جامعة زيان عاشور– الجلفة–
كلية العلوم القانونية والسياسية
قســـــــم الحقوق

تعويض الضرر المعنوي عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: أحوال الشخصية

إعداد الطالبة:
سعيدي نعيمة

تحت إشراف الأستاذ
* أ. بن مصطفى عيسى

أعضاء لجنة المناقشة:

د/.....رئيســـــــــا

د/ .....مشرفا و مقررا

د/.....عضوامتـــحنا

السنة الجامعية: 2015/2014

جامعة زيان عاشور– الجلفة–
كلية العلوم القانونية والسياسية
قســـــــم الحقوق

تعويض الضرر المعنوي عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال الشخصية

إعداد الطالبة:
- سعيدي نعيمة

تحت إشراف الأستاذ
* أ. بن مصطفى عيسى

السنة الجامعية: 2015/2014

شكـــــر

ينتهي مشواري الجامعي عند محطة الشكر والامتنان لأساتذتي الكرام من مختلف الطور الدراسي خاصة أساتذتي بكلية الحقوق تقديرا على ماقدموه من جدٍّ وكدٍّ خلال السنوات العلمية ممهدين لي اول خطوة لمحطة الحياة العملية والى اللجنة الموّقرة المشرفة على بحثي

كما اخصّ بالشكر أستاذي "بن مصطفى عيسى" على كونه سند معنوي قبل كل شيء وعلى كل كلمة حافز أشرهت نفسي لإتمام بحثي رغم ظروفي الصعبة ، تقديرا لمصداقيته في متابعة عملي الذي لن يوفي ما قدمه من تعب معي.. بشراك استلذي قول رسول الله عليه الصلاة والسلام "..الحوت في البحر والطير في السماء ليصلون على معلم الناس الخير "

اهداء

الى من كلّت انامله سنين شقاء ليقدم لنا لحظة سعادة وحياة نقاء "ابي" الغالي

الى اعظم الخلق بعد الله ورسوله من ارضعتني الحب والحنان، سندي ودعمي منذ صغري من في كل خطوة زرعتلي القوة غاليتي "امي مسعودة" و الى "امي فاطمة"

الى اخوتي واخواتي الثلاثة عشر دون استثناء

الى من كان بمثابة ابي الثاني "عبدالقادر"

الى من شاركني و قاسمني تعبي هذا صديق العائلة "بلول يحي"

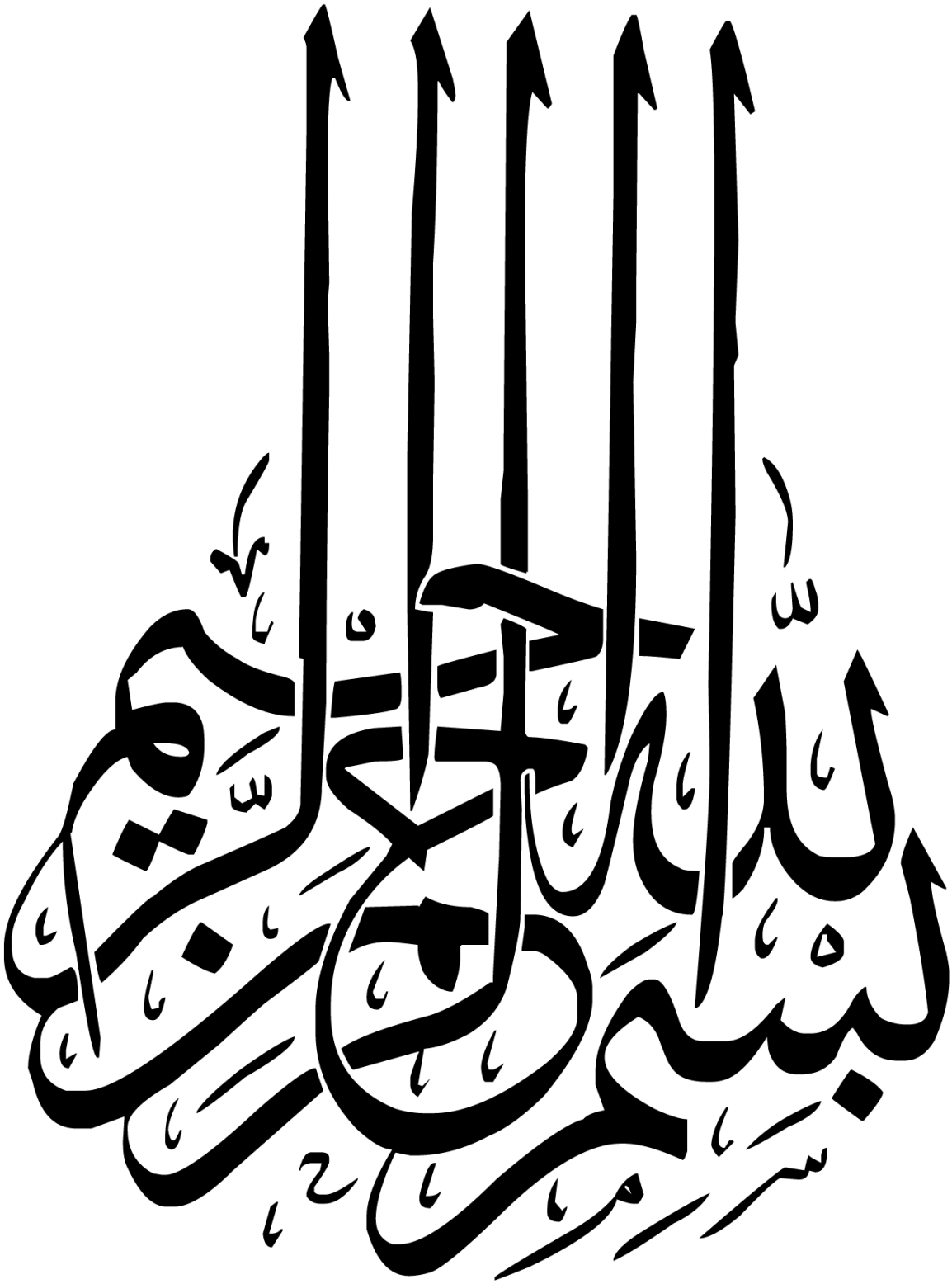
والي من كانت حافزي ومثلي و أول من خطوت معها خطواتي في مساري الجامعي، صديقتي واختي التي لم تلدها امي "مبسوط دليلة"

الي رفيقتي الغاليه "سليماني فتيحة"

اخيرا الى من تعدت علاقتي بهن الصداقة الى الاخوة، فكنَ ملجأي وملاذي في مجتمع مختلف اللأتي انِسنني في ظلمتي وانرن سهراتي تقديرا لكل لحظة تشاركناها من احزان وافراح و دموع وضحكات، اولهن فاطمة وحليمة ،و الى ماماتي كريمة

و بناتها كل من جالستني منهن بقلب صاف وحب طاهر من سافتقدهن واتمنى ان يفتقدنني ومن ستبقى صورتهن في عيني الى آخر يوم من عمري

مقدمة


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الواحد الأحد ندعوه فيستجيب احمده حمداً كثيراً واشكره شكراً جزيلاً ولصلاة والسلام على نبينا الحبيب وعلى آله وصحبه أجمعين

إن من النعم التي انعم علينا عز وجل نعمة الزواج فحثنا عليها وجعل بناء أسرة متماسكة يقوم بناءاً على المودة والرحمة ما يبنى عليه مجتمعاً سليم الفكر والفرد وقد شرع المولى عز وجل الزواج لتحقيق غايات جمة منها المحافظة على النسل البشري وإحصان الزوجين لقوله تعالى:" ومَن آياتَه أن خَلَقَ لكُم من أنفسكُمُ أزواجا لَتسكُنوا اَليهَا وَجَعَلَ بيْنَكُم مَوَدَّة ورَحْمَةً " (الروم- 21).

إلّا انه يحدث ان تشوب هذه الخلية خلافات يصعب من خلالها استمرار العلاقة فشرع الطلاق الشارع الحكيم كحل نهائي بعد فشل كل محاولات الصلح وقد اتبع المشرع الجزائري الفقه الإسلامي في التطرق الى الطلاق وجعله قانونياً بأنواعه و أحكامه و يحول أحيانا أن يستعمل هذا الحق تعسفاً فبمجرد وقوعه يسبب ضرراً معنوياً بالغاً للمرأة والذي يفترضَ وجوده أيضا عند الزوج الذي تخالعه زوجته دون سبب ولما كان الضرر نتيجة مباشرة لفعل ضار وكافية لإثبات الفعل مع اختلاف درجة الضرر تناولته مختلف التشريعات المعاصرة ومنها القانون الجزائري في شتى فروعه اذكر منها الضرر المعنوي باعتباره مدخل لموضوع بحثي تحديداً في قانون الأسرة الجزائري مجال هذا التخصص حيث تناول المشرع الجزائري في المادة 52ق أ تعويض المطلقة تعسفاً وكان التعديل الأخير لهذا القانون ويصب في صالح اقرار التعويض ما جاء بذلك نص المادة 55ق الجزائري مستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية وبما أن الفقه الإسلامي لم يتعرض في جزيئاته لهذا المبدأ ارتأى لي طرح الإشكالية التالية:

أولا : الإشكالية:

✓ما مدى جواز التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي استنادا إلى الفقه الإسلامي مع العلم ان هذا الأخير لم يفصل في هذا الموضوع _ وهل وفق في معالجته مقارنةً بالجانب الفقهي علماً ان الفقهاء القدامى لم يتعرضوا للتعويض المعنوي وانّما اجتهد بعض المتأخرين في هذه المسألة.

ثانيا: اهمية اختيار الموضوع:

-لأن عقد الزواج من اهم العقود نظرا لاهميته الشرعية المقدسة والقانونية وجب ان يقوم على اجراءات ومن هذا يستمد البحث اهميته.

-اهمية موضوع الطلاق التعسفي وآثاره تكمن في ارتباطه بكل اسرة نظرا للاختلافات اليومية التي تؤثر على العلاقة الزوجية والتي تنتهي امّا بالصلح او بالتفريق

-اساءة الزوج لاستعمال الحق المخول له شرعا باعتبار العصمة الزوجية في يده

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

تتجلى اسباب اختياري لهذا الموضوع في:

-مدى اهمية الموضوع شرعا وقانونا ومدى تأثيره علة المرأه من ضرر ومدى دور القضاء الجزائري في حل المشكلة عن طريق التعويض جراء الطلاق التعسفي من غير سبب معقول

-إن مشكلة الطلاق تنجر عن علاقة مقدسة التي يفترض ان تكون الخلية التي تبنى عليها المجتمعات البشرية لذلك فإن هذه المشكلة تهدد سلامة واستقرار المجتمع وتشتته

-لان معظم الدراسات التي تتناول الطلاق لم تتطرق للمصطلح الجديد الطلاق التعسفي

رابعا: الدراسات السابقة:

وفقا لاهمية الموضوع الكبيرة والاجزاء التي يتضمنها من تعريفات وضرر وتعويض كان علي البحث فيما يخص كل منها الّا انني لم اجد ما يشمل الموضوع بجميع جوانبه لكن هنالك دراسة لها علاقة بالموضوع وهناك دراسة ذات علاقة بالموضوع منها بن "زيطة الهادي" ومذكرة " الطلاق التعسفي و آثاره في التشريع الجزائري" للطالبة "حياة الخطاب" و مذكرة "التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق للطالبة "مسعودة نعيمة الياس"

خامسا: المنهج المتبع:

بعد دراسة النقاط المراد تضمينها والتي من شأنها تكوين مضمون البحث استعنت بالمنهج التحليلي وذلك بتحليل ما ورد بخصوص هذا الموضوع من الناحية الفقهية ومن الناحية القانونية مع الاستعانة بالمنهج المقارن بمقارنة ما جاء في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض القوانين الأخرى.

وللإجابة على ما توصلت من التساؤلات تناولت الخطة المقسمة الي فصلين

الفصل الاول تحت عنوان: الإطار ألمفاهيمي لتعويض الضرر المعنوي للطلاق التعسفي وتناولته في ثلاث مباحث

والفصل الثاني بعنوان: التعويض الناجم عن الضرر المعنوي جراء الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة وقسمته بدوره الى ثلاث مباحث إضافة الى المقدمة والخاتمة على النحو الآتي:

سادسا: خطة البحث:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لتعويض الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي.

المبحث الأول: مفهوم الضرر

المبحث الثاني: مفهوم التعويض

المبحث الثالث: مفهوم الطلاق التعسفي وأسباب التطليق.

الفصل الثاني: التعويض الناجم عن الضرر المعنوي جراء الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات المقارنة.

المبحث الأول: موقف الفقه الإسلامي من تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق.

المبحث الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة (القانون الروماني و القانون الفرنسي) من تعويض الضرر المعنوي.

المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من تعويض الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي والتطليق ومقارنته بالفقه الإسلامي.

الفصل الأول:
مبدأ تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية

إن القاعدة العامة في المعاملات تقتضي أن كل من سبب ضررا للغير يلتزم بالتعويض، ولا تثير هذه القاعدة أية إشكالية إذا كانت تتعلق بالضرر المادي، أما إذا كان الضرر المعنوي هو الضرر المعنوي فإنه ثمة عوائق كثيرة إذا كانت تتعلق بالضرر المادي، كما أن المجتمعات البشرية الأولى لم تعهد بقبول الترضية في جانب الشرف الاعتبار الشخصي، وبفرض الاتفاق على التعويض، فإن تقديره يشكل عقبة كبرى لعدم إمكانية معاينة الضرر المعنوي، ناهيك عن الاختلاف الفقهي في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي حول طبيعة التعويض ونطاقه التشريعي.

