسباب.

إلا أن فقهاء الشريعة قد حصروا اسباب التطليق في حالات معينة وهي: عدم النفقة، الضرر المعتبر شرعا، غيبة الزوج او حبسه والعيوب التناسلية. غير ان بعض ما جاء به قانون الاسرة من أسباب للتطليق يعد توسعة على الزوجة في طلب التفريق لحقها في الخلع تارة، أو بسبب مخالفة الزوج للشروط المتفق عليها في العقد تارة أخرى ، أو بسبب مخالفة الزوج ايضا للأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة وغير ذلك:

وعلى العكس من ذلك فان الشريعة الاسلامية وحفاظا منها على استقرار العلاقة الزوجية، اتجهت الى التضييق في كل ما من شأنه هدم الحياة الزوجية.

كما يلاحظ على المادة نفسها انها لم تبين حكم التطليق عند وقوعه هل يقع طلاقا رجعيا أم طلاقا بائنا، إلا انه يفهم من المواد 49 و 50 ،51 أنها تشمل جميع صور فك الرابطة الزوجية، بخصوص اجراءاتها عن طريق الطلاق[1].

من خلال ما سبق وبالرجوع الى القانون نجد عشر اسباب موجبة لإيقاع التطليق سنتطرق اليها على التوالي:

الفرع الأول: حق الزوجة في التطليق عند توفر الأسباب العشرة .

- **أولا: التطليق بسبب الانفاق**

لقد جعل الاسلام النفقة حقا للزوجة على زوجها بارتباطهما بنظام مالي مشترك، ولا تسقط عنه بأي حال من الاحوال وذلك حتى لا تضطر الى العمل في الاماكن التي لا تتفق مع أنوثتها ، مما يعرضها الى الفساد الاخلاقي فنفقتها واجبة على الزوج لكن هذا لا يمنع من وجود تعنت من قبل بعض الازواج على زوجاتهم يجعلهن تتضرر من البقاء معهم جراء عدم الانفاق وبذلك منح المشرع الحق في رفع الظلم عن نفسها بطلب التطليق وذلك باللجوء : الى القاضي لأمره بالإنفاق وجبره على ذلك.

بالرجوع الى المشرع الجزائري في نجده في المادة 53 الفقرة 01 السالفة الذكر قد أخذ برأي الأئمة الثلاثة (المالكية، الشافعية، الحنابلة) وذلك بإقراره جواز فك الرابطة الزوجية عن طريق التطليق متى توافرت الشروط التي يمكن استخلاصها من المادة 53 ق.أ وهي كالآتي :

[1]. محفوظ بن الصغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد والعقي وقانون الاسرة الجزائري**، ص 233 .

1- توافر شروط استحقاق المرأة للنفقة : والمتمثلة في وجود عقد زواج صحيح تأكد بالدخول.

2- امتناع الزوج عن النفقة عمدا و قصدا بمعنى عدم الانفاق العمدي وانقطاع الزوج نهائيا عن أدائها .

3- عدم علم الزوجة بإعسار الزوج وقت العقد: لأن علمها بإعساره يعد رضاء منها بحاله والعشرة معه.

4- اللجوء الى القضاء لاستصدار حكم عن طريق رفع دعوى من قبل الزوج [1]، ويكون الطـــلاق هنا طلاقا رجعيا أخذا بالمذهب المالكي.

- **ثانيا: التطليق للعيوب**

من الاسباب التي شُرعت للمرأة حتى تحفظ حقها في التفريق بينها وبين زوجها هي وجود العيوب عند الزوج وكل مرض يعيق الزوج في استمرار العلاقة الزوجية غير أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا انقضت مدة سنة تاريخ علمها بمرضه، والقاضي هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة في مثل هذه الأحوال، ولقد نص المشرع عن هذا السبب في المادة 53 فقرة 02 من قانون الاسرة [يجوز للزوجة أن تطلب التطليق ... العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج].

