الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون

ط. د صلوح المكي، قسم الشريعة، كلية العلوم الانسانية والعلوم الاسلامية، جامعة وهران 1

ملخص الدراسة:

من خلال دراستنا لموضوع الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي، فإنه لكي تقوم المسؤولية المدنية، سواء كانت تقصيرية أو عقدية لابد من وقوع فعل يسبب ضررا للغير يوجب التعويض بعد إثباته، فالأضرار الموجبة للتعويض ليست على درجة واحدة فهي عديدة ومتنوعة، فهناك الضرر المادي والضرر المعنوي والضرر المرتد، والتي عادة ما يلحق الطرف الضعيف في العلاقة كالضرر الناتج عن تعسف الزوج في الطلاق، الذي أعطى القانون لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة ليحكم للمطلقة بالتعويض جبرا عن الضرر اللاحق بها.

الكلمات المفتاحية:

الطلاق التعسفي، الضرر المادي، التعويض، سلطة تقديرية للقاضي.

Abstract:

Through our study of the subject of damage caused by The abuse of divorce, In order for Civil responsibility, whether they are tort or contractual, There must be an act Causing damage to others must be compensated after it has been proved.

But the damages for Compensation are not of a single degree, they are numerous and varied, There is material damage and moral damage and ricochet damage, Which usually afflicts the weak party in the relationship, such As damage caused by Abuse of a husband in divorce, Who gave the law to the family affairs judge considerable Discretionary authority, So that the divorced woman may be compensated for the damage caused to her.

Keywords:

The abuse of Divorce, The Material Damage, Compensation for Damage, Discretionary authority.

مقدمة:

لقد أباحت الشريعة الإسلامية والقانون للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية سواء قبل الدخول(البناء) أو بعده إذا دعت الحاجة إليها نظرا لأن العصمة بيده، كما أباحت للزوجة حق الانفصال عن زوجها إن جلبت لها هذه العلاقة أضرارا مادية أو معنوية بحيث تصبح لا تطيق معاشرة زوجها أو أصبحت تكرهه ولم تطق العيش في كنفه.

فالشريعة الإسلامية ساوت مركز الزوجة بمركز الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية وكذا القانون الذي منح للزوج حق إنهاء العلاقة الزوجية، وهو حق إرادي يمكن استعماله في أي وقت، ولقد اجمع فقهاء الشريعة

الإسلامية منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على أنه أبيح للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر، وهذا رفعا للضرر الذي قد يلحق بأحد الزوجين، متى دعت الحاجة إليه أو اقتضاه سبب، وإلا كان تعسفا في استعماله وخرج عن الحكمة التي اقتضت بها الشريعة الإسلامية والقانون، فقد لا يكون للزوج المطلق مبرر شرعي أو منطقي أو جدي أو موضوعي، مما يسبب أضرار للزوجة من جراء هذا الطلاق التعسفي، سواء من الناحية المادية أو المعنوية، رغم أنها لم ترتكب أي خطأ من جانبها، مما يستوجب الحصول على تعويض لجبر هذا الضرر، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

ما هو الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي؟ وكيف عالجت الشريعة الإسلامية والقانون ذلك؟

ولقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية التي تناولت موضوع الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، بالإضافة إلى المنهج المقارن الذي تناولت فيه مختلف النصوص الشرعية والتشريعية والآراء الفقهية.

ولعل العوائق والصعوبات التي واجهتني أثناء انجاز هذه البحث والتي برزت بشكل أساسي من خلال قلة المراجع من الناحية النوعية، المتمثلة في المؤلفات والتشابه فيما تناولته في هذا الموضوع.

وللإجابة على هذه الإشكالية، تم تقسيم الدراسة إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول مفهوم الضرر وأنواعه، وخصصت المبحث الثاني لشروط الضرر وكيفية إثباته، وأنهيت هذه الدراسة بخاتمة جمعت فيها خلاصة ما توصلت إليه من إجابة على الإشكالية المطروحة والنتائج والاقتراحات المستخلصة منها.

المبحث الأول:مفهوم الضرر: يعد الضرر في القانون أساسا لقيام المسؤولية المدنية[1]، وفي الفقه الإسلامي يعد من موجبات الضمان[2]، **فما المقصود بالضرر لغة وشرعا وقانونا؟ وما هي أنواعه؟**

في هذا المبحث سنعرف الضرر ونبين نوعيه المادي والمعنوي في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف الضرر: في هذا المطلب نتطرق لتعريف الضرر لغة واصطلاحا.