هذا وإن الضرر المعنوي بات من الأهمية بمكان حتى لا يمكن إغفاله أو تجاهله، بل أن كثير من الأضرار المعنوية أدت إلى أضرار مادية و خيمة، ولعل التغاضي عن مثل هذه المسائل بحجة عدم أهميتها أو بكونا غير معقولة يعد إهمالا. وقد اكتسب الضرر المعنوي أهميته تلك انطلاقا مما وصل مبدأ تعويض الضرر المعنوي أيضا، بعد مسيرة دامت عهودا طويلة انطلاقا من القانون الروماني وصولا إلى التشريعات المعاصرة وسأعالج فيما سيأتي:

المبحث الأول: مفهوم الضرر

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدينة في القانون، ويعد عند الفقهاء المسلمين من موجبات الضمان كذلك، ويتخذ أشكلا متعددة وتتطور صوره مع تطور الحياة وفيما يأتي أحاول تحديد مفهوم الضرر في مطلبين، أبين في الأول منها تعريفه وفي المطلب الثاني أنواعه

المطلب الأول: تعريف الضرر

الفرع الأول: التعريف الضرر لغة

تستعمل مادة (ضرر) و مشتقاتها في معاجم اللغة العربية على المعاني متعددة، إذا جاء في لسان العرب أن الضر والضر لغتان: فالضر هو الهزل وسوء الحال، والضّرر ضد النفع[1]وجاء في المصباح المنير أن الضر بمعنى الفاقة والفقر، والاسم الضرر ويطلق على نقص يدخل الأعيان[2].

تطور هذا المبدأ في بعض التشريعات الوضعية وهي: القانون الروماني، التشريع الفرنسية التشريع الجزائري، كما سأبين موقف الشريعة الإسلامية من هذا المبدأ. وقبل الشروع في ذلك أخصص مبحثين لبيان المفهوم لمصطلحين هامين تقوم عليهما الدراسة وهما: الضرر والتعويض، وذلك في اللغة، وفي الاصطلاحين الشرعي والقانوني.

وقد استعملت النصوص الشرعية لفظ الضرر في عدة مواضع أذكر منها: * قول الله تعالى (وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنْبِهِ أَوْ قَاعِدًا أَوْ قَائِمًا) يونس 12 { و الضرر في هذه الآية يراد به الشدة أو المرض[3].

[1]- جمال الدين :ابن منظور ، لسان العرب ، دار بيروت للطباعة و النشر، بيروت، م 4 ، مادة ضرر : ص 482 ، 483 .
2- أحمد بن علي، الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، دار الفكر للطباعة و النشر، القاهرة ، ج2 ، مادة ضرر: ص 360.
[3]- الفيرز آبادي، محمد بن يعقوب : تنوير المقباس من تفسير ابن عباس ، المكتبة الشعبية، القاهرة ، 1970 ،ص 170.

- كما استفاد من قول الله جل جلاله: (لَن يَضُرُّوكُمْ إِلَّا أَذًى) آل عمران –111{أن الضرر قد يقصد به مجرد الأذى كالكذب والتحريف وغيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي[1].
- و على وجه العموم، تضمنت المواضع المذكورة وغيرها من القرآن الكريم الضرر على ثمانية أوجه و هي: البلاء والشدة، الفقر، القحط، خوف الغرق، نقص، القدر، الإيذاء وأخيرا الجوع و العري[2].
- و لعل الضرر في الاستعانات القرآنية السابقة يتوافق معنى بما ورد في بعض الأحاديث الشريفة ، ومن ذلك قوله صلى الله عليه و سلم (لا يتمنين أحدكم الموت لضره نزه به فإن كان لا بد متمنيا فليقل اللهم أحيني ما كانت الحياة خيرا لي و توفني إذا كانت الوفاة خيرا لي)
- و الحديث فيه التصريح بكراهية تمني الانسان الموت لضر نزل به مرض او محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الدنيا [3].

و الحديث فيه التصريح بكراهية تمني الإنسان الموت لضر نزل به من مرض أو محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الدنيا [4] فالضرر يتصرف إلى أحد أوجه المعنى اللغوي لكلمة الضر و هو من كان من سوء حال و فقر في بدن.

---

[1]- محمد بن علي ،الشوكاني : فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير ، دار المعرفة ، بيروت ، ط2 ، ج1 ، 1996 ، ص (472-473)

[2]- يمظر في تفصيل أوجه المعاني و الآيات المرتبطة بها :
- محمد بن يعقوب، الفيروز آبادي: بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق : محمد علي النجار، المكتبة العلمية ،بيروت ،ج3 .

[3]- اخرجه البخاري ، كتاب ، باب تمني المريض الموت ، ج4 ، ص 7 ،ومسلم ، كتاب الذكر و الدعاء و الاستغفار ، باب كراهية تمني الموت لضر نزل به ، ج2 ، ص 467 .

[4]- يحيى بن شرف ، النووي: شرف صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ط 2 ، ج 17 ، 1972، ص7 .

الفرع الثاني : تعريف الضرر اصطلاحا

إن شيوع استعمال لفظ الضرر في لغة الفقهاء المسلمين و الغربيين يدفعني إلى استقصاء هذا اللفظ و استخداماته، من أجل الوصول إلى التعريف الاصطلاحي المختار له. و ذلك يتم باستعراض ما جاء في الاصطلاحين الشرعي و القانوني في البندين الآتيين

البند الأول: الضرر في الاصطلاح الشرعي

تعرض بعض الفقهاء للضرر تعريفا و تمثيلا ، وعلى الرغم من كثرة مسائلة في النوازل و القضايا فإنه لا يكاد يعثر على تعريف محدد له، كما أن هناك تطابقا أو تقارب كبيرا بين المباني التي يراد بالضرر و بين المعنى اللغوي للفظ ، وأستعرض بعضا من هذه التعريفات على النحو الاتي بيانه.

و جاء في المنتقى « الضرر هو ملك فيه منفعة و على جارك فيه مضرة »[1]

ثانيا – استعمال الفقهاء للضرر بمعنى إلحاق المفسد و الأذى بغير [2]

و قال ابن قيم في قصد الشارع من تحريم الربا[3].

جاء في فيض القدير :« لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقوقه»[4] وهو ما ذهب إليه الونشريس[5] أيضا بقوله «لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه أي ملكه »[6]

ومن بقية المعاني التي استعملها الفقهاء غير ما ذكر:

---

[1]- الباجي ، أبو الوليد: المنتقى، دار الكتاب العربي ،بيروت ، ط1 ، ج6، 1332 هـ، ص 40 ،

[2]- أحمد موافي ، الضرر في فقه الاسلامي ، ج1 ، ص 83 .

[3]- عبد الرؤوف ، المناوي: فيض القدير شرح الصغير : دار المعرفة للطابعة و النشر، بيروت ، ط 2، ج6، 1997 ، ص 431.

[4] - افيض القدير ، ج6 ، ص431

[5]- أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي ، أخذ عن أبي الفضل العقباني وابن مرزوق ، من تآليفه« المعيار المعرب « » ايضاح المسالك إلى قواعد امام مالك « ، ولد سنة 834 هـ و توفي سنة 914 هـ،

- ابن القاضي المكانسي ، أبو العباس أحمد : درة الحجال في غرة أسماء الرجال ، تحقيق و تعليق : مصطفى عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت ، ط 1 ، 2002 ، ص 49

- مخلوف ، محمد : شجرة النور الزكية في طبقات المالكية ، القاهرة ،ج1 ، ص 274 -275 .

[6]- أحمد بن يحيى، الونشريسي: المعيار المعرب في فتاوى الأندلس و المغرب ، تخرج جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي ، دار الغرب الإسلامي، بيروت ، ج8 ، 1999 ، ص 474

- قال صاحب التعريفات: الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له [1] *وقال الدسوقي [2] بأن للزوجة حق التطليق للضرر وهو ما لا يجوز شرعا [3].
- ووصف الدكتور وهبه الزحيلي هذا الضرر المسوغ لطلب التطليق بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل، كالشتم و الضرب والهجر من غير سبب يبيحه [4].

وسأرجئ مناقشة هذه التعريفات وغيرها بعد استعراض نظيرات في الاصطلاح القانوني

البند الثاني: الضرر في الفقه القانوني وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع و الفقه القانوني، إلا أنه يبدو من الصعب استنتاج تعريف منضبط للضرر

ووفقا لما سبق يعرف الضرر بأنه الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصالحة مشروع له، أو بمعنى أخر هو إخلال بمصلحة مشروع [5].

للفرد مادية كانت أم أدبية[6].

ويلاحظ من خلال التعريف السابق أن مجرد المساس بالحق يشكل ضررا، وكذلك شمولا معنى الضرر الاعتداء على مصلحة الفرد المشروعة التي نعد مكملة لمفهوم الحق في سبيل تعويض الضرر[7].

---

[1]-الجرجاني علي : دار احياء التراث العربي، بيروت ، ط1 ، 2003، ص 113 .

[2]- شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي محقق عصره ، أخذ عن الصعيدي و الدردير و النفرواي من تآليفه :حاشية على الدردير على مختصر و حاشية على شرح الرسالة الوضعية ، تولى التدريس و الافتاء حتى وفاته سنة 1230 هـ شجرة النور الزكية ، ج1 ، ص361-362

[3]-الدسوقي ، محمد بن عرفة : نفس المرجع ، ص 345 .

[4] - الزحيلي ، و هبه الفقه اسلامي و ادلته الجزائر : دار الفكر، ط 1 ، ج7، 1991 ، ص 527

[5]- المصلحة المشروعة في القانون المدني الجزائري هي التي لا تتعارض مع نظام العام أو الآداب العامة المادتان 96و 97 ، أو التي تستعمل بقصد الاضرار بالغير المادة 41

- بلحاج ، العربي : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ج2 ، 1994 ص 147 .

[6]- مقدم ، سعيد :نظرية التعويض عن الضرر المعنوي: المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1992 ، ص 35 ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ،ج2 ،ص 143 vialard–antioe

[7]- مقدم ، سعيد : نفس المرجع ، ص 143 .

وفي القانون المدني الجزائري [1]لا يوجد كذلك تعريف للضرر من أن فكرته وردت في مواده (من المادة 124 إلى المادة 140)، وكذا في المادة (176) وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام ويستنتج من دراسة هذه المواد ضرورة وجود ضرر ولا مسؤولية بدونه [2]

البند الثالث : مناقشة و ترجيح

إن استعمال الفقهاء المسلمون للفظ الضرر تعبر عن تداخلات في المعنى ، لأن إلحاق المفسدة بالغير هو ضد نفعهم ، كما أن الانتقاص من الحقوق أو المساس بأذية و مفسدة كذلك ، ويمكن القول أن التعريفات السابقة مشوبة بقصور يتمثل في عدم قدرة المعنى على تحمل كافة استعمالات اللفظ.

كما أن اقتصار بعض التعريفات على الإضرار بالغير لا يستقيم إذا علمنا أن الشريعة تحرم الإضرار بالنفس، إذ جاء في الشرح الكبير: ووجب الفطر لمريض و صحيح إن خاف على نفسه بصومه هلاكا أو شديد كتعطيل منفعة ... لوجوب حفظ النفس

و الخلاصة أن وجود الضرر يرتبط بمشروعية المصلحة محل التعدي أن حقيقة هذه المشروعية ترجع ثبوتا إلى المقاصد الشرعية، وهذا الارتباط بين المصلحة و المقاصد وثيق الصلة، فقد اجمع العلماء على أن الشريعة تضمنت حفظ الضروريات و الحاجيات والتحسينيات، وأن أمهات المصالح المحفوظة هي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال [3]، فكل ما يتضمن حفظها مصالح وكل ما يفوتا فهو مفسدة .[4] وبذا تكون المصلحة في منأى من الاستناد إلى المفاهيم القاصرة ونضمن مشروعيتها.

وبناء على ما سبق فإن التعريف المختار الضرر هو : المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة لضمنه نوع الاعتداء محل الضرر المضرور اثر هذا الضرر.

---

[1]- الصادر بالأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بعدة قوانين ، أخرها القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005 .

[2]- سعيد مقدم ،المرجع السابق ، ص 35 .

[3]- الريسوني ، نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي : دار الكلمة، المنصور ، ط 1 ، 1997 ص 209 .

[4]- الغزالي ، أبي حامد : المستصفى من علم الأصول : دار الكتب العلمية ، بيروت، ط2 ، ج1 ، ص 287 .

المطلب الثاني: أنواع الضرر

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي اعتدي عليها التي لا تعدو أن تكون مادية أو معنوية وبالتالي فالضرر ينقسم إلى قسمين: ضرر مادي وأخر معنوي و يظهر أن غالب الفقه الوضعي قد اعتمد هذا التقسيم [1] الذي انتقد بشدة من قبل بعض الفقهاء الغربيين [2] و[3]

وبالنسبة للفقه الإسلامي، المعتمد التقسيم الثنائي للضرر المرتبط بطبيعة المصلحة المحمية [4]

وفي وقت الحالي، فإن الفقه الغربي يميل للتقسيم الثلاثي للضرر : مادي – ويقصد به ضرر المالي –، معنوي وبدني، حيث يتعلق هذا الأخير بالمساس بجسم الانيان من جروح طفيفة أو جسيمة و بشكل اخطر الموت

غير ان التقسيم الراجح للضرر هو التقسيم الثنائي لأن الضرر البدني يعتبر ضررا جامعا، إذ يحتوي على شقين مادي يتمثل في الجروح وما شابها مما ترك آثارا في الجسم، وشق، يتمثل فيما يخلفه ذلك المساس بالجسم على الصعيد النفسي وهو ضرر معنوي.

يمكن أن يفيد إلا في حالة التعويض الإجمالي عن الضرر المالي وذلك بالتميز بين الضررين المالي والجسمي في المبلغ الممنوح

وفي الفرعين الآتين أتطرق لنوعي الضرر: المادي والمعنوي.

[1]- عبد الرزاق، السهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: منشورات الحلبى الحقوقية ، بيروت ، ط 3 ، ج1 ، 1998 ، ص 680 .- العدوي ، جلال : المصدر الالتزام: منشأة المعارف، الاسكندرية ،1997 ، ص 424 .
- سليمان علي ، علي : دراسات في المسؤولية المدنية: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984 ، ص 198.
- بلحاج العربي ، نفس المرجع ، ج2 ، ص 145 ، سعيد مقدم ، نفس المرجع ، 37.