ومما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعطي أي اشارة الى معنى العيب ولكن نجد، أنه أجاز للزوجة أن تطلب التطليق على الزوج لوجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وأهداف النكاح متعددة قد حددت المادة 04 من قانون الاسرة بعض منها. ولقد أكد القضاء ذلك في اجتهاده كما في القرار رقم 269594 بتاريخ 2001/07/18: [ان القضاء بتطليق الزوجة بسبب تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 04 من قانون الاسرة هو تطبيق سليم للقانون][2]، ولقد ترك القانون المجال واسعا للاجتهاد القضائي والسلطة التقديرية للقاضي في نوع العيب الموجب للتطليق ومدة انتظار شفاء الزوج منه[3].

فلقد أعطى المشرع للمرأة الحق في طلب التطليق مع ترك المجال واسعا للسلطات القضائية شريطة اثبات العيب وهو ما كان مواكبا لرأي الفقهاء، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن أخذا بالمذهب لمالكي.

---

[1] صغيري سمية، **المركز القانون للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الاسرة** ،جامعة الوادي كلية الحقوق، 2015/2014، ص38.

[2] . ملف رقم 269594، بتاريخ 2001/07/18. مجلة قضائية 2003، عدد 1، غرفة الأحوال الشخصية، ص349.

[3] . باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص42.

- **ثالثا : الهجر في المضجع فوق أربعة اشهر**

ويكون ذلك دون سبب أو مبرر شرعي لمدة اربعة اشهر قصد الاضرار بالمرأة مع ضرورة اثباته من قبلها. فهذا الحق أعطي للمرأة رغم صعوبة اثباته. وتستطيع ان تطالب به اذا على أثر على الحياة الزوجية وقد أخذ المشرع في هذه الحالة بالمذهب المالكي وغيره فتكون الفرقة فرقة طلاق رجعي.

- **رابعا: الشقاق المستمر بين الزوجين**

هو سبب مستحدث بموجب الامر 05/02 الخاص بقانون الاسرة الجزائري، الفقهاء اختلفوا في ايقاع التفريق إذا توفر هذا السبب ولكن المشرع اعطى للمرأة الحق في طلب التطليق وذلك أخذا برأي المجيزين من الفقهاء في ذلك، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن[1].

- **خامسا: الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة**

اختلف الفقهاء في حالة التطليق للغياب او الفقد الى اتجاهين: فريق مجيز وفريق رافض، والمشرع الجزائري أخذ برأي الاتجاه المجيز للتفريق، وذلك بإعطاء الحق للمرأة في طلب التطليق لهذا السبب اذا ما توفرت شروط الغياب او الفقد، ويبقى هذا الامر خاضع لسلطة القاضي والفرقة هنا هي فرقة طلاق بائن[2].

- **سادسا: مخالفة الاحكام الواردة في المادة 8 أعلاه**

لقد كان هذا السبب مدمج في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون 11/84 [كل ضرر معتبرا شرعا ولا سيما اذا نجم عن مخالفة الاحكام الواردة في المادتين 08 و 37 اعلاه] ، الى ان جاء التعديل 02/05 حيث وُضع كسبب قائم بذاته.

وان كان المشرع في المادة 08 قد أجاز التعدد إلا أنه في المادة 53 اعطى للمرأة الحق في طلب التطليق اذا كانت هناك حالة التدليس كما جاء في المادة 08 مكرر، فالمشرع اجاز التعدد بقيود وأعطى للمرأة الحق في طلب التطليق فيكون قد افترض الضرر قبل وقوعه، عندما اشترط على الزوجتين السابقة واللاحقة، كما ان المشرع نجده قد فسح المجال للزواج العرفي الذي يعتبر اكثر تدميرا للحياة الزوجية للمرأة اذا لم يضبط بضوابط.

---

[1] . صغيري سمية ، **مرجع سابق**، ص74.

[2] . باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص49.