الفرع الأول::الضرر لغة: الضرر له عدة معان في معاجم اللغة العربية،فالضَّرَر ضد النفع، والضُّرُ هو الهزال وسوء الحال، والاسم الضَّرَرُ يطلق على نقص يدخل الأعيان[3]، كالأموال والأنفس، كما ورد بمعنى الضيق والشدة[4]، وضَرَّةُ المرأة امرأة زوجها، والبأساء والضَّرَّاءُ الشدة وهما اسمان مؤنثان من غير تذكير، والمَضَرَّةُ خلاف المنفعة، والضُّر بمعنى الفاقة والفقر، ورجل ذو ضَرورَةٍ أي ذو حاجة وقد اضْطَرَّ إلى الشيء أي أُلجئ إليه، ورجل ضَرِيرٌ بيِّن الضَّرارَةِ بالفتح أي ذاهب البصر.

من أَسماء الله تعالى: النَّافِعُ الضَّارُّ، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضرّه حيث هو خالق الأَشياء كلِّها خيرِها وشرّها ونفعها[5].

الفرع الثاني:الضرر اصطلاحا: وله تعريفات فقهية وقانونية.

أولا: الضرر في الشريعة الإسلامية

1- القرآن الكريم: الضرر في القرآن الكريم جاء بعدة معان تضمنتها العديد من الآيات.

- جاء الضرر بمعنى البلاء والشدة قال تعالى:" **وإذا مس الإنسان الضر دعانا لجنبه أو قاعدا أو قائما فلما كشفنا عنه ضره مر كان لم يدعنا إلى ضر مسه كذلك زين للمسرفين ما كانوا يعملون"**[6].

- وجاء بمعنى الجوع والعري قال تعالى:" **فلما دخلوا عليه قالوا يا أيها العزيز مسنا وأهلنا الضر وجيئنا ببضاعة مزجاة فأوف لنا الكيل وتصدق علينا إن الله يجزي المتصدقين"**[7].

وجاء بمعنى نقص القدر والمنزلة قال تعالى:" **إن تمسسكم حسنة تسؤهم وان تصبكم سيئة يفرحوا بها وان تصبروا وتتقوا لا يضركم كيدهم شيئا إن الله بما يعملون محيط"**[8].

- وجاء بمعنى المرض والوجع والعلة قال تعالى:" **والصابرين في البأساء والضراء وحين البأس أولائك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون"**[9].

2- الضرر في السنة: وردت كلمة الضرر في كثير من آثار الصحابة والتابعين بتعدد معانيها.

- عن شهر ابن حوشب عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"**إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران بالوصية فتجب لهما النار**"، بمعنى بالمضارة في الوصية بالزيادة أو النقصان أو يوصي بها لغير أهلها ونحو ذلك[10].

وهو ما يلحق بالورثة من الأذى والتألم بسبب إدخال المورث النقص على حقوقهم، إذ أن الإضرار في الوصية قطع من الميراث، فعن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخذري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" **لا ضرر ولا ضرار"**[11].

3- الضرر في إجماع الصحابة: روي مالك عن سعيد بن المسيب قال:"**أيما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنها تخير فإن شاءت قرت وإن شاءت فارقت**"، أي يثبت للمرأة الخيار، وإلا أصابها ضرر[12].

ويتمثل موقف الشريعة الإسلامية من الإضرار بالإنسان في مقولة الإمام الشاطبي- رحمه الله- " **أن الأصل دفع الإضرار ما أمكن الدفع لأن صيانة الإنسان غيره والامتناع عن إنزاله الضرر به وإيلامه بأي وجه من وجوه الإيلام أصل ثابت في الإسلام**".

وفي هذا المعنى يقول الشيخ أبو زهرة- رحمه الله-:" **فالأحكام الشرعية كلها قامت لتحقيق مصالح العباد وكل حق ثابت مقيد بعدم الضرر"**[13].

ثانيا: الضرر في الاصطلاح الفقهي: عرفه الفقهاء المتقدمون عدة تعريفات منها:

1- **قال صاحب معين الحكام**:"وقال بعضهم"**الضرر ما ينفعك ويضر صاحبك**"، والضرار لا يضر صاحبك ولا ينفعك، فيكون الضرر ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على غيره، والضرار ما قصد به الإضرار بغيره.

