

إشكالية إثبات الضرر اللاحق بأحد الزوجين دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي

**The problem of proving the harm caused to one of the spouses
A comparative study between family law and Islamic jurisprudence**

قيطة حياة¹

طالبة دكتوراه جامعة وهران

hayathamza02@gmail.com

د. ليلي جمعي

جامعة وهران

leila_hanaa@yahoo.fr

تاريخ الوصول 2020/08/05 القبول 2020/12/16 النشر على الخط 2021/09/30

Received 05/08/2020 Accepted 16/12/2021 Published online 30/09/2021

ملخص:

إنّ الزواج هو أساس الأسرة، ومن أهدافه السّامية تحقيق الاستقرار والطمأنينة بين الزوجين، إلا أنّ المشاكل والنزاعات التي تثور بينهما قد تعصف بهذا المقصد لذا شرع الله سبحانه وتعالى إزالة الضرر بكل وسيلة متاحة، فليس من العدل الاستمرار في علاقة غير مستقرة، وتلحق الضرر بأحد طرفيها مهما كان نوع هذا الضرر مادي أو معنوي.

ويعتبر إثبات الضرر في العلاقة الزوجية من بين المسائل التي تثير الكثير من الإشكاليات منها: كيف يثبت الضرر اللاحق بالزوجين؟ ما مدى التوافق الشرعي والقانوني في إثبات الضرر؟ فباطلاعنا وبحثنا وجدنا أنّ الضرر في العلاقات الأسرية من المسائل الصعبة، وذلك نظرا لكون هذه العلاقات مبنية على السّرية، باعتبار الضرر اللاحق بالزوج أو الزوجة ممّا لا يطلع عليه، لذا نجد الطرف المتضرر يجد صعوبة في إثبات ضرره، بالرغم من أنّ الأحكام الفقهية والقانونية قد وسعت مجال إثباته.

الكلمات المفتاحية: الضرر - مسائل الأسرة - وسائل الإثبات - حالات الضرر.

Summary

Mariage is the foundation of the family, and one of its lofty goals is to achieve stability and reassurance between the spouses, but the problems and disputes that arise between them may strike this destination, so God Almighty has begun to remove the damage by every available means, so it is not fair to continue in an unstable relationship, and harm one of its parties Whatever the type of this damage is material or moral.

Among the issues that raise many problems, among them, is proving the harm in the marital relationship: How to prove the harm done to the spouses? What is the extent of legal and legal compatibility in proving the damage? By informing us and researching, we found that harm in family relations is a difficult issue, given that these relationships are based on confidentiality, given the harm done to the husband or wife, which is not seen, so we find the affected party finds it difficult to prove his harm, despite the fact that jurisprudential and legal provisions have expanded Field of evidence.

Key words: harm - family issues - means of proof - cases of damage.

1. مقدمة:

إنّ الأسرة هي الخلية الأساسية لتأسيس مجتمع صالح يقوم على أساس الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، لذا فإنّ من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم الآية 21]، فإذا انتفى هذا المقصد وعصفت المشاكل بالأسرة فإنّ ذلك يلحق أضرارا مادية ومعنوية لا تقتصر على الزوجين بل تتعداهما إلى الأولاد، والمجتمع عامة.

ومّا لا شك فيه أنّ أية علاقة زوجية يمكن أن يتخللها خلافات يختلف فيها ردّ فعل الزوجين وغالبا ما نجد تبادل السب والشتم والأفعال المنافية لقيم العلاقة الزوجية وهذا ما يؤدي إلى خرق مبدأ الاحترام المتبادل¹، وإلى إحداث ضرر واجب دفعه لقوله تعالى ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُمْ ضِرَارًا لِنَعْتَدُوا﴾ [البقرة: 231] ولقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"². أي لا ضرر على أحد، بمعنى أنّه لا يلزم الطرف المتضرر الصبر عليه، ولا يجوز له إضراره بغيره³، فما هو المقصود بالضرر اللاحق بأحد الزوجين؟ كيف يمكن اثباته؟ وما مدى فعالية وسائل الإثبات؟.

