جامعة العقيد -أحمد دراية- بأدرار

كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم الشريعة

تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

-دراسة لنماذج تطبيقية-

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير

التخصص : العلوم الإسلامية

الشعبة : شريعة وقانون

إعداد الطالب

بن زيطة عبد الهادي

إشراف الأستاذ

بلعتروس محمد

لجنة المناقشة

1-د. المصري مبروك ..... استاذ محاضر رئيسا

2-أ. بلعتروس محمد ... استاذ مساعد مكلف بالدروس مشرفا ومقررا

3-د. بن شويخ رشيد ..... استاذ محاضر مناقشا

4-د. حمليل صالح ..... اساذ محاضر مناقشا

5-د- سرير ميلود ..... استاذ محاضر مناقشا

تاريخ المناقشة 2006/06/20

السنة الجامعية : 2005-2006

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَبِمَا رَحْمَةٍ مِّنَ اللَّهِ لِنتَ لَهُمْ وَلَوْ كُنتَ فَظًّا غَلِيظَ
الْقَلْبِ لَانفَضُّوا مِنْ حَوْلِكَ ﴾

﴿آل عمران –159﴾

الإهــداء

❧ إلى الوالدين الكريمين
أطال الله في عمرهما

❧ إلى كل من يصدع بالحق
ولا يخاف في ذلك لومة لائم

شكر خاص

أتقدم في هذا المقام

بشكر خاص وخاص جدا إلى اللذين

تحملاني وشاركاني وقتهما الثمين بالرغم من كثرة

التزاماتهما:

- الأستاذ المشرف: بلعتروس محمد

- الأستاذ: الدكتور المصري مبروك

شكر وتقدير

قال النبي ﷺ : ﴿لا يشكر الله من لا يشكر الناس﴾

رواه أبو داود وصححه الترمذي

أتقدم في هذا المقام بالشكر إلى كل من:

- الأستاذ : الدكتور اسطنبولي محمد .
- الأستاذ : الدكتور جليل صالح.
- الأستاذ : بوقلقولة عاشور.
- الأستاذ : بن زوبرة سليمان.
- الأستاذ : الدكتور دفور رابح.
- الأستاذ : الدكتور دباغ محمد.
- الأستاذ : بن زيطة حميدة .
- الزميل : بن جعفري مختار والقائمين على مكتبة مسجد عمرو بن العاص
- الأخ : هشام الذي ساعدني في إخراج البحث .

وكل من له صلة بإنجاز هذا البحث من قريب أو بعيد

وقفـــــة

قال السيد عبد العزيز بلخادم في تصريح صحفي :

» نحن لا نطالب فرنسا بالاعتذار أو بالتعويض عن الأراضي المغتصبة أو الأموال المسروقة فحسب ، وإنما بالتعويض عن الضرر المعنوي في استهداف الشخصية الجزائرية ومحاولة طمسها « .

جريدة الشروق اليومي

العدد 1598 ، يوم الثلاثاء 01 محرم 1427 الموافق 31 يناير 2006 .

مقدمة

مُقَدِّمَة

الحمد للَّه حمد عبد مقر بنعمة مولاه ، شاكر لفضله وعطاياه ، والصلاة والسلام على من أكرمه اللَّه برسالته وخصه بعظيم مزاياه ، وأشهد أن لا إله إلا اللَّه وأن محمدًا عبده ورسوله شهادة تنفع صاحبها يوم لقاء اللَّه ، أما بعد :

فتعد الدراسات المقارنة حقلا خصبا لبحث ما استجد من قضايا في الواقع المعيشي ، ولعل أحكام الأسرة وما يعتريها من علاقات تكون مجالا حيويا لمثل هذه الدراسات ، التي تعنى بجل ما قد يستعصي في ظل الأحكام الفقهية الجزئية ، مالم تتوج بالاجتهاد الفردي والجماعي المبني على النظر المقاصدي وابتغاء المصلحة في ذلك .

تحديد الموضوع

إن من نعم اللَّه ﷻ على عباده أن يسر لهم أسباب العيش ضمن نطاق أسري يتلاءم مع تركيبتهم الاجتماعية ، ويؤثر في تكوين الفرد بأسسه ووظائفه .

ولقد حظيت الأسرة في الإسلام بعناية متكاملة أسس دعائمها القرآن الكريم والسنة المطهرة ، حرصا منهما على تحقيق الجانب الإيجابي من هذا النطاق الاجتماعي . وتمتد هذه العناية منذ تفكير الإنسان في بناء أسرته –أي مرحلة الخطبة– ببيان شرائط وخصال المرأة الصالحة ، ثم اهتمت بالزواج وما ينتج عنه من آثار ؛ كما لم تهمل هذه الأحكام الزوجين عند استحالة عشرتهما وابتغائهما الانفصال عن بعضهما ، إذ بينت ما لهما وما عليهما وغيرها من الأحكام التي يزخر بها التراث الفقهي الإسلامي .

ولما كان الإسلام دين الرحمة والرأفة ، وكانت تعاليمه مبنية في أسسها على ذلك ، ويصدق عليها قول اللَّه ﷻ في وصف نبيه الكريم ﷺ : ﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَـٰكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَـٰلَمِينَ ﴾الأنبياء-107﴾ ، فإن تشريعاته قائمة على جبر الخاطر ، وإيناس الوحشة سواء من الجانب الوقائي أو الجانب العلاجي . وتبرز هذه السمة خصوصا في مجال العلاقات المتولدة بين أفراد المجتمع سواء كانت داخل

الأسرة أم خارجها ، وكذا لانبناء هذه العلاقات غالبا على حبل الود الإنساني وإن كانت آثارها مالية فلا ضير . ولعل أهم هذه العلاقات التي أقصدها هي رابطة الزواج إحدى المؤثرات الأساسية في الأحوال الشخصية .

فقد شرع المولى ﷻ الزواج لتحقيق غايات ومقاصد جمة ، منها المحافظة على النسل البشري وإحصان الزوجين إلى جانب تدعيم وتقوية الروابط بين أفراد المجتمع مصداقا لقوله تعالى : ﴿ وَجَعَلْنَـكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآيِلَ لِتَعَارَفُـواْ ﴾الحجرات-13﴿ .

وبالنظر لطبيعة النفس البشرية اللجوجة والقنوطة ، فإن مثل هذه التقلبات النفسية مفترضة بين الزوجين ، وقد تكون نواة لشقاق مستعصٍ بينهما ، قد لا تُجْدِ الطرق الشرعية في حله إلا بانفصال الزوجين عن بعضهما ، ولنتصور مدى ما تخلفه هذه النزاعات من أضرار وخيمة على الصعيد النفسي في مختلف مراحل العلاقة الزوجية : ابتداءً بالخطبة وانتهاءً بالطلاق .

ففي الخطبة قد يتراجع أحد الطرفين عن الآخر بسبب أو بدونه ، كما قد تكون عشرة أحد الزوجين مؤذية للطرف الآخر بشكل ما ؛ وإذا وصل الزوجان إلى الطلاق فإن مجرد وقوعه يسبب ضررا معنويا بالغا للمرأة ، هذا الضرر قد يفترض وجوده أيضا عند الزوج الذي تخالعه زوجته دون سبب .

وعليه فإن إهمال هذا الضرر وعدم اعتباره ، قد يضاعف حجم التأثر به لدى أحد الخاطبين أو الزوجين نتيجة فعل الآخر ، وهو ما يدفع إلى بحث هذا الموضوع ومختلف المعالجات الممكنة له في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي عموما .

الإشكالية

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية توفية الحقوق لمستحقيها ، وهذا المقصد تسنده جملة من المبادئ التشريعية كمبدأ تعويض الضرر ، إذ أن الأصل في المعاملات الالتزام بالضمان على كل من تسبب بفعله في الإضرار بغيره . والقواعد الفقهية التي تنص على المبدأ وفروعه كثيرة في الشريعة الإسلامية منها قاعدتي : »

لا ضرر ولا ضرار « و » الضرر يزال « .

وبالنسبة للضرر المعنوي –بوصفه أحد أنواع الضرر– فقد رفضت فكرة تعويضه أولا استنادا إلى عدم إمكانية إخضاع شرف الإنسان إلى المماثلة المالية ، ولم يلبث أن استقر القضاء الفرنسي بداية القرن (19م) على التعويض ، ممهدا بذلك لظهور نصوص تشريعية قننت هذا المبدأ لاحقا في القانون الفرنسي .

وقد نصت بعض القوانين الوضعية المعاصرة على التعويض عن الضرر المعنوي ومنها القانون الجزائري في فروعه المختلفة ، أذكر منها مجال هذه الدراسة وهو قانون الأسرة الذي نص في مادته الخامسة على جواز الحكم بتعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة . كما نصت المادة (52) من نفس القانون على تعويض المطلقة تعسفا .

وكان التعديل الأخير لهذا القانون يصب في صالح إقرار التعويض من خلال نص المادة (53مكرر) لصالح الزوجة المتضررة من عشرة زوجها بعد أن يطلقها القاضي منه ، وأبقى التعديل نفسه على حق الزوج المتضرر من نشوز زوجه في التعويض كما جاء بذلك نص المادة (55) .

إن تمعن المواد السابقة ينبئ عن اتجاه تشريعي لقانون الأسرة في صالح إقرار التعويض عن الضرر المعنوي ، وإذا كان الفقه الإسلامي –بوصفه من مصادر قانون الأسرة الجزائري– لم يتعرض في جزئياته لهذا المبدأ ، فإن مجرد النص القانوني ليس كافيا للجزم بأن التعويض عن الضرر المعنوي يعرف تطبيقا عمليا كافيا له ، وعلى هذا أطرح إشكالية البحث المتعلقة بمدى احتواء التطبيقات التي نص عليها قانون الأسرة في المواد (05) ، (52) و(53مكرر) على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي أو بعبارة أخرى : **ما مدى تطبيق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، بناء على موقف الفقه الإسلامي من المسألة ؟ وهل بالمقارنة بين النظامين نصل إلى تطابق فقهي وقضائي بينهما يؤكد علاقة الأصل بالفرع بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في هذه المسألة خصوصا ؟** ؛ مع العلم أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا للتعويض عن الضرر المعنوي ، وإنما اجتهد بعض المتأخرين في ذلك وكيفوا التعويض عن الطلاق التعسفي بأنه المتعة التي ندبها المولى ﷻ في ذمة

الزوج تجاه مطلقته عند السادة المالكية .

وللإجابة على ما سبق قمت باختيار ثلاثة نماذج تطبيقية منصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وهي : العدول عن الخطبة والطلاق التعسفي والتطليق ، بينما استبعدت حالة النشوز المنصوص عليها في المادة (55) ، نظرا لأنها لا تمثل إلا حالة خاصة من أسباب الطلاق أو التطليق عموما .

فنشوز الزوج يعتبر مضرا بالمرأة ومخولا لها طلب التطليق والتعويض عنه وفقا لنص المادة (53 مكرر) ، ويأتي نص المادة (55) من قانون الأسرة مؤكدا لمضمون المادة السابقة . كما يمكن للزوج طلب التعويض عند نشوز الزوجة إذا تضرر منه ، وذلك في نفس السياق القانوني .

أهمية الموضوع

يستمد الموضوع أهميته من عدة عناصر أذكر منها :

1-تعلقه بفكرة تعويض الضرر المعنوي . هذه الفكرة التي بدأت تلقى شيئا من الاهتمام الجاد المتمثل في بحوث بعض مجالس الاجتهاد الفقهي الجماعي ، كما سأبينه في البحث .

2-مساهمته في توطيد استقرار الأسرة ، إذا علم أطرافها أن التشريع لم يهمل الجانب المعنوي في مرحلتي الخطبة والزواج ، فيكونون على بينة من أمرهم ويحرصون على التزام المعاملة الشرعية .

3-طبيعة البحث المقارنة التي تفتح مجالا للموازنة بين الاتجاهات التشريعية لكل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بصفة عامة ، وما ينتج عنه من نتائج تساهم في الرقي بالأسرة المسلمة .

أسباب اختيار الموضوع

إن أهم سبب دفعني لاختيار هذا الموضوع ، هو محاولة دراسة مدى اهتمام الشريعة الإسلامية بالجانب الإنساني والاجتماعي في أحكامها . إذ أن ملاحظة الحكمة التشريعية من فرض المتعة للمطلقة مثلا ، ينبئ عن عناية حكيمة لم تهملها في ذلك الظرف العصيب الذي قد تهجر فيه تلك المرأة ؛ وبالتالي فإن مثل هذا الاهتمام يؤكد أن الإسلام دين أساسه الرحمة والإنسانية وينبذ كل تشدد مزعوم باسمه

وتحت نطاقه .

أهداف الموضوع

أسعى من وراء هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية :

أ–محاولة متواضعة لتأصيل التعويض عن الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري .

ب–الوقوف على نتيجة إعمال مقاصد الشريعة الإسلامية في أحكام الأسرة .

ج–محاولة التنظير للاهتمام بالضرر المعنوي وتعويضه انطلاقا من تعاليم ديننا الحنيف ، خاصة في زماننا هذا الذي يؤثر فيه الضرر المعنوي على الجانب المالي من ذمة الإنسان .

الدراسات السابقة حول الموضوع

لقد عثرت في حدود اطلاعي المتواضع على ثلاث دراسات ذات صلة بالموضوع :

الأولى : رسالة ماجستير قدمها الطالب مقدم سعيد إلى كلية الحقوق بجامعة الجزائر سنة 1982 بعنوان : » نظرية التعويض عن الضرر المعنوي « ، وقد ألمت بأبعاد النظرية في القوانين الوضعية وخاصة الفرنسي منها ، وازدانت بالأمثلة والاجتهادات القضائية ، ولم تمنع أحاديتها القانونية صاحبها من النظر في موقف الفقه الإسلامي من المسألة ، وقد اعتمدت عليها كأصل من الجانب القانوني .

أما الثانية فكانت رسالة ماجستير أيضا قدمها الطالب الجزائري بوساق محمد إلى جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض سنة 1982 بعنوان » تعويض الضرر في الفقه الإسلامي» ، وجاءت في حوالي 400 صفحة ، خلص منها صاحبها في أربع صفحات فقط إلى أن الجمهور قالوا بعدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي ، الذي حصره فيما ينتج عن جريمة القذف وكذا في حالة الضرر الجسماني فقط .

ويظهر للمطلع على هذه الرسالة أنها قد قصرت في الإحاطة بالضرر المعنوي بقدر ما أوفت بالنسبة للضرر المادي تنظيرا وتطبيقا . فقد أهمل الباحث الضرر المعنوي إهمالا بينا بالرغم من أن عنوان رسالته ينبئ عن ضرورة الاهتمام بجميع أنواع الضرر على قدر المساواة ، كما أن احتجاجه بأن الشريعة لا تقر

التعويض عن الضرر المعنوي مرفوض لأنه لم يول اهتماما كافيا لذلك ، وهذا يتأكد من خلال تعريفه للضرر بأنه » كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم ، أو جسم معصوم ، أو عرض مصون « فهو لا ريب يقصد بالعرض المصون : الذي لا يجوز القذف في حقه ويترتب عنه عقوبة في حال ذلك .

أما الدراسة الثالثة فهي رسالة جامعية مطبوعة لم يتسن لي الاطلاع على درجتها وهي للدكتور أحمد موافي وكانت بعنوان » الضرر في الفقه الإسلامي (تعريفه ، أنواعه علاقاته ، ضوابطه ، جزاؤه)« ، وقد سلك صاحبها مسلكا مشابها للرسالة السابقة ، معتبرا أن الضرر المعنوي ملازم لجريمة القذف ، ونافيا للصفة المعنوية عن بعض الأضرار التي استدل بها بعض الفقهاء لإيجاب التعويض عن الضرر المعنوي ليخلص –في الصفحات السبع التي خصصها للضرر المعنوي من بين الألف صفحة– إلى أن تعويض الضرر المعنوي لا يتم إلا في جريمة القذف أو إذا أنتج أضرار مادية ، ومعلوم أن هذين النوعين يكون التعويض فيهما مقدرا ومنضبطا ؛ وبالتالي فلعله يلمح إلى عدم تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية .

ولا أدعي أن بحثي هذا يرقى لمستوى الدراسات السابقة ، غير أنني حاولت فيه بحث اعتبار الشريعة الإسلامية للضرر المعنوي ، بطرح مخالف لما تبنته تلك الدراسات ، ولعل الصورة تتضح أكثر باعتماد النماذج التطبيقية الخاصة .

المنهج المتبع

إن تصوري للإجابة على إشكالية البحث يقتضي اعتماد ثلاث مناهج رئيسة وهي : الاستقراء والتحليل والمقارنة .

فالمنهج الاستقرائي أخصصه لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية في مختلف المذاهب ، وكذا النصوص القانونية والأحكام القضائية ، من أجل تحديد مدى إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي في الحالات التطبيقية تحليلا واستخراجا للنتائج ، ومعتمدا في ذلك على المنهج التحليلي .

أما المنهج المقارن فسيكون متوّجا لما توصلت إليه من نتائج بعد التحليل لدى فقهاء الشريعة والقانون

، لاستنتاج ما أمكن استنتاجه من اتفاق أو اختلاف يخدم قضية البحث . وأشير في هذا الشأن إلى أن المقارنة قد تمتد أحيانا إلى القوانين الفرنسية والمصرية ، وهذا لدواعي منها أن القانون الجزائري قد استمد الكثير من هذين القانونين ، كما أنه لا يمكن تحليل القانون الجزائري بعمق دون الاطلاع على هذين المصدرين ولو على سبيل الاستئناس ، حتى لو تعلق الأمر بقانون الأسرة ذي المصدر الشرعي . ولذا فإني آمل ألا يفهم مما سبق أن الدراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية .

كما أذكر بأنني لجأت إلى استخدام مناهج أخرى في مواطن معينة من البحث تقتضيها طبيعة الدراسة كالمنهج التاريخي على سبيل الذكر .

وعلى وجه العموم أرى أنه لا بد من التذكير بالملاحظات الآتية :

- الاعتماد على الجانب التنظيري والمفاهيمي بالرغم من تطبيقية الدراسة ، وهذا من أجل دعم أركان وأسس النموذج التطبيقي خدمة لتوجهي في الإجابة عن الإشكالية .
- اعتماد الدراسة على الأحكام والاجتهادات القضائية يعد من صميم البحث الموضوعي ، ولا يجب أن يفهم منه أن الدراسة قضائية أساسا .

عملي في البحث

حتى تتضح الصورة أكثر وخدمة للمنهج العلمي في البحث ، لا بأس أن أذكر بطريقتي في توظيف المدارك المنهجية في هذا البحث :

-حرصت على التوجه إلى المصادر ما أمكن .

-حاولت إثراء بعض جوانب الموضوع بالاعتماد على مختلف الأبواب العلمية ، فقها ، وحديثا ، وتفسيرا ، وأصولا ، ومقاصدا .

-قمت برسم الآيات القرآنية الكريمة وفق الرسم العثماني برواية ورش ، مع ذكر اسم السورة ورقم الآية مباشرة بعد ورودها في المتن ، تخفيفا للهوامش .

-لم استوعب كل كتب التخريج للأحاديث النبوية والآثار ، وكان عملي في ذلك كالآتي :

- البحث عن الحديث في الصحيحين والاكتفاء بهما إن وجد .
- إن لم يكن الحديث في الصحيحين اتجه إلى بقية الكتب التسعة .
- فإن لم يوجد في الكتب التسعة أبحث عنه فيما تيسر لي من مصادره .
- مع الإشارة إلى أنني اجتهد قدر الإمكان في إدراج أقوال العلماء في الحكم على الحديث أو الأثر إن لم يكن مذكورا في أحد الصحيحين .

-ترجمت ترجمة مختصرة لبعض الأعلام واستثنيت المشهورين والمعاصرين .

-ذكرت بيانات المصادر والمراجع عند أول استخدام لها كما وردت في المصدر ذاته ، ثم أكتفي بذكر اسم المؤلف وعنوان الكتاب والجزء والصفحة عند ذكره مرة أخرى . وإذا كان الكتاب معروفا فاكتفي بذكر العنوان والجزء والصفحة فقط .

-حرصت قدر الإمكان على توخي الأمانة العلمية في النقل والاقتباس ، حيث استخدمت العلامتين » « للدلالة على نقل النص حرفيا ، أما إذا لم استخدمها مع وجود إحالات فهذا يعني أنني نقلت النص بالمعنى أو بتصرف فيه تحليل أو نقد أو استنتاج .

- قمت بإعداد فهارس علمية للآيات والأحاديث والأعلام المترجم لهم ، والقواعد الفقهية والمواد القانونية والأحكام والقرارات القضائية الواردة في المتن نصا أو مضمونا ، وفهرسا موضوعيا للمصادر والمراجع ، وختمتها بفهرس تفصيلي للموضوعات .

الصعوبات المعترضة

إن من أهم الصعوبات التي واجهتني في إعداد البحث هي ندرة الدراسات المتخصصة في آثار الضرر المعنوي خاصة بالنسبة للفقه الإسلامي ، كما أن الكثير من الفقهاء لا يعترفون بالضرر المعنوي ، مما يجعل مساري في البحث حوله شائكا . كما أن ضحالة مداركي في العلوم الشرعية صعبت من مهمتي التي اعترف

أنها لم تكن مسددة في كثير من الأحيان ، وخاصة في المقارنة بين الشريعة والقانون .

خطة البحث

لقد قسمت موضوع البحث إلى ثلاثة فصول : فصل تمهيدي ، وفصلان آخران ، إضافة إلى خاتمة وهذه المقدمة .

أما الفصل التمهيدي فقد خصصته لبيان المفاهيم التي يقوم عليها البحث وهي الضرر والتعويض ، كما ضمنته مبحثين اثنين مبينا فيهما مبدأ تعويض الضرر المعنوي وموقف التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية منه في سياق تاريخي، قانوني ، وفقهي مقارن .

وفي الفصل الأول تعرضت للعدول عن الخطبة النموذج التطبيقي الأول في هذه الدراسة ، مبينا في مباحثه الثلاثة الطبيعة الحقوقية للخطبة ومدى جواز العدول عنها ، ثم تطبيق مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في هذا النموذج من خلال موقف الفقه الإسلامي والقانون من التعويض ، وذيلت هذا الفصل بمقارنة موضوعية استنتجت فيها نقاط التشابه والاختلاف بين النظامين .

وبنفس المنهجية عالجت الطلاق التعسفي والتطليق في الفصل الثاني ، وجمعت بينهما لأنهما يجتمعان في كونهما وسيلة لفك الرابطة الزوجية وينتج عنهما هذا الأثر ولا يختلفان إلا في كون الطلاق يوقعه الزوج والتطليق يوقعه القاضي ، وعلى هذا الأساس قسمت هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث أيضا ، تعرضت في الأول منها إلى مفهوم الطلاق التعسفي والتطليق ، مركزا على الأسباب الموجبة للتطليق بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي ، لأنها ذات صلة وثيقة بموضوع البحث وخاصة منها التطليق للضرر .

وفي المبحث الثاني من ذات الفصل بينت الأساس الفقهي الذي اعتمده القانون في إيجاب التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق والتطليق ، وكيف اعتمد الفقهاء المسلمين والقانونيين أساسين هما : نفقة المتعة ، والتعويض عن الطلاق التعسفي المنبثق عن نظرية التعسف في استعمال الحق .

أما المبحث الثالث فقد خصصته لإظهار حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي

والتطليق ، انطلاقا من الأساس الفقهي الذي سبق بيانه ، ومحاولة معرفة الاتجاه التشريعي الذي انتهجه قانون الأسرة في هذه المسألة وما يقابلها في الفقه الإسلامي ، ثم توجت هذا الفصل بمقارنة صبوت من ورائها إلى تحديد مدى التوافق والاختلاف بين النظامين بناء على أسس موضوعية محددة .

وقد ضمنت خاتمة البحث ما وفقني الله في الوصول إليه من نتائج ، كما ختمتها بتوصيات وما رأيت أنه قد يفتح آفاقا واسعة للبحث ، وأرجو أن تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها .

وفي الأخير ، فإنني أسلم بأنني ما وفيت البحث قدره أو أحطت بجميع جنباته إحاطة كلية ، غير أني أرجو أن أكون قد وفقت لبذل كل جهدي فيه لأخرجه في أحسن صورة قلبا وقالبا ، وحسبي فيه أن لجنة المناقشة الموقرة ستقوّم ما بدر مني من خطأ أو سهو أو انفراد بالرأي أو سوء أدب مع العلماء ، واسأل اللَّه ﷻ أن يغفر لي ولهم ما قدمنا وما أخرنا وأن يوفقنا لما يحبه ويرضاه وأن يسدد خطانا ويؤيدنا بروح منه هو حسبنا ونعم الوكيل .

الفصل التمهيدي
مبدأ تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

الفصل التمهيدي : مبدأ تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

إن القاعدة العامة في المعاملات تقتضي أن كل من سبب ضررا للغير يلتزم بالتعويض ، ولا تثير هذه القاعدة أية إشكاليات إذا كانت تتعلق بالضرر المادي ، أما إذا كان الضرر المعني هو الضرر المعنوي فإن ثمة عوائق كثيرة . إذ يثار التساؤل بداية حول استيعاب مبدأ المسؤولية عن العمل الشخصي للضرر المعنوي أسوة بالضرر المادي ، كما أن المجتمعات البشرية الأولى لم تعهد بقبول الترضية في جانب الشرف والاعتبار 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 كثيرا من الأضرار المعنوية أدت إلى أضرار مادية وخيمة ، ولعل التغاضي عن مثل هذه المسائل بحجة عدم أهميتها أو بكونها غير معقولة يعد إهمالا . وقد اكتسب الضرر المعنوي أهميته تلك انطلاقا مما وصل إليه مبدأ تعويض الضرر المعنوي أيضا ، بعد مسيرة دامت عهودا طويلة انطلاقا من القانون الروماني وصولا إلى التشريعات المعاصرة . وسأعالج فيما سيأتي تطور هذا المبدأ في بعض التشريعات الوضعية وهي : القانون الروماني ، التشريع الفرنسي والتشريع 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 .

المبحث الأول : مفهوم الضرر

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

المطلب الأول : تعريف الضرر

إن استعمال مصطلح الضرر شائع ، وهذا الاستعمال يظهر في مختلف التقسيمات . فتصفح أبواب الفقه الإسلامي مثلا ينبئ عن استخدام موسع للفظ الضرر ، في العبادات كالتيمم لخوف الضرر ، وفي المعاملات كالضرر في البيوع وغيرهما . مما يوحي بأن لفظ الضرر يكون ثريا بدلالاته ، وهو ما سأبحثه في الفروع الآتية . حيث أعرض أولا للدلالات اللغوية للضرر ، مستشهدا ببعض ما ورد في القرآن والسنة منه ، ثم أبين تعريف الضرر في الاصطلاح الشرعي والقانوني لأنتهي إلى التعريف المختار .

الفرع الأول : التعريف اللغوي للضرر

تستعمل مادة (ضرر) ومشتقاتها في معاجم اللغة العربية على معاني متعددة ؛ إذ جاء في لسان العرب أن الضَّرَّ والضُّرَّ لغتان : فالضَّرُّ هو الهزال وسوء الحال ، والضَّرر ضد النفع[1] .

وجاء في المصباح المنير أن الضُّر بمعنى الفاقة والفقر ، والاسم الضَّرر ويطلق على نقص يدخل الأعيان[2] . كالأموال والأنفس ، كما ورد بمعنى الضيق والشدة والزمانة[3] .

---

[1] - ابن منظور، جمال الدين : **لسان العرب** ، (بيروت : دار بيروت للطباعة والنشر) ، م4 ، مادة (ضرر) ، ص 482 ، 483 .

[2] - الفيومي ، أحمد بن علي : **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي** ، (القاهرة : دار الفكر للطباعة والنشر) ، ج2 ، مادة (ضرر) ، ص 360 .

[3] - الزبيدي ، محمد مرتضى : **تاج العروس** ، (بيروت : دار صادر ، ط1 ، 1306 هـ) ، ج3 ، مادة (ضرر) ، ص 348-349 ؛ ابن منظور ، لسان العرب ، م4 ، مادة (ضرر) ، ص 483 .
- الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب : **القاموس المحيط** ، (بيروت : دار الجيل) ، ج2 ، مادة (الضُّر) ، ص 77 .

ومن خلال عرض هذه المعاني يتبين أن الضرر إجمالا يشمل الشدة التي تصيب الإنسان في جسمه وماله ، من مرض وفاقة وغير ذلك . ويلاحظ أن أحوال الشدة هذه منها المادي المحسوس ومنها المعنوي غير المحسوس ، ما يفهم منه أن معنى الضرر لغة ينبئ عن وجود نوعين منه الأول حسي والآخر معنوي .

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

• قول الله ﷻ : ﴿ وَإِذَا مَسَّ الإِنسَـنَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِـهِ أَوْ قَاعِـدًا أَوْ قَآئِمًـا ﴾﴿يونس-12﴾ ، والضرر في هذه الآية يراد به الشدة أو المرض[1] ، وكذا في قوله ﷻ : ﴿ لاَّ يَسْتَوِي الْقَعِدُونَ مِنَ الْمُومِنِينَ غَيْرَ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَـهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللهِ بِأَمْوَلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ﴾﴿النساء-95﴾ . ومعنى الضرر هاهنا العاهة من عمى أو عرج أو زمانة ونحوها[2] .

• كما يستفاد من قول اللّه ﷻ : ﴿ لَـنْ يَّضُـرُّوكُمْ و إِلاَّ أَذًى﴾﴿آل عمران-111﴾ أن الضرر قد يقصد به مجرد الأذى كالكذب والتحريف وغيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي[3] .

وعلى وجه العموم ، تضمنت المواضع المذكورة وغيرها من القرآن الكريم الضرر على ثمانية أوجه وهي : البلاء والشدة ، الفقر ، القحط ، خوف الغرق ، نقص القدر ، الإيذاء وأخيرا الجوع والعري[4] .

---

[1] - الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب : **تنوير المقباس من تفسير ابن عباس** ، (القاهرة : المكتبة الشعبية ، 1970) ، ص 170 .

[2] - الزمخشري ، جار الله محمود بن عمر : **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل** ، (بيروت : دار المعرفة) ، ج1 ، ص 555 .

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

[4] - ينظر في تفصيل أوجه المعاني والآيات المرتبطة بها :

- الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب : **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز** ، تحقيق : محمد علي النجار ، (بيروت : المكتبة العلمية) ، ج3 ، ص 468 .

- موافي ، أحمد : **الضرر في الفقه الإسلامي** ، (الخُبَر : دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1997) ، ج1 ، ص 24-46 .

ولعل الضرر في الاستعمالات القرآنية السابقة يتوافق معنىً بما ورد في بعض الأحاديث الشريفة ، ومن ذلك قوله ﷺ : ﴿ لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لا بد متمنيا فليقل اللهم أحيني ما كانت الحياة خيرا لي وتوفني إذا كانت الوفاة خيرا لي﴾ [1] .

والحديث فيه التصريح بكراهية تمني الإنسان الموت لضر نزل به من مرض أو محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الدنيا [2] ، فالضرر ينصرف إلى أحد أوجه المعنى اللغوي لكلمة الضُّر وهو ما كان من سوء حال وفقر في بدن .

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للضرر

إن شيوع استعمال لفظ الضرر في لغة الفقهاء المسلمين والغربيين يدفعني إلى استقصاء هذا اللفظ واستخداماته ، من أجل الوصول إلى التعريف الاصطلاحي المختار له . وذلك يتم باستعراض ما جاء في الاصطلاحين الشرعي والقانوني في البندين الآتيين .

البند الأول : الضرر في الاصطلاح الشرعي

تعرض بعض الفقهاء للضرر تعريفا وتمثيلا ، وعلى الرغم من كثرة مسائله في النوازل والقضايا فإنه لا يكاد يعثر على تعريف محدد له ، كما أن هناك تطابقا أو تقاربا كبيرا بين المباني التي يراد بها الضرر وبين المعنى اللغوي للفظ . وأستعرض بعضا من هذه التعريفات على النحو الآتي بيانه .

---

[1] - أخرجه البخاري ، كتاب المرضى ، باب تمني المريض الموت ، ج4 ، ص 7 ؛ ومسلم ، كتاب الذكر والدعاء والاستغفار ، باب كراهية تمني الموت لضر نزل به ، ج2 ، ص 467 .

[2] - النووي ، يحيى بن شرف : **شرح صحيح مسلم** ، (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط2 ، 1972) ، ج17 ، ص 7 .

أولا – استعمال الفقهاء للضرر في مقابل النفع[1] :

عرّف ابن العربي[2] الضرر بأنه : » الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربي عليه ، وهو نقيض النفع «[3] .

وجاء في المنتقى : » الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة «[4] .

ثانيا– استعمال الفقهاء للضرر بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير[5] :

ومن ذلك ما جاء في فيض القدير : » الضرر إلحاق مفسدة بالغير «[6] .

وقال ابن القيم[7] في قصد الشارع من تحريم الربا : » وكذلك يُعلَمُ قطعا أنه إنما حرم الربا لما فيه من الضرر بالمحاويج[8] ، وأن مقصـــوده إزالة هـذه المفسـدة «[9] . فالربا والمفسـدة هنا عنصـران متلازمـان ، والضرر يدور بينهما إذ يمثل المفسدة الناجمة عن الربا .

---

[1] - موافي أحمد ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج1 ، ص 78 .

[2] - هو القاضي الحافظ أبو بكر بن عبد الله المعافري ، سمع من أبيه الفقيه أبو محمد وابن منظور وأخذ عنه كثرة ومنهم القاضي عياض ، من تصانيفه « عارضة الأحوذي في شرح صحيح الترمذي» و«أحكام القرآن » ، ولد سنة 468 هـ وتوفي سنة 543 هـ .

- ابن موسى اليحصبي ، عياض : **الغنيــة** ، تحقيق : ماهر زهير جرار ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1982) ، ص 66-68 .

- ابن فرحون ، برهان الدين : **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** ، تحقيق ودراسة : مأمون بن محيي الدين الجنان ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1996) ، ص 376-378 .

[3] - ابن العربي ، أبو بكر : **أحكام القرآن** ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، (القاهرة : دار الفكر ، ط3 ، 1972) ، م1 ، ص 54 .

[4] - الباجي ، أبو الوليد : **المنتقى** ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1332 هـ) ، ج6 ، ص 40 .

[5] - أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج1 ، ص 83 .

[6] - المناوي ، عبد الرؤوف : **فيض القدير شرح الجامع الصغير** ، (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط2 ، 1972) ، ج6 ، ص 431 .

[7] - الفقيه الحافظ الأصولي شمس الدين محمد بن أبي بكر المشهور بابن قيم الجوزية ، سمع عن أبيه ولازم ابن تيمية ، وأخذ عنه ابن رجب الحنبلي وغيره ، صنف في مختلف العلوم ومن ذلك « إعلام الموقعين عن رب العالمين» و « إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان » . ولد سنة 691 وتوفي سنة 751 هـ .

- ابن رجب الحنبلي ، عبد الرحمان : **الذيل على طبقات الحنابلة** ، تخريج : أبو حازم أسامة بن حسن ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1997) ، ج2 ، ص 368-370 ؛

- الزركلي ، خير الدين : **الأعلام** ، (بيروت : دار العلم للملايين ، ط14 ، 1999) ، ج6 ، ص 56 .

[8] - المحاويج هم الفقراء المعدمون ؛ لسان العرب ، ج2 ، مادة (حوج) ، ص 243 .

ثالثا – استعمال الفقهاء للضرر بمعنى أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقوقه[1] :

جاء في فيض القدير : » لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقوقه«[2]، وهو ما ذهب إليه الونشريسي[3] أيضا بقوله : » لا ضرر أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه أو ملكه «[4] .

ومن بقية المعاني التي استعملها الفقهاء غير ما ذكر :

* قال صاحب التعريفات : الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له[5] .

* وقال الدسوقي[6] بأن للزوجة حق طلب التطليق للضرر وهو ما لا يجوز شرعا[7] .

* ووصف الدكتور وهبه الزحيلي هذا الضرر المسوغ لطلب التطليق بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ، كالشتم والضرب والهجر من غير سبب يبيحه[8] .

وسأرجئ مناقشة هذه التعريفات وغيرها بعد استعراض نظيراتها في الاصطلاح القانوني .

---

[9] - ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر : **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، (بيروت : دار الفكر ، 2003) ، ج3 ، ص 140 .

[1] - أحمد موافي ، الضرر في الفقه الإسلامي ، ج1 ، ص 87 .

[2] - فيض القدير ، ج6 ، ص 431 .

[3] - أحمد بن يحيى بن محمد الونشريسي ، أخذ عن أبي الفضل العقباني وابن مرزوق ، من تآليفه «المعيار المعرب » ، «إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك » ، ولد سنة 834 هـ وتوفي سنة 914 هـ .
- ابن القاضي المكناسي ، أبو العباس أحمد : **درة الحجال في غرة أسماء الرجال** ، تحقيق وتعليق : مصطفى عبد القادر عطا ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2002) ، ص 49 .
- مخلوف ، محمد : **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** ، (القاهرة) ، ج1 ، ص 274-275 .

[4] - الونشريسي ، أحمد بن يحيى : **المعيار المعرب في فتاوى الأندلس والمغرب** ، تخريج جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، 1999) ، ج8 ، ص 474 .

[5] - الجرجاني ، علي : **التعريفات** ، (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط1 ، 2003) ، ص 113 .

[6] - شمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي محقق عصره ، أخذ عن الصعيدي والدردير والنفراوي من تآليفه : حاشية على الدردير على المختصر وحاشية على شرح الرسالة الوضعية ، تولى التدريس والإفتاء حتى وفاته سنة 1230 هـ . شجرة النور الزكية ، ج1 ، ص 361-362 .

[7] - الدسوقي ، محمد بن عرفة : **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، (القاهرة : دار إحياء الكتب العربية) ، ج2 ، ص 345 .

[8] - الزحيلي ، وهبه : **الفقه الإسلامي وأدلته** ، (الجزائر : دار الفكر ، ط1 ، 1991) ، ج7 ، ص 527 .

البند الثاني : الضرر في الفقه القانوني

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه الركن الثاني من أركانها ، وتتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيرها الرفض[①] .

وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع والفقه القانوني ، إلا أنه يبدو من الصعب استنتاج تعريف منضبط للضرر ، وهو ما جعل بعض الفقهاء الغربيين يتوسعون في تعريف الضرر ، ولعل من أشهر محاولاتهم تلك التي استقر عليها القضاء في فرنسا ثم مصر وتبناها الفقه إثر ذلك .

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[②] للفرد مادية كانت أم أدبية[③] .

ويلاحظ من خلال التعريف السابق أن مجرد المساس بالحق يشكل ضررا ؛ وكذلك شمول معنى الضرر الاعتداء على مصلحة الفرد المشروعة التي نعد مكملة لمفهوم الحق في سبيل تعويض الضرر[④] .

---

① - Marcel Planiol et George Ripert : **Traité Pratique de Droit Civil Français**, T. VI (Les Obligations), (Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2 Ed, 1952), P.745.

② - المصلحة المشروعة في القانون المدني الجزائري هي التي لا تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة (المادتان 96 و97) ، أو التي تستعمل بقصد الإضرار بالغير (المادة 41) .
- بلحاج ، العربي : **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994) ، ج2 ، ص 147 .

③ - مقدم ، سعيد : **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي** ، (الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1992) ، ص 35 ؛ بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 143 .
- Vialard, Antoine: **Droit Civil Algérien,** (Alger: OPU, 1980), P. 113.

④ - إن ارتباط الضرر بالمصلحة المشروعة يجعل مفهومه غامضا ، لأنه من الصعوبة فصل مفهوم وطبيعة المصلحة المشروعة عن مذهب الدولة ، وتعد هذه المصلحة في حد ذاتها غامضة ، وهو ما يمنح سلطات مهمة للقاضي في تقدير ما يمكن أن يكون مصلحة مشروعة للفرد .Antoine Vialard, *Op. Cit.* , P.115

وفي القانون المدني الجزائري[1] لا يوجد كذلك تعريف للضرر بالرغم 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 وترجيح

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

فاستعمال الضرر في مقابل النفع غير كاف إذ ليس كل ما كان ضد المنفعة يعد ضررا لأن فعل الضرر قد يكون نافعا ، كما إذا كانت المصلحة المرجوة من ورائه مشروعة ، وفي هذا يقال : » ويحتمل أن لا تسمى الحدود من القتل والضرب ونحوه ضررا من فاعلها لغيره لأنه إنما امتثل أمر الله له بإقامته الحد على العاصي «[3] ؛ ونفس المعنى ينطبق على استعمال الضرر بمعنى إلحاق المفسدة بالغير أو بالنفس .

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 وصحيح إن خاف على نفسه بصومه هلاكا أو شديد أذى كتعطيل منفعة ... لوجوب حفظ النفس «[4] .

---

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

[2] - سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 35 .

[3] - الصنعاني ، محمد بن إسماعيل : **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، تصحيح وتعليق وتخريج : فواز زمرلي ، إبراهيم الجمل ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط5 ، 1990) ، ج3 ، ص 179 .

[4] - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج1 ، ص 535 .

أما بالنسبة لفقهاء القانون فهم يربطون معنى الضرر بالحقوق والمصالح المشروعة ، وهو ما يعني اتجاه هذا المعنى وفق ما تقتضيه أيديولوجيات المذاهب القانونية الوضعية .

والخلاصة أن وجود الضرر يرتبط بمشروعية المصلحة محل التعدي وأن حقيقة هذه المشروعية ترجع ثبوتا إلى المقاصد الشرعية ، وهذا الارتباط بين المصلحة والمقاصد وثيق الصلة ، فقد أجمع العلماء على أن الشريعة تضمنت حفظ الضروريات والحاجيات والتحسينيات ، وأن أمهات المصالح المحفوظة هي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال[①] ، فكل ما يتضمن حفظها مصلحة وكل ما يفوتها فهو مفسدة[②] . وبهذا تكون المصلحة في منأى من الاستناد إلى المفاهيم القاصرة ونضمن بذلك مشروعيتها .

وبناء على ما سبق فإن التعريف المختار للضرر هو : المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للنفس أو الغير تترتب عنه مفسدة معتبرة .

ويترجح هذا التعريف للأسباب الآتية :

1- نوع الاعتداء : المساس الذي لا يشترط فيه ظاهر التعدي ، لأن مجرد ذلك يشكل ضررا .

2- محل الضرر : ويتضمن الحق والمصلحة المشروعة ، بغية التوفيق بين ممارسة الحق بحرية وعدم التعسف في استعماله .

3- المضرور : وهو الغير كما النفس ، إذ أن الاعتداء على النفس غير جائز بحال .

4- أثر هذا الضرر : وهو المفسدة المعتبرة . وتظهر أهمية هذا الأثر في التمييز بين ما يجب التعويض عنه وما لا يجب ، وهذا ضمان لعدم تعويض الأضرار الناشئة عن مخالفة الشرع .

---

① - الريسوني ، أحمد : **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي** ، (المنصورة : دار الكلمة ، ط1 ، 1997) ، ص 209 .

② - الغزالي ، أبي حامد : **المستصفى من علم الأصول** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 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 وآخر معنوي . ويظهر أن غالب الفقه الوضعي قد اعتمد هذا التقسيم[①] الذي انتقد بشدة من قبل بعض الفقهاء الغربيين[②] والمسلمين[③] .

وبالنسبة للفقه الإسلامي ، فإن التقسيم الثنائي للضرر يتجلى باستقراء موجبات الضمان فيه ، وهو ما يؤكد ارتباط تقسيم الضرر بطبيعة المصلحة المحمية[④] .

وفي الوقت الحالي ، فإن الفقه الغربي يميل للتقسيم الثلاثي للضرر : مادي –ويقصد به الضرر المالي–، معنوي وبدني ، حيث يتعلق هذا الأخير بالمساس بجسم الإنسان من جروح طفيفة أو جسيمة وبشكل أخطر الموت[⑤] .

غير أن التقسيم الراجح للضرر هو التقسيم الثنائي لأن الضرر البدني يعتبر ضررا جامعا ، إذ يحتوي على شقين : شق مادي يتمثل في الجروح وما شابهها مما يترك آثارا في الجسم ، وشق غير مادي يتمثل فيما

---

① - السنهوري ، عبد الرزاق : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ، (بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3 ، 1998) ، ج1 ، ص 680 ؛
- الصدة ، عبد المنعم فرج : **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية** ، (بيروت : دار النهضة العربية ، 1974) ، ص 516 ؛
- العدوي ، جلال : **مصادر الالتزام** ، (الإسكندرية : منشأة المعارف ، 1997) ، ص 424 ؛
- سليمان علي ، علي : **دراسات في المسؤولية المدنية** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1984) ، ص 198 ؛
- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 145 ؛ سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 37 .

② - ومن بينهم جيفور ، مازو ، تونك ؛ سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 37 .

③ - الخفيف ، علي: **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي** ، (القاهرة : دار الفكر العربي ، 2000) ، ص 44 .

④ - شرارة ، عبد الجبار : **مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي** ، مقال منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة الفكر الإسلامي : http://www.darislam.com/home/alfekr/data/feker7/14.htm ، تاريخ الزيارة : أوت 2004 ؛ علي الخفيف ، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 44 .

⑤ - François Terré, Philippe Simler et Yves lequette: **Droit Civil (Les obligations)**, (Beyrouth: Edition Delta, 1998), P. 559.

يخلفه ذلك المساس بالجسم على الصعيد النفسي وهو ضرر معنوي ، وهكذا يظهر أن تقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام لا يفصح عن نوع جديد من الضرر ، ولا يمكن أن يفيد إلا في حالة التعويض الإجمالي عن الضرر المادي وذلك بالتمييز بين الضررين المالي والجسمي في المبلغ الممنوح .

وفي الفرعين الآتيين أتطرق لنوعي الضرر : المادي والمعنوي .

الفرع الأول : الضرر المادي

يكاد يتفق فقهاء القانون على أن المقصود بالضرر المادي كل أذى يمس الإنسان في جسمه ، أو ذمته المالية منقصا منها أو مفوتا لمصالح مشروعة[①] ، ويمكن أن يشمل الضرر المادي كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب[②] .

ويشترط في التعويض عن الضرر أن يكون محقق الوقوع كأن يقع بالفعل ، أو أن يكون ذلك حتميا[③] ؛ وبالتالي فإن الضرر المحتمل وقوعه لا يعوض عنه إلا إذا تحقق[④] .

---

① - الصدة ، عبد المنعم : **المبادئ العامة في القانون** ، (الإسكندرية : الدار الجامعية للنشر) ، ص 350 ؛
- قدادة ، خليل حسن : **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية) ، ج1 ، ص 248 ؛
- سليمان علي ، علي : **نظرات قانونية مختلفة** ، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994) ، ص 198 ؛
- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 145 ؛ سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 37 .

② - جلال العدوي ، مصادر الالتزام ، ص 424 . ويجدر 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 وهذا بصرف النظر عن آثاره المادية المفترضة ، وجاء هذا الحكم في دعوى أقامها الورثة ضد وزارة الداخلية المصرية لتعويض الأضرار المادية الجسمانية والأدبية التي لحقت والدهم الذي اعتقل وعذب من سنة 1958 إلى سنة 1964، وقد حكمت بتعويض الأضرار كلها ومنها الضرر المادي الذي لم يشترط فيه مراعاة العجز عن الكسب ؛ إذ أن هذا يشكل مساسا بحق الإنسان في الحياة وسلامة الجسم ، وهذا يطابق ما هو مقرر في الفقه الإسلامي من إيجاب الأرش لمن أصيب بجراح أو ضرر جسماني .
- الزقرد ، أحمد السعيد : «**الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر "المادي والأدبي" وانتقال الحق في التعويض عنه إلى الورثة بمناسبة الحكم الصادر في 22-02-1994 مقارنا بأحكام التمييز الكويتية**» ، **مجلة الحقوق** ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، 1996 ، ص 240 ؛ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 38 .

③ - أحمد الزقرد ، الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر ، ص 241 .

④ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص 681 .

الفرع الثاني : الضرر المعنوي

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب غير المالي لذمة الإنسان وهو المتعلق بالمشاعر، وعلى هذا الأساس يسمى بالضرر المعنوي أو الضرر الأدبي[①] .

البند الأول : تعريف الضرر المعنوي

اجتهد بعض الفقهاء المسلمين والغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي ، ويُذْكَر من ذلك :

أ- الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية[②] .

ب- الضرر المعنوي هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي[③] .

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 يبرر دعوى قضائية بشأنه ، وهذا سواء تعلق بالأشخاص أو الأموال ، ماديا كان أم معنويا ، قابلا للتقدير الدقيق بالمال أم لا «[④] .

---

① - إن تسمية الضرر الأدبي هي تسمية شائعة لوصف الجانب غير الملموس أو المعاين من الضرر ، والواقع أن هذه التسمية قاصرة عن استيعاب جميع أنواع ذاك الضرر ، والأنسب في نظري أن يقال الضرر المعنوي لأنه الأعم والأشمل ، أما الضرر الأدبي فهو كما تدل التسمية يتعلق بالأدبيات والأخلاقيات وهي التصرفات التي يمكن أن يعبر عنها صاحبها في شكل مرئي معاين ، في حين أن الضرر المعنوي قد يتعلق بالعاطفة والشعور الذي لا يمكن معاينته ما لم يتجلَّ في انفعالات مرئية ، كما أن الضرر المعنوي أقرب معنى للترجمة الفرنسية لمصطلح « dommage moral » .

② - Antoine Vialard,*Op. Cit.* , P. 117.

③ - Planiol et Ripert, O*p. Cit.* , P. 753.

④ - *Ibid.*, P. 753.

وبالتفصيل أذكر من بين المحاولات التي جنحت لوصف الضرر ببعض صوره :

أَ-تعريف الشيخ علي الخفيف : » الأذى فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه . . وفيما يصيبه من ألم في جسمه ، أو في عاطفته «[1] .

بَ-تعريف الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي : هو كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الروحية : من الشتم والتحقير وترك الجماع والكلام والمبيت[2] . وينصب تعريف الشيخ على وصف الضرر الذي يخول للزوجة حق طلب التفريق .

وقد اعتبر البعض بأن الآثار التي يخلفها الضرر المادي في الجسم من قبيل الضرر المعنوي[3] .

ويلاحظ على التعاريف السابقة أنها تنقسم إلى قسمين : الأول يعرف الضرر المعنوي بدلالة المصلحة المحمية ، والآخر يعرفه بواسطة صوره المتعددة ، وأحسب أن القسم الأخير يكون أدعى للترجيح ، لأن اقتران الضرر المعنوي بالمصلحة يظل معلقا بمدى مشروعيتها ، إذ قد تكون المصلحة غير مشروعة كما أن وصف المصلحة قاصر عن تغطية جميع صور الضرر ، وبالتالي فلا موجب لاعتبار الضرر المعنوي الناتج عن المساس بها .

[1] - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 44 . ويلاحظ أن الشيخ الخفيف فرَّق بين الضرر الأدبي والضرر المعنوي إذ اعتبر تفويت المصلحة غير المالية الملتزم بها ضررا معنويا ، كمن يمتنع عن تسليم الوديعة إلى مالكها والعين المستأجرة إلى مؤجرها ونحوه من كل ما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين ؛ وكيف يمر مثل هذا الامتناع عن التسليم وديا دون أن يسبب ضررا ماليا لصاحب العين ، إذ قد يبرم صاحبها عقدا من أجل تسليمها للاستغلال لشخص آخر يمتد أثره بعد ميعاد تسليم العين من طرف المستغل الأول ، وهو في حالة امتناعه عن تسليم العين في ميعاد تسلُّمها لا ريب يسبب ضررا لصاحب العين أولا وللمستغل من بعده ثانيا ، ولعل القارئ يستغرب معي كيف استبعد فضيلة الشيخ –رحمه الله- مثل هذا التصور ؟

[2] - القاسمي ، مجاهد الإسلام : **دراسات علمية وفقهية** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2003) ، ص 157 .

[3] - إبراهيم ، طه عبد المولى : **مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء** ، (المنصورة : دار الفكر والقانون ، ط1 ، 2000) ، ص 129 .

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 عرضه ، أو في عاطفته ، أو من جراء الاعتداء على حقوقه ومصالحه المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها .

البند الثاني : صور الضرر المعنوي

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

أ – ضرر معنوي مترتب عن آلام الجروح البدنية والمعنوية.

ب – ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض[①] .

ج – ضرر معنوي يصيب العاطفة ، ومن ضمنها: الشعور[②] ، المعتقد الديني[③] وحرية ممارسته[④] .

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

---

① - وقد قضت محكمة القاهرة الكلية الوطنية بأن الأمراض من العورات الواجب سترها ولو كانت صحيحة ، فإذاعتها في محافل عامة يسيء إلى المرضى وبالأخص الفتيات ، لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يوجب التعويض . علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، ص 198-199 .

② - علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، 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 وأحكام أخرى في :
- مارسو ، لون وآخرون : **أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي** ، ترجمة : أحمد يسري ، (الإسكندرية : دار الفكر الجامعي ، ط10 ، 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 ، أحمد بن علي : **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، (بيروت : دار المعرفة ، 1390 هـ) ، م10 ، 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 المجتمعات البشرية الأولى هذا النظام إلا بظهور القانون الروماني ، الذي قلل من فكرة الثأر بجعل الحرية للأفراد في اختيار طريقة التعويض. وبمجيء الإسلام هذبت شريعته السمحة النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظم الوضعية القديمة التي سبقتها ، بتشريع القصاص في قوله ﷻ: ﴿ يَـأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾البقرة –178﴿ ، والدية في قوله ﷻ : ﴿ وَمَن قَتَلَ مُومِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ اِلَى 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 فإن تحديد مفهوم التعويض عموما يساهم في توضيح فكرة إصلاح الضرر المعنوي . وفي المطالب الآتية أحاول توضيح بعضا من معالم هذا المفهوم ببيان تعريفاته اللغوية والاصطلاحية ، 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 أجل الخروج بالتعريف الملائم له والمتوافق مع موضوع البحث هذا ، وذلك من الجانب اللغوي والاصطلاحي على حد سواء .

الفرع الأول : التعريف اللغوي للتعويض

عوَّض يُعوّض تعويضا ، وتَعَوضَ أخَذَ العِوَضَ ، والاسم العوض والمستعمل التعويض[1] . والعوض هو البدل ، وعَوّضت 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] .

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

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للتعويض

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 الآتيين .

البند الأول : تعريف التعويض (الضمان) في الاصطلاح الشرعي

استعمل الفقهاء المسلمون معنى التعويض في مواضع عدة ، وأذكر 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 وبمعان 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) ، ص 350 .

[2] - تاج العروس ، ج5 ، مادة (عوض) ، ص 59 .

[3] - ابن فارس ، أبو الحسين أحمد : **معجم مقاييس اللغة** ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، (بيروت : دار الجيل ، ط1 ، 1997) ، م4 ، 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 " الضمان 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 بناءً على انتقال الدين بالضمان عند المالكية[⑤] ، واتفاق الجمهور مع الشافعية في أن ذمة الأصيل مطالبة بالحق ومشغولة به مع ذمة الكفيل وأن الضمان لا ينقل الدين إلى ذمة الكفيل[⑥] وبهذا يستبعد هذان التعريفان عن المراد بالتعويض في مصطلح الضمان .

---

① - الصحاح ، ج6 ، مادة (ضمن) ، ص 2155 ؛ المصباح المنير ، ج1 ، مادة (ضمن) ، ص 364 .

② - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 8 .

③ - حاشية الدسوقي ، ج3 ، ص 329 .

④ - الأنصاري ، محمد بن زكريا : **فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) ، ج1 ، ص 364 .
- عادل أحمد عبد الموجود وآخرون : **تكملة المجموع شرح المهذب** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2002) ، ج14 ، ص 363

⑤ - حاشية الدسوقي ، ج3 ، ص 347 .

⑥ - ابن عابدين ، محمد أمين : **رد المحتار على الدر المختار** ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط2 ، 2003) ، ج7 ، ص 554 .
- الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد : **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي** ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1999) ، ج6 ، ص 436-437 .
- ابن قدامة ، موفق الدين : **المغني والشرح الكبير** ، (بيروت : دار الكتاب العربي) ، ج5 ، ص 82-83 .
- سراج ، أحمد محمد : **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي** ، (القاهرة : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1989) ، ص 57

ومن تعريفات الفقهاء المعاصرين :

– تعريف الشيخ الخفيف بأن الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل[1] . ويلاحظ أنه قدم إشارة مهمة إلى العمل أحد عناصر التعويض ، إلا أنه ترك سببه عاما دون تحديده .

وبعد هذا العرض أرجئ اختيار التعريف إلى ما بعد بيان الاصطلاح القانوني للتعويض .

البند الثاني : تعريف التعويض (الضمان) في الاصطلاح القانوني

لم يهتم فقهـــاء القانون كثيـرا بوضع تعريف دقيق للتعويض ، وهـذا نتيجـة لوضـوح فكرته وعناصـره في التشريعات الوضعيـــة والمدنيـــة ، كما يظهر من القانون المدني الجزائري الذي جاء في المادة (132) منه : » يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ... ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم وذلك على سـبيل التعويض ، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع «[2] . كما رتبت المادة (124) الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله .

وانطلاقا من هـذه المواد يمكنني اسـتخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري : بأنه **الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية .**

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

---

[1] - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 08 .

[2] - المادة (132) المعدلة بالمادة (38) من القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن للقانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية رقم (44) لسنة 2005 .

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 الجزاء المدني والعقوبة .

ج- نوع الضرر : إذ يحدد طبيعة الضرر ويضم الضرر المعنوي إلى نطاق التعويض.

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

المطلب الثاني : مشروعية التعويض

لقد أرست الشريعة الإسلامية قواعد الضمان والتعويض كوسيلة لحفظ الحقوق . والأدلة على ذلك كثيرة وتضافرت عليها النصوص الشرعية .

الفرع الأول : أدلة مشروعية التعويض

تدل مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية تعويض الأضرار ، وتؤكد ذلك الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن .

وأول ما يذكر من هذه الأدلة هو مبدأ الضمان المقرر في القرآن الكريم فيما يتعلق بحق الله في قوله تعالى:﴿ يَـــأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ و مِـنكُم مُّتَعَمِّـدًا فَجَزَآءُ مِثْلِ مَا قَتَلَ مِنَ الـنَّعَمِ﴾﴿المائدة-95﴾ ، وفيما يتعلق بحق العبد في قوله تعالى: ﴿ وَمَـن قَتَلَ مُومِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَـى أَهْلِـهِ ﴾ [1] ﴿النساء-92﴾؛ والمسؤولية الشخصية في قوله تعالى:﴿ كُلُّ نَفْس بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾﴿المدثر-38﴾ .

[1] - شلتوت ، محمود : **الإسلام عقيدة وشريعة** ، (القاهرة : دار الشروق ، ط1 ، 1983) ، ص 394 .

وترسي آيات أخرى مبدأ التناسب بين المجازاة والضرر كقوله ﷻ : ﴿ وَجَزَ ؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا ﴾ ﴿الشورى-40﴾ ، وقوله ﷻ :﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾ ﴿النحل-126﴾ . ويستفاد من هذه الآيات مشروعية التعويض كجزاء على تعدي المرء ، وكذا من مبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة والإنصاف[1] .

وقد ورد في تفسير الآيات السابقة ما يدل على وجوب الرجوع للحاكم في جميع المظالم ليحكم بالعوض[2] ، وأكد ذلك القرطبي[3] في تفسيره بقوله : » فإن تمكن من الانتصاف من مال لم يأتمنه عليه فيُشبه أن ذلك جائز وكأن الله حكم له ، كما لو تمكن الأخذ بالحكم من الحاكم «[4] . وهو ما يدل على مشروعية التعويض في صورته المهذبة الخالية من الانتقام والفساد[5] .

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

أ- ما روي أن بعض أزواج النبي ﷺ أهدت إليه طعاما في قصعة ، فضربت الزوجة التي كان النبي ﷺ عندها القصعة بيديها فألقت ما فيها ، فقال النبي ﷺ : ﴿ طعام بطعام وإناء بإناء ﴾ [6] .

وكما يظهر من هذا النص أن النبي ﷺ قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام والإناء التالف بمثليهما ، وهذا دليل صريح في مشروعية التعويض عن الضرر .

---

[1] - أحمد محمد سراج ، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي ، ص 100 .

[2] - الطبري ، محمد بن جرير : **جامع البيان في تفسير القرآن** ، (بيروت : دار المعرفة ، 1989) ، ج2 ، ص 116 .

[3] - أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الفقيه المفسر ، جمع تفسير القرآن في اثني عشر مجلدا هو من أجل التفاسير وأنفعها ، أخذ عن أبي العباس القرطبي وغيره ، من مؤلفاته :«الكتاب الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى» ، توفي سنة 671 هـ . الديباج ، ص 406-407 ؛ شجرة النور ، ج1 ، ص 197 .

[4] - القرطبي ، أبو عبد الله : **الجامع لأحكام القرآن** ، (القاهرة: دار الكتب المصرية) ، ج10 ، ص 202 .

[5] - بوساق ، محمد : **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي** ، (الرياض : دار إشبيليا ، ط1 ، 1999) ، ص 157 .

[6] - أخرجه البخاري في نفس المعنى في كتاب المظالم ، باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره ، ج2 ، ص 73 ؛ والترمذي في السنن ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء ، ما يحكم له من مال الكاسر ، وسمى الضاربة عائشة واللفظ له ، ج2 ، ص 406 .

ب- قضى رسول الله ﷺ أن : ﴿ على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها ﴾ [1] .

ج- قال رسول الله ﷺ : ﴿ من وقف دابة في سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن ﴾ [2] . ومن خلال الحديثين تظهر مشروعية الضمان بالتسبب أو بالإتلاف على كل من يهمل رعاية المواشي .

ويستدل على مشروعية التعويض من قاعدة إزالة الضرر المستفادة من قوله ﷺ : ﴿ **لا ضرر ولا ضرار**﴾[3] ؛ الذي يمنع وقوع الضرر أصلا ومعالجته إذا وقع بتعويضه ؛ » فالحديث أريد به التنبيه إلى اتخاذ الأسباب المانعة من الإضرار بالغير ، وإيجاب الضمان على من أوقعه «[4] .

---

[1] - أخرجه أبو داود في السنن ، كتاب الإجارة ، باب المواشي تفسد زرع قوم ، ج2 ، ص 292 ؛ وابن ماجه كتاب الأحكام ، باب الحكم فيما أفسدت المواشي ، رقم (2332) ، ص 346 ؛ وأحمد في باقي مسند الأنصار ، ج5 ، ص 436 ؛ ومالك في الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة ، رقم (1467) ، ص 455 ؛ والحاكم في مستدركه ، كتاب البيوع ، ج2 ، ص 48 وقال حديث صحيح الإسناد ووافقه الذهبي في ذلك ؛ الحافظ الذهبي ، التلخيص بذيل المستدرك ، ج2 ، ص 48 . وقال ابن عبد البر : هكذا رواه جميع رواة الموطأ مرسلا وهو مشهور أرسله الأئمة وحدث به الثقات واستعمله فقهاء الحجاز وجرى العمل به في المدينة .
- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله : **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط2 ، 2003) ، ج4 ، ص 475-476 .

[2] - أخرجه الدارقطني في السنن ، كتاب الحدود والديات رقم (285) ، ج3 ، ص 179 ؛ والبيهقي في السنن الكبرى ، كتاب جماع أبواب صفة السوط ، باب الدابة تنفح برجلها ، رقم (17693) ، ج8 ، ص 597 ، وفي إسناده أبو جزي والسري وقال بأنهما ضعيفان ؛ والسري متروك الحديث كما ذكر الحافظ ابن حجر في التقريب ؛ التعليق المغني على الدارقطني بذيل سنن الدارقطني ، ج3 ، ص 179 ؛ تقريب التهذيب ، ص 170 .

[3] - أخرجه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ، رقم (2341) ، ص 348 ؛ وأحمد عن ابن عباس ، مسند بني هاشم ، ج1 ، ص 313 ؛ ومالك في الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق ، رقم (1461) ، ص 454 ، وقال ابن عبد البر بأنه لا يستند من وجه صحيح ، التمهيد ، ج8 ، ص 240 ؛ والحاكم في مستدركه ، كتاب البيوع ، رقم (2345) ، ج2 ، ص 58 ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم بينما سكت عنه الحافظ في تلخيص المستدرك ؛ والبيهقي في السنن ، كتاب إحياء الموات ، باب من قضى فيما بين الناس فيما فيه صلاحهم رقم (4878) ، ج6 ، ص 258 ؛ والألباني في السلسلة الصحيحة رقم (250) ، ج1 ، ص 99 ؛ وقال النووي في "الأربعين" : وله طرق يقوي بعضها بعضا ، ص 146 ؛ وقال ابن الصلاح : مجموع طرقه يقوي الحديث ويحسنه وقد تقبلته جماهير أهل العلم واحتجوا به ؛
جامع الأصول في أحاديث الرسول ، رقم (4929) ، ج6 ، ص 746 .

[4] - أحمد محمد سراج ، ضمان العدوان ، ص 102–103 .

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

الفرع الثاني : حكمة مشروعية التعويض

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

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

---

① - المادة (20) من مجلة الأحكام العدلية .
- ابن نجيم ، زين العابدين بن إبراهيم : **الأشباه والنظائر** ، تحقيق : عبد الكريم الفضيلي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 2003) ، ص 105 .
- السيوطي ، جلال الدين : **الأشباه والنظائر** ، تحقيق : عبد الكريم الفضيلي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 2003) ، ص 114 .
- حيدر ، علي : **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب : فهمي الحسيني ، (بيروت : دار الكتب العلمية) ، ج1 ، ص 33 .
* مجلة الأحكام العدلية : تعد أول تجربة رسمية لقانون مدني مأخوذ بكامله من الفقه الإسلامي ألفها فقهاء عرب وأتراك ، استغرق تحريرها من سبع إلى ثمان سنوات ، وقد استبعدت منها أحكام العبادات والعقوبات والأحوال الشخصية ، وبدأ العمل بها في 26 شعبان عام 1293 هـ .
- الزرقا ، مصطفى : **المدخل الفقهي العام** ، (دمشق : دار القلم ، ط1 ، 1998) ، ج1 ، ص 238-240 .

② - المادة (25) من مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص 35 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 108 ؛ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 116 .

③ - المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص 35 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 109 .

④ - محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص 396 .

⑤ - الدهلوي ، أحمد شاه ولي الله : **حجة الله البالغة** ، ضبط : محمد سالم هاشم ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1995) ، ج2 ، ص 274 .

⑥ - ابن عبد السلام السلمي ، عز الدين : **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، ضبط وتصحيح : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1999) ، ج1 ، ص 119 .

وبهذا نستنتج مقاصد الشريعة الإسلامية من الضمان ، فهو يصون مال الأمة والمسلم وعرضه ، وقد نوهت النصوص بأهميتها ومما جاء فيها قول النبي ﷺ : ﴿ إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ﴾ [1] وقوله أيضا : ﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس ﴾ [2] . وتقرير التعويض بالمثل أو القيمة من شأنه أن يجبر الضرر الواقع بحقوق المسلم ، ويقيم العدالة ، ويردع المعتدي عن معاودة فعلته .

كما تنبثق عن حكمة مشروعية التعويض المصلحة الاجتماعية ، وتظهر من قضاء سيدنا عمر بن الخطاب ﷺ بقطع أيدي الغلمان الذين انتحروا ناقةَ ، وتغريم سيدهم بضعف ثمنها [3] ؛ وقد علق مالك على ذلك بقوله : » وليس على هذا العمل عندنا ، ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها « [4] . فقضاء عمر جاء استنادا إلى الأصل العام الذي يقصده مالك ، وهو مضاعفة التعويض لداعي تحقيق المصلحة الاجتماعية وجبر ما فات منها [5] .

---

[1] - أخرجه البخاري ، كتاب الحج ، باب الخطبة أيام منى ، ج1 ، ص 300 ؛ مسلم ، كتاب القسامة ، باب تغليظ تحريم الدماء والأموال والأعراض ، ج2 ، ص 42 .

[2] - أخرجه أحمد عن أبي حرة عن عمه مرفوعا ، مسند البصريين ، ج5 ، ص 72 ، قال الهيثمي أبو حرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين ، مجمع الزوائد ، ج4 ، ص 172 ؛ والدارقطني في سننه ، كتاب البيوع ، رقم (91) ، ج3 ، ص 26 ؛ والبيهقي ، كتاب الغصب ، باب من غصب لوحا ، ج6 ، ص 166 ؛ والحاكم في مستدركه ، كتاب العلم ، باب خطبته ﷺ في حجة الوداع ، ج1 ، ص 93 وقال بأن البخاري ومسلم احتجا بأحاديث عكرمة وأبي أويس وأن سائر رواة هذا الحديث متفق عليهم ، وقال الذهبي في التلخيص : وله أصل في الصحيح ، ج1 ، ص 93 ؛ والحديث في إسناده الحارث بن محمد الفهري وهو مجهول وله طرق أخرى عند الدارقطني أيضا عن حميد عن أنس وفي إسنادها داود بن الزبرقان وهو متروك ، نيل الأوطار ، ج5 ، ص 316 . وقال محقق كتاب الإتحاف بأنه يتقوى إلى درجة الصحيح بمجموع ما ورد فيه من شواهد ؛
- البغدادي ، القاضي عبد الوهاب : **الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف** ، دراسة : بدوي عبد الصمد الطاهر صالح ، (دبي : دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، ط1 ، 1999) ، ج3 ، ص 1290 .

[3] - الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة ، رقم (1468) ، ص 455 ؛ البيهقي ، كتاب السرقة ، باب ما جاء في تضعيف الغرامة ، رقم (18287) ، ج8 ، ص 483 ؛ والشافعي في المسند ، كتاب اختلاف الحديث ، ص 224 ، وقال أبو حاتم الصحيح ما روي في الموطأ ؛
- أبو الرازي حاتم ، محمد بن إدريس : **علل الحديث** ، تحقيق : محمد بن صالح الدباسي ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 2003) ، ج2 ، ص 154 .

[4] - موطأ مالك ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في الضواري والحريسة ، ص 455 .

[5] - أحمد محمد سراج ، ضمان العدوان ، ص 112 .

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 أن إيجاب التعويض من غير مبرر شرعي له يعد من ذلك القبيل ، والأصل أن الأموال محظورة إلا بنص[1] .

وهذا المبدأ يستفاد من قول الله ﷻ : ﴿ يَـــأَيُّهَا الـذِينَ ءَامَنُـوا لاَ تَاكُلُـــوا أَمْـوَ لَكُـم بَيْنَكُم بِالْبَـطِلِ ﴾﴿النساء-29﴾ ، والباطل هو مالم يكن في مقابلة شيء حقيقي وهو من البطلان أي الضياع والخسارة[2] ، ومما جاء في تفسير الآية أن المقصود منها عدم التعدي على أموال الناس بغير حق ، »بما لا يحل شرعا ولا يفيد مقصودا«[3] ، ومن ذلك جحد الحقوق وما لا تطيب به نفس مالكه[4] .

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

كما أكدت السنة النبوية في عدة مواضع مبدأ تحريم أكل المال بغير حق ومن ذلك :

---

[1] - ابن حزم الأندلسي ، أبو محمد : **المحلى بالآثار** ، تحقيق : عبد الغفار سليمان ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1988) ، ج6 ، ص 315 .

[2] - رضا ، محمد رشيد : **تفسير المنار** ، (بيروت : دار المعرفة ، ط2 ، 1934) ، ج5 ، ص 40 .

[3] - أحكام القرآن ، ج1 ، ص 97 .

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

* قوله ﷺ في حجة الوداع : ﴿ فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ﴾ [5]، وقوله أيضا : ﴿ كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه﴾ [6].

فالحديث الأول مجمع عليه عند كافة المسلمين ويتوافق على معناه العقل والشرع ، وفيه إخبار بتحريم الدماء والأموال والأعراض وهو معلوم من الشرع علما قطعيا [1] . والآيات السابقة هي أصل حفظ الأموال وفيها التنويه بشأن حفظ المال وحافظه وعظم إثم المعتدي عليه [2] .

وبعد هذا العرض يتبين أن التعويض يجب أن يكون بما شرع من الزواجر أو الجوابر الشرعية ، ويؤيد ذلك قول ابن حزم بأن الأموال محرمة فلا يصح إلزام أحد غرامة لم يوجبها نص أو إجماع [3] .

[5] - سبق تخريجه في الصفحة 24 من هذا البحث .
[6] - صحيح مسلم ، كتاب البر والصلة ، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ، ج2 ، ص 424 .
[1] - سبل السلام ، ج4 ، ص 373 .
[2] - بن عاشور ، محمد الطاهر : **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، (تونس : الشركة التونسية للنشر والتوزيع) ، ص 180 .
[3] - المحلى ، ج11 ، ص 194 .

المبحث الثالث : فكرة تعويض الضرر المعنوي عبر الشرائع

إن مبدأ تعويض الضرر المعنوي لم يصل إلى ما هو عليه الآن إلا بجهود بعض فقهاء القانون الوضعي على مر العهود . وسأبين في المطالب الآتية ما حظي به هذا المبدأ من قبول أو رفض عبر بعض النظم الوضعية ، وهي القانون الروماني والتشريع الفرنسي وكذا التشريع الجزائري ، وأختم هذا المبحث ببيان موقف الشريعة الإسلامية من المبدأ .

المطلب الأول : فكرة تعويض الضرر المعنوي في القانون الروماني والتشريع الفرنسي

عرفت فكرة تعويض الضرر المعنوي في القانون الفرنسي جدلا حادا بين الفقهاء ، سببه مدى قابلية الضرر المعنوي للتعويض أولا ثم تقديره ثانيا ، إلى جانب التأثر الكبير للقانون الفرنسي بالقانون الروماني الذي كان أثره واضحا في تطور المبدأ ، وهو ما سأبينه في الفرعين الآتيين ، حيث أتعرض أولا للفكرة في القانون الروماني –كمؤثر في التشريع الفرنسي– ثم أبين تطورها في التشريع الفرنسي .

الفرع الأول : فكرة تعويض الضرر المعنوي في القانون الروماني

نبذ الرومان فكرة تعويض الضرر المعنوي في ظل تفشي الانتقام ، وهذا لأن المساس بالشرف عوقب عليه بشدة أكبر من الضرر المادي[①] . إلا أن توسع الدولة الرومانية وتطور تشريعها ساهم في إقرار التعويض لاحقا[②] .

---

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

② - *Ibid.* , P. 366.

فقد خول القانون الروماني للمتضررين المطالبة بالتعويض عن طريق عدة دعاوى كدعوى التعويض عن إيلام العواطف أو الحنان ، أو تلك التي تمنح الحق في التعويض للنساء عما لحقهن من القذف[①] .

وخلاصة القول أن القانون الروماني عرف التعويض في وقت متقدم جدا من الحضارة الرومانية ، وأهم ما يلاحظ على تلك الدعاوى التعويضية هو طابع الترضية ومعاقبة المسؤول في الوقت ذاته[②] .

الفرع الثاني : فكرة تعويض الضرر المعنوي في التشريع الفرنسي

تأثر 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 التعاقدي[③] .

غير أن هذه النظرة الضيقة ما لبثت أن تراجعت بصدور الأمر المسمى[④] «*Villers Cottèrets*» سنة 1538 الذي نص في المادة (88)على وجوب اعتبار العنصر المعنوي عند تقدير التعويض[⑤] .

أما بالنسبة لتقنين نابليون لسنة 1804 فإن 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 الخطأ «[⑥] .

---

① - Mazeaud, *Op. Cit.* , P. 366.

② - سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 59-60 .

③ - Mazeaud, *Op. Cit.* , P.367.

④ - أصدره الملك فرانسوا الأول وفرض بمقتضاه استبدال اللاتينيين بالفرنسيين في كل العقود القضائية والموثقة ، والتسمية لمدينة فرنسية – المصدر : قاموس Hachette الإلكتروني ، مادة (Villers-Cottèrets) – إصدار سنة 2000 .

⑤ - Article 88 : " que l'élément moral doit être pris en considération pour l'évaluation de la somme allouée ". Mazeaud, *Op. Cit.* , P. 367.

⑥ - Philippe le Tourneau et Loic Gadiet : **Droit de la responsabilité**, (Beyrouth : Delta, 1997), P. 7-8.

وقد أثّر قصر التعويض في المسؤولية التقصيرية دون العقدية بتأخر اكتمال نظرية التعويض ؛ إضافة إلى أن المادة (1382) من القانون المدني الفرنسي تتضمن مبدأً عاما قضى بالتعويض عن كل ضرر[①] .

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 «[②] .

وعلى صعيد التقنين ، فقد وجدت نصوص تقضي بتعويض الضرر المعنوي ، ومثال ذلك التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن الخطأ القضائي ونصوص أخرى[③] . كما أن القضاء الفرنسي المدني والإداري ، قد قبل التعويض بعد تردد طويل[④] ، وهذا في المسؤوليتين التقصيرية[⑤] والعقدية[⑥] .

---

① - سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 112 . ونص المادة الأصلي :
Art.1382 : tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

② - Mazeaud, *Op. Cit.* , P.367 ; Planiol et Ripert, *Op. Cit.* , T6, P .753 ; François Terré, *Op. Cit.* , P.562 ; Philippe le tourneau, *Op. Cit.* , P.210.

③ - ومن النصوص القانونية التي تعوض عن الضرر المعنوي في التشريع الفرنسي ما يلي : قوانين 21 يوليو 1881 حول الصحافة ، 12 يوليو 1905 حول القذف والإهانة ، المادة (626) من قانون الإجراءات الجزائية حول تعويض الضرر المعنوي الناجم عن خطأ قضائي وغيرها من النصوص .
- le tourneau et Gadiet, *Op. Cit.* , P.210.

④ - قرار غرف محكمة النقض الفرنسية مجتمعة بتاريخ 1833/06/25 :
- Philippe le tourneau, *Op. Cit.* , P.210.

⑤ - مارسو لون ، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ص 739 ؛ علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية ، ص 234-235 .

⑥ - وقد أصدرت محكمة السين التجارية حكما في قضية ممثلة طالبت مدير مسرح بالتعويض عما أصابها من ضرر ، بسبب عدم نشر اسمها بالحروف البارزة في الإعلان عن تمثيلها كما اتفق عليه .
Tribunal commercial de Seine, 20 février 1932, Gazette du palais (32,1,895). Philippe le tourneau et loic Gadiet, *Op. Cit.* , P.210.

المطلب الثاني : 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 بالتعويض «[①] . وانطلاقا من هذا النص العام ، ذهب بعض الشراح إلى القول بأن المشرع الجزائري لا يتبنى فكرة التعويض عن الضرر المعنوي[②] .

ومما استندوا إليه من المبررات ما يأتي :

1-إن المشرع الجزائري كرس الاشتراكية في دستور سنة 1976[③] ، وهذا المذهب لا يعوض عن الضرر المعنوي ، كما يظهر ذلك من تشريعات الاتحاد السوفياتي[④] .

2-إن التقاليد الإسلامية[⑤] لا تصب في صالح تعويض الضرر المعنوي[⑥] ؛ ووجه الربط بين هذا الرأي والقانون المدني ممثل في المادة (01) منه[⑦] التي 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 فرنسي[⑧] .

---

① - المعدلة بالمادة (35) من القانون رقم (05-10) المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية رقم (44) سنة 2005 .

② - مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 130 ؛ Antoine Vialard , *Op. Cit.* , P.119.

③ - حيث تنص المادة (01 فقرة 2) من هذا الدستور على أن الجزائر دولة اشتراكية ، كما نصت المادة (10) على أن الاشتراكية خيار الشعب الذي لا رجعة فيه . الأمر رقم (76-97) المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجريدة الرسمية رقم (94) لسنة 1976 .

④ - Antoine Vialard, *Op. Cit.* , P.118.

⑤ - على حد تعبير الأستاذ سعيد مقدم .

⑥ - سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 131 .

⑦ - وتنص المادة (01) من القانون المدني الجزائري على ما يلي : يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

⑧ - سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 129 .

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[①] .

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 .

3-إن تأثر المشرع الجزائري بالمشرع الفرنسي واضح في القانون المدني وغيره ، وإذا كان الأمر كذلك فلم لا نوجه التشريع الجزائري لصالح إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، بناء على أن القانون الفرنسي يجيز التعويض ، وانطلاقا من فرضية التأثر ؟ .

أما بالنسبة للمادة (124) ووفقا للمبدأ العام في التفسير القاضي بعدم التمييز طالما 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 المسؤولية[②] .

وعلى صعيد النصوص القانونية ، فإن في التشريع الجزائري ما يدل كفاية على تبنيه لمبدأ تعويض الضرر المعنوي :

1-فقد نصت المادة (3 فقرة 4) من قانون الإجراءات الجزائية[③] على أنه : " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ...". ومن المقرر أن القضاء الجزائي لا يخص

---

① - حيث يستنتج من نص المادة (07) منه وجوب تعويض الضرر المعنوي ، كما أن في التشريعات الاشتراكية مبدأ "تعويض الألم" . الفضل ، منذر: «**الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية**» ، **مجلة العلوم القانونية** ، جامعة عنابة ، المجلد الثالث ، العدد الخامس ، ديسمبر 1987 ، ص 56-57 .

② - علي سليمان ، دراسات في المسؤولية المدنية ، ص 222 ؛ Antoine Vialard , *Op. Cit*. P.118.

③ - الصادر بالأمر رقم (66-155) المؤرخ في 1966/06/08 المعدل والمتمم بمجموعة من القوانين آخرها القانون رقم (04-14) المؤرخ في 2004/11/10 ، الجريدة الرسمية رقم (71) لسنة 2004 .

بالدعوى المدنية التبعية إلا استثناء ، وذلك عندما يلجأ المدعي المدني إليه تحقيقا لمصلحته ، فهل عدم وجود نص مماثل في قانون الإجراءات المدنية يعني حرمان القضاء المدني –وهو الأصل– من الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي ؟ أي هل يكون للاستثناء أكثر مما للأصل[1] ؟ .

2–نصت المادة (08) من القانون الأساسي للعامل[2] على حماية العامل من كل أشكال الإهانة ، وقد أكد هذا الاتجاه قانون علاقات العمل[3] الذي نص في المادة (6 فقرة 2) على احترام كرامة العامل .

3–تنص المادة (05) من قانون الأسرة[4] على جواز الحكم بالتعويض إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فلم يتوان عن التقرير في أحكامه بتعويض الأضرار المعنوية .

فقد عوض مجلس قضاء مستغانم زوجة طردت بعد ثلاثة أيام من زواجها بحجة أنها غير بكر[5] .

كما قضى المجلس الأعلى بتعويض الحزن الذي شعرت به أم لفقد ابنتها البالغة من العمر ست سنوات في حادث ، وجاء في الحكم بأن الضرر المعنوي لا يقدر بمال ، وإنما يعوض من قبل القضاة بما بدا لهم جبرا للخواطر[6] .

---

[1] - السعدي ، محمد صبري : **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري** ، (الجزائر : دار الكتاب الحديث ، 2003) ، ص 94 ؛ علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، ص 208 .

[2] - القانون رقم (78-12) المؤرخ في 1978/08/05 ، الجريدة الرسمية رقم (32) لسنة 1978 .

[3] - القانون رقم (90-11) المؤرخ في 1990/04/21 ، الجريدة الرسمية رقم (17) لسنة 1990 .

[4] - القانون رقم (84-11) المؤرخ في 1984/06/09 المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المؤرخ في 2005/02/27 ، الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005 .

[5] - مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 1968/11/14 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 152 ؛ سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 149 .

[6] - قرار رقم (10511)، بتاريخ 1976/11/06 نقلا عن : علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، ص 213 .

كما منحت فتاة اعتدي على شرفها مبلغ 6000 دج لتعويض الضرر المادي و 15000 دج لتعويض الضرر المعنوي ، مما يدل على أن القضاء الجزائري يعتبر الضرر الأدبي أفدح من الضرر المادي[①] .

وعلى صعيد القضاء الإداري ، فقد أيد مجلس الدولة قرارا صادرا عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء أدرار ، ألزمت فيه القطاع الصحي بأدرار بدفع مبلغ 500.000 دج تعويضا عن الضرر المادي والمعنوي الذي لحق سيدة تعرضت لأخطاء طبية في الجراحة التي خضعت لها بمناسبة الولادة ؛ والتي أدت إلى وفاة وليدتها وإصابتها بعاهة مستديمة تتمثل في حرمانها من الإنجاب إلى الأبد وهي لا زالت في ريعان شبابها[②] .

وقد اطرد القضاء على مثل هذه التعويضات ، فقضى بدفع التعويض عن الجروح غير المتعمدة[③] ، والأضرار الجمالية[④] ، والمساس بالشرف والسمعة[⑤] ، والضرر المعنوي الناتج عن القتل الخطأ[⑥] .

وبناء على القرارات السابقة ، ليس من باب الصواب الجزم بأن المشرع الجزائري يرفض التعويض عن الضرر المعنوي ، وهاهنا أضم صوتي إلى أصوات العديد من الباحثين الجزائريين داعين المشرع إلى تبني مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، بدون إقامة التفرقة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية[⑦] .

---

① - محكمة جنايات العاصمة ، بتاريخ 1979/09/26، نقلا عن : علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، ص 213 ؛ سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 133 .

② - مجلس الدولة ، الغرفة الأولى ، بتاريخ 1999/04/19 ، فهرس 254 : أث ملويا ، لحسين بن الشيخ : **المنتقى في قضاء مجلس الدولة** ، (الجزائر : دار هومة ، 2002) ، ج1 ، ص 101-103 .

③ - محكمة الثنية ، رقم (170/883) ، بتاريخ 1979/02/28 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 152 .

④ - محكمة الجنح بالرغاية ، رقم (170) ، بتاريخ 1979/02/28 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 152 .

⑤ - محكمة سيدي أمحمد ، بتاريخ 1979/03/18 ، نقلا عن : سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 152 .

⑥ - المحكمة العليا ، ملف رقم (24500) ، بتاريخ 1981/12/10 ؛ مجموعة قرارات المحكمة العليا ، **الاجتهاد القضائي** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1986) ، ص 87 .

⑦ - يذكر أن المشرع قد نص على التعويض عن الضرر المعنوي في التعديل الأخير للقانون المدني ، وهذا في المادة (182 مكرر) ولكن في باب المسؤولية العقدية دون التقصيرية .

المطلب الثالث : مبدأ تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية

أثارت مسألة تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية كثيرا من الجدل ، والذي يرد إلى فكرة مفادها عدم اعتبار الشريعة الإسلامية لهذا النوع من الضرر الناتج غالبا عن مخالفة أحكامها ، وهو ما أحاول البحث عن مدى صحته في الفروع الآتية بعرض مختلف الأقوال وأدلتها ومناقشاتها .

الفرع الأول : الرأي القائل بعدم تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية

ترى ثلة من الفقهاء عدم تعويض الأضرار المعنوية ؛ ومن هؤلاء أبو حنيفة[①] وأحمد بن حنبل[②] والشافعي[③] وابن حزم[④] ، ومن المعاصرين الشيخ علي الخفيف[⑤] والأستاذ علي عبد الله حسين[⑥] .

فقد جاء في المغني : » وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه «[⑦] . واللطم على الوجه يؤثر معنويا نتيجة لقبح فعل اللطم على الوجه الذي جعله الله ﷻ محل التكريم في الإنسان .

وقد نُقِل عن أبي حنيفة أن من شجّ رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر سقط الأرش[⑧] ، وعلل ذلك بزوال الشين الموجب للأرش[⑨] .

---

① - العيني ، بدر الدين : **البناية شرح الهداية** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) ، ج 13 ، ص 211 .

② - المغني ، ج9 ، ص 665 .

③ - الشافعي ، محمد بن إدريس : **الأم** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1993) ، ج6 ، ص 109 .

④ - المحلى ، ج11 ، ص 97 .

⑤ - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 60 .

⑥ - حسين ، سيد عبد الله علي : **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي** ، تحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، (القاهرة : دار السلام ، ط1 ، 2001) ، ج2 ، ص 798 .

⑦ - المغني ، ج9 ، ص 665 .

⑧ - الأرش هو : المال الواجب على ما دون النفس عند الحنفية والشافعية ، وهو قيمة العيب عند المالكية ؛ أو هو الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت .
- أبو جيب ، سعدي : **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** ، (دمشق : دار الفكر ، ط1 ، 1982) ، ص 19 .

⑨ - البناية شرح الهداية ، ج13 ، ص 211 .

أما الشيخان الخفيف وأبي زهرة فقد ذهبا إلى أن الضرر المعنوي ليس فيه تعويض وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية[1] ، وهي لا تعترف به لأنه ينشأ غالبا عن مخالفة أحكام المولى ﷻ [2] .

وقد استدل القائلون بهذا الرأي بأدلة أوردها وما يُرَدُّ عليها من أقوال فيما يأتي :

1-قال الحنفية بأن الأرش إنما يجب بما فات من منفعة أو جمال ، ولما زال الأثر سقط الأرش ، والقول بلزوم حكومة الألم غير سديد لأن مجرد الألم لا ضمان له في الشرع ، وكذا إيجاب أجرة الطبيب ، لأن المنافع لا تتقوم مالا بالعقد أو شبهة العقد[3] .

ويرد على هذا الدليل بما يلي :

– إن قول الحنفية بعدم مالية المنافع قول مرجوح ، إذ المنافع تدخل في المعاوضة فهي مال ، وقد عدل متأخرو الحنفية عن هذا الرأي[4] وأفتوا بضمان منافع الغصوب في ثلاثة أشياء : مال الوقف ، مال اليتيم والمال المعد للاستغلال[5] .

---

[1] - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 66 .

[2] - أبو زهرة ، محمد : **محاضرات في عقد الزواج وآثاره** ، (القاهرة : دار الفكر العربي) ، ص 66 .

[3] - الكاساني ، علاء الدين أبو بكر : **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط2 ، 1982) ، ج7 ، ص 316-317 .

[4] - الميداني ، عبد الغني : **اللباب شرح الكتاب** ، (القاهرة : دار الكتاب العربي) ، ج2 ، ص 144 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 317 .
ويقول الأستاذ الدكتور محمد مصطفى شلبي بأن الحكم عند متقدمي الحنفية كان عاما وهو عدم الضمان ، فلما رأى المتأخرون ضعف سلطان الدين على النفوس وتجارؤ الناس على الغصب وهم آمنون عن الضمان أفتوا بالتضمين في هذه المواضع الثلاثة زجرا للناس عن التعدي ، وهذا المعنى موجود الآن بالنسبة لكل المنافع فينبغي الإفتاء بالضمان في كل غصب . ولعل رأي الأستاذ يدعم الاتجاه القائل بتعويض الضرر المعنوي لأن عنصر المالية والتقويم كان من بين أهم الأسباب التي تدعم موقف الرافضين لتعويض الضرر المعنوي .
شلبي ، محمد مصطفى : **المدخل في الفقه الإسلامي** ، (بيروت : الدار الجامعية ، ط10 ، 1985)، ص 333 .

[5] - جبر ، سعدي حسين : **الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي** ، (عمان : دار النفائس ، ط1 ، 2003) ، ص 26 ؛
- اللباب شرح الكتاب ، ج2 ، ص 144 ؛
- المواد من (596) إلى (599) من مجلة الأحكام العدلية ؛ درر الحكام شرح المجلة ، ج3 ، ص 584-590 .

2-استدل ابن حزم بأن القصاص هو ما قضت به السنة ، ولا وجه للعدول عنه إلى أمر آخر[1] .

ويرد على هذا بأن السنة قد قضت بالتعزير بالغرامة المالية ، فليس هناك قول واحد كما ذهب إليه ابن حزم ، كما أن الخلفاء قضوا بالدية التي فيها معنى تعويض الضرر المعنوي[2] .

3-استدل الشيخ الخفيف بأن الضمان يجب بالمثل أو بالمساواة المالية ، ولا مماثلة بين المساس بالعرض والتعويض بالمال ، وإذا أعطي مال في غير مقابلة مال كان هذا من أكل أموال الناس بالباطل المحظور بقوله ﷻ : ﴿ يَـأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا لاَ تَاكُلُواْ أَمْوَ لَكُم بَيْنَكُم بِالْبَـطِلِ ﴾[3] ﴿النساء-29﴾ .

ويرد على هذا الدليل بأن اشتراط المماثلة في الضمان والعقوبة محله التعويض المالي أو القصاص مما يمكن معه تحقيق المماثلة ، أما حين التعذر فيلجأ إلى الأرش أو حكومة العدل ، ولهذا قالوا بأن الإنسان يجبر بالإبل في الدية وهي ليست من جنسه[4] .

4- كما استدل الشيخ الخفيف بأن التعويض يقصد به الجبر والإزالة ، ومنح المال في هذا النوع من الضرر لا يرفعه ولا يزيله[5] .

ويمكن الإجابة على ذلك بأنه لا سند شرعي على كون الغاية من التعويض منحصرة في إعادة الحال إلى ما كان عليه ، لأن هذا النوع من الجبر هو الصورة المثلى وهو صعب التحقيق ، وما يطلبه الشارع هو جبر الضرر ، ولعل الملحوظ في ذلك كله جانب الترضية والمواساة أيضا[6] .

---

[1] - المحلى ، ج11 ، ص 88 .

[2] - ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبو بكر : **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق : حازم القاضي ، (مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، ط1 ، 1996) ، ص 316 ، 320 .

[3] - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 45 .

[4] - قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج1 ، ص 124 .

[5] - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 45 .

[6] - عبد الجبار شرارة ، مبدأ التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي .

وأما استدلال الشيخ أبي زهرة بعدم اعتبار الشريعة للضرر المعنوي فيرد عليه من خلال واقعة توبيخ النبي ﷺ لسيدنا أبي ذر الغفاري قائلا له : ﴿ **إنك امرؤ فيك جاهلية**﴾ [1] ، وذلك حينما عيّر مولى له بأمه الأعجمية ؛ فهذه الواقعة وإن كانت تتضمن مبدأ تشريعيا هاما وهو حسن معاملة الموالي إلا أنه يمكن استخلاص تقدير وإحساس النبي ﷺ بالضرر والأثر الذي تركه التعيير والنعت في نفس المولى ، ورغبته في جبر خاطره ومواساته من خلال التوبيخ وهذا ما لا يتحقق إلا في حالة الضرر المعنوي .

وبهذا يتبين أنه لا يمكن لشريعة من خصائصها الرحمة والإنسانية أن تهمل هذا الجانب من الشعور الإنساني ، وأنه ما من ضرورة تربط الضرر المعنوي بالاستهواء حتى يقال بعدم بتعويضه .

الفرع الثاني : الرأي القائل بتعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية

يذهب القائلون بهذا الرأي إلى جواز التعويض عن الضرر المعنوي ، استنادا إلى التعزير بالمال واعتباره كضمان . وأورد فيما يلي الأدلة التي استندوا إليها ومناقشاتها .

ذهب إلى هذا القول أبو يوسف [2] ومحمد بن الحسن [3] ، والحنابلة وبعض الشافعية ، أما من المعاصرين فنجد الشيخ محمود شلتوت [4] والدكتور فيض الله [5] والدكتور وهبه الزحيلي [6] .

---

[1] - الرواية في صحيح البخاري ، كتاب العتق ، باب قول النبي ﷺ العبيد إخوانكم ، ج2 ، ص 83 ؛ مسلم ، كتاب الأيمان ، باب إطعام المملوك مما يأكل ، ج2 ، ص 30 .

[2] - يعقوب بن إبراهيم بن حبيب من كبار أصحاب أبي حنيفة ، غلب عليه الرأي وأول من ألف في المذهب الحنفي ، ولي قضاء بغداد في عهد الرشيد له "الأمالي" و"النوادر" وكتاب الخراج ، توفي سنة 182 هـ .
- اللكنوي ، محمد عبد الحي : **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** ، (بيروت : دار المعرفة) ، ص 225 .
- الأعلام ، ج8 ، ص 193 .

[3] - محمد بن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة ، أخذ عنه الفقه وعن مالك ، ولاه الرشيد قضاء الرقة ثم عزله له "المبسوط" و"الزيادات" ، ولد سنة 131 وتوفي سنة 189 هـ .
- الفوائد البهية ، ص 163 ؛ الأعلام ، ج6 ، ص 80 .

[4] - محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص 294 .

[5] - فيض الله ، محمد فوزي : **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام** ، (الكويت : مكتبة التراث الإسلامي ، ط1 ، 1983) ، ص 92 .

[6] - الزحيلي ، وهبه : **نظرية الضمان** ، (دمشق : دار الفكر ، 1982) ، ص 54 .

وكانت أقوالهم كما يأتي :

1-أن من شـج رجـلا فالتحمت ، ولم يبق لها أثر يجب عليه أرش الألم ، وهـو حكومة عـدل عند أبي يوسف ، وحجته في ذلك أن الشين إن زال فالألم الحاصل لم يزل فيجب تقويمه ، وقال محمد عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله لما لزمه فكأنه أخذ ذلك من ماله[①] . ومع وجود تباين بين وجهتي نظر محمد وأبي يوسف ، إلا أنه يفهم من قولهما الأخذ بالغرامة المالية[②] .

2-يرى بعض الشافعية أن اليد الشلاء يجوز أن تزيد حكومتها على أصبع دون يد صحيحة ، فإن التحم الجرح ولم يبق شين ففيه التعزير على أحد الوجهين[③] ؛ بينما ذهب المالكية إلى عدم القصاص في اليد الشلاء بالصحيحة وفي اللسان الأبكم بالناطق لعدم وجود النفع أصلا ، وإنما يلزم حكومة العدل[④] .

3-وقال الشيخ شلتوت بأن التعزير مجال واسع للحاكم يؤدب به من شاء على ما شاء بما شاء ، غير مقيد فيها بنوعها ولا في كمها ولا في كيفيتها ، ما دام رائـده المصلحة وإقرار العدل[⑤] .

وقد استدل أصحاب هذا القول بالآتي :

- ما ورد من ﴿ أن رسول الله ﷺ عزّر رجلاً قال لغيره يا مخنث ﴾ [⑥] .

---

① - البناية شرح الهداية ، ج13 ، ص 211 .

② - عبد الجبار شرارة ، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي .

③ - الغزالي ، أبو حامد : **الوسيط في المذهب** ، تحقيق : أبو عمرو الحسيني ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) ، ج4 ، ص 70 .

④ - حاشية الدسوقي ، ج4 ، ص 252 .

⑤ - محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص 294 .

⑥ - الزيلعي ، فخر الدين : **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، تحقيق : أحمد عزو عناية ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) ، ج3 ، ص 634 . والرواية في سنن البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الشتم دون القذف ، رقم (17148) ، ج8 ، ص 440 ؛ وقال البيهقي تفرد به إبراهيم الأشهلي وليس بالقوي . وأخرج الترمذي مثله في كتاب الحدود ، باب ما جاء فيمن يقول للآخر يا مخنث ، رقم (1487) ، ج3 ، ص 12 ؛ وابن ماجه في كتاب الحدود ، باب حد القذف ، رقم (2568) ، ص 385 .

• وسئل علي ﷺ عن الرجل يقول لآخر يا فاسق قال : ﴿ **ليس عليه حدّ معلوم، يعزر الوالي بما رأى** ﴾ [1] وهو يفيد بإطلاقه –أي التعزير– ما هو أعم من الحبس.

كما وُجِدت بعض النصوص التي يستظهر منها مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، وهي كما يأتي:

1–قال رسول الله ﷺ : ﴿ **من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم**﴾ [2] ؛ وهذا يستفاد منه مشروعية التحلل من المظلمة سواء تعلقت بالعرض أو غيره ، والإشارة هنا إلى الدينار والدرهم يمكن أن يفهم منها أن التحلل ممكن بهما . وهو التعويض أو مشروعية أخذ العوض عن الحق [3] .

2–روي عن رسول الله ﷺ قوله : ﴿ **من مات عن حق فلورثته** ﴾ [4] ، قال القرافي [5] في شرحه للحديث بأنه ليس عاما، بل الضابط أن ينتقل إليه ما كان متعلقاً بالمال أو يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه ، ولا يرث كل ما يخرج عن حقوق الأموال إلا في صورتين ، إحداهما حد القذف وثانيتهما قصاص الأطراف والجراح والمنافع ، فإن هاتين الصورتين للوارث لأجل شفاء غليله ، أي دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه [6] . ويظهر من شرح القرافي للحديث مشروعية أخذ العوض عن المساس بالعرض والقذف ، كما أن حق المطالبة بهذا العوض تنتقل إلى الورثة في حالة وفاة مورثهم .

---

[1] - أخرجه البيهقي في السنن ، كتاب الحدود ، باب ما جاء في الشتم دون القذف ، رقم (17149) ، ج8 ، ص 440 ؛ وأخرجه الأوزاعي برواية أخرى في سننه ، كتاب الحدود ، باب حد التعريض والقذف ، رقم (1374) ، ص 424 ؛ وسكت عنه الحافظ في التلخيص الحبير ، ج4 ، ص 151 .

[2] - أخرجه البخاري ، كتاب المظالم ، باب من كانت له مظلمة عند الرجل فحللها له ، ج2 ، ص 67 .

[3] - عبد الجبار شرارة ، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي .

[4] - أخرجه البخاري ، كتاب الكفالة ، باب الدين ، ج2 ، ص 41 ؛ مسلم ، كتاب الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته ، ج2 ، ص 4 .

[5] - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي ، برع في الفقه والأصول والعلوم العقلية ، أخذ عن ابن الحاجب والعز بن عبد السلام ، له تآليف بديعة منها «الذخيرة» ، وكتابه «القواعد» و«الفروق» ، توفي سنة 684 هـ . الديباج المذهب ، ص 128-130 ؛ شجرة النور الزكية ، ج1 ، ص 188-189 .

[6] - ابن حسين المكي ، محمد علي : **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، ضبط : خليل المنصور ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) ، م3 ، ص 456 .

3-ما روي أن رجلا ضرب رجلا آخر حتى سلح[1] ، فقال سعيد بن المسيب[2] قضى فيها عثمان بثلث الدية[3] . وجاء في الشرح الكبير على المغني : » وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث أي ثلث الدية لقضية عثمان ، لأنها في مظنة الشهرة ، ولم ينقل خلافها فيكون إجماعا ، ولأن قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنّه توقيف «[4] .

والملاحظ في هذه القضايا ما يتعرض له الإنسان من الأذى المعنوي الناجم عن الاعتداء المؤثر على أعضاء حساسة في جسمه وعلى سمعته أيضا ، فوجب التعويض في حال ذلك ، وما إيجاب عثمان ﷺ لثلث الدية في ذلك إلا دليل على أهمية وخطورة مثل هذا الاعتداء وآثاره المعنوية .

4-وجوب الدية في الشريعة الإسلامية وهي تحمل معنى التعويض عن الضرر المعنوي ، ومنه حديث علي ﷺ أن رسول الله ﷺ بعثه ليَدِيَ[5] قوما قتلهم خالد بن الوليد ، فأعطاهم ميلغة[6] الكلب ، وقال هل بقي لكم شيء ثم أعطاهم برَوعَة الخيل يريد أن الخيل راعت نساءهم وصبيانهم[7] .

---

[1] - سلح بمعنى تغوط وهو خاص بالطير والبهائم واستعماله للإنسان من باب التساهل على التشبيه .
- معلوف ، لويس : **المنجد في اللغة والأدب** ، (بيروت : المطبعة الكاثوليكية ، ط19 ، 1970) ، ص 343 .

[2] - سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب ، أحد فقهاء المدينة السبعة من كبار الطبقة الثانية ، أخرج له البخاري ومسلم ، وقال ابن حجر : اتفقوا على أن مراسلاته أصح المراسيل ، توفي سنة 94 وقيل 93 هـ .
- العسقلاني ، أحمد بن علي بن حجر : **تقريب التهذيب** ، بعناية : عادل مرشد ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1996) ، ص 181 .
- الأعلام ، ج3 ، ص 102 .

[3] - أخرجه عبد الرزاق في المصنف ، كتاب العقول ، باب عقل الذي يضرب فيحدث، رقم (18567) ، ج9 ، ص 368 ، وقال زكريا بن غلام قادر الباكستاني بأنه صحيح ؛
- الباكستاني ، زكريا بن غلام قادر : **ما صح من آثار الصحابة في الفقه** ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 2000) ، ج3 ، ص 1260 .

[4] - المغني ، ج9 ، ص 502 .

[5] - وديت القتيل أديه دية ، إذا أعطيت ديته ؛ الصحاح ، ج 6 ، مادة (ودى) ، ص 2521 .

[6] - وهي الإناء الذي يلغ فيه الكلب ؛ الجزري ، ابن الأثير : **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1997) ، ج5 ، مادة (ولغ) ، ص 196 .

[7] - النهاية في غريب الحديث والأثر ، ج5 ، مادة (ولغ) ، ص 196 ؛ والرواية أيضا في صحيح البخاري ، كتاب المغازي ، باب بعث النبي ﷺ خالد بن الوليد إلى بني جذيمة ، ج3 ، ص 71 .
- إدريس ، أحمد عوض : **الدية بين العقوبة والتعويض** ، (بيروت : دار مكتبة الهلال ، ط1، 1986) ، ص 497 .

فمن هذه الرواية يتضح أن سيدنا عليا ﷺ قد دفع ديات القتلى ودفع قيمة الأموال المادية التي أتلفت في ديارهم ، حتى أقل شيء يتصور وجوده في البيت وهو الظرف الذي يلغ فيه الكلب ، ثم دفع تعويضا عن الفزع من دخول الخيل على أطفالهم ونساءهم ، وهو ضرر أدبي محض[①] .

5-ويمكن الاستدلال على تعويض الضرر المعنوي بواسطة قاعدة سد الذرائع ، إذ قال ابن القيم أن النبي ﷺ نهى عن الذرائع التي توجب الاختلاف والتفرق ، كخطبة الرجل على خطبة أخيه وسومه على سومه ، وقال : ﴿ إذا بويع لخليفتين فاقتلوا الآخر منهما ﴾[②] . وتأمل الأمثلة التي ساقها ابن القيم يظهر مجالا واسعا للضرر المعنوي ، إذ أن الخاطب والسائم والبائع على أخيه قد يكون بأحسن حال منه مما يجعل صاحب الحاجة يعدل عن الأول إلى الثاني منهما ، وهو ما يولد البغضاء والشحناء في نفس أحدهما تجاه الآخر ، كما يتقطع قلبه حسرة وأسى نتيجة عجزه عن إبرام التصرف الذي كان بصدد القيام به ، ولا شك أن فرض التعويض عن الضرر المعنوي والحال هذه يسد ذريعة التفرق والتنافر بين الإخوة .