2- **وعرفه الإمام النووي**:"الضرر هو الأذى").

3- **كما عرفه السيوطي**: بأنه إلحاق مفسدة بالغير مطلقا".

4- **وجاء في المنتقى**:" الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة"[14].

5- أما الدكتور **وهبة الزحيلي** فقال:**"بأنه إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل كالشتم والضرب والهجر من غير سبب يبيحه"**[15].

ومما يستنتج من هذه التعريفات أن هناك من استعمل الضرر في مقابل النفع، ومن استعمله بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير ومن استعمله بمعنى إنقاص الرجل أخاه شيئا من حقوقه فاقتصر بعضهم على المعنى اللغوي دون المعنى الاصطلاحي.

ومنه **التعريف المختار**:" الضرر هو كل أذى يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، سواء تعلق ذلك بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"[16]، فقد شمل هذا التعريف الضرر بنوعيه.

ثالثا: الضرر في الاصطلاح القانوني: الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية، لأنه الركن الثاني من أركانها، فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره متى ثبت وتوفرت شروطه كوجود رابطة قانونية وشرعية، بالرغم من ورود مصطلح الضرر في كثير من مواضع التقنين الجزائري، إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا له تاركا ذلك المجال للفقهاء وشراح القانون فقد نصت المادة 124 من القانون المدني على:**" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"**، وهو يختلف عن الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق، لأنه ذو طبيعة خاصة ومن مصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية[17].

- **هناك من عرفه**: "الضرر يعني الإتلاف والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا أي أن يكون الإتلاف كليا أو جزئيا"، وعلى العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[18].

- **عرفه القضاء المصري** بأنه:" الضرر إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو منها المرأة ولا ترى الصبر عليها"[19].

المطلب الثاني: أنواع الضرر: في هذا المطلب نتطرق لأنواع الضرر الموجب للتعويض سواء كان ضررا ماديا أو معنويا أو ارتداديا، **فما المقصود بالضرر المادي؟ وما هي صوره؟ وكيف تنظر كل من الشريعة الإسلامية والقانون إلى هذا الضرر؟ وما هي أنواع الجزاءات المترتبة عليه شرعا وقانونا وقضاء؟**

الفرع الأول: الضرر المادي: وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه وماله، أو يفوت عليه مصلحة مادية مشروعة أو يلحق به خسارة[20]، ويتمثل الضرر المادي في الاعتداء على حق مالي أي كان نوعه سواء كان حقا عينيا تبعيا أو حقا شخصيا، فللضرر المادي وجهان أحدهما يصيب الإنسان في جسده وحياته ويعرف

بالضرر الجسدي، والآخر يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص، مما ينعكس سلبا على ذمته المالية، وهو ما يعرف بالضرر المالي.

أما الضرر المادي بالنسبة للمطلقة تعسفا، فيتمثل في ترك الزوجة الموظفة أو العاملة لوظيفتها بسبب اشتراط زوجها ذلك، ومن أجل الاهتمام بزوجها وتربية أولادها، ثم يطلقها زوجها بدون سبب من الأسباب الشرعية أو القانونية مما يسبب لها ضررا ماديا[21].

فقد نصت المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري على:" **إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

فالضرر المادي في نظر الشريعة الإسلامية عندما يطلق الزوج زوجته طلاقا تعسفيا، قد يكون عندما يطلقها بقصد الحرمان من الميراث فينجم عنه ضرر مادي يتمثل في ضياع نصيبها من الميراث، أو إيقاع الطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس أمر حساب العدة عليها، وقد تعددت أنواع الجزاء في الشريعة الإسلامية فأقرت أربعة أنواع هي:

الجزاء المالي والجزاء العيني والجزاء الديني والتعزير، والقانون لا يأخذ إلا بالجزاء المالي والجزاء العيني والتعزير[22].

فقد رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق التعسفي تعويضا تفرضه على الزوج لمطلقته وهو ما يسمى بالمتعة التي هي مندوبة في الفقه المالكي ولا يجبر المطلق عليها، وإنما هي تطيبا لنفس المرأة مما لحقها من آلام الطلاق، قال تعالى:" **وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين**"[23].