وللوصول إلى الأهداف المرجوة المتمثلة في الحاجة إلى رفع الظلم عن الطرف المتضرر خاصة مع تنوع الضرر وتغيّره من واقعة لأخرى، إضافة إلى إزالة اللبس وبيان المنهج الشرعي والقانوني في إثبات الضرر اللاحق بأحد الزوجين، وللإجابة على إشكاليات البحث وجب الاعتماد على المنهج الإستقرائي، والمنهج المقارن بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للوقوف على مدى التوافق بينهما.

2. الفرع الأول: ماهية الضرر

يعتبر الضرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق من بين أصعب الأضرار على الإطلاق لتعلقه بعدة أطراف الزوج والزوجة والأولاد، فله تأثير كبير في حياة من تقع به إذ قد يفقد معنى الإحساس بالأمان، ويؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم وتعتبر نزاعاته من بين أهم النزاعات التي تطرح في ساحات القضاء، وتعود مرجعية هذه الخلافات إلى عدّة أسباب لا يمكن حصرها.

¹ - أيمن الدريدي، مقال: الضرر في العلاقة الزوجية، ص 24، من موقع: <https://fr.scribd.com/document/>، ت ز: 2019/07/11م.

² - رواه ابن ماجه، كتاب الاحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، ح ر: 2340، ج 2، ص 784، والبيهقي، كتاب احياء الموات، باب باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم على الاجتهاد ح ر: 11878، ج 6، ص 258. وصححه الألباني، محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط 2، سط: 1405 هـ - 1985 م، ج 3، ص 408.

³ - أبو الحسن الطرابلسي، معین الحکام فيما يتروّد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، دذط، دذسط، ص 212.

2. 1 أولاً: مفهوم الضرر من الناحية اللغوية والاصطلاحية:

الضرر لغة¹: ما كان ضداً للنفع فهو ضرر، والضرر المصدر، والضرر، الهزال وسوء الحال. فكل ما كان من سوء حال وفقير أو شدة في بدن فهو ضرر، وقوله تعالى ﴿لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئاً﴾ [آل عمران الآية 120]، من الضرر وهو ضد النفع والمضرة خلاف المنفعة والاسم الضرر.

الضرر اصطلاحاً: بالبحث في مصادر الكتب الفقهية نجد أنّ استعمال الضرر يكون في مقابل النفع، فعرفه ابن العربي بقوله: "الضرر هو الألم الذي لا نفع فيه يوازيه أو يربي عليه وهو نقيض النفع"². وقال الشوكاني: "الضرر أن تضربه من غير أن تنتفع والضرر أن تضربه وتنتفع أنت به"³.

وقال ابن فرحون: "الضرر هو ما قصد به الإنسان منفعة نفسه وما كان فيه ضرر على غيره"⁴، فيفهم من هذا التعريف أنّ الضرر مقيد بالقصد وفيه منفعة للشخص، ولكن الضرر قد يكون بقصد وقد يكون بغير قصد، وليس كل ضرر فيه منفعة للإنسان. أمّا في الفقه المعاصر عرف بعدة تعريفات نذكر منها: "الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته"⁵. ولعل هذا التعريف جامع ويشمل جميع أنواع الضرر.

ومن الناحية القانونية إذا أطلق الضرر فيقصد به الأذى⁶ الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، أو هو بمعنى آخر الإخلال بمصلحة مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية⁷، فقلل أنّ الضرر هو: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حرّيته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك"⁸. فالضرر هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان ضراً مادياً أو معنوياً⁹. أي أنّه هو الأذى الذي يصيب الإنسان في نفسه أو جسمه أو ماله، ويلزم عنه التعويض.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت - لبنان، ط: 3 سطر 1414 هـ، ج 4، ص 482، زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ط 5، سطر: 1420 هـ / 1999 م، ص 183. أبو الفيض مرتضى، الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دذب، دذب، دذب، ج 12، ص 393.

² - أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 3، سطر: 1424 هـ - 2003 م، ج 1، ص 81.

³ - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط 1، 1413 هـ - 1993 م، ج 5، ص 312.

⁴ - ابن فرحون، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط 1، سطر: 1406 هـ - 1986 م، ج 2، ص 348.

⁵ - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، ط 1، سطر: 1389 هـ، ص 25.

⁶ - إلا أنّه من الناحية اللغوية استعمال لفظ الأذى محل نظر فهناك من فرق بين الضرر والأذى فقلل: "الشر عندما يكون يسيراً يسميه أهل اللغة "أذى"، وعندما يكون جسيماً يسمونه ضرراً" قال الخطابي: "الأذى: الشر الخفيف، فإن زاد فهو ضرر" الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، دارالسلاسل - الكويت، ط 2، سطر: 1404 - 1427 هـ، ج 2، ص 355. المرتضى الزبيدي، تاج العروس، المرجع السابق، ج 37، ص 59.

⁷ - بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دذب، سطر: 1996 م، ص 30.

⁸ - سليمان مرقس، الفعل الضار، دار النشر للجامعات المصرية، ط 2، سطر: 1956 م، ص 43.

⁹ - الضرر المادي: مساس بالذمة المالية للمضروب بالإنقاص من عناصرها إيجابية أو الزيادة في عناصرها السلبية فالضرر المادي هو الذي ينتج عن المساس بحق المتضرر أو بمصلحة مالية له يترتب عليه تفويت مزية مالية لصاحب الحق أو تكلفه تكاليف مالية. أما الضرر المعنوي فهو ما يترتب عن الإيذاء بشعور الشخص أو إحاسيسه أو المس

2.2 ثانيا: صور وحالات الضرر اللاحق بأحد الزوجين

بناء على تعريفات الضرر السابقة يتضح لنا أنّ للضرر مفهومين واسعا، لا نستطيع أن نضبطه أو نحصره في حالات معينة فهو متغير وغير ثابت، كما قال كاربونييه: "إنّ وخز الإبر المتجدد يكسر بالتأكيد التناغم بين الزوجين، كما يكسره خطأ أشدّ جسامة ولكنه منعزل"¹. فكل أذى يلحقه أي من الزوجين بالآخر أيّا كان نوعه نفسيا أو جسيما أو ماليا يعتبر ضررا.

فيميز الضرر بالنسبة على غرار مفهومه حيث تتدخل في تحديده معايير اجتماعية، وواقعية وثقافية وهذا ما يفسّر أيضا كون جسامة الضرر يبقى أمرا نسبيا بالأساس إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الظروف الموضوعية المحيطة بكل زوجين².

وبالرجوع إلى موضوعنا نجد أنّ حالات الضرر لا نستطيع حصرها في حالات معدودة، فإنّ الضرر قد يكون في مختلف مراحل العلاقة الزوجية ابتداء بالخطبة وانتهاء بالطلاق، فنصت المادة 05 من قانون الأسرة: "..... إذا ترتب عن العدول عن الخطبة³ ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض....." فالمشروع الجزائري بهذا التنصيص لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية في أنّ العدول عن الخطبة الذي يرتب ضررا سواء كان الضرر ماديا أو معنويا يستوجب التعويض، وأيّما كان الطرف المتضرر من العدول.

وأیضا نجد المشرع قد تكلم عن الضرر عند حديثه عن الحالات التي توجب التطليق في المادة 53 من قانون الأسرة⁴ وتمثل هذه الحالات في: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق أ التي تنص على "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل"، إرتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فحسب هذه المادة نجد أنّ الضرر متعدد: فالغيب ضرر وعدم الإنفاق ضرر وكذلك الغيبة والحبس والهجر ضرر.