- **سابعا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج**

يعد هذا السبب كذلك مستحدث بموجب الامر 02/05 فللمرأة الحق في ان تشترط في عقد زواجها في عقد رسمي لاحق ما تراه ضروري ومناسب كالعمل وعدم التعدد شريطة ان لا يتنافى ومقتضيات العقد، ولقد اختلف الفقهاء حول التفريق لهذا السبب والمشرع الجزائري أخذ برأي بعض الفقهاء فأعطى للمرأة الحق في الاشتراط وأعطى لها الحق في طلب التطليق في حالة مخالفة ما اشترطت إلا اذا كان شرطها مخالف لمقتضيات العقد[1].

- **ثامنا : ارتكاب فاحشة مبينة**

في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة حتى ولو لم يصدر حكم يقضي بالإدانة فقد اعطى المشرع للمرأة حق طلب التطليق اذا ما توفر هذا السبب وذلك حمايتاً لحق المرأة، ومن اجل اقامة التوازن بين الحقوق العائلية.

- **تاسعا: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الاسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.**

هذا السبب قد عدل بموجب الأمر 02/05 واختلف الفقهاء في التفريق لهذا السبب إلا ان المشرع الجزائري قد اخذ برأي المالكية والحنابلة الذين قالوا بجواز التفريق لهذا السبب، مع اخضاع الامر الى السلطة التقديرية للقاضي، وتكون الفرقة فرقة طلاق بائن.

- **عاشرا : كل ضرر معتبر شرعا**

لم يعرف المشرع الجزائري الضرر المعتبر شرعا كما لم يحدد انواعه تاركا للقاضي السلطة التقديرية في ذلك وعلى الزوجة بصفتها مدعية ان تثبت، ويكون الاثبات بالطرق القانونية الممكنة ولقد اخذ المشرع الجزائري المذهب المالكي القائل بأن للزوجة التطليق للضرر طلقة واحدة وتكون بائنة[2].

الفرع الثاني: حق الزوجة في التعويض عن الضرر اللاحق بها

لقد نص المشرع على التعويض في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة : [يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها].

وكذلك في المادة 55 قانون الاسرة : [عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضررة].

---

[1] . باديس ديابي، **مرجع سابق**، ص55.

2 . صغيري سمية، **مرجع سابق**، ص95.

وبالرجوع الى نص المادة 124 من القانون المدني التي جاء فيها : [كل فعل اي كان يرتكبه الشخص بخطأه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض. ص(187)

غير ان هذه النصوص جاءت عامة من دون ان تبين أي ضرر، يحق للمرأة ان تطلب التعويض عنه. والحال ان الضرر المعنوي مفترض بل ثابت في حقها كما هو الضرر المادي. فهو يصيبها في نفسها ، وفي سمعتها ، وقد يحرمها من اعادة الزواج خاصة اذا كانت شابة ذات مطمع ، وغير ذلك من جوانب الضرر الذي يصيب المرأة ويترك لها الاثر الشديد.

الفقهاء المسلمون لم يتعرضوا الى هذه المسائل الجزئية التطبيقية المتعلقة بالتعويض عن الضرر المعنوي، وإنما كان جل اهتمامهم منصبا على الماديات و المتقومات في الضمان.

أما الفقهاء المعاصرين فإنهم اخذوا صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق والتطليق. وأشير هنا أن المجلس الاوربي للإفتاء والبحوث، الذي يترأسه الدكتور يوسف القرضاوي قد اوصى بدراسة مسائل التعويض عن الضرر المعنوي عموما وهذا لبروز اهميته في الوقت الحاضر.[1]

أما عن كيفية تقدير التعويض فان للقاضي السلطة التقديرية في تقدير مقدار التعويض اللاحق بالغير ، حيث ان المشرع لم يبين المقدار اللازم دفعه ، ولا طريقة تحديده او دفعه جملة أو أقساطا حسب مقتضى الحال مع مراعات حالة اليسر والعسر للزوج من جهة ،ومن جهة أخرى مقدار الضرر اللاحق بالزوجة وظروفها على ان يشمل الضرر بنوعيه المادي والمعنوي ، وذلك متى تبين لقاضي الموضوع قيام شروط المسؤولية المدنية التي تحكم التعويض مع امكانية الاستعانة بالخبراء. وهذا ما ثبت باجتهاد المحكمة العليا في الملف رقم 231419 بتاريخ 2000/03/28 الذي قررت من خلاله بأنه: (إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي ، باعتبار هذا الاخير يتعلق بالمشاعر والألم والوجدان ، فان التعويض عن الضرر المادي لابد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية ، وأما تقديره فإنه يبقى ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك).