[2]- سعيد مقدم، ومن بينهم جيفور ، مازو، تونك ، المرجع السابق ، ص 37 .

[3]- الخفيف ، علي : نظرية الضمان في الفقه الاسلامي: دار الفكر العربي، القاهرة ، 2000 ، ص 44 .

[4]- شرارة ، عبد الجبار : مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في فقه الاسلامي : دار الفكر الاسلامي ،القاهرة، تاريخ الزيادة : أوت 2004 ، علي الخفيف ، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي ، ص 44 .

الفرع الأول : الضرر المادي

يكاد يتفق فقهاء القانون على أن المقصود بالضرر المادي كل أذى يمس الإنسان في جسمه أو ذمته المالية منقصا منها مفوتا لمصالح مشروعة [1].

ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل، أو أن يكون ذلك حتميا [2] وبالتالي فإن الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق [3].

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب الغير المالي لذمة الإنسان وهو متعلق بالمشاعر وعلى هذا الأساس يسمى بالضرر المعنوي أو الضرر الأدبي [4].

البند الأول : تعريفات الضرر المعنوي

اجتهد بعض الفقهاء المسلمين والعربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي، ويذكر من ذلك:

أ- الضرر المعنوي هو المساس بمصالحة مشروعية غير المالية

ب- الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي

---

[1]- عبد المنعم، الصد : المبادئ العامة في القانون ، الدار الجامعية للنشر ، الاسكندرية ، ص 350 ،
- خليل حسن ،قادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 1 ، ص 248.
- سليمان علي، علي: نظريات قانونية مختلفة : المرجع السابق، ص 198 .
- بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص145 ، سعيد مقدم ، المرجع السابق ، ص 37

[2]- جلال العدوي ، مصادر الالتزام ،ص 424 ، و يجدر التذكير بالاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر المادي ، حيث قررت أن مجرد الاعتداء الذي لا يترتب عليه المساس بمصلحة مالية للمضرور يعد ضررا ماديا قابلا للتعويض و هذا بصرف النظر عن آثاره المادية المفترضة ، وجاء هذا الحكم في دعوى اقامها الورثة ضد وزارة الداخلية المصرية لتعويض الأضرار المادية الجسمانية و الأدبية التي لحقت و الدهم الذي إعتقل و عذب من سنة 1958 إلى سنة 1964 ، وقد حكمت بتعويض الأضرار كلها ومنها الضرر المادي الذي لم يشترط فيه مراعاة العج عن الكسب ، إذ أن هذا يشكل مساسا بحق الانسان في الحياة و سلامة الجسم ، وهذا يطابق ماهو مقرر في الفقه الاسلامي من إيجاب الارش لمن أصيب بجراح أو ضرر جسماني
- الزقود ، أحمد السعيد: « الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر " المادي والأدبي " و انتقال الحق في التعويض عنه إلى الورثة بمناسبة الحكم الصادر في 22-02 1994 مقارنا باحكام التمييز الكويتية » مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، 1996 ص 240 ، علي الخفيف الضمان في الفقه الاسلامي ، ص 38 .

[3]- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 681 .

[4]- إن تسمية الضرر الادبي هي تسمية شائعة لوصف الجانب غير الملموس أو المعاين من الضرر ، و الواقع ان هذه التسمية قاصرة عن استيعاب جميع انواع ذاك الضرر، و الأنسب في نظرية أن يقال الضرر المعنوي لأنه الأعم و الأشمل ، أما الضرر الدبي فهو كما تدل التسمية يتعلق بالأدبيات والأخلاقيات و هي التصرفات التي يمكن أن يعبر عنها صاحبها في شكل مرئي معاين ، في حين أن الضرر المعنوي قد يتعلق بالعاطفة والشعور الذي لا يمكن معاينته مالم يتجل في انفعالات مرئية ، كما أن الضرر المعنوي أقرب معنى للترجمة الفرنسي« dommagmooral

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

وبناء على ما سبق يمكن استخلاص تعريف الضرر المعنوي بأنه: ما يصيب الشخص من الأذى في جسمه والآلام التي لا تصل إلى حد التأثر أو ما يصيبه في غرضه، أوفي عاطفته أومن جراء الاعتداء على حقوقه ومصالحة المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها.

البند الثاني: صور الضرر المعنوي

إن ارتبط الضرر المعنوي بالأحاسيس ينتج صورا متعددة له، على هذا يمكن تجميع هذه الصور في أربع مجموعات:

أ-ضرر المعنوي مترتب عن آلام الجروح البدنية والمعنوية.

ب-ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض[1].

ت-ضرر معنوي يصيب العاطفة، ومن ضمنها الشعور [2] المعتقد الديني[3]وحرية ممارسته[4]

ث- ضرر معنوي يصيب الشخص من الاعتداء على حق ثابت له، كاستخدام اسمه في عمل فني أو نسبة مصنف إلى غير مؤلفه اعتداء على حقه الأدبي[5].

---

[1]- وقد قضت محكمة القاهرة الكلية الوطنية بان الأمراض من العورات الواجب سترها و لو كانت صحيحة ، فإذاعتها في محافل عامة يسيء إلى المرضى و بالأخص الفتيات ، لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن ، و هذا خطأ يوجب التعويض ، علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، ص 198-199

[2]- علي سليمان ،المرجع السابق ، ص 199

[3]حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي تعويض الضرر المعنوي اللاحق بقس من جراء دق الأجراس بناء على أمر غير مشروع من العمدة ، انظر في هذا الحكم و احكام أخرى في : مارسو، لون و أخرون : احكام المبادئ في القضاء الاداري الفرنسي ، ترجمة : أحمد يسري : دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ط 10 ، 1995 ، ص 739 .

[4]- إذ استثنى ابن حجر في شرحه لحديث لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به ما سماه الضرر الأخروي من كراهية تمني الموت ، وهو ما عبر عنه بخشية الفتنة في الدين ، وهو إحدى صور الضرر المعنوي .

- ابن حجر العسقلاني ، احمد بن علي : فتح الباري بشرح صحيح البخاري: دار المعرفة ، 1390 هـ ، بيروت ، ص 128.

[5]- جلال العدوي ، مصادر الالتزام ، ص 426 ، 427 .

المبحث الثاني: مفهوم التعويض

إذا كان الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية، فإن التعويض جزاؤه .

ولم تعرف التجمعات البشرية الأولى هذا النظام إلا بظهور القانون الروماني، الذي قلل من فكرة التأثر بجعل الحرية للأفراد في اختيار طريقة التعويض و بمجيء الإسلام هذبت شريعته السمحة النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظام الوضعية القديمة التي سبقتها، بتشريع القصاص في قوله جلا جلاله (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى) البقرة – 178 {والدية في قوله عز وجل (وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ) {النساء –92}، كما شرع الضمان في الإتلاف والتعدي، وبالرجوع للضرر المعنوي فلعل بعضا من الخلاف الوارد حول تعويضه يستند إلى نظرية التعويض، وعلى هذا المطالب التي أحاول توضيح بعضا من معالم هذا المفهوم ببيان تعريفات اللغوية والإصلاحية، ثم أدلة مشروعيته والحكمة منه والأساس المستند إليه.

المطلب الأول: تعريف التعويض

إن مصطلح التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة، وهذا ما يقتضي استقصاء تلك المباني من اجل الخروج بالتعريف الملائم له والمتوافق مع موضوع البحث هذا وذلك من الجانب اللغوي والاصطلاحي على حد سواء.

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة

عوض يعوض تعويضا، وتعوض أخذ العوض، والاسم العوض والمستعمل التعويض[1]والعوض هو البدل، وعوضت فلانا إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وقيل بين العوض والبدل فرقا [2] والعوض كلمتان صحيحتان إحداهما تدل على بدل للشيء والأخرى على زمان [3].

وبذا يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل والخلف، وأما التعويض فهو استقبلها أو ما يعطى لطالبه منهما.

الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحا

تتدخل محددات عدة في بيان التعريف الاصطلاحي للتعويض منها كيفياته وأشكاله، إلى جانب شروط إيجابه ومعايير تقديره، والأهم من ذلك المذهب الذي يستند إليه وأقصد بذلك الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي، وهو ما سأحاول توضيحه في البندين الآتين :

البند الأول : تعريف التعويض (الضمان) في الاصطلاح الشرعي

استعمل الفقهاء المسلمون معنى التعويض في مواضع عدة، واذكر منها على سبيل المثال : البدل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه إياها، وبدل الشيء الواجب، والعوض في العبادة وغيرها من الصور التي لم يخرج فيها لفظ التعويض عن معناه اللغوي، مما يجعلني أؤيد آراء الباحثين في نظرية الضمان بأن معنى التعويض (فيما يبذل نظير الضرر) هو مصطلح الضمان الذي يشيع استعماله عند الفقهاء و بمعان متعددة، كما أبين ذلك وفق الآتي، وقبل ذلك لا بد من التعرض للمعنى اللغوي للضمان.

[1]- لسان العرب ، ج7 ، مادة عوض ، ص 192 ، القاموس المحيط ، ج2 ، مادة عوض ، ص350 .
[2]- تاج العروس ، ج5 ، مادة عوض ، ص 59 .
[3]- ابن فارس ، أبو الحسيس أحمد : معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون: دار الجيل، بيروت ، ك1، م4 ، 1997 ، مادة عوض ، ص 188 .

أولا: تعريف الضمان لغة

الضمان لغة هو الكفالة والالتزام، فضمان الشيء هو الكفالة به، وضمان المال التزامه[1].

ثانيا: تعريف الضمان في الاصطلاح الفقهي.

يستعمل بعض الفقهاء لفظي "ضمان والكفالة " كمرادفين لما يعم ضمان المال وضمان النفس[2].

ومن بين التعريفات التي أوردها الفقهاء للضمان:

تعريف المالكية بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق [3]. وهذا التعريف ينصرف إلى معنى الكفالة التي يراد بها ضمان النفس، والمقصود به ترتيب التزام في ذمة شخص آخر.

تعريف الشافعية بأن الضمان: هو عقد يحصل به التزام حق ثابت في ذمة الغير[4] وهو يتفق مع التعريف السابق بناء على انتقال الدين بالضمان عند المالكية [5]، واتفاق الجمهور مع الشافعية في أن ذمة الأصيل بالحق و مشغولة به مع ذمة الكفيل وأن الضمان لا ينقل الدين إلى ذمة الكفيل[6] وبذا يستعبد هذان التعريفان عن المراد بالتعويض في مصطلح الضمان

وجمعا بين هذا التعريف والاحتكارات السابقة يمكن تعريف الضمان كاصطلاح للتعويض بأنه: الالتزام بإصلاح الضرر المادي أو المعنوي الذي يجب في ذمة المتسبب به، بأداءات مالية أو عينية.

---

[1]- الصحاح ، ج6 ، مادة ضمن ، ص2155 ، المصباح المنير ، ج1 ، مادة ضمن ، ص 364 .

[2]- علي الخفيف ،المرجع السابق ، ص 8

[3]- حاشية الدسوقي ، ج3 ، 329 .

[4]- محمد بن زكريا، الانصاري: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: دار الكتب العلمية ، بيروت، ط 1 ، ج 1 ، 1998 ، ص 364.
- عادل احمد عبد الموجود و آخرون : تكملة المجموع شرح المذهب : دار الكتب العلمية، بيروت ، ط 1 ، ج14 ، 2002 ، ص363

[5]- حاشية الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 347 .

[6]-ابن عابدين ، محمد أمين : رد المحتار على دار المختار ، تحقيق : عادل احمد عبد الموجود ، علي محمد معوض : دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط2 ،ج7 ، 2003 ، ص 554 .
- أبو الحسن علي بن محمد، الماوردي: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، تحقيق :عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض: دار الكتب العلمية، بيروت، ج6 ، 1999 ، ص 436- 437 .
- ابن قدامة ، موفق الدين : المغني و الشرح الكبير : دار الكتاب العربي، بيروت ، ج5 ، ص 82 – 83 .

وسبب اختيار هذا التعريف يعود للعناصر الآتية:

أ- الالتزام: إذ أن التعويض يظل واجبا في ذمة مرتكب الضرر.

ب- إصلاح الضرر: وهو وظيفة التعويض، وكذا للتمييز به بين الجزء المدني والعقوبة .

ت- نوع الضرر: إذ يحدد طبيعة الضرر المعنوي إلى نطاق التعويض

ث- الأداءات: واقصد بها طريقة التعويض: المالي أو العيني الذي قد يتضمن القيام بعمل ، من أجل توسيع كيفياته.

المطلب الثاني: مشروعية التعويض

الفرع الأول: أدلة مشروعية التعويض :

تدل مصادر التشريع لقد أرست الشريعة الإسلامية قواعد الضمان و التعويض كوسيلة لحفظ الحقوق الكريمة والأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن

و أول ما يذكر من هذه الأدلة هو مبدأ الضمان المقرر في القرآن الكريم فيما يتعلق بحق الله في قوله تعلى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّداً فَجَزَاء مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ) { المائدة – 95 } و فيما يتعلق بحق العبد في قوله تعالى: (وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ) { النساء – 92 } و المسؤولية الشخصية في قوله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) المدثر 38

وفي قوله تعالى جل جلاله (وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ۖ)الشورى –40 و قوله سبحانه و تعالى (وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ) { النحل –126 } و يستفاد من هذه الآيات مشروعية التعويض كجزاء على تعدي المرء ، و كذا من المبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة و الإنصاف[1].

[1] احمد محمد سراج ،ضمان العدوان في الفقه الاسلامي ، ص 100 .

و قد ورد في تفسير الآيات السابقة ما يدل على وجوب الرجوع للحاكم في جميع المظالم ليحكم بالعوض[1]، و أكد ذلك القرطبي[2] في تفسيره بقوله » فإن تمكن من الانتصاف من مال لم يأتمنه عليه فيشبهه أن ذلك جائز و كأن الله حكم له ، كما لو تمكن الأخذ بالحكم من الحكام »[3] هو ما يدل على مشروعية التعويض في صورته المهذبة الخالية من الانتقام و الفساد[4].