جاء في قرار للمجلس الأعلى:" **حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلقة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي وهو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة ويجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض، مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب وأجحف في حقها بالنسبة للمتعة، والمجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكره فإنه حاد عن الشرع وعرض قراره للنقض الجزئي**"[24]، ففي هذا القرار اعتبر المجلس الأعلى التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة متعة ومنعت منح تعويضين للمطلقة مما يعني أنها لا تقتضي بالتعويض عن الضرر المادي بموجب المادة السابقة الذكر.

وجاء في قرار آخر:" **من الأحكام الشرعية أن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي...**"[25].

من خلال هذا القرار اعتبر القضاة المتعة تعويض لجبر الضرر المعنوي واعتبروا التعويض عن الطلاق التعسفي هو لجبر الضرر المادي الناتج عن التعسف، مما يقتضي حصول المطلقة على تعويضين مستقلين طبقا لنص المادة 52 أسرة.

<u>الفرع الثاني: الضرر المعنوي:</u> ما المقصود بالضرر المعنوي؟ وما هي أهم صوره؟ وما مدى وجوب التعويض عن الضرر في القوانين الوضعية؟

يتعلق هذا الضرر بالجانب الأدبي المتعلق بالمشاعر، وهو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية محمية قانونا، فالضرر المعنوي هو ما يصيب الإنسان في شعوره أو عاطفته.

لقد عرفه الشيخ مجاهد الإسلام القاسمي بأنه:" **كل مصيبة أو كربة تصيب الزوجة بصورة الآلام والأوجاع الروحية من الشتم والتحقير وترك الجماع والكلام والمبيت**"[26].

عرفه الأستاذ سليمان مرقس بأنه:" **يعتبر ضررا أدبيا كل مساس بشرف أو سمعة الشخص واعتباره كما في القذف والسب**"[27].

كما عرفه الأستاذ غني حسون طه بأنه:" **الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية بل في شرفه أو في شعوره أو عواطفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته أو مركزه الاجتماعي**"[28].

محكمة التعقيب التونسية عرفت الضرر المعنوي بأنه:" **الشعور بالحسرة والألم والشعور بضيق نفسي تدل عليه جملة من العناصر ويكون خاضعا في تقديره إلى اجتهاد القضاء**"[29].

محكمة التمييز اللبنانية عرفته في قرار لها بأنه:" **كل ألم نفسي أو جسدي يحدثه عمل أو إهمال صادر عن الغير في شخص ما**"[30].

محكمة التمييز الأردنية عرفته بأنه:" **الضرر الذي يصيب الشخص في حريته أو عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي ولا يشمل الآلام النفسية والجسدية التي لحقت بالمصاب**".

محكمة النقض المصرية عرفته في قرار لها بتاريخ1998/04/29 جاء فيه:" **كل ضرر يؤذي الإنسان في شرفه أو يصيب عاطفته ومشاعره**".

محكمة النقض الفرنسية عرفته في قرار لها بتاريخ1955/10/13 جاء فيه:" **الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية**"[31].

فالطلاق بدون سبب مشروع يسبب ضرر للزوجة فقد يلقي عليها تهم زائفة لا أساس لها من الصحة تمس بشعورها وشرفها وعرضها، كما يصيب العاطفة والمعتقد الديني أحيانا، تجنبا للتعويض المستحق لها من جراء الطلاق[32].

إذا كان التعويض عن الضرر المادي يسهل تقديره بالمال فليس الأمر بالسهل عند تقدير القاضي للضرر المعنوي، فقد نصت المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه:" **يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**"[33].

القانون المدني الفرنسي الصادر في 1975/07/11 في مادته 266 الفقرة الأولى أجاز الحكم على الزوج الذي تسبب بالتطليق بناء على خطئه الحصري بالتعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي الذي أصاب الزوج الآخر نتيجة انحلال الزواج.

كما أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كرس مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي كقاعدة عامة في المسؤولية المدنية منذ سنة 1833 بموجب قرار صادر عن غرف محكمة النقض مجتمعة[34].