فالواضح ان مقدار التعويض الحاصل مرتبط برأي قضاة الموضوع وإحاطتهم بجميع الظروف والملابسات الخاصة بالزوجين ، لان المشرع لم يضع الحد الادنى ، ولا الاقصى للتعويض على أن ذلك يخضع لنص المادة 132 من القانون المدني: (يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح ان

[1]. بن زيطة عبد الهادي ، **مرجع سابق** . ص181.

يكون التعويض مقسطا، كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا ويجوز هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

وقد أكدت المحكمة العليا على مبدأ تعويض الزوجة نتيجة الضرر اللاحق بها، في التطليق والذي يعد سببا له إذ جاء في أحد قراراتها: " من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة ان تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ... ولما كان ثابتا ان الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغاً فيه متعسفا فيه من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر اللاحق بالزوجة ، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة، نتيجة اثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) من قانون الاسرة قد طبقوا القانون "[1] .

ملاحظة : لقد جاء نص المادة (53 مكررا) من الأمر 02/05 عاما يجيز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ، ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، وهو ما يفتح الباب امام اثراء المرأة على حساب طليقها مرتين (امتلاك عصمتها رغما عنه والحصول على ماله تحت المسمى بالتعويض عن الضرر تدعيه رغم خلاصها من علاقة زوجية اقدمت عليها بإرادتها ورضاها) .

وعليه فإن اضافة المادة 53 مكرر الى قانون الأسرة ، تعد خطوة ايجابية وموفقة في الحفاظ على حق الزوجة في التعويض عن اي ضرر مادي اثبت لها الحق التطليق .

أما بالنسبة الى الضرر المعنوي الناجم عن التطليق فإن المشرع الجزائري ومن خلال نصه في المادة 53 مكرر من ق.أ.ح على أنه : "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق ان يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ". ومن خلال نصه في المادة 182 مكرر من القانون المدني الجديد على أنه " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية والشرف والسمعة "، يمكن القول بأنه أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي الذي يصيب الزوجة ويحكم لها بالتطليق على اساسه. وهو الذي ذهب اليه بعض الشراح في قوله: " اذا ثبت من خلال تقرير الحكمين ومما استنتجه القاضي ان هناك ضرر من الزوج على زوجته، قضى او حكم بتطليقها منه، وألزمه التعويض عن الضرر سواءا كان ماديا او معنويا اذا طلبت الزوجة ذلك وأصرت عليه".

أما بالنسبة الى تقدير التعويض الذي يلزم به الزوج في التطليق للضرر جبرا لما ألحقه بالزوجة من ضرر مادي أو معنوي يدخل في القواعد العامة في جبره وإصلاحه ويميز فيه من حيث تدخل القاضي

[1] . المحكمة العليا، **غرفة الأحوال الشخصية**، قرار رقم 181649، بتاريخ 1997/12/23. المجلة القضائية ، العدد الأول، 1997. ص49.

في تقديره بين نوعين: التعويض المقدر سلفا والتعويض الذي يخضع لسلطة القاضي ، وفق ما يعرف بالتقدير القضائي.

1- التعويض المقدر سلفا: هو ان يكون التعويض محددا سلفا بنص في القانون او التشريع ، وليس على القاضي إلا ان يحكم به عند فصله في القضية. حيث تتقيد سلطته في تقدير العوض في هذه الحالة ويسمى هذا النوع في القانون بالتقدير القانوني. وهذا الذي قصده المشرع الجزائري في المادة 182 من ق م ح " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او في القانون ..."