أما في السنة النبوية فالأدلة على تقرير مبدأ التعويض كثيرة ومن ذلك:

أ- ما روي أن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم : أهدت إليه طعاما في قصعة فضربت الزوجة التي كانت النبي صلى الله عليه و سلم عندها القصعة بيديها فألقت ما فيها ، فقال النبي (طعام بطعام وإناء بإناء) [5]

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

ويستدل على مشروعية التعويض من قاعدة إزالة الضرر المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم :(لا ضرر ولا ضرار)[6]، الذي يمنع وقوع الضرر أصلا ومعالجته إذا وقع بتعويضه« فالحديث أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغي، إيجاد الضمان على من أوقعه [7] ».

---

[1]- محمد بن جرير ،الطبري: جامع البيان في تفسير القرآن :دار المعرفة، بيروت، ج2، 1989 ، ص 116

[2]- أبو عبد الله محمد بن ابي بكر بن فرح الانصاري الفقيه المفسر ،جمع تفسير القرآن في اثني عشر مجلدا هو من أجل التفاسير

[3]- القرطبي ، أبو عبد الله : الجامع لأحكام القرآن: دار الكتب المصرية، القاهرة ، ج10 ، ص202

[4]- بوساق ، محمد : المرجع السابق، ص 157 .

[5]- أخرجه البخاري في نفس المعنى في كتاب المظالم ، باب إذ كسر قصعة أوشيئا لغيره ، ج2 ، ص 73 ، والترميذي في السنن ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ، ما يحكم له من مال الكاسر ، وسمى الضاربة عائشة واللفظ له ، ج2 ، 406 .

[6]- أخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، رقم 2341 ، ص348 ، أحمد عن عباس ، مسند بني هاشم ، ج1 ،ص313 و مالك في موطا ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق ، رقم 1461 ، ص454 ،قال ابن عبد البر بأنه لا يستند من وجه صحيح ،التمهيد ، ج8 ، ص 240 و الحكام مستدرك كتاب البيوع ، رقم 234 ، ج2 ، ص 58 ، وقال هذا حديث صحيح الاسناد على شرط مسلم بينما سكت عنه الحافظفي تلخيص المستدرك ، و البهقي في السنن ، كتاب إحياء الموات ، باب من قضى فيما بين الناس فيما فيه صلاحهم رقم 4878 ، ج6 ، ص 258 ،، و الالباني في السلسلة الصحيحة رقم 250 ، ج1 ، ص99 ، و قال النووي في " الأربعين " وله طرق يقوي بعضها بعضا ، ص 146 ، و قال ابن الصلاح :مجموع طرقه يقوي الحديث و يحسنه وقد تقبله اهل العلم واحتجواه به

- جامع الأصول في الأحاديث الرسول، ج6 ، رقم 4929 ،ص746 .

[7]- أحمد محمد سراج ،المرجع السابق ، ص -102-103

وقد استنبط الفقهاء المسلمين من الحديث قواعد كلية استعانوا بها على نفي الضرر ومشروعية التعويض ومن بينها «الضرر يزال »[1] « الضرر ولا يزال بمثله » [2]"« يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام [3] » و ق كان لهذه القواعد اثر كبير في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الضرر وفي دفعها، بين التطبيقات الفقهية العديدة لها: أكل الميتة للمضطر، دفع الصائل وغيرهما [4]

الفرع الثاني: حكمة مشروعية التعويض

إن من رحمة الله تعالى بعباده فشرع لهم التعويض في مقابل ما افتقدوه، ولما كان القصاص في الموال يشكل خطرا – وهذا المقصد حفظ المال – حل محله الضمان « فاقتضت حكمة الله ان يزجر كل نوع من هذه الأنواع بزواجر قوية تردع الناس أن يفعلوا ذلك مرة أخرى »[5]

والجوابر مشروعة لما فات من مصالح من حقوق الله والعباد [6]ولهذا لم يشرع القصاص في المال وحل محله الضمان

وبذا نستنتج مقاصد الشريعة الإسلامية من الضمان، فهو يصون مال الامة والمسلم وعرضه ، وقد نوهت النصوص بأهميتها ومما جاء فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم إن دماءكم وأموالكم وإعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا)[7].

---

[1]-المادة 20 من مجلة الأحكام العدلية .
- زين العابدين بن ابرهيم ،ابن نجيم: الأشباه و النظائر ، تحقيق : عبد الكريم الفضلي: المكتبة العصرية، بيروت ، 2003 ، ص105 .
جلال الدين ،السيوطي: الاشباه والنظائر ، تحقيق : عبد الكريم الفضلي : المكتبة العصرية، بيروت، 2003 ، ص 114 .
حيدر ، علي :دار الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريف : فهمي الحسيني :دار الكتب العليمة، بيروت، ج1 ، ص33 .
[2]- المادة 25 من مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص35 ، ابن نجيم ، الاشباه و النظائر ، ص 108 ، السيوطي ، الاشباه و النظائر ، 116 .
[3]- المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص 35 ، ابن نجيم الاشباه والنظائر، ص 109 .
[4]- محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة و شريعة ، ص 396 .
[5]- الدهلوي ، احمد شاه ولي الله حجة الله البالغة ، ضبط محمد سالم هاشم : دار الكتب العلمية، بيروت، ، ط1 ،ج2 ، 1995 ، ص 274 .
[6]- ابن عبد السلام السلمي ، عزالدين :قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ضبط و تصحيح : عبد اللطيف حسن عبد الرحمان :دار الكتب العلمية ، بيروت، ط 1 ،ج1 ، 1999 ، ص 119 .
[7]- أخرجه البخاري ، كتاب الحج ، باب الخطبة أيام منى ، ج1 ، ص300 ، مسلم ، كتاب القسامة ، باب تغلظ تحريم الدماء و الموال و العراض ، ج2 ص 42 .

كما تنبثق عن حكمة مشروعية التعويض المصلحة الاجتماعية، وتظهر من قضاء سيدنا عمر بن خطاب رضي الله عنه بقطع أيدي الغلمان الذي انتحروا ناقة، وتغريم سيدهم بضعف ثمنها[1]

وقد علق مالك على ذلك بقوله :« وليس على هذا العمل عندنا ، لكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة قيمة يوم يأخذها [2] » فقهاء عمر جاء استنادا إلى الأصل العام الذي يقصد مالك، هو مضاعفة التعويض لداعي تحقيق المصلحة الاجتماعية و جبر ما فات منها [3].

الفرع الثالث: أساس التعويض

إن التعويض من حيث كونه إلزام بدفع مال أو القيام بعمل وجب أن يراعى فيه خضوعه للمبادئ الشرعية في الالتزامات، لئلا يكون تكليفا بما لا يطاق، وهو ما يتنافى مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها من تشريع الضمان.

ويستند التعويض في الشريعة الإسلامية إلى مبدأ تحريم أكل أموال الناس بالباطل، حيث إيجاب التعويض من غير مبرر شرعي له يعد من ذلك القبيل، والأصل أن الأموال محظورة إلا بنص[4].

وهذا المبدأ ستفاد من قول الله عز وجل " (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) النساء – 29 و} و الباطل هو مالم يكن في مقابلة شيء حقيقي وهو من البطلان أي الضياع

[1]- الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري و الحريسة ، رقم 1468 ، ص455 ، البيهقي ، كتاب السرقة ، باب ما جاء في تضعيف الغرامة ، ج8 ، رقم 13287 ، ص 483 ، و الشافعي في المسند ،
- أبو الرازي حاتم ، محمد بن إدريس : علل الحديث ، تحقيق : محمد بن صالح الدباسي: دار ابن حزم ، بيروت ، ط1 ، ج2 ، 2003 ، ص 154

[2]- موطأ مالك ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري و الحريسة ، ص 455 .

[3]- أحمد محمد سراج ، المرجع السابق ، ص 112

[4] - ابن حزم الأندلسي، أبو محمد : المحلى بالأثار، تحقيق : عبد الغفار سليمان: دار الكتب العلمية، بيروتج1 ،، 1988، ص 97 .

والخسارة [1] ومما جاء في تفسير الآية أن المقصود منها عدم التعدي على أموال الناس بغير حق » بما يحل شرعا و لايفيد مقصودا [2] ومن ذلك جحد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكه [3].

فكما يظهر أن كل أموال الناس بغير مستند شرعي يبرره، يعد كبيرة من الكبائر المنهي عنها والمحرمة بنصوص قطعية.

كما أكدت السنة النبوية في عدة مواضع مبدأ تحريم أكل المال بغير حق ومن ذلك: قوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع (" فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومك هذا) [4] وقوله أيضا (كل مسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه) [5]

وبعد هذا العرض تبين أن التفويض يجب أن يكون بما شرع من الزواجر أو الجوابر الشرعية و يؤيد ابن حزم بأن الأموات محرمة فلا نصح الزام أقد عزامة لم يوجها نص أو اجماع[6].

جاء عاما دون أن يبين أي ضرر يحق للمرأة طلب التعويض عنه، والحال أن الضرر المعنوي مفترض بل ثابت في حقها، فهو يصيبها في نفسها، وفي سمعتها ؟، وقد يحرمها من إعادة الزواج خاصة إذا شابة مطمح، وغير ذلك من جوانب الضرر المعنوي ذات الأثر الشديد و السيء على المرأة.

فما العمل إذا، وهل يمكن التعويض عن الضرر المعنوي لهذه المطلقة انطلاقا من نصوص قانون الأسرة ؟ وهل تعرض الفقه الإسلامي لهذه المسألة وفقا لما تحلينا عليه المادة (222) من القانون الأسرة حين عدم ورود النص فيه مسألة ما ؟، وهذا ما سأبينه في المطالب الآتية.

---

[1]- رضا ، محمد رشيد : تفسير المنار : دار المعرفة، بيروت ، ط2 ، ج5 ، 1934 ، ص 40

[2]- أحكام القرآن ، ج1،ص97 . .

[3]- الجامع لأحكام القرآن ، ج2 ، ص 338 .

[4] - سبق تخريجه ي الصفحة 24 من هذا البحث

[5]- صحيح مسلم ، كتاب البر و الصلة ، باب تحريم ظلم المسلم و خذله و احتقاره ، ج2 ، ص 424 .

[6]- المحلى ، ج11 ، ص 164 .

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي

الطلاق في اللغة يشمل عدة معاني: الخلية، الإرسال، إزالة القيد. ويستعمل في العرف بمعنى رفع القيد المعنوي، كما في رفع قيد النكاح.1

أم في الاصطلاح فقد تعددت تعريفات الفقهاء واختلفت ،إلا انا اتفقت في المعنى الذي يتضمن تحلل الزوجة من الرابطة الشرعية التي جمعتها مع زوجها .

واذكر من بين التعريفات :تعريف القرطبي بأن الطلاق هو:"حل الحكمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة 2.

وجاء في شرح حدود بن عرفة: بأن الطلاق صفة حكيمة ترفع حلية متعة الزواج بزوجته، وقد عرفه بعض الباحثين بأنه حل عقدة النكاح بألفاظ مخصوصة من أهله وفي محله حالا أو مالا.

والطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع. فقد قامت الآيات والأحاديث الدالة على ذلك، كما اجمع علماء الأمة على مشروعيته3.

وقد قيد الشارع حق الرجل في إيقاع الطلاق ولم يتركه مطلقا وفق رغبات الزوج ،فوجب أن يكون الطلاق مبررا ولسبب معقول، فلا يصح الاتجاه إليه لأسباب يمكن علاجها أو تغيرها.

كما يجب على الزوج كذلك أن براعي السنة في طلاقه، فلا يطلق امرأته في الحيض مثلا أخذا بقول النبي صلى الله عليه وسلم في طلاق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض :"مره فليراجعها".

[1]-عرفة ،الهادي السعيد: اساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الامانة،القاهرة ،ط1، 1989، ص10.
[2]-الجامع لأحكام القرآن ،ج3 ،ص 126
[3]-الطوسي ،محمد بن الحسين :النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، دار الكتاب العربي، بيروت ،ط2،1980 ،ص508

ويجب توفر القصد البريء بالطلاق بأن يقصد الزوج الإضرار بالزوجة، ومن ذلك إيقاع الطلاق في مرض الموت بقصد حرمان الزوجة من الميراث ،وأمثلة تطبيقية عديدة عرفت حديثا باسم الطلاق التعسفي، فماهر الطلاق التعسفي؟ والإجابة تكون الفروع الآتية.

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي

الطلاق التعسفي مصطلح حديث في تسميته ، قديم في المعنى يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتتأذى من ورائه ، وقد أشار إليه قانون الأسرة الجزائري في المادة (52) دون أن يبين ما يقصد من ورائه .ولما كان هذا المصطلح مرتبطا بالتعسف فوجب بيان معنى التعسف أولا.

معنى التعسف:

التعسف في اللغة هو الأخذ على غير الطريق أو سلكها على غير قصد[1].

أما في الاصطلاح فيعرف بأنه :" مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل "[2]، وفي استعمال الحق يراد بالتعسف ذلك الاستعمال على الوجه غير المشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له.

ولما كان الطلاق حقا للرجل يملك إيقاعه بإرادته المنفردة لأنه يعد متعسفا في ذلك اذا جاوز حدود الحق بأن أوقعه مناقضة لقصد الشارع في الطلاق.

وقصد الشارع في الطلاق متمثل في تجنيب الزوجين المفاسد التي تنجم عما وصلت اليه علاقتهما من الشقاق، وتفويت لمقاصد النكاح السامية من ألفة ورحمة وسكن وغيرها. ولا يخفى ما ينجم عن ذلك من ضرر مادي ومعنوي ،ولعل الضرر المعنوي أكثر ورودا، لأن كلا الزوجين يتحمل الآخر على مضض.

[1]-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير،ج2،ص409.
[2]-فتحي الدرديني ،نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ،ص52.