ولعل القول بتعويض الضرر المعنوي بناء على التعزير بالمال يتفق مع الروح العامة للنصوص الشرعية ، التي تمنع الضرر بجميع أنواعه وترمم آثاره وتساير المصالح حسب كل زمان ومكان[③] .

وبهذه الأدلة والأقوال يتبين أن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بمسائل الضرر المعنوي إجمالا وتفصيلا ، وأن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي مبدأ أصيل في الفقه ، ومرتبط بقاعدة "إزالة الضرر" التي تبنى عليها كثير من مسائل المعاملات .

---

① - عوض أحمد إدريس ، الدية بين العقوبة والتعويض ، ص 497 .

② - ابن القيم ، محمد بن أبو بكر: **إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان** ، (بيروت : المكتبة الثقافية ، 1983) ، ج1 ، ص 279 . والحديث أخرجه مسلم ، كتاب الإمارة ، باب إذا بويع لخليفتين ، ج2 ، ص 137 .

③ - وهبه الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص 54 .

الفصل الأول

تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

الفصل الأول : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

تعد الخطبة أول خطوة في سبيل تكوين الرابطة الزوجية ، ولذا فإن أهميتها من أهمية الزواج ، ونظرا للمقصد من تشريعها تكون وسيلة للتعارف والتقارب بين الخاطبين من أجل تحقيق التراكن المطلوب فيها والذي يعد ممهدا لإبرام الزواج .

والخطبة في اللغة : من الخطب وهو الشأن أو الأمر ، وخطبة المرأة دعوتها للزواج[1] ؛ وفي الاصطلاح عرفها المالكية بأنها التماس التزويج والمحاولة عليه[2] .

ولقد استرسل الباحثون في تعريفاتهم للخطبة بأنها طلب المرأة للزواج أو إظهار الرغبة في ذلك ، سواء بالتصريح أو التعريض ؛ بينما أهمل جل هؤلاء طرفا مهما في الخطبة وهو إمكانية تقدم المرأة أو وليها لطلب الرجل[3] . وفي التنزيل الحكيم ما يؤيد هذا المعنى إذ قال تعالى على لسان سيدنا شعيب عليه السلام : ﴿ إِنِّيَ أُرِيدُ أَن انكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَتَيْنِ ﴾القصص-27﴾ .

أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرَّف الخطبة في المادة (05) بأنها وعد بالزواج ؛ وأضاف أنه يجوز لكل من الطرفين العدول عنها .

---

[1] - لسان العرب ، ج1 ، مادة (خطب) ، ص 360 ؛ تاج العروس ، ج1 ، مادة (خطب) ، ص 237 .

[2] - الخرشي ، محمد بن عبد الله : **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1997) ، ج 4 ، ص 125 .

[3] - محدة ، محمد : **الخطبة والزواج** ، (الجزائر : شهاب 2000 ، ط2 ، 1994) ، ص 8-9 .

ولما كان الزواج غالبا يأتي إثر الخطبة ، فإن هذه الأخيرة قد عُنِيَت في الشريعة الإسلامية بجملة من الأحكام والضوابط التي توجه الشباب المسلم إلى حسن الاختيار والتَوّفُقَ فيه ، وتبين كذلك حدود العلاقة الناشئة بمقتضى الخطبة على الوجه الذي تراعى فيه حدود اللّه ومحارمه .

فالخطبة في الفقه الإسلامي ذات حكمة بالغة ، لأنها » الطريقة الحسية المتعينة لتكوين الاقتناع الذاتي بالمخطوبة ، بما تتيحه من رؤية وتعرف ، وأن أحكامها جاءت توكيدا للغاية من أصل تشريعها ، وتوثيقا لمقاصد الزواج نفسه وسبيلا متعينا لإمكان تحقيقها «[1] .

وفي المباحث الآتية أتعرض للطبيعة الحقوقية للخطبة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ثم مدى جواز العدول عنها ، وأخيرا أبين حكم تعويض الضرر المعنوي المترتب عن هذا العدول ، مقارنا بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في ذلك .

المبحث الأول : الطبيعة الحقوقية للخطبة

ترتب الخطبة آثارا شرعية وقانونية هامة ، انطلاقا من مركزها الحقوقي الذي تحتله كمرحلة تمهيدية سابقة على إبرام عقد الزواج . وقبل التطرق لدراسة بعض هذه الآثار لا بد من بيان مركز الخطبة كتصرف إرادي بين الخاطبين في مجال الالتزامات ، وذلك بتحديد طبيعتها – التي تتردد بين كونها عقدا ملزما ، ومجرد وعد بالعقد– في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

[1] - الدريني ، فتحي : **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله** ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1994) ، ج2 ، ص 512-513 .

المطلب الأول : طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي

إن الخطبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية ليست عقداً[1] ، وإنما هي ممهدة وسابقة له .

وتستمد الخطبة طبيعتها في الفقه الإسلامي من معناها اللغوي الذي لا يكاد يفارق المعنى الاصطلاحي ، فالخِطبة في اللغة هي طلب أو التماس المرأة للزواج ، وبالتالي فهي ذلك الإجراء الذي يقوم به راغب الزواج من أجل تبليغ نيته إلى من يريد الارتباط بها ، وهذا الطرح يتأكد عندما نعلم أن الخطبة عند السلف لم تكن تتصف بالشكل الذي هي عليه الآن ، فلعلها في مجتمعاتنا العربية المعاصرة تستغرق سنوات ومن النادر أن يعقبها إبرام عقد الزواج مباشرة .

ويشار هنا إلى أن أكثر ما يمكن أن يترتب على الخطبة هو تواعد بالزواج ، وهذا وفق ما يظهر من مباحث النكاح المبثوثة في كتب الفقه الإسلامي ، ومما يؤكد هذا القول ما ورد في الشرح الكبير على المغني من عدم جواز التصريح بخطبة المعتدة لقوله تعالى : ﴿ وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَآءِ ﴾البقرة-235﴿ بأن الآية دليل على تحريم التصريح ، لأن التصريح لا يحتمل غير النكاح[2] . ففي هذا ما يدل على انصراف الخطبة إلى الشروع في النكاح .

---

[1] - أبو زهرة ، محمد : **الأحوال الشخصية** ، (القاهرة : دار الفكر العربي) ، ص 34 ؛
- علي منصور ، علي : **مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، (بيروت : دار الفتح ، ط1 ، 1970) ، ص 201 ؛
- فرج ، توفيق حسن : **الطبيعة القانونية للخطبة** ، (القاهرة : مكتبة القاهرة الحديثة ، 1963) ، ص 68 ؛
- نصر ، سلمان و سطحي ، سعاد : **أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية** ، (أم البواقي : دار السلام) ، ص 37 ؛
- فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ، ج1 ، ص 513 .

[2] - الشرح الكبير على المغني ، ج7 ، ص 359 .

غير أن توافق الفقهاء حول طبيعة الخطبة بكونها اتفاق أو وعد بالزواج قابله اختلاف في مدى لزوم هذا الوعد[①] . وهو ما سأوضحه من خلال الفرعين الآتيين .

الفرع الأول : الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به

الوعد أو العهد عبارة عما يلتزم به المرء للآخر ، وهو بعمومه يشمل ما عاهد المؤمنون عليه اللّه بإيمانهم من السمع والطاعة والإذعان لكل ما جاء به دينه . وقد ورد ذكر العهد في القرآن والسنة كثيرا ، ويراد به في الغالب ما يعاهد به الناس بعضهم بعضا ، وفي معنى العهود العقود[②] .

ويذهب عدد من الفقهاء إلى اعتبار الخطبة وعدا لازما بالزواج وواجب الوفاء به ، استنادا لما ورد في الشريعة الإسلامية من الإلزام بالوفاء بالوعد والحث عليه . ومن هؤلاء الفقهاء : ابن حجر العسقلاني[③] وابن الشاط[④] وابن العربي وابن القيم[⑤] .

---

① - ينظر في تقسيم الخطبة إلى وعد ملزم وغير ملزم : سلمان نصر وسعاد سطحي ، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية ، ص 37-39 .

② - محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج2 ، ص 120 .

③ - شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، الحافظ قاضي القضاة برع في الحديث وفنونه ، من تصانيفه : « فتح الباري شرح صحيح البخاري » ، « تهذيب التهذيب » ، « الإصابة » وغيرها ، ولد سنة 773 وتوفي سنة 852 هـ .
- الحنبلي ، ابن العماد : **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1990) ، ج7 ، ص 270-273 .
- الأعلام ، ج1 ، ص 178 .

④ - أبو القاسم قاسم بن عبد الله بن محمد بن الشاط ، المعروف بجودة الفكر وأصالة النظر . أخذ عن الحافظ المحاسبي وأجازه أبو القاسم بن البراء ، وأخذ عنه جملة من علماء الأندلس كالقاضي أبو بكر بن شيرين ، له تآليف منها : «أنوار البروق في تعقب مسائل القواعد والفروق» و«غنية الرائض في علم الفرائض» ، ولد عام 643 هـ بسبته وبها توفي عام 723 هـ .
- الديباج المذهب ، ص 234-235 ؛
- شجرة النور الزكية ، ج1 ، ص 217 .

⑤ - إعلام الموقعين ، ج3 ، ص 300-302 .

وقد استدل هؤلاء الفقهاء بما يأتي :

أولا : من القرآن الكريم

أ- قوله ﷻ : ﴿ وَاذْكُرْ فِي الْكِتَابِ إِسْمَعِيلَ إِنَّهُ و كَانَ صَادِقَ الْوَعْدِ وَكَانَ رَسُولاً نَّبِيـاً ﴾مريم-54﴿ .

وجه الاستدلال :

قالوا بأن اللَّه ﷻ أثنى في هذه الآية على سيدنا إسماعيل بكونه صادق الوعد[1] ، وفي هذا دليل على أن الوعد ملزم ويجب الوفاء به[2] .

ويرد على هذا الاستدلال ما ذكره القرطبي : » وإنما قلنا إن ذلك ليس بواجب – أي الوفاء بالوعد – فرضا لإجماع العلماء على ما حكاه أبو عمر أن من وعد بمال ما كان ليضرب به مع الغرماء ، فلذلك قلنا إيجاب الوفاء به حَسَنٌ مع المروءة ، ولا يقضى به ، والعرب تمتدح بالوفاء وتذم بالخلف والغدر «[3] .

[1] - ابن كثير ، عماد الدين إسماعيل : **تفسير القرآن العظيم** ، تصحيح : لجنة من العلماء ، (بيروت : دار الأندلس) ، ج4 ، ص 464 .

[2] - سلمان نصر ، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية ، ص 37.

[3] - الجامع لأحكام القرآن ، م11 ، ص 115 .

ب- قوله تعالى : ﴿ يَـــأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُواْ لِـمَ تَقُولُـونَ مَـا لاَ تَفْعَلُـونَ كَبُـرَ مَقْتاً عِندَ اللّهِ أَن تَقُولُوا مَا لاَ تَفْعَلُونَ ﴾الصف-2و3﴿ .

وجه الاستدلال :

قال ابن كثير[1] في تفسيره بأن الإنكار الوارد في هذه الآية على من يعد وعدا أو يقول قولا لا يفي بـه ، كان هو الدافع لاستدلال من ذهب من علماء السلف إلى أنه يجب الوفاء بالوعد مطلقا ، سواء ترتب عليه عزم للموعود أم لا[2] .

وأضاف ابن حجر: » والدلالة للوجـوب منها قوية ، فكيف حملوه على كراهة التنزيه مع الوعيد الشديد ، وينظر هل يمكن أن يقال يحرم الإخلاف ولا يجب الوفاء ؛ أي يأثم بالإخلاف وإن كان لا يلزم بوفاء ذلك «[3] .

أي أنه يستفاد من الآية حمل الوفاء بالوعد على اللزوم والوجوب ، وهذا لارتباط هذه الصفة بالمؤمنين الصادقين وخصال الأنبياء .

[1] - أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر بن كثير المؤرخ المفسر والمحدث ، ولد في إحدى قرى الشام وانتقل إلى دمشق ورحل في طلب العلم ، له تصانيف كثيرة تناقلها الناس في حياته ومنها : « البداية والنهاية» و« تفسير القرآن العظيم » وغيرها ، ولد سنة 701 وتوفي 774 هـ .
- شذرات الذهب ، ج6 ، ص 231 ؛
- الأعلام ، ج1 ، ص 320 .

[2] - تفسير ابن كثير ، ج6 ، ص 643 .

[3] - فتح الباري ، ج5 ، ص 290 .

وقيل لأحمد : بم يعرف الكذابون ؟ قال : بخلف المواعيد ، وهو قول ابن شبرمة[1] وابن عبد البر[2] وغيرهما[3] .

و يؤكد هذا ما قاله ابن العربي في بسط الأحكام المستخرجة من الآية السابقة : » فإن كان المقول منه وعدا فلا يَخلُ أن يكون منوطا بسبب ، وإن كان وعدا مجردا فقيل يلزم بمطلقه ، والصحيح عندي أن الوعد يجب الوفاء به على كل حال إلا لعذر «[4] .

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة :

تظافرت عدة نصوص حديثية على ذم صفة الإخلاف بالوعد ، وأذكر منها :

أ – قوله ﷺ : ﴿ آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أؤتمن خان ﴾[5] .

---

[1] - هو عبد الله بن شبرمة الضبي ، فقيه الكوفة وقاضيها وكان شاعرا ثقة جوادا مجتهدا ، تفقه بالشعبي قال الثوري : فقهاؤنا ابن أبي ليلة وابن شبرمة ، ولد سنة 72 هـ وتوفي سنة 144 هـ ؛
- الشيرازي ، أبو إسحاق : **طبقات الفقهاء** ، تحقيق : إحسان عباس ، (بيروت : دار الرائد العربي ، ط2 ، 1981) ، ص 84 ؛
- شذرات الذهب ، ج1 ، ص 215 .

[2] - يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري ، الإمام الحافظ شيخ علماء الأندلس وكبير محدثيها في وقته ، أخذ عن أبي عمر بن المكوي ولازم أبا الوليد بن الفرضي وسمع منه الكثير ، من مؤلفاته : «التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد» ، «الاستذكار لمذاهب علماء الأمصار» كان مولده في ربيع الآخر سنة 368 هـ وتوفي بشاطبة في ربيع الآخر سنة 463 هـ .
- ابن موسى اليحصبي ، عياض : **ترتيب المدارك وتقريب المسالك** ، ضبط وتصحيح : محمد سالم هاشم ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) ، ج2 ، ص 352 ؛
- الديباج ، ص 440-442 .

[3] - الرحيباني ، مصطفى السيوطي : **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** ، (بيروت : المكتب الإسلامي) ، ج6 ، ص437 .

[4] - أحكام القرآن ، ج4 ، ص 1800 .

[5] - أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان ، باب علامة المنافق ، ج1 ، ص 15 ؛ ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب خصال المنافق ، ج1 ، ص 44 .

ب – وقال النبي ﷺ : ﴿ أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا ائتمن خان ، وإذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا خاصم فجر ﴾ [1] .

ج– وقال النبي ﷺ أيضا : ﴿ العـــــدَةُ دَيْنٌ ﴾ [2] .

وجه الاستدلال :

يستدل من خلال الأحاديث أعلاه على أن صفة الإخلاف بالوعود و العهود لا تجوز في حق المؤمن الصادق ، لأن ذلك من صفات المنافقين ؛ وقد قيل : » المراد بإطلاق النفاق الإنذار والتحذير عن ارتكاب هذه الخصال « [3] .

ويرى ابن الشاط بأن إخلاف الوعد فيه حرج بمقتضى ظواهر الشرع إلا حيث يتعذر الوفاء ، حيث يقول : » الصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا فيتعين تأويل ما يناقض ذلك « [4] .

---

[1] - أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان ، باب علامة المنافق ، ج1 ، ص 15 ؛ ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب خصال المنافق ، ج1 ، ص 44 .

[2] - أخرجه الهيثمي في المجمع ، كتاب البيوع ، باب ما جاء في العدة ، ج4 ، ص 166 ؛
- السيوطي ، جلال الدين : **الدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة** ، تحقيق : محمد الصباغ ، (الرياض : جامعة الملك سعود ، ط1 ، 1983) ، رقم (292) ، ص 148 ؛
- السخاوي ، محمد عبد الرحمن : **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة** ، تحقيق : محمد عثمان الخشت ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1985) ، رقم (685) ، ص 453 .
- العجلوني ، إسماعيل بن محمد : **كشف الخفاء ومزيل الألباس** ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، ط1 ، 2000) ، رقم (1719) ، ج2 ، ص 66 .

[3] - فتح الباري ، ج1 ، ص 90 .

[4] - ابن الشاط ، قاسم بن عبد الله : **إدرار الشروق على أنواء الفروق** ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 2003) ، ج4 ، ص 27 .

وذهب سحنون[1] إلى أن الوعد الذي يجب الوفاء به هو ما كان مرتبطا أو مبنيا على سبب ، أما ما كان مجردا فلا يجب[2] .

الفرع الثاني : الخطبة وعد غير ملزم

تعتبر الخطبة وفقا لهذا الرأي وعدا غير ملزم ، ولكن يندب الوفاء به لأن ذلك من مكارم الأخلاق ، وعدم لزوم الوفاء بالوعد قال به جمهور العلماء[3] .

ويمكن الاستدلال على أن الخطبة وعد غير ملزم بما يلي :

1- الوعد بالعقد غير ملزم عند جمهور الفقهاء ، وعليه تعتبر الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم كذلك .

وقد استدلوا بالإجماع على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء ، وقالوا : » فإنجاز الوعد مأمور به مندوب إليه عند الجميع ، وليس بفرض لاتفاقهم على أن الموعود لا يضارب بما وعد به مع الغرماء «[4] .

---

[1] - أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي ، أخذ العلم بالقيروان من مشائخها كأبي خارجة وعلي بن زياد ، وأخذ عنه أئمة كثير كابنه محمد وابن عبدوس . من مؤلفاته المدونة التي رحل بها إلى ابن القاسم ليراجعها معه ، والمختلطة ، ولي قضاء إفريقيا حتى مات سنة 240 هـ وكان مولده سنة 160 وقيل 161 هـ .
- ترتيب المدارك ، ج1 ، ص 339-362 ؛
- الديباج المذهب ، ص 263-267 .

[2] - الفروق ، ج4 ، ص 55 .

[3] - وهو مذهب الجمهور منهم الثلاثة ورواية عن مالك ومذهب داود وابن حزم وقد حكى عليه الإجماع : المهلب ، وابن بطال وابن عبد البر وتعقبه الحافظ ابن حجر بوجود المخالف لكنه قليل .
- فتح الباري ، ج5 ، ص 290 ؛ حاشية الدسوقي ج2 ، ص 359 ؛ مطالب أولي النهى ، ج6 ، ص 436 .
- أبو زيد ، بكر بن عبد الله : **فقه النوازل** ، (الجزائر : دار القلم ، ط1 ، 1993) ، ص 57 .

[4] - فتح الباري ، ج5 ، ص 290 .

وقال ابن حجر بأنه لم يرو أحد من السلف وجوب القضاء بالعِدةِ أي مطلقا[①] ، وإنما نقل عن مالك أنه يجب منه ما كان بسبب[②] ، وقد تعقب الإجماع في ذلك بقوله : » ونقل الإجماع في ذلك مردود ، فإن الخلاف مشهور لكن القائل به قليل «[③] .

2- ما أورده السيوطي[④] بقوله : » والظاهر أن الخطبة ليس بعقد شرعي ، وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم ، بل جائز من الجانبين قطعا «[⑤] .

3- كما يمكن استنباط طبيعة الخطبة من قوله ﷺ : ﴿ لا يسم المسلم على سوم أخيه ولا يخطب على خطبته ﴾[⑥] . والسوم على السوم هو أن يأخذ شيئا ليشتريه فيقول له آخر : رده لأبيعك خيرا منه بثمنه أو مثله بأرخص ، أو يقول للمالك : استرده لأشتريه منك بأكثر ، ومحله بعد استقرار الثمن وركون أحدهما إلى الآخر[⑦] .

---

① - فتح الباري ، ج5 ، ص 222 .

② - القرافي ، أحمد بن إدريس : **الذخيرة** ، تحقيق : أبو إسحاق عبد الرحمن ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2003) ، ج5 ، ص 418 ؛
- عليش ، محمد أحمد : **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك** ، (بيروت : دار المعرفة) ، ج1 ، ص 254 .

③ - فتح الباري ، ج5 ، ص 290 .

④ - جلال الدين عبد الرحمن بن سراج الدين عمر بن رسلان البلقيني ، برع في الأصول والفقه واللغة والتفسير ، ولي قضاء العسكر في حياة والده ، من مؤلفاته : « بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة » ، «تنوير الحوالك في شرح موطأ مالك» ، ولد سنة 849 وتوفي سنة 911 هـ .
- شذرات الذهب ، ج8 ، ص 51 ؛
- الأعلام ، ج3 ، ص 301-302 .

⑤ - السيوطي ، جلال الدين : **الحاوي للفتاوى** ، تحقيق وتعليق : محمد محي الدين عبد الحميد ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 1990) ، ج 1 ، ص 289 .

⑥ - أخرجه مسلم في كتاب النكاح ، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك ، ج1 ، ص 592 .

⑦ - الخن ، مصطفى : **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء** ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط2 ، 2003) ، ص 374 .

ووجه الاستدلال يتمثل هنا في انصراف لوازم حكم السوم على السوم إلى الخطبة على الخطبة ، إذ أن البيع هنا صحيح مع تأثيم فاعله[①] ، وهو الحكم نفسه في الخطبة ، وهذا يفيد عدم اعتبار الركون الواقع في السوم أو الخطبة عقدا ، لعدم بطلان السوم على السوم ، أو الخطبة على الخطبة .

4-وجاء في المبسوط : » ... لأن الخطبة غير العقد«[②] وكذا جاء في حاشية الصاوي[③] بأن الخطبة غير لازمة [④] وهو ما ذهب إليه الدسوقي[⑤] كذلك .

5-وجاء في البحر المحيط :» ويستدل من هذا النص بإعمال دليل دلالة الاقتران أن الخطبة ليست عقدا ولهذا لم يقل الأصوليون بتحريم الخطبة على المحرم كما ورد في الحديث السابق ، وهذا مع مقارنتها للعقد وسبب ذلك يكمن في اختلافها عنه «[⑥] .

كما يجمع الفقهاء المعاصرين على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا للزواج أو وعدا به ، وأذكر منهم الشيخ أبي زهرة الذي يرى أن الخطبة ليست عقدا ينشئ بين طرفيه التزامات لها قوة الإلزام ، ولكن أقصى ما تؤديه الخطبة إذا تمت أن تكون وعدا بالعقد وفقا لمالك في بعض أقواله[⑦] .

---

① - يعتبر البيع صحيحا مع الإثم عند الحنفية والشافعية ، وفاسدا عند الحنابلة ، والمالكية إذا حصل الركون.
- ابن جزي ، أبو القاسم : **القوانين الفقهية** ، (عين مليلة : دار الهدى ، 2000) ، ص 268 ؛
- رد المحتار ، ج7 ، ص 304-305 ؛ الحاوي الكبير ، ج5 ، ص 343 ؛ الشرح الكبير بحاشية المغني ، ج4 ، ص 42 .

② - السرخسي ، شمس الدين : **المبسوط** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1993) ، ج5 ، ص 62 .

③ - أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي الخلوتي ، أخذ عن الدردير والدسوقي ومن في طبقتهما ، له حواشي على تفسير الجلالين ، وعلى شرح الدردير وبلغة السالك لأقرب المسالك ، توفي سنة 1241 هـ .
- الأزهري ، محمد البشير ظافر : **طبقات المالكية (اليواقيت الثمينة في أعيان مذهب عالم المدينة)** ، (القاهرة : دار الآفاق العربية ، ط1 ، 2003) ، ص 50-51 ؛
- شجرة النور ، ج1 ، ص 346 .

④ - الصاوي ، أحمد : **حاشية الصاوي على الشرح الصغير** ، (بيروت : دار المعارف) ، ج2 ، ص 368 .

⑤ - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 28 .

⑥ - الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر : **البحر المحيط** ، ضبط وتصحيح : محمد محمد تامر ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) ، م4 ، ص 398 ، 399 .

⑦ - المنتقى ، ج3 ، ص 227 ؛ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 34-35 .

ويقول الشيخ أحمد محمد عساف : » الخطبـة هي أن يطلب الرجل من المرأة أو وليها أن يتزوجا ، فإذا وافقـت أو وافـق وليها تمت الخطبة ، وكانت بمثابة اتفاق مبدئي على أنها تكون له ويكون لها ... وليست الخطبة أكثر من وعد بالتزوج ، أما حل التمتع فلا يكون إلا بالعقد ، فإذا لم يحصل العقد لا يحصل الحل «[①] .

وممن ذهب إلى هذا الرأي من الفقهاء كذلك : الأستاذ بدران أبو العينين بدران[②] ، والدكتور وهبه الزحيلي[③] والشيخ عفيف عبد الفتاح طبارة[④] .

الفرع الثالث : الترجيح

بعد بيان أدلة الرأيين يتبين أن الرأي الثاني الذي يعتبر أن الخطبة وعدا غير ملزم هو الأولى بالترجيح ، وهذا بإعمال دليل النظر في مآلات الأفعال .

فالذي عليه المحققون من أهل العلم أن العمل إذا كان يفضي إلى مفسدة ظاهرة أو يؤدي إلى مناقضة مقصد شرعي فهو باطل مردود باتفاق الجميع ، ومعتمدهم في ذلك ما ورد في القرآن الكريم وسنة النبي ﷺ وسيرة الصحابة رضوان الله عليهم ، من الشواهد الدالة على ضرورة النظر في المآلات وحسم سبل الوقوع في المحظورات[⑤] ؛ وإنا إذا أعملنا هذا الدليل في حكم الخطبة لوجدناه يحول دون مناقضة قصد شرعي ظاهر.

---

① - عساف ، أحمد محمد : **الحلال والحرام في الإسلام** ، (بيروت : دار إحياء العلوم ، ط6 ، 1986) ، ص 113 ، 114 .

② - بدران ، أبو العينين بدران : **الفقه المقارن للأحوال الشخصية** ، (بيروت : دار النهضة العربية) ، ص 31 .

③ - وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص 10 .

④ - طبارة ، عفيف عبد الفتاح : **روح الدين الإسلامي** ، (بيروت : دار العلم للملايين ، ط16 ، 1977) ، ص 365 .

⑤ - العلمي ، عبد الحميد : « **قواعد التنظير المآلي عند الإمام الشاطبي** » ، **مجلة الموافقات** ، جامعة الجزائر ، العدد الثاني ، جوان 1993 ، ص 309 .

إذ أن اعتبار الخطبة وعدا ملزما يرتب مفسدة عظيمة تتمثل في إبرام الزواج على كره ، وهو ما يتنافى مع مقاصده التشريعية وتنعدم معه الألفة والتراحم المطلوب بين الزوجين ، وبالتالي يسلكان سبل الطلاق وما يجره من ويلات وهذا لا يستقيم ؛ إذ كيف يجعل الشارع الطلاق مباحا في حالة اشتداد الحاجة له لمن ينشده ثم يحرم عليه فك رابطة الخطوبة وهي أقل شأنا من الزواج ، فالضرر الناجم عن إجبار أحد الطرفين على إبرام الزواج بغير رضاءه يعد أشد من ذلك المترتب على خلف الوعد ، والضرر الأشد يزال بالأخف[①] ، ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام[②] .

وهذه القواعد تنطبق فعليا في حالة تكييف الخطبة وعدا بالزواج يجوز العدول عنه ، إذ أن الزواج أقدس من الخطبة ، وقد أبيح الطلاق عند الحاجة له ، مع كثرة الأحاديث الدالة على كراهيته من غير سبب ، وفي هذه الحالة فإنه من باب قياس الأولى أن يكون جواز العدول عن الخطبة مكفولا بأي حال عند ضرورة ذلك ، لأنه إذا كان التحلل من العقد ممكنا فكيف نمنع التحلل من الوعد به ؟ .

كما أن المتتبع لآثار العدول عن الخطبة المتعلقة بالمهر والهدايا المقدمة وجواز استردادهما[③] ليصل إلى أن الخطبة ليست عقدا ولا ترقى لمرتبة الإلزام ، لأن العدول ليس ممنوعا في ذاته ؛ ولو ترتب تعويض ما عن العدول فإنه يكون بسبب ما يصاحبه من أفعال أو تجاوزات .

---

① - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 111 ؛ المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية ؛ شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، ص 37 .

② - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 109 ؛ المادة (26) من مجلة الأحكام العدلية ؛ شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، ص 36 .

③ - اتفق الفقهاء على إمكانية استرداد المهر سواء كان قائما أم هالكا ، أما بالنسبة لهدايا الخطبة فقد اختلفوا حيث ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم إمكانية المطالبة بالهدايا لأنها بمثابة الهبات التي لا يجوز الرجوع فيها ، وكان هذا الرجوع هو ذاته المبرر لقول الحنفية بإمكان المطالبة بالهدايا إلا إذا وجد مانع من الموانع كالهلاك أو الاستهلاك وفي هذه الحالة لا يجوز للخاطب استرداد قيمتها ، أما المالكية فقد فصلوا بين كون العدول من جهة الخاطب أو المخطوبة فإن كان من جهة الخاطب فلا يرجع بشيء ولو بقي على حاله ، أما إذا عدلت المخطوبة فللخاطب الاسترداد سواء كانت الهدايا قائمة أم هالكة وفي الحالة الأخيرة يجب على المخطوبة دفع قيمتها .
- تكملة المجموع ، ج20 ، ص 54 ؛ رد المحتار ، ج3 ، ص 317 ؛ المغني ، ج7 ، ص 585 ؛ فتح العلي المالك ، ج1 ، ص 404 .

وأخيرا فإن اعتبار الخطبة وعدا بالزواج غير ملزم ، يكون مناسبا لموقعها في بداية تكوين الزواج ومحققا لمقاصد الخطبة ذاتها ، مع التشديد على حرمة ودناءة الإخلاف بالوعد من غير مبرر شرعي .

المطلب الثاني : طبيعة الخطبة في القانون الوضعي

اختلف فقهاء القانون الوضعي في تكييفهم لطبيعة الخطبة ؛ من اعتبارها مجرد وعد بالتعاقد ، ثم كونها عقدا تمهيديا ، وأخيرا عقدا شرعيا يرتب التزاماته وآثاره.

وعموما يمكن تقسيم الاتجاهات الوضعية الفقهية والتشريعية والقضائية إلى طائفتين اثنتين : إحداهما تصبغ الخطبة بالصبغة العقدية والثانية تنزلها منزلة الوعد بالزواج لا غير .

الفرع الأول : الاتجاه الأول –الخطبة عقد كامل

تقوم فكرة الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أنها عقد بين الطرفين يكون صحيحا وملزما لهما ، كأي من العقود الملزمة للجانبين التي تتيح لأطرافها التنصل أو الإلغاء بمحض الإرادة المنفردة ، مع مراعاة النأي عن التعسف حين استعمال الحق في العدول وإلا عد هذا الطرف مرتكبا لخطأ يستوجب التعويض[①] .

وقد ظهر اتجاه النظرية العقدية للخطبة في فرنسا غداة صدور القانون المدني فيها مطلع القرن التاسع عشر ، ونظرا لسكوت المشرع الفرنسي عن تنظيم الخطبة في القانون المدني اتجهت إرادة الشراح إلى تطبيق القواعد العامة عليها ، فقرروا أنه لما كان كل التزام بعمل يتحول عند عدم تنفيذه إلى تعويض ، متى لم يكن من المستطاع تنفيذه عينا ، وأن الوعد بالزواج ليس إلا التزاما بعمل فإنه لهذا يخضع لما تقضي به القاعدة العامة

① - النجار ، عبد الله مبروك : **التعويض عن فسخ الخطبة** ، (القاهرة : دار النهضة العربية ، ط1 ، 2002) ، ص 27 .

في هذا الصدد والواردة بالمادة (1142) مدني فرنسي : » كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه «[①] .

ويعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن ما يحدث من ركون بين الطرفين يرقى إلى مرتبة العقد ، معتمدين في ذلك على أساسين أحدهما تاريخي والآخر قانوني[②] .

فبالنسبة للأساس التاريخي تعتبر الخطبة تقليدا قديما يعود إلى ما قبل العهد الروماني يتضمن مرحلتين : الأولى : الرضا والاتفاق ؛ والثانية : تنفيذ العقد والبناء الفعلي[③] .

وقد كانت الخطبة في القانون الكنسي عقدا صحيحا تترتب آثاره ويستلزم إبرام عقد الزواج ، وهي التزام صحيح كامل من الناحية القانونية تؤيده دعوى قضائية في حالة عدم الوفاء به[④] . وقد تأثر الفقه الفرنسي بالقانون الكنسي تأثرا بالغا في هذا الشأن[⑤] .

أما بالنسبة للأساس القانوني ؛ فيستند إلى كون الخطبة تشبه العقد في تكوينها[⑥] . فالعقد اتفاق بين شخصين أو أكثر للقيام أو الامتناع عن عمل ، وكذلك الخطبة اتفاق بين شخصين على الزواج .

ويؤكد هذا المعنى نص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون إزاء من عقدها ، وهذا النص عام لا يمكن تقييده إلا بقواعد خاصة ، وما دام ليس في القانون ذلك فإن الوعد بالزواج والمواعدة به تبقى ملزمة للجانبين في إطارها العقدي المتفق عليه[⑦] .

---

① - Planiol et Ripert, *Op.cit.* , T.2, P.68-69.

② - محمد محدة ، الخطبة والزواج ، ص 42 .

③ - محمد محدة ، الخطبة والزواج ، ص 43 .

④ - مقدم سعيد ، نظرية تعويض الضرر المعنوي ، ص 244 .

⑤ - Planiol et Ripert, O*p. Cit*., T2, P. 68.

⑥ - محدة محمد ، الخطبة والزواج ، ص 44 .

⑦ - محدة محمد ، الخطبة والزواج ، ص 44 .

وتحت هذا التأثير ، سار القضاء وبعض الفقهاء القانونيين في فرنسا والبلاد العربية ، فقد كان القضاء المدني الفرنسي لا يميز بين الخطبة والعقد ، إذ كان التراضي كافيا لتصبح الخطبة عقدا[①] .

وفي مصر بدا التردد كافيا للقول بعدم الفصل في طبيعة الخطبة ، حيث يرى بعض رجال القضاء أن الخطبة عقد تمهيدي يسبق عقد الزواج ، ورتب على هذا القول نتيجة مؤداها أنه : ما دامت الخطبة عقدا فيلزم لانعقادها إيجاب وقبول[②] .

وقد أيد القضاء المصري هذا الرأي في بعض أحكامه ، واعتبر الخطبة عقدا ملزما والعدول عن الوفاء به يوجب التعويض . وجاء في حيثيات الحكم أن الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفالها أو تجريدها من أي تقدير قانوني ، ففيها يصدر إيجاب مقترن بقبول على الوعد بالزواج فهو ارتباط قانوني وعقد قائم[③] .

كما ذهب الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد إلى أن الخطبة تنشئ ارتباطا قانونيا ، حيث يستند إلى القضاء المصري في حكمين صادرين من محكمة الإسكندرية الكلية في 10 ديسمبر 1929 و 14 نوفمبر 1930 بأن سياق التفكير الذي تسلكه هذه الأحكام يشعر بذلك[④] .

كما أن تلك الأحكام تعبر دائما عن العدول عن الخطبة بأنه حق ، وبأن استعماله مقيد بالحكمة التي شرع من أجلها ، فإن خرج عن هذه الحكمة كان إساءة تستوجب إلزام فاعلها بتعويض ما ينشأ عنها من ضرر ، وبالتالي فالمحاكم تعتبر الخطبة منشئة لارتباط إلى حد ما[⑤] .

---

① - مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 245 .

② - وهو رأي المستشار المصري صلاح الدين زغو نقلا عن : محمد ، سامح سيد : **الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون** ، (القاهرة : ط 2000) ، ص 95 .

③ - محكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية ، بتاريخ 1948/11/29 ؛ توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 32 .

④ - توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 36 .

⑤ - توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 36 .

وما يمكن قوله أن هذه الآراء ومثلها تكون قد اعتمدت على الإيجاب والقبول الذي يتبادله الخاطبان ، وقد عولت كثيرا على العلاقات التي تنشأ بين الخاطبين والتي لا يمكن تجاهلها بأية حال . غير أن مناصرة هذا الرأي قد يجر إلى الالتزام بإبرام الزواج ، وهو ما يطرح إشكال انعدام الرضا في عقد الزواج ، وعليه فإن تكييف الخطبة عقدا ملزما قد يكون ممهدا لتوطين بوادر الطلاق لاحقا في هذه العلاقة الزوجية ، من حيث يراد تحسيس الخاطبين بأهمية ارتباطهما ضمن نطاق هذا التكييف .

الفرع الثاني : الاتجاه الثاني – الخطبة وعد بالزواج

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولا ترقى لمرتبة العقد ، وليست لها الصبغة الإلزامية ولا القيمة القانونية ، حيث لا تزيد عن كونها التزاما أدبيا لا غير[①] .

ويستند هذا الاتجاه إلى ما يأتي :

1- أن التشريع الفرنسي لم ينص عليها حيث كانت مجهولة في القانون المدني الفرنسي[②] .

2- مبدأ حرية الشخص في اختيار شريكته دون أدنى ضغط أو إكراه[③] ، لأنه من النظام العام . فحرية العدول يجب أن تكون مجردة من كل قيد ، ولتلافي ذلك قيل أنه ليس للخطبة أية قوة ملزمة وإلزامية الوعد فيها باطلة بطلانا مطلقا ، لمنافاتها لحرية الزواج التي هي من النظام العام[④] .

وهذه الطبيعة غير الإلزامية للخطبة سار عليها كثير من الفقهاء في فرنسا وفي مصر وبقية العالم العربي ، ونصت عليها تشريعات الأحوال الشخصية العربية ، ودرجت عليها اجتهاداتهم القضائية .

---

① - محدة محمد ، الخطبة والزواج ، ص 45 .

② - Planiol et Ripert, *Op. Cit.*, T2, P.68.

③ - محدة محمد ، الخطبة والزواج ، ص 24 .

④ - توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 95 .

فقد نصت أغلب القوانين العربية على أن الخطبة وعد بالزواج ، وهو ما نجده في المادة (02) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، والمادة (05) من مدونة الأسرة المغربية الجديدة[①] ، والمادتين (02) و(03) من القانون السوري للأحوال الشخصية ، والمادة (02) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[②] .

وقد سكت المشرع الفرنسي –كما أسلفت – في القانون المدني ولم يتعرض لأي بيان حول طبيعة الخطبة ، غير أن أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا قد قرروا أن الخطبة مقدمة من مقدمات الزواج ، وليست لها قوة العقد وتخضع لمبدأ الرضائية والحرية التامة ، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها : الخطبة لا تلزم بالزواج ، ومثلها الوعد به ، وقبول وتبادل الهدايا[③] .

واستقر القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد على تجريد الخطبة من كل قوة ملزمة ، بل أن من بين أحكام المحاكم الفرنسية ما يقرر في عبارات صريحة أن الوعد بالزواج باطل وغير مشروع ، باعتباره يمس الحرية التي ينبغي أن تسود الزواج[④] .

وبالنسبة للقانون المصري الذي لم يتضمن أحكاما في الخطبة ، فقد استقر قضاؤه منذ سنة 1939 على أن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وأنها ليست بعقد ملزم[⑤] .

---

① - المادة (05) تنص : الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج ، الظهير الشريف رقم (22-04-1) الصادر في 2004/02/03 بتنفيذ القانون رقم (03-70) بمثابة مدونة الأسرة . الجريدة الرسمية للمملكة المغربية رقم (5184) الصادرة يوم 5 فبراير 2004 ، مستخرجة من الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية : ejustice.justice.gov.ma ، بتاريخ : 2005/12/18 .

② - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج1 ، ص 52 .

③ - Cour de cassation française, arrêt de 02 mai 1838. Planiol et Ripert, *Op. Cit.*, T2, P.69.

④ - Ibid, P.69.

⑤ - محكمة النقض المصرية ، طعن رقم (13) ، بتاريخ 1939/12/14 نقلا عن : سامح سيد ، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون ، ص 100 .

وقد اتجهت بعض أحكام المحاكم المصرية هذه الوجهة ، إذ كان القضاء يقرر عدم التزام أي من الطرفين بالوفاء بالوعد بالزواج ، لما في ذلك من مساس بحرية عقد الزواج ، وأن الخطبة مجردة شرعا من كل اعتبار قانوني ولا تقيد أحدا من المتواعدين[①] .

وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المصرية أن : » مبدأ حرية الزواج يقضي بأن يكون الطرفان في حل من العدول عنه إلى أن ينعقد ، فالوعد بالزواج باطل حينئذ من الوجهة المدنية لمخالفته للنظام العام «[②] .

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد صرح في مادته الخامسة بأن الخطبة وعد بالزواج مستندا في ذلك إلى أرجح الأقوال في الفقه الإسلامي ، ومتأسيا بأمثاله من المشرعين العرب[③] .

ولو اقترنت الخطبة بقراءة الفاتحة[④] فهذا لن يرفع من قيمتها الإلزامية شيئا ، فستظل وعدا غير ملزم ، وليست عقدا وتخضع لنفس أحكام الخطبة[⑤] .

---

① - توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 97 .

② - محكمة الاستئناف المصرية ، بتاريخ 29 مايو 1906 نقلا عن : السنهوري ، الوسيط ، ج2 ، ص 937 .

③ - للإشارة فإن وصف الوعد بالزواج ليس جديدا على القانون الجزائري إذ نصت المادة الرابعة من الأمر رقم (59-274) المؤرخ في 1959/02/04 على أن : "الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجا ولا يرتب أي التزام بإبرام الزواج " ؛ وجاء في المادة الأولى من مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 بأن : "الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به نكاح و للخاطب العدول عمن خطبها وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ".
- سعد ، عبد العزيز : **نظام الحالة المدنية في الجزائر** ، (الجزائر : دار هومة ، ط2 ، 1995) ، ص 331 ؛
- محمد محدة ، الخطبة والزواج ، ص 49 .

④ - الفاتحة في العرف الجزائري المحلي هي ذلك المجلس أو الاجتماع الذي تحضره عائلتا الخطيبين وجمع من المدعوين ، وينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين يحدد فيه الصداق وبتقديمه أحيانا ، وتليه قراءة الفاتحة وبعض الدعوات لهما .
- سعد ، عبد العزيز : **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : دار هومة ، ط3 ، 1996) ، ص 84 .

⑤ - باوني ، محمد : «**الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا –دراسة مقارنة-** » ، **مجلة المعيار** ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة ، العدد 15 ، فيفري 2004 ، ص 70-71 .

وقد دأب القضاء الجزائري على تكريس ما ذهب إليه قانون الأسرة من خلال اجتهاداته المختلفة ، فقد قررت المحكمة العليا بأن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان أنها مقدمة للزواج وليست زواجا[1] .

وتكييف الخطبة بأنها وعد بالعقد يعد أقرب للواقع وأقرب للصواب ، فمن غير العدل إلزام أحد الخاطبين بالعقد في مرحلة هو في حاجة ماسة إليها ليتعرف على من سيشاركه حياته ، وبالتالي تنتفي المقاصد التشريعية من مرحلة الخطوبة ، وتنتفي معها مقاصد الزواج كلية .

[1] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (34046) ، بتاريخ 1984/11/19 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1990 ، ص 67 ؛ وكذا القرار رقم (81129) ، بتاريخ 1992/03/17 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، 1994 ، ص 62 .

المبحث الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة

عندما تتم الخطبة بين رجل وامرأة ، ويصلان إلى درجة من التفاهم والتجاوب الذي يؤهلهما لإبرام عقد الزواج ، فإن الأمور تأخذ مسارها الطبيعي وتكون الخطبة قد حققت أغراضها . أما إذا لم يتفق الطرفان أو بدت لأحدهما فكرة العدول عن الارتباط مع الآخر لسبب ما ، وبالنظر للاستقرار الواقع حول طبيعة الخطبة من كونها وعدا بالتعاقد ، فإن السؤال الذي يثار هو مدى جواز عدول أحد الطرفين عن الخطبة بعد أن تحقق الركون والتقارب بينهما ، وهو ما سأجيب عليه في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ضمن المطلبين الآتيين .

المطلب الأول : مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي

يعتبر العدول عن الخطة نتيجة طبيعية لرفض أحد طرفيها الاستمرار فيها وإتمام الزواج ، لأن كلا من الخطبة والزواج رضائيان ، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما ويجعل الزواج يتم بالإكراه ، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية[①] .

وقد وصلت فيما سبق إلى أن الخطبة وعد بالزواج لا ترقى لمرتبة العقد .

والوعد بالعقد هو مرحلة وسطى بين الإيجاب وبين إبرام العقد الموعود به ، فهو يتميز عن الإيجاب من حيث أن هذا الأخير هو مجرد عرض موجه من شخص لآخر ، والقاعدة العامة أنه لا يلزم صاحبه إلا إذا اتصل به القبول أو كان إيجابا ملزما[②] .

---

① - إمام ، محمد كمال الدين : **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي** ، (الإسكندرية: الدار الجامعية) ، ص 47 .

② - تقية ، محمد : **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية** ، (الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1984) ، ص 205 .

وقد بينت مذهب جمهور الفقهاء من أن الوعد بالعقد لا يقضى به مطلقا على أية حال وإن أمر الوفاء به ديانة . أما فقهاء المالكية فقد اختلفوا في القضاء بالوعد إلى أربعة أقوال :

الأول : أنه يقضى على الواعد بتنفيذه مطلقا[①] .

الثاني : أنه لا يقضى عليه بتنفيذه مطلقا[②] .

الثالث : أنه يقضى بتنفيذه إن كان مبنيا على سبب ، سواء أدخل الموعود بالسبب أم لم يدخل ، كأن يقول له اشتر ثوبا أو دابة وأنا أعينك على ذلك بدينار أو بدرهم[③] .

الرابع : أنه يقضي بتنفيذه إن كان مبنيا على سبب ودخل الموعود بالسبب[④] ، ففي المثال السابق أعلاه ، لا يقضى على الواعد بتنفيذ وعده إلا إذا تزوج الموعود[⑤] .

وهذا القول الرابع هو المشهور عند المالكية ، إذ جاء في فتح العلي المالك : » والعدة إذا كانت على سبب لزمت بحصول السبب في المشهور من الأقوال «[⑥] .

إلا أن هذا القول يحمل على عقود المعاوضات والمماكسات ، وعقد النكاح عقد تسمو به منزلته الخاصة عن المماكسة ، لأن الإلزام بالوعد يقتضي إرغام الشخص على المضي في عقد الزواج وهو غير راض به ، وليس للقضاء سلطة الإكراه على هذا العقد الخطير[⑦] .

---

① - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 359 ؛ الذخيرة ، ج5 ، ص 418 .

② - الفروق ، ج4 ، ص 53 .

③ - المنتقى ، ج3 ، ص 227 .

④ - فتح العلي المالك ، ج1 ، ص 254-255 .

⑤ - السباعي ، مصطفى : **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، (بيروت : المكتب الإسلامي ، ط7 ، 1997) ، م1 ، ص 62-63 .

⑥ - فتح العلي المالك ، ج1 ، ص 255 .

⑦ - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 35 .

وقد ورد من أقوال الفقهاء المسلمين ما يدل صراحة على جواز العدول والرجوع عن خطبة المرأة ولو بعد التراكن ، فقد جاء في المغني أنه : » لا يكره للولي الرجوع إذا رأى المصلحة لها ، كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ، ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه ، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها «[1] .

وها هو الخرشي[2] كذلك يخالف المالكية بقوله : أنه لا يحرم على المرأة أو وليها بعد الركون أن يرجعا عن ذلك إلى غير الخاطب[3] ، مع أن حرمة الرجوع بعد الركون لا تنافي الكراهة لأن ذلك من إخلاف الوعد[4] .

ويستدل كذلك على جواز العدول عن الخطبة بقول السيوطي أنها ليست لازمة بل جائزة من الجانبين قطعا[5] ، كما استدل الدسوقي على عدم لزوم الخطبة في حق الطرفين بجواز العدول عنها[6] .

كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية أسهبوا في بيان آثار العدول عن الخطبة من أحكام المهر المقبوض والهدايا ، ما يدل على أن العدول متوقع وجائز ، وأن حق الخاطب في ذلك غير مقيد ، » نظرا لثبوت حقه في استرداد ما قدم من مهر أو هدايا «[7] .

---

[1] - المغني ، ج7 ، ص 365-366 .

[2] - أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي ، انتهت إليه الرئاسة بمصر ، أخذ عن والده والبرهان اللقاني والنور الأجهوري ، وأخذ عنه علي النوري ومحمد الزرقاني وغيرهما ، له شرح كبير على مختصر خليل توفي سنة 1101 هـ . شجرة النور ، ج1 ، ص 317 .

[3] - حاشية الخرشي ، ج 4 ، ص 128 .

[4] - النفراوي ، أحمد بن غنيم : **الفواكه الدواني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، (بيروت : المكتبة الثقافية) ، ج2 ، ص 31 .

[5] - الحاوي للفتاوي ، ج1 ، ص 289 .

[6] - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 228 .

[7] - توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 75 .

ولما كانت المصلحة توجب أن يكون لكل أحد من طرفي عقد الزواج الحرية التامة قبل إبرامه ، فإنه لا يمكن تضمين الخطبة قوة الإلزام ، ولكل من الخاطبين الرجوع عن قوله ؛ وإن فعل فهو يستعمل خالص حقه وليس لأحد عليه من سبيل[①] .

غير أن هذا العدول المباح يجب تقييده حتى لا يكون سببا للضرر بالطرف الآخر ، لأن إخلاف الوعد نقيصة وذميمة في خلق المسلم ، ولذا فإن حق العدول لا يمكن استعماله إلا في حالة وجود المبرر الشرعي الذي يسوغ ذلك ، بحيث يكون العدول تراضيا بين طرفيه .

وإذا كانت الخطبة وفق رأي الأستاذ الدكتور محمد بلتاجي » لا تزيد عن كونها وعدا يتضمن بالضرورة تعليق تنفيذه على شرط هو ألا يبدو لأحد الواعدين ما يصرفه عن الآخر «[②] ، فإن هذا التكييف لا يؤخذ على إطلاقه أو بالأحرى يحصر في مرحلة تبادل الإيجاب والقبول حول الخطبة ذاتها ، أما إذا حدث التراكن بينهما فإن الإثم يترتب ديانة على الطرف العادل .

المطلب الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي

لقد بينت أن طبيعة الخطبة عند القانونيين ترددت بين كونها عقدا ملزما ووعدا بالعقد ، ثم استقر الرأي عموما على اعتبار الخطبة وعدا بالعقد ، وهذا في أغلب التشريعات إلا تلك المصطبغة بالصبغة الدينية ، كقوانين الطوائف المسيحية في بعض البلاد العربية التي تعتبر الخطبة عقدا ملزما ولا يجوز الرجوع عنه[③] .

① - أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 35 .

② - بلتاجي ، محمد : **دراسات في أحكام الأسرة** ، (القاهرة : مكتبة الشباب ، 1981) ، ص 61 .

③ - توفيق حسن فرج ، الطبيعة القانونية للخطبة ، ص 163 .

إن هذه الطبيعة غير الملزمة للخطبة هي التي سار عليها أغلب رجال الفقه الفرنسي كبلانيول ولوران وغيرهما ، متبعين رأي محكمة النقض الفرنسية القائل بوجوب أن تكون رضائية الزواج ناتجة عن الحرية الكاملة[①] ؛ وقد قضت ذات المحكمة بأن الخطبة لا تلزم بالزواج ومثلها الوعد به[②] .

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد قرر أنه يجوز لكل من الخاطبين حق العدول عن الخطبة باعتبارها وعدا بالزواج ، وليست زواجا شرعيا ولا عقدا ملزما ، وهو ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر[③] تطبيقا لنص المادة (05) من قانون الأسرة التي تنص على أن الخطبة وعد بالزواج ، ولكل من الطرفين العدول عنها .

وتجدر الإشارة إلى أن الوفاء بالعهد والوعد مطلوب ومندوب إليه شرعا لقوله تعالى : ﴿ وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْـــولاً ﴾﴿الإسراء-34﴾ ، فمن باب مكارم الأخلاق لا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده ويرجع في عزمه ، إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة تبرر نقض وعده[④] .

① - Planiol et Ripert, *Op. Cit*. T2, P.68.

② - Ibid.P.69. cour de cassation française, arrêt de 02 mai 1838.

③ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (39065) ، بتاريخ 1985/12/20 ؛ نقلا عن : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج2 ، ص 23 .

④ - سامح سيد محمد ، الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون ، ص 66 .

المبحث الثالث : حكم تعويض الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة

إن إبـــرام الزواج ليس دائما هو النتيجة الحتمية لمرحلة الخطبة ، فقد يعدل أحد الطرفين لسبب ما ، ولا يمكن القول بإكراه الطرف العادل على إتمام الزواج لأن الأصل رضائية الخطبة ورضائية الزواج ، إذ يرى الشيخ أبو زهرة أن العدول ما دام ينبني على أسباب نفسية ليس من المصلحة تجاهلها في عقد المودة الدائمة فإنه مباح ولو دون ضرورة ظاهرة ، وما دمنا لا نفترض الخطأ في جانب العادل وليست هناك مسؤولية عقدية لأن عقد الزواج ارتباط بين شخصين يكون للميل بينهما دور مهم فيه[①] .