إضافة إلى ما تنص عليه المادة 55 من ق أ: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

بعضه وسمعه واعتباره، وقد يسمى بالضرر الأدبي وهو مساس بالشرف أو الإعتبار أو ايلام بالنفس. معجم القانون اوديت الياس، شعبان عبد العاطي، محسن أحمد، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، دذط، سط: 1420هـ/1999م. ص323. محمد الوصيف، مقال: جبر الضرر الناتج عن الجريمة، سط: 1963، ع 6، ص 21.

¹ - 159 P. Tome II. Droit civil. Jean Carbonnier.

² - أيمن الدريدي، مقال سابق: الضرر في العلاقة الزوجية، ص 24.

³ - بعد تأكد القاضي من توفر الشروط الموضوعية والشكلية لأطراف القضية المعروضة عليه وذلك وفقا لقانون ق إ م و إ، يلجأ إلى تحقق من واقعة الخطبة ومدى صحتها، ويكون عبء إثباتها على من يدعي وفقا للقاعدة العامة "البينة لمن يدعي" مدعيها كان أو مدعى عليه سعادنة السعيد، عبء الإثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكرين جامعة لعباس لغور، خنشلة- الجزائر، ع 11، ص 191.

⁴ - ووجب الإشارة إلى أنّ الحالات التي جاءت في المادة 53 منها ما متوافقة مع الفقه الإسلامي، ومنها ما إختص بما دونه، ومن الحالات التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي: التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للعيوب، التطليق للهجر في المضجع، التطليق للغيب، التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها، التطليق للضرر. ومن الحالات التي إنفرد بها المشرع الجزائري هي: التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، التطليق للشقاق، التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق أ، التطليق لإرتكاب فاحشة.

إذا يمكن القول أنّ الوقائع المعتبرة ضرراً واسعة المجال بحيث يستحيل تحديد صورها، نظراً لاختلاف أساليب الضّرر من حالة إلى أخرى، فما يعتبر ضرراً في واقعة قد لا يعتبر ضرراً في واقعة أخرى، لذا نجد المشرع قد منح القاضي سلطة واسعة في تقديره للضرر ويظهر ذلك جلياً في نص المادة 53 بقوله: "وكل ضرر معتبر شرعاً"، لذا فإنّ الإشكالية التي تفرض نفسها هي معضلة إثبات الضرر سواء كان الضرر لاحقاً بالزوجة أو بالزوج أو بالأولاد.

3. الفرع الثاني: وسائل إثبات الضرر شرعاً وقانوناً

إنّ وسائل الإثبات في مسائل الأسرة تتميز بخصوصيتها، ومرونتها، فما كان وسيلة لإثبات بعض الوقائع قد لا يكون في وقائع أخرى، فمثلاً تعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات الوقائع المادية كالنشوز أو الاعتداء بالعنف أو الزنا، أمّا في حالة الامتناع عن إعطاء حق من حقوق الزوجية "المحرر في المضجع" فلا يمكن تصوّر إثباته عن طريق الشهود وهي من المسائل الحساسة التي تطرح إشكالاتها في إثباتها.

فيعتبر إثبات الضرر الواقع على الزوجة ابتداءً باعتبارها الطرف الضعيف في العلاقة الزوجية غالباً إحدى أهم المعوقات التي كانت تقف في وجه المرأة وتمنعها من ممارسة حقها في طلب التّطليق للضرر فغالباً ما تتعرض الزوجة للضرر من طرف زوجها دون أن تتمكن من إثباته لعدم وجود شهود يمكنهم معاينة هذا الضرر داخل بيت الزوجية، وأحياناً يكون الأذى نفسياً صرفاً، وهنا يكون الإثبات أكثر صعوبة، حيث يعتبر الضرر المعنوي أو النفسي ضرر حقيقي، إلا أنّ إثباته يطرح الكثير من الصّعوبات أهمها كيف يمكن ضبط الضرر المعنوي فهو ضرر خفي لا يمكن للغير معاينته أو الشهادة عليه. وأحياناً يكون الضرر مزدوجاً يرتبط فيه الأذى النفسي بالجسدي، وأمام هذه الوضعية التي لا يمكن بل يستحيل أحياناً إثباتها لكون هذه الممارسات تقع في بيت الزوجية. ومن هنا يثار التساؤل التالي كيف تعاملت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري مع إثبات الضرر اللاحق بأحد الزوجين؟ وهل هناك توافق شرعي وقانوني في هذا المجال؟.