وبناء على ما سبق يمكن القول أن الطلاق التعسفي هو كل طلاق يناقض قصد الشارع في تشريع الطلاق، إذا انه شرع في الأصل لدافع الضرر، فكل طلاق لا يحقق هذا المقصد يعد تعسفيا[1].

وانطلاقا من كون أن هذا الطلاق التعسفي لا تتوفر فيه الضوابط الشرعية لإيقاع الطلاق يمكن القول أن الطلاق البدعي هو صورة من صور الطلاق التعسفي ،وتطبيق التعسف يمكن في صورتين الأولى مجاوزة الحق والثانية مناقضة قصد الشارع، لذا فالطلاق التعسفي يأخذ كل أحكام الطلاق البدعي من الحرمة وما يترتب عليه من الآثار.

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي

ان للطلاق التعسفي تطبيقات وصورا عديدة ومن أشهرها تلك التي نص عليها الفقهاء وأسهبوا في ذكر أحكامها وهي:

1 _الطلاق في المحيض: وصور التعسف فيه تتمثل في رغبة الزوج بتطويل العدة على المرأة فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة. وقد أجمعت الامة على تحريم الطلاق الحائض بغير رضاها 2.

2 _ طلاق الثالث بلفظ واحد: ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلاقات الثلاث ومناقضته لقصد الشارع في ذلك ، فانا شرعت ليتدارك المفرط ويعتبر 3 .

[1]-زهو ،أحمد النجدي : نظرية التعسف في استعمال الحق ،دار النهضة العربية، القاهرة ،1991 ،ص27.
[2]-الجرجاوي علي أحمد: حكمة التشريع ، دار الفكر، بيروت ،1997 ،ص38
[3]-الدهلوي ،حجة الله البالغة ،ج2، ص253.

وقد ذهب جمهور الأئمة الى وقوع طلاق ثلاث وبينونة الزوجة به ولاتحل حتى تنكح زوجا غيره . الا ان كثيرا من الفقهاء المعاصرين يفتون باعتبار الطلاق الثلاث واحدا تسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية ومراعاة لمصلحة الأولاد، خصوصا في هذا الوقت الذي قل فيه الورع والاحتياط وتاون الناس في التلفظ بذه الصيغة في الطلاق، وهم يقصدون غالبا التهديد والزجر 1.

3_طلاق الهازل والسكران: ويتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخاف هذا الزوج بقداسة عقد الزواج، بحيث لا يعرف قصد الهازل في وقوع الطلاق ،والسكران اذا كان متعديا بسكره ،متناولا إياه بكامل إرادته. وجمهور الفقهاء يوقعون طلاق الهازل والسكران اذا كان سكره محرما.

4_ الطلاق بقصد الحرمان من الميراث :وهو ان يطلق الرجل مريض مرض الموت زوجته ليحرمها من ارثها منه، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتاباه المروءة.

اذ كيف يطلق الرجل هذه المرأة المسكينة في أيامه بعد ان قطعت معه أشواط العمر ،وربما تحملته وصبرت على اذيته ليفاجئها بهذه النهاية المحزنة، فعاملته الشريعة العادلة على نقيض مقصودة: فقال المالكية بميراث الزوجة كانت في العدم ام لم تكن وسواء تزوجت ام لم تتزوج .

فهذه التطبيقات وغيرها كثير يظهر جليا مبدأ التعسف في استعمال حق الطلاق والضرر الذي يصيب الزوجة والزوج على طرفي سواء، وذلك مثل الطلاق في الحيض وطلاق الثلاث بلفظ واحد.

واصل هنا إلى نتيجة مفادها أن الطلاق التعسفي لا يعني بالمرأة فحسب بل لا يتضرر منه الزوج دون شعور منه ،وكانت الشريعة الإسلامية نافية لهذا الضرر، وقصدت حماية الرجل باستعمالاته لحقه في الطلاق بفرض مشروعية الإيقاع، لئلا يأثم بالتعسف ويحمل تبعات ما كان ليتحملها لو أوقع طلاقه سينا، وهذه من خصوصيات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي قلا نجد مثلها في القوانين.

[1]-زهبة الزحيلي ، مرجع سابق،ص413.

ومن الجانب القانوني ، لم يبين قانون الأسرة الجزائري متى يعتبر الطلاق تعسفيا ،كما لم بنص على اي من الحالات التي اعتبرها الفقهاء كذلك ،كطلاق المريض مرض الموت ،وقد ذهبت المحكمة العليا إلى ان تكييف طلاق الزوج بكونه متعسفا فيه متروك للسلطة التقديرية للقاضي 1، وهذا يدخل في إطار تطبيق المادة (52) من قانون الأسرة التي نصت على التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الثالث: أسباب التطليق

لقد راعى الله جل جلاله حق المرأة ودورها في إناء الرابطة الزوجية فشرع لها الافتداء بالمال اذا كرهت زوجها، ولكن إناء الزواج بالافتداء قد لا يرفع الحرج كله عن المرأة اذا تعنت الزوج ورفض البدل المقترح، او طلب بدلا مرتفعا لا تقدر المرأة على دفعه، وأمام هذا الوضع فتح لها الشرع طريق القضاء لطلب حل الرابطة الزوجية بواسطة التفريق ،دفعا للضرر عنها وإنصافها لها حسبما أقره الشرع.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الأسباب المبررة لطلب التطليق، بينما حددها قانون الأسرة في المادة (53) كما تأتي: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1-عدم الإنفاق 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 أربعة أشهر.

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

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر.

6-مخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) أعلاه .

[1]- المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ،قرار بتاريخ 1969/05/29،

7-ارتكاب فاحشة مبينة.

8-الشقاق المستمر بين الزوجين .

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10-كل ضرر معتبر شرعا.

وهذه الأسباب التي نص عليها قانون الأسرة يمكن تصنيفها إلى ثلاث مجموعات:

أولا: التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية.

ثانيا: التطليق بسبب الضرر.

ثالثا : التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

الفرع الأول: التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية

نصت المادة (36) من قانون الأسرة كما ياتي :

يجب على الزوجين :

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الأخر وأقاربه واحترام زيارتهم.

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهما بالمعروف 1.

أسباب التطليق الناتجة عن الإخلال بالالتزامات الزوجية هي:

[1]- المادة 36 من قانون الاسرة المتممة بالمادة 10 من الأمر رقم 05-02

1-التطليق لعدم الإنفاق.

2-التطليق لهجرة المضجع.

3-التطليق للغيبة.

4-التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج[1].

الفرع الثاني: التطليق بسبب الضرر

يصادف الزوجان في حياتهما مواقف عديدة، ومن بينها تلك المواقف التي يسيء فيها الزوج لزوجته سواء بالفعل أو القول فتتضرر هذه الزوجة خاصة باستمرار هذه العشرة وما يسود أجوائها من تنافر يجعل الزوجة تطلب التطليق . وقد نص قانون الأسرة على بعض الأسباب المخولة للتطليق على أساس الضرر اللاحق بالزوجة في المادة (53)وهي:

- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08.
- ارتكاب فاحشة مبينة.
- الشقاق بين الزوجين.
- كل ضرر معتبر شرعا.

[1] -عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ،ص172.

الفصـــــل الثـــــاني:

بعض الأنظمة المقارنة للتعويض عن الضرر الناجم عن الضرر المعنوي جراء الطلاق التعسفي

لـم يتعـرض للفقهـاء المسـلمين المسـائل الجزئيـة التطبيقيـة المتعلقـة بـالتعويض عـن الضـرر المعنوي، وإنما كان جل اهتماماتهم منصبا على الماديات والمقومات في الضمان، ولكن هذا لا يعني إغفالهم لهذه الجزئية، بل الصحيح انا مثبتة في أحكام وقواعد الفقه الإسلامي وتشهد لها نظائر أخرى.

المبحث الأول: تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في الفقه الاسلامي.

لم تعرض للفقهاء المسلمين المسائل الجزئية التطبيقية بالتعويض عن الضرر المعنوي، وإنما كان جل اهتمامهم منصبا على الماديات والمقومات في الضمان، ولكن هذا لا يعني إغفالهم لهذه الجزئية، بل الصحيح أنا مثبتة في أحكام وقواعد الفقه الإسلامي وتشهد لها نظائر أخرى.

المطلب الأول: الرأي القائل بعدم تعويض الضرر المعنوي في شيء

وقد فسر بعض الفقهاء المعاصرين هذا السكوت من المتقدمين عن القضية ليقرروا أن الضرر المعنوي لا يعوض عنه في الفقه الإسلامي 1، وفي مجال الطلاق والتطليق أيضا ومما استندوا إليه ما يلي:

1. أن الطلاق مباح وهو حق شرعي للزوج، ومن يستعمل حقه فلا ضمان عليه لقاعدة "الجواز الشرعي ينافي الضمان"2.
2. أن القضاء على الزوج بالتعويض يمثل نوعا من إكراه الزوج على عدم الطلاق3.
3. ما عهد في التشريع الإسلامي انه يرتب على الطلاق من أحكام سوى استحقاق المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتا والمتعة في بعض الأحوال، وهذا يعتبر بديلا عن التعويض.
4. أن المطالبة بتعويض الضرر المعنوي قد تؤدي إلى إفشاء الأسرار، وانتهاك عرى البيوت1.

---

[1]-محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ،ص 61.علي الخفيف ، الضمان في الفقه الاسلامي ،ص 54،60.

[2]- المادة91 منمجلة الأحكام العدلية ، شرح مجلة الاحكام ،ج1،ص81،رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج ،ص362، بدران ابو العينين ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية ،ص 311.

[3]- رشدي شحاتة ، الإشتراط فيبوثيقة الزواج ،ص367.

5.صعوبة إثبات الضرر المعنوي عند الادعاء به.

6.عدم إمكانية تقويم الضرر المعنوي في حالة إيجاب التعويض عنه.

وإذا كان هذا هو رأي بعض الفقهاء المعاصرين، فان الاتجاه الحديث للاجتهاد الفقهي والمتمثل في الأسس الفقهية الجماعية، يأخذ صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق والتطليق، وأشير هنا إلى إن اللس الأوروبي للإفتاء والبحوث الذي يترأسه الدكتور يوسف القرضاوي، قد أوصى بدراسة مسائل التعويض عن الضرر المعنوي عموما، وهذا لبروز أهميته في الوقت الحاضر.

وقد ناقش اللس المنهج الفقهي المنعقد بدبلن في الفترة من 23الى 2005 بحوثا قدمت من طرف أعضائه ومن بينها البحث الذي قدمه الدكتور علي محي الدين القرة داغي وكان بعنوان: التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق وبعد المداولة قرر اللس مايلي: لا مانع شرعا من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب احد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق إذا صاحبه ضرر أدى إلى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الأخر أو شرفه أو مشاعره وذلك للأدلة الدالة على حرمة الإيذاء ودفع الضرر، وذلك إذا توفرت الشروط التالية2:

1_إن يكون الأثر المعنوي قد احدث أثرا فعليا.

2_أن يكون الضرر المعنوي محقق الوقوع تشهد عليه الأدلة والقرائن.

3_أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي

ويمكن الاستدلال على تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق بما يأتي:

[1]- سعاد سطحي ، التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبية ،ص08.
[2]- القواعد في الفقه الاسلامي ، ص 332-333.

1-إذا كان الطلاق بغير ضرر ظاهر فانه يحصل به للمرأة انكسار وضرر،فجبره الشارع بإعطائها نصف المهر عند التسمية. والمتعة عند فقد التسمية[1].

وقال الخدشي أن المتعة :هي ما يعطيه الزوج لزوجته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق، وان المتلاعنة لا تمتع لأنه قد حصل لها غاية الضرر بما لا تجبره المتعة ولا شك أن هذا الضرر الذي تحدث عنه الخرشي هو ضرر معنوي محض، فيسدل في قوله على أن المتعة شرعت لتعويض الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة.

وإذا كانت العلة وجوب المتعة هي مجرد الطلاق، والحال أنا شرعت لتعويض الزوجة، فيكون من باب قياس الأولى أن التعويض عن الطلاق التعسفي مشروع أيضا لجبر الضرر المعنوي والمادي.

2- إن من أثار التعسف الجزاء التعويضي أو الضمان [2]، وإذا وصف الطلاق بالتعسفي فيترتب عليه الجزاء وهو التعويض ،ولما كانت القرائن المصاحبة لوقوع الطلاق تدل على أن الضرر المعنوي هو أكثر الأضرار وقوعا وتوقعا، فإن التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسف وارد بقوة ، ويصل إلى درجة القطعي اعتمادا على ما يأتي:

- إذا قصرنا التعويض على الماديات فقط فهنا لا يستقيم هذا الحصر لعدم وجود قرينة تصرفه إلى ذلك، ولان المطلقة قد لا تكون دائما معسرة ولكن الصحيح أنا تتضرر معنويا بطلاق الزوج لها.

3- ولما كان الضرر المعنوي يشكل أحد الآثار التي تنتج عن المعاوضات في الأحوال الشخصية، فإن القضاء بتعويضه يندرج ضمن نطاق الحفاظ على استقرار الأسرة.

"وفي هذا الشأن فإن للقاضي سلطة رقابية وزجرية مؤدبة معززة أو مصلحة وذلك بحسب حال الأسرة ونوع الشقاق الواقع بين أفرادها ومن صلاحيات القاضي رفع أي ضرر واقع من أحد

[1]- حاشية الخرشي ، ج4،ص563.
[2]- فتحي الدر ديني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ،ص422.

الأطراف والمعاقبة عليه بشتى أنواع العقوبات المالية أو البدنية ...فيحكم القاضي لصاح الطرف المتضرر المعتدى عليه، بعد أن يتبين حقيقة المشكل ولب الخلاف ،كما يقدر الضرر والحكم المناسب له" 1.وهذا يستنتج منه تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي.