2- التقدير القضائي: بحيث يملك القاضي بمقتضى قانون الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي سلطة معتبرة في تقدير التعويض في التطليق للضرر وفق ما يسمى بالتقدير القضائي. ويعتمد القاضي في تقدير التعويض عن الاضرار المادية على عنصر واحد يتمثل في قيمة الضرر. اما بالنسبة للضرر المعنوي الذي يصيب الزوجة فان القاضي سيقدر التعويض بمراعاة العناصر الآتية : قيمة الضرر – منزله المدعي (الزوجة)، العرف الجاري في مثله، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 ق. م على انه " اذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد او في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب" .

ويشترك التعويض من الضرر المعنوي والضرر المادي في مراعاة القاضي لبعض العناصر استنبطها فقهاء القانون المدني وهي :

- مراعاة الظروف الملابسة.
- مراعاة حسن النية أو سوءها.
- مراعاة تغير الضرر[1] .

[1]. عبد الله عابدي. **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية**. دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري. رسالة ماجستير. جامعة وهران. 2006.

خاتمـــــة

خاتمـة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والشكر له سبحانه على توفيقه بأن يَسَّرَ لنا إتمام هذا العمل، فله المنة والفضل، وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد:

من خلال ما تم عرضه في هذه الرسالة، وإتمامًا للفائدة نذكر أهم النتائج التي توصلنا إليها، والتي ترتب عليها مجموعة من التوصيات نوجزها فيما يأتي:

إن التعسف في استعمال الحق، أو مجاوزة حدوده، يعتبر من بين الأسس القديمة التي اعتمدتها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء، وذلك لأجل تقرير حماية الفرد عند استعماله لحق من حقوقه، وأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير، وأن هذا الأساس القانوني معقول، ويحقق مبادئ العدالة بين الناس، وأصبح شائعا في الوقت الحالي في جميع المعاملات، بل وحتى الشخصية منها، ومن ذلك العلاقات المتولدة عن رابطة الزواج، أو انفصالها.

فإن كنا نتصور التعسف والتعويض عن الضرر المترتب عليه في العلاقات ذات الطابع المالي فإنها في وقتنا الحالي أصبحت تمس حتى العلاقات داخل الأسرة.

وإن كان الزواج رابطة مقدسة بين الرجل والمرأة، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، والأصل أن من يستظل بهذه الرابطة لا يتضرر من ممارسة الطرف الآخر لحقوقه، بل على العكس من ذلك كلاهما يكمل الآخر.

ولكن ما يشهده المجتمع اليوم من دعوة إلى التحرر تجعل المرأة تحس أن كل تصرف من الزوج للحد من حريتها هو إضرار لها يستوجب تدخل القاضي لمنعه من هذا التصرف، وإلزامه بالتعويض.

ولا ألقي باللوم هنا على المرأة فحسب بل على الرجل أيضا الذي نجده في كثير من الأحيان يعتبر أن ما خوله الله سبحانه وتعالى من قوامة على الأسرة هو تسلط وإستبداد، يجعله يحس أن أي تقييد أو منع للزوجة إنما هو حق من حقوقه عليها، وليس عليها إلا الطاعة والامتثال له، وإلا أوقع الطلاق دون مراعاة لإعتبارات الحياة الزوجية، ومستقبل أسرته.

كما اختلطت المفاهيم على بعض الأزواج، فأصبحوا يرون الطلاق حلا سهلا لكل المشاكل، مع أن الطلاق وإن كان حقا من حقوق الزوج، فمشروعيته من المولى عز وجل لم تكن إلا إذا استحالت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع. وإذا كان الأمر خلاف ذلك فإن من حق الطرف المتضرر أن يطالب

بالتعويض، إلا أنني أعتب على مشرعنا فراغه التشريعي في هذا الشأن، فمع اعترافه الصريح للطرف المتضرر بالحق في التعويض، سواء في العدول عن الخطبة، أو في فك الرابطة الزوجية، إلا أنه لم يضع معايير ولا ضوابط لذلك، ولم يجعل لطول الحياة الزوجية، ولا لوجود الأطفال، ولا لمكانة الطرف المتضرر أي اعتبار في تقدير هذا التعويض، وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

على أنه وإن كانت لهذه المسائل اعتبارات شخصية تجعلها تختلف من شخص إلى آخر، وهذا ما جعل المشرع يبتعد عن تحديد التعويض مع الاعتراف بالمسؤولية فقط.