1.3. أولاً: وسائل إثبات الضرر من الناحية الشرعية

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنّ مسألة إثبات الضرر وطرق إثباته لم تأت بعنوان واضح إلا أنّنا استفدنا ذلك من خلال عدة قراءات فعلى سبيل المثال قال الدردير: "... وأما الضرب فلا يجوز (...). وبتعديده (أي الزوج) عليها وثبوته بالبينة أو الإقرار ¹"، وأيضاً قيل: "من الإضرار أن يمنعها من زيارة والديها، وليس من الإضرار بها البغض لها وإنّما الإضرار الأذى بضرب أو اتصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو المشاورة، وتقبل شهادة السماع أي على الضرر"²، وقيل: ادعت امرأة بعد المخالعة بدفع المال لزوجها أنّها ما خالعه إلا عن ضرر، وأقامت بينة على الضرر، فإنّ الزوج يرد لها ما خالعه بها وبانت منه، هذا إذا كانت البينة شهدت بمعاينة الضرر، أو يمين مع شاهد³.

¹ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دط، دسط، ج2، ص343.

² - شمس الدين أبو عبد الله الخطّاب الرّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، سط: 1412هـ - 1992م، ج4، ص34.

³ - الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دط، دسط، ج2، ص530.

نستفيد من خلال هذا التّقل أنّ إثبات الضّرر يكون بكل سبل ووسائل الإثبات الممكنة بالبيئة، والإقرار، وباليمين. إضافة إلى الإعتماد على أهل الخبرة في حالة ما إذا تعلق الضرر بالعيوب¹ الزوجية، فيمكن الاستعانة بهم في إثبات العيوب²، فتوسع الفقهاء في طرق إثبات العيوب بالذات لما فيه من حساسية خاصة اتجاه الرجل وعند انتفاء الإقرار.

وأكثر المذاهب الفقهية توسعا في مجال إثبات الضّرر هم المالكية حيث يرون أنّ ثبوت الضّرر يكون بالبيئة ويكفي فيها مجرد السّماع فقالوا: تجوز الشهادة بالسماع الفاشي في أبواب مخصوصة وذكرها ضمنها الضّرر³. وقال ابن القاسم: في التي تفتدي من زوجها فيشهد لها قوم بالسماع أنّ زوجها كان يضرها فذلك جائز بالسماع من أهله ومن الجيران وشبه ذلك من الأمر الفاشي⁴. وخالفهم في ذلك الحنفية حيث أنّهم لا يجيزون الشهادة بالتّسامع للضرر فقالوا: "لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلاّ التّسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي"⁵.

ولعل السبب وراء عدم تضييقهم في مجال إثبات الضّرر هو مراعاة منهم للظروف التّفسية التي قد يمر بها الطرف المتضرر، فالضرر الزوجي يكون من الصعوبة إثباته بالرغم من وجوده الملموس⁶، نظرا لما تتسم به الحياة الزوجية من السرية، فنادر ما يعاين الشهود اعتداء الزوج على زوجته بالضرب والسب، ولتسهيل إثباته بغية تحقيق العدالة وتخفيف العبء الثقيل الذي تنوء الزوجة في إثبات وقائع الإضرار كسبب في الدعوى قبلت الشهادة على الضّرر بالتّسامع، وقصد بها الشهرة في محيط الزوجين، وتحديد هذا المحيط وتقدير الشهادة عموما يخضع لتقدير القاضي الذي له اعتمادها وقبولها إذا اطمأن إليها، أو تركها جانبا إذا ساوره شك في صحتها، فلو لم تجز الشهادة بالتّسامع هنا لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وضباع كثير من الحقوق، والحرج مدفوع شرعا بقوله تعالى ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج الآية 78].