كما يستدل على جواز التعويض عن الضرر المعنوي في الخلع:

_بما ذهب إليه مالك من جواز الرجوع ببدل الخلع للزوجة على الزوج، إذا ثبت انه ضارها وآذاها، قائلا: إذا علم في المفتدية نفسها أن زوجها أضرها وضيق عليها مضى الطلاق ورد عليها مالها، وهذا الذي كنت اسمع عليه أمر الناس عندنا.

وهذا الرد المالي على الزوجة يمكن تكييفه بأنه تعويض عن ضرر التطليق،هو في حالة الإضرار الشديد والتضييق عليها معنوي غالبا كما يجوز أن يكون ماديا،إذ كيف نجمع على الزوجة بين ضررين ضرر

التطليق وضرر بدل البدل نتيجة لما أصابا من زوجها.

اعتبار رضا الزوجين في الخلع، قال ابن القيم،((وفي تسميته سبحانه للخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر فيه رضا الزوجين)).

وإذا كان الخلع بذا الشكل فمتى ارتضت الزوجة أن تبذل للزوج أكثر مما أعطاه من اجل أن يطلقها، فهو جائز، وعلى وجه المقابلة فلا مانع من إيجاب تعويض الزوجة المطلقة قياسا على هذه الحالة.

ويستفاد مما سبق أن يباح للزوجة اخذ العوض عند الجبر في تطليق الحكمين من عند الله عز وجل، وهذا العوض يعتبر نوعا من التعويض المعنوي لأنه يقابل ما قال به الفقهاء من رد

[1]- داودي عبد القادر ، وقوع الطلاق من غير الزواج –أسبابه ومجالاته –مجلة المعيار ،جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ،العدد التاسع ،جويلية، 2004 ،ص 219.

البدل للزوجة إذا ثبت إساءة الزوج لها لتختلع، وهو مشروع من عند الله جل جلاله وفقا للقول السابق عند المالكية.

قال مالك:لا باس بان نفتدي المرأة من زوجها أكثر مما أعطاها، وجاء في المدونة انه إذا كان النشور من قبل المرأة فانه يجوز للزوج ما اخذ منها على الخلع.

فما الذي يجوز للزوج هذا العوض إذ لم يتبين أن سبب وجوبه هو إساءة الزوجة لمشاعره واذائه معنويا خاصة انه يبذل تكاليف الزفاف ويدفع الصداق، فتقابله المرأة بذا النكران والجحود1.

ونفي الحرج من مقاصد التشريع الإسلامي ووردت النصوص الشرعية ببيانه دالة على التيسير والتخفيف، ومن ذلك قول الله جل جلاله(يريد الله أن يخفف عنكم) النساء _ 28

وقوله عز وجل: (لا يكلف الله نفسا إلا وسعها) البقرة _286، وكذلك في قول النبي صلى الله عليه وسلم:(أن هذا الدين يسر)

ومظاهر رفع الحرج بارزة في الشريعة الإسلامية، ومنها أن التعامل بين الناس هو على أصل الإباحة، فلهم أن يبيعوا كيف شاءوا ويتعاقدوا كيف شاءوا، غير ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع ،او تتضمن شروطا ليست في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم .2

[1]- مجموع الفتاوى ،ج35، ص299

[2]- سعد الدين اليوبي ، مقاصد الشريعة الاسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية ،ص 406.

المطلب الثاني : الضرر المعنوي يعوض عنه في الطلاق و التطليق

1-أن الطلاق مباح وهو حق شرعي للزواج، من يستعمل حقه فلا ضمان عليه لقاعدة«الجواز الشرعي ينافي الضمان[1].

2-أن القضاء على الزوج بالتعويض يمثل نوعا من إكراه الزوج على عدم الطلاق[2].

3-ما عهد في التشريع الإسلامي أنه يرتب على الطلاق من أحكام سوى استحقاق المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتا والمتعة في بعض الأحوال[3] وهذا يعتبر بديلا عن التعويض[4].

4-أن المطالبة بتعويض الضرر المعنوي قد تؤدي إلى إفشاء الأسرار، و انتهاء عرى البيوت[5].

5- صعوبة إثبات الضرر المعنوي عند الادعاء به.

6-عدم إمكانية تقويم الضرر المعنوي في حالة إيجاب التعويض عنه[6].

اذا كان هذا هو رأي بعض الفقهاء المعاصرين، فإن الاتجاه الحديث للاجتهاد الفقهي والمتمثل في الألس الفقهية الجماعية، يأخذ صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق والتطليق، أشير هنا إلى أن اللس الأوروبي للافتاء والبحوث الذي يترأسه الدكتور يوسف القرضاوي عن الضرر المعنوي عموما، هذا البروز أهميته في الوقت الحاضر.

وقد ناقش اللس المنعقد بدبلن في الفترة من 23 إلى 27 فبراير 2005 بحوثا قدمت من طرف أعضائه ومن بينها البحث الذي قدمه الدكتور علي محيي الدين القرة داغي وكان: التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق [7]، وبعد المداولة قرر اللس ما يلي:

---

[1]- المادة 91 من مجلة الأحكام العدلي ، شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، ص 81 ، رشدي شحاتة ، شرط في وثيقة الزواج ، ص 362 ، بدران أبو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، ص 311 .

[2]- رشدي شحاتة ، المرجع السابق ، ص362 .

[3]- رشدي شحاتة ، نفس المرجع ، ص 367

[4]- شرح ميارة الفاسي ، ج1 ، ص 411 ، الأم ج5 ، ص 343 ، المغني ، ج9 ، ص288 .

[5]-

6

[7]- أذكر هنا أنني حاولت جاهدا الحصول على نسخة من البحث و لكن دون جدوى ، فقد اتصلت بموقع إسلام أون لاين أين وعدوني بإيفائي بنسخة حالما يصلهم البحث ، كما اتصلت بصاحب البحث عن طريق موقع مقر عمله في كلية الأصول و الفقه بجامعة قطر و لكنني لم اتلقى إجابة تذكر

لا مانع شرعا من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي أصاب أحد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق إذا صاحبه ضرر أدى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر أو شرفه أو مشاعره، ذلك للأدلة الدالة على حرمة الإيذاء و دفع الضرر، وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

1- أن يكون الضرر المعنوي قد أحدث أثرا فعليا.

2- أن يكون الضرر المعنوي محقق الوقوع تشهد عليه الأدلة و القرائن.

3- أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي[1] ويمكن الاستدلال على تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطبيق بما يأتي:

1- إذا كان الطلاق بغير ضرر ظاهر فإنه يحصل به للمرأة انكسار وضرر، فجبره الشارع بإعطائها نصف المهر عند التسمية، والمتعة عند فقد التسمية [2].

وقال الخرشي أن المتعة « هي ما يعطيه الزوج لزوجته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق »[3] وأن المتلاعنة لا تمتع لأنه قد حصل لها غاية الضرر بما لا تجبره المتعة [4].

ولا شك أن هذا الضرر الذي تحدث عنه الخرشي هو ضرر معنوي محض، فيستدل في قوله على أن المتعة شرعت لتعويض الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة.

وإذا كانت علة وجوب المتعة هي مجرد الطلاق، والحال أنا شرعت لتعويض الزوجة، فيكون من باب قياس الأولى أن التعويض عن الطلاق التعسفي مشروع أيضا لجبر الضرر المعنوي والضرر المادي.

2- إن من أثار التعسف الجزاء التعويض أو الضمان [5]، وإذا وصف الطلاق بالتعسفي فيترتب عليه الجزاء وهو التعويض، ولما كانت القرائن المصاحبة لوقوع الطلاق تدل على أن

[1]- قرار رقم 40/10 البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس الأوروبي للافتاء و البحوث.
[2]- القواعد في الفقه الاسلامي ، ص 332 - 333
[3]- حاشية الخرشي ، ج4 ، ص563 .
[4]- حاشية الخرشي ، نفس المرجع ، ص 565 .
[5]- حاشية الخرشي ، نفس المرجع ، ص 565 .

الضرر المعنوي هو أكثر الأضرار و قوعا و توقعا ،فإن التعويض عن الضرر المعنوية في الطلاق التعسفي وارد بقوة ، ويصل إلى درجة القطعي اعتمادا على ما يأتي:

-ولما كان الضرر المعنوي يشكل أحد الآثار التي تنتج عن المعاوضات في الأحوال الشخصية فإن القضاء بتعويضه يندرج ضمن نطاق الحفاظ على استقرار الأسرة .

وفي هذا الشأن فإن للقاضي سلطة رقابية وزجرية مؤدبة معززة أو مصلحة وذلك بحسب حال الأسرة ونوع الشقاق الواقع بين أفرادها، ومن صلاحيات القاضي رفع أي ضرر واقع من أحد الأطراف والمعاقبة عليه بشتى أنواع العقوبات المالية أو البدنية ...فيحكم القاضي لصالح الطرف المتضرر المعتدى عليه، بعد أن يتبين حقيقة المشكل.

ولب الخلاف، كما يقد الضرر والحكم المناسب له »[1] وهذا يستنتج منه وجوب تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي. كما يستدل على جواز التعويض عن الضرر المعنوي في الخلع:

- بما ذهب إليه مالك من جواز الرجوع ببدل الخلع للزوجة على الزوج، إذا ثبت أنه ضارها وآذاها، قائلا« وإذا علم المفتدية نفسها أن زوجها أضر بها وضيق عليها مضى الطلاق ورد عليها مالها، وهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا »[2].

وهذا الرد المالي على الزوجة يمكن تكييفه بأنه تعويض عن الضرر التطليق ، و هو في حالة الإضرار الشديد و التضييق عليها معنوي غالبا كما يجوز أن يكون ماديا ، إذا كيف نجمع على الزوجة بين ضررين ضرر التطليق و ضرر بدل نتيجة لما أصابا من زوجها .

اعتبار رضا الزوجين في الخلع ، قال إبن قيم : « و في تسميته سبحانه للخلع فدية دليل على ان فيه معنى المعارضة و لهذا اعتبر فيه رضى الزوجين »[3] ، و أذا كان الخلع بذا الشكل فمتى

[1]- داودي ، عبد القادر : المرجع السابق ، ص 219 .
[2]- الموطأ ، المرجع السابق ، ص 345
[3]- زاد المعاد ،المرجع السابق ، ص 196 .

ارتضت الزوجة أن تبذل للزوج أكثر مما أعطاها من اجل ان يطلقها فهو جائز، وعلى وجه المقابلة فلا مانع من إيجاب تعويض للزوجة المطلقة قياسا على هذه الحالة.

ويستفاد مما سبق أنه يباح للزوجة أخذ العوض عند الجبر في تطليق الحكمين حكما من عند الله عز وجل[1]، وهذا العوض يعتبر نوعا من التعويض المعنوي لأنه يقابل ما قال به الفقهاء من رد البلد للزوجة إذا ثبتت إساءة الزوج لها لتختلع، وهو مشروع من عند الله جلا جلاله و فقا للقول السابق عند المالكية.

قال مالك:«لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها »[2]، وجاء في المدونة أنه إذا كان النشوز من قبل المرأة فإنه يجوز للزوج ما اخذ منها على الخلع [3] فما الذي يجوز للزوج هذا العوض إذا لم يتبن أن سبب وجبه هو إساءة الزوجة لمشاعر وإيذائه معنويا ؟ وانه يبذل تكاليف الزفاف ويدفع الصداق، فتقابله المرأة بذا النكران والجحود.

وإن التعويض عن الضرر المعنوي من صميم رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، وفي هذا أورد قول ابن تيمية كاملا لما يتضمنه من معان بخصوص الضرر في الطلاق فيقول بأن: « الطلاق فيهمن ضرر الدنيا والدين ما لا خفاء فيه، أما الدين فإنه مكروه باتفاق الأمة من استقامة حال الزوجين ...فكيف إذا كانا في غاية الاتصال و بينهما من الأولاد و العشرة ما يكون في طلاقهما من ضرر الدين أمر عظيم، و كذلك ضرر الدنيا كما يشهد به الواقع، بحيث لو خير احدهما بين أن يخرج من ماله ووطنه وبين الطلاق وقد قرن الله فراق الوطن بقتل النفس »[4] .

العسر المنفي بقوله تعالي (يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ) البقرة –185 »[5]

ونفي الحرج من مقاصد التشريع الإسلامي ووردت النصوص الشرعية ببيانه دالة على التيسير والتخفيف، ومن ذلك قول الله عز وجل جلا جلاله (يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ۚ) النساء 28 وقوله

[1]- المقدمات الممهدات، ج1 ، ص 556 – 557
[2]- الموطأ ، المرجع السابق ، ص 345
[3]- المدونة ، المرجع السابق ، ص 158 .
[4]- مجموع الفتاوى ، ج35 ، 268 – 269
[5]- مجموعة الفتاوى ،نفس المرجع ، ص 299

عز وجل (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) البقرة – 286، وكذا في قول النبي صلى الله عليه وسلم (إن هذا الدين يسر) [1]

ومظاهر رفع الحرج بارزة في الشريعة الإسلامية لقوله، و منها أن التعامل بين الناس هو على أصل لإباحة، و فلهم أن يبيعوا كيف شاءوا و يتعاقدوا كيف شاءوا، غير ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع، أو تتضمن شروطا ليست في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه و سلم [2].

ومن هنا يتبين لنا اعتناء الشريعة الإسلامية بالجانب الإنساني للمطلقة بتقرير مثل هذا التعويض.

[1]- البخاري ،المرجع السابق ، ص 16 .
[2]- سعد الدين اليوبي ، المرجع السابق ، ص 406

المبحث الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة من تعويض الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي (القانون الروماني والقانون الفرنسي)

إن مبدأ تعويض الضرر المعنوي لم يصل الى ما هو عيه الان إلّا بجهود بعض فقهاء قنون الوضعي على مر العهود وسأبين في المطالب الاتية ما حظي به هذا المبدأ من قبول او رفض عير بعض النظم الوضعية، وهي القانون الروماني و التشريع الفرنسي

المطلب الاول : فكرة التعويض الضرر المعنوي في القانون الروماني

نبذ الرومان فكرة تعويض الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام، وهذا لأن المساس بالشرف عوقب عليه بشدة اكبر من الضرر المادي1، إلا ان التوسع الدولة الرومانية وتطور تشريعها ساهم في اقرار التعويض لاحقاً2 فقد خول القانون الروماني للمتضررين المطالبة بالتعويض عن طريق عدة دعاوى كدعوى التعويض عن ايلام العواطف او الحنان، او تلك التي تمنح الحق في التعويض للنساء عما لحقهن من القذف3.