إلا أنه كان على المشرع أن يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية التي يعتمدها في تقدير التعويض في المسائل المرتبطة بالزواج والطلاق وذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة، ولفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى.

الفهرس

الفهـــــــرس

العنوان_____

بسملة.....

حديث شريف.....

كلمة شكر.....

إهداء .....

مقدمة .....أ

أهمية البحث.....ث

أسباب اختيار الموضوع .....ج

الأهداف والإشكالية.....ج

المنهج المتبع .....ح

خطة البحث .....ح

الفصل الأول: ماهية الضـرر

الفصل الأول: ماهية الضرر.....09

المبحث الاول :مفهوم الضرر 10

المطلب الاول :تعريف الضرر 10

الفرع الاول : تعريفه لغة.....10

الفرع الثاني : تعريفه اصطلاحا 12

المطلب الثاني : أنواع الضرر 14

الفرع الاول : الضرر المادي 14

الفرع الثاني : الضرر المعنوي 15

المبحث الثاني : شروط وخصائص الضرر 18

المطلب الاول : شروط الضرر وحكمه 18

الفرع الأول: شروط الضرر 18

الفرع الثاني : حكم الضرر في الشريعة الاسلامية 21

المطلب الثاني : خصائص الضرر 22
الفرع الأول : خصائص الضرر المعنوي 22
الفرع الثاني : الأصل أن الضرر المعنوي لا يقوم بمال 24
الفرع الثالث : مبدأ التعويض 24

الفصل الثاني : أحكام وتأثير تعويض الضرر في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني : أحكام وتأثير تعويض الضرر في قانون الأسرة الجزائري..... 31
المبحث الاول : أحكام تعويض الضرر في العدول عن الخطبة..... 32
المطلب الاول : أحكام تعويض الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة..... 32
الفرع الاول : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي..... 34
الفرع الثاني : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري ... 38
المطلب الثاني : احكام التعويض عن الضرر المادي..... 39
الفرع الاول : اتجاهات الفقهاء في التعويض..... 39
الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن قيام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن التعسف في العدول عن الخطبة..... 41
المبحث الثاني : أحكام التعويض عن الضرر في فك الرابطة..... 46
المطلب الاول : التعويض عن الضرر في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..... 47
الفرع الاول: العلاقة بين المتعة والتعويض 48
الفرع الثاني : الاكتفاء بالمتعة عن التعويض..... 49
الفرع الثالث : حالات استحقاق المطلقة للتعويض 51
المطلب الثاني : التعويض عن الضرر في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوجة..... 53
الفرع الاول : تعريف الخلع وشروطه 53
الفرع الثاني : البدل ومكانة التعويض منه..... 54
الفرع الثالث : استحقاق التعويض عند الحكم بالخلع 55
المطلب الثالث : الطلاق الذي يوقعه القاضي..... 56
الفرع الاول : حق الزوجة في التطليق عند توفر الأسباب العشرة..... 57
الفرع الثاني : حق الزوجة في التعويض عن الضرر اللاحق بها..... 60
خاتمة 64
المصادر والمراجع 67

المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم.

1. ابن منظور، جمال الدين، **لسان العرب**، دار لسان العرب للطباعة والنشر، بيروت . لبنان، 2003.
2. باديس ديابي، **صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة**، دار الهدى، الجزائر 2012.
3. بن زيطة عبد الهادي، **تعويض الضرر المعنوي قانون الأسرة الجزائري**، دار الخلدونية ، ط1، الجزائر، 2007.
4. حسين عامر، **المسؤولية التقصيرية والعقدية**، ط1، مطبعة الإسكندرية، 1986.
5. صحيح البخاري.
6. العربي بلحاج، **أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد**، دار الثقافة ، عمان، الأردن، ج1، ط1. 2012.
7. العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية،ج1، ط6. 2010.
8. علي فيلالي، **الالتزامات الفعل المستحق للتعويض**، موقع للنشر، ط3. الجزائر 2015.
9. مالك ابن أنس، **الموطأ**، الطبعة الأولى، 2004.
10. محفوظ بن الصغير، **أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر 2013.
11. محفوظ بن الصغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة**، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر،2012.
12. محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، ط1950.
13. مقدم سعيد، **نظرية التعويض المعنوي**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992، مطبعة النخلة.