إضافة إلى أنّهم اكتفوا بثبوت الضّرر ولو لمرة واحدة، فقال الدسوقي: "ولها التّطليق بالضرر ولو لم تشهد البيئة بتكرره"⁷، ولها اختيار اختيار البقاء معه ويزجره الحاكم¹. بينما الشافعية ضيقوا في مسألة التّطليق القضائي فقالوا أنّ الضّرر يمكن رفعه بدون طلاق، وفي

¹ - و بالبحث في الجانب الشرعي نجد أنّ الحديث عن الضرر اللاحق بالزوجة عامة ما يرتبط بالطلاق الذي يوقعه القاضي، فنجد أنّ جمهور الفقهاء وسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي إلا أن أبو حنيفة ضيق وحدده في الطلاق للعب، وقد اختلف العلماء في فسخ النكاح بالعيوب فذهب أكثر الأئمة إلى ثبوته، وإن اختلفوا في التفاصيل، وقال ابن حزم: "لا يفسخ النكاح بعد صحته بجماد حادث ولا بمرض ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعانة ولا بداء الفرج ولا بشيء من العيوب". واختار ابن القيم أنّ كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة، والرحمة يوجب الخيار "الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، دذط، دذسط، ج2، ص362-198، المحلى، ابن حزم، دار الفكر، بيروت، دذط، دذسط، ج9، ص279. ابوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط2، سط: 1957م، ص347.

² - آيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، اطروحة دكتورا، جامعة تيزي وزو، ت م: 2014/06/26، ص67.

³ - أبو القاسم ابن جزى، القوانين الفقهية، دذط، دذسط، ص205.

⁴ - خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة، ط1، سط: 1426هـ/2005م، ص225. محمد بن يوسف المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1416هـ-1994م، ج8، ص231.

⁵ - عبد الغني بن طالب الميداني الحنفي، الباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، دذط، دذسط، ج4، ص67.

⁶ - حجارى محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة (دراسة للفقه المالكي وقانون الاسرة الجزائري)، جامعة معسكر، مجلة العلوم الانسانية والحضارة، ع7، سط: فيفري 2018م، ص162.

⁷ - أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دذط، دذسط، ج2، ص343.

هذا يقول الخطيب الشربيني: "فإن اشتد الشقاق (...) أي الخلاف والعداوة بينهما، وذلك بأن دام بينهما التّساب والتّضارب بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها لينظر في أمرهما"². وقال الغزالي: "يحال بينهما حتى يعود إلى العدل، ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن"³.

2.3 . ثانيا: وسائل إثبات الضّرر قانونا

كما سبق وأن قلنا أنّ قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته لحالات الضّرر وخاصة تلك التي تلحق بالزوجة إلا أنّه أغفل الحديث عن وسائل الإثبات ممّا جعل الأمر يبدو صعبا، إلا أنّ سكوت المشرع عن وسائل الإثبات قد يعتبر في حد ذاته خدمة للمتضرر لإثبات ضرره بكل وسيلة إثبات معتبرة ومتاحة.

فالمشرع الجزائري لم يورد نصوصا حول وسائل إثبات الضّرر، رغم أنّه نص على التطليق للضرر بحالاته في المادة 53 من ق أ السالفة الذكر، إلا أنّ الأحكام القضائية جاءت مبينة للوسائل التي يعتمد عليها في إثبات الضّرر. فجاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أنّه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع الضّرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل إثبات الضّرر فإذا ثبت الضّرر للقاضي بشهادة الشهود فلا بدّ من ذكرهم على الصّفة التي يتطلبها القانون"⁴.

وأیضا أكدت الأحكام على أنّ الضّرر الناتج عن العيوب الزوجية والتي يستحيل معها دوام العشرة الزوجية تثبت بواسطة الخبرة الطبية أو الإقرار⁵، كما جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانونا وقضاء، أنّه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة أو تربية الأبناء، ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القضائي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنّهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية...."⁶.