وخلاصة القول أن القول الروماني، واهم ما يلاحظ على تلك الدعاوى التعويضية هو طابع الترضية ومعاقبة المسؤول في لوقت ذاته4.

---

[1]- 1Henri Mazeaud et Léon Mazeaud : Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Paris : Librairie du Reueil, 3eme Ed, T1,1969, Sirey, P.366.

[2]- Ibid. , P. 366.

[3]- Mazeaud, Op. Cit. , P. 366.

4- سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 59-60.

المطلب الثاني: فكرة تعويض الضرر المعنوي في التشريع الفرنسي

أثر القانون الفرنسي بنظيره الروماني في التعويض عن الضرر المعنوي، إلا أن الفقهاء الفرنسيين قصروا التعويض على المسؤولية التقصيرية دون العقدية، ومرد ذلك هو التفسير الخاطئ الذي قدمه الفقيهان دوما (domat) وبوتييه (pothier) لرفض القانون الروماني تعويض الضرر المعنوي في المجال التعاقدي1.

غير أن هذه النظرة الضيقة ما لبثت أن تراجعت بصدور الأمر المسمى«Villers2 . » Cotterets سنة 1538الذي نص في المادة(88) على وجوب اعتبار العنصر المعنوي عند تقدير التعويض3.

أما بالنسبة لتقنين نابليون لسنة 1804فإن الأمر يختلف، حيث » كان أكبر إبداع لتقنين نابليون هو فرضه الالتزام بالتعويض على المتسبب في كل ضرر، وبذلك أسس المشرع الفرنسي الملهم بالتراث الكنسي والفقيه دوما قواعد المسؤولية على أساس الخطأ4.» وقد أثرَّ قصر التعويض في المسؤولية التقصيرية دون العقدية بتأخر اكتمال نظرية التعويض ؛ إضافة إلى أن المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي تتضمن مبدأً عام اقضى بالتعويض عن كل ضرر 129.

واختلف شراح القانون الفرنسي حول جواز التعويض انطلاقا من نص المادة السابقة على خلفية القانون القديم، » إلا أنهم استنتجوا أن ما كان يدور بخاطر واضعي التقنين الفرنسي هو الحالة العادلة من التعويض عن الضرر المادي، إضافة إلى وجود بعض المواد القانونية التي تقرر التعويض للضرر المعنوي المجرد في حالات خاصة 129».

---

[1] - Mazeaud, Op. Cit. , P.367.

[2]– أصدره الملك فرانسو االأول وفرض بمقتضاه استبدال اللاتينيين بالفرنسيين في كل العقود القضائية والموثقة ، والتسمية لمدينة فرنسية– المصدر قاموس Hachette الإلكتروني، مادة Villers–Cottèrets–إصدار سنة 2000.

[3] – Article 88 : " que l'élément moral doit être pris en considération pour l'évaluation de la somme allouée ". Mazeaud, Op. Cit. , P. 367.

[4]– Philippe le Tourneau et LoicGadiet : Droit de la responsabilité, Beyrouth : Delta, 1997, P. 7–8.

وعلى صعيد التقنين، فقد وجدت نصوص تقضي بتعويض الضرر المعنوي، ومثال ذلك التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن الخطأ القضائي ونصوص أخرى.1كما أن القضاء الفرنسي المدني والإداري، قد قبل التعويض بعد تردد طويل2، وهذا في مسؤوليتة التقصيرية 3والعقدية 132.

المبحث الثالث: موقف قانون الأسرة في تعويض الضرر المعنوي ومقارنته بالفقه الاسلامي في مسألة الطلاق التعسفي

المطلب الاول: مبدأ تعويض الضرر المعنوي في التشريع الجزائري

تنص المادة (124) من القانون المدني الجزائري على أن »: كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض4» وانطلاقا من هذا النص العام، ذهب بعض الشراح إلى القول بأن المشرع الجزائري لا يتبنى فكرة التعويض عن الضرر المعنوي5ومما استندوا إليه من المبررات ما يأتي:

---

[1]– ومن النصوص القانونية التي تعوض عن الضرر المعنوي فيالتشريع الفرنسي ما يلي : قوانين 21 يوليو 1881 حول الصحافة 12يوليو 1905 ،حول القذف والإهانة، المادة 626 من قانون الإجراءات الجزائية حول تعويض الضرر المعنوي الناجم عن خطأ قضائي و غيرها من النصوص. le tourneau et Gadiet, Op. Cit. , P.210–

[2]– قرار غرف محكمة النقض الفرنسية مجتمعة بتاريخ 1833/06/25..P.210 Philippe le tourneau, Op. Cit. ,

[3]– مارسولون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ،ص 739،عليسليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ص 234-235.

[4]–المعدلة بالمعدلة بالمادة (35) من قانون رقم (10/05) المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم (44) سنة 2005.

[5]– مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 130، antoinevialarde, Op. Cit , P119.

-1/ إن المشرع الجزائري كرس الاشتراكية في دستور سنة 1.1976، وهذا المذهب لا يعوض عن الضرر المعنوي ، كما يظهر ذلك من تشريعات الاتحاد السوفياتي135

-2/ إن التقاليد الإسلامية2لا تصب في صالح تعويض الضرر المعنوي3؛ ووجه الربط بين هذا الرأي والقانون المدني ممثل في المادة (01) منه4التي تحيل إلى الشريعة الإسلامية في غياب النص

-3/ تأثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي، وذلك باستمداد مواد التقنين المدني منه كالمادة (124) التي تقابلها المادة(1382) مدني فرنسي5.

وقد جاء الرد على هذه الحجج وتفنيدها كما يلي:

-1/ إن القول بأن المذهب الاشتراكي لا يعوض عن الضرر المعنوي غير صحيح، ويظهر خلافه في القانون المدني السوفياتي.6

-2/ وأما الجزم بأن الشريعة الإسلامية ترفض التعويض عن الضرر المعنوي فليس في محله، لأن المسألة جزئية فيها خلاف وليست قطعية ، وسأفصل ذلك أكثر في المطلب التالي.

---

[1]- حيث تنص المادة (01 فقرة 02) من هذا الدستور على ان الجزائر دولة اشتراكية، كما نصت المادة (10) على ان الاشتراكية خيار الشعب الذي لا رجعة فيه. الامر رقم (76-97) المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن اصدار الدستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، والجريدة الرسمية رقم (94) لسنة 1976.

[2]- على حد تعبير الاستاذ سعيد مقدم.

[3]- سعيد مقدم، نفس المرجع، ص 131.

[4]- وتنص المادة 01 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها او في فحواها، واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ التشريعية الاسلامية فاذا لم يوجد فيقتضي العرف، فاذا لم يوجد فيقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

[5]- سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 129.

[6]- حيث يستنتج من نص المادة 07 منه وجوب ترويض الضرر المعنوي كما ان في التشريعات الاشتراكية مبدا تعويض الالم، الفضل، منذر:" الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية" مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، المجلد الثالث، العدد الخامس، ديسمبر 1987، ص 56-57.

-3/ إن تـأثر المشـرع الجزائـري بالمشـرع الفرنسـي واضـح فـي القـانون المـدني وغـيره، وإذا كان الأمر كذلك فلم لا نوجه التشريع الجزائري لصالح إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي بنـاء علـى أن القـانون الفرنسـي يجيـز التعـويض، وانطلاقـا مـن فرضـية التـأثر؟. أمـا بالنسـبة للمـادة (124)، ووفقـا للمبـدأ العـام فـي التفسـير القاضـي بعـدم التمييـز طالمـا أن القانون لم يميز، فإنه من المقرر أن النص العام لا يخصص بدون نص، لا سيما إذا كان هذا التخصيص من شأنه أن يفلت الجاني من المسؤولية1.

المطلب الثاني: مقارنة موقف المشرع الجزائري من التعويض المعنوي في الطلاق لتعسفي بالفقه الاسلامي

الفرع الأول: أوجه الاتفاق

بعد استعراض رأي الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في مسالة التعويض عن الطلاق التعسفي والتطليق، اخلص أن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة يتفقان فيما يأتي:

*اعتبار الفقه الإسلامي وقانون الأسرة للإساءة في استعمال حق الطلاق وترتيب المسؤولية عن ذلك، وتتمثل في إلزام الزوج المتعسف في تعويض زوجته، كما انه من المبادئ الثابتة فقها وقضاء أن الإضرار بالزوجة بأي شيء يجعلها تلجا إلى القاضي للتطليق، يوجب لها التعويض نتيجة الضرر سواء أكان ماديا أو معنويا.

*أن أساس المسؤولية في التشريعين هو التعسف في استعمال حق الطلاق الذي بين الشارع حدود ومجالات استعماله.

*يقوم التعويض في التطليق على أساس الأفعال الضارة التي يأتيها الزوج تعديا أو تسببا في الضرر مما يترتب قيام مسؤوليته التقصيرية.

[1]- علي سليمان، المرجع السابق، ص 222، antoin evialarde, Op. Cit

*تعويض الزوجة عن الحكم بالتطليق مبدأ من المبادئ القضائية التي جرى العمل بها حتى صدور النص القانوني للتعويض في قانون الأسرة، وهذا تأسيسا بالمذهب المالكي الذي يوجب التعويض للمرأة المطلقة علي زوجها نتيجة إضراره بها.

أساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية ممثلة فيما يرتكبه الزوج من أفعال ضارة بزوجته، تدفعها إلى طلب التطليق نتيجة لهذا الضرر، سواء أكان ماديا أو معنويا.

*إن تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق، قبل صدور القانون بالنص عليه، يعد تطبيقا مباشرا وصريحا لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، هذا المبدأ الذي يجد تطبيقات مختلفة له في التشريع الجزائري ومن ذلك قانون الأسرة.

إن ترتيب المسؤولية على إيقاع الطلاق لا يعد تقييدا لحق الطلاق إنما يعد ترشيدا لاستعماله بدليل ضبط حالات التعسف، وأسباب التطليق التي اختلف فيها الفقهاء.

*إن الضرر المعنوي معني بالتعويض في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وان ذلك مستنبط من المبادئ التشريعية والقرائن الواقعية التي يؤدي أعمالها إلى تنوير وتعبيد مسلك تطبيق الأحكام التشريعية، نظرا لغياب النص القانوني الصريح أو نازلة أو اجتهاد مماثل يدل على ذلك.

*إن النص قانون الأسرة على تعويض الضرر في الطلاق والتطليق يعد تطبيقا لمبدأ الضرر المعنوي الذي يجد أصوله في الفقه الإسلامي والقانون، والضابط على ذلك هو وجود حق مشروع ترتب عن التعسف في استعماله مسؤولية، فيجب التعويض عن الضرر المعنوي أو المادي الناجم عن الاستعمال المعيب، كما أن الضابط في التعويض عن التطليق هو الضرر كما ذهب إليه المالكية، ووجود التطبيق كما يتجلى في قيام مسؤولية الزوج نتيجة إضراره بالزوجة، وعلى هذا المنوال نشا مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، ووجد تطبيقا في العديد من النظم.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.

أما عن نقاط الاختلاف بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري التي استبطنتها من خلال هذه الدراسة فهي:

*لم يبين الشرع الجزائري حالات الطلاق التعسفي بخلاف الفقه الإسلامي الذي رتب أحكاما فقهية خاصة ببعض اضرب الطلاق التي يمكن اعتبارها طلاقا تعسفيا، كالطلاق البدعي أو طلاق السكران والهازل، ويتجلى اثر هذا الاختلاف في محدودية تعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي بالنسبة لقانون الأسرة.

*إن القانون لم يحدد نوع الضرر المقصود بطلب التطليق هل هو مادي أم معنوي، بخلاف الفقه الإسلامي حيث تجلت نوازل عند المالكية تمثل فيها الضرر وقضي فيها بالتطليق مع التعويض.

*إن التعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي يعضده إيجاب المتعة للمطلقة، بالإضافة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فدعائمه التشريعية قوية بخلاف القانون الذي يرتب التعويض علي أساس التعسف فقط ويظهر الأثر في انه في حالة غموض التعسف في الطلاق أو آباء احد الزوجين التفصيل في حيثيات الطلاق قد يحرم الزوجة من التعويض ويكتفي لها بالمتعة، التي لا يمكن إن تصل قيمتها إلى مرتبة التعويض عن المسؤولية لان ضوابط تقديرها محدد شرعا وإن القضاء بها كتعويض قد يصرف عنها وصف كان تشريعه لها يتميز باللطف في ذلك المتعة، وينصرف إلى إرهاق الزوج بما لا يطيق، لان الشارع حينما اوجب المتعة.

*إن التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي له أساسياته، ودعائمه التشريعية تتضمن نظرية التعسف في استعمال الحق والإيجاب المتعة للمطلقة بخلاف القانون الذي يستند على نظرية التعسف فحسب، وهو ما يجرد حكم المادة(52) من الطابع الإنساني القيمي الذي تحمله نفقة المتعة في الفقه الإسلامي، والقانون لم ينص على هذه النفقة غير أن القضاة درجوا على التضمين المتعة في تعويض القانوني الممنوح بمقتضى المادة(52)من قانون الأسرة الجزائري.

الخاتمـــــة

الحمد الله وحده والصلاة على من لا نبي بعده وبعد: فبتوفيق من الله أشرفت على نهاية البحث وأجدني وصلت إلي النتائج التالية:

1- الضرر ما كان ماسا بالحق أو المصلحة المشروعة للنفس أو تترتب عنه مفسدة معتبرة ويندرج ضمنه الضرر المعنوي، وكلا من الشريعة والقانون يعتمدان هذا الطابع الموضوعي للمفهوم.