وللضرر المعنوي عدة صور تختلف من تشريع لآخر ومنها:

- ضرر معنوي متصل بضرر مادي: وهو ما يصيب الجسم من جروح وآلام وما يترتب عليه من نفقات العلاج وعدم القدرة على العمل والإنتاج وما يتولد عن ذلك من حزن وأسى أو يصيب كرامة الشخص في عرضه كالقذف وفك الرابطة الزوجية، فهو" **كل ضرر يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حقوقه الشخصية الثابتة غير المالية مما يستوجب التعويض"**[35].
- ضرر معنوي محض: يقصد به الضرر المعنوي المجرد من أي ضرر مادي الناتج عن المساس بالجانب العاطفي كالآلام النفسية أو فسخ الخطبة أو الألم الذي يصب الوالدان بسبب فقد أحد أبنائهما أو انتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه أو الضرر الماس بالمعتقدات الدينية[36].

<u>الفرع الثالث: الضرر الموروث والضرر المرتد:</u> ما المقصود بالضرر المورث أو المرتد؟ وما هي أنواعه؟ ومن هم المتضررون بالارتداد ماديا ومعنويا؟

المقصود بالضرر الموروث هو الضرر الذي ينتقل من السلف إلى الخلف، فطالما ظل السلف على قيد الحياة فله وحده المطالبة في الحق بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي، أما المرتد فهو الذي يصيب الخلف شخصيا بسبب الضرر الذي أصاب السلف.

وعلى العموم يفترض وجود علاقة مباشرة أو رابطة تكون في أغلب الأحيان أسرية بين المضرور المباشر والمضرور بالارتداد، فلو توفي من له حق المطالبة بالتعويض جاز لورثته المطالبة به كالمطلقة تعسفا لحرمانها من الميراث التي توفيت قبل انقضاء عدتها فلخلفها الحق في المطالبة بحقها في الميراث والمتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، فالحق في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1943 إلى يومنا هذا حيث قررت أن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي وكذلك المادي ينتقل إلى الورثة مادام المضرور لم يتنازل عنه قبل وفاته[37].

فقد حدد القانون المدني المصري في المادة 222 منه الخلف الذين يحق لهم المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي وهم الأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، ولم يرد نص مماثل في القانون الجزائري، إلا أن دعوى التعويض تسقط بانقضاء 15 سنة من يوم وقوع الفعل الضار أي من يوم الحكم بالطلاق[38].

<u>المبحث الثاني: شروط الضرر وإثباته:</u> ما هي شروط الضرر بكافة أنواعه؟ وكيفية إثباته؟

في هذا المبحث سنتطرق لشروط الضرر وكيفية إثباته وعلى من يقع عبء الإثبات في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: شروط الضرر: الضرر سواء كان ماديا أو معنويا أو مرتدا فإنه لا يكون قابلا للتعويض عنه إلا توافرت فيه شروط معينة، فهناك شروط عامة وشروط خاصة فقط بالضرر المرتد، فالشروط العامة، بأن يكون ضررا شخصيا مباشرا ومحققا وناشئا عن الإخلال بمصلحة مشروعة فبالرجوع إلى الكتب الفقهية المهتمة بالقانون، نجد أن هذا لا يمنع من بعض التفصيل في هذه الشروط.

الشرط الأول:أن يكون الضرر شخصيا: أي يصيب الشخص المطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة ويتحقق هذا الشرط أيضا للأضرار المرتدة عن الضرر الأصلي، جاء في قرار للمجلس الأعلى تحت رقم 24770 بتاريخ 1982/04/14: " **إن تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث"**[39]، وهذا يعني أن المطالبة بالتعويض حق للمضرور المباشر وحده لارتباط ذلك بمصلحته إذ كما هو معلوم فإن المصلحة هي مناط الدعوى ولا يشترط في المضرور أن يكون شخصا طبيعيا فهو قد يكون شخصا اعتباريا أيضا كالشركات والجمعيات والمؤسسات العمومية.