وليست المشكلة في عدول أحد الطرفين ، بقدر ما هي مرتبطة بما قد يتزامن مع هذا العدول أو ينتج عنه من وقائع ، وأقصد بها الأضرار المادية أو المعنوية التي تصيب الطرف المعدول عنه .

حيث يحدث أن يشترط أحد الخاطبين على الآخر شرطا ما ، كأن يفرض الخاطب على المخطوبة التخلي عن وظيفتها ، أو أن تطلب المخطوبة بيتا أو جهازا معينا ، فالمتفق عليه أنه يجب تعويض الضرر المادي الناجم عن تلك الشروط في حالة العدول ، طبقا لقاعدة » لا ضرر ولا ضرار « التي تجد لها تطبيقات فقهية وقانونية في مختلف أبواب المعاملات والالتزامات .

وأما بخصوص الضرر المعنوي ، فلا ريب أنه أشد وقعا على صاحبه من الضرر المادي ، 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 تقدم من يفوقه يسارا لخطبتها تتسبب في ضرر معنوي يجعله ييأس من الزواج ، خاصة في هذا الزمن الذي أصبح فيه الزواج مكلفا ، إلى

① - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 35-37 .

غير ذلك من الأمثلة العديدة للضرر المعنوي والتي استفحلت في عصرنا هذا نظرا لتغير ظروف الحياة عما كانت عليه في عهد السلف .

ويشار هنا إلى أن التعويض عن الضرر المعنوي في فسخ الخطبة لا يزال مجالا خصبا للاجتهاد المدعم بالآراء الفقهية والاتجاهات التشريعية المعاصرة ، وهو ما سأحاول بيان البعض منه في المطالب الآتية . حيث سأعرض لحكم تعويض الضرر المعنوي في الخطبة في الفقه الإسلامي أولا ، ثم في قانون الأسرة الجزائري ، وأخيرا أعقد مطلبا للمقارنة والموازنة بينهما في نقاط محددة .

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

لا شك أن كلا من الخاطب أو المخطوبة اللذان تم العدول عن خطبتهما ، يعانيان الأمرّين من جراء الشائعات التي تلحقهما أو تعيرهما بالعيب أو غيرها من الأقوال والآثار المخلفة للضرر المعنوي ، فما هو النظر الفقهي في التعويض عن مثل هذه الأضرار ؟

لم يتعرض الفقه الإسلامي القديم لمبدأ تعويض ضرر العدول المعنوي[1] ، ولعل ذلك ناشئ عن أسباب متعددة منها : أن مثل هذه الأمور كانت بسيطة ويسيرة ولم تكن الخطبة تستغرق فترة طويلة ، كما أن طبيعة الحياة الاجتماعية لم تكن لتسمح بمثل هذه الدعاوى ، نظرا لتمسكها الدؤوب بتعاليم الإسلام[2] .

[1] - مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، م1 ، ص 60 .

[2] - الأشقر ، أسامة عمر سليمان : **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق** ، (عمان : دار النفائس ، ط1 ، 2000) ، ص 55-56 .

غير أنه نتيجة لتطور الأمور ظهرت مستجدات فقهية كثيرة لم تكن معهودة سابقا ، ومن بينها موضوعنا هذا الذي نال اهتمام العديد من الفقهاء المعاصرين ، وذلك وفق اتجاهان حيث يرفض الاتجاه الأول التعويض مطلقا ، ويجيز الاتجاه الثاني التعويض مع بعض التفصيل. وأعالج فيما يلي هذان الاتجاهان تباعا في الفروع الآتية .

الفرع الأول : الاتجاه الأول – عدم التعويض

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى رفض التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة ، سواء أكان ماديا أم معنويا ، وقد ذهب إلى هذا كل من الشيخ محمد بخيت المطيعي[①] والأستاذ الدكتور عمر سليمان الأشقر[②] .

فيقول الشيخ بخيت المطيعي في إحدى فتاواه : » ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض ، بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء «[③] .

ويمكن إجمال أدلة الفريق في النقاط الآتية :

1-إن التعويض لا يتفق وطبيعة الخطبة ، فالمفروض فيه أنه 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 ، ومن ذهب إلى إيجاب التعويض وهو يقرر أن الخطبة عقد وقع في التناقض[④] .

---

① - مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، م1 ، ص 61 .

② - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 57 .

③ - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 58 .

④ - مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص 60-61 ؛ أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 58 .

2-من المقرر شرعا أن العدول حق مكفول للطرفين في وقت لزومه ومشروعيته ؛ ومن المقرر أيضا أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان"[1] أي أن من يمارس حقا مشروعا أو إباحة ، لا يكون مسؤولا عما يترتب عليه من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية[2] ، وبالتالي فلا وجه للمطالبة بتعويض الضرر .

3-إن الخطبة مقدمة تمهيدية لعقد خطير وهو الزواج ، وقد جعل الشارع العدول عنها حقا شرعيا للخاطب إذا توفرت مبرراته ، وعليه فلا بد من ترك الحرية الكاملة له بالإقدام أو الإحجام[3] . ولو حكم بالتعويض عند العدول لكان في ذلك إلزام ضمني للخاطب بالزواج من مخطوبته مع رغبته عنها ، فكأن في الأمر إكراها غير مباشر ، وهو لا يجوز في العقود مطلقا ، فكيف في عقد الزواج[4] ؟ !

4-إن المطالبة بالتعويض عند العدول كثيرا ما تكون بسبب الاغترار وليس التغرير[5] ؛ كما أن تفريط المخطوبة في حق نفسها بالخروج مع الخاطب والاختلاء به ، يرتب مسؤوليتها الديانية ولا تستحق تعويضا إذا عدل عنها هذا الخاطب[6] . وفي نفس المعنى يرى الشيخ أبي زهرة في أحد آرائه أن الشريعة الإسلامية لا تقيم وزنا للضرر المعنوي الناتج عن العدول عن الخطبة ، لأنه من قبيل الاستهواء الجنسي ، وأن هذا الضرر مبناه مخالفة الشرع ، وهيهات أن يشجع الإسلام على ذلك بتعويض الآثمين[7] .

---

[1] - المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية ؛ شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، ص 81 .

[2] - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ج2 ، ص 521.

[3] - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 59 .

[4] - مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص 61 .

[5] - اغتر بالشيء أو الشخص يغتر اغترارا خُدِع به ، وغرَّر به يغرر تغريرا : عرّضه للهلكة أو الخطر ، ولعل الفرق واضح بين الاغترار والتغرير في حالة الخطبة فالأول هو حالة نفسية داخلية من لدن نفس المخطوبة مثلا ، وأما الثاني فمصدره الشاب مثلا حيث يغرر بالفتاة بواسطة أقوال وأفعال معينة .
- المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، **المعجم العربي الأساسي** ، (باريس : لاروس ، 1989) ، مادة (غرر) ، ص 889 .

[6] - سطحي ، سعاد : «**التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة**» ، **مجلة المعيار** ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 ، ص 12 .

[7] - ويقصد الشيخ بالاستهواء استسلام الخطيبين لرغباتهما الجنسية ؛ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص 61 .

5-يرى الشيخ مصطفى الزرقا أنه ما من مبرر استصلاحي لمعالجة الأضرار الأدبية ما دامت الشريعة قد فتحت مجالا واسعا لقمعه بالزواجر التعزيرية ، بل أن قبول مبدأ التعويض المالي يفتح باب الدعاوى والأقضية التي تحوي أرقاما بالملايين مقابل أضرار تافهة[①] .

6-ويرى الدكتور عمر سليمان الأشقر أن القول بالتعويض مخالف لإجماع الأمة الإسلامية ، وحكم على أن الأمة الإسلامية ضلت عن الحق عبر تاريخها الطويل في هذه المسألة[②] .

الفرع الثاني : الاتجاه الثاني : التعويض مع التفصيل

يتضمن هذا الاتجاه مذهبين يقولان بالتعويض ، يوجب الأول منهما التعويض مطلقا دون تفصيل ، أما الثاني فيقول بالتعويض لكن مع شيء من التفصيل المقصود به تمييز الحالات القابلة للتعويض عن غيرها .

فيذهب مؤيدو المذهب الأول إلى القول بوجوب التعويض مطلقا ، من غير تفصيل في ماهية الضرر[③] ، أما المذهب الثاني[④] فيذهب مذهبا وسطا بين الاتجاهين السابقين ، فهو لا ينفي القول بالتعويض ولا يبالغ أو يفرط في إيجابه في الوقت ذاته ، بل يحيط عملية إيجاب التعويض بمجموعة من الضوابط والمحددات الشرعية ، والتي تصب دائما في صالح تدعيم موقف دعاة تعويض الضرر المعنوي .

وهذا الاتجاه الثاني يقر بتعويض الضرر المعنوي إذا لم ترافق العدول عن الخطبة أسباب معقولة ، ويقصد بذلك العدول التعسفي ، ولكن هذا الاتجاه انقسم على نفسه عند محاولته تحديد نوع الضرر أو الشروط الواجبة لتعويضه[⑤] .

---

① - الزرقا ، مصطفى : **الفعل الضار والضمان فيه** ، (دمشق : دار القلم ، ط1 ، 1988) ، ص 124 .

② - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 61 .

③ - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 61 .

④ - ومن مؤيديه : وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص 28 ؛ محمد كمال الدين إمام ، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ، ص 53 ؛ محمود شلتوت ، الإسلام عقيدة وشريعة ، ص 415 .

⑤ - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 61 .

ففي المسألة اعتبر الشيخ أبو زهرة مسألة التدخل في حال إنشاء الضرر لا عن مجرد العدول هو الذي يعوض ، ولم يفرق بين نوعي الضرر المادي أو الأدبي[①] .

وخلاصة رأي أبي زهرة في المسألة هو الوسطيـة ، حيث لا يقر الرأي الأول القاضي بمنع التعويض ، كما لا يقر الرأي الثاني ، بل يذهب مذهبا وسطا مفاده أن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قط ، ولكن ربما يكون قد تسبب الخاطب بفعله في أضرار وجب تعويضها حينئذ[②] .

ويستدل مؤيدو التعويض بالأدلة التالية[③] :

1-إن 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 للآخر المطالبة بالتعويض ، فلا تحمي الشريعة عدولا طائشا لا يبرره مسوغ[④] .

وعلى هذا الأساس فإن منشأ المسؤولية والحكم بالتعويض هو العدول المعيب في أصله أو مآله ، إذا ألحق ضررا محققا بالطرف الآخر[⑤] .

---

① - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 36 .
والملاحظ أن هذا رأي جديد للشيخ أبي زهرة مقارنة بالرأي الذي قدمه في كتابه محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ومن المعروف أن كتابه الأخير متأخر زمنيا عن كتاب الأحوال الشخصية ، وبالتالي يثار التساؤل حول ما إذا كان الشيخ أبو زهرة قد غير رأيه في المسألة أم لا ؟

② - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص 37 .

③ - هذه الأدلة تصب في صالح إقرار التعويض دون تمييز ، وقد جمعت المذهبين في مطلب واحد وهذا لتماثل أدلتهما واجتنابا للتكرار .

④ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج1 ، ص 828 ؛ أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 67-68 .

⑤ - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ج2 ، ص 523 .

2-كل حق في الفقه الإسلامي مقيد بمنع الضرر قصدا أو مآلا أيا كان منشؤه ، والقاعدة الفقهية تقرر أنه » لا ضرر ولا ضرار « ، وهذه من حقائق التشريع الثابتة ، بل هي أصل عام معتبر في التشريع كله ، وتُؤيده جزئيات وكليات لا تحصى كثرة[①] .

3-يقرر الأستاذ مصطفى السباعي أن مبدأ التعويض عند العدول إذا نشأ عنه ضرر ، مبدأ عادل تقره مبادئ الشريعة في أصلين شرعيين :

الأصل الأول : مبدأ " إساءة استعمال الحق" الذي يقول فيه أن الإمام أبا حنيفة قد أقره في كثير من فروع الفقــه في مسائل الولاية على القاصر ، وإحياء الموات ، وحقوق العلو والجوار[②] ، وقد قال به مالك في مسائل كثيرة منثــورة في فقهه[③] ، كما أصبح هذا المبدأ من المسلمات والمبادئ في التشريعات المعاصرة[④] .

الأصل الثاني : مبدأ الالتزام في الفقه المالكي ، من المعروف المطلق أو المعلق على شيء ، والذي يفترق فيه القضاء بالوعد إلى أربعة أقوال ، أشهرها تنفيذ الوعد المبني على سبب وكان السبب قد دخل[⑤] .

---

① - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ج2 ، ص 524 .

② - والحقيقة أن أبي حنيفة ومتقدمي الحنفية كانوا يطلقون اليد لصاحب الملك في التصرف في حقه كيفما شاء وإن تضرر بذلك الغير ، وأساسهم في ذلك هو القياس لأن الأصل أن حق الملكية يخول صاحبه سلطة التصرف كما يشاء ، مادام في حدود ملكه الموضوعية . كما اعتمدوا في ذلك على قوة الوازع الديني وهيمنة سلطان العقيدة ، لكن المتأخرين وأصحاب الفتاوى تركوا القياس وقيدوا حق المالك بما يمنع إضراره بغيره ضررا فاحشا ؛ استحسانا ، ونظروا إلى مآل هذا التصرف وثمرته فوجدوه يناقض مقصد الشارع لأن الاستعمال يفضي هنا إلى التعسف . بدائع الصنائع ، ج6 ، ص 263-264 ؛

- الدريني ، فتحي : **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، (عمان : دار البشير ، ط2 ، 1998) ، ص 123 ، 258 .

③ - ومن ذلك ما ورد في كتاب الأقضية من الموطأ : أبواب القضاء في المياه والمرفق ، ص 453-455 .

④ - مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، م1 ، ص 62 .

⑤ - فتح العلي المالك ، ج1 ، ص 255 .

ولما كان الإجماع منعقدا على أن الوعد بالخطبة ليس ملزما بالزواج حتى عند فقهاء المالكية أنفسهم ، كان لا بد من اعتبار الضرر الناشئ عن النكول بهذا الوعد ، والقول بوجوب التعويض عنه [1] .

4-يعتبر الأستاذ فتحي الدريني العدول المعيب عن الخطبة من باب التعسف في استعمال الحق ، لأن الفعل مشروع بخلاف ما إذا تم اعتباره من باب المسؤولية التقصيرية[2] ، فيكون العدول ممنوعا ، وفي كلا الحالتين يتقرر التعويض للطرف المتضرر[3] .

الفرع الثالث : موازنة وترجيح

لا شك أن كل الاتجاهات السابقة تتفق على أن الخطبة وعد بالعقد ، وأن الوعد غير ملزم الوفاء به قضاءً ، فلكل من الطرفين حق العدول .

وأناقش أدلة الاتجاهين كما يأتي :

أولا : إن قول نفاة التعويض بأن العدول حق ، والحق لا يترتب عليه تعويض ، لأن الجواز الشرعي ينافي الضمان وهذا ثابت ، ولكن التعويض لا يترتب هنا عن الحق بل هو نتيجة لإساءة استعماله وبالتالي يضر الغير فيجب تعويضه[4] .

وأما القول بأن التعويض والوعد بالخطبة لا يتفقان ويقع التناقض بالجمع بينهما فيرد عليه بأن التعويض غير مرتبط بطبيعة الخطبة إطلاقا ، وأن لا وجه للاقتران بينهما من أجل القول بالتناقض المفترض .

---

[1] - مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص 64 .

[2] - المسؤولية التقصيرية تترتب عما يحدثه الإنسان من ضرر بغيره نتيجة خطئه ، أما التعسف فهو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا فيكون الضرر فيه ناتجا عن الاستعمال غير المشروع للحق ، وتبدو أهمية التفرقة بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعسفية في تكييف الفعل الأصلي المرتب للمسؤولية بكونه خطأً أو تصرفاً ممنوعاً في ذاته أو أن هذا الوصف نتج عن ممارسته تعسفيا .
- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 52 .

[3] - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ص 523 ، 524 .

[4] - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 70 .

وإذا كان إيجاب التعويض في حد ذاته يعد إلزاما للخاطب العادل بإتمام الزواج ، فإن حرية الزواج ليست مرتبطة بالتعويض ، فقد منحت لكل إنسان من باب العدل ، والعدل كذلك يظهر في فرض التعويض على من ألحق ضررا بغيره تعسفا ، فيبقى حق العدول مكفولا وحرية الزواج كذلك ويفرق بين أصل الحق والتعسف في استعماله ، والتمييز بينهما من أبلغ وجوه الدقة في التشريع[1] .

ثم لعل القول بأن الأضرار المعنوية ناجمة من الاستهواء الجنسي والتشهي اللذان لا تقيم الشريعة لهما وزنا غير موفق ، وبأن كل من تضرر من جراء العدول عن خطبته يعد مزاجيا على إطلاق ؟ وقد روي أن سيدنا الحسن بن علي ﷺ طلق زوجته ثلاثا وهم بإرجاعها نتيجة لما أصابه من حزن وغم ، لولا أنه قرر إمضاء الطلاق على نفسه لما سمعه عن النبي ﷺ ، فقد جاء في الأثر: ﴿ كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي ﷺ -أي زوجته- فلما أصيب علي بن أبي طالب ﷺ وبويع الحسن بالخلافة ، قالت له : " لتهنك الخلافة يا أمير المؤمنين " ، فقال يقتل علي وتظهرين الشماتة ، اذهبي فأنت طالق ثلاث" فتلفعت نساجها[2] ، وقعدت ، حتى انقضت عدتها ، فبعث إليها بعشرة آلاف درهم متعة ، وبقية ما بقي من صداقها ، فقالت متاع قليل من حبيب مفارق فلما بلغه قولها بكى ، وقال : لولا أني سمعت جدي أو حدثني أبي أنه سمع جدي يقول : أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمة أو ثلاثا عند الإقراء لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لراجعتها ﴾[3] .

---

[1] - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ص 528 .

[2] - لفّع رأسه أي غطاه ، وتلفعت المرأة بثوبها تلحفت به ، والنساج هو الثوب مما ينسج أو ضرب من الملاحف المنسوجة . الصحاح ، ج3 ، مادة (لفع) ، ص 1279 ؛ الصحاح ، ج1 ، مادة (نسج) ، ص 344 ؛ النهاية في غريب الحديث والأثر ، ج2 ، مادة (سيج) ، ص 387-388 .

[3] -الأثر أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب الصداق ، باب المتعة ، رقم (14492) ، ج7 ، ص 419 ؛ والهيثمي في مجمع الزوائد ، كتاب الطلاق ، باب متعة الطلاق ، ج4 ، ص 339 وقال في رجاله ضعف وقد وثقوا ؛ والدارقطني في سننه ، كتاب الطلاق ، عن سويد بن غفلة وكان في إسناده أحمد بن محمد بن زياد القطان عن إبراهيم عن عبد الأعلى . وعلق عليه العظيم آبادي في التعليق على سنن الدارقطني قائلا : الحديث في إسناده عمرو بن أبي يحيى الرازي الأزرق صدوق له أوهام ، قال أبو داود: لا بأس به ، في حديثه خطأ وراويه سلمة بن الفضل قاضي الري ضعفه ابن راهويه ، وقال البخاري : في حديثه بعض المناكير ، وقال أبو حاتم : لا يحتج به . سنن الدارقطني ، ج4 ، ص 30 ، 31 .

ثم أنه ليس من العدل أن نجمع على المخطوبة ضررين ، الأول هو ضرر فسخ خطوبتها والثاني هو ضرر تلويث سمعتها بما ليس فيها دون أن نعطيها الحق في التعويض .

وبالنسبة لرأي الشيخ الزرقا حول عدم جواز التعويض عن الضرر الأدبي بالمال فإن خلاف ذلك وارد في المواطن التي يرد فيها عن الشارع حكم مقدر أو عقاب واجب ، وأقوال الفقهاء التي يمكن الاستدلال بها على مشروعية التعويض بعيدة عن نطاق التعزيرات المالية لأنها تندرج ضمن حيز السلطة التقديرية الممنوحة للحاكم كإجراء لحفظ الحقوق ومنع التعدي عليها بما يراه مناسبا ، وهذا ما لا يكون إلا في المواطن التي لم يرد فيها عن الشارع نص يفيد حكما واجب الاتباع[①] .

وبالمقابل يرى البعض أن تعويض الضرر المعنوي ليس بالأصيل في فقهنا الإسلامي ، وأنه من قبيل الإفرازات الخارجية على مجتمعاتنا المسلمة ، وعلى هذا فإن حلولها نابعة من خارج الدائرة الإسلامية ، ثم إن ابتناء قوانين تقيد الحقوق بموجب الأخلاق والأدبيات ليشكل كمًّا هائلا من القوانين المستحدثة التي تكون سيوفا مسلطة على رقاب الناس في جزئيات حياتهم التي جاء الشرع لرفع الحرج فيها[②] .

وما الداعي للقول بالتعويض إذا تركه الشارع رفعا للمشقة والحرج ، أم أن الداعي هو مجاراة القوانين الغربية التي تختلف عنا في أعرافها وتقاليدها ، فمهما يكن من أمر ففي أعرافنا يعد الخاطب أجنبيا عن المخطوبة ، فلماذا الابتعاد عن أعرافنا في ذلك إذا كان المطلوب ابتناء القوانين على مبادئ الأخلاق ، ويختم هذا الرأي بقوله أنه لا يجد مبررا حقيقيا للقول بالتعويض إلا ما كان من نتائج التأثر بالأنماط المخالفة والبعيدة كل البعد عن الحياة الإسلامية ، مسجلا بذلك دعوة لكل المقنين العرب بتفادي مثل هذه الأمور في تقنيناتهم[③] .

---

① - عبد الله النجار ، التعويض عن فسخ الخطبة ، ص 182 .

② - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 79 .

③ - أسامة الأشقر ، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ، ص 81 .

غير أن الباحث وعلى ما يبدو لم ينصف موضوع تعويض الضرر المعنوي حقه من البحث والتدقيق الذي لا يوصله إلى الاكتفاء بنعت الفكرة بالدخيلة ونسبها لبنات أفكار الفقه الغربي ، متجاهلا أن هذا ديدن العديد من المسائل الفقهية المعاصرة التي ما طرأت لولا تعامل المسلمين مع الغرب ، والتي بقي العلماء المعاصرون مشدوهين أمامها ردحا من الزمن قبل أن يقرروا جوازها ، إما ضرورة حتى لا ينعتوا بالتخلف أو تخريجا على قاعدة المصالح المرسلة . ومن بين هذه المسائل أذكر على سبيل المثال : الاسم التجاري والحقوق المعنوية عموما ، والتأمين بالرغم من اشتمال بعض صوره على الربا والغرر ، وبيع المرابحة للآمر بالشراء[1] وبيوع التقسيط عموما ، والمعاملات الإلكترونية ، وغيرها من المسائل التي لا نجد لها حصرا ، بالرغم من أن جلها ليس من إبداع المسلمين وما هي إلا نتاج الحضارة الغربية ، شأنها في ذلك شأن كل وسائل الحياة المعاصرة التي لا نكاد نستغني عنها اليوم .

فمعالجة القضايا بهذه النظرة الضيقة لا يساهم في ترقية الاجتهاد الفقهي وتطويره وبالضرورة خدمة مصالح المسلمين ، وإذا كانت الأمة في وضع متدنٍ فإنه لا يمنعها من التمحيص وفرز الغث من السمين ، لأن من سبقونا اليوم كانوا كذلك بالأمس ، وهكذا حال الأيام دولا بين الناس .

وبالرغم من اتساع قواعد الشريعة لهذه المسألة – على النحو المبين سابقا– إلا أنه من الممكن تخريجها وفق المصالح المرسلة تخريجا يؤصل للمسألة ويقعد لها ولنظائرها ، مع مراعاة الضوابط المقاصدية وعدم الخروج عنها ، وهذا هو منهج الإمام مالك في المصلحة المرسلة كما قرره الإمام الشاطبي[2] .

---

[1] - انظر بشأنها ومعاملات أخرى : شبير ، محمد عثمان : **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، (عمان : دار النفائس ، ط2 ، 1999) ، ص 69 ، 106 ، 308 .

[2] - أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي ، العلامة الجهبذ المبدع في سائر الفنون والمعارف ، أخذ عن ابن الفخار وأبو عبد الله البلنسي وغيرهما وعنه أبو بكر بن عاصم وأخوه أبو يحيى محمد ، له تصانيف جليلة القدر من أشهرها كتابه « الموافقات » و « كتاب المجالس» الذي شرح فيه كتاب البيوع من صحيح البخاري والاعتصام والإفادات والإنشادات ، توفي سنة 790 هـ ورجح أبو الأجفان مولده قبيل سنة 720 هـ .
- أبو الأجفان ، محمد : **فتاوى الإمام الشاطبي** ، (الجزائر : طيباوي للنشر) ، ص 32 ؛
- شجرة النور ، ج1 ، ص 231 ؛ أحمد الريسوني ، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص 59 .

وإذا كانت الحياة في المجتمعات الإسلامية قد تطورت واختلطت بمظاهر التقليد الغربي ، وزالت أطر الحشمة في تعاملاتنا فأصبحت أحوالنا الشخصية – على رأي من يقول بذلك– في الغالب امتدادا وتقليدا في الكثير منها لما يعرفه الغرب اليوم من الاختلاط والإباحات ، وخاصة في مرحلة 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 المشروع في ضرر معنوي للطرف الآخر ما هو إلا إحدى هذه الوسائل ، وهو بلا شك مصلحة راجحة عامة مؤكدة ، ترجع إلى المجتمع المسلم فتعضد تماسكه في وقت هو أحوج إلى مثل هذه المؤيدات »لأن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن «[1] ، وإذا ترك الأمر لداعية المكلف فإنه لا يستقيم أبدا وتتغلغل في المفاسد ، وقد روي عن عمر بن عبد العزيز ﷺ قوله : » تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور «[2] ، ولعل هذا المنظور يكون مناسبا فيما يُرى ومعللا بالمصلحة على مذهب جل الفقهاء المعاصرين والله أعلم .

[1] - ذكر العامري أن هذا الأثر جاء عن عثمان وعمر موقوفا ؛
- العامري ، أحمد بن عبد الكريم الغزي : **الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث** ، تحقيق : فواز أحمد زمرلي ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 1997) ، ص 60 .

[2] - ذكره الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير وقال بأن مالكا استحسنه لأنه يتفق مع قواعد مذهبه ، وقد نسبه لعمر بن عبد العزيز ﷺ كما فعلت ذلك أغلب مصادر الفقه المالكي . حاشية الدسوقي ، ج4 ، ص 174 .

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

لقد حسم المشرع الجزائري في قانون الأسرة مسألة تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة –وذلك بعبارة صريحة واضحة وقاطعة– حيث نصت المادة الخامسة[①] منه على ما يأتي :

- الخطبة وعد بالزواج .
- يجوز للطرفين العدول عن الخطبة .
- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض .

وهذا يعني أن الحكم بالتعويض جائز ومتروك لصلاحيات القاضي ، وسأفصل في المسألة وفق الفروع الآتية : مبينا الأساس الفقهي الذي يستند عليه المشرع الجزائري في إيجاب التعويض ، ثم موقف الاجتهاد القضائي في هذا الشأن ؛ وقبل ذلك رأيت من الضروري أن أخصص مدخلا لعرض نبذة حول هذا القانون الذي نخصه بالدراسة قانون الأسرة الجزائري ، والأحكام التي كانت تطبق قبل صدوره سنة 1984 ، وما قيل بشأنه من آراء ، وهذا المدخل أراه مهما لأن بعض الآراء المتعلقة بالأساس الفقهي لتعويض الضرر ترتبط ارتباطا وثيقا بمحتوى هذا المدخل .

① - المعدلة بالمادة (04) من الأمر رقم (05-02) .

الفرع الأول : نبذة حول قانون الأسرة الجزائري

كانت الأسرة الجزائرية قبل الاستعمار الفرنسي تخضع لقواعد وأحكام الفقه الإسلامي وللمعاملات والأعراف المحلية[1] .

وبعد سنة 1830 حاولت السلطة الاستعمارية جاهدة القضاء على تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية ، وإحلال قواعد القانون المدني محلها ، ولكن دون جدوى ، وهذا لشعور الشعب الجزائري وإيمانه الشديد بمعتقداته الدينية والتي حالت دون تنفيذ المستعمر للعديد من المخططات التغريبية ، ليس في مجال الأحوال الشخصية فحسب ، بل في جميع المجالات .

هذا وقد عمد المشرع الفرنسي إلى محاولة التدخل في الأحكام الشرعية بالعديد من القوانين التي أذكر منها :

- قانون 02 ماي 1930 المتعلق بالخطبة وسن الزواج ،
- مرسوم 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية ،
- الأمر الصادر في 23 نوفمبر 1944 المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي ،
- والأمر رقم (59-274) المؤرخ في 04 فبراير 1959 ،
- والمرسوم المطبق له رقم (59-1082) المؤرخ في 17 سبتمبر 1959 ، وغيرها من القوانين والمراسيم الهادفة لزعزعة ارتباط الجزائريين بهويتهم الدينية[2] .

[1] - بلحاج ، العربي : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999) ، ج1 ، ص 18 .

[2] - أث ملويا ، لحسين : **بحوث في القانون** ، (الجزائر : دار هومة ، 2000) ، ص 22 .

وبعد الاستقلال ، ونظرا للفراغ التشريعي المهول الذي ساد جميع المجالات ، استمر العمل في القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي ، وبدأت عملية جزأرة التشريع تتوالى شيئا فشيئا ؛ فقد صدر قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سن الزواج واثبات العلاقة الزوجية ، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966 ، و16 سبتمبر 1969 ، و22 سبتمبر 1971 الخاصة بكيفية إثبات الزواج[①] .

غير أن الحاجة لإصدار تشريع يوحد الاختلافات كانت ماسة ، في ظل وجود المحاكم الخاصة في عدة جهات من الوطن ، ولعل هذا كان من الأسباب المساهمة في تأخر صدور قانون الأسرة إلى غاية 1984 بالرغم من ورود عدة مشاريع ، مثل مشروع 1966 و 1973 اللذان لم يكتب لهما أن يريا النور[②] .

ويقول الأستاذ عبد العزيز سعد أن قانون الأسرة عند طرحه للنقاش مر عبر مستويات مختلفة من القمة للقاعدة ، وكانت هناك محاولات عديدة لجر المجتمع الجزائري لتبني أفكار غريبة عنه ، تهدف إلى عرقلة تطبيق قواعد الشريعة وزرع بذور انفصال المجتمع عن عقيدته في هذا القانون[③] .

وبعد مخاض عسير صدر هذا النص في 09 جوان 1984 ، وقد قنن أحكام الأسرة في مجموعة واحدة تتضمن الزواج والطلاق والأهلية والميراث والوصية والوقف ، واعتمد على الفقه المقارن دون أن يقتصر على المذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في الجزائر ومذهب الفتوى ، ولم يكتف بهذا فحسب بل أحال بشأن كل ما لم يرد حوله نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية للنهل منها[④] ، وهذا تطبيقا للمادة الأولى من القانون المدني التي جعلت الشريعة مصدرا مباشرا للقانون بعد النصوص التشريعية[⑤] .

---

① - لوعيل ، محمد لمين : **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : دار هومة ، 2004) ، ص 21 ؛ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 18-19 .

② - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 21 .

③ - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 148 .

④ - المادة (222) من قانون الأسرة : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

⑤ - العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 23 .

إلا أن قانون الأسرة الجزائري ، وكأي تقنين آخر ، لم يخلُ من النقص والعيوب ، ما أدى إلى خلق مشاكل عملية كبيرة طالما ساهمت في زعزعة استقرار الأسرة الجزائرية ، وهذا بعدم فصله في الكثير من النقاط الجوهرية العالقة ، وأذكر منها على سبيل التمثيل : قضية إسكان المطلقة ، وقد أدت مثل هذه الحالات إلى تعالي الأصوات المنادية لتعديل القانون تحت شعار الظلم وعدم المساواة بين الرجل والمرأة .

وبالفعل فقد تم تعديل القانون مطلع سنة 2005 ، وكانت من البنود المهمة في هذا التعديل : ضم النيابة العامة كطرف أصلي في تطبيق أحكامه (المادة 3 مكرر) ، اشتراط ترخيص رئيس المحكمة لتعدد الزوجات ، والذي يجب عليه مراعاة القدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة (المادة 8 فقرة 3) ، توفير مسكن المطلقة لممارسة الحضانة (المادة 72) وغيرها من التعديلات .

ومهما يقال حول قانون الأسرة الجزائرية إلا أنه من الواجب الاعتراف له بأنه ساهم في توحيد الأحكام المطبقة عليها اجتهادا وفقها ، لعقدين من الزمن ؛ ويعود الفضل في ذلك إلى قضاة المحاكم الذين كرسوا المصدر الإسلامي لهذا القانون كما يظهر من خلال الاجتهادات والأحكام القضائية في مواد الأحوال الشخصية[1] .

[1] - ومن بين المبادئ التي استقر عليها قضاء الأحوال الشخصية في المحكمة العليا : من المقرر فقها وقانونا أنه بالنسبة لقضايا الأحوال الشخصية فإنه يتعين تطبيق قواعد الشرع الإسلامي .
- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (39277) ، بتاريخ : 1985/12/30 نقلا عن :
- بلحاج ، العربي : **قانون الأسرة – مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000) ، ص 208 .

الفرع الثاني : الأساس الفقهي لتعويض الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة

لقد وضحت أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد حسم مسألة تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة ، وذلك بإقراره جواز الحكم بالتعويض .

ولا شك أن المشرع قد استند إلى أساس معين في هذه المادة لا ندري أهو أساس قانوني أم فقهي شرعي . وقبل ذلك رأينا كيف أن تكييف الخطبة وعدا بالزواج وليست عقدا كان محله الفقه الإسلامي ، وبعض التشريعات ومن بينها التشريع الفرنسي الذي لم يستطع التوصل لذلك إلا عن طريق قضائه .

وإذا تأملنا نص الفقرة الثالثة من المادة (05) نجد لفظة الجواز أي جواز الحكم بالتعويض، وفي نظري أن هذا اللفظ ينصرف لاستيعاب دلالة الخلاف الواردة في المسألة ، سواء في الفقه أم في القانون حول مبرر التعويض عن الضرر المعنوي ، وقد فصلت سابقا بأن هذا التعويض يستند إلى المسؤولية العقدية في القانون الكنسي ، وبعض التشريعات ذات الصبغة الدينية لأنها تعتبر الخطبة عقدا ، أما بالنسبة لبقية النظم القانونية التي تعتبر الخطبة وعدا بالزواج فالمسؤولية مقررة إما على أساس المسؤولية التقصيرية وتنصرف إلى الأفعال الخارجية المستقلة عن العدول التي يأتيها العادل فيسبب ضررا للمعدول عنه ، وإما أن تقرر المسؤولية على أساس التعسف في استعمال الحق كما عبروا عنها ، وتبرر تعسف العادل في استعمال حقه في العدول على وجه أضر بالمعدول عنه .

كما يمكن ألا يكون هناك تعويض قياسا على لفظ الجواز الذي يدل على الإباحة ، والمباح عند الأصوليين هو ما خير المكلف بين فعله وتركه[1] .

[1] - الآمدي ، سيف الدين : **الإحكام في أصول الأحكام** ، بعناية : إبراهيم العجوز ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1985) ، ج1 ، ص 106 ؛
- المستصفى ، ج1 ، ص 66 .

ولهذا فيمكن ألا يحكم القاضي بالتعويض وذلك ما إذا بدت له المبررات المقنعة ، كألا يكون الضرر المعنوي معتبرا ، أو ناتجا عن خرق قاعدة شرعية .

وما يمكن قوله حول صياغة نص المادة (5 فقرة 3) من قانون الأسرة أنها مرنة ، وتستمد مرونتها من خلاف الفقهاء (في الشريعة والقانون) حول مسألة التعويض ؛ وإن صح تقديري فإنها مصاغة بشكل يسمح لها باستيعاب الخلاف أولا ثم أنها تصب في صالح دعاة التعويض مع التفصيل ، وهذا الاعتبار الذي وضعه المشرع معقول جدا ، ويضاف إلى إيجابياته في قانون الأسرة ، ولفظة الجواز ليست اعتباطا من المشرع بل هي وكما يبدو تستند لمبررات وبالتالي فلا محل للانتقادات التي وجهت للمشرع في هذه المسألة .

والآن وبعد بيان أسس صياغة نص المادة (5 فقرة 3) ، يبقى من الواجب تقرير الأساس الفقهي النظري الذي اعتمده المشرع في اعتبار مسألة تعويض الضرر المعنوي .

لقد أشار الأستاذ الدكتور بلحاج العربي إلى رفضه كل الآراء[1] التي أبداها بعض الشراح والمتعلقة بتأثر قانون الأسرة الجزائري بالقانون الفرنسي ، مقررا بأن القانون قد استمد من الفقه بكل قوة وأصالة ، بعيدا عن التقليد والجمود والأنظمة الدخيلة التي لا تساير الواقع الجزائري[2] .

والواقع أن هذا الرأي يجانبه بعض الصواب على الأقل بالنسبة لموضوع بحثنا هذا ، أي لا يمكن أن يكون مصدر إيجاب المشرع الجزائري للتعويض عن العدول عن الخطبة هو أحكام الفقه الإسلامي فحسب ، وإنما يبدو التأثر واضحا بالقانون الفرنسي (أو القانون المدني الفرنسي) وهذا للأسباب الآتية :

[1] - ومن بين هذه الآراء رأي الأستاذ لحسين أث ملويا في كتابه "بحوث في القانون" المشار إليه حيث جاء فيه أن " قانون الأسرة لعام 1984 لم يحد عن مرسوم 1959 إلا قليلا بل وتأثر به أشد التأثر " ، ص 26 ؛ والغوثي بن ملحة في كتابه باللغة الفرنسية "قانون الأسرة الجزائري" (سيشار إليه في محله) الذي كثيرا ما كان يشير إلى مواد قانون الأسرة ويعرض ما يقابل هذه المواد من مرسومي سنة 1959 اللذان أصدرهما المشرع الاستعماري الفرنسي لينظم بهما بعض مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين الجزائريين .

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 23 .

1–بخصوص دعوى الأستاذ العربي بلحاج بكون قانون الأسرة نابعا من أصالة المجتمع الجزائري المتشبع بالروح والثقافة الإسلامية فهي محل نظر ؛ إذ أن بعض الفقهاء يرون أن المجتمع المسلم يرفض مثل هذه الآراء والدعاوى المتعلقة بتعويض الضرر المعنوي ، وأن الأخلاق الإسلامية لا ترضاها حسب رأيهم من جهة ، ومن جهة أخرى كيف يكون هذا القانون يكرس الثقافة الشرعية والوازع الديني لدى المجتمع الجزائري وقد كان يعتبر المرأة المطلقة في عصمة زوجها حتى يثبت طلاقها بحكم القاضي[①] ، وهذا يفند نسبيا نظرية ارتباط القانون بالمجتمع خاصة أن وصف المجتمع الجزائري –بعد الاستقلال– بالمجتمع المحافظ وصف فيه نظر .

2–إن بعض القوانين العربية للأحوال الشخصية لم تنص على مثل هذه المسألة وبقي النظر فيها استنادا للقضاء ، وأذكر على سبيل المثال: القانون التونسي والقانون السوري والمدونة المغربية القديمة[②] ، والقانون المصري الذي كانت مواده خالية من أحكام الخطبة[③] .

ولا يمكن القول أن المشرع الجزائري لا يستأنس بالمشرعين العرب وما وصلوا إليه ، ولنا خير مثال في هذا التطابق الكبير بين مواد القانون المدني المصري ونظيره الجزائري .

3–من المعروف أن التعويض عن الضرر المعنوي عموما مسألة خلافية بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، وقد توصل بعض الفقهاء المجتهدين إلى تخريجها على قاعدة المصالح المرسلة ، وهو الرأي الذي اعتمده المشرع الجزائري ، ولا يمكن القول أن هذا المشرع قد سلك مسلك الاجتهاد الفقهي في هذه القضية ، ووصل

① - تنص المادة (49) من قانون الأسرة الجزائري : « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى» . وقد تم تعديل المادة (48) بما يتيح للرجل حقه في إيقاع الطلاق ويبقى الإثبات على القاضي ، وجاء نص المادة كما 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» .

② - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 88 .

③ - سامح سيد محمد ، الخطبة والزواج في أحكام القانون المصري ، ص 86 .

إلى هذا الرأي بعد ترجيح وتمحيص ، مع العلم أن قانون الأسرة قد خالف أحكام الشريعة صراحة في مضامين بعض المواد[①] .

4-لقد توسع القضاء الفرنسي في مفهوم الخطأ الذي تترتب عنه المسؤولية ، إذ يكتفي أحيانا باعتبار العدول عن الخطبة غير المبرر كافيا للمسؤولية[②] .

ومن المعروف أن القضاء الجزائري قد حكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية عن العمل الضار الذي يصاحب العدول عن الخطبة ، وهذا بتاريخ 1966/11/03 أي قبل صدور القانون المدني وقانون الأسرة ، والحكم صادر عن مجلس قضاء مدينة مستغانم[③] ، وهو ليس بهيئة حكم شرعية حتى يقال أنها تطبق أحكام الشريعة الإسلامية ، أي المقصود أن القانون المطبق كان القانون الفرنسي ، وحتى إذا سلمنا بأن المتحاكمين كانا قد قررا بأن يحتكما للقوانين التي أصدرتها السلطة الاستعمارية بشأن تطبيق الأحكام الشرعية على الأحوال الشخصية للمسلمين الجزائريين ، فإن إيجاب التعويض في هذه القضية مصدره القانون المدني الفرنسي لأن الخطبة والزواج يندرجان ضمن أحكام القانون المدني في التشريع الفرنسي .

وبهذا يتبين لنا بوضوح الارتباط الكبير الواقع بين القانون المدني والاجتهاد القضائي الفرنسي ونص المادة (5 فقرة 3) من قانون الأسرة الجزائري .

---

① - صحة الزواج بعد الدخول إن اختل ركن من أركانه (المادة 33) ، عدم اعتبار طلاق الزوج إذا لم يحكم القاضي بالطلاق (المادة 49) ، التساوي في الحكم بين الطلاق الرجعي والبائن بينونة صغرى في صحة الرجعة وعدمها (المادة 50) .

- المصري ، مبروك : **دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية** ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، كلية دار العلوم ، 1990 ، ص 465 .

ولحسن الحظ ، فقد عدلت بعض مضامين هذه المواد واستدركت هذه المخالفات ، ومنها المادة (33) التي قصرت فسخ النكاح قبل الدخول على انعدام أحد الشروط ، وأعلنت بطلان النكاح صراحة بانعدام ركن الزواج "الرضا" بمفهوم المادة (09) من قانون الأسرة .

② - محكمة النقض الفرنسية ، بتاريخ 1949/07/03 نقلا عن : سعيد مقدم ، نظرية تعويض الضرر المعنوي ، ص 247 .

③ - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 2 ، ص 23 .

الفرع الثالث : موقف القضاء الجزائري من تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة

من المعروف أن القضاء في الجزائر وفي بقية البلاد العربية عموما قد استقر على مبدأ تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة تطبيقا ، ولم يكن ليخالف ما استقر عليه الفقه والتشريع في هذا الميدان .

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بتعويض الضرر في قرار جاء فيه : « حيث ثبت من أدلة الملف ومن تصريحات المدعى عليها بجلسة الصلح أن العدول عن الزواج كان بفعلها ، وحيث يتبين من الملف أن الآنسة اعترفت في المحكمة أنها هي التي رفضت إتمام الزواج ، وأن فسخ الخطوبة كان منها وهذا إقرار قضائي حسب المادة (341) مدني[1] ، لذلك وجب تعويض الطاعن عن الضرر الذي أصابه بسبب العدول عن الخطبة »[2] .

وفي قرار آخر قضت المحكمة العليا برفض طلب التعويض المقدم من الطاعنة التي عدلت عن الخطبة بناء على إرادتها ، وكان عدولها وفق تفسير المحكمة بدون مبرر شرعي أو قانوني[3] .

ويستشف بمفهوم بالمخالفة من هذا القرار أنه لو توفرت المبررات الشرعية أو القانونية للعدول لقضت المحكمة بالتعويض ، وهذا استدلال جيد للمحكمة مبناه نص المادة (5 فقرة 3) من قانون الأسرة .

---

[1] - تنص المادة (341) من القانون المدني الجزائري على أن :«الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة» ، كما تنص المادة (342) من نفس القانون على أن : « الإقرار حجة قاطعة على المقر» .

[2] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (56097) ، بتاريخ : 1989/12/25 ، المجلة القضائية ، العدد الرابع ، 1991 ، ص 102 .

[3] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (92719) ، بتاريخ 1993/07/13 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1995 ، ص 128 .

وكان مجلس قضاء مستغانم قد قضى بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة منذ سنة 1966 ، مما يدفعني إلى القول بأن هذا المبدأ قديم في القضاء الوطني حتى قبل صدور قانون الأسرة ، وذلك بغض النظر عن المبررات الموضوعية والتاريخية المصاحبة لهذه الأحكام في تلك الفترة .

ولا يتوقف دور المحكمة العليا على مجرد تقرير الأحكام ونشرها ، بل إثرائها وتوضيح الأساس المعتمد عليه ؛ وفي مجال تطبيق القانون تبين مبررات اتخاذ الحكم في القضية . ففي موضوع هذا البحث لم تبين المادة (5 فقرة 3) التي قررت جواز الحكم بالتعويض أي أساس يعتمد عليه هذا التعويض ، ولكن قرارات المحكمة العليا السابقة كيفت التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ، وأن العدول قد صاحبته أفعال أدت إلى الأضرار بالطرف الآخر ، وتبدو أهمية مثل هذه الاعتبارات من خلال تقريرها لمدى استمرارية الأخذ بتطبيق المبادئ التي استقر عليها قضاء المحكمة العليا ؛ ولتوضيح هذه الفكرة نقول أنه من الممكن أن يصبح مبدأ المسؤولية التقصيرية الذي تتخذه المحكمة العليا أساسا للتعويض يمكن أن يصبح قاصرا عن أداء ذلك وبالتالي يندثر مبدأ التعويض من أساسه وترفض كل الطلبات الرامية لذلك .

وبهذا أصل إلى أن المشرع الجزائري قد طبق مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة تطبيقا صريحا مؤسسا على :

- نص المادة (5) من قانون الأسرة .
- البحث عن مدى توفر المبررات الشرعية والقانونية عند النظر في طلب التعويض .
- تكييف التعويض عن الضرر المعنوي في العدول كان على أساس المسؤولية التقصيرية –وهو ما توصل إليه الاجتهاد القضائي– يعد من دعائم النظام العام ، فيكون التعويض منفصلا عن العدول عن الخطبة في ذاته ، وإنما بما ارتبط به من أفعال . ويتجلى أثر هذا التكييف في احترام النظام العام في كفل حرية العدول وبالتالي الرضائية في الزواج .

والخلاصة أن المبدأ يجد تطبيقه في هذا النموذج عبر الأسس الآتية :

1- النص القانوني الصريح .

2- تخصيص المفهوم العام لحرية العدول بتضمينه للأثر الموجب للتعويض استنادا للمسؤولية التقصيرية .

3- توجيه المفهوم بواسطة القرائن المصاحبة للواقعة (المبررات والظروف مثلا)[1] .

[1] - ووددت التفصيل أكثر في هذه المسألة بالتطبيق على مجموعة من الاجتهادات ذات الصلة ، إلا أن المشكل الذي يعوق الباحثين في هذا المجال هو انعدام نشريات محدثة لقضاء المحكمة العليا ، أو تعذر الحصول عليها حتى لو صدرت ، ما جعلني نكتفي باجتهادات قضائية متقدمة زمنيا .

المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

بعد أن بينت في المطلبين السابقين حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة ، سأحاول عقد مقارنة وموازنة بين أبعاد إشكالية البحث المتعلقة بمبدأ تعويض الضرر المعنوي في ظل النظامين .

وليس الغرض من مقارنة نظامين في مسألة معينة هو إبراز مزايا أحدهما وعيوب الآخر –وإن كان ذلك يتجلى تلقائيا – أو تفضيل أحدهما على الآخر ، بقدر ما هو محاولة الخروج بنتائج ومقاربات تساهم في إثراء النظامين ، لأن ما من وسيلة لإثراء التشريع والتخلص من عيوب التقنين وجموده أحسن من محاولة الوصول لتكامل التشريع بواسطة المقارنة .

وإذا كان هذا المدخل الذي مهدت به قد يبدو عاما ، فإن جدواه وخصوصيته ستظهر في مجال بحثنا المقارن بين الفقه الإسلامي من جهة وقانون الأسرة الجزائري من جهة أخرى ، خاصة إذا علمنا أن هذا القانون هو تقنين للأحكام الشرعية في مواد الأسرة ، وتكوينها وعلاقاتها ، وأن هذا الفقه هو مصدر أصلي لهذا القانون .

وفي الفرعين الآتيين سأبين أوجه التشابه والاختلاف بين النظامين معتمدا على إثارة بعض النقاط الداخلية كالأساس ، الغرض ، الفعالية ، المرونة والجدوى.

الفرع الأول : أوجه التشابه

إن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي متجدر في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، إذ أنه مرتبط بمسؤولية الإنسان عن عمله الشخصي ، وهذا هو أساس التعويض عن الضرر المعنوي .

وإذا كانت الخطبة وعـدا بالزواج في الفقـه الإسلامي وقانون الأسرة ، فإن العدول عنها حق وجائز ؛ والأصل في كلا النظامين أنه إذا انحاز استعمال حق العدول عن المطلوب شرعا وجب على صاحبه التعويض ، وهذا مقرر وهو من باب العدل والإحسان .

وبالنظر للضرر المعنوي وما يرتبه من آثار وخيمة على الطرف المتضرر منه ، فإن إيجاب التعويض يعد مهما وبالغ الأثر في جبر الضرر ومحوه .

أما بخصوص تقدير التعويض فالمتفق عليه وجوب احتساب مدى جسامة الضرر وأثره ، والسعي لترضية المتضرر قدر الإمكان ، وإيجاد علاقة تناسب بين الفعل والضرر .

هذا ويتفق الفقه والقانون على عدم تقييد حرية الزواج بهذا التعويض ، فالأصل أن الزواج رضائي ولا يعد إيجاب التعويض من قبيل الإكراه على إتمام الزواج بعد العدول عن الخطبة ، كما يتميز نظاما التعويض في الفقه والقانون بمرونتهما وفعاليتهما ، وإن كانت هاتان الخاصتان نسبيتان في القانون . وأقصد بالمرونة قدرة استيعابهما لجميع الحالات المماثلة .

والمرونة المعنية تتجلى في عدة صور أهمها تكليف القاضي بمهمة تقدير التعويض تعزيرا أو ترضية للمضرور ، وكذا تكييف الحالات الملائمة .

وفي المقابل لصفة المرونة نجد ملمح التقييد ظاهرا في الفقه الإسلامي وفي نص المادة (5) من قانون الأسـرة ، والتي جاءت بالصيغة التي تسمح للقاضي بتقدير الأضرار أولا ومدى إمكانية تعويضها ثانية ، وبذلك يغلق الباب أمام المتاجرين بالذمم ، أو الذين يسعون للإثراء على حساب الغير ، لأن التعويض عن الضرر المعنوي شرع لحاجات وأهداف مخصوصة لا ينبغي التوسع فيها ، بحيث تكون انتقادات ودعاوى الاتجاه الرافض لفكرة التعويض في محلها .

أما الفعالية فتنصرف إلى مدى ما يحققه هذا النظام من آثار تتمثل في الردع العام .

والحق أن هناك تطابقا كبيرا بين الاجتهادات القضائية التي أوردتها حول تعويض الضرر المعنوي وبين هذا المبدأ في الفقه الإسلامي ، والذي لا يمكن أن يفسر إلا باستنتاج الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال للأحكام والقواعد الشرعية ، بالرغم من أن الأساس أو الأصل التشريعي للمادة الناصة على تعويض الضرر المعنوي يختلف وقد لا يكون الفقه الإسلامي مصدرا له كما نص على ذلك بعض الباحثين ، ومهما يقال حول طبيعة وأصول نظام التعويض بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، فإنه ولا ريب نتاج تطور تشريعي نظرا لاصطدام الفكرة بمعوقات نظرية وعملية ، وأن القول بالتعويض بالتفصيل الذي بينت ليساهم في تدعيم وصف شريعة الفطرة وانتفاء وجه النكاية منها ، ويقوي كذلك ارتباط القانون بمجتمعه ، مما يعزز مكانته وشعور الأفراد بإلزاميته في مجتمع متوازن وهو ما تصبو كل الشرائع والنظم لتحقيقه .

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف

على الرغم من التشابه الموضوعي الكبير الواقع بين نظامي التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة المعنوي ، إلا أن ثمة نقاطا محورية يفترق فيهما النظامان إلى الحد الذي قد يفصل بينهما ويقطع كل أواصر التقارب الموضوعي بينهما .

ومن بين أهم النقاط التي استطعت الوقوف عليها أذكر :

1-بالنسبة للعدول عن الخطبة الذي اتفق الفقهاء على جوازه ، فإنه وإن كان جائزا قضاء في القانون وفي الشريعة ، ما لم تصاحبه وقائع ضارة ، إلا أنه قضاء يترتب على العادل ديانة إخلاف الوعد واقتراف النهي عن ذلك ، وقد قال الله ﷻ : ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ ﴾ النحل-91 ، وذلك ما لم تستجد ضرورة أو مبرر للرجوع عن الخطبة .