ثانياً: النصوص القانونية والتنظيمية

1. **قانون الأسرة الجزائري** رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. **القانون المدني الجزائري**، قانون رقم 05/07 المؤرخ في 2017/05/13 ، المعدل والمتمم.
3. المحكمة العليا ، **غرفة الأحوال الشخصية:** 1999/03/16 ملف رقم 216865، المجلة القانونية، العدد الخاص 2001.

4. المحكمة العليا، **غرفة الأحوال الشخصية**، قرار رقم 181649، بتاريخ 1997/12/23. المجلة القضائية ، العدد الأول، 1997.
5. ملف رقم 269594، بتاريخ 2001/07/18. مجلة قضائية 2003، عدد 01، غرفة الأحوال الشخصية.
6. نقلا عن: **قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية**، قرار بتاريخ 1998/12/28، ملف رقم 56098 المجلة القضائية.

ثالثاً: أطروحات تخرج دكتوراه :

1. شهرزاد بوسطيلة، **جبر الضرر المعنوي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي**، رسالة دكتوراه ، علوم إسلامية ، تخصص شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة 2014/2013.
2. محمد يوب، **تعويض الضرر الناتج عن العلاقة الزوجية**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة باتنة، الجزائر 2013/2012.
3. مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض من الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق**، شهادة دكتوراه، جامعة تلمسان 2010/2009.

رابعاً: مذكرات تخرج ماجستير والماستر :

1. أسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون شؤون الأسرة. جامعة أم البواقي. سنة 2011/2010.
2. أكاسولن خيرة، تواتي طاوس، **الخطبة وآثار العدول عنها**، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2013/2012.
3. بريكي حجيلة، **التعسف في العدول عن الخطبة**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماتسر، قانون، جامعة البويرة. 2013.
4. خرصي صوارية، **الخطبة وآثار العدول عنها في قانون الأسرة**، الجزائر، مذكرة شهادة الماستر، جامعة محمد خيضر. بسكرة، 2015/2014.

5. صالح حسيني، **انحلال الرابطة الزوجية على ضوء الأحكام المستجدة في قانون الأسرة الجزائري،** مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص: أحوال شخصية، جامعة الوادي،2015/2014.

6. صغيري سمية، **المركز القانوني للمرأة في أحكام التطليق والخلع من خلال قانون الاسرة** ، مذكرة تخرج ماجستير في القانون الخاص، جامعة الوادي كلية الحقوق، 2015/2014.

7. عبد العزيز سمية، **طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري،** مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة تيزي وزو ، 2015.

8. عبد الله عابدي. **حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية.** دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري. رسالة ماجستير. جامعة وهران. 2006.

9. العيدي عبد القادر، بزاري نور الهدى، **جبر الضرر المعنوي بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي،** مذكرة في إطار نيل شهادة الماستر في القانون تخصص: قانون أسرة، سنة 2017/2016.

10. فريحاوي كمال، **التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري،** بحث مقدم لنيل درجة ماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، 2001/2000.

11. لمين لبنى، **حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الأسرة، جامعة الجزائر. 2015/2014.

12. مناس منى، أوسيف اسمهان، **الضرر المرتد في المسؤولية المدنية،** مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2014.

13. نين عمارة ، **سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الأحوال الشخصية، جامعة الوادي كلية الحقوق، 2015/2014.

14. يومبعي عبد اللطيف، **التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي،** مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص. جامعة الوادي، 2015/2014.