الشرط الثاني:أن يكون الضرر محقق الوقوع: بمعنى أن يكون قد وقع فعلا أو وقوعه مؤكدا وحتميا، فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلا، وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه، فطبقا لنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري:" **يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"**، وإذا كان الوضع المألوف في ميدان المسؤولية التقصيرية هو وقوع الضرر دفعة واحدة إلا هناك بعض الحالات الأخرى التي يحصل فيها الضرر على مراحل متباعدة فيما بينها، إلا أن سببها الحقيقي يكون قد نشأ منذ البداية،ونلاحظ الإجماع بشأن إقرار التعويض عن الضرر المستقبلي وهو الذي يتحقق سببه، ولكن لم تكتمل مقوماته في الحاضر، فإذا ثبت لدى المحكمة ما يؤكد أن هذا الضرر كان له اتصال مباشر بفعل التعدي، ولهذا فإذا قذف الزوج زوجته ليلة الدخلة بأنها ليست بكرا وتبث عكس ذلك فإن لوالدها الحق في التعويض باعتبار أن القذف قد تعدى الزوجة إلى أبيها.

الشرط الثالث:أن يكون الضرر مباشرا: والضرر إما أن يكون مباشرا أو غير مباشر، فالضرر المباشر إما أن يكون متوقعا أو غير متوقع، والقاعدة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط ، مع الاختلاف أنه في المسؤولية التقصيرية يعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع بخلاف المسؤولية العقدية التي يقتصر التعويض فيها على الضرر المباشر المتوقع وحده ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع، فقد ينتج عن دعم تنفيذ الالتزام سلسلة من

الأضرار يعقب بعضها البعض الآخر، فهل يسأل الشخص عنها جميعا أم يسأل عن بعضها؟ الحقيقة أن الشخص لا يسأل مبدئيا إلا عن الضرر المباشر أما الضرر غير المباشر فإنه يمكن أن يأخذه القاضي بعين الاعتبار إذا أخل الشخص بالتزامه عن عمد أو اقترف خطأ جسيما أو غشا[40].

أما الشروط الخاصة بالضرر المرتد فتتمثل فيما يلي:

- ضرر يصيب كلا من المتضرر المباشر والمتضرر بالارتداد.
- وجود رابطة بين المتضرر المباشر والمتضرر غير المباشر.
- وجود علاقة سببية بين الضرر الأصلي والضرر المرتد.

المطلب الثاني: إثبات الضرر

الفقهاء المعاصرين المسلمين اقروا أن الضرر المعنوي في مجال الطلاق والتطليق لا يعوض عنه في الفقه الإسلامي واستندوا إلى أن الطلاق مباح وهو حق شرعي للزوج ومن يستعمل حقه فلا ضمان عليه لقاعدة **"الجواز الشرعي ينافي الضمان"**، وأن القضاء على الزوج بالتعويض يمثل نوعا من إكراه الزوج على عدم الطلاق، وصعوبة إثبات الضرر المعنوي عند الادعاء به.

ولكن الاتجاه الحديث للاجتهاد الفقهي يأخذ صراحة بالتعويض عن الضرر المعنوي الناتج عن الطلاق والتطليق، حيث جاء في إحدى قرارات المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث الذي يترأسه الشيخ الدكتور يوسف القرضاوي بقوله:"لا مانع شرعا من المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب أحد الزوجين بسبب الطلاق أو التطليق إذا صاحبه ضرر أدى إلى إلحاق الأذى بنفسية الطرف الآخر أو شرفه أو مشاعره، وذلك للأدلة الدالة على حرمة الإيذاء ودفع الضرر وذلك إذا توفرت الشروط التالية:

- أن يكون الضرر المعنوي قد أحدث أثرا فعليا.
- أن يكون الضرر المعنوي محقق الوقوع تشهد عليه الأدلة والقرائن.
- أن لا يرفع الأمر إلى القضاء إلا بعد إعطاء مهلة للتصالح والتراضي"[41].

كما جاء في قرار للمحكمة العليا:" **إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق"**[42]، أي يجب إثبات الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي بمفهوم المادة 52 من قانون الأسرة في دعوى مستقلة وتطلب المطلقة التعويض مقابل ذلك، كما جاء في اجتهاد قضائي للمحكمة العليا:" **من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع ومتى تبين – من قضية الحال – أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن"**[43].

ويقع عبء الإثبات على من يدعيه بجميع طرق الإثبات، وذلك وفقا لما تقضي به القاعدة العامة في الإثبات المنصوص عليها في المادة 323 من القانون المدني، من أن المدعي هو المكلف بإثبات ما يدعيه **"البينة على من ادعى"**، واثبات الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ولا رقابة فيها للمحكمة العليا، أما تحديد الضرر وبيان عناصره وموجباته وتكييف عنه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها كلها من مسائل القانون التي يخضع فيها قاضي الموضوع للرقابة.