2-بخصوص مبرر التعويض عن الضرر والمرتبط بالعدول فقد كُيِّف في الفقه الإسلامي على أنه إساءة استعمال الحق ، أما بالنسبة لقانون الأسرة فقد رجحه بعض فقهاء القانون الوضعي على أنه من قبيل المسؤولية التقصيرية .

ويترتب على هذا نتائج خطيرة ومنها إمكانية اعتبار مجرد العدول مرتبا للمسؤولية التقصيرية وبالتالي انعدام رضائية الزواج ، وهذا ممكن جدا لأن المعروف أن المفاهيم والمبادئ القانونية تتطور وتتحور بمقتضى التطور الحاصل في المجتمع ، وهذه القاعدة تجد تطبيقا لها في الشريعة الإسلامية ، إذ لا ينكر تغير الأحكام الشرعية بتغير الزمان والمكان[1] .

3-إن أساس التعويض في الفقه الإسلامي هو مبدأ التعزير بالمال ، بخلاف الأساس القانوني الذي هو التعويض المالي بغرض ترضية المتضرر .

إن تعويض الترضية قد لا يفي بالغرض الذي شرع من أجله ويكون محلا فعليا لانتقادات أنصار نظرية العقوبة الخاصة[2] ، وهذا لأنه استبعد الجانب العقابي الردعي من التعويض وصوره على أنه ترضية فقط للمضرور ، وهذا يصطدم بالمحددات القانونية الواردة في مجال إيجاب التعويض ورقابة المحكمة العليا ، فمن المعروف أن التعويض لا يكون وسيلة لإثراء المتضرر على حساب المتسبب بالضرر ، وبهذا يبدو التعويض القانوني قابعا بين محددين متعاكسين .

[1] - المادة (39) من مجلة الأحكام العدلية ؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، ص 43 .

[2] - إذ أن التعويض عن الضرر المعنوي عند فقهاء القانون يستند إلى نظريتين إحداهما نظرية العقوبة الخاصة ، وتستمد فكرتها من نظام الانتقام ، وأما الثانية فهي نظرية تعويض الترضية ، وهي السائدة حاليا وجاءت كنتيجة لظهور مبدأ المسؤولية المهذب في صورته الحديثة .
- سعيد مقدم ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، ص 87-103 .

وفي الفقه الإسلامي نجد عقوبة التعزير بالمال تحقق الغرض المنشود من فرضه ، فهي بجمعها بين خصائص العقوبة والتعويض تحقق الردع العام والخاص ضد الفعل وتشفي أو تداوي آلام المتضرر ، وهي تضمن استحقاق المتسبب بالضرر فعلا لجزاءه لأن طلب التعويض وملابسات القضية ستعالج ولا شك وفق الضوابط الشرعية وبذلك تستبعد حالة تعويض الأهواء ، والتي يمكن أن تجد منفذا لها في ظل التعويض القانوني ، وهي بذلك تحقق المقاصد الشرعية من العقوبة على النحو الذي بينت سابقا .

ويتجلى الاختلاف كذلك في كون التعزير يحقق المقاصد التشريعية منه ، إذ أن التعزير يحقق الردع العام والخاص ويشفي غيظ المجني عليه وهو وسيلة لتحقيق مقصد مهم ، بخلاف التعويض الذي ينتفي منه طابع العقوبة وهو مقصد لذاته بدليل عدم تجاوز آثاره لحدوده .

4-وبشأن المرونة التي تحدثنا عنها سابقا فإن القانون قد يعوض عن أي ضرر مهما كان مصدره وسببه ولو كان مبنيا على مخالفة الأحكام الشرعية ، لأن القاضي سيحكم بالتعويض بناء على ما سيلحظه من تأثر وانحسار في نفس المتضرر ، بخلاف الفقه الإسلامي الذي تتبين معه أشكال الضرر حتى لا تكون أحكام الشريعة مطية لضعاف النفوس ، الذين يلقون بأنفسهم في متاهات لا أول لها ولا آخر ، ثم يدّعون التأثر ويطالبون بالتعويض ، فالشريعة الإسلامية بأحكامها ووسائلها ومقاصدها تقطع الطريق أمام مثل هؤلاء المتسللين على الأحكام الشرعية .

وهنا يتجلى منهج الشريعة في الوقاية من اللجوء أصلا إلى المحاكم لمثل هذه المطالبات ، فالأحكام الفقهية المقررة في مرحلة الخطبة هي كفيلة –فيما لو اتبعت– برد وتقويم كل محاولة اعوجاج وانحراف بالخطبة إلى غير موجباتها الشرعية .

فانطلاقا من بوادر الاختيار إلى حدود النظر وكيفياته وإلى غاية الركون والاقتران كلها محددات شرعية راعى فيها الشارع الحكيم طبيعة النفس البشرية ، وقرر فيها استثناءات مهمة في خدمة المقصد الأصلي وهو إتمام زاوج لا تؤثر فيه السنون ، وهذا ما يفتقد له القانون الوضعي من مثل هذه الأحكام الديانية التي تشكل منهجا وقائيا علاجيا متكاملا يجنب المقبلين على الزواج عناء الدعاوى والمطالبات ، ويحفظ لهم مستقبلهم وكرامتهم في حال عدم الوصول إلى اتفاق بشأن إبرام الزواج .

الفصل الثاني

تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق

الفصل الثاني : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق

جعل الله ﷻ الزواج أصل الأسرة ، فهو سكن للزوجين ومبعث ألفة بينهما إذ يقول ﷻ : ﴿ ومن -ايته أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمُ و أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾الروم-21﴿ .

ولما كان الشرع الإسلامي يتسم بالمرونة والواقعية ، وكانت أحكامه ملائمة لما قد يحصل من تغيير في الحال ، فإنه قد رتب بها ما قد يطرأ على بناء الأسرة من أحداث تهدد قيامها ، وهو الذي تعهدها مذ كانت فكرة حتى صارت واقعا ، فقد تتأصل جذور الشقاق والخلاف بين الزوجين ، ويتجاوز الأمر مهمة الحكمين ، فيكون الطلاق مشروعا في هذه الحالة من أجل فك الرابطة الزوجية .

والطلاق يعتبر كأثر من آثار طبيعة العلاقة المتوترة بين الزوجين ، وعليه فقد لا يكون البلسم الشافي لعلاج ذلك التوتر ، بل قد تخلق تلك العلاقة آثارا وخيمة خاصة على الجانب النفسي لأحد الزوجين من طرف الزوج المستفرد بالطلاق ، أو الزوجة التي لجأت للقاضي ليطلقها على زوجها .

وقد يكون استئثار الزوج بحق الطلاق مترجما في إيقاعه بوجه معيب ، وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي . وبأخذ طريقتي الانفصال هاتين اللتان يبدو فيهما تسلط أحد الزوجين على الآخر ، فإنهما تسببان ضررا معنويا لا يمكن تجاهله خاصة بالنسبة للزوجة التي يؤلمها الطلاق الموقع لسبب مشروع ، فكيف إذا كان السبب غير مشروع ؟ .

وعلى هذا أتساءل عن موقف قانون الأسرة الجزائري من تعويض هذا الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق التعسفي والتطليق ، وكذا الأساس الفقهي المعتمد في ذلك ، انطلاقا من موقف الفقه الإسلامي من

إيجاب مثل ذلك التعويض . وهو ما سأعالجه في هذا الفصل مبتدئا ببيان مفهوم الطلاق التعسفي والأسباب المخولة لحق التطليق ، لأن الضرر هو السبب الرئيس في ذلك غالبا .

المبحث الأول : مفهوم الطلاق التعسفي وأسباب التطليق

إن الضرر المعنوي الذي يترتب كأثر على انفصال الزوجين عن بعضهما يتعلق أساسا بطريقة الانفصال ، إذ أن الشرع جعل لكل من الزوج والزوجة حقا في إنهاء الزواج وفق الضوابط الشرعية في ذلك ، وهذان الحقان هما الطلاق الذي يوقعه الزوج ، والتطليق الذي تطلبه الزوجة من القاضي .

ولكنَّ الزوجين قد لا يلتزمان في ممارسة حقهما بما ورد في الشرع ، فيتسبب كل منهما بضرر للآخر ، وتتمثل هذه الممارسة المعيبة في الحق : في إيقاع الزوج للطلاق دون سبب معقول أو مشروع يبرره ، وكذا التجاء الزوجة للقاضي ليطلقها تعسفا منها دون تحقق الأسباب الحقيقية المبررة لذلك . وفي المطلبين الآتيين سأبحث هذان المفهومان ممهدا بذلك لبيان الأساس الفقهي حول تعويض الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق والتطليق ، ومن ثم حكم تعويض ذلك الضرر بين الفقه الإسلامي والقانون .

المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي

الطلاق في اللغة يشمل معاني عدة : التخلية ، الإرسال ، إزالة القيد[①] . ويستعمل في العرف بمعنى رفع القيد المعنوي[②] كما في رفع قيد النكاح[③] .

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

---

① - الصحاح ، ج4 ، مادة (طلق) ، ص 1518-1519 ؛ لسان العرب ، ج12 ، مادة (طلق) ، ص 96 .

② - عرفة ، الهادي السعيد : **إساءة استعمال حق الطلاق**، (القاهرة : مطبعة الأمانة ، ط1، 1989)، ص 10 .

③ - فراش ، وفاء معتوق : **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي** ، (القاهرة : دار القاهرة ، ط1 ، 2000) ، ص27 .

وأذكر من بين تلك التعريفات : تعريف القرطبي بأن الطلاق هو : » حل الحكمة المنعقدة بين الأزواج بألفاظ مخصوصة «[1] .

وجاء في شرح حدود ابن عرفة[2] بأن الطلاق صفة حكمية ترفع حلّية متعة الزوج بزوجته[3] ، وقد عرفه بعض الباحثين بأنه حل عقدة النكاح بألفاظ مخصوصة من أهله وفي محله حالا أو مآلا[4] .

والطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع . فقد قامت الآيات والأحاديث الدالة على ذلك ، كما أجمع علماء الأمة على مشروعيته[5] .

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 تغييرها[6] .

كما يجب على الزوج كذلك أن يراعي السنة في طلاقه ، فلا يطلق امرأته في الحيض مثلا ، أخذا بقول النبي ﷺ في طلاق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض : ﴿ **مره فليراجعها** ﴾ [7] .

---

[1] - الجامع لأحكام القرآن ، ج3 ، ص 126 .

[2] - أبو عبد الله محمد بن عرفة الورغمي روى عن الفقيه أبي عبد الله بن عبد السلام وسمع عليه الموطأ وعلوم الحديث لابن الصلاح ، وتخرج على يده كثرة من أهل المشرق والمغرب كالغبريني وابن فرحون ، من تآليفه تقييده الكبير في المذهب والحدود الفقهية توفي سنة 803 هـ وولد سنة 716 هـ .
- الديباج المذهب ، ص 419-420 ؛ شجرة النور ، ج1 ، ص 227 .

[3] - الرصاع ، محمد بن قاسم : **شرح حدود ابن عرفة** ، (بيروت : المكتبة العلمية) ، ص 184 .

[4] - ينظر في اختيار هذا التعريف :
- شلبي ، محمد مصطفى : **أحكام الأسرة في الإسلام** ، (بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ط4 ، 1983) ، ص 491 .
- الهادي السعيد عرفة ، إساءة استعمال حق الطلاق ، ص 13 .
- وفاء معتوق فراش ، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي ، ص 28-32 .

[5] - الطوسي ، محمد بن الحسن : **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى**، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط2، 1980) ، ص 508 ؛ حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 361 ؛ المغني ، ج7 ، ص 233 ؛ بدائع الصنائع ، ج3 ، ص 88 ؛ الحاوي الكبير ، ج10 ، ص 111 ؛ المحلى ، ج9 ، ص 366 .

[6] - وافي ، علي عبد الواحد : **حقوق الإنسان في الإسلام** ، (القاهرة : دار نهضة مصر ، ط5 ، 1979) ، ص 124 .

[7] - أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب طلاق الحائض ، ج3 ، ص 268 ؛ مسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، ج1 ، ص 626 .

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

الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي

الطلاق التعسفي مصطلح حديث في تسميته قديم في المعنى يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتتأذى المرأة 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[①] أو سلكها على غير قصد[②] .

أما في الاصطلاح فيعرف بأنه :» مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل «[③] ؛ وفي استعمال الحق يراد بالتعسف ذلك الاستعمال على الوجه غير المشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له[④] .

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

---

① - الصحاح ، ج4 ، مادة (عسف) ، ص 403 .

② - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، ج2 ، مادة (عسفه) ، ص409 .

③ - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 52 .

④ - زهو ، أحمد النجدي : **نظرية التعسف في استعمال الحق** ، (القاهرة : دار النهضة العربية، 1991) ، ص 27 .

وقصد الشارع في الطلاق متمثل في تجنيب الزوجين المفاسد التي تنجم عما وصلت إليه 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 .

وبناء على ما سبق يمكن القول أن الطلاق التعسفي هو كل طلاق يناقض قصد الشارع في تشريع الطلاق ، إذ أنه شرع في الأصل لدفع الضرر ، فكل طلاق لا يحقق هذا المقصد يعد تعسفيا .

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 فيه يكمن 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[1]

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

1- الطلاق في الحيض : وصورة التعسف فيه تتمثل في رغبة الزوج بتطويل العدة على المرأة ، فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة[2] . وقد أجمعت الأمة على تحريم طلاق الحائض بغير رضاها[3] .

---

[1] - ينظر في تفصيل هذه الصور : الهادي السعيد عرفة ، إساءة استعمال حق الطلاق ، ص 137-217 .

[2] - الجرجاوي ، علي أحمد : **حكمة التشريع وفلسفته** ، (بيروت : دار الفكر ، 1997) ، ج2 ، ص 38 .

[3] - صحيح مسلم بشرح النووي ، ج10 ، ص 60 ؛ المغني ، ج7 ، ص 235 ؛ القوانين الفقهية ، ص 236 ؛ بدائع الصنائع ، ج3 ، ص 96 ؛ الحاوي الكبير ، ج10 ، ص 114-115 ؛ المحلى ، ج9 ، ص 358 ؛ النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، ص 512 .

2- طلاق الثلاث بلفظ واحد : ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلقات الثلاث ومناقضته لقصد الشارع في ذلك ، فإنها شرعت ليتدارك المفرط ويعتبر[①] .

وقد ذهب جمهور الأئمة إلى وقوع طلاق الثلاث وبينونة الزوجة به ولا تحل حتى تنكح زوجا غيره[②] . إلا أن كثيرا من الفقهاء المعاصرين يفتون باعتبار الطلاق الثلاث واحدا تيسيرا على الناس وصونا للرابطة الزوجية ومراعاة لمصلحة الأولاد ، خصوصا في هذا الوقت الذي قل فيه الورع والاحتياط وتهاون الناس في التلفظ بهذه الصيغة في الطلاق ، وهم يقصدون غالبا التهديد والزجر[③] .

3-طلاق الهازل والسكران : ويتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخفاف الزوج بقداسة عقد الزواج ، بحيث لا يعرف قصد الهازل في وقوع الطلاق ، والسكران إذا كان متعديا بسكره ، متناولا إياه بكامل إرادته[④] . وجمهور الفقهاء يوقعون طلاق الهازل والسكران إذا كان سكره محرما[⑤] .

---

① - الدهلوي ، حجة الله البالغة ، ج2 ، ص 253 .

② - بدائع الصنائع ، ج3 ، ص 96 ؛ حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 364 ؛ الحاوي الكبير ، ج10 ، ص 114-115 ؛ المغني ج8 ، ص 243 .

③ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص 413 .

④ - الهادي السعيد عرفة ، إساءة استعمال حق الطلاق ، ص 195 .

⑤ - ابن رشد ، أبو الوليد : **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، (بيروت : دار المعرفة ، ط9 ، 1988) ، ج2 ، ص 82 ؛ ابن الهمام ، كمال الدين : **فتح القدير** ، (بيروت : دار الفكر) ، ج3 ، ص 489 ؛ حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 365 ؛ المغني ، ج8 ، ص 254 ؛ الحاوي الكبير ، ج10 ، ص 236 .

4-الطلاق بقصد الحرمان من الميراث : وهو أن يطلق الرجل مريض مرض الموت[1] زوجته ليحرمها من إرثها منه ، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة[2] .

إذ كيف يطلق الرجل هذه المرأة المسكينة في آخر أيامه بعد أن قطعت معه أشواط العمر ، وربما تحملته وصبرت على أذيته ليفاجئها بهذه النهاية المحزنة ، فعاملته الشريعة العادلة على نقيض مقصوده : فقال المالكية بميراث الزوجة كانت في العدة أم لم تكن وسواء تزوجت أم لم تتزوج[3] .

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

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

---

[1] - اختلفت التعريفات الفقهية لمرض الموت ونقل عن مالك قوله بأنه كل مرض أقعد صاحبه عن الدخول والخروج ، ويتمثل أثره في كونه من عوارض الأهلية والملكية ، كما أنه مقدمة لثبوت الحقوق العينية من الدائنين والورثة في أموال المريض . كما خص الفقهاء المسلمون المريض مرض الموت بأحكام خاصة في التصرفات والتبرعات وفي الطلاق أيضا .

- المواق ، محمد : **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، (القاهرة : دار الفكر ، ط2 ، 1978) ، ج5 ، ص 78 .
- الحسني ، أحمد القاسمي : **علامات الحياة والممات بين الفقه والطب** ، (الجزائر : دار الخلدونية ، 2001) ، ص 220-224 .
- مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج2 ، ص 837 .

[2] - السباعي ، مصطفى : **المرأة بين الفقه والقانون** ، (القاهرة : دار السلام ، ط1 ، 1998) ، ص 100 .

[3] - الأصبحي ، مالك بن أنس : **المدونة الكبرى** ، رواية سحنون ، تحقيق : السيد علي الهاشمي ، (القاهرة : دار النصر للطباعة الإسلامية ، 2000) ، ج4 ، ص 315 ؛

- العدوي ، علي : **حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني** ، (القاهرة : دار إحياء الكتب العربية) ، ج2 ، ص 70 ؛ القوانين الفقهية ، ص 238 ؛

ومن الجانب القانوني ، لم يبين قانون الأسرة الجزائري متى يعتبر الطلاق تعسفيا ، كما لم ينص على أي من الحالات التي اعتبرها الفقهاء كذلك ، كطلاق المريض مرض الموت ، وقد ذهبت المحكمة العليا إلى أن 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 الثاني : أسباب التطليق

لقد راعى الله ﷻ حق المرأة ودورها في إنهاء الرابطة الزوجية فشرع لها الافتداء بالمال ، إذا كرهت زوجها ، ولكن إنهاء الزواج بالافتداء قد لا يرفع الحرج كله عن المرأة إذا تعنت الزوج ورفض البدل المقترح ، أو 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 وإنصافا لها حسبما أقره الشرع .

ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول الأسباب المبررة لطلب التطليق ، بينما حددها قانون الأسرة في المادة (53) كما يأتي : » 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) و(79) و(80) من هذا القانون .

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

3-الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

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

5-الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .

[1] - المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، قرار بتاريخ 1969/05/29 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة ، ص 75 .

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

7-ارتكاب فاحشة مبينة .

8-الشقاق المستمر بين الزوجين .

9-مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

10-كل ضرر معتبر شرعا«[1] .

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 .

وأعالج فيما يأتي هذه الأسباب حسب ورودها في قانون الأسرة والنظر فيما يقابلها في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية

أقصد بالتطليق للإخلال بالالتزامات الزوجية كل طلب ترفعه المرأة للقاضي نتيجة عدم تنفيذه للالتزامات التي وجبت بمقتضى عقد الزواج ، سواء تلك التي نشأت معه كالشروط التي تشترطها الزوجة في عقد الزواج ذاته أو أي عقد رسمي لاحق[2] ، أو تلك الالتزامات التي يرتبها العقد والمتمثلة في واجبات الزوجين تجاه بعضهما البعض والتي نصت عليها المادة (36) من قانون الأسرة كما يأتي : » يجب على الزوجين :

[1] - المادة (53) من قانون الأسرة رقم (84-11) المعدلة بالمادة (12) من الأمر رقم (05-02) المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم لقانون الأسرة ، الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005 . وقد صدرت الموافقة عليه بالقانون رقم (05-09) المؤرخ في 2005/05/04 ، الجريدة الرسمية رقم (43) لسنة 2005 .

[2] - المادة (19) من قانون الأسرة المعدلة بالمادة (10) من الأمر رقم (05-02) .

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 الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم ،

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

7-زيارة كل منهما لأبويه و أقاربه واستضافتهم بالمعروف «[1] .

وأسباب التطليق الناتجة عن الإخلال بالالتزامات الزوجية هي :

1-التطليق لعدم الإنفاق .

2-التطليق للهجر في المضجع .

3-التطليق للغيبة .

4-التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

و أتناول هذه الأسباب في البنود الآتية :

البند الأول : التطليق لعدم الإنفاق

تنص المادة (53 فقرة 1) من قانون الأسـرة على أنه : » يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : 1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة باعتباره وقت الزواج ، مع مراعاة المواد (78) و (79) و (80) من هذا القانون « . وهذه المواد تتعلق بمشمولات النفقة وتقديرها ووقت استحقاقها .

[1] - المادة (36) من قانون الأسرة المتممة بالمادة (10) من الأمر رقم (05-02) .

وانطلاقا من وجوب النفقة للزوجة على زوجها هل يمكن للزوجة طلب التطليق من القاضي لدى الفقهاء المسلمين ؟

اختلف الفقهاء في مسألة التطليق للإعسار بالنفقة إلى رأيين :

أولا : رأي الحنفية : بأنه لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق لأن الزوج إما معسر أو موسر ، ولكن يأمر القاضي الزوجة بالاستدانة متى ثبت لديه إعسار الزوج ، ثم ترجع على الزوج متى أيسر[1] ، أما إذا ثبت للقاضي عجزه عن النفقة فإن له أن يحبسه بطلب الزوجة ، لأنه ظالم لها بالامتناع عن الإنفاق ، ولكن ليس له أن يطلقها عليه حتى في هذه الحالة بل الواجب تخلية سبيله إن تبين له بعد حبسه أنه عاجز حقا عن النفقة لقوله تعالى : ﴿ وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنِظَرَةٌ إِلَى مَيْسُرَةٍ ﴾﴿البقرة-280﴾ .

واستدل الحنفية بقول الله ﷻ : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا ءَاتيهُ اللَّهُ ﴾﴿الطلاق-07﴾ وقوله ﷻ : ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا﴾﴿البقرة-286﴾ . واستدلوا أيضا بأن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر ، وكان معسروهم أضعاف ميسورهم ، فما مكن النبي ﷺ امرأة قط من الفسخ باعتبار إعسار زوجها ولا أعلمها أن الفسخ حق لها[2] .

أما الاستدلال بالمعقول فمن جهة المقرر شرعا بأن ارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن مناص من ارتكاب أحدهما واجب ، وما من شك أن في إلزام الفرقة إبطال حق الزوج بالكلية ، وفي إلزام الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها ، و تأخير الحق أهون شأنا من الإبطال فوجب المصير إليه عملا بذلك الأصل المقرر شرعا[3] .

---

[1] - الخصاف ، أبو بكر أحمد بن عمرو : **كتاب النفقات** ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1984) ، ص 38 .

[2] - رد المحتار ، ج5 ، ص 306 ؛ تبيين الحقائق ، ج3 ، ص 308 ؛ البناية ، ج5 ، ص 671 .

[3] - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 111 ؛ فتح القدير ، ج4 ، ص 391 .

ثانيا : رأي الجمهور : أجاز مالك والشافعي وأحمد التفريق لعدم الإنفاق ، وقالوا بأن للزوجة حق طلب التفريق من القاضي متى امتنع عن الإنفاق لعجزه ، أو امتنع ظلما منه مع مقدرته[1] .

واستدل الجمهور بقوله ﷻ :﴿ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُواْ ﴾البقرة-231﴿ وإمساك المرأة بدون نفقة ضرر عليها ، وبقوله ﷻ: ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾البقرة-229﴿ وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع عن الإنفاق عليها ، والمعسر إذا أمسك زوجته كان مضارا معتديا ، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، فعلى القاضي دفع العدوان عنها بالتفريق[2] .

ومن ذلك أيضا ما روي أن النبي ﷺ قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على امرأته : ﴿ يفرق بينهما ﴾[3]، وسئل سعيد بن المسيب عن ﴿ الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قيل سنة ؟ قال سنة ﴾[4] . وقوله سنة يعني أنه ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ .

وأما الاستدلال بالمعقول فيظهر من وجه القياس على الجب والعنة ، قالوا إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لأنه فقد لذة يقوم البدن بدونها ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا

---

[1] - أبو البركات ، مجد الدين : **المحرر في الفقه** ، تحقيق : محمد الفقي ، (بيروت : دار الكتاب العربي) ، ج2 ، ص 116 ؛ المدونة ، ج4 ، ص 24 ؛ الحاوي الكبير ، ج11 ، ص 455 ؛ بداية المجتهد، ج2 ، ص 52 .

[2] - شلتوت ، محمود محمد و السايس ، محمد علي : **مقارنة المذاهب في الفقه** ، (القاهرة : مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر ، 1953) ، ص 90 .

[3] - أخرجه البيهقي ، كتاب النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، رقم (15708) ، ج7 ، ص 774 ؛ والدارقطني في كتاب النكاح ، باب المهر ، رقم (194) ، ج3 ، ص 297 ؛ الشافعي ، كتاب أحكام القرآن ، ص 266 ؛ وأعله الحافظ في التلخيص الحبير ، ج4 ، ص 15 ؛ وقال الصنعاني بأنه مرسل قوي ، سبل السلام ، ج3 ، ص 458 .

[4] - البيهقي ، كتاب النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، رقم (15707) ، ج7 ، ص 773 ؛ الدارقطني ، رقم (193) ، ج3 ، ص 297 ؛ التلخيص الحبير، كتاب النفقات ، ج 4 ، ص 15 . قال أبو حاتم : وهم إسحاق بن منصور في اختصار هذا الحديث وتأوله ؛ العلل ، ج2 ، ص 123 ؛ والشافعي في مسنده ، كتاب أحكام القرآن ، ص 267 ؛ وابن أبي شيبة في المصنف ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته ، رقم (19006) ، ج4 ، ص 174 ؛ الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب جامع الطلاق ، رقم (1249) ، ص 360 ؛ وذكر ابن القيم بأن الحديث منكر ؛ زاد المعاد ، ج5 ، ص 520 .

بها أولى وأيضا إن منفعة الجماع مشتركة بينهما ، فإذا ثبت جواز الفسخ عن عدم المنفعة المشتركة فثبوته عند عدم المختصة بها وهي النفقة أولى[①] .

والرأي المختار هو رأي الجمهور لأن استدلالاتهم قوية ، إذ يظهر اعتبارهم لحالة تغرير الرجل بالمرأة في يساره ، ولا يمكن جبر الزوجة على البقاء في ذمة من لا ينفق عليها إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، كما أن الزوج مطالب بالإمساك بالمعروف وهو ما لا يتفق مع حالة عدم النفقة.

ويظهر أن قانون الأسرة قد أخذ برأي الأئمة الثلاثة بجواز التطليق للإعسار بالنفقة .

وانطلاقا من نص المادة (53 فقرة 1) يمكن استنتاج شروط التطليق لعدم الإنفاق كما يلي :

1-عدم إنفاق الزوج عمدا ووجود دعوى مرفوعة من قبل الزوجة للمطالبة بالنفقة ، وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك[②] .

2-ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج لأن ذلك يسقط حقها بسبب رضاها به معسرا[③] . فإذا اجتمعت هذه الشروط فإنه يحق للزوجة طلب التطليق لعدم الإنفاق الذي يفترض فيه تضرر المرأة به .

ولم يفرق قانون الأسرة فيما إذا كان عدم الإنفاق متعمدا من الزوج مع مقدرته على ذلك ، وفيما إذا كان بسبب عجز الزوج عن ذلك بسبب البطالة أو العجز الجسدي[④] ، كما لم ينص على المهلة التي تنظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة من أجل طلب التطليق[⑤] ، وهو ما حدا ببعض الباحثين إلى اعتماد المهلة

---

① - المغني ، ج9 ، ص 243 .

② - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 276 ؛ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 256 .

③ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 277 ؛ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 256 .

④ - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 257 .

⑤ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 278 .

المحددة في المادة (331) من قانون العقوبات[1] التي تنص على أنه : » يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم «[2] .

ويشار هنا إلى أن الفرقة بسبب عدم الإنفاق تعتبر طلاقا رجعيا عند المالكية[3] ، فللزوج مراجعة زوجته إذا أيسر خلال العدة[4] .

البند الثاني : التطليق للهجر في المضجع

تنص المادة (53 فقرة3) من قانون الأسرة على جواز التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر .

والهجر في المضجع هو أن يدير الرجل ظهره لزوجته ولا يعيرها الاهتمام المطلوب منه كزوج في الفراش ، وهو من الأساليب التي شرعها الله ﷻ للرجل كي يؤدب زوجته بغرض الإصلاح بعد الشقاق .

والهجر لا يلجأ إليه الزوج إلا إذا فشل في الإقناع والوعظ ، قال تعالى : ﴿ وَالتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾النساء-34﴿ . » وقد بين كل المفسرين أن الهجر في المضاجع لا يعني البتة هجر الفراش أو الحجرة ، بل هذا ربما يكون سببا في زيادة الجفوة ، لأن الهجر في المضاجع كثيرا ما يهيج شعور الزوجة ويكون مدعاة لتسكين نفس كل من الزوجين إلى الآخر وعاملا لإزالة قلقهما واضطرابهما «[5] .

---

[1] - الصادر بالأمر رقم (66-156) المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بعدة قوانين آخرها القانون رقم (04-15) ، الجريدة الرسمية رقم (71) لسنة 2004 .

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 272 ؛ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 260 .

[3] - القوانين الفقهية ، ص 225 .

[4] - الآبي ، صالح عبد السميع ، **جواهر الإكليل** ، (بيروت : المكتبة الثقافية) ، ج1 ، ص 405 ؛ المدونة ، ج4 ، ص 25 ؛ حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 519 .

[5] - التومي ، محمد : **نظام الأسرة في الإسلام** ، (الجزائر : شركة الشهاب) ، ص 107-109 .

ولكن إذا هجر الزوج زوجته دون مبرر شرعي وقصدا للإضرار بها لمدة تزيد عن الأربعة أشهر ، فيجوز لها التوجه للقاضي طلبا للتطليق وتخلصا من هذا الزوج المضار .

والتطليق للهجر في المضاجع يوافق الإيلاء ، ويعتقد الأستاذ عبد العزيز سعد » أن بعض المشرعين الجزائريين على الأقل كانت تدور في أذهانهم أحكام الإيلاء أو أحكام الظهار وهم يناقشون حق الزوجة في طلب التطليق بسبب هجر الزوج لها في المضجع «[①] .

والإيلاء لغة هو الحلف ، أما اصطلاحا فقد عرفه المالكية بأنه حلف زوج مسلم مكلف ممكن بالوطء بما يدل على ترك وطء زوجته غير المرضع أكثر من أربعة شهور ، سواءً أكان الحلف بالله أم بصفة من صفاته ، أم بالطلاق ، أم بالتزام قربة[②] .

وذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أنه :

1 .إذا حصل الفيء قبل مضي المدة ، تجب كفارة اليمين أو ما التزم به .

2 .وإن حصل الفيء بعد مضي المدة ، انتهى الإيلاء ولا شيء على المولي .

3 .وإن مضت المدة ولم يفيء الزوج لا قبلها ولا بعدها ، رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي الذي يأمره بالفيئة أو الطلاق ، فإن أبى طلق عليه القاضي طلقة رجعية[③] .

ويرى بعض الشراح لقانون الأسرة أن المشرع الجزائري تعمد إهمال الإيلاء لأنه رآه يمينا معلقا على شرط فأبعده ليضيق نسبة الطلاق[④] .

---

① - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 264 .

② - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 426 ؛ حاشية العدوي ، ج2 ، ص 93 .

③ - القوانين الفقهية ، ص 250 ؛ ؛ بداية المجتهد ، ج2 ، ص 102 ، 104 ؛ الحاوي الكبير ، ج10 ، ص 356 ؛ المغني ، ج8 ، ص 542 ؛ النهاية في مجرد الفقه ، ص 528 .

④ - سعد ، فضيل : **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986) ، ج1 ، ص 280-279 .

إلا أن هذا الرأي قد جانبه الصواب ، لأن عدم النص على الإيلاء صراحة يفوت على المرأة حقها الشرعي في التخلص من الزوج الذي لا يمكنها من الوطء ، وعلى العكس من ذلك يتضح أن النص المقابل للإيلاء في قانون الأسرة وهو التطليق للهجر في المضجع يمكن أن يكون مساهما في زيادة نسبة الطلاق لأن المشرع » لم يشترط فيه الإضرار بالزوجة لدى الزوج حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق «[1] .

ويشترط لاستجابة القاضي لطلب الزوجة بالتطليق أن تتوافر ثلاثة شروط وهي :

أ- هجر الزوج لزوجته مع مبيته معها في فراش الزوجية .

ب- أن يكون هجره عمديا ومقصودا لذاته .

ج- أن يتجاوز هذا الهجر مدة أربعة أشهر متتالية دون اتصال بينهما[2] .

البند الثالث : التطليق للغيبة

نصت المادة (53 فقرة 5) على جواز طلب الزوجة للتطليق لغيبة الزوج بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة . ويتضح أن الزوجة لا يجوز لها طلب التطليق للغيبة إلا بشروط وهي :

أ- مضي مدة سنة على غياب الزوج .

ب- وقوع الغياب بدون عذر شرعي .

ج- إهمال الزوج لنفقة زوجته بأن لم يترك لها ما تنفقه على نفسها وأولادها[3] .

---

[1] - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 265 . غير أن ما يمكن قوله أن الفقه المالكي يتيح للزوجة إمكانية المطالبة بالطلاق للهجر في المضجع من غير إيلاء ولا ظهار ، وتؤسس هذه المطالبة على الضرر الناتج عن هجر الزوجة وعدم تمكنيها من حقها في المعاشرة ، وهو بلا شك ضرر مادي ومعنوي لما يرتبه من نتائج خطيرة .

[2] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 289 .

[3] - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 269 ؛ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 297-298 .

وقد اختلف الفقهاء في كون الغيبة موجبة لطلب التفريق ، إذ يرى الحنفية والشافعية أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق لغيبة الزوج وإن طالت ، لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما[①] .

أما المالكية[②] والحنابلة[③] فيرون جواز التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها ، ولو ترك لها الزوج مالاً تنفق منه ، لأن غيابه ضرر عليها والضرر يدفع قدر الإمكان[④] ، وقد كتب عمر ﷺ لقوم تركوا نساءهم بالمدينة إما أن يقدموا أو يرحلوهم إليهم أو يطلقوا[⑤] . وذهب المالكية إلى أنه يطلق عليه إن طالت غيبته وقدر ذلك بسنة أو بثلاث سنين ويفرق القاضي في الحال بطلب من الزوجة[⑥] .

والتطليق للغيبة مشروع لرفع الحرج عن الزوجة التي غالبا ما تكون معسرة وذات أولاد وتخشى على نفسها الزنا بترك الوطء ، فلها اللجوء إلى القاضي ليرفع عنها الضرر بالتطليق.

البند الرابع : التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

هذا ما نصت عليه المادة (53 فقرة 9) ، وهذه الفقرة هي إحدى بنود التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري ، وتبدو أهمية هذا السبب المبرر لطلب التطليق في أن الإخلال بشرط متفق عليه ابتداء في

---

① - رد المحتار ، ج6 ، ص 306 ؛ الأم ، ج5 ، ص 107 ؛ تكملة المجموع ، ج22 ، ص 310-311 .

② - ميارة ، محمد بن أحمد : **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام** ، ضبط : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) ، ج1 ، ص 426 ؛
- التسولي ، أبو الحسن : **البهجة في شرح التحفة** ، ضبط : محمد عبد القادر شاهين ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) ، ج1 ، ص 636 ؛ حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 519 .

③ - المغني ، ج9 ، ص 246 .

④ - المادة (31) من مجلة الأحكام العدلية ؛ درر الحكام ، ج1 ، ص 37 .

⑤ - أخرجه الشافعي في المسند ، كتاب أحكام القرآن ، ص 267 ؛ وقال الصنعاني بأن إسناده جيد ، سبل السلام ، ج3 ، ص 461 ؛ مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال على الغائب نفقة ، رقم (19013) ، ج4 ، ص 175 ؛ البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النفقات ، باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، رقم (15706) ، ج7 ، ص 773 ؛ مصنف عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ، رقم (12394) ، ج7 ، ص 70 .

⑥ - الحطاب ، محمد بن عبد الرحمن : **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ضبط : زكريا عميرات ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1995) ، ج5 ، ص 497 ؛ حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 519 .

عقد الزواج قد يؤدي إلى ضرر بالغ بالزوجة ، وتصير حياتها الزوجية إلى الاختلاف بسبب مخالفة هذا الشرط ، والذي غالبا ما يتعلق بمسألة تعد مهمة في نظرها ، وإلا ما كانت لتشترطها في العقد .

ويستند التطليق بسبب مخالفة الشروط إلى مبدأ حرية التعاقد وحرية الاشتراط .

وقد اختلف الفقهاء حول حرية التعاقد ومنها حرية الاشتراط ؛ حيث ذهب الجمهور[①] والظاهرية[②] إلى أن الأصل في الاشتراط الحظر فلا يباح إلا ما دل عليه الدليل ، أما الحنابلة[③] فيقولون بحرية الاشتراط وإباحته ، فلا يحظر إلا ما ورد النص عليه .

واستدل الجمهور بقول النبي ﷺ : ﴿ من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ﴾ [④] ، أي أن كل عقد أو شرط لم يرد به الشرع في القرآن أو في السنة أو بإجماع فهو باطل مردود ، إذ ليس لأحد سلطة تشريع العقود والشروط وإلا كان مبتدعا .

ويقول ابن حزم في الحديث السابق : » فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه «[⑤] . ويؤيد ما ذكر قول النبي ﷺ : ﴿ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ﴾ [⑥] .

---

① - المدونة ، ج3 ، ص 343-345 ؛ الأم ، ج5 ، ص 107 ؛ بدائع الصنائع ، ج5 ، ص 169 .

② - ابن حزم الأندلسي ، أبو محمد : **الإحكام في أصول الأحكام** ، تحقيق : لجنة من العلماء ، (القاهرة : دار الحديث ، ط1 ، 1984) ، ج3 ، ص 528 ؛ المحلى ، ج9 ، ص 123 .

③ - ابن تيمية ، أحمد : **مجموع الفتاوى** ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن قاسم ، (الرباط : المكتب التعليمي السعودي) ، ج32 ، ص 164-165 ؛ زاد المعاد ، ج5 ، ص 106-107 ؛ إعلام الموقعين ، ج3 ، ص 300 .

④ - البخاري ، كتاب البيوع ، باب النجش ، ج2 ، ص 17 ؛ مسلم ، كتاب الأقضية ، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور ، ج2 ، ص 63 .

⑤ - ابن حزم ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج5 ، ص 615 .

⑥ - البخاري ، كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل ، ج2 ، ص 20 ؛ مسلم ، كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ، ج1 ، ص 653 .

وأما الحنابلة فاستدلوا بقول الله تعالى : ﴿ يَـأَيُّـهَا الـذِينَ ءَامَنُـوا أَوْفُـواْ بِـالْعُقُودِ ﴾﴿المائدة-01﴾ ففي الآية أمر بوجوب الوفاء بالعقود دون استثناء ، ويستفاد منها كذلك مبدأ القوة الإلزامية للعقد[①] ، ومنه صحة العقد الذي يكون مشتملا على شرط أقر الفقهاء بصحته وملاءمته لمقتضى العقد في النكاح .

ويؤيد هذا كذلك قول النبي ﷺ : ﴿ الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما﴾[②] .

كما أن الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة[③] ، تحقيقا لمقصد رعاية مصالح الناس في المعاملات ، فيباح عقد العقود واشتراط الشروط ،« ويكفي في صحة العقود ألا تحرمها الشريعة »[④] .

ولعل مذهب الحنابلة يكون راجحا لما فيه من التوسعة على الناس وما تقتضيه معاملاتهم من الاستمرار ، « وأن القول بالرأي الأول يؤدي مطلقا إلى القول بتحريم الحلال وتحليل الحرام »[⑤] .

والشروط المقترنة بعقد الزواج منها ما يجب الوفاء به اتفاقا وهي الشروط الصحيحة ، ومنها ما لا يجب الوفاء به[⑥] ، وهي الشروط الفاسدة التي تنافي مقتضى عقد الزواج ومقاصده .

---

① - وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4 ، ص 199.

② - أخرجه الترمذي في السنن ، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ، رقم (1363) ، ج2 ، ص 403 وقال حديث حسن صحيح ؛ وأبو داود في السنن ، كتاب الأقضية ، باب : في الصلح ، ج2 ، ص 298 ؛ وابن ماجه في السنن ، كتاب الأحكام ، باب الصلح ، رقم (2353) ، ص 350 . وقال الحافظ ابن حجر : وأنكروا على الترمذي تصحيحه لأن راويه كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف ضعيف ، بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، ص 197 .

③ - ابن رجب الحنبلي ، عبد الرحمان : **القواعد في الفقه الإسلامي** ، (بيروت : دار المعرفة) ، ص 346 ؛ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 87 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 87 .

④ - وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج4 ، ص 200 .

⑤ - أبو زيد ، رشدي : **الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية** ، (القاهرة : دار الفكر العربي ، ط1 ، 2001) ، ص 144 .

⑥ - المدونة ، ج3 ، ص 343 ؛ الذخيرة ، ج4 ، ص 186 ؛ الحاوي الكبير ، ج9 ، ص 505 ؛ مجموع الفتاوى ، ج32 ، ص 164 ؛ المغني ، ج7 ، ص 448 ؛ المبسوط ، ج5 ، ص 86-88 .

وقد أجـاز الفقهاء المسلمون حق التطليق للزوجة إذا لم يوف زوجها بالشروط التي اشترطتها عليه ؛ إذ جاء في المغني بأن ما يلزم الوفاء به من الشروط في النكاح وهو ما يعود بفائدة على الزوجة ، يثبت لها فسخ النكاح إذا لم يوف الزوج به[①] .

وقال المالكية بأن عدم الوفاء بالشرط يثبت حق الزوجة في تمليكها الطلاق ، وإن لم يملكها فلها التطليق بالضرر[②] . وقال ابن تيمية أن للمرأة الفسخ إذا تزوج زوجها عليها مع اشتراطها ألا يفعل ذلك[③] .

ويأتي نص المادة (53 فقرة 9) من قانون الأسـرة كأثـر خاص للمـادة (19) منه[④] التي نصت على أنه : » للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون « .

وقد رجح بعض الشراح أساس طلب التطليق للزوجة في حالة عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أنه الالتزام العقدي[⑤] أي المسؤولية العقدية ، وهذا قبل صدور التعديل الأخير لقانون الأسـرة الذي أدرج ضمن الأسباب الموجبة للتطليق عدم الوفاء بالشروط المشترطة في عقد الزواج ، وبالتالي فيصبح الأساس المبرر لطلب التطليق هو نص المادة (53 فقرة 9) والذي يعتبر مؤيدا للمصدر وهو المسؤولية العقدية .

وقد قضت المحكمة العليا في قرار سابق بأن إصرار الزوج على إخراج زوجته من بلدها يعتبر إخلالا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج ، مما يترتب عليه فك العصمة[⑥] .

---

① - المغني ، ج7 ، ص 448 .

② - القوانين الفقهية ، ص 228 .

③ - مجموع الفتاوى ، ج32 ، ص 164 .

④ - المتممة بالمادة (10) من الأمر رقم (05-02) .

⑤ - عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 172 .

⑥ - المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، بتاريخ 1971/03/03 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة ، ص 24 .

وبهذا يتبين أن التعديل الأخير لقانون الأسرة بخصوص التطليق لعدم الوفاء بالشروط ، جاء مؤكدا لهذا الاتجاه الاجتهادي للمحكمة العليا ، والذي يكون بدوره موافقا لما سار عليه فقهاء المالكية والحنابلة من ثبوت حق التطليق للزوجة إذا لم يوف زوجها بالشروط التي لا تنافي مقتضى العقد .

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 :

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

-مخالفة الأحكام الواردة في المادة (08)[1] .

-ارتكاب فاحشة مبينة .

-الشقاق المستمر بين الزوجين .

-كل ضرر معتبر شرعا .

وأعالج هذه الأسباب تباعا في البنود الآتية .

[1] - تنص المادة (08) على أنه : « يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل . يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية . يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد ، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية » .

البند الأول : التطليق للحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة

أجاز القانون للزوجة طلب التفريق من القاضي إذا حكم على زوجها في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ، وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية .

ويتجلى وجه الضرر في هذا السبب المسوغ للتطليق من ناحيتين :

– الناحية الأولى : وتتجلى في الضرر المعنوي الذي يخلفه الحكم على الزوج من آثار ماسة بشرف الأسرة وسمعتها ، ويؤثر على مستقبل الزوجة والأولاد .

–الناحية الثانية : الضرر المادي المتمثل في استحالة مواصلة الحياة الزوجية ، وهذا لأن جريمة بهذا الشأن لا تقل عقوبتها عن الحبس ، وهو ما يسبب غيابه عن أسرته التي تبقى بدون عائل ولا رقيب ، وهنا يتجلى الضرر المعنوي كذلك .

وقد بينت أن المالكية يجيزون طلب التفريق لغيبة الزوج التي تكون هنا ناتجة عن حبسه[①] ، كما أن الزوجة تتضرر بحبس النفقة عنها بالغياب . وتكون الطلقة التي يوقعها القاضي لغياب الزوج أو حبسه طلقة بائنة[②] .

البند الثاني : التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) من قانون الأسرة

تنص المادة (08)[③] من قانون الأسرة على أنه : » يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

① - شرح ميارة الفاسي ، ج1 ، ص 426 ؛ البهجة في شرح التحفة ، ج1 ، ص 489 .
② - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 519 .
③ - المعدلة والمتممة بالمادة (06) من الأمر رقم (05-02) .

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية .

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

ويظهر من نص المادة (53 فقرة 6) أن القانون جوز للزوجة طلب التطليق إذا لم يحقق الزوج الشروط التي التزم بها عند لجوئه للزواج مرة ثانية ، وهذه المادة تندرج ضمن باب تقييد تعدد الزوجات الذي جاء به التعديل الأخير لقانون الأسرة .

فبناءً على النص السابق إذا أحست الزوجة –مهما كان ترتيبها – بإخلال في عدل زوجها معها تجاه ضرتها يمكنها الالتجاء للقاضي طلبا للتفريق .

والعدل بين الزوجات واجب لأن النبي ﷺ يقول : ﴿ من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا ﴾ [1] .

وجاء في فتح القدير في قول اللّه ﷻ : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمُ و أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَحِدَةً اَوْ مَا مَلَكَتَ اَيمَنُكُمْ ﴾النساء-03﴿ : » فاستفدنا أن حل الأربع مقيد بإيقان الزوج بقدرته على العدل ، وثبوت المنع عن أكثر من واحدة عند خوفه عدم العدل «[2] .

[1] - أخرجه أحمد في مسند أبي هريرة ، ج2 ، ص 347 ؛ وأبو داود ، كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ، ج1 ، ص 534 ؛ والدارمي ، كتاب النكاح ، باب في العدل بين النساء ، رقم (2206) ، ج2 ، ص 193 ؛ والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر ، رقم (1150) ، ج2 ، ص 304 ؛ وصححه الحاكم على شرط الشيخين ، كتاب النكاح ، باب التشديد في العدل بين النساء ، ج2 ، ص 186 ، وسكت عنه الحافظ في التلخيص ، كتاب القسم والنشوز ، ج3 ، ص 408 .

[2] - فتح القدير ، ج3 ، ص 432 .

وقد ذهب أكثر الأئمة إلى وجوب القسم بين الزوجات[①] . ويقول القرافي : » يجب العدل بين الزوجات إجماعا «[②] ، ولا خلاف بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم[③] ، بل أن من لم يعدل بين نسائه فهو عاص لله ورسوله لا تجوز إمامته ولا شهادته[④] .

ولا شك أن مناط التطليق في حالة عدم العدل بين الزوجات هو الضرر وخاصة المعنوي منه ، الذي يصيب الزوجة من جراء تمييز زوجة أخرى عليها ؛ ومن هنا نستنتج أن قانون الأسرة يبيح طلب التطليق للضرر المعنوي ، هذه الإباحة وإن لم ينص عليها صراحة إلا أنها تستنتج ضمنيا من بعض أسباب التطليق التي يكون الدافع فيها هو الضرر المعنوي . وقد قضت المحكمة العليا بتطليق زوجة نتيجة للضرر الذي لحقها من زواج زوجها مرة أخرى دون علمها ، استنادا لنص المادة (08) من قانون الأسرة[⑤] .

البند الثالث : التطليق للضرر المعتبر شرعا

ورد النص في قانون الأسرة على الضرر المعتبر شرعا كمبرر لطلب التطليق بعبارة عامة شاملة ، تفتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي لتقدر الضرر بالرجوع إلى أقوال الفقهاء .

والضرر بأنواعه يكثر في العلاقات الزوجية هذه الأيام ، نظرا لتردي الوازع الديني لدى الأزواج ، وعدم التزامهم النهج الشرعي في العيش ، وتتعدد صوره من الضرب المبرح والشتم المقذع والسب والتحقير والإهانة والإساءة إلى السمعة بأفعال يأتيها الزوج أو بما يرتكبه من فواحش ، إلى جانب الشقاق المستمر بين الزوجين .

---

① - نيل الأوطار ، ج6 ، ص 217 .
② - الذخيرة ، ج4 ، ص 225 .
③ - المغني ، ج8 ، ص 138 .
④ - حاشية العدوي ، ج2 ، ص 60 .
⑤ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (122443) ، بتاريخ 1995/09/26 ، نشرة القضاة ، (الجزائر : الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1999) ، العدد (55) ، ص 177 .

وقد نص قانون الأسرة على أسباب أخرى تخول الحق في طلب التطليق نتيجة للضرر المترتب عنها وهي :

-التطليق لارتكاب فاحشة مبينة .

-التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين .

وهذه الأسباب في حقيقتها تعبر عن ضرر بالغ ومسلك خطير وصلت إليه الحياة الزوجية ، والذي لا سبيل لمعالجته إلا بالانفصال .

فالفاحشة المبينة من زنا أو سكر أو كل خروج عن سلوك الرجل السوي ، يشكل إخلالا خطيرا بمسيرة الأسرة وتربية نشئها تربية صالحة قويمة ؛ فيكون من الأصلح للأولاد الابتعاد عن هذا الوالد الذي يشكل بسلوكه قدوة سيئة لهم . وكذلك في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين فإن طلب الطلاق يكون مبررا ، والذي غالبا ما يأتي بعد استنفاذ وسائل الإصلاح التي بينها المولى ﷻ في قوله : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنَ اَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنَ اَهْلِهَآ إِنْ يُّرِيدَآ إِصْلَـحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَآ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾النساء-35﴿ .

ويقول ابن فرحون[1] في تحديد بعض ما يعتبر ضررا وما لا يعتبر كذلك : » ومن الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عليها ، وإيثار امرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما ، وليس من الضرر منعها من الحمام والنزهة وتأديبها على ترك الصلاة ولا فعله التسري «[2] .

[1] - برهان الدين أبو إسحاق إبراهيم بن الشيخ أبي الحسن علي بن فرحون قاضي المدينة المنورة ، أخذ عن والده والإمام ابن عرفة وأخذ عنه ابنه أبو اليمن وغيره . له شرح على مختصر ابن الحاجب و«تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام » و«الديباج المذهب في معرفة أعيان وعلماء المذهب » ، توفي في عيد الأضحى من سنة 790 هـ وقيل 799 هـ . درة الحجال ، ص 94-95 ؛ شجرة النور ، ج1 ، ص 222 .

[2] - مواهب الجليل ج5 ، ص 265 ؛ حاشية الخرشي ، ج4 ، ص 412 .

وقد اختلف الفقهاء حول التفريق للشقاق والضرر ، فلم يجزه الحنفية والشافعية والحنابلة[1] مهما كانت شدة الضرر . وقد استدلوا بأن العصمة ملك للرجل فلا يملك الحاكم إيقاع الطلاق بغير رضاء الزوج في غير المواضع المنصوص عليها ، والعدوان لا يقتضي التفريق لأن رفع الظلم يمكن عن طريق الحاكم[2] .

أما المالكية فقد أجازوا التفريق للضرر منعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما[3]، واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾البقرة-229﴿ ، ووجه الاستدلال أن الإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الإضرار البين بالزوجة . كما استدلوا بقوله ﷺ : ﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾ [4] وبالقياس على العيوب التي يثبت بها الخيار[5] .

وموقف المالكية من تجويز التطليق للضرر هو الأقرب لروح الشريعة ، إذ أن « المقصد الشرعي من انحلال آصرة النكاح بالطلاق من الزوج أو الحاكم هو ارتكاب أخف الضرر عند تعسر استقامة المعاشرة وخوف ارتباك حالة الزوجين وتسرب ذلك إلى حالة العائلة » [6] .

وإضرار الزوج بزوجته يثبت عند المالكية بأحد أمرين : » إما بشهادة الشهود ومعاينتهم إياه لمجاورتهم للزوجين ، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران والخدم وغيرهما «[7] .