2- ارتباط الضرر وجودا بمشروعية الحق أو المصلحة محل التعدين ويرجع ثبات المشروعية لمقاصد الشريعة الإسلامية. إن هذا الارتباط لمقاصدي يكسب تعويض الضرر في الفقه الإسلامي مرونة عملية تميزه عن القانون الوضعي.

3- إن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ثابت في القانون الجزائري فقها وتشريعا وقضاء، حيث يعتبر من أسسه الموضوعية، كما يظهر ذلك من آخر تعديل للقانون المدني، وهذا التعديل توج مسيرة قانونية وقضائية لترسيخ مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري.

5- إن تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة مقرر في الفقه الإسلامي امتدادا للأصل وهو التعويض عن الضرر عموما، وإن القول بغرابته عن مجتمعنا المسلم قول مرفوض لا يتفق مع المنهج الشرعي لمعالجة المستجدات، ومقتضيات فريضة الاجتهاد الفقهي.

6- الطلاق في الحيض وطلاق السكران والهازل والطلاق البدعي عموما ما يعد من صور الطلاق التعسفي الذي يتجاوز المطلق فيه حقه، ويناقض قصد الشارع فيه.

7- ويمتاز قانون الأسرة بمرونة في تحديد الضرر المبرر لطلب التطليق، وتتمثل في وصف اللامشروعية في الضرر، ويعد هذا الوصف عاملا أساسيا في توطيد انتماء الأسرة للأحكام الشرعية.

8- يبيح قانون الأسرة طلب التطليق للضرر المعنوي: هذه الإباحة تستنتج ضمنا من بعض أسباب التطليق: كعدم العدل بين الزوجات

9- إن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو نظرية التعسف في استعمال الحق وليس نفقة متعة المطلقة كما ذهب إليه العديد من الباحثين.

10- كما يعد نفي إيجاب التعويض عن الضرر المعنوي إغفالا لأثر المقاصد في التشريع فالمتعة-مثلا- وهي تعتبر تعويضا عن الضرر المعنوي في الطلاق -مبلغ زهيد ولكن مقصدها عظيم، وهو الدافع لتشريعها ولذا فإن عدم اعتبار المقاصد في تشريع أحكام الأسرة يؤدي إلى قسوتها وجفائها بدل الرفق واللين المطلوبين في مثل هذه الأحكام لا انطباقها الغالب على الجانب الإنساني من العلاقات البشرية.

11- إن العرف الخاص لاستعمال لفظ الضرر المنصرف إلى الضرر المعنوي مثل المادي يدع إلى القول بأن القانون الجزائري يطيق مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي والتطليق.

كما لا يفوتني أن أدرج بعض التوصيات التي أراها ضرورية وهي:

1- تعديل قانون الأسرة بالنص صراحة على نفقة المتعة مستقلة عن تعويض الطلاق التعسفي والنص كذلك على تعويض الضرر المعنوي في كل الآثار المترتبة عن الروابط التي تنظمها أحكام هذا القانون، وليس فقط في الخطبة والطلاق، دون التفرقة بين الرجل والمرأة في هذا الشأن لأن الرجل غرضه أيضا لهذا النوع من الضر.

2- دعوة الباحثين الى دراسة معمقة ومقارنة للضرر المعنوي، ونظرية الضرر عموما في الفقه المالكي وهذا لتميزه عن بقية المذاهب في عمق اعتباره للضرر وتفرد تراثه الفقهي بمباحثه.

وأخير أسال الله العظيم أن أكون قد وفقت لما يحبه ويرضاه، وأستغفر الله عما أبديت من تجاوز أو نقصان، انه ولي ذلك والقادر عليه، والحمد الله رب العالمين .

فهرس

المصادر والمراجع

قائمة المراجع والمصادر باللغة:

القرآن الكريـــم:

أولا: باللغة العربية:

01-الكتب

1- ابن القاضي المكانسي، أبو العباس أحمد : درة الحجال في غرة أسماء الرجال، تحقيق و تعليق: مصطفى عبد القادر عطا: دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 ، 2002.

2- ابن حجر العسقلاني، احمد بن علي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري: دار المعرفة، بيروت ، 1390 هـ.

3-ابن حزم الأندلسي، أبو محمد: المحلى بالأثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان: دار الكتب العلمية، بيروت، ج1 ،1988.

4- ابن عابدين ، محمد أمين: رد المحتار على دار المختار ، تحقيق : عادل احمد عبد الموجود، علي محمد معوض: دار الكتب العلمية، بيروت، ط2،ج7، 2003.

5- ابن عبد السلام السلمي ، عزالدين :قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ضبط و تصحيح : عبد اللطيف حسن عبد الرحمان :دار الكتب العلمية، بيروت ، ط 1 ،ج1 ، 1999 .

6- ابن فارس ، أبو الحسيس أحمد : معجم مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السلام محمد هارون: دار الجيل ، بيروت، ك1، م4 ، 1997 ، مادة عوض.

7- ابن منظور، جمال الدين: لسان العرب ،دار بيروت للطباعة والنشربيروت، م 4، مادة ضرر.

8- ابن نجيم ، زين العابدين بنابرهيم :الأشباه والنظائر، تحقيق: عبد الكريم الفضلي: المكتبة العصرية، بيروت، 2003.

9- أبو الرازي حاتم، محمد بن إدريس: علل الحديث، تحقيق: محمد بن صالح الدباسي: دار ابن حزم، بيروت، ط1، ج2 ، 2003.

10- أبو عبد الله محمد بن ابي بكر بن فرح الانصاري الفقيه المفسر ،جمع تفسير القرآن في اثني عشر مجلدا هو من أجل التفاسير.

11- الانصاري ، محمد بن زكريا: فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب: دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1ج 1، 1998.
12- الباجي، أبو الوليد: المنتقى، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، ج6، 1332 هـ.
13- البخاري، كتاب الايمان، باب الدين يسر، ج1.
14- بلحاج، العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج2، 1994.
15- بوساق، محمد: التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي: دار إشبيليا الرياض، ط1، 1999.
16- جامع الأصول في الأحاديث الرسول، ج6 ، رقم 4929.
17- الجرجاني علي : دار احياء التراث العربي، بيروت ، ط1 ، 2003.
18- حيدر، علي: دار الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف: فهمي الحسيني :دار الكتب العليمة، بيروت ج1.
19- الخفيف، علي: نظرية الضمان في الفقه الاسلامي: دار الفكر العربي، 2000، القاهرة.
20- داودي ، عبد القادر: " وقوع الطلاق من غير الزوج – أسبابه ومجلات تطبيقية " مجلة المعيار جامعية المير عبد القادر، العدد التاسع، قسنطينة، جويلية 2004.
21- الدسوقي، محمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على شرح الكبير: دار إحياء الكتب العربية، القاهرة،ج2.
22- الدهلوي، احمد شاه ولي الله حجة الله البالغة، ضبط محمد سالم هاشم: دار الكتب العلمية، بيروت ، ط1،ج2، 1995.
23- رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج.
24- رضا، محمد رشيد: تفسير المنار: دار المعرفة، بيروت، ط2، ج5، 1934.
25- الريسوني، نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي: دار الكلمة، المنصور، ط 1 ، 1997.
26- الزحيلي، و هبه الفقه اسلامي و ادلته : دار الفكر، الجزائر، ط 1 ، ج7، 1991.
27- سعاد سطحي، التعويض عن الاضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبية.
28- سعد الدين اليوبي، مقاصد الشريعة الاسلامية و علاقتها بالأدلة الشرعية.

29- سعد الدين اليوبي، مقاصد الشريعة الاسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية.
30- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي.
31- سليمان علي، علي: دراسات في المسؤولية المدنية: ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 1984.
32- السهوري، عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: منشورات الحلبى الحقوقية ط 3، ج1، بيروت، 1998 ، ص 680 .- العدوي، جلال: المصدر الالتزام: منشأة المعارف، الاسكندرية،1997.
33- السيوطي، جلال الدين / الاشباه والنظائر، تحقيق: عبد الكريم الفضلي: المكتبة العصرية ، بيروت،2003.
34- شرارة ، عبد الجبار: مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في فقه الاسلامي: دار الفكر الاسلامي تاريخ الزيادة: أوت 2004 ،القاهرة، علي الخفيف، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي.
35- الشوكان، محمد بن علي: فتح القدير الجامع بين فني الرواية و الدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، ط2 ، ج1، 1996.
36- الصحاح، ج6، مادة ضمن ، ص2155، المصباح المنير، ج1، مادة ضمن.
37- الطبري ، محمد بن جرير : جامع البيان في تفسير القرآن :دار المعرفة، بيروت، ج2، 1989.
38- الطويسي، محمد بن الحسين :النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، دار الكتاب العربي، بيروت ،ط2، 1980.
39- عادل احمد عبد الموجود وآخرون: تكملة المجموع شرح المذهب: دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1 2002، ج14.
40- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1، ص 681 .
41- عبدالمنعم : المبادئ العامة في القانون ، الدار الجامعية للنشر ، الاسكندرية.
42- علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، , antoin evialarde, Op. Cit
43- الغزالي، أبي حامد: المستصفى من علم الأصول: دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، ج1.

44- فتحي الدر ديني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.
45- الفيرز آبادي، محمد بن يعقوب : تنوير المقباس من تفسير ابن عباس ، المكتبة الشعبية ،القاهرة ، 1970.
46- الفيومي، أحمد بن علي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، دار الفكر للطباعة و النشر، القاهرة، ج2، مادة ضرر.
47- قادة، خليل حسن: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري: ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 1.
48- القرطبي، أبو عبد الله: الجامع لأحكام القرآن: دار الكتب المصرية، القاهرة، ج10.
49- كمال صالح البنا، المشكلات العلمية في دعاوى الطلاق و الفسخ و الخلع.
50- كمال صالح: المشكلات العلمية في دعاوى الطلاق و الفسخ و الخلع: عالم الكتب، القاهرة، ط1، 2001.
51- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض: دار الكتب العلمية، بيروت، ج6 1999.
52- مخلوف، محمد: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، القاهرة، ج1.
53- المناوي، عبد الرؤوف: فيض القدير شرح الصغير: دار المعرفة للطابعة و النشر، بيروت، ط 2، ج6، 1997.
54- الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري و الحريسة، رقم 1468،البيهقي، كتاب السرقة، باب ما جاء في تضعيف الغرامة، ج8.
55- النووي، يحيى بن شرف: شرف صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ط 2 ج17 ، 1972.

المواد والقوانين:

1- المادة 91 من مجلة الأحكام العدلي ، شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، رشدي شحاتة ، شرط في وثيقة الزواج، بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية.

2- المادة 25 من مجلة الأحكام العدلية، ج1 ، ابن نجيم، الاشباه و النظائر، السيوطي، الاشباه و النظائر، 116 .

3- المادة 26 من مجلة الأحكام العدلية، ج1، ابن نجيم الاشباه والنظائر.

4- المادة91 من مجلة الأحكام العدلية، شرح مجلة الاحكام ،ج1،ص81،رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج ،ص362، بدران ابو العينين ،الفقه المقارن للأحوال الشخصية.

5- المصلحة المشروعة في القانون المدني الجزائري هي التي لا تتعارض مع نظام العام أو الآداب العامة المادتان 96و 97، أو التي تستعمل بقصد الاضرار بالغير المادة 41.

6- قرار رقم 40/10 البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس الأوروبي للافتاء و البحوث.

7- القانون الصادر بالأمر رقم 75 – 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بعدة قوانين، أخرها القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005 .

الفهرس

الفهرس

التشكـــــــر

الاهـــــــداء

الفصل الأول: مبدأ تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية.....5

المبحث الأول: مفهوم الضرر.....7

المطلب الأول: تعريف الضرر.....7

الفرع الأول: التعريف الضرر لغة.....7

الفرع الثاني : تعريف الضرر اصطلاحا.....9

المطلب الثاني: أنواع الضرر.....12

الفرع الأول : الضرر المادي.....13

الفرع الثاني: الضرر المعنوي.....13

المبحث الثاني: مفهوم التعويض.....15

المطلب الأول: تعريف التعويض.....15

الفرع الأول: تعريف التعويض لغة.....16

الفرع الثاني: تعريف التعويض اصطلاحا.....16

المطلب الثاني: مشروعية التعويض.....18

الفرع الأول:أدلة مشروعية التعويض :.....18

الفرع الثاني: حكمة مشروعية التعويض.....20

الفرع الثالث: أساس التعويض.....21

المطلب الثاني: مفهوم الطلاق التعسفي.....23

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي.....24

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي.....25

المطلب الثالث:أسباب التطليق.....27

الفرع الأول: التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية.....28

الفرع الثاني: التطليق بسبب الضرر.....29

الفصل الثاني:بعض الأنظمة المقارنة للتعويض عن الضرر الناجم عن الضرر المعنوي جراء الطلاق لتعسفي.....30

المبحث الأول: تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في الفقه الاسلامي.....31

المطلب الأول: الرأي القائل بعدم تعويض الضرر المعنوي في شيء.....31

المطلب الثاني : الضرر المعنوي يعوض عنه في الطلاق و التطليق.....36

المبحث الثاني: موقف بعض التشريعات المقارنة من تعويض الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي (القانون الروماني والقانون الفرنسي).....41

المطلب الاول :فكرة التعويض الضرر المعنوي في القانون الروماني.....41

المطلب الثاني: فكرة تعويض الضرر المعنوي في التشريع الفرنسي.....42

المبحث الثالث: موقف قانون الأسرة في تعويض الضرر المعنوي ومقارنته بالفقه الاسلامي في مسألة الطلاق التعسفي.....43

المطلب الاول:مبدأ تعويض الضرر المعنوي في التشريع الجزائري.....43

المطلب الثاني: مقارنة موقف المشرع الجزائري من التعويض المعنوي في الطلاق لتعسفي بالفقه الاسلامي.....45

الفرع الأول: أوجه الاتفاق..... 45

الخاتمـــة..... 48

فهرس..... 51

المصادر والمراجع..... 51

الفهرس..... 57