ولا يكتفي من المدعي بإثبات الضرر الذي أصابه وخطأ المدعي عليه بل عليه أن يثبت الضرر الذي يدعيه إنما هو ناشئ عن خطأ المدعي عليه مباشرة أي أن يثبت العلاقة المباشرة بين الضرر والخطأ المسبب للضرر وتلك هي العلاقة السببية.

أما بالنسبة للضرر الناتج عن الطلاق التعسفي فانه مفترض ولذلك فان المطلوب من المرأة التي تدعي أنها طلقت تعسفا أن تثبت وجود التعسف في طلاق زوجها لها بكافة طرق الإثبات وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك.

الخاتمة:

إن الأساس الذي تقوم عليه الحياة الزوجية هو الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان، ولهذا فإن أي عدول أو إخلال به من طرف الزوج قد يلحق بالزوجة ضررا أي كان نوعه.

ورغم أن الشريعة الإسلامية والقانون أقرا بمشروعية الطلاق وجعله بالإرادة المنفردة للزوج، إلا أن هذا الحق مقيد بعدم جواز التعسف فيه، فاستعمال الزوج حقه في الطلاق دون سبب مشروع يكون طلاقا تعسفيا، يلزم عليه التعويض عن الضرر الذي لحق بمطلقته ماديا ومعنويا، وأن هذا التعويض حق مشروع مبني على فعل طلاق الزوج المتعسف بالتعويض عن الضرر حفاظا لحقوق الزوجة وكرامتها.

وعليه نستنتج من بحثنا المتواضع هذا أن المشرع أغفل ذكر معايير التعسف في الطلاق كضرورة ملحة لمعرفة ما إذا كان الطلاق تعسفيا أم لا.

- الطلاق في نظر الشريعة أبغض الحلال عند الله، فجعلت العصمة بيد الرجل، فإذا خرج عن الحكمة التي اقتضت بها الشريعة الإسلامية والقانون كان طلاقا تعسفيا يلحق موقعه الإثم مع التعويض.
- لم تضع الشريعة الإسلامية والقانون تعريفا محددا ودقيقا للطلاق التعسفي.
- المشرع الجزائري لم يبين لنا نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي وكذا شروطه ولا معايير الطلاق التعسفي وصوره خاصة ما تضمنته المادة 52 من قانون الأسرة، وإنما تعرض القانون المدني الجزائري للمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق حسب نص المادة 124مكرر منه.
- التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي لا ينفي حق المطلقة في الحصول على المتعة التي أقرتها لها الشريعة الإسلامية عن الألم والضرر الذي لحقها.

- ليس من السهل إثبات الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي، إلا أن عبئه يقع كشفه على القضاء استجابة لادعاء المطلقة.

- الطلاق في نظر الشريعة أبغض الحلال عند الله، فجعلت العصمة بيد الرجل، فإذا خرج عن الحكمة التي اقتضت بها الشريعة الإسلامية والقانون كان طلاقا تعسفيا يلحق موقعه الإثم مع التعويض.

وعلى هذا الأساس يمكن أن نقدم بعض الاقتراحات حول الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي والتي بإمكان المشرع تداركها مستقبلا وتتمثل في:

- على المشرع تحديد مفهوم الطلاق التعسفي وبيان معاييره وصوره وكيفية تقديره، وذلك بتعديل المادة 52 من قانون الأسرة.

- على المشرع التمييز بين نفقة المتعة في قانون الأسرة والتعويض الموجب للضرر في الطلاق التعسفي.

- على المشرع تنظيم حالات الطلاق التعسفي وأحكامه ووضع القواعد والضوابط المحددة له.

- إعادة النظر في المادة 52 وذلك من خلال تقييد التعسف بالضرر الفاحش، وأن يحكم للمطلقة تعسفيا بالمتعة بدلا عن التعويض، لأنها تغني في أحكامها وحكمة مشروعيتها عن التعويض.

الهوامش:

[1] -محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام- النظرية العامة للالتزامات-، الجزء2، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص81.

[2] - عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر،2007 ، ص16.

[3] - الفيومي، أحمد بن علي،المصباح المنير، الجزء2، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، ص360.

[4] - الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، الجزء3، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن، الطبعة1،ص348.