---

[1] - بدائع الصنائع ، ج4 ، ص 23 ؛ المغني ، ج8 ، ص 178 ؛ تكملة المجموع ، ج20 ، ص 262 ؛ بداية المجتهد ، ج2 ، ص 97 وما بعدها .

[2] - محمود شلتوت ، مقارنة المذاهب في الفقه ، ص 97 .

[3] - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 281 ، 285 ؛ التاج والإكليل ، ج5 ، ص 265 ؛ القوانين الفقهية ، ص 222 ؛ البهجة في شرح التحفة ، ج1 ، ص 485 ؛ شرح ميارة الفاسي ، ج1 ، ص 311 .

[4] - سبق تخريجه في الصفحة 22 من هذا البحث .

[5] - حاشية الخرشي ، ج4 ، ص 411 ؛ محمود شلتوت ، مقارنة المذاهب في الفقه ، ص 97

[6] - الطاهر بن عاشور ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، ص 165 .

[7] - شرح ميارة الفاسي ، ج1 ، ص 308 .

وعلى الصعيد القانوني فإن للسلطة التقديرية للقاضي دور هام في تقدير الضرر وجسامته ، ومدى كونه مبررا لطلب التطليق ؛ فقد قضت المحكمة العليا بأن تقدير قساوة المعاملة أو الإهانات أو الإساءات خاضعة لسلطة القاضي التقديرية والذي يجب عليه التأكد من وجودها وخطورتها وجسامتها[①] .

كما أشير إلى أن المادة (53 فقرة 10) من قانون الأسرة تمتاز بمرونة كبيرة إذ أنها قيدت الضرر بالشرعية (كل ضرر معتبر شرعا) ، وهذا من شأنه تحديد الأضرار الموجبة للتطليق ، كما أن نوع الضرر يختلف وقعه من امرأة لأخرى ، فما يعد ضررا عند واحدة قد لا يعد كذلك عند أخرى .

وجاء قضاء المحكمة العليا موافقا لهذا ، إذ قضت بأن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب مفهوم المادة (53) من قانون الأسرة ، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب[②] ، وفي مجال إثبات الضرر قضت المحكمة العليا بأن الضرب الواقع من الزوج على زوجته لا يثبت إلا بشهادة شرعية ، وأن الشهادة الطبية لا مجال للاعتماد عليها شرعا[③] ، وهي بذلك توافق ما ذهب إليه المالكية من اشتراط السماع المستفيض والفاشي للضرر من الجيران والخدم وغيرهم ؛ كما اعتبرت المحكمة بأن استفحال الشقاق بين الزوجين والذي أدى لإصابة الزوجة بمرض الأعصاب ، يعد سببا كافيا للتفريق القضائي بين الزوجين[④] .

---

① - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (43864) ، بتاريخ 1987/01/12 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1991 ، ص 46 .

② - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (127948) ، بتاريخ 1996/01/16 ، نشرة القضاة ، العدد (54) ، مديرية البحث بوزارة العدل ، (الجزائر : الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1999) ، ص 100 .

③ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (34276) ، بتاريخ 1984/02/03 ، نقلا عن : بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 302 .

④ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم (139353) ، بتاريخ 1996/09/24 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 1997 ، ص 96 .

الفرع الثالث : التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

نصت المادة (53 فقرة 2) من قانون الأسرة بأن العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج تكون سببا لطلب التطليق .

وتنقسم العيوب من حيث المنع من البناء بالزوجة إلى قسمين :

1- عيوب جنسية كالجب والعنة والخصاء في الرجل ، والرتق والقرن في المرأة .

2- عيوب لا تمنع الدخول ، ولكنها أمراض منفرة بحيث لا يمكن المقام معها إلا بضرر كالجذام والجنون والبرص والسل والزهري[①] .

ولم يحدد قانون الأسرة العيوب التي يقصدها بقوله » تحول دون تحقيق الهدف من الزواج « ولعل المعنى ينصرف إلى العيوب التي تمنع التكاثر لأنه هدف الزواج ، أو تجعل عمليته منفرة للزوجين .

وقد اختلف الفقهاء في التفريق بالعيب إلى رأيين :

- رأي الظاهرية الذين قالوا بعدم جواز التفريق بأي عيب كان ، سواء أكان في الزوج أم في الزوجة ، ولا مانع من تطليق الزوج للزوجة[②] .

- ورأي الجمهور الذين أجازوا التفريق بسبب العيوب واختلفوا فيمن يثبت له الحق ، إذ قصره الحنفية على الزوجة[③] فقط لأنها لا يمكنها دفع الضرر عنها إلا باللجوء للقاضي ، وأن الزوج يمكنه دفع الضرر بالطلاق ، أما الأئمة الثلاثة فأثبتوا الحق لكلا الزوجين وهذا لأن التضرر يجوز في حقهما[④] .

---

① - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص 514 .

② - المحلى ، ج9 ، ص 279 .

③ - فتح القدير ، ج4 ، ص 304 ؛ بدائع الصنائع ، ج2 ، ص 327 .

④ - المدونة ، ج3 ، ص 365 ، 368 ؛ المغني ، ج7 ، ص 579 ؛ تكملة المجموع ، ج19 ، ص 540 ؛ بداية المجتهد ، ج2 ، ص 50 .

والتطليق للعيوب يبرره السعي والتطلع لتحقيق المقاصد الشرعية من الزواج كالإحصان ، وإنجاب الذرية ، وتحقيق السكن والمودة والرحمة في الأسرة انطلاقا من علاقة الزوجين ببعضهما .

ويشترط من أجل رفع دعوى التطليق للعيب شرطان :

1-عدم علم الزوجة بعيب الزوج قبل الزواج .

2-عدم رغبة الزوجة بمواصلة الحياة مع زوجها المعيب[①] .

وجاءت عبارة العيب فضفاضة من غير تحديد أو تخصيص بين العيب الحادث قبل النكاح أو بعده ، أو العيب الدائم أو المتقطع ، أو العيب الذي يمكن شفاؤه والعيب الذي تنقطع معه آمال الشفاء ، وعلى هذا ينبغي التحديد ، خاصة من وجهة نظر تهدف إلى ضمان استمرارية الأسرة وذلك في حالة ما إذا كان العيب قابلا للشفاء النهائي في عصر الطب الحديث ، كما أنه من غير المعقول أن تتجه الزوجة للقضاء طالبة التطليق في عيب يمكن شفاؤه ، ولا يتطلب إلا الصبر والمصابرة من طرف الزوجة .

ويرى بعض الشراح أن عبارة العيب في محلها ، إذ تعبر عن المقصود بدقة أكثر من أي مصطلح آخر يمكن أن يستعمل كالمرض أو العجز مثلا ، ويمثل بمسألة الضعف الجنسي الذي لم يعد كذلك مع تطور الاكتشافات الطبية الحديثة ، وظهور منشطات جنسية قادرة على إعادة القدرة الجنسية للزوج[②] .

وكان للقضاء الجزائري دوره في إزالة بعض الغموض الناجم عن تطبيق هذه المادة ، فقد قضت المحكمة العليا بسقوط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها ، كما أن سكوت الزوج عن عيوبه أو إخفائه لها ، تجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل[③] .

---

① - Ghaouti Benmelha, **le droit algérien de la famille**, (Alger : OPU, 1993), p.192.

② - تشوار ، الجيلالي : **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001) ، ص 151-152 .

③ - المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، بتاريخ 9 فبراير 1966 ، وفي هذه القضية أخفى الزوج عيبه الجنسي حين العقد ؛ نقلا عن : بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 283 .

كما بين القضاء أنه في حالة النزاع يلجأ القاضي إلى الخبرة الطبية[①] التي تحدد طبيعة العيب وإمكانية برئه ، وفي هذه الحالة الأخيرة يمنح القاضي مدة سنة للزوج المريض من أجل العلاج وطلب الشفاء ، وفي نهاية المدة إذا لم يعاين القاضي أية تحسنات فيحكم عندها بالطلاق[②] .

ويعتبر الطلاق الذي يوقعه القاضي للعيب أو للمرض الضار بائنا عند مالك وأبي حنيفة[③]، بينما يعتبره أحمد والشافعي بأنه فسخ وليس طلاق[④] . وقد ذهب قانون الأسرة الجزائري مذهب المالكية باعتبار الطلاق الذي يوقعه القاضي نتيجة العيب طلاقا بائنا[⑤] .

① - مجلس تلمسان ، الغرفة المدنية ، بتاريخ 1967/12/28 ، نقلا عن : Ghaouti Ben melha, *op.cit.*, P.193.

② - ibid. , P.193-194.

③ - الذخيرة ، ج4 ، ص 204 ؛ بدائع الصنائع ، ج2 ، ص 326 .

④ - المغني ، ج7 ، ص 585 ؛ تكملة المجموع ، ج19 ، ص 553 .

⑤ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 285 ؛ Ghaouti Benmelha , *op.cit.* , p.194 .

المبحث الثاني : الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق

إن فرض التعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن الطلاق التعسفي والتطليق يستند إلى أساس فقهي يبرر إيجابه بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، وهذا الأساس قد يكون نتيجة لنظرية فقهية أو اتجاه تشريعي معين وهو ما أسعى لبيانه في المطالب الآتية .

المطلب الأول : الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

تنص المادة (52) من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : » إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها «[1] .

وهذه المادة بصياغتها العامة تحمل بعض الغموض ، فقد كثرت التأويلات بشأنها وحول أساسها الفقهي خاصة .

والسؤال الذي يحتاج إلى الإجابة عنه بدقة هو : ما هو مصدر التعويض عن الضرر في هذه المادة ، هل هو المتعة التي شرعها المولى ﷻ للمطلقات أم هو التعويض الذي يستند لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي كما يفهم من عموم نص المادة ، وهو ما سأحاول الإجابة عليه في المطالب الموالية ، حيث سأعرض الأساس المفترض انطلاقا من مصدره الشرعي أو القانوني مقابلا إياه بما ورد في قانون الأسرة وما سار عليه الفقه الإسلامي .

[1] - المادة (52) المعدلة بالمادة (12) من الأمر رقم (05-02) .

الفرع الأول : نفقة المتعة[1]

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تنص عليه قوانين الأحوال الشخصية العربية ، مصدره نفقة المتعة التي شرعت كأثر للطلاق . وقبل أن أبين ذلك أتعرض لمفهوم المتعة ومشروعيتها وحكمها بين الفقه الإسلامي والقانون ، وعلاقتها بالتعويض القانوني عن الطلاق التعسفي .

البند الأول : مفهوم متعة المطلقة

أتطرق في هذا البند لتعريف المتعة في اللغة والاصطلاح الشرعي ، ومشروعيتها والحكمة منها .

أولا : تعريف المتعة

أ- المتعة لغة : الاسم من التمتع والاستمتاع ، والمتاع : السلعة والمنفعة ، و كل شيء ينتفع به ويتبلغ به ويتزود ويأتي الفناء عليه في الدنيا . ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق ، مما تنتفع به[2] .

ب- المتعة في الاصطلاح : عرفها المالكية بأنها ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق[3] . أما الشافعية فقالوا بأنها المال الذي يجب على الزوج لامرأته لمفارقته إياها بشروط[4] .

والمراد بالمتعة شرعا ما تمتع به الزوجة وتعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها ، من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض[5] .

---

[1] - قال ابن جزي بأن لفظ المتعة في الفقه يقع على أربع معان : أحدها متعة الحج والثاني النكاح إلى أجل والثالث متعة المطلقات والرابع إمتاع المرأة زوجها في مالها على ما جرت به العادة في الأندلس . القوانين الفقهية ، ص 219 .

[2] - الصحاح ، ج3 ، مادة (متع) ، ص 1282 ؛ معجم مقاييس اللغة ، ج5 ، مادة (متع) ، ص 293 ؛ لسان العرب ، ج10 ، مادة (متع) ، ص 204-206 ؛ القاموس المحيط ، ج3 ، مادة (متع) ، ص 86 .

[3] - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 425 ؛ حاشية الصاوي ، ج2 ، ص 616 .

[4] - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ، ج2 ، ص 102 ؛ تكملة المجموع ، ج20 ، ص 132 .

[5] - بهنسي ، أحمد : **نفقة المتعة بين الشريعة والقانون** ، (القاهرة : دار الشروق، ط1 ، 1988) ، ص 25 .

ثانيا : مشروعية نفقة المتعة

أ-لقد دلت الآيات على مشروعية المتعة ويذكر منها : قول الله ﷻ : ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ﴾البقرة-236﴿ ، وفي قوله ﷻ : ﴿ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾الأحزاب-49﴿ .

ووجه الدلالة من الآيات أنها تضمنت الأمر[1] في قوله تعالى : ﴿مَتِّعُوهُنَّ ﴾ وأن الأمر عند الأصوليين يحمل على الوجوب ما لم تقم دلالة تصرفه إلى الندب[2] .

كما روي أن النبي ﷺ طلق المستعيذة[3] منه ومتعها برازقيين[4] . وقد متع عبد الرحمن بن عوف ﷺ امرأة له بعد طلاقها بوليدة[5] .

ب-حكمة مشروعية نفقة المتعة

لا شك في أن تشريع المولى ﷻ للمتعة حكم ومقاصد ، فالطلاق يترك أثرا بالغا ووحشة لدى المرأة ، خاصة إذا كان بدعيا ، والمتعة كما يقول المالكية شرعت لجبر قلب المرأة من فجيعة الطلاق[6] .

---

[1] - الأمر عند الأصوليون هو طلب الفعل على جهة الاستعلاء ، واتفقوا على أنه حقيقة في القول المخصوص واختلفوا في كونه حقيقة في غيره .
- الشوكاني ، محمد بن علي : **إرشاد الفحول** ، (بيروت : دار المعرفة) ، ص 80 ؛ الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج2 ، ص 356 ، 365 .

[2] - السرخسي ، محمد بن أبي سهل : **أصول السرخسي** ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، (بيروت : دار المعرفة) ، ج1 ، ص 15 ؛ الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج2 ، ص 367 .

[3] - اختلف رواة الحديث في اسمها فقيل أنها عمرة بنت الجون الكلابية ، وقيل أنها أميمة بنت النعمان بن شراحيل ، وقيل اسمها العالية أو فاطمة ؛ التلخيص الحبير ، ج3 ، ص 279 .

[4] - الرازقية : ثياب كتان بيض وقيل كل ثوب رقيق ؛ لسان العرب ، ج10 ، مادة (رزق) ، ص 116 .
والرواية في صحيح البخاري : يا أبا أسيد اكسها رازقيين وألحقها بأهلها ، كتاب الطلاق ، باب من طلق وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق ، ج3 ، ص 269 .

[5] - الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في متعة الطلاق ، رقم (1212) ، ص 350 ؛ وابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب الطلاق ، باب ما قالوا في المتعة ، رقم (18701) ، ج4 ، ص 146 .

[6] - حاشية الدسوقي ، ج2 ، ص 425 ؛ الفواكه الدواني ، ج2 ، ص 64 .

وتشريع الإسلام للمتعة يندرج ضمن مقاصده بالمحافظة على الأعراض ، » وصون كرامة الناس من القيل والقال ، ولهذا أمر حتى في حالة الطلاق الذي يسبب في الغالب النزاع والبغضاء بأن لا ننسى المودة والإحسان قال تعالى : ﴿ وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمو ﴾البقرة-237﴿ فينبغي لمن تزوج من امرأة ثم طلق ألا ينسى مودة أهل ذلك البيت وصلتهم » [1] . وفي متعة الطلاق ما يزوّل غضاضته وتكون شهادة بنزاهة المرأة والاعتراف بأن الطلاق كان من قبل الزوج [2] وفي هذا تجنيب لسمعة المرأة من النيل بها .

البند الثاني : متعة المطلقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

إذا كان الفقه الإسلامي وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية يوجبون المتعة كأثر للطلاق ، فإنهم يختلفون في أسس ذلك الإيجاب ومداه ، ويتعلق الأمر بحكم المتعة في الفقه الإسلامي والأساس المبرر لها في القانون الوضعي ، وهو ما سأوضحه فيما يأتي .

أولا : حكم نفقة المتعة في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء المسلمون في حكم نفقة المتعة إلى أربعة آراء كما يأتي :

الرأي الأول : وهو للحنفية[3] والمشهور عند الحنابلة[4] والظاهر من مذهب الشافعية[5] ، ويرون بأن المتعة المشار إليها في القرآن على نوعين : متعة يقضى بها وأخرى لا يقضى بها ، فتجب للمطلقة قبل الدخول والتسمية وتستحب لغيرها .

ويستدلون بقوله ﷻ: ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾﴿البقرة-236﴾ .

---

[1] - الصابوني ، محمد علي : **روائع البيان في تفسير آيات الأحكام** ، (الجزائر : مكتبة رحاب ، ط4 ، 1990) ، ج1 ، ص 381 .

[2] - تفسير المنار ، ج2 ، ص 430 .

[3] - السمرقندي ، علاء الدين : **تحفة الفقهاء** ، (بيروت : دار الكتب العلمية) ، ج2 ، ص 141 ؛ رد المحتار ، ج4 ، ص 243 .

[4] - المغني ، ج8 ، ص 47 .

[5] - تكملة المجموع ، ج20 ، ص 133 .

ووجه الاستدلال أن قول الله ﷻ »متعوهن« أمر ، والأمر للوجوب ما لم تصرفه قرينة إلى الندب[1] .

كما استدلوا بقول الله ﷻ: ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾البقرة-241﴾ ووجه الدلالة ما ذكره القرطبي أن إضافة الإمتاع إليهن بلام التمليك أظهر في الوجوب منه في الندب[2] .

وتستثنى المطلقة قبل الدخول مع التسمية من المتعة ولها نصف الصداق لقوله ﷻ :﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمُو إِلاَّ أَن يَّعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾البقرة-237﴾ .

الرأي الثاني : وهو للشافعية[3] والإمامية[4] ورواية عن أحمد[5] واختاره ابن تيمية[6] ، بأن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها وقالوا حسبها نصف المهر .

ويستدلون بقوله ﷻ » ومتعوهن « وبقوله » وللمطلقات متاع بالمعروف « ، إذ أنه فرض المتعة لكل مطلقة بمعزل عن البناء والتسمية ؛ ويؤكده تمتيع زوجات النبي ﷺ وكن مدخولا بهن في قوله ﷻ : ﴿ يَأَيُّهَا النَّبِيءُ قُل لِّأَزْوَجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَوةَ الدُّنْيا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾الأحزاب-28﴾ .

الرأي الثالث : وهو مذهب المالكية الذين يرون أن المتعة مندوبة ولا يجبر عليها المطلق بحال[7] .

---

[1] - أصول السرخسي ، ج1 ، ص 15 ؛ الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج2 ، ص 367 .

[2] - الجامع لأحكام القرآن ، ج3 ، ص 200 .

[3] - تكملة المجموع ، ج20 ، ص 131 .

[4] - النهاية في مجرد الفقه والفتاوى ، ص 471 .

[5] - المغني ، ج8 ، ص 50 .

[6] - ابن عباس البعلي ، علاء الدين : **الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية** ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، (بيروت : دار المعرفة ، 1369 هـ) ، ص 237-238 .

[7] - المدونة ، ج4 ، ص 151 .

وقد قسم المالكية المطلقات إلى ثلاثة أقسام[1] :

القسم الأول: المطلقات قبل الدخول وقبل التسمية : فلهن المتعة ولا شيء لهن من الصداق[2] .

وعمدتهم في ذلك قول الله ﷻ » ومتعوهن « واختصاصه بالمحسنين يصرفه من الوجوب إلى الندب ، والإحسان والتقوى ليسا بلازمين بل من التقوى ما هو واجب وما هو ليس بواجب[3] .

القسم الثاني : المطلقات قبل الدخول وبعد التسمية : فأوجب لهن نصف المهر ولا متعة لهن .

ويستندون في ذلك إلى قول اللّه ﷻ : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾}البقرة-237﴿ ، حيث أن اللّه ﷻ ذكر المطلقة قبل البناء وبعد التسمية عقب الطلقة قبل البناء وقبل التسمية فأمر بالمتعة في الحالة الأخيرة ، وأما المطلقة قبل البناء وبعد التسمية فأوجب لها نصف الصداق فقط ولم يأمر بتمتيعها ، فدل هذا على أنه لا متعة لها[4] .

القسم الثالث : المطلقات بعد الدخول : سواء فرض لهن أم لم يفرض وفيهن قولان أن المتعة واجبة يجبر الزوج عليها في الأول[5] ويندب إليها في القول الثاني[6] ؛ فقد جاء في المدونة أن المطلقة المدخول بها والمسمى لها تجب لها المتعة في قول مالك إذا طلقت ، لكن زوجها لا يجبر على ذلك[7] ، ما يعني أن مالكا أوجبها على الزوج ديانة لا قضاءً ، فيكون آثما إذا لم يؤدها ولا يجبر قضاءً على أدائها[8] .

---

[1] - ابن رشد ، أبو الوليد : **المقدمات الممهدات** ، تحقيق : محمد حجي ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1988) ، ج1 ، ص 548 ؛ القوانين الفقهية ، ص 248 .

[2] - القوانين الفقهية ، ص 248 ؛ المقدمات الممهدات ، ج1 ، ص 549 .

[3] - المقدمات الممهدات ، ج1 ، ص 549 ؛ بداية المجتهد ، ج2 ، ص 98 ؛ الذخيرة ، ج4 ، ص 221 .

[4] - المقدمات الممهدات ، ج1 ، ص 550 ؛ الجامع لأحكام القرآن ، ج3 ، ص 229 .

[5] - القوانين الفقهية ، ص 248 .

[6] - المقدمات الممهدات ، ج1 ، ص 551 .

[7] - المدونة ، ج4 ، ص 151 .

[8] - بلتاجي محمد : **دراسات في الأحوال الشخصية** ، (القاهرة : مكتبة الشباب ، 1980) ، ص157 .

الرأي الرابع : وهو مذهب الظاهرية[1] ورواية عن أحمد[2] ويرون بوجوب المتعة لكل مطلقة ، مهما كان محلها من البناء والتسمية والرجعة ، بل قال ابن حزم بإيجاب المتعة للمختلعة أيضا[3] .

ولعل رأي من قال بوجوب المتعة لكل مطلقة إلا التي سمي لها يكون راجحا ، وهذا لقوة الأدلة التي استندوا إليها وتوفية لمقاصد المتعة ، والتي تهدف إلى بعث أمل لاستعادة الحياة الزوجية إن لم تكن البينونة كبرى .

كما اختلف الفقهاء في تقدير المتعة ، فمنهم من قال أنها محدودة بخادم أو كسوة أو غيرها[4] ، ومنهم من ذهب إلى أنها مؤولة إلى الحاكم لأنها أمر اجتهادي فلا بد فيها من القضاء كسائر المجتهدات[5] . كما أن للعرف دور في تقدير متعة المطلقة[6] ، إذ يساهم هذا الدور في تحقيق الحكمة منها .

ومن هذا نستخلص أن المتعة ليست من المقدرات الشرعية الثابتة نصا ، إنما هي أمر يلجأ في تقديره إلى الاجتهاد الشرعي والعرف الزماني والمكاني المحقق للمصلحة والملائم لمقاصد الشريعة .

---

[1] - المحلى ، ج10 ، ص 3 .

[2] - المغني ، ج8 ، ص 49 .

[3] - المحلى ، ج10 ، ص 3 .

[4] - قال الإمام مالك في تقدير المتعة :«ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليلها ولا في كثيرها» ، وذهب الشافعي إلى أن المستحب فيها على الموسع خادم وعلى المتوسط ثلاثون درهما وعلى المقتر مِقْنَعَةٌ (وهي ما تتقنع به المرأة من ثوب تغطي رأسها به ومحاسنها) ، أما أبو حنيفة فيرى أن أقلها درع وخمار وملحفة على ألا تزيد على نصف المهر وهو نفس رأي أحمد الذي قدرها بقدر ما تجزئ فيه الصلاة ، كما نقل عنه قوله :«هي بقدر يسار الزوج وإعساره وهي مقدرة باجتهاد الحاكم » .
- الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في مقصد الطلاق ، رقم (1213) ، ص 350 ؛ بدائع الصنائع ، ج2 ، ص 304 ؛ رد المحتار ، ج4 ، ص 244 ؛ المغني ، ج8 ، ص 52 ؛ المحرر في الفقه ، ج2 ، ص 37 ؛ تكملة المجموع ، ج20 ، ص 136 ؛ لسان العرب ، ج8 ، مادة (قنع) ، ص 300 .

[5] - المصري مبروك ، دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج في قانون الأسرة ، رسالة ماجستير ، ص 182 .

[6] - اليوبي ، محمد سعد الدين : **مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية** ، (الرياض : دار الهجرة للنشر والتوزيع ، ط2 ، 2002) ، ص 607 .

ثانيا : المتعة في القانون الوضعي

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المتعة ، وإنما أورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي ، وهو ما دفع بعض الشراح[1] إلى اعتبار ذلك التعويض من قبيل المتعة وأنه المسمى القانوني لهذا الفرض الشرعي. وبالمقابل فإن المتتبع لاجتهاد المحكمة العليا يطلع بوضوح على سير بعض القضاة على خطى منح المتعة للمطلقة ، وإن اختلفوا في المقدار إلا أنهم اتفقوا في النوع وهو مبلغ من المال يعطى للزوجة حسب السلطة التقديرية للقاضي ، وهو ما قضت به هذه المحكمة بكون تحديد مبالغ المتعة من اختصاص السلطة التقديرية لقضاة الموضوع ، وهو ذاته ما استقر عليه القضاء في الجزائر[2] .

البند الثالث : العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

يرى كثير من الباحثين المعاصرين أن نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية تقابل نظام التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي ، ولعل ما يؤيدهم في ذلك هو الاتجاه التشريعي لقوانين الأحوال الشخصية العربية واجتهادات محاكم النقض في مجال الطلاق التعسفي .

---

[1] - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 233 .

[2] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (75029) ، بتاريخ 1991/06/18 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 1994 ، ص 65 .
أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد ورد النص في البعض منها على تقدير المتعة ، وأذكر من ذلك : ما نصت المادة (18) مكرر من القانون المصري رقم (25) لسنة 1999 : أن المتعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ومفاد ذلك أن العبرة في تقدير المتعة بيسار الزوجة المطلقة وأن المادة قد ربطت بين الحد الأدنى للمتعة وبين نفقة المطلقة فجعلت الحد الأدنى للمتعة مساويا لنفقة المطلقة لمدة سنتين على الأقل ؛ أما القانون السوري للأحوال الشخصية فقد نص في مادته (62) على المتعة بأنها كسوة مثل كسوة المرأة عند الخروج من بيتها ويعتبر فيها حال الزوج على ألا تزيد على نصف مهر المثل ، وهو بذلك يكون متفقا مع مقاصد الآية السابقة حين ربط المتعة بحال الزوج وكذا مع رأي الحنفية في كسوة المرأة الشرعية . وبينما ربط قانون حقوق العائلة اللبناني في مادته (84) تعيين المتعة بحسب العرف والعادة على شرط ألا تتجاوز مهر المثل ، حددت مدونة الأسرة المغربية في المادة (84) كذلك معايير لتقديرها تتمثل في فترة الزواج ووضعية الزوج وأسباب الطلاق ومدى التعسف فيه .
- حسن السمنى ، الوجيز في الأحوال الشخصية ، ص 553 ؛ وهبه الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص 321 ؛ بدران أبو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، ص 215 ؛ مدونة الأسرة المغربية .

وأذكر من بين أولئك الباحثين : الدكتور وهبة الزحيلي[①] ، والدكتور عبد الرحمان الصابوني الذي اعتبر أن مصدر المادة (117) من القانون السوري هو ما ورد من إيجاب المتعة في الفقه[②] ، ذاكرا أن مستند التعويض هو مبدأ السياسة الشرعية العادلة المانعة لظلم المرأة وتعريضها للفقر بسبب تعنت الزوج ، وأنه ربما استند هذا الحكم إلى المتعة المعطاة للمطلقة والتي جعلها القرآن الكريم بالمعروف[③] .

واعتبر الدكتور بلحاج العربي المتعة تعويضا عن الطلاق التعسفي ، مستدلا بكيفية ورودها في الفقه الإسلامي ، مؤكدا أن فرضها في مدونة الأسرة المغربية[④] يتفق مع ندبها لدى المالكية[⑤] .

أما الدكتور الهادي السعيد عرفة فيؤكد أن المتعة تجب على الزوج لمطلقته إذا طلقها لغير حاجة أو سبب يدعو إلى الطلاق ، وأنه يقع على الزوجة في هذه الحالة عبء إثبات الضرر الذي لحقها[⑥] .

---

① - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، ص 532 .

② - ونص المادة :«إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال» ؛
- الصابوني ، عبد الرحمان : **شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، الطلاق وآثاره** ، (دمشق : المطبعة الجديدة ، ط5 ، 1978-1979) ، ص 52 .

③ - عبد الرحمن الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ص 53 . وهو نفس مذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (134) حيث أجاز للقاضي الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا طلبته الزوجة ، وجاء في الأسباب الموجبة لهذا القانون بأن هذا التعويض مصدره استحباب المتعة للمطلقة .
- داود ، أحمد محمد علي : **القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية** ، (عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1999) ، ج1 ، ص 209 .

④ - نص المادة (60) :« يلزم كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها ، إلا التي سمي لها الصداق وطلقت قبل الدخول » ، للإشارة فإن هذه المدونة تم إلغاؤها بموجب مدونة الأسرة الجديدة الصادرة بالقانون رقم (03-70) ، التي أبقت على الإلزام بالمتعة في المادة (84) غير أنها ربطتها بفترة الزواج ووضعية الزوج وأسباب الطلاق ومدى التعسف فيه ، مما يوحي بأن المشرع المغربي أراد بهذه المعايير الجمع بين المتعة كفرض إلهي للمطلقة وبين التعويض القانوني عن الطلاق التعسفي .
الظهير الشريف رقم (22-04-1) صادر في 2004/02/03 بتنفيذ القانون رقم (03-70) بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية للمملكة المغربية رقم (5184) الصادرة يوم 5 فبراير 2004 ، مستخرجة من الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية : ejustice.justice.gov.ma ، بتاريخ : 2005/12/18 .

⑤ - بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، ص 233 .

⑥ - الهادي السعيد عرفة ، إساءة استعمال حق الطلاق ، ص 252 .

ويرى الدكتور مصطفى السباعي بأن التعويض عن الطلاق التعسفي مبدأ جديد في القوانين العربية مستنده نفقة المتعة ، وأضاف بأنه تشريع جميل بلا ريب من شأنه أن يخفف عن المطلقة ألم الطلاق[①] .

وبالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد بينت أنه لم ينص على المتعة وإنما اكتفى بذكر التعويض عن الطلاق التعسفي كبديل عنها ، وهذا ما يظهر من خلال اتجاه قضاء المحكمة العليا بالرغم من التناقض الصارخ في قراراته . إذ قضى بأن الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها ، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية[②] ، وجاء هذا القرار ناقضا لما قرره مجلس قضاء الأغواط من تأييد الحكم الصادر عن محكمة نفس المدينة والذي قُضي فيه بنفقة إهمال ، نفقة عدة ، نفقة متعة قدرت بمبلغ 500.00 دج ومبلغ آخر بقدر6000.00 دج على سبيل التعويض عن الطلاق التعسفي[③] .

وكان القضاء الجزائري قبل الاستقلال يفرض للمطلقة تعويضا تحت اسم المتعة ، كما صدر بذلك قرار من مجلس قضاء الجزائر سنة 1924[④] ، وأسس هذا المجلس قراره على ما ورد من أحكام المتعة في الشريعة الإسلامية ، وانتهى إلى أن المتعة إنما وجبت لتعويض ما ينجم عن الطلاق[⑤] .

ومن خلال الآراء والنصوص والأحكام السابقة يتبين أن هناك رابطا واضحا بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي ، »وهو اتجاه غامض لا يؤكد لنا أن الفرق في التسمية فقط وإنما الجوهر كذلك«[⑥] .

---

① - مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، ص 101 .

② - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (35912) ، قرار بتاريخ 1985/04/08 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1989 ، ص 89 .

③ - المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1989 ، ص 89-90 .

④ - مجلس قضاء الجزائر ، بتاريخ 1924/11/12 . نقلا عن : Ghaouti Ben melha , *op.cit.* , p.215 -

⑤ - الهادي السعيد عرفة ، إساءة استعمال حق الطلاق ، ص 254 .

⑥ - حمليل ، صالح : « **نفقتا المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء** » ، **مجلة الحقيقة** ، جامعة أدرار ، العدد الرابع ، مارس 2004 ، ص 39 .

الفرع الثاني : نظرية التعسف في استعمال الحق

يثار التساؤل حول استيعاب نظرية التعسف في استعمال الحق لبعض جوانب الطلاق التطبيقية ، خاصة وأن هذه النظرية تتجلى تطبيقاتها في تشريع الأسرة ومن ذلك التعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة ، وكذا في استعمال حق التأديب الشرعي بالضرب في النشوز ، وفي توريث المطلقة في مرض الموت[①] ، وغيرها من المسائل التي تتجلى فيها بعمق قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق .

وقبل أن أبين مدى ارتباط التعويض عن الطلاق التعسفي المقرر في قانون الأسرة بهذه النظرية ، لا بأس من إعطاء نبذة حول هذه النظرية وأدلة مشروعيتها من خلال المدخل الآتي .

البند الأول : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

استعمل الفقهاء المتقدمون لفظ التعسف بمعناه اللغوي الذي هو التعدي والخروج عن الجادة الصحيحة ، وهذا لا يعني أن النظرية دخيلة على الفقه الإسلامي ، بل أن هذه النظرية » استوت على أصولها في التشريع الإسلامي منذ القدم ، وفي فقهه أيضا – تفسيرا وتطبيقا – في شتى مذاهبه الجماعية والفردية على السواء ، فتمت بذلك معاييرها ومؤيداتها ، تأصيلا ، وتفريعا وضبطا ، نظرا وعملا «[②] .

ولهذه النظرية أدلة من الكتاب والسنة والأصول التشريعية والقواعد الفقهية أجملها فيما يأتي :

ففي القرآن الكريم ورد نهي الأب عن التعسف في استعمال ولايته على ابنه بانتزاعه من الأم إذا لم ترضعه[③] ، لقوله ﷻ : ﴿ لاَ تُضَآرَّ وَ لِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُو بِوَلَدِهِ ﴾البقرة-233﴾ ، والتعسف في هذه الحالة يفضي إلى ضرر معنوي ؛ والآية في الشق الثاني من المعنى تمنع الأم من

① - ينظر في هذه المسائل ومسائل أخرى رسالة الماجستير التي قدمها الطالب العربي مجيدي بإشراف الأستاذ الدكتور نصر سلمان بكلية أصول الدين بالجزائر تحت عنوان : نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة .

② - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 08 .

③ - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 92 .

التعسف في استعمال حق الرضاع ، بأن تطلب أجرا على الإرضاع إذا كان غيرها يرضعه مجانا أو بأقل[1] ، فيمنع الضرر في هذا المثال لأن الأم تقصد المضارة[2] .

والخلاصة أن الآية الكريمة تفيد وجوب حماية كل من الأب والأم من أن يضر أحدهما بالآخر بسبب الولد ، باستعمال ما منح من حقوق ، وبذلك تعتبر هذه الآية أصلا من أصول نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي[3] .

وفي السنة النبوية قضى النبي ﷺ للأنصاري بقلع نخل سمرة بن جندب[4] الذي كان في حائطه بعد أن عرض عليه النبي ﷺ بيع النخل أو هبته بمقابل ولكن سمرة رفض ذلك ، فقال له النبي ﷺ ﴿ أنت مضار ﴾ ثم قال للأنصاري : ﴿ اذهب فاقلع نخله ﴾ [5] .

فالحديث يبين جزاء التعسف في استعمال الحق ، إذ أن قضاء النبي ﷺ بقطع النخل جاء بعد محاولته التوفيق بين مصلحة الأنصاري ومصلحة سمرة ، ولما لم تُجْدِ هذه الوسيلة أمر بقطع الملك[6] ؛ وأساس الترجيح في هذه الواقعة ، وما يقارنه من تطبيق للقواعد الفقهية المناسبة كقاعدة الضرر الأشد يزال بالأخف[7] ، يبين أن هذا الحديث يعد أصلا لنظرية التعسف في استعمال الحق .

---

[1] - الجامع لأحكام القرآن ، ج3 ، ص 167

[2] - ابن رجب ، عبد الرحمن : **جامع العلوم والحكم** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، إبراهيم باجس ، (عين مليلة : دار الهدى ، 1991) ، ج2 ، ص 215 .

[3] - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص95 .

[4] - سمرة بن جندب بن هلال الفزاري ، كان من الحفاظ المكثرين عن النبي ﷺ روى عنه الصحابة ، وعنه روى كبار التابعين بالبصرة التي سكنها وبها توفي سنة 58 هـ .
- ابن عبد البر ، أبو عمر : **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** ، تحقيق : محمد علي البجاوي ، (بيروت : دار الجيل ، ط1 ، 1992) ، ج2 ، ص 653-654 .
- ابن حجر ، أحمد : **الإصابة في تمييز الصحابة** ، (بيروت : دار الكتاب العربي) ، ج2 ، ص 77-78 .

[5] - أبو داود في سننه ، كتاب الأقضية ، أبواب من القضاء ، ج2 ، ص 309 ؛ البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحياء الموات ، باب من قضى بين الناس بما فيه صلاحهم ، رقم (11883) ، ج6 ، ص 260 ؛ قال البيهقي وقد روي في معارضته ما يدل على أنه لا يجبر عليه ؛ قال الشوكاني : وفي سماع الباقر من سمرة بن جندب نظر فقد نقل من مولده ووفاة سمرة ما يتعذر معه سماعه ؛ نيل الأوطار ، ج5 ، ص 320 .

[6] - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 142 .

[7] - المادة (27) من مجلة الأحكام ؛ شرح المجلة ، ج1 ، ص 37 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 111 .

كما أن لهذه النظرية مؤيدات من الأصول والقواعد الفقهية ؛ إذ تستند إلى أصل النظر في المآلات ، الذي يلزم المجتهد أن ينظر في هذه المآلات والنتائج ، ويمنع الفعل أو يأذن فيه على ضوء منها ، جريا على سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام[①] .

وللنظر في المآلات صلة قوية بنظرية التعسف ، إذ يتجه إلى اتجاهين : أحدهما جوهري وهو النظر الموضوعي بالمنع أو الإذن على ضوء المآلات وهذا مهما كان الوصف الشرعي ؛ والآخر هو النظر إلى الباعث كأمر ثانوي[②] . ولعل هذا يتوافق مع ما تأخذ به الشريعة من ظاهر الإرادة .

ويتفرع عن هذا الأصل كذلك قواعد كقاعدة الذرائع[③] والاستحسان[④] عند الحنفية والمالكية ، وقاعدة الحيل[⑤] وقاعدة مراعاة الخلاف عند المالكية[⑥] . ويتمثل أثر هذه القواعد في الدور الوقائي للنظرية في التصرفات القولية ، وبالتعويض عن الضرر وقطع سببه إذا وقع في التصرفات الفعلية[⑦] .

---

① - الشاطبي ، أبو إسحاق : **الموافقات في أصول الأحكام** ، (القاهرة : دار الفكر) ، ج4 ، ص 110-111 .

② - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 169.

③ - الذريعة لغة الوسيلة ، وعند الأصوليين عرفها الشاطبي بأنها ما يتوسل به إلى المصلحة .
- الصحاح ، ج3 ، مادة (ذرع) ، ص 1211 ؛ الموافقات ، ج4 ، ص 113 .

④ - الاستحسان لغة عد الشيء حسنا ، وقد اختلف في حقيقته فقال بعض الحنفية بأنه دليل ينقدح في نفس المجتهد لا يقدر على إظهاره لعدم مساعدة العبارة منه ، وقال بعضهم أنه العدول عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه ، أما عند المالكية فقد قال الشاطبي بأنه الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي .
- الصحاح ، ج5 ، مادة (حسن) ، ص 2099 ؛ الآمدي ، الإحكام في أصول الأحكام ، ج4 ، ص 391 ؛ إرشاد الفحول ، ص 211 ؛ الموافقات ، ج4 ، ص 116 .

⑤ - الحيلة لغة الاسم من الاحتيال ، وحقيقتها تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خَرْمُ قواعد الشريعة كالواهب ماله عند رأس الحول فرارا من الزكاة .
- الصحاح ، ج4 ، مادة (حيل) ، ص 1681 ؛ الموافقات ، ج4 ، ص 114 .

⑥ - هي إعمال دليل الخصم في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر ، وقد اعتبره الونشريسي أضعف أصول المذهب ؛ البهجة في شرح التحفة ، ج1 ، ص 21 ؛ المعيار المعرب ، ج4 ، ص 496 ؛ فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 170 .

⑦ - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 170 .

وهذه القواعد تؤيد أصل النظر في مآلات الأفعال ، وهي بذلك تقوم بدور عظيم في حفظ مقاصد الشارع وتمنع وقوع ما يخالفها . إلا أن قاعدة الذرائع أهم هذه القواعد لأن أحكامها تطبق على الأفعال المباحة التي تؤدي إلى المآل الممنوع سواءً كان ذلك بقصد من المكلف أو بغير قصد منه[①] .

البند الثاني : نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي

عرف القانون الروماني تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف في استعمال الحق ، وقيد استعماله بما يحافظ على الأخلاق ويحقق العدالة . وانتقلت قواعد النظرية إلى القانون الفرنسي القديم عن طريق الفقيه دوما (Domat) الذي قرر أن قصد الإضرار بالغير وانعدام المصلحة يعد تعسفا في استعمال الحق[②] .

وقد تطورت هذه النظرية في ظل الاشتراكية التي جعلت وظيفة القانون المحافظة على المجتمع وتحقيق المصلحة الاجتماعية[③] .

وعلى الرغم من النقد الذي وجه لهذه النظرية نتيجة لترنحها بين النزعتين الفردية والاشتراكية ، إلا أن التشريعات الحديثة قد أخذت بها[④] .

---

① - آيت حمودي ، حليمة : **نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، (بيروت : دار الحداثة ، ط1 ، 1986) ، ص 165 .

② - Planiol et Ripert, *op.cit.* , T2, N° 798.

③ - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج2 ، ص 116 .

④ - ويذكر منها المادة (02) من القانون المدني السويسري ، المادتين (226) و(826) مدني ألماني ، المادة (135) مدني بولوني ، المادة الأولى مدني سوفياتي ، المادة (2/1295) مدني نمساوي ، ومن التشريعات العربية : المادة (124) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (05) من القانون المدني المصري ، والمادتين (05) و(06) من القانون المدني السوري .

- فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 462 ، 464 ؛
- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، ج2 ، ص 116 .

وقد اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق وجعلها نظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية ، وهذا في المادة (41) التي جاءت صياغتها عامة[①] ، قبل أن يقرر ضمها إلى حيز هذا النظام بإلغاء المادة (41) واستبدال مضمونها بالمادة (124 مكرر) بموجب التعديل الأخير للقانون المدني .

حيث نصت المادة (124 مكرر) على أنه : » يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

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

ويتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري صاغها بشكل عام يجعلها تتسع لكل الحقوق عينية كانت أو شخصية بل وجميع نواحي القانون[②] .

وقد وردت نصوص تشريعية وتطبيقات قضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري ، فمن التطبيقات التشريعية أذكر على سبيل المثال :

* المادة (343) من القانون المدني والتي تنص على أنه يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في توجيهها ، والجزاء على التعسف في هذا المثال هو منع الضرر قبل وقوعه[③] .

① - Nour-eddine Terki : **les obligations,** (Alger : Opu, 1982), P.71.

② - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج2 ، ص 125 .

③ - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 119 .

* كما توجد نصوص قانونية أخرى ومنها : المادة (73) من القانون رقم (91-29)[1] التي تلحق البطلان بالتسريح التعسفي للعامل والذي يقع من غير مراعاة ميعاد الإخطار ، ويترتب عليه إعادة العامل لمنصبه بأمر قضائي مع ثبوت حقه في التعويض[2] .

* وقد جوز قانون الأسرة تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة ، والذي يعتبر العدول فيه تعسفيا وبالتالي يستوجب التعويض وفقا لمبادئ نظرية التعسف في استعمال الحق .

أما القضاء الجزائري فقد طبق مبادئ نظرية التعسف في عدد من قراراته ، كإساءة استعمال حق الدعوى في حالة وجود نية الإضرار بالغير أو الاستعمال الكيدي لهذا الحق العام ، وهو ما حكمت به محكمة وهران حيث اعتبرت أن من يرفع دعوى مطالبا بشيء يبدو أنه لا حق فيه ، فإنه في هذه الحالة يكون متعسفا في استعمال حق الادعاء ، ومخطئا خطأ تقصيريا موجبا للتعويض[3] . كما اعتبر طلاق الزوج بدون مسوغ قانوني أو مبرر شرعي مقبول طلاقا تعسفيا يستوجب التعويض[4] .

البند الثالث : التعسف في استعمال حق الطلاق

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية ، هذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين ، فالرجل إن تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها إلا ولا ذمة بزوجته يعتبر متعسفا في استعمال حقه ، مما يوجب عليه تعويض الضرر اللاحق بزوجته التي طلقها طلاقا تعسفيا لا يستند إلى أي مبرر شرعي . فأساس التعويض عن الطلاق هو التعسف في استعمال الحق .

---

[1] - المؤرخ في 1991/12/21 المعدل والمتمم للقانون رقم (90-11) المتعلق بعلاقات العمل ، الجريدة الرسمية رقم (68) لسنة 1991 .

[2] - المحكمة العليا ، الغرفة الاجتماعية ، ملف رقم (36591) ، بتاريخ 1984/10/15 ، المجلة القضائية ، العدد الثالث ، 1989 ، ص 123 .

[3] - محكمة وهران بتاريخ 1978/03/13 ذكره : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 123 .

[4] - مجلس تلمسان بتاريخ 1967/01/18 ذكره : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، ج2 ، ص 123 .

وقد كان للفقه الإسلامي آراؤه واحترازاته في نطاق التعسف في استعمال الحق ، ليس بالشكل المفصل حديثا إنما بما تناوله الفقهاء في الجزئيات ، ويرجع هذا إلى أن الفقه الإسلامي لم يبن أساسا على النظريات ، بل هو وليد استقراء المسائل الجزئية ، التي يمكن تجميع نظائرها لبناء النظرية العامة منها[①] .

ولم يتوان فقهاء العصر الحديث عن دراسة نظرية التعسف وموافقتها حسب مقتضى الشرع الحكيم ، ومن هؤلاء الدكتور فتحي الدريني الذي ربط التعسف في استعمال الحق بنظريتي الاستحسان وقاعدتي الحيل ومراعاة الخلاف ومبدأ سد الذرائع كما وضحته سابقا[②] .

ولما كان الطلاق حقا شرعيا للزوج فهو انفرادي ، ونظرا لما قد يترتب على استعماله من أضرار قيده الشارع للمحافظة على حق الجماعة ، حتى لا يسيء الرجل استعماله فيضر بالزوجة والأولاد ، فكان المناسب في معالجة آثاره هو قواعد التعسف في استعمال الحق وليس قواعد المسؤولية التقصيرية[③] .

ولقد بينت المادة (124 مكرر) من القانون المدني الجزائري المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطأ ، وهذه الحالات الثلاث هي حالات عامة مصاغة بشكل يجعلها تتسع لكل الحقوق . وباعتبار الدراسة الحالية تدور في فلك الطلاق فيمكنني تكييف هذه المعايير على النحو الآتي :

1-قصد الإضرار بالمطلقة .

2-رجحان الضرر على المصلحة.

3-عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها .

وأستعرض هذه المعايير في النقاط الموالية .

---

① - عز الدين ، يحيى : **حقوق الإنسان العاجز في الشريعة الإسلامية** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين ، 2002-2003 ، ص 193 .

② - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 170 .

③ - الهادي السعيد عرفة ، إساءة استعمال حق الطلاق ، ص 87 .

أولا : قصد الإضرار بالمطلقة

ويتعلق هذا المعيار بالقصد أو النية ، أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها ، ويمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج في إيقاع الطلاق ، ومع ذلك فإن تطبيق هذا المعيار الشخصي يقتضي الاستعانة بمعيار موضوعي هو مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف[①] . ومسلك الرجل الراشد هو ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة ، وبذلك فإن انعدام هذا المبرر يجعل الطلاق طلاقا تعسفيا .

ثانيا : رجحان الضرر على المصلحة

حيث يعتبر المطلق متعسفا إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، » وهذا المعيار موضوعي بحت لأنه يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير ، فإذا كانت المصلحة دون الضرر بدرجة كبيرة كان انحرافا عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية «[②] .

ويجدر التذكير بأن الفقهاء المسلمين انتهوا إلى تحكيم القاعدة العامة » الضرر الأشد يزال بالأخف «[③] ، » ولو لم يكن بين الضررين تفاوت شاسع لأن هذا ليس شرطا لقيام التعسف ، وإنما إذا انعدم التناسب فإن حالة التعسف تتحقق من باب أولى» [④] .

---

① - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج2 ، ص 126 .

② - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج2 ، ص 126 .

③ - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 111 ؛ المادة (27) من مجلة الأحكام العدلية ؛ شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص 37 .

④ - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 409 .

ثالثا : عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها

إذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكما أو مقصدا شرعيا ، فإنه يكون متعسفا فيه ، ذلك أن الشريعة لا تصبغ حمايتها على ما يخالف أحكامها . والمعيار هنا موضوعي أيضا وإن كان يستدل عليه بدليل شخصي هو القصد أو النية من استعمال الحق[1] ، لأن الزوج العاقل الراشد يوفر حقه في تطليق زوجته إلى حين يحتاج إليه وفق مقتضى ضرورة شرعية.

ومن أمثلة هذه الحالة طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الإرث ، لأنه لم يستعمل الطلاق فيما شرع له ، وإنما يقصد مصلحة مادية في مرض موته تتمثل في حرمان زوجته من الإرث ؛ وهي مصلحة غير مشروعة اتخذ حق الطلاق وسيلة لتحقيقها فكان طلاقا تعسفيا[2] .

وعليه فإن التعسف يتوافر إذا جاوز الرجل النية الحسنة والقصد المخصوص للاستئثار بالطلاق.

ومن الآراء التي تميز المتعة عن التعويض بالنسبة للطلاق التعسفي رأي الأستاذ بن داود عبد القادر ، إذ يستشهد باجتهاد المحكمة العليا الذي يظهر فيه بجلاء الفصل بين نفقتي المتعة والتعويض قائلا : » والتعويض عن الطلاق التعسفي ليس أمرا استحدثه المشرع الجزائري ، أو حكما مدنيا مقتبسا من نص المادة (124) من القانون المدني ، بل هو موجود في الشريعة الإسلامية وتاريخ القضاء الإسلامي ، ويحكم به القضاء الوطني مع بعض الخلل في التطبيق «[3] ، وهو بذلك يشير إلى اختلاط الأمور الذي وقع فيه بعض القضاة في الأحكام الموجبة للتعويض باسم المتعة أو الرافضة لإيجابهما في آن واحد ، ويؤكد هذا بقوله أن مرجع ذلك الخلط هو إغفال الاجتهاد القضائي للأحكام الأساسية للشريعة الإسلامية في حل المنازعات أمام القضاء مثل

---

[1] - بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ص 129 .

[2] - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 418-419 .

[3] - بن داود ، عبد القادر : «**الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري الإشكاليات وحلها** » ، **مجلة المعيار** ، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 ، ص 249 .

التقليد والتلفيق ، أي تقليد مذهب فقهي معين دون الالتزام بتطبيق المشهور في المذهب[①] ؛ وهذا ما يظهر في بعض الأحكام القضائية التي توجب المتعة باسم التعويض ، وتؤسس ذلك على القول المشهور في الفقه المالكي بندب المتعة وعدم إلزام القاضي بالحكم بها ، وهو تناقض صارخ كما يظهر ناتج عن عدم فهم طبيعة كل من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي[②] .

وقد اطردت المحكمة العليا على تعويض الطلاق التعسفي ، فقد شددت في قراراتها على أن التعويض واجب على من طلق زوجته تعسفا[③] ، ومن بين القرارات التي يظهر فيها بينا اعتماد المشرع الجزائري لنظرية التعسف في الحق في إيجاب التعويض عن الطلاق التعسفي بدل المتعة ما يأتي : » **من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة ، نفقة إهمال ، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي ، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منع للزوجة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي** «[④] .

فالمشرع الجزائري يكون مستندا لمبدأ تعسف الزوج في حق الطلاق إذا قضى بالتعويض للزوجة المطلقة بدون سبب معقول ، حيث أن انتفاء السبب المشروع يعتبر قرينة للضرر ، كما أن مبنى التعويض هو قاعدة » لا ضرر ولا ضرار « حينما ترك للقاضي مطلق الحرية في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالزوجة جراء هذا الطلاق التعسفي بما يتفق والحالة المالية للزوج[⑤] .

---

① - بن داود عبد القادر ، الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، ص 250 .

② - يقول الأستاذ بن داود عبد القادر في مقاله السابق بأن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الأسرة الذي تم تحضيره في عهد الرئيس الأسبق السيد اليامين زروال ، قد تضمن تعديلا للمادة (52) بحيث يظهر فيه استحقاق الزوجة المطلقة تعسفيا للتعويض زيادة على حقها في المتعة . ولكن يبدو أن هذه الإضافة قد تم إقصاؤها في مشروع التعديل المصادق عليه سنة 2005 ، كما يظهر ذلك من نصوص الأمر رقم (05-02) وخاصة المادة (52) التي لم تعرف تغييرا بالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي .

③ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (53017) ، بتاريخ 1989/03/27 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1991 ، ص 56 .

④ - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (41560) ، بتاريخ 1986/04/07 ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 1989 ، ص 9 .

⑤ - مجيدي العربي ، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة ، رسالة ماجستير ، ص 145 .

وصفوة القول أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي يقوم على عنصرين أحدهما وجود التعسف في الطلاق ، ولحاق الضرر بالمطلقة سواءً كان هذا الضرر ماديا أو معنويا ، والضرر نتيجة طبيعية للتعسف ، فلا مبرر إذن لقصر التعويض على بعض أنواع الضرر دون الأخرى .

الفرع الثالث : الأساس الفقهي الراجح لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي

تختلف الآراء بشأن الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الطلاق التعسفي المنصوص عليه في المادة (52) من قانون الأسرة ، أهو نفقة متعة المطلقة أم الجزاء القانوني للتعسف أي التعويض .

وبعد محاولة متواضعة لشرح أصول وتطبيقات هذين المفهومين في الشريعة والقانون ، أخلص إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو نظرية التعسف في استعمال الحق ، ممثلة فيما ينتج عنها من أثر وهو الجزاء التعويضي ، ولا يمكن أن يكون هذا التعويض متعة بالمفهوم القانوني وتطبيقاته القضائية وذلك أيضا في بقية التشريعات العربية التي اعتمدته ، وذلك للأسباب التالية :

1- **علة المتعة** : إذا كان الطلاق قبل الدخول يوجب رفع النكاح من الأصل ، فكان القياس ألا يجب الضمان ، لأنه عاد المبدل بكماله إلى ملك المرأة فينبغي أن يعود البدل إلى ملك الزوج ، إلا أن الشرع حكم على الزوج بنصف المهر متعةً ودفعا لوحشة الزوج ، فكانت العلة في الحقيقة إنما هي الطلاق[①] .

ومن هذا الطرح نفهم أن علة المتعة هي مجرد الطلاق ، أما نص المادة (52) من قانون الأسرة فبين أن علة التعويض هي وجود التعسف في الطلاق ومعاناة المطلقة من الضرر من جراء ذلك التعسف ، وعليه فلا يمكن إحلال المتعة محل التعويض .

① - السغناتي ، حسام الدين : **الوافي في أصول الفقه** ، تحقيق : أحمد محمود حمود اليماني ، (القاهرة : دار القاهرة ، 2003) ، ج4 ، ص 1574 .

2- إذا كان التعويض يستند إلى المتعة ففي مفهوم المادة (52) أن الزوجة التي لم يتعسف في طلاقها لا تستحق التعويض ، هو مخالف للرأي الراجح الذي يقتضي وجوب المتعة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وسمي لها ، وهذا تناقض أول .

أما إن قلنا بأن المشرع أخذ بمشهور رأي المالكية من أنه لا يجبر على أداء المتعة ، فكيف يجبر القاضي المطلق على أداء التعويض ، وهذا تناقض ثان ما كنا لنقع فيه لو أننا فصلنا بين المسميين .

وفي هذا الشأن لم يفرق قانون الأسرة بين المطلقة قبل الدخول وبعده ، فيوجب التعويض لكليهما إذا طلقتا تعسفيا ، وهذا لا يتوافق مع ما قرر للمطلقة قبل الدخول من نصف المسمى .

3- إن سياق المادة (52) من قانون الأسرة يدل على لحاق الضرر بالمطلقة لا محالة ، لأنه لا يحكم بالتعويض إلا إذا تبين تعسف الزوج ؛ فربط التعويض بالتعسف ولم يربطه بالضرر اللاحق بالمطلقة[1] . أما المتعة فهي واجبة للمطلقة سواءً أكانت ضحية تعسف أم لا ، ومناط وجوبها هو الإيحاش والألم الذي يلحقها من الطلاق –وهو من قبيل الضرر المعنوي- فالمتعة مرتبطة بالضرر وليس بالتعسف ، أضف إلى ذلك اضطراب الأحكام القضائية في الجزائر فتارة يتم الحكم بالمتعة وتارة بالتعويض على أنه متعة ، وتارة أخرى يحكم بهما معا ، فهذا دليل على عدم استقرار القضاء على أساس المادة (52) من قانون الأسرة .

وبهذا يتبين لنا أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي المقرر في المادة (52) من قانون الأسرة هو الجزاء التعويضي المترتب عن تطبيق قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق وليس المتعة كما ذهب إليه العديد من الباحثين .

[1] - المصري مبروك ، دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، ص 185 .

المطلب الثاني : الأساس الفقهي لحق التطليق

إن الشرع حينما أباح للمرأة حق اللجوء إلى القاضي ليطلقها على زوجها يستند إلى مبدأ تشريعي ومقصد شرعي واضح ، إذ الأصل في الطلاق أنه شرع لقصد مخصوص ، كما أن لجعله بيد الرجل حكمة اقتضتها عناية الله ﷻ بالأسرة المسلمة ، وأن لجوء الزوجة للقاضي كارهة زوجها وطالبة الخلاص منه يستند إلى مقتضى نفي الضرر وإزالته الذي يظهر موقعه بارزا في قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها .

ولقد أثبت الشارع للمرأة حق المطالبة بالتطليق للضرر لتحقيق المقاصد الآتية :

» أ- رفع الضرر ومنع الظلم .

ب- بناء الأسرة على أساس المودة والاحترام .

ج-تقديس العلاقة الزوجية والسمو بها عن العبودية .

د-مراعاة حق الأولاد في أسرة هادئة تؤدي حقوقهم وتسهر على رعايتهم «[1] .

ويستند حق المرأة في طلب التطليق إلى مبدأين عظيمين في التشريع الإسلامي وهما : » الضرر يزال« و» الضرر لا يزال بضرر« .

الفرع الأول : قاعدة الضرر يزال[2]

أصل هذا المبدأ هو قول النبي ﷺ : ﴿ **لا ضرر ولا ضرار** ﴾ [3]، وفيه النهي عن الإضرار ، وهو قاعدة من قواعد الدين يدل على تحريم الضرار على أي صفة كان[4] .

---

[1] - عبد القادر داودي ، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي ، رسالة دكتوراه ، ص 356 .

[2] - مجلة الأحكام العدلية ، المادة 20 ، شرح مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص 33 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 105 ؛ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 114 .

[3] - حديث صحيح ، وقد سبق تخريجه في الصفحة 22 من هذا البحث .

[4] - الآمدي ، إحكام الأحكام شرح أصول الأحكام ، م3 ، ص 86-89 .

والضرر المنهي عنه في الحديث إما أن يكون واقعا أو متوقعا[①] . فإن كان واقعا فهو غير مشروع الإبقاء ، فتجب إزالته سواء أكان ناشئا عن فعل غير مشروع في الأصل أم عن فعل مشروع[②] .

والواقع أن قاعدة » الضرر يزال « تعتبر مبدأ محكما تكفلت الشريعة بتطبيقه في جميع أبواب الفقه ، وتدور عليه أحكام نظرية التعسف ، كما يعتبر توثيقا لمبدأ المصلحة في الشرع[③] .

ومن البين وجود الضرر في العلاقة الزوجية التي يسودها توتر دائم ، إذ لا يلحقهما من زواجهما إلا الشقاق وسوء الحال ، ولا تتحقق معاني المودة والسكن في ارتباطهما فيكون افتراقهما أفضل لهما .

كما أن مصلحة الأولاد لا تتحقق في ظل هذا الجو المشحون ، فينشؤون تحت رحمة الاختلاف بين أبويهما ، ولا يخفى ما أضحت تخلفه الخلافات الزوجية من أمراض نفسية وعقد لدى الأطفال تكبر معهم ، فالواجب إزالة الضرر عينا بالتفريق بين الأبوين مع إسناد الحضانة لمن فيه مصلحة الأولاد .

الفرع الثاني : قاعدة الضرر لا يزال بضرر[④]

إن هذا المبدأ مقيد للسابق » الضرر يزال « أي لا يزال الضرر بضرر مثله ، فهو كقائد يعود على المبدأ الأول ، شأنهما في ذلك شأن الأخص مع الأعم ، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال[⑤] .

وتطبيق هذا المبدأ في العلاقة بين الزوجين يتجلى في ثبوت حق التفريق للزوجة ، فقد جوز الفقهاء لها حق طلب الطلاق لأسباب معينة ، ومنع بعضهم أسبابا أخرى ، إلا أنهم انطلقوا من منطلق واحد وهو وجوب إزالة الضرر اللاحق بالزوجة ، نتيجة سوء عشرتها وحالها مع زوجها فكان مقتضى نفي الضرر

---

① - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 213 .

② - جامع العلوم والحكم ، ص 265 وما بعدها .

③ - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 213 .

④ - المادة (25) من مجلة الأحكام العدلية ، ج1 ، ص 35 ؛ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 108 ؛ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 116 .

⑤ - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 116 .

حاضرا بمنع الاستمرار في ضرر هذه الرابطة الزوجية وقطعها من جانب ، وإيجاب التعويض للمطلقة من جانب آخر نتيجة لهذا الضرر اللاحق بها ، إذ أن ترك الزوج المضار يمضي في حال سبيله بدون تبعة يعتبر من قبيل إزالة الضرر بضرر مثله ، بل لا بد من إلزامه بتقديم تعويض لهذه الزوجة المسكينة التي عانت الويلات من سوء معاملته لها ، وهذا الاتجاه الموجب للتعويض يجد له مستندا في أصول الشريعة وقواعدها إذا كان متعلقا بالجانب المادي للضرر ، والأمر سيان إذا كان الضرر معنويا ، ولا يفلت مرتكبه من التعويض بحجة عدم إمكانية تقديره على ما بينته في الفصل التمهيدي من هذا البحث .

وخلاصة القول أن إيجاب التعويض عن الضرر والضرر المعنوي خاصة لمن لجأت إلى القاضي طالبة التفريق ، يعد كمؤيد اجتهادي يندرج ضمن المؤيدات الشرعية التي يوقعها ولي الأمر لحراسة الوازع الديني وتنفيذ مقتضاه ، إذ يجوز للمجتهد أن يجدد أحكاما لم تكن معهودة في زمن النبي ﷺ ولا في زمن الصحابة ﷺ بقدر ما أحدثه الناس من الأمور الخارجة عن الشرع[1] .

ويكون المؤيد الاجتهادي مستند أساسا لمبدأ سياسة التشريع ، وبذلك يمكن أن تتحول الأحكام الديانية إلى أحكام قضائية أو نظم إدارية ، تنفذ بسلطان الدولة رعاية للصالح العام عند الاقتضاء[2] .

فالضرر عموما والضرر المعنوي في قضايا الأسرة خصوصا ، » أيا كان منشؤه ، فهو غير مشروع بيقين إيقاعا أو وقوعا لعموم قوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار) ، وعلى هذا فكل تسبب في إحداثه ممنوع شرعا ، قصد ذلك المتسبب أم لم يقصد «[3] . وعلى ضوء هذا الفهم ينبغي أن يحمل إيجاب التعويض عن الضرر المعنوي لصالح المرأة المتضررة من الزوج إثر تطليقها عليه .

---

[1] - الفواكه الدواني ، ج2 ، ص 299 .

[2] - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ج1 ، ص 495 .

[3] - فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله ، ج1 ، ص 485-486 . ويقول الشاطبي في هذا المعنى : « وإيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبّب ، قصد ذلك المتسبب أو لا ، لأنه لما جعل مسببا عنه في مجاري العادات ، عدّ كأنه فاعل له مباشرة » . الموافقات ، ج1، ص 148 .

المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي والتطليق

من الثابت شرعا أنه إذا طلق الرجل امرأته فإنما يستعمل خالص حقه ، وقد رتب الشارع في ذمة الزوج المطلق متعة لمن طلقها ، تخفيفا عنها من وحشة الطلاق ؛ وهذا من عناية الشارع الحكيم بالمرأة في هذا الوقت العصيب .

غير أن الزوج قد يسيء في معاملة زوجته بشكل أو بآخر ؛ فقد يطلقها بدون رضاها ، أو بدون سبب معقول ، أو يطلقها للبدعة وهو ما يعرف بالطلاق التعسفي . كما أن الزوج قد يضار زوجته ليحملها على الاختلاع منه ، وربما لا تجد المقابل الذي يطلبه الزوج ليخلي سبيلها . وفي هذه الحالة أباح الشارع للمرأة اللجوء للقاضي ليطلقها على زوجها ، كما جعل أسبابا أخرى لطلب التطليق ، وهي غالبا ما تتعلق بالضرر المادي والمعنوي .

وإذا وصلت الحياة الزوجية إلى الانسداد ، وافترق الزوجان على هذه الطريقة ، فالضرر لا ريب وارد ومتحقق ، وخاصة في جانب المطلقة التي تعاني الأمرَّين من هذا الطلاق .

وقد تصدى قانون الأسرة الجزائري لهذه الحالات ، فرتب للزوجة تعويضا عن ضرر الطلاق التعسفي والتطليق في المادتين (52) و(53 مكرر) منه ، غير أن هذا النص جاء عاما من 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 كانت شابة ذات مطمح ، وغير ذلك من جوانب الضرر المعنوي ذات الأثر الشديد والسيء على المرأة .

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

المطلب الأول : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في الفقه الإسلامي

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

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 يأتي :

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 الطلاق[③] .

---

① - محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، ص 61 ؛ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 45 ، 60 .

② - المادة (91) من مجلة الأحكام العدلية ؛ شرح مجلة الأحكام ، ج1 ، ص 81 ؛ رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج ، ص 362 ؛ بدران أبو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية ، ص 311 .

③ - رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج ، ص 367 .

3-ما عهد في التشريع الإسلامي أنه يرتب على الطلاق من أحكام سوى استحقاق المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها والمتعة في بعض الأحوال[1] ، وهذا يعتبر بديلا عن التعويض[2] .

4-أن المطالبة بتعويض الضرر المعنوي قد تؤدي إلى إفشاء الأسرار ، وانتهاك عرى البيوت[3] .

5-صعوبة إثبات الضرر المعنوي عند الادعاء به .

6-عدم إمكانية تقويم الضرر المعنوي في حالة إيجاب التعويض عنه[4] .

وإذا كان هذا هو رأي بعض الفقهاء المعاصرين ، فإن الاتجاه الحديث للاجتهاد الفقهي والمتمثل في المجالس الفقهية الجماعية ، يأخذ صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق والتطليق ، وأشير هنا إلى أن المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث[5] الذي يترأسه الدكتور يوسف القرضاوي ، قد أوصى بدراسة مسائل التعويض عن الضرر المعنوي عموما ، وهذا لبروز أهميته في الوقت الحاضر .

وقد ناقش المجلس 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 بعنوان : التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق[6] ، وبعد المداولة قرر المجلس ما يلي:

---

[1] - شرح ميارة الفاسي ، ج1 ، ص 411 ؛ الأم ، ج5 ، ص 343 ؛ المغني ، ج9 ، ص 288 .

[2] - رشدي شحاتة ، الاشتراط في وثيقة الزواج ، ص 362 .

[3] - سعاد سطحي ، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة ، ص 08 .

[4] - علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص 45 .

[5] - المجلس الأوربي للإفتاء هو هيئة شرعية للاجتهاد الفقهي تهتم بشؤون المسلمين في المهجر عموما وأوروبا خاصة ، مقره دبلن ويرأسه فضيلة الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي ويضم نخبة من خيرة علماء وفقهاء الأمة المعاصرين . موقع المجلس الإلكتروني : www.e-cfr.org ، تاريخ الزيارة : مارس 2005 .

[6] - أذكر هنا أنني حاولت جاهدا للحصول على نسخة من البحث ولكن 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 والفقه بجامعة قطر ولكنني لم أتلق إجابة تذكر .

لا مانع شرعاً من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب أحد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق إذا صاحَبه ضرر أدّى إلى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر أو شرفه أو مشاعره ، وذلك للأدلّة الدّالة على حرمة الإيذاء ودفع الضّرر، وذلك إذا توفرت الشروط التّالية :

1 – أن يكون الضرر المعنوي قد أحدث أثراً فعلياً .

2 – أن يكون الضرر المعنوي محقّق الوقوع تشهد عليه الأدلّة والقرائن.

3 – أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي[①] .

ويمكن الاستدلال على تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق 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 تمتّع 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 أنها شرعت لتعويض الزوجة ، فيكون من باب قياس الأولى أن التعويض عن الطلاق التعسفي مشروع أيضا لجبر الضرر المعنوي والضرر المادي .

---

① - قرار رقم (14/10) البيان الختامي للدورة الرابعة عشر للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث ، منشور بالموقع التالي : http://www.islamonline.net/Arabic/doc/2005/02/article03.shtml ، تاريخ الزيارة : 25 مارس 2005 .

② - القواعد في الفقه الإسلامي ، ص 332-333.

③ - حاشية الخرشي ، ج4 ، ص 563 .

④ - حاشية الخرشي ، ج4 ، ص 565 .

2- إن من آثار التعسف الجزاء التعويضي أو الضمان[1] ، 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 التعسفي 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 ، ولأن المطلّقة قد لا تكون دائما معسرة ولكن الصحيح أنها 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 الأطراف والمعاقبة عليه بشتى أنواع العقوبات المالية أو البدنية ... فيحكم القاضي لصالح الطرف المتضرر المعتدى عليه ، بعد أن يتبين حقيقة المشكل ولب الخلاف ،كما يقدر الضرر والحكم المناسب له «[2] . و هذا 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 :» إذا علم في المفتدية نفسها أن زوجها أضر بها وضيق عليها مضى الطلاق ورد عليها مالها ، وهذا الذي كنت أسمع والذي عليه أمر الناس عندنا «[3] .

---

[1] - فتحي الدريني ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، ص 422 .

[2] - داودي ، عبد القادر : «**وقوع الطلاق من غير الزوج -أسبابه ومجالات تطبيقه -** » ، **مجلة المعيار** ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 ، ص 219 .

[3] - الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ، رقم (1199) ، ص 345 .

وهذا الرد المالي على الزوجة يمكن تكييفه بأنه تعويض عن ضرر التطليق ، وهو 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 أصابها من زوجها .

-اعتبار رضا الزوجين في الخلع ، قال ابن القيم : » وفي تسميته سبحانه للخلع فدية دليل على أن فيه معنى المعاوضة ولهذا اعتبر فيه رضى الزوجين «[1] ، وإذا كان الخلع بهذا الشكل فمتى ارتضت الزوجة أن تبذل للزوج أكثر مما أعطاها من أجل أن 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 ﷻ [2] ، وهذا العوض يعتبر نوعا من التعويض المعنوي لأنه يقابل ما قال به الفقهاء من رد البدل للزوجة إذا ثبتت إساءة الزوج لها لتختلع ، وهو مشروع من عند الله ﷻ وفقا للقول السابق عند المالكية .

قال مالك : » لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها «[3] ، وجاء في المدونة أنه إذا كان النشوز من قبل المرأة فإنه يجوز للزوج ما أخذ منها على الخلع[4] .

فما الذي يجوّز للزوج هذا العوض إذا لم يتبين أن سبب وجوبه هو إساءة الزوجة لمشاعره وإيذائه معنويا ؟ خاصة وأنه يبذل تكاليف الزفاف ويدفع الصداق ، فتقابله المرأة بهذا النكران والجحود .

-إن 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 فيه من ضرر الدنيا والدين

[1] - زاد المعاد ، ج5 ، ص 196 .
[2] - المقدمات الممهدات ، ج1 ، ص 556-557 .
[3] - الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ، ص 345 .
[4] - المدونة ، ج4 ، ص 158 .

ما لا خفاء فيه ، أما الدين فإنه مكروه باتفاق الأمة مع استقامة حال الزوجين . .فكيف إذا كانا في غاية الاتصال وبينهما من الأولاد والعشرة ما يكون في طلاقهما من ضرر الدين أمر عظيم ، وكذلك ضرر الدنيا كما يشهد به الواقع ، بحيث لو خير أحدهما بين أن يخرج من ماله ووطنه وبين الطلاق لاختار فراق ماله ووطنه على الطلاق وقد قرن الله فراق الوطن بقتل النفس «[1] .

ويضيف ابن تيمية في موضع آخر قائلا : » فيكون ألم الفراق أشد عليهما من الموت أحيانا وأشد من ذهاب المال ، وأشد من فراق الأوطان ، خصوصا إن كان بأحدهما علاقة من صاحبه ، أو كان بينهما أطفال يضيعون بالفراق ويفسد حالهم ، ثم يفضي ذلك إلى القطيعة بين أقاربها ووقوع الشر لما زالت نعمة المصاهرة التي امتن الله تعالى بها في قوله ﴿ فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ﴾الفرقان-54﴿ ومعلوم أن هذا الحرج الداخل في عموم قوله ﷻ : ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾الحج-78﴿ ومن العسر المنفي بقوله ﷻ : ﴿ يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾البقرة-185﴿ «[2] .

ونفي الحرج من مقاصد التشريع الإسلامي ووردت النصوص الشرعية ببيانه دالة على التيسير والتخفيف ، ومن ذلك قول الله ﷻ : ﴿ يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ﴾النساء-28﴿ وقوله ﷻ : ﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا ﴾البقرة-286﴿ ، وكذا في قول النبي ﷺ : ﴿ إن هذا الدين يسر ﴾[3] .

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 ، أو تتضمن شروطا ليست في كتاب الله وسنة رسوله ﷺ[4] .

---

[1] - مجموع الفتاوى ، ج 35 ، ص 268-269 .

[2] - مجموع الفتاوى ، ج35 ، ص 299 .

[3] - البخاري ، كتاب الإيمان ، باب الدين يسر ، ج1 ، ص 16 .

[4] - سعد الدين اليوبي ، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية ، ص 406 .

وبناء على قول ابن تيمية يمكن الاستدلال على إباحة التعويض عن الضرر المعنوي بسبب الطلاق والتطليق ، رفعا للحرج وتيسيرا على المطلقة التي يكون قد أصابها بالغ الضرر بسبب الطلاق وتوابعه ، وما ينتج عنه من ضرر الدين والدنيا ، فيكون إيجاب هذا التعويض مخففا لهذا الضرر ومادًّا لوشائج القربى ومذكرا برابطة المصاهرة التي جمعتهما ، والتي أشار ابن تيمية إلى انخرامها وشدد على أن ذلك من الحرج المعلوم من الدين بالضرورة .

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

وأما أدلة الرأي الأول النافي للتعويض فيمكن الرد عليها من النواحي التالية :

• أما قولهم بأن الشريعة الإسلامية لا تقر التعويض عن الضرر المعنوي ، فقد بينت خلافه في الفصل التمهيدي[①] ، ولا أدَل على ذلك في مجال الطلاق من تشريع نفقة المتعة وهي تنصرف معنى ومقصدا إلى تعويض الضرر المعنوي للطلاق المشروع .

• وأما قولهم بأن الضرر المعنوي صعب الإثبات فهذا غير مسلم به ، لأن القضاء في مصر توصل إلى أنه تكفي شهادة الطبيب المعالج لإثبات الضرر النفسي[②] ، ولا يمكن القول بأن الطبيب قد لا يصدق لأن القضاء المصري كيَّف التزام الطبيب بأنه التزام غاية ، أي أنه على الطبيب الذي يقبل معالجة مريض نفسي أن يتحمل نتيجة عدم شفائه[③] ، وعليه فإن صدور شهادة طبية من عند طبيب نفساني مختص تتضمن إصابة المريض بضرر نفسي تعد كافية ودليلاً على وجود الضرر ، وإلا كيف يتحمل الطبيب هذه المسؤولية وهو يعلم أن المريض ليس مصابا بهذا الضرر المعنوي .

---

① - انظر الصفحة 41 من هذا البحث .

② - البنا ، كمال صالح : **المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع** ، (القاهرة : عالم الكتب ، ط1 ، 2001) ، ص 68 .

③ - كمال صالح البنا ، المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع ، ص 67 .

• وأخيرا فإن القول بعدم إمكانية تقويم الضرر المعنوي لإيجاب التعويض الملائم لا يستقيم خاصة في الوقت الحاضر ، إذ يرى الفقه الفرنسي أن مشكل تقدير الضرر ليس أكثر من حجة لرفض التعويض ، وهو موجود حتى في الضرر المادي مثل المساس بالسمعة والمنافسة غير المشروعة[①] ، وقد أكد القضاء الفرنسي كذلك بأن صعوبة تقييم الضرر لا يمكن أن تبرر رفض طلب التعويض عن الضرر المعنوي[②] .

وهذا الرأي وإن كان غربي المصدر إلا أنه الأكثر ملائمة لما يجري عليه العمل في نظرية الضمان في الشريعة الإسلامية من آراء بعض من ينتسبون إليها من الفقهاء ، كما يحقق مقاصد النظرية أكثر من القول بعدم التعويض عن الضرر المعنوي مطلقا .

ولو تأملنا أهمية تشريع متعة المطلقة ، لوجدنا الجانب الرمزي الإنساني فيها يغطي الجانب التقويمي التناسبي للضرر ، وهو ما يؤكد أن التعويض عن الضرر المعنوي يحكم تقديره المقصد منه أكثر من قيمته ، فالمتعة عند الفقهاء القدامى تعتبر مبلغا زهيدا إذا قيّمت وفق مقتضيات عصرنا ، ولكن الهدف من ورائها عظيم ، وهو إعادة أواصر الود والرحمة إلى ما كانت عليه ، وتأكيد الإحسان في الطلاق الذي فرضه المولى ﷻ ، حتى وإن لم نكن نأمل برجعة الزوجة لزوجها ؛ كما أن إيجاب التعويض المعنوي في الطلاق ، وتأسيه بالمتعة في ذلك لا يفهم منه طابع العقوبة ، إذ القصد من التعويض الترضية ، » ومسائل الزوجية والبنوة وما يتصل بهما من عقود . . مسائل تتدخل فيها العاطفة البشرية أكثر مما يحكمها منطق العدل ، ولما كان للعاطفة جنوحا إلى العطاء الزائد أو إلى المنع المطلق فقد ركنت الشريعة إلى الضمائر والذمم كي يكون المنح والمنع ضمن حدود الله ، أي في نطاق العدل ، ثم أمرت بالفضل حيث يعطى الإنسان الحق ويزيد عليه من عنده «[③] .

---

① - Planiol et Ripert, *op.cit.*, T6, P. 755.

② - arrêt de toutes les chambres réunis, 15 juin 1833 ; planiol, O*p. Cit.* , P. 755.

③ - العشماوي ، محمد سعيد : **أصول الشريعة** ، (بيروت : دار اقرأ) ، ص 108 .

فهذا ما يحكم مسألة التعويض المعنوي عن الطلاق والتطليق ، ولعل ما ذكرته يعد مرجحا لجواز تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في قانون الأسرة الجزائري

جاءت المادة (52) لتوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالمطلقة تعسفيا بصيغة عامة حيث لم تبين نوعه ، هل يشمل الضرر المعنوي أم يقتصر على المادي فقط ، غير أنه يمكن استنتاج واستنباط نية المشرع من خلال النقاط الآتية :

1-إذا كان لفظ الضرر ينصرف لغويا إلى ما كان ضد النفع ، وفي الاصطلاح إلى النقص من الحقوق والأذى مطلقا ، فإنه بتحكيم العرف الخاص في استعمال اللفظ وتقديمه على الحقيقة اللغوية[1] ، يمكن استنباط اتجاه المشرع إلى اعتبار نوعي الضرر المادي والمعنوي في هذا التعويض . إذ نص المشرع الجزائري في مواقع مختلفة على الضرر قارنا بين نوعيه[2] ، كما نص في قانون الأسرة أيضا في المادة الخامسة على جواز التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة سواءً كان هذا الضرر ماديا أو معنويا .

2-إذا كان قانون الأسرة قد رتب على العدول عن الوعد بالزواج التعويض عن ضرر العدول المادي أو المعنوي وذكرت أن أساس هذا التعويض هو التعسف في استعمال حق العدول ، فيكون كذلك من باب قياس الأولى أن يحتمل الضرر الوارد في المادة (52) معنويا وهذا أسوة بالمادة (05) التي تتضمن تطبيقا لنظرية التعسف في استعمال الحق ، كما أن مسوغ التعويض لا يرقى لمرتبة الطلاق الذي يحكم على رابطة

[1] - تقية ، عبد الفتاح : **تفسير النصوص والقواعد الفقهية** – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، (الجزائر : دار الكاهنة) ، ص 202 .

[2] - ومن ذلك مثلا : المادة (3 فقرة 4) من قانون الإجراءات الجزائية : « تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية ، جسمانية أو أدبية » .

عقدية بالانحلال ، وذلك باعتبار أن آثار فسخ الوعد بالعقد غير ملزمة بخلاف آثار فسخ العقد التي تأخذ الصفة الإلزامية من العقد .

3-إذا كان تكييف التعسف في استعمال حق الطلاق يستند إلى المسؤولية التقصيرية المترتبة عن الاستعمال التعسفي لهذا الحق ، والاتجاه العام في المسؤولية التقصيرية منذ منتصف القرن 19 م هو التعويض عن الضرر المعنوي ، فإن التعويض عن الطلاق التعسفي يتضمن الضرر المعنوي أيضا .

4-يمكننا الاستئناس في هذا الشأن كذلك بدعوى التأثر بالقانون الفرنسي في هذه المادة التي احتج بها أحد الباحثين ، حيث يرى صاحب الفكرة[1] أن نص المادة (52) يرمي إلى الحد من تعسف الرجل في استعمال حق الطلاق ، وهو تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني ، وأن الزوجة تتضرر معنويا جراء الطلاق التعسفي[2] .

والتأثر الذي يقصده الباحث يتمثل في نص المادة (21 فقرة2) من المرسوم التطبيقي رقم (1002-59) الصادر بتاريخ 1959/09/17 عن السلطة الاستعمارية ، من أجل بيان كيفيات تطبيق الأمر رقم (59- 274) المؤرخ في 1959/02/04 المتعلق بالزواج الذي يعقده أشخاص الحالة المدنية في الجزائر ، وجاء نص المادة كما يلي : » يحق للزوجة في حالة الطلاق بإرادة الزوج طلب التعويض عن الأضرار التي لحقتها وعند الاقتضاء يمكن للحكم القاضي بالطلاق أن يقضي بتعويضات لصالح الزوج المضرور في الحالات المنصوص عليها في المادة (11) « . والحالات الخمس هي الطلاق بسبب : الزنا ، الإدانة ، الضرر ، بطلب من الزوجة ومن الإرادة المنفردة للزوج[3] .

[1] - وهو الأستاذ لحسين آث ملويا في كتابه المشار إليه آنفا .

[2] - لحسين آث ملويا ، بحوث في القانون ، ص 22 .

[3] - لحسين آث ملويا ، بحوث في القانون ، ص 26 .

ولعل التأثر الذي يشير إليه الباحث يتمثل في ورود إمكانية طلب التعويض للضرر في قانون الأسرة الجزائري ، مع الإشارة إلى استقرار تعويض الضرر المعنوي وفق قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون الفرنسي منذ القرن 19 م[①] .

5-إن موقف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا يؤكد اتجاه القضاة لتضمين الضرر المعنوي في التعويض عن الطلاق التعسفي . وفي هذا الشأن : قضت المحكمة العليا بما يلي:

* إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تخفيفا لها من ألم فراق زوجها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا ، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة ، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي باسم متعة وآخر كتعويض[②]. هذا القرار وإن كان يمثل أحد تناقضات المحكمة العليا التي أشرت إليها ، إلا أنه يستبان من مفهومه أن الضرر المعنوي معني بالتعويض عن الطلاق التعسفي .

* استقر قضاء المحكمة العليا على أن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية[③] .

كما يمكن الاستئناس بقرارات المحكمة العليا التونسية التي قضت تطبيقا لنص المادة (31) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية[④] بأن : » مطلب التعويض التي قامت به القاعدة لدى محكمة الموضوع كان

---

① - راجع الصفحة 28 من هذا البحث .

② - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (35912) ، بتاريخ 1985/04/08 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1989 ، ص 89 .

③ - المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص ، بتاريخ 1969/05/29 ، نقلا عن بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الأسرة ، ص 75 .

④ - تنص المادة (31) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه يحكم بالطلاق :

1. بناء على طلب من الزوج أو الزوجة لأسباب مبنية بفصول هاته المجلة .
2. بتراضي الزوجين .
3. أو عند رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به وفي هاته الصورة يقرر الحاكم ما تتمتع به الزوجة من الغرامات المالية لتعويض الضرر الحاصل لها أو ما تدفعه هي للزوج من التعويضات .

مؤسسا قانونا على التعسف في استعمال حق الطلاق (الفصل 103 من القانون المدني) وعلى الضرر المادي والأدبي الناشئ للمطلقة عن تطليقها من زوجها وما يحدث ذلك من الصدمات في نفسها ومن الاضطرابات في حياتها وخيبتها في تكوين مستقبلها العائلي «[①] .

وبهذا نستنتج أن التعويض المقرر لصالح الزوجة المطلقة تعسفيا في المادة (52) من قانون الأسرة ، يشتمل على الضرر المعنوي الذي يلحق لا محالة الزوجة من جراء هذا الطلاق ، وأنه ما من قرينة أو دليل يصرف الضرر إلى نوعه المادي أو يقصر التعويض عليه فقط .

كما وردت بعض الاجتهادات القضائية في التطليق وأذكر منها :

1-أكدت المحكمة العليا على مبدأ تعويض الزوجة نتيجة الضرر اللاحق بها في التطليق ، والذي يعد سببا له ، إذ جاء في أحد قراراتها : » من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا ... ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغا فيه متعسفا فيه من طرف الزوج ، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة (55) من قانون الأسرة قد طبقوا القانون «[②] .

2-أما بالنسبة لنوع الضرر المبرر لطلب التطليق قضت المحكمة العليا بأن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعد مبررا لطلب التطليق[③] .

[①] - قرار رقم (2773) ، مؤرخ في 1963/11/18 نقلا عن : العياري ، محمد الصالح : **مذكرات وبحوث قانونية**، (تونس : مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، ط1 ، 1987) ، ص 315-316 .

[②] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم (181649) ، بتاريخ 1997/12/23 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1997 ، ص 49 .

[③] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم (127948) ، بتاريخ 1996/01/16 ؛ نشرة القضاة ، العدد (54) ، ص 100 .

وفي قرار صريح يتضمن الإشارة للضرر المعنوي قضت المحكمة بأن تأخر الزوج في الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات يعتبر تعسفا يستوجب التعويض[1] .

ولعله من البين أن تأخر الزوج كل هذه المدة عن البناء بزوجته يفتح بابا واسعا من الشائعات ، التي تمس بسمعة الزوجة وتسبب لها أضرارا معنوية بالغة .

وبناء على موقف القضاء الجزائري يمكن استنتاج الآتي :

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

* أساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية ممثلة في ما يرتكبه الزوج من أفعال ضارة بزوجته ، تدفعها إلى طلب التطليق نتيجة لهذا الضرر ، سواء كان 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 .

[1] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم (135435) ، بتاريخ 1996/04/23 ، المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1998 ، ص 129 .
يشار هنا إلى أن هذا القرار يوافق كثيرا ما ذهب إليه القضاء المصري في إحدى اجتهاداته من أن تراخي الزوج عمدا في الدخول بزوجته طوال أربع سنوات يعد ضربا من الهجر يتحقق به الضرر الموجب للتطليق . نقض بتاريخ 1979/03/21 ، طعن رقم (14) لسنة (74) قضائية ، نقلا عن كمال صالح البنا ، المشكلات العملية ، ص 54 .

المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق

بينت في المطلبين السابقين موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من تعويض الضرر المعنوي في حالتي الطلاق التعسفي والتطليق ، وأصل الآن إلى عقد مقارنة موضوعية بين النظامين حول هذه المسألة ، تتمحور حول الأساس النظري لإيجاب التعويض ونوع الضرر ومداه إضافة إلى دعائم مبدأ تعويض الضرر المعنوي في النظامين بخصوص هذه النقطة ، مع الإشارة إلى أن هذه النقاط المحورية للمقارنة تفرض نفسها لأنها نتيجة الدراسة .

الفرع الأول : أوجه الاتفاق

بعد استعراض رأي الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في مسألة التعويض المعنوي عن الطلاق التعسفي والتطليق ، أخلص إلى أن الفقه الإسلامي وقانون الأسرة يتفقان فيما يأتي :

* اعتبار الفقه الإسلامي وفقه الأسرة للإساءة في استعمال حق الطلاق وترتيب المسؤولية على ذلك ، وتتمثل في إلزام الزوج المتعسف بتعويض زوجته ، كما أنه من المبادئ الثابتة فقها وقضاء أن الإضرار بالزوجة بأي شكل يجعلها تلجأ للقاضي 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 و مجالات استعماله .

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

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

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

* أن نص قانون الأسرة على تعويض الضرر في الطلاق والتطليق يعد تطبيقا لمبدأ الضرر المعنوي الذي يجد أصوله في الفقه الإسلامي والقانون ، والضابط في 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 ، ووجه التطبيق يتجلى في قيام مسؤولية الزوج نتيجة إضراره بالزوجة ، وعلى هذا المنوال نشأ مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي ، ووجد تطبيقا له في العديد من النظم .

الفرع الثاني : أوجه الاختلاف

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

* لم يبين المشرع الجزائري حالات الطلاق التعسفي بخلاف الفقه الإسلامي الذي رتب أحكاما فقهية خاصة ببعض أضرب الطلاق التي يمكن اعتبارها طلاقا تعسفيا ، كالطلاق البدعي أو طلاق السكران والهازل ، ويتجلى أثر 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 المعنوي وقضي فيها بالتطليق مع التعويض .

* أن تعويض 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 على أساس التعسف فقط ، ويظهر الأثر في أنه في حالة غموض التعسف في الطلاق أو إباء أحد الزوجين التفصيل في حيثيات الطلاق قد يحرم الزوجة من التعويض ويكتفى لها بالمتعة ، التي لا يمكن أن تصل قيمتها إلى مرتبة التعويض عن المسؤولية ، لأن ضوابط تقديرها محددة شرعا وأن القضاء بها كتعويض قد يصرف عنها وصف المتعة ، وينصرف إلى إرهاق الزوج بما لا يطيق ، لأن الشارع حينما أوجب المتعة كان تشريعه لها يتميز باللطف في ذلك .

* إن التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي له أساسياته ، ودعائمه التشريعية تتضمن نظرية التعسف في استعمال الحق وإيجاب 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 تضمين المتعة في التعويض القانوني الممنوح بمقتضى المادة (52) من قانون الأسرة الجزائري.

خاتمـــــة

خاتمـــــة

الحمد للّه وحده والصلاة على من لا نبي بعده وبعد ، فبتوفيق من الله أشرفت على نهاية هذا البحث وأجدني وصلت إلى النتائج الآتية :

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

والضرر المعنوي هو ما يصيب الشخص من الأذى في جسمه من الآلام التي لا تصل لحد التأثر أو في عرضه ، أو في عاطفته ، أو من جراء الاعتداء على حقوقه ومصالحه المشروعة دون المساس بالجانب المالي منها .

2-ارتباط الضرر وجودا بمشروعية الحق أو المصلحة محل التعدي ، و يرجع ثبات المشروعية لمقاصد الشريعة الإسلامية . إن هذا الارتباط المقاصدي البعد 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 .

4- لا يمكن الجزم بأن الشريعة الإسلامية لا تقر التعويض عن الضرر المعنوي ، لأن دعائم هذا المبدأ قوية وأصيلة في التشريع الإسلامي ، كما يظهر ذلك من ارتباطه بالمؤيدات الشرعية وانضمامه إلى منظومة الوسائل المقصدية ، ولعل هذا الانتماء الأخير كفيل بتقرير أهمية هذا المبدأ الذي بات يشكل نظرية فقهية كاملة متكاملة ، قد لا تسعها النظرية الأم " نظرية نفي الضرر " .

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

6-إذا كان حكم التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري هو الجواز ، فإنه مرتبط بمذهب بعض الفقهاء المسلمين في هذا الشأن من إيجاب التعويض مع التفصيل في شروطه ، وإن كنت قد بينت تأثر قانون الأسرة بالقانوني الفرنسي في ذلك ، إلا أن هذا لا يمنع من ربط التعويض بالفقه الإسلامي باعتبار أن الاجتهاد القضائي الجزائري سعى ولا يزال يسعى لتثبيت هذه الرابطة .

7-يستند مبدأ التعويض ضرر العدول عن الخطبة في القانون الجزائري إلى الأسس الآتية :

* النص القانوني الصريح .

* الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا المستند للأسس الموضوعية في نظرية نفي الضرر (المسؤولية عن العدول المعيب وليس العدول لذاته) .

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

والشريعة بتأثيمها للطلاق التعسفي تهدف إلى حماية الرجل أيضا من خلال تجنيبه إثم التعسف ؛ وهذه خصوصية من خصوصيات نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، وهي مستمدة من جزئيات النظام الذي عالج به الفقه الإسلامي مسألة التعسف في استعمال الحق المتميز بالإحاطة في التصور والشمولية في التطبيق ، وهو ما يفتقد إليه القانون .

9-يمتاز قانون الأسرة بمرونة في تحديد الضرر المبرر لطلب التطليق ، تتمثل في وصف اللامشروعية في الضرر ، ويعد هذا الوصف عاملا أساسيا في توطيد انتماء الأسرة للأحكام الشرعية .

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

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

12-يستند إيجاب التعويض عن الضرر في التطليق إلى مبدأين هامين في نفي الضرر وإزالته ، وهما : » الضرر يزال « و »الضرر لا يزال بضرر « . وهذا من صميم مقاصد الشريعة الإسلامية ، إذ يعد مظهرا من مظاهر رفع الحرج عن المطلقة .

13-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 لانطباقها الغالب على الجانب الإنساني من العلاقات البشرية .

14-إن العرف الخاص لاستعمال لفظ الضرر المنصرف إلى الضرر المعنوي مثل المادي يدفع إلى القول بأن القانون الجزائري يطبق مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي والتطليق ، وذلك بشكل مباشر وعملي ويدل عليه :

* تطبيق أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق التي ترتب المسؤولية التقصيرية على هذا الاستعمال ، وهي تتسع بأحكامها للضرر المعنوي .

* استقراء مبادئ المحكمة العليا في تقدير الضرر المعنوي في التعويض . فالتعويض عن الضرر المعنوي مبدأ من المبادئ القضائية في الجزائر ، تأسيا بالمذهب المالكي الذي يتوسع في أنواع الضرر ، ويخصص حيزا مهما لمعالجة الضرر المعنوي في الروابط الأسرية .

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 عرضة أيضا لهذا النوع من الضرر .

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

وأخيرا أسأل اللَّه العظيم أن أكون قد وفقت لما يحبه ويرضاه ، وأستغفره عما أبديت من تجاوز أو نقصان ، إنه ولي ذلك والقادر عليه ، والحمد للّه رب العالمين .

الفهـــارس

وتتضمن :

1-فهرس الآيات القرآنية .
2-فهرس الأحاديث والآثار .
3-فهرس الأعلام المترجم لها .
4-فهرس القواعد الفقهية .
5-فهرس المواد القانونية .
6-فهرس الأحكام والقرارات القضائية .
7-فهرس المصادر والمراجع .
8-فهرس الموضوعات .

أولا : فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
﴿ يَـأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَـيْكُمُ الْقِصَـاصُ فِـي الْقَتْلَى﴾	178	16
﴿ يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	185	159
﴿ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـن ﴾	229	109 ، 123
﴿ وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لّتَعْتَدُواْ ﴾	231	109
﴿ لاَ تُضَـآرَّ وَالِـدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُـودٌ لّهُ بِوَلَدِهِ﴾	233	138
﴿ وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِـنْ خِطْبَـةِ النِّسَآءِ ﴾	235	45
﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِـعِ قَـدَرُهُ وَعَلَـى الْمُقْتِـرِ قَدْرُهُ ﴾	236	130 ، 131
﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُـوهُنَّ مِـن قَبْـلِ أن تَمَسُّـوهُنَّ وَقَـدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُم﴾	237	132 ، 133
﴿ وَلاَ تَنسَوُاْ الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾	237	131
﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـتِ مَتَـعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾	241	132
﴿وَإِن كَـانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنِظَرَةٌ اِلَـى مَيْسُرَةٍ ﴾	280	108
﴿ لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا اِلاَّ وُسْعَهَا ﴾	286	108 ، 159
سورة آل عمران		
﴿ لَنْ يَّضُرُّوكُمُ و إلاَّ أذًى﴾	111	4
﴿ فَبِمَا رَحْمَة مِنَ اللّهِ لِنْتَ لَهُم﴾	159	أ
سورة النساء		
﴿ فَإِنْ خِفْتُـمُ أَلاَّ تَعْـدِلُواْ فَوَحِـدَةً اَوْ مَـا مَلَكَـتَ اَيمَانُكُمْ ﴾	03	120
﴿ يُرِيدُ اللّهُ أن يُخَفِّفَ عَنكُمْ ﴾	28	159

﴿ يَـأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا لاَ تَاكُلُـواْ أَمْوَ لَكُـم بَيْـنَكُم بالْبَـطِل ﴾	29	36 ، 25
﴿ وَالتي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُـرُوهُنَّ ﴾	34	111
﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِـقَاقَ بَيْنِهِمَـا فَـابْعَثُواْ حَكَمًـا مِّـنَ اَهْلِهِ ﴾	35	122
﴿ وَمَن قَتَلَ مُومِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّومِنَةٍ ﴾	92	20 ، 16
﴿ لاَّ يَسْتَوِي الْقَعِـدُونَ مِنَ الْمُومِنِينَ غَيْـرَ أُولِـي الضَّرَر ﴾	95	4
سورة المائـدة		
﴿ يَـأَيُّـهَا الذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُواْ بالْعُقُودِ ﴾	01	116
﴿ يَـــأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُوا لاَ تَقْتُلُواْ الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ﴾	95	20
سورة يونس		
﴿ وَإِذَا مَسَّ الاِنسَـنَ الضُّرُّ دَعَانَـا لِجَنبِـهِ أَوْ قَاعِـدًا أَوْ قَآئِمًا ﴾	12	4
سورة النحل		
﴿ وَأَوْفُوا بعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَــهَدتُّمْ ﴾	91	93
﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾	126	21
سورة الإسراء		
﴿ وَأَوْفُواْ بالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْــولاً ﴾	34	67
سورة مريـم		
﴿ وَاذْكُـرْ فِـي الْـكِـتَـبِ إِسْـمَعِيلَ إِنَّـهُ و كَـانَ صَادِقَ الْـوَعْدِ﴾	54	47
سورة الأنبياء		
﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَـكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِّلْعَـلَمِينَ ﴾	107	ز
سورة الحـج		
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	78	159
سورة الفرقـان		
﴿ فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾	54	159

سورة القصص		
﴿ إِنِّيَ أريدُ أن انكِحَكَ إحْدَى ابْنَتَيَّ هَتَيْن ﴾	27	43
سورة الروم		
﴿ومن-ايتِهِ أنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمُ و أَزْوَاجًا ﴾	21	98
سورة الأحزاب		
﴿ يَأَيُّهَا النَّبِيءُ قُل لِّأَزْوَجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَوةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾	28	132
﴿ يأُيها الَّذِينَ ءَامَنُواْ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ ﴾	49	130
سورة الشورى		
﴿ وَجَزَآؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيئة مِّثْلُهَا ﴾	40	21
سورة الحجرات		
﴿ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآيِلَ لِتَعَارَفُواْ ﴾	13	ح
سورة الصف		
﴿ يَأَيُّهَا الذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لاَ تَفْعَلُونَ ﴾	2 و 3	48
سورة الطلاق		
﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا ءَاتيهُ اللَّهُ ﴾	07	108
سورة المدثر		
﴿ كُلُّ نَفْس بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾	38	20

ثانيا : فهرس الأحاديث والآثـــار

طرف الحديث أو الأثر	الصفحة
﴿ آيـة المنافـق ثلاث : إذا حـدث كـذب ، وإذا وعـــد أخلـــف ﴾	49
﴿ إذا بويع لخليفتين فاقتلوا الآخر منهما ﴾	41
﴿ إذا علم في المفتديـــة نفسـها أن زوجهـا أضـر بهـا وضـيق عليها﴾	157
﴿ اذهب فاقلع نخله﴾	139
﴿ أربـع من كن فيه كان منافقـا خالـصا ﴾	50
﴿ إن الله يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن ﴾	79
﴿ إن دمـاءكم وأمـوالكم وأعراضـكم علـيكم حـرام كحرمـة يومكم هذا ﴾	25 ، 24
﴿ أن رسول الله ﷺ عزّر رجلاً قال لغيره يا مخنث ﴾	38
﴿ إن هذا الدين يسر ﴾	159
﴿ إنك امرؤ فيك جاهلية﴾	37
﴿ تحـدث للنـاس أقضـية بقـدر مـا أحـدثوا مـن الفجـور ﴾.....	79
﴿ حديث علـي ﷺ أن رسـول الله ﷺ بعثـه ليَـدِيَ قومـا قـتلهم خالد ﴾.....	40
﴿ سئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته﴾....	109
﴿ سـئل علـي ﷺ عـن الرجـل يقـول لآخـر يـا فاسـق قال﴾.....	39
﴿ الصلح جائز بـين المسـلمين إلا صـلحا حـرم حـلالا أو أحـل حراما﴾.....	116
﴿ طعام بطعام وإناء بإناء ﴾.....	21
﴿ طلـق النبـي ﷺ المسـتعيذة منـه ومتعهـا بـرازقيين ﴾	130
﴿ العـــــدَةُ دَيْنٌ ﴾	50
﴿ قضاء عثمان بثلث الدية في رجل ضرب رجلا حتى سـلح ﴾	40

﴿ قضاء عمر بن الخطاب ﷺ بقطع أيدي الغلمان الذين انتحروا ناقةَ ﴾	24
﴿ قضى رسول الله ﷺ على أهل الحوائط حفظها بالنهار ﴾	22
﴿ كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي...﴾	76
﴿ كتب عمر ﷺ لقوم تركوا نساءهم بالمدينة إما أن يقدموا ﴾	114
﴿ كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه﴾	25
﴿ لا بأس بأن تفتدي المرأة من زوجها بأكثر مما أعطاها ﴾	158
﴿ لا ضرر ولا ضرار ﴾	22 ، 123 ، 150 ، 152
﴿ لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لا بد متمنيا﴾	5
﴿ لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس ﴾	24
﴿ لا يسم المسلم على سوم أخيه ولا يخطب على خطبته ﴾.....	52
﴿ لا يشكر الله من لا يشكر الناس ﴾.....	د
﴿ ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ﴾	115
﴿ متع عبد الرحمن بن عوف ﷺ امرأة له بعد طلاقها بوليدة ﴾	130
﴿ مره فليراجعها ﴾	100
﴿ من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد ﴾	115
﴿ من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى﴾.....	120
﴿ من كانت له مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلله ﴾.....	39
﴿ من مات عن حق فلورثته ﴾	39
﴿ من وقف دابة في سبيل المسلمين أو في سوق من أسواقهم ﴾...	22
﴿ يفرق بينهما ﴾	109

ثالثا : فهرس الأعلام الواردة في المتن

اسم العلم	الصفحة
أحمد بن حنبل	34 ، 49 ، 109 ، 127 ، 132 ، 134
أحمد محمد عساف	54
إسماعيل	47
بدران أبو العينين بدران	54
بلانيول (Planiol)	13 ، 67
بلحاج العربي	85 ، 86 ، 136
بلخادم عبد العزيز.....	هـ
بن داود عبد القادر	146
بوساق محمد.....	ك
بوتييه (Pothier).....	*28*
ابن تيمية	117 ، 132 ، 158 ، 159 ، 160
ابن حجر العسقلاني	46 ، 48 ، 52
ابن حزم	26 ، 34 ، 36 ، 115 ، 134
الحسن بن علي	76
أبو حنيفة	34 ، 74 ، 127
خالد بن الوليد	40
الخرشي	65 ، 156
الدسوقي	7 ، 53 ، 65
دوما (Domat)	28 ، 141
أبو ذر الغفاري	37

ريبير (Ripert)	13
أبو زهرة	35 ، 37 ، 53 ، 68 ، 71 ، 73
سحنون	51
سعيد بن المسيب	40 ، 109
السعيد مصطفى السعيد	58
سمرة بن جندب	139
السيوطي	52 ، 65
ابن الشاط	46 ، 50
الشاطبي	78
الشافعي	34 ، 109 ، 127
ابن شبرمة	49
شعيب	43
الصاوي	53
عائشة الخثعمية	76
ابن عبد البر (أبو عمر)	47 ، 49
عبد الرحمان الصابوني	136
عبد الرحمن بن عوف	130
عبد العزيز سعد	82 ، 112
عبد الله بن عمر	100
عثمان	40
ابن العربي	6 ، 46 ، 49
ابن عرفة	100