إضافة إلى أنّه قد يثبت الضّرر بالحكم القضائي فمن المقرر فقها وقضاء أنّ النّشوز أمر يمكن إثباته بأيّ طريقة من طرق الإثبات فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنّها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لحل الزوجية، و بعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم ممّا يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها"⁷.

وبالنسبة لحالة الغيبة مثلا فإنّه يمكن إثباته عن طريق الشهود أو الرّسائل التي بعث بها الزوج والتي تعتبر قرينة يستنتج منها حقيقة الغياب¹، فبصورة عامة يمكن للطرف المتضرر إثبات ضرره بكافة الوسائل التي تؤكّد حالة الضّرر².

¹ - الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر نفسه، ج 2 ص 345.

² - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1415 هـ - 1994 م، ج4، ص428.

³ - الشربيني، مغني المحتاج، المصدر نفسه، ج4، ص428.

⁴ - المحكمة العليا: قرار رقم: 54490، الصادر بتاريخ: 1989/11/27 م، نقلا عن الشامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، سنة: 2013م-2014م، ص187.

⁵ - عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، دذط، سط 2007م، ص280.

⁶ - محكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 269594، مجلة القضائية، بتاريخ: 2001/07/18 م، الصادر سنة: 2003 م، العدد 1، ص394.

⁷ - المحكمة العليا، غ أ ش، قرار 33762 بتاريخ: 08-07-1984 م، ع 04، ص119.

وبما أنّ المشرع الجزائري يعتمد على الخبرة الطبية كوسيلة إثبات فيمكن في حالة ضرب الزوجة اللّجوء إلى تقرير الطّبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير محضر بذلك.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري ركز على الضّرر اللاحق بالزوجة في قانون الأسرة الجزائري، وأهمّل الحديث عن الضّرر اللاحق بالزوج ولعل ذلك راجع إلى كون الزوج صاحب العصمة ويجوز له رفع الضّرر بالطلاق، وليس كما هو الحال بالنسبة للمرأة، ولكن عموما يمكن القول أنّ الضّرر اللاحق بالزوج باعتباره واقعة مادية كغيره من الوقائع فإنّه يثبت بكل وسيلة إثبات متاحة.

4. خاتمة:

وفي ختام البحث نقول أنّ القاعدة العامة في إثبات الضّرر هي: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" فالطّرف المتضرر من العلاقة الزوجية سواء كان الزوج أو الزوجة يقع عليه عبء إثبات الضّرر، فلهما الحق في اللّجوء إلى جميع الوسائل الشرعية والقانونية لأنّ الأمر يتعلق بوقائع مادية غير مقيدة بوسائل معينة في الإثبات.

فالفقه الإسلامي والقانون الجزائري قد توافقا إلى حدّ كبير في مسألة إثبات الضّرر اللاحق بأحد الزوجين، حيث نجد أنهما قد منحنا للطرف المتضرر من العلاقة الزوجية إثبات الضّرر بكل الوسائل المتاحة، إضافة إلى منح القاضي سلطة واسعة في تقدير الضّرر، فيمكن للطرف المتضرر إثبات ضرره بكافة الوسائل التي تؤكّد حالة الضّرر سواء بالبينة أو الاقرار أو المعاينة أو بالخبرة، فهذا التوسع وعدم التضييق في وسائل إثبات الضّرر راجع إلى خصوصية مسائل الأسرة، القائمة على السّرية، والفاصل فيها هو أنّ كل من يدعي أمرا عليه أن يثبته.

5. قائمة المراجع:

- (1) القرآن الكريم برواية حفص.
- (2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، سط: 1406هـ - 1986م.
- (3) ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دذط، دذسط.
- (4) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر - بيروت - لبنان، ط: 3 سط 1414 هـ
- (5) أبو الحسن الطرابلسي، معين الحكام فيما يتروّد بين الخصمين من الأحكام، دار الفكر، دذط، دذسط.
- (6) أبو الفيض مرتضى، الزّيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دذب، دذط، دذسط.