[5] - ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء2، دار صادر ، بيروت، لبنان، 1990، الطبعة1،ص482.

[6] - سورة يونس، الآية.12

[7] - سورة يوسف، الآية88.

[8] - سورة آل عمران، الآية120.

[9] - سورة البقرة، الآية176.

[10] - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية، حديث رقم 2849.

[11] - راوه ابن ماجة في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم 2341.

[12] - الموطأ(348)، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، ط: دار الشعب.

[13] - أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، الطبعة1، ص101.

[14]- عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص20.

[15]- محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء7، دار الفكر، دمشق، 1984، ص527.

[16]- فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص14.

[17]- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص.86

[18]- علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2010، الطبعة2، ص284.

[19]- عبد الحميد الشورابي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص142.

[20]- عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص27.

[21]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982، ص.306

[22]- يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015، ص61.

[23]- سورة البقرة، الآية239.

[24]- قرار رقم 35912 بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد1، 1989، ص91.

[25]- قرار رقم 41560 بتاريخ 1986/04/07، المجلة القضائية، العدد2، 1989، ص69.

[26]- مجاهد الإسلام القاسمي، دراسات علمية وفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص157.

[27]- سليمان مرقس، شرح القانون المدني في الالتزامات، ج2، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964، ص315.

[28]-غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول مصادر الالتزام، بغداد، 1971، ص463.

[29]- قرار تعقيبي عدد 75543في17-04-2000، ص48 نقلا عن سامي الجربي، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، مطبعة التسفير الفني، صفاقس، ص463.

[30]- قرار رقم50بتاريخ 26يونيو1956، مجلة المحامي لسنة1956، ص 363. نقلا عن نزيم نعيم شلالا، دعاوى الوعد بالزواج، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010، ص69.

[31]- باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي(دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير،كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص18.

[32]- عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص.29

[33]- أضيفت بالقانون رقم05-10 المؤرخ في20يونيو2005 المعدل للأمر رقم 75-58 المؤرخ في26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر، ع44لسنة2005، ص24.

[34]- صالح فواز، التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم(دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد22، العدد2، 2006، ص280.

[35]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، المجلد2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص340.

[36]-باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص.23

[37]- صالح فواز، المرجع نفسه، ص 291.

[38] - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ط5، ص.191

[39]- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء1، الجزائر، 2005، ص.240

[40]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص262.

[41]- عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص.182

[42]- قرار رقم 235367 بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية، العدد1، 2001، ص275.

[43] - قرار رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16، اجتهاد قضائي، عدد خاص، 2001، ص266.

قائمة المصادر والمراجع

أولا- المصادر:

1-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

2- راوه ابن ماجة في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره رقم 2341.

3- سنن أبي داوود، حديث 2225، تعليق عزت عبيد الدفاس، كتاب الطلاق، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1997.

4– ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الجزء2، الطبعة1، دار صادر ، بيروت، لبنان، .1990

5- الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس، الجزء3، الطبعة1، دار صادر، بيروت، لبنان، د س ن.

6- الموطأ(348)، كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار، ط: دار الشعب.

7- الفيومي، أحمد بن علي،المصباح المنير، الجزء2، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، د س ن.

8- قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84المعدل والمتمم بموجب الأمر 02./05

9- القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05/07.

ثانيا- المراجع:

1- أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار ابن عفان للنشر والتوزيع،المملكة العربية السعودية، 1997.

2- باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، .2012

3- عبد الهادي بن زيطة ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الخلدونية، الجزائر،2007 .
4- خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء1، الجزائر، 2005.
5- محمد صبري السعدي، مصادر الالتزام- النظرية العامة للالتزامات-، الجزء2، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
6- محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء7، دار الفكر، دمشق، 1984.
7- نزيم نعيم شلالا، دعاوى الوعد بالزواج، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2010.
8- عبد الحميد الشورابي، مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
9- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط4، دار هومة، الجزائر، 1982.
10- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
11- علي فيلالي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة2، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
12- فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001.
13- يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة ماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الوادي، 2014-2015.
14- المجلة القضائية، الأعداد(01،02)، سنة 1989.
15- المجلة القضائية، العدد1، سنة 2001.
16- اجتهاد قضائي، عدد خاص، سنة2001.