عفيف عبد الفتاح طبارة	54
علي الخفيف	14 ، 19 ، 34 ، 35 ، 36
علي بن أبي طالب	39 ، 40 ، 41 ، 76
علي عبد الله حسين	34
علي محيي الدين القرة داغي	155
عمر بن الخطاب	24 ، 114
عمر بن عبد العزيز.....	79
عمر سليمان الأشقر	70 ، 72
فتحي الدريني	75 ، 144
ابن فرحون	122
فيض الله (محمد فوزي)	37
القرافي	39 ، 121
القرطبي	21 ، 47 ، 100 ، 132
ابن القيم	6 ، 41 ، 46 ، 158
ابن كثير	48
لوران	67
مالك	24 ، 52 ، 53 ، 74 ، 78 ، 109 ، 127 ، 133، 157 ، 158
مجاهد الإسلام القاسمي.	14
محمد بخيت المطيعي	70
محمد بلتاجي	66
محمد بن الحسن	37 ، 38

محمد بن سعود	ك
محمود شلتوت	37 ، 38
مصطفى الزرقا	72 ، 77
مصطفى السباعي	74 ، 137
مقدم سعيد	ك
موافي أحمد.....	ل
نابليون	28
الهادي السعيد عرفة	136
الونشريسي	7
وهبه الزحيلي	7 ، 37 ، 54 ، 136
أبو يوسف	37 ، 38
يوسف القرضاوي	155

رابعا : فهرس القواعد الفقهيــة

نص القاعدة	الصفحة
ارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن مناص من ارتكاب أحدهما واجب	108
الأصل أن الأموال محظورة إلا بنص	25 ، 26
الأصل في الأفعال والأقوال والأشياء الإباحة	116 ، 159
الأصل في الاشتراط الحظر فلا يباح إلا ما دل عليه الدليل	115
تأخير الحق أهون شأنا من الإبطال	108
الجواز الشرعي ينافي الضمان	71 ، 75 ، 154
الضرر الأشد يزال بالأخف	55 ، 139 ، 145
الضرر لا يزال بضرر	23 ، 150 ، 151 ، 173
الضرر يدفع قدر الإمكان	114
الضرر يزال	ح، 23 ، 150 ، 151، 173
لا ضرر ولا ضرار	ح ، 68 ، 74 ، 110 ، 147
لا ينكر تغير الأحكام الشرعية بتغير الزمان والمكان	94
يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام	23 ، 55

خامسا : فهرس المواد القانونية

أ- المصادر القانونية الوطنية (مرتبة حسب تاريخ الصدور)

المصدر	المادة	المضمون	الصفحة
قانون الإجراءات الجزائية	3 فقرة 4	قبول دعوى المسؤولية عن كافة أنواع الضرر	31
قانون العقوبات	331	عقوبة الامتناع عن أداء النفقة	111
القانون المدني	01	مصادر القانون	30، 82
	41	الاستعمال التعسفي للحق	142
	124	المسؤولية عن الفعل الشخصي	19 ، 30
	124 مكرر	الاستعمال التعسفي للحق	142 ، 144
	132	التعيين القضائي لكيفية تعويض الضرر	19
	176	تنفيـــذ الالتـــــزام	09
	341	الإقـــرار القضائـــي	88
	343	منع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا فيه	142
القانون الأساسي للعامل	8	حماية العامل من كافة أشكال الإهانة	32
قانون الأسرة	3 مكرر	إدراج النيابة العامة كطرف أصلي في تطبيق هذا القانون	83

قانون الأسرة	05	جواز الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة	ط ،32 ، 43 ، 61 ، 67 80 ، 84 ، 162
	08	شروط تعدد الزوجات	118 ، 119 ، 120 ، 121
	8 فقرة 3	اشتراط ترخيص رئيس المحكمة لإعادة الزواج	83
	19	إباحة الاشتراط في عقد الزواج	117
	36	واجبات الزوجين	106 ، 107
	52	التعويض عن الطلاق التعسفي	ط ، 105 ، 128 ، 148 149 ، 151 ، 162 ، 163 ، 169
	53	أسباب التطليق	105 ، 106 ، 118 ، 122
	53 فقرة 1	جواز التطليق لعدم الإنفاق	107 ، 110
	53 فقرة 2	جواز التطليق للعيب	125
	53 فقرة 3	جواز التطليق للهجر في المضجع	111
	53 فقرة 5	جواز التطليق لغيبة الزوج	113
	53 فقرة 6	التطليق لمخالفة الزوج لشروط التعدد	120

قانون الأسرة	53 فقرة 9	جواز التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	114 ، 117
	53 فقرة 10	جواز التطليق للضرر المعتبر شرعا	124
	53 مكرر	تعويض الضرر الناتج عن التطليق	ط ، ي ، 153
	55	التعويض عن ضرر النشوز	ط ، ي
	72	توفير المسكن للمطلقة لممارسة الحضانة	83
	222	الرجوع للشريعة الإسلامية عند عدم النص في قانون الأسرة	154
قانون علاقات العمل	6 فقرة 2	احترام كرامة العامل	32
القانون رقم 29-91 المعدل لقانون علاقات العمل	73	البطلان جزاء التسريح التعسفي للعامل	143

ب - المصادر القانونية الأجنبية(مرتبة حسب مواضع ورودها)

المصدر	المادة	المضمون	الصفحة
أمر (Villers Cotterets)	88	اعتبار العنصر المعنوي في تقدير التعويض	28
القانون المدني الفرنسي	1382	التعويض عن الضرر	29
	1142	التعويض على المدين المخل بالتزاماته	57
	1134	الاتفاقات القانونية تقوم مقام القانون تجاه العاقدين	57
مجلة الأحوال الشخصية التونسية	02	الخطبة وعد بالزواج	60
مدونة الأسرة المغربية	05		
قانون الأحوال الشخصية السوري	02 و 03		
قانون الأحوال الشخصية الكويتي	02		
قانون الأحوال الشخصية السوري	117	التعويض عن الطلاق التعسفي	136
المرسوم التطبيقي رقم 1002-59 الصادر بتاريخ 1959/09/07	21 فقرة 2	حق التعويض عن ضرر الطلاق	163
مجلة الأحوال الشخصية التونسية	31	أسباب الطلاق عموما	164 ، 165

سادسا : فهرس الأحكام والقرارات القضائية(مرتبة حسب مواضع الورود)

الاختصارات المستعملة في هذا الفهرس

غ. : الغرفة　　غ.أ.ش. : غرفة الأحوال الشخصية　　غ.ق.خ. : غرفة القانون الخاص

م. : محكمة　　م.أ. : المجلس الأعلى　　م.د. : مجلس الدولة

م.ع. : المحكمة العليا　　م.ق. : مجلس قضاء　　م.ن. : محكمة النقض

الجهة القضائية	بيانات الحكم أو القرار	المضمون	الصفحة
م.ن. الفرنسية	قرار بتاريخ 1833/06/25	التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية	29
م. السين التجارية الفرنسية	حكم بتاريخ 1932/02/20	التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية	29
م.ق. مستغانم	قرار بتاريخ 1968/11/14	تعويض الضرر المعنوي لزوجة طردت بعد ثلاثة أيام من زواجها	32
م.أ.	قرار رقم (10511) بتاريخ 1976/11/06	تعويض الحزن لأم فقدت ابنتها في حادث	32
م. جنايات الجزائر	قرار بتاريخ 1979/09/26	تعويض الضرر المادي والمعنوي لفتاة مغتصبة	33

م.د. ،غ. الأولى	قرار بتاريخ 1999/04/19	تعويض الضرر المادي والمعنوي بمبلغ 50 مليون سنتيم	33
م. الثنية	رقم (770/883) بتاريخ 1979/02/28	التعويض المعنوي عن الجروح غير المتعمدة	33
م. الرغاية	رقم (170) بتاريخ 1979/02/28	التعويض المعنوي عن الأضرار الجمالية	33
م. سيدي امحمد	بتاريخ 1979/03/18	التعويض المعنوي عن المساس بالشرف والسمعة	33
م.ع.	ملف رقم (24500) بتاريخ 1981/12/10	تعويض الضرر المعنوي الناجم عن القتل الخطأ	33
م. الإسكندرية الابتدائية	حكم بتاريخ 1948/11/29	الخطبة عقد ملزم وعدم الوفاء به يوجب التعويض	58
م. الإسكندرية الكلية	حكمين بتاريخ 1929/12/10 و 1930/11/14	الخطبة تنشئ ارتباطا قانونيا بين الطرفين	58
م.ن. الفرنسية	قرار بتاريخ 1838/05/02	الخطبة لا تلزم بالزواج	60، 67
م.ن. المصرية	طعن رقم (13) بتاريخ 1939/12/14	الخطبة تمهيد لعقد الزواج غير ملزم	60

م. الاســـــتئناف المصرية	بتاريخ 1906/05/29	الخطبة مجردة من كل اعتبار قانوني	61
م.ع.، غ.أ.ش.	ملف رقم (34046) بتاريخ 1984/11/19	الخطبة مقدمة للزواج	62
م.ع.، غ.أ.ش.	ملف رقم (39065) بتاريخ 1985/12/20	لكل من الطرفين حق العدول عن الخطبة	67
م.ن. الفرنسية	قرار بتاريخ 1949/07/03	العدول عن الخطبة غير المبرر يعد كافيا للمسؤولية	87
م.ق. مستغانم	قرار بتاريخ 1966/11/03	التعويض عن الأفعال المصاحبة للعدول عن الخطبة على أساس المسؤولية التقصيرية	87
م.ع.، غ.أ.ش.	ملف رقم (56097) بتاريخ 1989/12/25	تعويض الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة واجب على من عدل	88
م.ع.، غ.أ.ش.	ملف رقم (92719) بتاريخ 1993/07/13	رفض طلب التعويض المقدم ممن عدلت عن الخطبة بإرادتها	88
م.ع. ،غ.ق.خ.	بتاريخ 1969/05/29	تكييف الطلاق التعسفي ومقدار التعويض من المسائل التي تخضع للسلطة التقديرية	105 ، 164

م.ع.غ.ق.خ.	بتاريخ 1971/03/03	تطليق الزوجة بسبب عدم التزام زوجها بما اشترطته في العقد	117
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (122443) بتاريخ 1995/09/26	تطليق الزوجة للضرر الذي لحقها من زواج زوجها مرة أخرى دون علمها	121
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (43864) بتاريخ 1987/01/12	تقدير الضرر خاضع للسلطة التقديرية	124
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (127948) بتاريخ 1996/01/16	إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا	124
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (34276) بتاريخ 1984/02/03	الضرر يثبت بشهادة شرعية	124
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (139353) بتاريخ 1996/09/24	استفحال الشقاق بين الزوجين يعد سببا كافيا للتفريق القضائي بينهما	124
م.ع.غ.ق.خ.	بتاريخ 1966/02/09	سقوط حق الزوجة في طلب التطليق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها	126

م.ق. تلمسان ، غ. المدنية	بتاريخ 1967/12/18	في حالة النزاع بين الزوجين حول العيوب يلجأ القاضي إلى الخبرة الطبية	127
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (75029) بتاريخ 1991/06/18	تحديد مبلغ المتعة من اختصاص السلطة التقديرية لقاضي الموضوع	135
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (35912) بتاريخ 1985/04/08	المتعة تعبر تعويضا عن الطلاق التعسفي	137 ، 164
م.ق. الأغواط غ.أ.ش.	/	تأييد حكم صادر عن المحكمة يفصل المتعة عن التعويض	137
م.ق. الجزائر	بتاريخ 1924/11/12	منح التعويض عن الطلاق التعسفي تحت اسم المتعة	137
م.ع.غ. الاجتماعية	ملف رقم (36591) بتاريخ 1984/10/15	التسريح التعسفي للعامل يترتب عليه إعادته للمنصب مع التعويض	143
م. وهران	بتاريخ 1978/03/13	التعويض في حالة الادعاء الكيدي التعسفي	143
م.ق. تلمسان	بتاريخ 1967/01/18	طلاق الزوج بدون مسوغ قانوني يعد تعسفيا يستوجب التعويض	143
م.ع.غ.أ.ش.	ملف رقم (53017) بتاريخ 1989/03/27	التعويض واجب على من طلق زوجته تعسفا	147

م.ع. غ.أ.ش.	ملف رقم (41560) بتاريخ 1986/04/07	التعويض عن الطلاق التعسفي يستند لنظرية التعسف في استعمال الحق	147
م.ن. الفرنسية ، كل الغرف مجتمعة	بتاريخ 1833/06/15	صعوبة تقييم الضرر لا يمكن أن تبرر رفض طلب التعويض عن الضرر المعنوي	161
م.ع. التونسية	قرار رقم (2773) مؤرخ في 1963/11/18	التعويض عن الطلاق يستند إلى التعسف في استعمال الحق وعلى الضرر المادي والأدبي	165
م.ع. غ.أ.ش.	ملف رقم (181649) بتاريخ 1997/12/23	تعويض الضرر اللاحق بالمرأة في التطليق	165
م.ع. غ.أ.ش.	ملف رقم (127948) بتاريخ 1996/01/16	إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعد مبررا لطلب التطليق	165
م.ع. غ.أ.ش.	ملف رقم (135435) بتاريخ 1996/04/23	تأخر الزوج في الدخول بزوجته لمدة 05 سنوات يعتبر تعسفا يستوجب التعويض	166

سابعا- فهرس المصادر والمراجع

(**ملاحظة** : رتبت المراجع ترتيبا هجائيا مع تجاهل أل التعريف وعبارات ابن وأبو)

أولا : القرآن الكريم برواية ورش

ثانيا : التفسير وعلوم القرآن

1-رضا ، محمد رشيد : **تفسير المنار** ، (بيروت : دار المعرفة ، ط2 ، 1934) .

2-الزمخشري ، جار الله محمود بن عمر : **الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل** ، (بيروت : دار المعرفة) .

3-الشوكاني ، محمد بن علي : **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير** ، (بيروت : دار المعرفة ، ط2 ، 1996) .

4-الصابوني ، محمد علي : **روائع البيان في تفسير آيات الأحكام** ، (الجزائر : مكتبة رحاب ، ط4 ، 1990) .

5-الطبري ، محمد بن جرير : **جامع البيان في تفسير القرآن** ، (بيروت : دار المعرفة ، 1989) .

6-ابن العربي ، أبو بكر : **أحكام القرآن** ، تحقيق : علي محمد البجاوي ، (القاهرة : دار الفكر ، ط3 ، 1972) .

7-الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب : **بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز** ، تحقيق : محمد علي النجار ، (بيروت : المكتبة العلمية) .

8-الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب : **تنوير المقباس من تفسير ابن عباس** ، (القاهرة : المكتبة الشعبية ، 1970) .

9-القرطبي ، أبو عبد الله : **الجامع لأحكام القرآن** ، (القاهرة : دار الكتب المصرية) .

10-ابن كثير ، عماد الدين إسماعيل : **تفسير القرآن العظيم** ، تصحيح : لجنة من العلماء ، (بيروت : دار الأندلس) .

ثالثا : السنة النبوية الشريفة وعلومها

11-الأصبحي ، مالك بن أنس : **الموطأ** ، برواية يحيى بن كثير الليثي ، (بيروت : دار الفكر ، ط3 ، 2002) .

12-الألباني ، ناصر الدين : **سلسلة الأحاديث الصحيحة** ، (بيروت : المكتب الإسلامي ، ط2 ، 1979) .

13-الأوزاعي ، عبد الرحمن بن عمرو : **السنن** ، تصنيف : مروان محمد الشعار ، (بيروت : دار النفائس ، ط1 ، 1993) .

14-الباجي ، أبو الوليد : **المنتقى** ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1332 هـ) .

15-الباكستاني ، زكريا بن غلام قادر : **ما صح من آثار الصحابة في الفقه** ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 2000) .

16-البخاري ، أبي عبد الله : **صحيح البخاري** ، (بيروت : دار المعرفة) .

17-البغدادي ، القاضي عبد الوهاب : **الإتحاف بتخريج أحاديث الإشراف** ، دراسة : بدوي عبد الصمد الطاهر صالح ، (دبي : دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ، ط1 ، 1999) .

18-البيهقي ، أحمد بن الحسين : **السنن الكبرى** ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1999) .

19-الترمذي ، أبو عيسى : **السنن** ، (بيروت : دار الفكر ، ط2 ، 1983) .

20-الجزري ، ابن الأثير : **النهاية في غريب الحديث والأثر** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1997).

21-الدارقطني ، علي بن عمر : **السنن وبذيلها التعليق المغني على سنن الدارقطني للعظيم آبادي** ، (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، 1966) .

22-الدارمي ، عبد الله بن عبد الرحمن : **السنن** ، تحقيق : فؤاد أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط2 ، 1997) .

23-أبو داود ، سليمان بن الأشعث : **السنن** ، (القاهرة : مكتبة البابي الحلبي ، ط2 ، 1983)

24-ابن دقيق العيد ، تقي الدين : شرح **متن الأربعين النووية** ، تقديم : عبد العزيز

السيروان ، (بيروت : دار الرائد العربي ، 1984) .

25-الرازي ، أبو حاتم محمد : **علل الحديث** ، تحقيق : محمد بن صالح الدباسي ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 2003) .

26-ابن رجب ، عبد الرحمن : **جامع العلوم والحكم** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، إبراهيم باجس ، (عين مليلة : دار الهدى ، 1991) .

27-السخاوي ، محمد عبد الرحمن : **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة** ، تحقيق : محمد عثمان الخشت ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1985) .

28-السيوطي ، جلال الدين : **الدرر المنتثرة في الأحاديث المشتهرة** ، تحقيق : محمد الصباغ ، (الرياض : جامعة الملك سعود ، ط1 ، 1983) .

29-الشافعي ، إدريس بن محمد : **المسند** ، (الجزائر : دار الطاسيلي ، 1989)

30-الشوكاني ، محمد بن علي : **نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار** ، (بيروت : دار الكتب العلمية) .

31-الشيباني ، أحمد بن حنبل : **المسند** ، (بيروت : دار الكتب العلمية) .

32-الشيباني ، مجد الدين : **جامع الأصول في أحاديث الرسول** ، تحقيق : أيمن صالح شعبان ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) .

33-ابن أبي شيبة ، عبد الله : **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار** ، ضبط : محمد عبد السلام شاهين ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1995) .

34-الصنعاني ، عبد الرزاق بن نافع : **المصنف** ، تحقيق : أيمن نصر الدين الأزهري ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) .

35-الصنعاني ، محمد بن إسماعيل : **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام** ، تصحيح وتخريج : فواز زمرلي ، إبراهيم الجمل ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط5 ، 1990) .

36-العامري ، أحمد بن عبد الكريم: **الجد الحثيث في بيان ما ليس بحديث** ، تحقيق : فواز أحمد زمرلي ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 1997) .

37-ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله : **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد** ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط2 ، 2003) .

38-العجلوني ، إسماعيل بن محمد : **كشف الخفاء ومزيل الألباس** ، تحقيق : عبد

الحميد هنداوي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، ط1 ، 2000) .

39-العسقلاني ، أحمد بن حجر : **بلوغ المرام من أدلة الأحكام** ، تحقيق : خليل مأمون شيحا ، (بيروت : دار المعرفة ، ط1 ، 1994) .

40-العسقلاني ، أحمد بن حجر : **تقريب التهذيب** ، بعناية : عادل مرشد ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1996) .

41-العسقلاني ، أحمد بن حجر : **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** ، (القاهرة : مؤسسة قرطبة) .

42-العسقلاني ، أحمد بن حجر : **فتح الباري بشرح صحيح البخاري** ، (بيروت : دار المعرفة ، 1390 هـ) .

43-ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر : **زاد المعاد في هدي خير العباد** ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، عبد القادر الأرناؤوط ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط16 ، 1988) .

44-ابن ماجه ، محمد بن يزيد : **السنن** ، (بيروت : دار ابن حزم ، ط1 ، 2001) .

45-المناوي ، عبد الرؤوف : **فيض القدير شرح الجامع الصغير** ، (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط2 ، 1972).

46-النسائي ، أحمد بن شعيب : **السنن** ، تحقيق : مكتب تحقيق التراث الإسلامي ، (بيروت : دار المعرفة ، ط1 ، 1991) .

47-النووي ، يحيى بن شرف : **شرح صحيح مسلم** ، (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط2 ، 1972) .

48-النيسابوري ، أبو عبد الله الحاكم : **المستدرك على الصحيحين وبذيله التلخيص للحافظ الذهبي** ، (بيروت : دار الكتاب العربي) .

49-النيسابوري ، مسلم بن الحجاج : **صحيح مسلم** ، (بيروت : دار الكتب العلمية) .

50-الهيثمي ، علي بن أبي بكر : **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد** ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط3 ، 1982) .

رابعا : أصول الفقه

51-الآمدي ، سيف الدين : **الإحكام في أصول الأحكام** ، بعناية : إبراهيم العجوز ،

(بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1985) .

52-الجرجاوي ، علي أحمد : **حكمة التشريع وفلسفته** ، (بيروت : دار الفكر ، 1997) .

53-ابن حزم الأندلسي ، أبو محمد : **الإحكام في أصول الأحكام** ، تحقيق : لجنة من العلماء ، (القاهرة : دار الحديث ، ط1 ، 1984) .

54-الخن ، مصطفى : **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء** ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط2 ، 2003) .

55-الريسوني ، أحمد : **نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي** ، (المنصورة : دار الكلمة ، ط1 ، 1997).

56-الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر : **البحر المحيط** ، ضبط وتصحيح : محمد محمد تامر ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) .

57-السرخسي ، محمد بن أبي سهل : **أصول السرخسي** ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، (بيروت : دار المعرفة) .

58-السغناتي ، حسام الدين : **الوافي في أصول الفقه** ، تحقيق : أحمد محمود حمود اليماني ، (القاهرة : دار القاهرة ، 2003) .

59-الشاطبي ، أبو إسحاق : **الموافقات في أصول الأحكام** ، (القاهرة : دار الفكر) .

60-الشوكاني ، محمد بن علي : **إرشاد الفحول** ، (بيروت : دار المعرفة) .

61-ابن عاشور ، محمد الطاهر : **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، (تونس : الشركة التونسية للنشر والتوزيع) .

62-الغزالي ، أبو حامد : **المستصفى من علم الأصول** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط2) .

63-اليوبي ، محمد سعد الدين : **مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية** ، (الرياض : دار الهجرة للنشر والتوزيع ، ط2 ، 2002) .

خامسا : القواعد الفقهية

64-ابن حسين المكي ، محمد علي : **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية** ، ضبط : خليل المنصور ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) .

65-حيدر ، علي : **درر الحكام شرح مجلة الأحكام** ، تعريب : فهمي الحسيني ، (بيروت : دار الكتب العلمية) .

66-ابن رجب الحنبلي ، عبد الرحمان : **القواعد في الفقه الإسلامي** ، (بيروت : دار المعرفة) .

67-السيوطي ، جلال الدين : **الأشباه والنظائر** ، تحقيق : عبد الكريم الفضيلي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 2003) .

68-ابن الشاط ، قاسم بن عبد الله : **إدرار الشروق على أنواء الفروق** ، تحقيق : عبد الحميد هنداوي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 2003) .

69-ابن عبد السلام السلمي ، عز الدين : **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، ضبط وتصحيح : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1999) .

70-ابن نجيم ، زين العابدين : **الأشباه والنظائر** ، تحقيق : عبد الكريم الفضيلي ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 2003) .

سادسا : الفقه الحنفي

71-الخصاف ، أبو بكر أحمد بن عمرو : **كتاب النفقات** ، تحقيق : أبو الوفا الأفغاني ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط1 ، 1984) .

72-الزيلعي ، فخر الدين : **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ، تحقيق : أحمد عزو عناية ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) .

73-السرخسي ، شمس الدين : **المبسوط** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1993) .

74-السمرقندي ، علاء الدين : **تحفة الفقهاء** ، (بيروت : دار الكتب العلمية) .

75-ابن عابدين ، محمد أمين : **رد المحتار على الدر المختار** ، تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط2 ، 2003) .

76-العيني ، بدر الدين : **البناية شرح الهداية** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) .

77-الكاساني ، علاء الدين أبو بكر : **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط2 ، 1982) .

78-الميداني ، عبد الغني : **اللباب شرح الكتاب** ، (القاهرة : دار الكتاب العربي) .

79-ابن الهمام ، كمال الدين : **فتح القدير** ، (بيروت : دار الفكر) .

سابعا : الفقه المالكي

80-الآبي ، صالح عبد السميع : **جواهر الإكليل** ، (بيروت : المكتبة الثقافية) .

81-الأصبحي ، مالك بن أنس : **المدونة الكبرى** ، برواية سحنون ، تحقيق : السيد علي الهاشمي ، (القاهرة : دار النصر للطباعة الإسلامية ، 2000) .

82-التسولي ، أبو الحسن : **البهجة في شرح التحفة** ، ضبط : محمد عبد القادر شاهين ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) .

83-ابن جزي ، أبو القاسم : **القوانين الفقهية** ، (عين مليلة : دار الهدى ، 2000) .

84-الحطاب ، محمد بن عبد الرحمن : **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، ضبط : زكريا عميرات ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1995) .

85-الخرشي ، محمد بن عبد الله : **حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1997) .

86-الدسوقي ، محمد بن عرفة : **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، (القاهرة : دار إحياء الكتب العربية).

87-ابن رشد ، أبو الوليد : **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، (بيروت : دار المعرفة ، ط9 ، 1988) .

88-ابن رشد ، أبو الوليد : **المقدمات الممهدات** ، تحقيق : محمد حجي ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1988) .

89-الصاوي ، أحمد : **حاشية الصاوي على الشرح الصغير** ، (بيروت : دار المعارف) .

90-العدوي ، علي : **حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني** ، (القاهرة : دار إحياء الكتب العربية) .

91-عليش ، محمد أحمد : **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك** ، (بيروت : دار المعرفة).

92-القرافي ، أحمد بن إدريس : **الذخيـــرة** ، تحقيق : أبو إسحاق عبد الـرحمن ، (بـيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2003) .

93-المواق ، محمد : **التاج والإكليل لمختصر خليل** ، (القاهرة : دار الفكر ، ط2 ، 1978) .

94-ميارة ، محمـد بـن أحمـد : **شـرح ميـارة الفاســي علـى تحفـة الحكـام في نكـت العقــود والأحكام** ، ضبط : عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، (بيروت : دار الكتب العلميـة ، ط1 ، 2000) .

95-النفراوي ، أحمد بن غنيم : **الفواكـه الدوانـي لرسالة ابن أبي زيد القيرواني** ، (بـيروت : المكتبة الثقافية) .

96-الونشريسي ، أحمد بن يحيى : **المعيار المعرب في فتاوى الأندلس والمغرب** ، تخريج جماعة من الفقهاء بإشراف محمد حجي ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، 1999) .

ثامنا : الفقه الشافعي

97-الأنصاري ، محمد بن زكريا : **فتح الوهاب بشرح منهـج الطـلاب** ، (بيروت : دار الكتـب العلمية ، ط1 ، 1998) .

98-الرحيباني ، مصطفى السيوطي : **مطالب أولي النهى في شـرح غايـة المنتهـى** ، (بـيروت : المكتب الإسلامي) .

99-السيوطي ، جلال الدين : **الحاوي للفتـاوى** ، تحقيـق وتعليـق : محمـد محـي الـدين عبـد الحميد ، (بيروت : المكتبة العصرية ، 1990) .

100-الشافعي ، محمـد بن إدريـس : **الأم** ، (بيروت : دار الكتـب العلميـة ، ط1 ، 1993) .

101-عادل أحمد عبد الموجود وآخرون : **تكملة المجموع شرح المهذب** ، (بيروت : دار الكتـب العلمية ، ط1 ، 2002) .

102-الغزالي ، أبو حامد : **الوسيط في المذهـب** ، تحقيـق : أبو عمـرو الحسـيني ، (بـيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2000) .

103-الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد : **الحاوي الكبير في فقه مـذهب الإمـام الشـافعي** ،

تحقيق : عادل أحمد عبد الموجود ، علي محمد معوض ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1999) .

تاسعا : الفقه الحنبلي

104-أبو البركات ، مجد الدين : **المحرر في الفقه** ، تحقيق : محمد الفقي ، (بيروت : دار الكتاب العربي) .

105-ابن تيمية ، أحمد : **مجموع الفتاوى** ، جمع وترتيب : عبد الرحمن بن قاسم ، (الرباط : المكتب التعليمي السعودي) .

106-ابن عباس البعلي ، علاء الدين : **الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية** ، تحقيق : محمد حامد الفقي ، (بيروت : دار المعرفة ، 1369 هـ) .

107-ابن قدامة ، موفق الدين : **المغني والشرح الكبير** ، (بيروت : دار الكتاب العربي) .

108-ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر : **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، (بيروت : دار الفكر ، 2003) .

109-ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر : **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية** ، تحقيق : حازم القاضي ، (مكة المكرمة : المكتبة التجارية ، ط1 ، 1996) .

عاشرا : الفقه الظاهري

110-ابن حزم الأندلسي ، أبو محمد : **المحلى بالآثار** ، تحقيق : عبد الغفار سليمان ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، 1988) .

حادي عشر : فقه الشيعة الإمامية

111-الطوسي ، محمد بن الحسن : **النهاية في مجرد الفقه والفتاوى** ، (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط2، 1980) .

ثاني عشر : الفقه العام

112-آيت حمودي ، حليمة : **نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** ، (بيروت : دار الحداثة ، ط1 ، 1986) .

113-أبو الأجفان ، محمد : **فتاوى الإمام الشاطبي** ، (الجزائر : طيباوي للنشر) .

114-إدريس ، أحمد عوض : **الدية بين العقوبة والتعويض** ، (بيروت : دار مكتبة الهلال ، ط1، 1986) .

115-بهنسي ، أحمد : **نفقة المتعة بين الشريعة والقانون** ، (القاهرة : دار الشروق، ط1 ، 1988) .

116-بوساق ، محمد : **التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي** ، (الرياض : دار إشبيليا ، ط1 ، 1999) .

117-تقية ، عبد الفتاح : **تفسير النصوص والقواعد الفقهية** – دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، (الجزائر : دار الكاهنة) .

118-جبر ، سعدي حسين : **الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامي** ، (عمان : دار النفائس ، ط1 ، 2003) .

119-الحسني ، أحمد القاسمي : **علامات الحياة والممات بين الفقه والطب** ، (الجزائر : دار الخلدونية ، 2001) .

120-حسين ، سيد عبد الله علي : **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي** ، تحقيق : مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية ، (القاهرة : دار السلام ، ط1 ، 2001) .

121-الخفيف ، علي : **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي** ، (القاهرة : دار الفكر العربي ، 2000) .

122-الدريني ، فتحي : **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله** ، (بيروت : مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1994) .

123-الدريني ، فتحي : **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي** ، (عمان : دار البشير ، ط2 ، 1998) .

124-الدهلوي ، أحمد شاه ولي الله : **حجة الله البالغة** ، ضبط : محمد سالم هاشم ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1995) .

125-الزحيلي ، وهبه : **الفقه الإسلامي وأدلته** ، (الجزائر : دار الفكر ، ط1 ، 1991) .

126-الزحيلي ، وهبه : **نظرية الضمان** ، (دمشق : دار الفكر ، 1982) .

127-الزرقا ، مصطفى : **الفعل الضار والضمان فيه** ، (دمشق : دار القلم ، ط1 ، 1988) .

128-الزرقا ، مصطفى : **المدخل الفقهي العام** ، (دمشق : دار القلم ، ط1 ، 1998) .

129-زهو، أحمد النجدي : **نظرية التعسف في استعمال الحق** ، (القاهرة : دار النهضة العربية ، 1991) .

130-أبو زيد ، بكر بن عبد الله : **فقه النوازل** ، (الجزائر : دار القلم ، ط1 ، 1993) .

131-السباعي ، مصطفى : **المرأة بين الفقه والقانون** ، (القاهرة : دار السلام ، ط1 ، 1998) .

132-سراج ، أحمد محمد : **ضمان العدوان في الفقه الإسلامي** ، (القاهرة : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1989) .

133-شبير ، محمد عثمان : **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، (عمان : دار النفائس ، ط2 ، 1999) .

134-شلبي ، محمد مصطفى : **المدخل في الفقه الإسلامي** ، (بيروت : الدار الجامعية ، ط10 ، 1985) .

135-شلتوت ، محمود : **الإسلام عقيدة وشريعة** ، (القاهرة : دار الشروق ، ط1 ، 1983) .

136-شلتوت ، محمود محمد و السايس ، محمد علي : **مقارنة المذاهب في الفقه** ، (القاهرة : مطبعة محمد علي صبيح بالأزهر ، 1953) .

137-طبارة ، عفيف عبد الفتاح : **روح الدين الإسلامي** ، (بيروت : دار العلم للملايين ، ط16 ، 1977) .

138-عساف ، أحمد محمد : **الحلال والحرام في الإسلام** ، (بيروت : دار إحياء العلوم ، ط6 ، 1986) .

139-العشماوي ، محمد سعيد : **أصول الشريعة** ، (بيروت : دار اقرأ) .

140-علي منصور ، علي : **مقارنات بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية** ، (بيروت : دار الفتح ، ط1 ، 1970) .

141-فيض الله ، محمد فوزي : **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام** ، (الكويت : مكتبة التراث الإسلامي ، ط1 ، 1983) .

142-القاسمي ، مجاهد الإسلام : **دراسات علمية وفقهية** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2003) .

143-ابن قيم الجوزية ، محمد بن أبي بكر: **إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان** ، (بيروت : المكتبة الثقافية ، 1983) .

144-موافي ، أحمد : **الضرر في الفقه الإسلامي** ، (الخُبَر : دار ابن عفان للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1997).

145-وافي ، علي عبد الواحد : **حقوق الإنسان في الإسلام** ، (القاهرة : دار نهضة مصر ، ط5 ، 1979) .

ثالث عشر : النصوص القانونية

146-الأمر رقم (66-155) المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بمجموعة من القوانين آخرها القانون رقم (04-14) المؤرخ في 2004/11/10 ، الجريدة الرسمية رقم (71) لسنة 2004 .

147-الأمر رقم (66-156) المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بعدة قوانين آخرها القانون رقم (04-15) ، الجريدة الرسمية رقم (71) لسنة 2004 .

148-الأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين ، آخرها القانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، الجريدة الرسمية رقم (44) لسنة 2005 .

149-الأمر رقم (76-97) المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجريدة الرسمية رقم (94) لسنة 1976 .

150-القانون رقم (78-12) المؤرخ في 1978/08/05 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل ، الجريدة الرسمية رقم (32) لسنة 1978 .

151-القانون رقم (84-11) المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم (05-02) المؤرخ في 2005/02/27 ، الجريدة الرسمية رقم (15) لسنة 2005 .

152-القانون رقم (90-11) المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل الفردية ، الجريدة الرسمية رقم (17) لسنة 1990 .

153-القانون رقم (91-29) المؤرخ في 1991/12/21 المعدل والمتمم للقانون رقم (90-11) المتعلق بعلاقات العمل ، الجريدة الرسمية رقم (68) لسنة 1991 .

154-الظهير الشريف رقم (22-04-1) الصادر في 2004/02/03 بتنفيذ القانون رقم (03-70) بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية للمملكة المغربية رقم (5184) الصادرة يوم 5 فبراير 2004 ، مستخرجة من الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية : ejustice.justice.gov.ma ، بتاريخ : 2005/12/18 .

رابع عشر : الأحوال الشخصية وفقه الأسرة

155-الأشقر ، أسامة عمر سليمان : **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق** ، (عمان : دار النفائس ، ط1 ، 2000) .

156-إمام ، محمد كمال الدين : **الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي** ، (الإسكندرية: الدار الجامعية) .

157-بدران ، أبو العينين بدران : **الفقه المقارن للأحوال الشخصية** ، (بيروت : دار النهضة العربية) .

158-بلتاجي ، محمد : **دراسات في أحكام الأسرة** ، (القاهرة : مكتبة الشباب ، 1981) .

159-بلتاجي محمد : **دراسات في الأحوال الشخصية** ، (القاهرة : مكتبة الشباب ، 1980) .

160-بلحاج ، العربي : **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1999) .

161-البنا ، كمال صالح : **المشكلات العملية في دعاوى الطلاق والفسخ والخلع** ، (القاهرة : عالم الكتب ، ط1 ، 2001) .

162-تشوار ، الجيلالي : **الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001) .

163-التومي ، محمد : **نظام الأسرة في الإسلام** ، (الجزائر : شركة الشهاب) .

164-أبو زهرة ، محمد : **الأحوال الشخصية** ، (القاهرة : دار الفكر العربي) .

165-أبو زهرة ، محمد : **محاضرات في عقد الزواج وآثاره** ، (القاهرة : دار الفكر العربي) .

166-أبو زيد ، رشدي : **الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية** ، (القاهرة : دار الفكر العربي ، ط1 ، 2001) .

167-السباعي ، مصطفى : **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، (بيروت : المكتب الإسلامي ، ط7 ، 1997) .

168-سعد ، عبد العزيز : **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : دار هومة ، ط3 ، 1996) .

169-سعد ، فضيل : **شرح قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986) .

170-شلبي ، محمد مصطفى : **أحكام الأسرة في الإسلام** ، (بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ط4 ، 1983) .

171-عرفة ، الهادي السعيد : **إساءة استعمال حق الطلاق** ، (القاهرة : مطبعة الأمانة ، ط1، 1989) .

172-فراش ، وفاء معتوق : **الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي** ، (القاهرة : دار القاهرة ، ط1 ، 2000) .

173-فرج ، توفيق حسن : **الطبيعة القانونية للخطبة** ، (القاهرة : مكتبة القاهرة الحديثة ، 1963) .

174-لوعيل ، محمد لمين : **المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري** ، (الجزائر : دار هومة ، 2004) .

175-محدة ، محمد : **الخطبة والزواج** ، (الجزائر : شهاب 2000 ، ط2 ، 1994) .

176-محمد ، سامح سيد : **الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون** ، (القاهرة : ط 2000) .

177-النجار ، عبد الله مبروك : **التعويض عن فسخ الخطبة** ، (القاهرة : دار النهضة العربية ، ط1 ، 2002) .

178-نصر ، سلمان و سطحي ، سعاد : **أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية** ، (أم البواقي : دار السلام) .

خامس عشر : مراجع قانونية عامة

179-إبراهيم ، طه عبد المولى : **مشكلات تعويض الأضرار الجسدية في القانون المدني في ضوء الفقه والقضاء** ، (المنصورة : دار الفكر والقانون ، ط1 ، 2000) .

180-أث ملويا ، لحسين : **بحوث في القانون** ، (الجزائر : دار هومة ، 2000) .

181-بلحاج ، العربي : **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994) .

182-تقية ، محمد : **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية** ، (الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1984) .

183-سعد ، عبد العزيز : **نظام الحالة المدنية في الجزائر** ، (الجزائر : دار هومة ، ط2 ، 1995) .

184-السعدي ، محمد صبري : **مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري** ، (الجزائر : دار الكتاب الحديث ، 2003) .

185-سليمان علي ، علي : **دراسات في المسؤولية المدنية** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1984) .

186-سليمان علي ، علي : **نظرات قانونية مختلفة** ، (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994).

187-السنهوري ، عبد الرزاق : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد** ، (بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية ، ط3 ، 1998) .

188-الصدة ، عبد المنعم: **المبادئ العامة في القانون** ، (الإسكندرية : الدار الجامعية للنشر) .

189-الصدة ، عبد المنعم: **نظرية العقد في قوانين البلاد العربية** ، (بيروت : دار النهضة العربية ، 1974) .

190-العدوي ، جلال : **مصادر الالتزام** ، (الإسكندرية : منشأة المعارف ، 1997) .

191-العياري ، محمد الصالح : **مذكرات وبحوث قانونية** ، (تونس : مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله ، ط1 ، 1987) .

192–قدادة ، خليل حسن : **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري** ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية) .

193–مقدم ، سعيد : **نظرية التعويض عن الضرر المعنوي** ، (الجزائر : المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1992) .

194-François Terré, Philippe Simler et Yves lequette: **Droit Civil** (Les obligations), (Beyrouth: Edition Delta, 1998) .

195-Ghaouti Benmelha, **le droit algérien de la famille**, (Alger : OPU, 1993), p.192.

196-Henri Mazeaud et Léon Mazeaud **: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**, (Paris : Librairie du Reueil Sirey, 3eme Ed, 1969) .

197-Marcel Planiol et George Ripert : **Traité Pratique de Droit Civil Français**, (Les Obligations), (Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2 Ed, 1952).

198-Nour-eddine Terki **: les obligations**, (Alger : Opu, 1982).

199-Philippe le Tourneau et Loic Gadiet **: Droit de la responsabilité**, (Beyrouth : Delta, 1997) .

200-Vialard, Antoine **: Droit Civil Algérien**, (Alger : OPU, 1980) .

سادس عشر : الرسائل العلمية

201–عز الدين ، يحيى : **حقوق الإنسان العاجز في الشريعة الإسلامية** ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين ، 2002–2003 .

202–مجيدي ، العربي : **نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة** ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين ، 2001–2002 .

203–المصري ، مبروك : **دراسة تحليلية لباب انحلال الزواج من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية** ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، كلية دار العلوم ، 1990 .

سابع عشر : المقالات

204–باوني ، محمد : » **الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا –دراسة مقارنة–** « ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة ، العدد 15 ، فيفري 2004 .

205–بن داود ، عبد القادر : » **الآثار المالية للطلاق بالنسبة للزوجة في قانون الأسرة**

الجزائري الإشكاليات وحلها « ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 .

206–حمليل ، صالح : » **نفقتا المتعة والتعويض بين الفقه والقانون والقضاء** « ، مجلة الحقيقة ، جامعة أدرار ، العدد الرابع ، مارس 2004 .

207–داودي ، عبد القادر : » **وقوع الطلاق من غير الزوج –أسبابه ومجالات تطبيقه** – « ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر ، قسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 .

208–الزقرد ، أحمد السعيد : » **الاتجاه الحديث لمحكمة النقض المصرية في تحديد مفهوم الضرر "المادي والأدبي" وانتقال الحق في التعويض عنه إلى الورثة بمناسبة الحكم الصادر في 22–02–1994 مقارنا بأحكام التمييز الكويتية** « ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الثاني ، 1996 .

209–سطحي ، سعاد : » **التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة** « ، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة ، العدد التاسع ، جويلية 2004 .

210–شرارة ، عبد الجبار : » **مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي** « ، مقال منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة الفكر الإسلامي : http://www.darislam.com/home/alfekr/data/feker7/14.htm ،
تاريخ الزيارة : أوت 2004 .

211–العلمي ، عبد الحميد : » **قواعد التنظير المآلي عند الإمام الشاطبي** « ، مجلة الموافقات ، جامعة الجزائر ، العدد الثاني ، جوان 1993 .

212–الفضل ، منذر: » **الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية** « ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة عنابة ، المجلد الثالث ، العدد الخامس ، ديسمبر 1987 .

ثامن عشر : الاجتهاد القضائي

213–أث ملويا ، لحسين بن الشيخ : المنتقى في قضاء مجلس الدولة ، (الجزائر : دار هومة ، 2002) .

214–بلحاج ، العربي : قانون الأسرة – مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000) .

215–داود ، أحمد محمد علي : القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية ، (عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ، 1999) .

216–مارسو ، لون وآخرون : أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ، ترجمة : أحمد يسري ، (الإسكندرية : دار الفكر الجامعي ، ط10 ، 1995) .

217–المحكمة العليا : الاجتهاد القضائي ، (الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، 1986) .

218–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، العدد الأول ، 1989 .

219–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1989 : الأعداد الأول والثاني والثالث .

220–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1990 : العدد الأول .

221–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1991 : العددان الأول والرابع .

222–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1994 : العددان الثاني والثالث .

223–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1995 : العدد الأول .

224–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1997 : العددان الأول والثاني .

225–المحكمة العليا : المجلة القضائية ، 1998 : العدد الأول .

226–مديرية البحث بوزارة العدل : نشرة القضاة ، (الجزائر : الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 1999) : العددان (54) و(55) .

تاسع عشر : المعاجم ولغة الفقه

227–الجرجاني ، علي : **التعريفات** ، (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط1،2003) .

228–أبو جيب ، سعدي : **القاموس الفقهي لغة واصطلاحا** ، (دمشق : دار الفكر ، ط1 ، 1982) .

229–الرصاع ، محمد بن قاسم : **شرح حدود ابن عرفة** ، (بيروت : المكتبة العلمية) .

230–الزبيدي ، محمد مرتضى : **تاج العروس** ، (بيروت : دار صادر ، ط1 ، 1306 هـ) .

231–ابن فارس ، أبو الحسين أحمد : **معجم مقاييس اللغة** ، تحقيق : عبد السلام محمد هارون ، (بيروت : دار الجليل ، ط1 ، 1997) .

232–الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب : **القاموس المحيط** ، (بيروت : دار الجيل) .

233–الفيومي ، أحمد بن علي : **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي** ، (القاهرة : دار الفكر للطباعة والنشر) .

234–قاموس Hachette الإلكتروني – إصدار سنة 2000 .

235–معلوف ، لويس : **المنجد في اللغة والأدب** ، (بيروت : المطبعة الكاثوليكية ، ط19 ، 1970) .

236–المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، **المعجم العربي الأساسي** ، (باريس : لاروس ، 1989) .

237–ابن منظور، جمال الدين : **لسان العرب** ، (بيروت : دار بيروت للطباعة والنشر) .

عشرين : السير والتراجم

238–الأزهري ، محمد البشير ظافر : **طبقات المالكية (اليواقيت الثمينة في أعيان مذهب عالم المدينة)** ، (القاهرة : دار الآفاق العربية ، ط1 ، 2003) .

239–الحنبلي ، ابن العماد : **شذرات الذهب في أخبار من ذهب** ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1990) .

240–ابن رجب الحنبلي ، عبد الرحمان : **الذيل على طبقات الحنابلة** ، تخريج : أبو حازم أسامة بن حسن ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1997) .

241–الزركلي ، خير الدين : **الأعلام** ، (بيروت : دار العلم للملايين ، ط14 ، 1999) .

242–الشيرازي ، أبي إسحاق : **طبقات الفقهاء** ، تحقيق : إحسان عباس ، (بيروت : دار الرائد العربي ، ط2 ، 1981) .

243–ابن عبد البر ، أبو عمر : **الاستيعاب في معرفة الأصحاب** ، تحقيق : محمد علي البجاوي ، (بيروت : دار الجيل ، ط1 ، 1992) .

244–العسقلاني ، أحمد بن حجر : **الإصابة في تمييز الصحابة** ، (بيروت : دار الكتاب العربي) .

245–ابن فرحون ، برهان الدين : **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** ، تحقيق ودراسة : مأمون بن محيي الدين الجنان ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1996) .

246–ابن القاضي المكناسي ، أبو العباس أحمد : **درة الحجال في غرة أسماء الرجال** ، تحقيق وتعليق : مصطفى عبد القادر عطا ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 2002) .

247–اللكنوي ، محمد عبد الحي : **الفوائد البهية في تراجم الحنفية** ، (بيروت : دار المعرفة) .

248–مخلوف ، محمد : **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية** ، (القاهرة) .

249–ابن موسى اليحصبي ، عياض : **ترتيب المدارك وتقريب المسالك** ، ضبط وتصحيح : محمد سالم هاشم ، (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط1 ، 1998) .

250–ابن موسى اليحصبي ، عياض : **الغنية** ، تحقيق : ماهر زهير جرار ، (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط1 ، 1982) .

الحادي والعشرين : مواقع الإنترنت

- موقع المجلس الأوربي للإفتاء الإلكتروني : www.e-fcr.org
- http://www.islamonline.net/Arabic/doc/2005/02/article03.shtml

ثامنا : فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
آية الاستهلال	أ
الإهداء	ب
الشكر والتقدير	ج
وقفة حول الضرر المعنوي	هـ
مقدمة	و
الفصل التمهيدي : مبدأ تعويض الضرر المعنوي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية ..	1
المبحث الأول : مفهوم الضرر	3
المطلب الأول : تعريف الضرر	3
الفرع الأول : التعريف اللغوي للضرر	3
الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للضرر	5
البند الأول : الضرر في الاصطلاح الشرعي	5
البند الثاني : الضرر في الاصطلاح القانوني	8
البند الثالث : مناقشة وترجيح	9
المطلب الثاني : أنواع الضرر	11
الفرع الأول : الضرر المادي	12
الفرع الثاني : الضرر المعنوي	13
البند الأول : تعريف الضرر المعنوي	13
البند الثاني : صور الضرر المعنوي	15
المبحث الثاني : مفهوم التعويض	16
المطلب الأول : تعريف التعويض	16
الفرع الأول : التعريف اللغوي للتعويض	17

الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي للتعويض	17
البند الأول : تعريف التعويض (الضمان) في الاصطلاح الشرعي	17
البند الثاني : تعريف التعويض (الضمان) في الاصطلاح القانوني ...	19
المطلب الثاني : مشروعية التعويض	20
الفرع الأول : أدلة مشروعية التعويض	20
الفرع الثاني : حكمة مشروعية التعويض	23
الفرع الثالث : أساس التعويض	25
المبحث الثالث : فكرة تعويض الضرر المعنوي عبر الشرائع.....	27
المطلب الأول : فكرة تعويض الضرر المعنوي في القانون الروماني والتشريع الفرنسي...	27
الفرع الأول : فكرة تعويض الضرر المعنوي في القانون الروماني	27
الفرع الثاني : فكرة تعويض الضرر المعنوي في التشريع الفرنسي	28
المطلب الثاني : مبدأ تعويض الضرر المعنوي في التشريع الجزائري.....	30
المطلب الثالث : مبدأ تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية.....	34
الفرع الأول : الرأي القائل بعدم تعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية	34
الفرع الثاني : الرأي القائل بتعويض الضرر المعنوي في الشريعة الإسلامية...	37
الفصل الأول : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة	42
المبحث الأول : الطبيعة الحقوقية للخطبة	44
المطلب الأول : طبيعة الخطبة في الفقه الإسلامي	45
الفرع الأول : الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به	46
الفرع الثاني : الخطبة وعد غير ملزم	51
الفرع الثالث : الترجيح	54
المطلب الثاني : طبيعة الخطبة في القانون الوضعي	56
الفرع الأول : الاتجاه الأول –الخطبة عقد كامل	56

الفرع الثاني : الاتجاه الثاني – الخطبة وعد بالزواج	59
المبحث الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة	63
المطلب الأول : مدى جواز العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي	63
المطلب الثاني : مدى جواز العدول عن الخطبة في القانون الوضعي	66
المبحث الثالث : حكم تعويض الضرر المعنوي المترتب عن العدول عن الخطبة	68
المطلب الأول : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في الفقه الإسلامي .	69
الفرع الأول : الاتجاه الأول – عدم التعويض	70
الفرع الثاني : الاتجاه الثاني : التعويض مع التفصيل	72
الفرع الثالث : موازنة وترجيح	75
المطلب الثاني : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري	80
الفرع الأول : نبذة حول قانون الأسرة الجزائري	81
الفرع الثاني : الأساس الفقهي لتعويض الضرر المعنوي في العدول عن الخطبة	84
الفرع الثالث : موقف القضاء الجزائري من تعويض الضرر المعنوي الناجم عن العدول عن الخطبة .	88
المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	91
الفرع الأول : أوجه التشابه	91
الفرع الثاني : أوجه الاختلاف	93
الفصل الثاني : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق	97
المبحث الأول : مفهوم الطلاق التعسفي وأسباب التطليق	99
المطلب الأول : مفهوم الطلاق التعسفي	99
الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي	101
الفرع الثاني : صور الطلاق التعسفي	102

المطلب الثاني : أسباب التطليق	105
الفرع الأول : التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية	106
البند الأول : التطليق لعدم الإنفاق	107
البند الثاني : التطليق للهجر في المضجع	111
البند الثالث : التطليق للغيبة	113
البند الرابع : التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج	114
الفرع الثاني : التطليق بسبب الضرر	118
البند الأول : التطليق للحكم على الزوج في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة	119
البند الثاني : التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة (08) من قانون الأسرة	119
البند الثالث : التطليق للضرر المعتبر شرعا	121
الفرع الثالث : التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج	125
المبحث الثاني : الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق..	128
المطلب الأول : الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي.....	128
الفرع الأول : نفقة المتعة	129
البند الأول : مفهوم متعة المطلقة	129
البند الثاني : متعة المطلقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ...	131
البند الثالث : العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي	135
الفرع الثاني : نظرية التعسف في استعمال الحق	138
البند الأول : نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي..	138
البند الثاني : نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي	141

البند الثالث : التعسف في استعمال حق الطلاق	143
الفرع الثالث : الأساس الفقهي الراجح لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي .	148
المطلب الثاني : الأساس الفقهي لحق التطليق	150
الفرع الأول : قاعدة الضرر يزال	150
الفرع الثاني : قاعدة الضرر لا يزال بضرر	151
المبحث الثالث : موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي في الطلاق التعسفي والتطليق	153
المطلب الأول : حكم تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في الفقه الإسلامي..	154
المطلب الثاني : تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق في قانون الأسرة الجزائري...	162
المطلب الثالث : المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة في تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي والتطليق ..	167
الفرع الأول : أوجه الاتفاق	167
الفرع الثاني : أوجه الاختلاف	168
خاتمة	170
فهرس الآيات القرآنية.....	176
فهرس الأحاديث والآثار	179
فهرس الأعلام الواردة في المتن.....	181
فهرس القواعد الفقهية.....	185
فهرس المواد القانونية.....	186
فهرس الأحكام والقرارات القضائية.....	190
فهرس المصادر والمراجع.....	196
فهرس الموضوعات.....	216