¹ - الشامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، ص193.

² - وفي القانون التونسي يمكن إثبات الغيبة عن طريق الإشهار بالجرائد اليومية لغيبه الزوج أو الزوجة ويقع الإشهار بإذن من المحكمة كما يحضر المدعي بيّنه لدى القاضي المكلف بسماعه بعد تحديد موعد لذلك بمكتبه ثم ينظر في القضية بصفة عادية ككل القضايا مروّرا من إعداد الملف إلى الطّور التحضيري ثمّ المرافعة والمفاوضة فالتصريح بعد حضور المدعي بالجلسة وأدائه يمين الغيبة "محمد منصف المبرّج: "دعوى الطلاق وأنواع القضايا الأخرى التي تنظر فيها دائرة الأحوال الشخصية": تقرير تريتص. قضاء وتشريع عدد 2. سنة 1983. ص 74. نقلا عن: أيمن الدريدي، مقال، سابق: الضرر في العلاقة الزوجية، ص 26.

- (7) أبو القاسم ابن جزي، القوانين الفقهية، دذط، دذسط.
- (8) أبو بكر ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، سط: 1424هـ - 2003م.
- (9) أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، سط: 1424هـ - 2003م.
- (10) ابوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، سط: 1957م.
- (11) اوديت الياس، شعبان عبد العاطي، محسن أحمد، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، دذط، سط: 1420هـ/1999م.
- (12) آيت شاوش دليلا، انهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، اطروحة دكتورا، جامعة تيزي وزو، ت م: 2014/06/26م.
- (13) بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دذط، سط: 1996م.
- (14) حجارى محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة (دراسة للفقہ المالكي وقانون الاسرة الجزائري)، جامعة معسكر، مجلة العلوم الانسانية والحضارة، ع 7. سط: فيفري 2018م.
- (15) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1415هـ - 1994م.
- (16) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث/القاهرة، ط1، سط: 1426هـ/2005م.
- (17) زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت - صيدا، ط5، سط: 1420هـ / 1999م.
- (18) سعادنة السعيد، عبء الاثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر - جامعة محمد خيضر بسكرة، ع 11 - سنة: 2014م.
- (19) سليمان مرقس، الفعل الضار، دار النشر للجامعات المصرية، ط2، سط: 1956م.
- (20) الشامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الفقہ الإسلامي والقوانين الوضعية)، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، سنة: 2013م - 2014م.
- (21) شمس الدين أبو عبد الله الخطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، سط: 1412هـ - 1992م.
- (22) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دذط، دذسط.
- (23) الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، دذط، دذسط.
- (24) عبد الغني بن طالب الميداني الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، دذط، دذسط.
- (25) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقہ الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، دذط، سط 2007م.

- 26) المحلى، ابن حزم، دار الفكر، بيروت، دذط، دذسط.
- 27) محمد الوصيف، مقال: جبر الضرر الناتج عن الجريمة، المجلة القضائية التونسية، سط: 1963، ع 6.
- 28) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دذط، دذسط.
- 29) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1413هـ - 1993م، ج5.
- 30) محمد بن يوسف المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1416هـ-1994م.
- 31) محمد منصف المبرع: "دعوى الطلاق وأنواع القضايا الأخرى التي تنظر فيها دائرة الأحوال الشخصية": تقرير تربص. قضاء وتشريع عدد 2. سنة 1983.
- 32) محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي - بيروت، ط2، سط: 1405 هـ - 1985م.
- 33) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، دارالسلاسل - الكويت، ط2، سط: 1404 - 1427 هـ.
- 34) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، ط1، سط: 1389هـ.
- 35) أيمن الدريدي، مقال: الضرر في العلاقة الزوجية، ص24، من موقع: <https://fr.scribd.com/document/>، ز: 2019/07/11م.
- 36) Jean Carbonnier. Droit civil. Date de parution